

La resarcibilidad del *mayor daño* sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Doctor europeo en Derecho

Profesor Colaborador de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN

En las obligaciones pecuniarias, la mora del deudor se presume iuris et de iure que causa un perjuicio al acreedor, que en principio habrá de indemnizarse a través de los intereses moratorios y que se cuantifica con carácter general por el artículo 1.108 del Código Civil en el tipo de interés legal, siempre que no se hayan establecido otros intereses moratorios, convencionalmente o por una norma específica. Sin embargo, se plantea la cuestión de si esos intereses absorben todos los posibles daños y perjuicios que la mora del deudor puede provocar al acreedor, o por el contrario éste puede alegar haber sufrido un daño superior al cubierto por los intereses legales y, probándolo, reclamar su indemnización, además de los intereses legales moratorios. Dicho problema, el denominado del mayor daño, será el objeto de estudio de este trabajo.

Si bien inicialmente la doctrina ha mantenido una posición contraria al resarcimiento del mayor daño, en la actualidad puede considerarse predominante la postura favorable al mismo, al igual que en otros países de nuestro entorno (en muchos de los cuales, incluso normativamente) y asimismo en la jurisprudencia (aunque ésta con mayores reticencias).

PALABRAS CLAVE

Obligaciones pecuniarias, mora del deudor, intereses moratorios, tipo de interés legal, daños y perjuicios, indemnización, mayor daño.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El problema del mayor daño:* 1. PlanTEAMIENTO de la cuestión. 2. El origen de la doctrina contraria al *mayor*

daño. 3. La admisión del *mayor daño* en el Derecho comparado. 4. La posición de la doctrina española: A) Corriente opuesta al resarcimiento del *mayor daño*. B) Corriente favorable a la indemnización del *mayor daño*. 5. Nuestra posición sobre la resarcibilidad del *mayor daño*. 6. Posición de la jurisprudencia española.—*Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En las obligaciones pecuniarias, la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación, continuando con el disfrute del capital más allá de lo establecido en la misma, se presume *iuris et de iure* que causa un perjuicio al acreedor, perjuicio que en principio habrá de indemnizarse a través de los intereses moratorios. Esa indemnización se cuantifica con carácter general por el artículo 1.108 del Código Civil en el tipo de interés legal, siempre que no se hayan establecido otros intereses moratorios, ya sea convencionalmente ya por una norma específica.

Un importante problema que se plantea en este punto, respecto a los intereses moratorios de las deudas pecuniarias, es el denominado del *mayor daño* o del *daño excedente*, es decir, si esos intereses previstos por el artículo 1.108 del Código Civil absorben todos los posibles daños y perjuicios que la mora del deudor puede provocar al acreedor, o por el contrario éste puede alegar haber sufrido un daño superior al cubierto por los intereses legales y, probándolo, reclamar su indemnización, además de los intereses legales moratorios. Dicho problema será el objeto de estudio de este trabajo.

II. EL PROBLEMA DEL MAYOR DAÑO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Se considera por el legislador que el dinero es un bien que, por su naturaleza, produce siempre unos frutos (los intereses), y sobre esa base presume en las obligaciones pecuniarias que la mora produce al acreedor un daño, por no haber podido disfrutar a tiempo del capital y por tanto no haberse beneficiado de sus frutos, es decir, los intereses que de haber tenido el acreedor ese capital en

tiempo oportuno le hubiera estado devengando a su favor. Como dijimos, la indemnización se traduce a falta de pacto en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.108 del Código Civil, en el pago de los intereses convenidos o, en su defecto, del interés legal. De ello se derivan dos consecuencias.

La primera es que, como se ha señalado por la doctrina¹, en la medida en que se tiene esta presunción legal de existencia de daño, el acreedor pecuniario es en cierto modo un acreedor privilegiado, al que se le dispensa tanto de la prueba de la relación de causalidad entre daño y mora como de la existencia del propio daño sufrido². Ello es debido a la oportunidad, considerada por el legislador, de ayudar al acreedor dañado, aliviándole de la carga de la difícil prueba de la existencia y cuantía del daño que se le ha producido por la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación (de otro modo, debería probar el específico empleo del capital que hubiera podido hacer, y su resultado útil): se considera que, a causa de la dinámica del sistema financiero, en las obligaciones pecuniarias la mora produce un daño siempre³, de modo que salvo pacto en contrario se deben intereses moratorios en todo caso de mora, independientemente de que el acreedor pruebe haber sufrido un daño⁴. Con ello se busca un sistema indemnizatorio caracterizado por una extrema simplicidad de aplicación, especialmente importante en relación con las obligaciones pecuniarias, las de mayor difusión⁵.

Sin embargo —y he aquí la segunda consecuencia—, ello plantea el problema de si, a cambio de ese «privilegio» o norma de *favor creditoris* de tener un daño presumido legalmente y fijado a través de la noción de intereses moratorios, y debido a las posibles dificultades y discusiones que crearía la reclamación del daño concreto sufrido (al tener el dinero un uso general, el daño

¹ Así, Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 636; y MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 138; y en la doctrina italiana DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª ed., Vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, 1979, p. 470; e INZITARI, Bruno, «Interessi e maggior danno», en *La moneta* (Vol. VI del *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco GALGANO), Ed. CEDAM, Padua, s. f. (1983), p. 223.

² Es más, le pareció tan evidente al legislador la dispensa al acreedor de la prueba del daño por la cuantía de los intereses legales, que en la 2.ª ed. del CC se suprimió el párrafo final del art. 1.108, que en su primera versión decía: «*En ninguno de estos casos se exigirá al acreedor la prueba de los perjuicios*».

³ La mora del deudor perjudica el interés del acreedor en la puntualidad en el cumplimiento, que permite la utilización tempestiva del capital (cfr. DE CUPIS, *loc. cit.*).

⁴ Vid. GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, T. I, 2.ª ed., Ed. CEDAM, Padua, 1993, p. 82.

⁵ Cfr. INZITARI, «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 221.

por su privación puede variar, según los individuos, hasta el infinito)⁶, el acreedor pecuniario no habría de pasar por el hecho de que esos intereses constituyan una indemnización *a forfait* de carácter fijo⁷, de modo que quedaría excluida la posibilidad de que pudiera reclamar una indemnización mayor o bien una indemnización complementaria a los intereses moratorios (convencionales o legales) por ese daño superior que hubiese sufrido, suponiendo así una excepción al régimen general de responsabilidad⁸. Es lo que la doctrina ha denominado el problema del *mayor daño*.

En cuanto a lo que podríamos denominar, por contraposición, «problema del *menor daño*», hay unanimidad en la doctrina⁹ en considerar que, a falta de pacto, los intereses moratorios legales constituyen un tope mínimo (mientras que, en cambio, el problema del *mayor daño* se plantearía en torno a si también conformarían un tope máximo), dada la expresión legal del artículo 1.108 [«la indemnización de daños y perjuicios (...) consistirá (...) en el interés legal», luego la cantidad que se otorgue ha de incluir, como mínimo, esos intereses legales]. De esta forma, salvo pacto en contrario, el deudor moroso no podrá probar que se le hayan

⁶ Precisamente, algunos autores (así, MARTÍN MELÉNDEZ, *La indemnización del mayor daño...*, *op cit.*, pp. 171-172; MESSA, Gian Carlo, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, 2.ª ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1932, pp. 177-178; y NUSSBAUM, Arthur, *Teoría jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 137) consideran que el objetivo perseguido por el legislador sería sólo la simplificación de la prueba de los daños en relación con las obligaciones pecuniarias, de modo que si surge un privilegio del acreedor —en cuanto que no tiene que probar la existencia de esos daños y la relación de causalidad que ha llevado a ellos— es como efecto indirecto y no porque ese fuera su objetivo, cuando precisamente el legislador perseguía obtener un equilibrio entre deudor y acreedor: a cambio de la reducción de la indemnización al interés legal (beneficio del deudor) el acreedor no tendrá que probar nada (lo que le beneficia a él), porque su pérdida es evidente o al menos se presume así (cfr. al respecto GARCÍA GOYENA, Florencio, Comentario al art. 1.017, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 544).

⁷ Cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de BUEN, T. III, 4.ª ed. española (reimpr.), revis. por Manuel BATLLE, Ed. Reus, Madrid, 1987, p. 53.

⁸ *Vid.* arts. 1.101 y 1.902 CC, sobre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, respectivamente.

⁹ Así, cabe citar por ejemplo a LACRUZ y otros, *Derecho de obligaciones* (T. II de los *Elementos de Derecho Civil*), Vol. 1.º, 3.ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 208; MARTÍN MELÉNDEZ, Comentario a la STS de 21-12-1998, *CCJC*, n.º 50, abril-agosto 1999, p. 728, y *La indemnización del mayor daño...*, *op cit.*, pp. 137-138; y ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 21 y 129-130; y en la doctrina extranjera BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III, 2.ª ed. (reimpr.), Ed. Giuffrè, Milán, 1964, p. 495; BIANCA, C. Massimo, Comentario al artículo 1.224, en *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Libro IV, arts. 1218-1229, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, p. 299; y DE CUPIS, *Il danno*, *op. cit.*, pp. 477 y 480-481.

causado al acreedor unos daños inferiores a la cuantía de los intereses legales (o que no los hubo en absoluto) para de esa manera indemnizarle en esa inferior cuantía. En cualquier caso, será un problema de escasa producción práctica, porque difícilmente se le podrán irrogar al acreedor que se ve privado de su dinero unos daños inferiores a la obtención de los intereses legales por el mismo ¹⁰.

Como excepción a lo dicho, el propio artículo 1.108 excluye su aplicación en los supuestos en que las partes hayan acordado otra cosa, pues entonces cabe presumir que las partes han pretendido liquidar con carácter previo toda consecuencia patrimonial derivada del incumplimiento, por lo que en tales casos habrá de estarse a tal pacto ¹¹.

Tal pacto podrá establecer unos intereses inferiores a los legales, atenuando la responsabilidad del deudor moroso respecto a la que correspondería de no haber existido el pacto (intereses legales), o bien señalar unos intereses superiores, agravando tal responsabilidad ¹², o establecer una limitación o incluso exoneración ¹³ de la res-

¹⁰ Alberto MONTEL [en «Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les Obligations)», *RTDC*, T. XXXI, 1932, nota 1 a las pp. 1024-1025] llega a negar la posibilidad de que esa prueba de un daño inferior pueda presentarse en la práctica.

¹¹ Cfr. en Italia la *Relazione del Guardasigilli*, n.º 570. En el mismo sentido, BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado*, trad. de la 6.ª ed. italiana por Santiago SENTÍS MELENDO, Vol. III, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pp. 91-92; DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Ed. UTET, Turín, 1970, p. 888; MARINETTI, Giuseppe, «Interessi (Diritto civile)», *Novissimo Digesto Italiano*, T. VIII, Ed. UTET, Turín, 1962, p. 870 (que en tal sentido señala que cabe «la prova del maggior danno ed il diritto all'ulteriore risarcimento, se gli interessi moratori non hanno fonte convenzionale»; las negritas son nuestras); y en nuestra doctrina ORDÁS, *El interés de demora*, op. cit., pp. 21, 47 y 130-131.

No obstante, esta afirmación, sobre todo cuando el tipo de interés convencional es inferior al legal, ha de ser tomada *cum grano salis* en función de las circunstancias, pues difícilmente puede defenderse la presunción de que el acreedor aceptara de antemano el resarcimiento del daño en la menor medida convenida cuando esa *minoría* no lo era en el momento del convenio, sino que se ha producido por una variación posterior al alza de los tipos de interés. No consideramos que pueda exigirse a los acreedores el tener facultades adivinatorias (máxime si esa subida de tipos no era previsible en el momento de contratar) ni que pueda presumirse la existencia de una renuncia a la diferencia en caso de que el daño que efectivamente sufran sea superior al acordado. Otra cosa conllevaría a que los acreedores terminaran estableciendo una hiperinflación de los tipos moratorios convencionales (sobre todo en épocas de elevada fluctuación de tipos), a fin de poder cubrir todas las posibles subidas posteriores.

¹² No obstante, en caso de agravación de la responsabilidad habrán de tenerse en cuenta en su caso las limitaciones impuestas tanto por la Ley de Usura como especialmente por el TRLGDCU, en cuanto que éste impone un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y específicamente la inexistencia de perjuicio del consumidor o usuario (por lo que cabría una agravación en beneficio del consumidor, pero no en su perjuicio): arts. 80.1.c) y 82.1.

¹³ En tal caso debe tenerse en cuenta la prohibición de la renuncia a reclamar la responsabilidad por dolo del art. 1.102 CC. Asimismo, ha de tenerse presente la existencia de una norma similar en el ámbito del Derecho del consumo: el art. 86.1 TRLGDCU con-

ponsabilidad por la mora¹⁴. Asimismo, las partes pueden pactar que la indemnización consista en una cantidad fija o a tanto alzado, que en función de sus características podrá tener la naturaleza de cláusula penal¹⁵. Por otra parte, el pacto podrá ser tanto expreso como tácito, cuya existencia podría derivarse de las circunstancias concretas¹⁶, como sería el caso de que en el momento del contrato el acreedor hubiera destacado al deudor el daño especial que le causaría el retraso en el cumplimiento y conocido esto el deudor no hubiera hecho ninguna declaración al respecto, sino que hubiera aceptado una obligación genérica de resarcimiento de daños¹⁷.

En este punto la doctrina se divide, existiendo autores¹⁸ que excluyen la cuestión del *mayor daño* sólo con que haya unos intereses convencionales, sean moratorios o no, mientras otros¹⁹ limitan la excepción al caso de intereses convencionales específicamente pactados para el caso de mora (salvo que las propias partes hayan convenido expresamente la posibilidad del ulterior resarcimiento del daño superior a esos intereses moratorios convencionales), manteniéndose en cambio la resarcibilidad del *mayor daño* en los supuestos en que el mismo supere los intereses convenidos con carácter retributivo (y que asumen una función de intereses moratorios).

Por nuestra parte, consideramos que la respuesta no puede darse apriorísticamente, sino que dependerá del alcance que las partes hayan querido dar en cada caso a esos intereses convencionales: el

sidera como cláusula abusiva –y, por tanto, nula: ex art. 83.1– «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. / En particular las cláusulas que (...) limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

¹⁴ Por supuesto, también podrán establecer un pacto de remisión directa a los intereses legales o bien establecer unos intereses que coincidan con los legales en su cuantía, pero dado que en tal caso coincidiría la responsabilidad del deudor moroso con la que igualmente correspondería de no haber existido el pacto, prescindiremos de este supuesto.

¹⁵ Cfr. art. 1.152 CC.

¹⁶ Así, GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 2.ª ed. (reimpr.), Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1977, p. 191; y MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷ En tal sentido, MESSA, *loc. cit.*

¹⁸ Como BARBERO, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 91-92; y, en nuestra doctrina, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XV, Vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, p. 836.

¹⁹ Así, BIANCA, Comentario al art. 1.224, *op. cit.*, pp. 299 y 302-305; LIBERTINI, Mario, «Interessi», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXII, Ed. Giuffrè, Milán, 1972, p. 129; MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, p. 82; y RICCIO, Domenico, «Gli interessi moratori usurari», *Rivista giuridica di Molise e Sannio*, Vol. 3-2004, pp. 43 y 50-51; y en nuestra doctrina ORDÁS, *El interés de demora*, *op. cit.*, pp. 21, 47 y 130 (para la que no cabría probar la necesidad de una indemnización complementaria si los intereses moratorios tuvieran un origen convencional, porque prevalecería el principio de libertad comercial). Implícitamente, INZITARI, «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 224; y VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: effets* (T. V del *Traité de droit civil* dir. por Jacques GHESTIN), Ed. L. G. D. J., París, 1988, pp. 335-336.

régimen convencional sustituye al legal, pero éste será aplicable a los supuestos de infracción no previstos o que, previstos, no se hubiere concretado en qué habría de consistir la indemnización²⁰. En principio, sólo cuando las partes hayan previsto la posibilidad del *mayor daño* en la fijación de los intereses cabe entender que es aquél absorbido por estos. En el supuesto de que las partes hayan previsto la indemnización correspondiente a cada caso no habría problema, pero si sólo contemplan unos intereses moratorios *ordinarios* entendemos que no debe considerarse que absorben el posible *mayor daño*, ya que sólo se habrían previsto para el resarcimiento del daño *ordinario* derivado de la mora. Si únicamente se contemplaran unos intereses retributivos, entendemos que los mismos –si son superiores a los legales– se extenderán al momento posterior a la mora como intereses moratorios, pero sin que pueda tampoco entenderse que absorben el posible *mayor daño*, ya que las partes en ningún momento pretendieron con esos intereses resarcir *todo* posible daño. De esta forma, consideramos que sólo en caso de una específica previsión de las partes al respecto podrá entenderse que los intereses convencionales excluyen la posibilidad de la reclamación del *mayor daño*.

La cuestión del *mayor daño* persiste en caso de falta de previsión de las partes al respecto, observándose en el Derecho comparado una clara tendencia a admitir su resarcimiento. No obstante, no deja de haber autores, desde la época codificadora y en la actualidad, contrarios a ese resarcimiento.

2. EL ORIGEN DE LA DOCTRINA CONTRARIA AL *MAYOR DAÑO*

El grupo doctrinal contrario a la admisión del *mayor daño* se remonta a las posiciones de Pothier y sobre todo Domat.

Pothier²¹ reconoce el deber del deudor, «si el daño que el retardo ha causado al acreedor es más grande que esos intereses», de indemnizar al acreedor de «todos los perjuicios que él sabe que le ha causado por su injusta retención; pues no basta que pague los intereses desde el día de su resistencia», aunque «otra cosa es cuando no hay dolo por la parte del deudor en su demora». Sin embargo, ello es «según las reglas del fuero de la conciencia», es decir,

²⁰ Igualmente, MANRESA Y NAVARRO, José María, Comentario a los artículos 1.108 y 1.109, *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel MORENO MOCHOLÍ, T. VIII, Vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 245-246.

²¹ POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, núm. 172, p. 101.

como obligación natural, pues niega al acreedor todo derecho jurídicamente exigible a la indemnización de un mayor daño, incluso procedente de dolo: «ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses»²².

Domat²³—siendo seguido por Mucius Scaevola— parte de la distinción entre los «intereses» y los «daños y perjuicios» como diferentes clases de indemnización, correspondiendo el pago de los primeros al deudor de una cantidad por razón del daño que cause a su acreedor, y señala que mientras «las otras especies de daños son indefinidas, y se extienden o limitan diversamente al prudente arbitrio del Juez, según la calidad del hecho y demás circunstancias», el deudor de una cantidad «no estará obligado a indemnizar indefinidamente todos los daños a que haya dado margen con su falta de pago, y sí sólo al de los intereses determinados por la ley»²⁴.

Sin embargo, nos encontramos con que la norma que limita los daños y perjuicios derivados de la mora en obligaciones pecuniarias a los intereses legales se derivaría realmente de una mala interpretación de las fuentes del Derecho romano. En el *Digesto*, un texto de Hermogeniano establece que el comprador que se encuentre en mora en el pago del precio de venta no está obligado a todo lo que el vendedor habría ganado si hubiera recibido tempestivamente el dinero debido, sino sólo al interés²⁵. Sobre esta base, algunos antiguos autores²⁶ enunciaron el principio general de que el acreedor de una suma de dinero, fuera cual fuera el perjuicio sufrido por la inexecución de la obligación por su deudor en mora, no podría reclamar todos los daños y perjuicios, sino sólo el interés legal sobre la suma debida. Esta interpretación del texto romano, evidentemente errónea (el precepto Justiniano se refiere a la exclusión de *daños hipotéticos* por falta de pago del precio *en la compraventa*, sin que nada justifique su extensión—máxime si tenemos en cuenta que las limitaciones de derechos han de interpretarse restrictivamente— más allá de la compraventa y respecto de daños demostrables), fue a su vez el fundamento sobre el que Domat y Pothier construyeron una teoría entera sobre la materia,

²² POTHIER, *op. cit.*, núm. 170, p. 101.

²³ DOMAT, *Las leyes civiles*, cit. por MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, Comentario a los artículos 1.106 a 1.108, *Código civil*, T. XIX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1902, pp. 565-569.

²⁴ Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, Comentario a los arts. 1.106 a 1.108 CC, *op. cit.*, pp. 566-567.

²⁵ D., 18, 6, 20 (19): «Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit».

²⁶ Como NOODT, *Opera omnia*, lib. II c. VI, cit. por BALIS, Georges, «Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent», *Rev. Cr. Lég. Jur.*, T. LIV, 1934, p. 97, nota 2.

que pasó al artículo 1.153 del *Code Napoléon*, y de éste a nuestro 1.108. Esta posición restrictiva fue admitida también por el ALR prusiano de 1794²⁷ y más tarde por el Código Civil austriaco (*ABGB*) de 1811²⁸, mientras que ha sido rechazada por las codificaciones más recientes (suiza, alemana, el nuevo Código Civil italiano...).

3. LA ADMISIÓN DEL MAYOR DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO

En **Italia** la doctrina actual²⁹, con base en el segundo párrafo del artículo 1.224 del *Codice civile*³⁰, admite que el acreedor pueda probar haber sufrido un daño superior al resarcible según el tipo de

²⁷ Theil I, Titel XI, §§ 833-834: «833. Außer den Zögerungszinsen kann der Gläubiger für den durch den Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütung fordern» («Aparte de los intereses moratorios, el acreedor no puede exigir otra indemnización por los perjuicios que se le hayan causado por el retraso del deudor»), «834. Hat jedoch der Schuldner, bey vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen, oder der Conventionalstrafe, den Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen» («Sin embargo, si el deudor con medios de pago suficientes hubiera retrasado el pago a propósito o por error grave, el acreedor puede pedir la indemnización de los daños efectivos que se le hayan causado, en vez de los intereses moratorios o la pena convencional»).

²⁸ § 1.333 (en la actualidad, 1.º párrafo): «Der Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat, wird durch die gesetzlichen Zinsen vergütet» (es decir, «El daño que el deudor ha producido a su acreedor por el retraso en el pago de una reclamación pecuniaria se indemnizará a través de los intereses legales»). Sin embargo, con posterioridad se ha añadido un tercer párrafo a este precepto que cambia radicalmente su orientación: «Der Gläubiger kann außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen»; o sea, «El acreedor puede además de los intereses legales reclamar también la indemnización de otros daños culpa del deudor y superiores a aquéllos, en especial los costes necesarios de medidas de ejercicio o gestión extrajudicial correspondientes a esa finalidad, en cuanto estos estén en una proporción adecuada a la reclamación en curso».

²⁹ Así, entre otros, además de los ya citados en el texto, BARBERO, *Sistema...*, op. cit., p. 91; BIANCA, Comentario al art. 1.224, op. cit., p. 297; DE CUPIS, *Il danno*, op. cit., pp. 472-473 y 476-478; DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, op. cit., p. 868; INZITARI, «Interessi e maggior danno», op. cit., pp. 224-225, e «Interessi», op. cit., pp. 601-605, en especial 603-604 (y en *Profilo...*, op. cit., pp. 296-305, especialmente 302-303); GALGANO, *Diritto civile...*, op. cit., pp. 82-83; y QUADRI, Enrico, «Gli interessi», en *Le obbligazioni pecuniarie*, de *Obbligazioni e contratti*. T. I, Vol. 9 del *Trattato di diritto privato*, dir. por Pietro RESCIGNO, Ed. UTET, Turín, 1984, pp. 214-215.

Antes incluso, bajo la vigencia del *Codice* de 1865, no faltaban voces que aceptaban el resarcimiento del mayor daño, sobre todo en caso de dolo del deudor. ASÍ, ASCARELLI, Tullio, «Limiti di applicabilità dell'art. 1231 Codice civile», *Riv. dir. comm.*, Vol. XXVIII-I, 1930, pp. 392-393 (que no obstante limita esa posibilidad al ámbito mercantil, excluyéndola del civil); GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, op. cit., pp. 187-188 y 191-193; y MONTEL, «Considérations sur la réparation...», op. cit., pp. 1018-1019. Igualmente, puede citarse la S. de la *Corte di Cassazione* de Turín de 14 de julio de 1885.

³⁰ «Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori.»

interés legal³¹, salvo que la medida de los intereses moratorios haya sido convenida entre las partes, bien porque, de haber obtenido su restitución tempestivamente, habría podido emplear el capital que le es debido a un tipo de interés superior al legal; o bien que ha debido adquirir bienes en condiciones más onerosas por la dilación en el pago impuesta por el incumplimiento de su deudor³²; o, incluso, en casos extremos, que el incumplimiento del deudor le ha provocado incurrir en situaciones concursales o de insolvencia...³³

Para Barassi³⁴, si se admite que el interés legal moratorio es el precio por el uso del dinero se debería lógicamente permitir al acreedor probar que ha sufrido otros daños no cubiertos por el interés legal. En ese sentido, una vez eliminado históricamente el «techo legal» de los límites de cuantía en los pactos de intereses, con la única restricción de las leyes de usura y de protección de los consumidores, la atribución al acreedor pecuniario únicamente de los intereses moratorios en caso de retraso en el cumplimiento se mostraba como sustancialmente inadecuada y anacrónica³⁵.

De esta forma, de acuerdo con la antigua distinción entre daños «comunes» y daños «propios» (especiales, que sólo se verifican en algunos casos), se podría entender que el tipo legal sólo contempla los daños comunes, que por otra parte se presumirían siempre, *iuris et de iure*, dejando al acreedor la posibilidad de probar la concurrencia de daños propios, de los cuales habrá de ser también resarcido³⁶.

En esa línea, ya Giorgi³⁷ entendía que el límite que viene determinado por los intereses legales se aplica sólo al daño común, que la ley presume siempre y que se presume igual para todos, «*porque el empleo del dinero al fruto legal está (...) en patentia propinqua de todos*», pero de darse que en una determinada obligación sufriese el acreedor otras pérdidas o se privase

³¹ Adolfo DI MAJO («Obbligazioni pecuniarie», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXIX, Ed. Giuffrè, Milán, 1979, p. 290) critica al art. 1.224 del *Codice* que en él se produciría una contradicción por la coexistencia de la obligación abstracta de intereses (1.º párr.) con las reglas generales de la responsabilidad contractual por daños (2.º párr.), es decir, de dos normativas que responden a principios diversos y técnicamente diferenciados.

³² Como, por ej., si los ha debido adquirir con pago aplazado (y por tanto en condiciones más onerosas), cuando hubiera podido pagar al contado de no haberse producido el incumplimiento del deudor y haber dispuesto de la suma que le es adeudada.

³³ Cfr. BIANCA, Comentario al art. 1.224, *op. cit.*, pp. 295-296; DE CUPIS, *Il danno*, *op. cit.*, p. 473; QUADRI, «Gli interessi», *op. cit.*, p. 215.

³⁴ BARASSI: *La teoria generale...*, *op. cit.*, pp. 494-495.

³⁵ En tal sentido, INZITARI: «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 227.

³⁶ En ese sentido ya se pronunciaban, bajo la vigencia del antiguo Código italiano, GIORGI (*Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 187) y MONTEL («Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pág. 1019). Posteriormente, PROSPERETTI: «Introduzione al problema...», *op. cit.*, pp. 7-8.

³⁷ GIORGI: *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 191.

de ganancias superiores al interés legal también debería ser resarcido de ello.

No obstante, aquí debe de tenerse especial cuidado con el nexo de causalidad entre la mora del deudor y el daño sufrido: si el acreedor, por falta de numerario debida al incumplimiento del deudor, no puede aprovecharse de un negocio ventajoso, o incluso pagar a sus propios acreedores, se trataría de daños (de modo más preciso, lucro cesante y daño emergente, respectivamente) que el acreedor no podría reclamar de su deudor: el incumplimiento del deudor solamente *ha concurrido* en la provocación del estado de dificultad financiera del acreedor, que derivaría de múltiples causas, y que es lo que ha originado los referidos daños, de modo que no habría una relación de causalidad directa e inmediata entre incumplimiento y daño, sino sólo indirecta y mediata³⁸.

En cambio, la mayoría de la antigua doctrina italiana³⁹ sostenía la opinión contraria (el *Codice* de 1865 no contenía previsión al respecto), sobre la base de que:

a) El interés moratorio supone una liquidación *a forfait* de carácter fijo, de modo que aunque los daños sean efectivamente

³⁸ Cfr. GALGANO, *Diritto civile...*, *op. cit.*, p. 78.

³⁹ En tal sentido, POLACCO, *Obbligazioni*, pp. 646 ss., y MODICA, *I danni interessi compensativi*, Turín, 1913 (todos cit. por BARASSI, *La teoria generale...*, *op. cit.*, p. 494, nota 2); LOMONACO, Giovanni, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (Parte X de *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*), Vol. 1, 2.^a ed., Eds. Eugenio Marghieri/UTET, Nápoles/Turín, 1912, pp. 528-534; MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, pp. 176-185 (si bien *in iure condendo* se pronuncia a favor de una cierta flexibilización del sistema —en tal sentido, dice que «*s'imporebbe pertanto, l'adozione di un tasso mobile o meno rigido, atto a meglio conformarsi alle condizioni mutevoli del mercato finanziario*»—, sobre todo en relación con los daños sufridos por las bajas en el cambio de divisas en las obligaciones en moneda extranjera; *loc. cit.*, pp. 409-416); y SCADUTO, Gioachino, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1924, p. 120 (refiriéndose específicamente a la devaluación monetaria, dice que «*secondo il nostro ordinamento i danni derivanti dalle oscillazioni di valore sono compresi negli interessi moratori*»). A favor, en cambio, estaban los autores *cits. supra*, en el segundo párrafo de la nota 29).

Una posición intermedia adoptaba Roberto de RUGGIERO (*Instituciones de derecho civil*, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 54 y nota 2 de esa página), pues si bien defendía la exclusión de la procedencia de unos intereses mayores con carácter general, dado que sólo excepcionalmente se admitían por el art. 1.231 del antiguo *Codice* (que disponía: «*In mancanza di patto speciale, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società. Sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita. I Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita*») en las deudas mercantiles y en los casos de fianza o sociedad, afirmaba que «*esto se entiende si no hay otro hecho además de la mora solvendi; serían exigibles como daños si el deudor incurriese en otra culpa además de la mora*». Se plantearía entonces el problema de determinar qué daños se derivan del propio retraso moroso del deudor y cuáles determinados por «otra culpa además de la mora», y esta labor de *aislamiento* de los mayores daños en relación con la mora puede llegar a ser bastante complicada. Igualmente, mantiene una postura ambigua ASCARELLI, pues mientras que por una parte entiendo justamente abandonada la posición de GIORGI y considera dominante en

superiores o inferiores, las partes no pueden modificar esa liquidación salvo que estén de acuerdo en ello, por lo que no se deberán intereses superiores a la cuantía legal aunque el acreedor demostrara que había sufrido daños superiores: el resarcimiento de un daño inferior a la tasa legal de interés vendría así a compensar la no resarcibilidad de un daño superior a tal tipo de interés.

b) En segundo lugar, el resarcimiento de los daños moratorios se basa en el principio de previsibilidad y por ello debe negarse la posibilidad de un *mayor daño*: debe partirse del principio general de limitación de la responsabilidad del deudor a los daños previstos o previsibles al tiempo del contrato (artículo 1.228 del *Codice* de 1865⁴⁰), y dada la infinita variedad de empleos previsibles del dinero que podría hacer el acreedor, ha sido necesaria la intervención del legislador para fijar en el tipo de interés legal la extensión de los daños resarcibles, límite que sería por tanto insuperable, si bien se admitiría la prueba de daños mayores (que serían «propios» y no previsibles) en los casos de existencia de dolo del deudor (pero sólo en ellos).

Estos dos argumentos son criticables⁴¹: por una parte, el enrevesado recurso a una presunta equidad de recíproca compensación pierde valor si se tiene en cuenta la práctica inverosimilitud de un daño inferior al tipo legal y en cambio la posibilidad real de un daño que lo supere, que no son dos magnitudes que se equilibren; y en cuanto al segundo, cabe decir que la previsibilidad de unos daños normales no excluye la posibilidad de que en algunos casos tales daños sean superados por la gran variedad de posibilidades de la realidad⁴².

doctrina y jurisprudencia la tesis contraria a que el acreedor pueda demostrar haber sufrido un mayor daño pretendiendo consecuentemente un mayor resarcimiento (en *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Ed. CEDAM, Padua, 1928, p. 86), por otra señala que se presume, *salvo una demostración contraria* (luego cabe entender que cabe la prueba de unos daños superiores), que el daño derivado de la mora venía representado por los intereses legales (*ibid.*, p. 95). Por su parte, Aristide GRANITO (en «Interessi», *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, dir. por Vittorio SCIALOJA, Roberto de RUGGIERO y Pietro BONFANTE, Vol. III, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1923, pp. 746 y 750-751) excluye con carácter general los daños ulteriores sobre los intereses pactados para el caso de mora, si bien admite lo que denomina, por influencia francesa, *danni-interessi* (intereses suplementarios a las indemnizaciones como resarcimiento del daño causado por un delito o cuasidelito), pero con un carácter excepcional y sólo si se han previsto específicamente por la ley o las partes, pues otra cosa supondría forzar los límites de interpretación de la ley, aunque propugna que la presunción legal *iuris et de iure* debería transformarse en una *iuris tantum* (*op. cit.*, pp. 752-753).

⁴⁰ «*Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo*».

⁴¹ Cfr. BARASSI, *La teoria generale...*, *op. cit.*, p. 495.

⁴² Michele FRAGALI (Comentario al artículo 1.815, en *Il mutuo*, 2.^a ed., reimpr., Libro IV, arts. 1813-1822, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio SCIALOJA

En **Suiza**, el deudor que incurra en culpa está obligado a reparar totalmente el daño ocasionado al acreedor (artículo 97.1 del Código de las Obligaciones⁴³), también cuando ese daño sea superior a los intereses moratorios (artículo 106.1 del mismo Código⁴⁴). Es elemento esencial en el sistema suizo la culpa del deudor en su retraso en el cumplimiento⁴⁵.

En esta línea, Von Tuhr⁴⁶, con base en el citado artículo 106.1, afirmaba que los intereses moratorios no son más que el mínimo de indemnización de los daños que el acreedor puede sufrir por la mora del deudor; de modo que si el acreedor consiguiera probar que la mora le ha producido un daño mayor, como sería el no haber podido saldar una deuda que le suponía el pago de intereses más elevados o el haberse visto obligado a solicitar un préstamo a un mayor tipo de interés, podrá exigir al deudor moroso que le resarza también de estos daños, aunque el deudor podría eximirse probando que no incurrió en culpa alguna (ignorancia excusable de su obligación, o retraso en el envío de la suma del pago que no le sea imputable, por ejemplo). En el fondo, como vemos, no sería más que la aplicación de la teoría general de la responsabilidad, entendiendo que el régimen específico de los intereses moratorios no excluye para las deudas de contenido pecuniario el régimen general, y la concurrencia de culpa del deudor es precisa por cuanto si no no se generaría responsabilidad alguna⁴⁷.

y Giuseppe BRANCA, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, pp. 359-360) incluye entre esos *daños previsibles* el perjuicio por la devaluación monetaria, el lucro cesante o los mayores gastos en que el acreedor haya debido incurrir por no haber podido disponer tempestivamente de la cantidad prestada. No creemos que esa enumeración sea admisible, ya que, aun siendo previsible una cierta inflación y pérdida de valor de la moneda, no es posible preverla con exactitud, previsibilidad que desde luego será prácticamente ficticia en los casos de los mayores gastos en que el acreedor haya debido incurrir y del lucro cesante.

⁴³ «*Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*».

⁴⁴ «*Lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*». Como se ve, permite el resarcimiento del *mayor daño*, pero con la contrapartida de que el deudor también puede probar que no le es imputable a él.

⁴⁵ Critica la limitación de la responsabilidad del deudor por introducción de elementos subjetivos MONTEL: «*Considérations sur la réparation...*», *op. cit.*, p. 1023.

⁴⁶ VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, T. II, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁷ *Vid.*, en nuestro Derecho, los arts. 1.101 y 1.902 CC, según sea la responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual, que requieren respectivamente que intervenga *dolo, negligencia o morosidad*, o bien *culpa o negligencia*, en el autor del daño (recorremos que los casos de responsabilidad objetiva están expresamente previstos por la ley y son de interpretación restrictiva: art. 1.105 CC).

En **Alemania** se establece lo mismo por el cuarto párrafo del § 288 del *BGB*⁴⁸. La doctrina⁴⁹, sobre esta base, entiende que el deudor moroso debe indemnizar al acreedor de *todos* los daños, por frutos y utilidades, que sufra, y los intereses cubren sólo parte de ese daño, pues la limitación de la indemnización a los intereses legales constituye para el deudor, en tiempos de difícil situación monetaria, un estímulo para diferir el pago. Así, los intereses legales serían sólo una «indemnización de mínimo»⁵⁰, de modo que los intereses y la indemnización de daños y perjuicios no se identifican, pues aunque los intereses legales sean la forma ordinaria de indemnización en caso de mora, pueden producirse acontecimientos sucesivos que generen daños superiores, como sucedería en el caso de que, debido a la mora del deudor, el acreedor se viera en dificultades para hacer otros pagos⁵¹. Se tienen especialmente en cuenta los intereses mayores que por ello el propio acreedor deba pagar en otra parte o los que habría podido ganar por la inversión del dinero si hubiera sido pagado en el momento oportuno⁵².

⁴⁸ § 288.IV (numerado como segundo párrafo hasta la Ley para la modernización del Derecho de obligaciones de 2001—en lo sucesivo, *SMG*—): «*Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen*» («La alegación de un daño superior [al interés legal] no está excluida»). Además, *vid.* el § 286.I en su redacción hasta la *SMG*: «*Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen*» («El deudor ha de indemnizar al acreedor el daño causado por la mora»). Específicamente, la nueva redacción —tras la *SMG*— del § 284 establece un *resarcimiento por gastos infructuosos*: «*Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden*» (es decir, «En lugar de la indemnización de daños, el acreedor puede solicitar el resarcimiento de gastos infructuosos que hubiese hecho bajo la confianza de recibir la prestación y que habría podido hacer más baratos, excepto que su finalidad tampoco se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor»).

⁴⁹ En tal sentido, ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones* (T. II del *Tratado de Derecho civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), Vol. 1.º, 2.ª ed. española, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pp. 267-269, y especialmente 271; HAGER, Johannes, Comentario al § 288 *BGB*, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, dir. por Walter ERMAN, T. I, 11.ª ed., Ed. Aschendorff, Münster, 2004, pp. 920-921; MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 2003, p. 95; NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, *op. cit.*, pp. 135-137; SCHMIDT, Karsten, *Geldrecht: Geld, Zins und Währung im deutschen Recht*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1983, pp. 404-405; VOLKKOMMER, Max, Comentario al § 288 *BGB*, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zum Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, dir. por Othmar JAUERNIG, 8.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 1997, p. 273; VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, T. I, Vol. 1.º, trad. por Tito RAVÁ, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 297-298, nota 22a; WEBER, Ralph, «Verzug», en *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, de Harm Peter WESTERMANN, Peter BYDLINSKI y Ralph WEBER, 5.ª ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2003, pp. 149-150. En la doctrina alemana, excluye la posibilidad de la reclamación de la indemnización del *mayor daño* junto a los intereses únicamente VON MAYDELL, Bernd, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1974, p. 141.

⁵⁰ *Cfr.* ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, Vol. 1.º, *op. cit.*, pp. 271-273.

⁵¹ *Cfr.* VON MAYDELL, *Geldschuld...*, *op. cit.*, p. 141.

⁵² Así, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, ed. española a cargo de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 188; y *Schuldrecht I...*, *op. cit.*, p. 95.

De modo similar se pronuncia actualmente el **ABGB austriaco** (mientras que en su versión original adoptaba una visión contraria al resarcimiento de los daños más allá de los intereses legales)⁵³.

En esta línea, que caracteriza en general a los códigos de los siglos xx y xxi, el vigente Código Civil **portugués**⁵⁴ admite que en los casos de responsabilidad civil extracontractual⁵⁵ el acreedor obtenga una indemnización suplementaria, además de los intereses legales, si prueba que la mora le ha causado un daño que los excede⁵⁶; regla que el recentísimo Código Civil **brasileño** de 2002⁵⁷ generaliza a todos los supuestos en que los intereses moratorios no cubran los daños y no exista una pena convencional.

En **Francia y Bélgica** se ha observado una evolución en una orientación similar, tendente a la admisión de la resarcibilidad del *mayor daño*⁵⁸, dato de mayor relevancia si tenemos en cuenta que el Código francés constituye en gran medida la base del nuestro.

El *Code Napoléon* en su redacción originaria restringía expresamente los daños y perjuicios (*dommages-intérêts*) por mora en

⁵³ § 1.333 (en la actualidad, 1.º párrafo): «*Der Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat, wird durch die gesetzlichen Zinsen vergütet*» (es decir, «El daño que el deudor ha producido a su acreedor por el retraso en el pago de una reclamación pecuniaria se indemnizará a través de los intereses legales»). Sin embargo, con posterioridad se ha añadido un tercer párrafo a este precepto que cambia radicalmente su orientación: «*Der Gläubiger kann außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen*»; o sea, «El acreedor puede además de los intereses legales reclamar también la indemnización de otros daños culpa del deudor y superiores a aquéllos, en especial los costes necesarios de medidas de ejercicio o gestión extrajudicial correspondientes a esa finalidad, en cuanto estos estén en una proporción adecuada a la reclamación en curso».

⁵⁴ Art. 806, texto reformado por Decreto-Ley 262/83, de 16 de junio: «(...) 2. *Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal.* / 3. ***Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indemnização suplementar correspondente, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco***» (las negritas, por supuesto, son nuestras).

⁵⁵ El texto del precepto («*responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco*») ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que abarcaría también los casos de obligaciones de indemnización resultantes de hechos lícitos. Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de.: *Direito das obrigações*, 9.ª ed., 3.ª reimpr., Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 2005, p. 685, nota 2.

⁵⁶ Cfr. PINTO MONTEIRO, António.: «Inflação e direito civil», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. II, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1989, pp. 889-892 y en especial 897-899 (con particular referencia a la desvalorización del dinero). En tal sentido, ya con el anterior CC portugués de 1867, se pronunciaba también PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano.: «Mora do devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 48, mayo 1955, pp. 99-112, en especial 103-108.

⁵⁷ Art. 404.II: «*Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*».

⁵⁸ Respecto a la doctrina francesa sobre este punto, además de las notas que siguen, vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 268-272.

las deudas de contenido pecuniario a los intereses moratorios⁵⁹. No obstante, las jurisprudencias francesa y belga⁶⁰ del siglo XIX, en lo que se ha denominado una «*interprétation déformante*»⁶¹, entendían que si el acreedor hubiera sufrido por culpa de su deudor un perjuicio *distinto del que resulta del retraso* en el pago tiene derecho a obtener su reparación, además de los correspondientes intereses moratorios: hay dos indemnizaciones correspondientes a dos daños distintos, una la que contempla el artículo 1.153 (*intérêts moratoires*) y otra la del artículo 1.382⁶² (responsabilidad ordinaria, concretada en unos *intérêts compensatoires*)⁶³. Esta jurisprudencia era compatible con el texto del artículo 1.153, ya que no se concedía una indemnización superior al interés legal *por razón de la mora en el pago*, sino por perjuicios *distintos del retraso*⁶⁴.

El perjuicio, independiente del retraso, que se le causa al acreedor y se tiene aquí en cuenta supone un daño distinto de la mera

⁵⁹ Art. 1.153.I: «*Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard au l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*». El Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción, de 22 de septiembre de 2005 [que citamos por: *Avant-Projet de réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil). Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005*, versión publicada por el Ministerio de Justicia francés en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA-SEPTEMBRE2005.pdf; *vid. también CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», ADC, T. LX-II, abril-junio 2007, pp. 621-848*], mantiene una regulación similar en el que sería el nuevo art. 1.381.I del *Code*, si bien suprimiendo la reserva «*assez mystérieuse*», en palabras de los autores del Anteproyecto (cfr. *Avant-Projet de réforme...*, *op. cit.*, p. 166, nota 59)—de las reglas particulares en el comercio y en la fianza: «*L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal*».

⁶⁰ Recordemos que el CC belga es en su origen el *Napoléon*, y muchas de sus reformas en Bélgica han corrido paralelas a las francesas, como en este artículo. Así, antes de 1913 su contenido era idéntico al original del francés, salvo en el final del primer párrafo, en que los términos eran ligeramente distintos: «*(...) ne consistent jamais que dans les intérêts légaux, sauf les exceptions établies par la loi*» (belga), y «*(...) ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*» (francés).

⁶¹ En tal sentido, GEVERS, Madeleine, *Étude sur les obligations dans la jurisprudence contemporaine*, Ed. M. Lamertin, Bruselas, 1929, p. 18; y VIGNERON, Roger, «*Le nouveau taux d'intérêt légal et le régime des intérêts octroyés en justice*», *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, T. 16, n.º 1/2, 1971, p. 70.

⁶² «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*».

⁶³ Así, pueden citarse las SS. de la *Cour de Cassation* francesa de 13 de enero de 1852, 12 de noviembre de 1855, 1 de febrero de 1864, 4 de febrero de 1868, 7 de mayo de 1872, 20 de junio de 1877, 27 de diciembre de 1887, 13 de noviembre de 1889 y 29 de junio de 1896.

⁶⁴ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, pp. 642-643. Asimismo, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, pp. 54-55; y LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, T. XVI, Eds. A. Durand & Pedone Lauriel/Bruylant-Christophe & Comp., París/Bruselas, 1875, pp. 368-372.

privación de la suma de dinero: es un perjuicio concreto, aunque variable, derivado de no haber podido aquél dar a esa suma un empleo determinado, como cuando no haya podido pagar a su vez a sus acreedores y haya caído en quiebra o se haya visto obligado a recurrir a fuentes de financiación con intereses superiores. Se distinguirían así dos aspectos del perjuicio dimanante de la privación de una suma de dinero: un daño abstracto y permanente, por no poder invertir sus fondos de inmediato, que sería reparado con los intereses legales; y otro posible daño, concreto y variable, cuando en el momento deseado el acreedor no ha podido aplicar esos fondos a una específica inversión o se ha visto impedido de poder atender gastos urgentes y obligado a pedir dinero prestado a un interés superior⁶⁵.

Posteriormente, se pretendió recoger esta jurisprudencia en las Leyes de 7 de abril de 1900 en Francia⁶⁶ y de 1 de mayo de 1913 en Bélgica⁶⁷. Sin embargo, la nueva redacción legal no es exactamente igual a la referida jurisprudencia, pues sólo admite la indemnización suplementaria si ha habido mala fe o dolo en el deudor, cuando la jurisprudencia, menos exigente, sólo requería la existencia de culpa⁶⁸. Observemos además que, al contrario que en Alemania y Suiza, donde la indemnización suplementaria se reconoce por los daños *derivados* de la mora, en Francia sólo es posible por

⁶⁵ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, T. II, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, p. 622.

⁶⁶ Que sustituye en el tercer párrafo del art. 1.153 («*Ils [los intereses moratorios] ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit*») la expresión «desde el día de su demanda» por «desde el día del requerimiento de pago» («*du jour de la sommation de payer*») y sobre todo –por lo que ahora nos interesa– añade un párrafo final (el cuarto), en el que se establece que «*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance*» (las negritas son nuestras). El Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones de 2005 mantiene una regulación similar en el que sería el nuevo art. 1.381.III del *Code*: «*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance*»; como vemos, las diferencias residen en la sustitución de «*indépendant de ce retard*» por «*supplémentaire*» –como indican los autores del Anteproyecto (cfr. *Avant-Projet de réforme...*, *op. cit.*, p. 166, nota 59)–, y además en la desaparición del requisito de la mala fe.

⁶⁷ Cuyo art. 6 introduce una reforma similar a la francesa, salvo por la expresión «dolo» en vez de «mala fe». El nuevo párrafo belga dice: «*S'il y a dol du débiteur, les dommages et intérêts peuvent dépasser les intérêts légaux*».

⁶⁸ *Vid.* PLANIOL y RIPERT, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 643. No obstante, la jurisprudencia posterior a la reforma sigue prescindiendo en la práctica del elemento de la mala fe, bastando una simple negligencia «característica de un cuasi delito» (S. de la *Cour de Cassation* francesa de 16 de junio de 1903); cfr. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, pp. 55-56. Este requisito de la mala fe, como hemos indicado *supra* en la nota 66, desaparece ya con la nueva redacción del precepto (ahora art. 1.381.III) dada por el Anteproyecto de reforma de 2005.

los daños *independientes* del retraso⁶⁹; en Italia, en cambio, este problema no se plantea, ya que el *Codice* sólo habla de «*danno maggiore*», sin imponer que el mismo se derive del retraso o de causas externas a éste.

De esta forma, la indemnización suplementaria precisa en principio de la concurrencia de dos requisitos: *mala fe del deudor* en el incumplimiento, es decir, «*consciencia del daño que causa al acreedor no pagándole tempestivamente*»⁷⁰ y no necesariamente intención de dañar⁷¹, y que el perjuicio sufrido sea *independiente del retraso*. No obstante, estos requisitos han sido tomados en cuenta muy flexiblemente.

Así, esa independencia del daño respecto del retraso se ha interpretado⁷² en el sentido de que el perjuicio que se trataría de reparar mediante la indemnización suplementaria podría no obstante tener su origen en el propio retraso. El precepto simplemente haría referencia a que debería ser un perjuicio diferente del ocasionado *ordinariamente* por el retraso, la privación del producto de la cantidad debida, y en tal sentido se ha orientado la jurisprudencia⁷³, siendo eclipsado el criterio del perjuicio distinto sufrido por el acreedor por el de la mala fe o dolo del deudor⁷⁴, o bien culpa grave («*faute lourde*»), que se hace equivaler al dolo⁷⁵.

Igualmente, se ha llegado a entender por la jurisprudencia francesa que basta la concurrencia de uno solo de los requisitos apuntados, otorgándose la indemnización suplementaria cuando se determine la mala fe del deudor, aunque el perjuicio alegado no sea realmente independiente del retraso, o bien sobre la base de la existencia de un perjuicio distinto aunque no concurra la mala fe del deudor⁷⁶.

⁶⁹ De ahí que se afirme que un perjuicio derivado del retraso, aunque sea superior al que ordinariamente se produce, como sería el caso de la declaración de quiebra del acreedor por la mora del deudor, deba ser excluido (cfr. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, p. 55).

⁷⁰ En tal sentido, MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil*, T. VI, 5.ª ed., Ed. Cujas, París, 1994, p. 472. Cfr., asimismo, la concreción de estos conceptos por la jurisprudencia francesa *ibid.*, notas 145 y 146.

⁷¹ Cfr. CARBONNIER, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 622; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 6.ª ed., Ed. Dalloz, París, 1996, p. 480.

⁷² Como por Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC, en *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. III, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pp. 522-523.

⁷³ No obstante esto, hay autores que consideran que la jurisprudencia «*se ha atendido estrictamente a los términos precisos de la ley*» (así, GEVERS, *Etude...*, *op. cit.*, p. 19; y VIGNERON, «*Le nouveau taux...*», *op. cit.*, p. 71).

⁷⁴ Cfr. VIGNERON, «*Le nouveau taux...*», *op. cit.*, p. 71.

⁷⁵ Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, Vol. XII, T. I, 3.ª ed., Ed. Sirey, París, 1906, p. 536; y TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 480.

⁷⁶ Cfr. VINEY, *Les obligations...*, *op. cit.*, p. 459 y la jurisprudencia que cita.

Incluso en el **Derecho inglés**⁷⁷ se admite la posibilidad de unos «intereses»⁷⁸, que fija el juez según su criterio sin deber someterse a un tipo o tasa predeterminado, como indemnización del daño que sufra el acreedor. Desde 1780⁷⁹ la Cámara de los Lores ha sostenido que el *common law* en principio no admite el otorgamiento de «intereses» como indemnización general por retraso en el pago de la deuda⁸⁰, pero puede venir establecido por pacto de las partes, convención que puede ser deducida del curso de los tratos entre las partes o de un uso de comercio relevante, o por previsión legal⁸¹. Sin embargo, se contempla una excepción a esta regla general, por la cual se concede el resarcimiento de daños especiales cuando, como resultado de la falta de cumplimiento tempestivo del demandado, el demandante hubiera incurrido realmente en cargas de intereses en la obtención de financiación de otra fuente: en el caso *Compania Financiera «Soleada» SA [sic] v. Hamoor Tanker Corpn. Inc. (The Borag)* la demandada sabía que la demandante necesitaba el pago para financiar una adquisición y que si fallaba en el pago la demandante necesitaría pedir prestada la cantidad en otra parte; una análoga situación se dio en el caso *Bacon v. Cooper (Metals) Ltd.*, en que el demandante estaba comprando una máquina a plazos y el incumplimiento de la demandada le condujo a la necesidad de reemplazar una parte costosa de la misma, y en la medida en que se determinó que el demandante había actuado razonablemente al comprar un sustituto a plazos la demandada fue declarada responsable del pago de las cargas financieras.

Se mantiene que el principio básico es que el juez podrá conceder estos «intereses» si el quebrantamiento del contrato por el demandado ha privado al demandante de la oportunidad de poner

⁷⁷ Vid. BOWLES, Roger A. y WHELAN, Christopher J., «Interest on Debts», *MLR*, Vol. 48, núm. 3, marzo 1985, pp. 229-235; HARRIS, D. R., «Damages», *Chitty on Contracts*, Vol. I, 29.^a ed., Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 1511-1519; LASSMAN, M. A., «Interests on Debts», *New Law Journal*, Vol. 129, núm. 5902, 3-5-1979, pp. 447-449, y núm. 5903, 10-5-1979, pp. 475-478; y MANN, F. A., *The legal aspect of money*, 2.^a ed., Ed. Clarendon Press, Oxford, 1953, pp. 87-88.

⁷⁸ Dada la configuración de este «award of interest», que englobaría el conjunto de los intereses moratorios y la posible indemnización por *mayor daño*, lo traducimos por «intereses» pero entre comillas.

⁷⁹ Caso *Eddowes v. Hopkins*, y posteriormente (1893) en *London, Chatham and Dover Railway Co. v. Couth Eastern Railway Co.* (pese a que en este caso la propia *House of Lords* reconoce y critica la injusticia que ello provoca). De nuevo, recientemente, en 1985 (*President of India v. La Pintada Compania Navegacion SA [sic]*) y 1988 (*President of India v. Lips Maritime Corporation*). Y ello pese a que ya desde 1833 la *Civil Procedure Act* permitía que los jurados otorgaran «intereses» en una clase limitada de casos, pero esta facultad fue interpretada muy restrictivamente por los tribunales.

⁸⁰ En jurisdicciones distintas del *common law* sí pueden los jueces otorgar unos «intereses», como es en la *Admiralty Court* respecto a reconocimientos de salvamentos o en la jurisdicción de equidad de la *Chancery Court*.

⁸¹ Así, cuando una letra de cambio no ha sido atendida (secc. 57 de la *Bills of Exchange Act 1982*).

la materia objeto de la demanda a trabajar para ganar beneficios o ganancias (o sea, el lucro cesante)⁸². Cuando el demandante hubiera incurrido en gastos como resultado de la ruptura del demandado, deben otorgarse unos «intereses» como indemnización de daños en relación con tal gasto (es decir, el daño emergente), aunque el juez no deberá otorgarlos si ello daría al demandante una doble indemnización por el mismo daño⁸³. En cualquier caso, sólo se reconoce la posibilidad de «intereses» simples, negándose expresamente la concesión de «intereses» compuestos⁸⁴ pese a la alegación por la doctrina de que ello determinaría un adecuado resarcimiento de las partes conforme a la realidad mercantil⁸⁵; de esta forma, el demandante que tuvo que pedir prestado a terceros a tipos compuestos el dinero que no le fue devuelto tempestivamente no podría recobrar esos sobrecostos⁸⁶.

Por otra parte, el Derecho inglés reconoce este poder de otorgar «intereses» incluso a los árbitros⁸⁷. Salvo expresión contraria, se presume que todo convenio arbitral contiene una previsión de que el árbitro puede, si lo considera procedente, conceder unos «intereses» simples al tipo que considere adecuado⁸⁸.

En el mismo sentido, también en el ámbito del **Derecho internacional privado** se observa una tendencia hacia la aceptación del resarcimiento del *mayor daño*, como por ejemplo en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías⁸⁹.

⁸² Así, la S. de la *House of Lords* en el caso *Bushwall Properties v. Vortex Ltd.* (1975). Cfr. MANN: «On interest, compound interest and damages», *The Law Quarterly Review*, Vol. 101, 1985, pp. 44-45.

⁸³ En tal sentido, HARRIS, «Damages», *op. cit.*, p. 1515.

⁸⁴ Sección 3(1)(a) de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*, y *Administration of Justice Act 1982*.

⁸⁵ Vid. BOWLES y WHELAN, «Interest on Debts», *op. cit.*, pp. 233-235.

⁸⁶ Así, en el caso *Miliangos v. Geo. Frank (Textiles) (No. 2)* [1977], Q.B. 489, 496, se aplicó la sección 3(1)(a) de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* por el juez J. BRISTOW para negar una indemnización suplementaria al demandante, que hubo de pedir prestado a banqueros suizos a tipos de interés compuesto, con base a que «*the court is not concerned with the actual cost of borrowing to the individual concerned in the individual case*». Una crítica a esta regulación puede verse en BOWLES y WHELAN: «Judgment Awards and Simple Interest Rates», *International Review of Law and Economics*, Vol. 1, núm. 1, junio 1981, pp. 111-112.

⁸⁷ Secciones 19A de la *Arbitration Act 1950* y 15 (6) de la *Administration of Justice Act 1982*.

⁸⁸ Cfr. HARRIS: «Damages», *op. cit.*, p. 1518.

⁸⁹ Así, su art. 78 señala que «*Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*», disponiendo ese art. 74 que «*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en*

Finalmente, en el ámbito de los intentos de **unificación del Derecho civil europeo**, los *Principios del Derecho Contractual Europeo* (PECL) dirigidos por Ole Lando y Hugh Beale, entienden que en caso de retraso en el pago de una suma de dinero el acreedor tiene derecho a los intereses de la misma entre el vencimiento y la fecha del pago (es decir, unos intereses moratorios), conforme a la media del tipo bancario básico a corto plazo que esté vigente en el lugar donde deba hacerse el pago y para la moneda contractualmente fijada para el pago (sistema de cálculo abstracto del daño), pero el acreedor podrá, *además*, obtener la indemnización de *cualquier otro daño* (sistema de cálculo concreto), siempre que sea reclamable conforme a las reglas generales de la propia sección de los *Principios*⁹⁰. Este sistema es recogido en el reciente Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), que incluye además la importante novedad de especificar que el devengo de los intereses moratorios es independiente de la culpa en el impago⁹¹.

En cambio, el Código Civil Federal de **México** excluye expresamente el resarcimiento del *mayor daño*, al establecer el segundo párrafo de su artículo 2.117⁹² la prohibición de una indemnización superior al tipo legal de intereses, salvo pacto en contrario⁹³. No obstante, debe tenerse en cuenta lo elevado de ese tipo para los niveles corrientes actualmente: 9% en materia civil (art. 2.395 del citado Código Civil) y 6% en materia mercantil (art. 362 del Cód-

el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato» (por supuesto, las negritas son nuestras).

⁹⁰ Art. 9.508 (1) y (2). Vid. Díez-PICAZO, LUIS; ROCA TRÍAS, E; y MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 376-377.

⁹¹ Art.III.-3:708: Interest on late payments.—“(1) If payment of sum of money is delayed, whether or not the nonperformance is excused, the creditor is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due. / (2) The creditor may in addition recover damages for any further loss.”.

⁹² «Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento **no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario**» (las negritas son nuestras), precepto idéntico al art. 1.451 del anterior CC mexicano de 1884.

⁹³ Vid. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 12.ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 585.

En la doctrina mexicana es de destacar la peculiar tesis de Rafael ROJINA VILLEGAS (*Derecho civil mexicano*, T. V, Vol. II, 3.ª ed., Ed. Porrúa, México, 1976, p. 302), para quien el art. 2.117 es mal interpretado cuando los tribunales entienden que da derecho al acreedor a cobrar siempre el interés legal. Este autor considera que el precepto lo que dispone es que en caso de incumplimiento en obligaciones pecuniarias se pagará *hasta el interés legal*, por lo que según los casos ese interés podría ser menor que aquél. De esta forma, «*el acreedor no tendrá que demostrar la existencia real del daño, para que el juez condene al deudor a pagar un cierto interés; pero sí deberá acreditarse, si se quiere obtener la tasa máxima que la ley permite*» (o sea, el interés legal; las negritas son nuestras). Como hemos señalado, esta muy peculiar interpretación no es seguida ni por la gran mayoría de la doctrina ni por la jurisprudencia mexicanas.

go de Comercio)⁹⁴. Ello hace que haya un margen lo suficientemente amplio hasta la cuantía legal como para que generalmente queden incluidos los posibles daños sufridos por el acreedor.

4. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

En la actualidad, en relación con los supuestos de existencia de dolo no parece haber problema para entender que sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 1.107 del Código Civil, que dispone que «*en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*». Así, en todo caso en que el deudor pecuniario retrase el cumplimiento dolosamente debería indemnizar al acreedor de *todos* los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado derivados de ese retraso, incluso aun cuando su cuantía supere la que resultaría de la aplicación de los intereses legales.

Fuera de los casos de dolo, hay una división en la doctrina; y aun en relación con los mismos supuestos de dolo –como veremos– no faltan autores contrarios a la indemnización del *mayor daño*, si bien en este concreto aspecto son muchos menos.

No obstante, algunos autores⁹⁵ simplemente prescinden de este problema, argumentando que la cuestión del *mayor daño* fue relevante durante la época en que el Código Civil imponía un tipo de interés legal de cuantía irrisoria, pero carecería de importancia desde que la Ley 24/1984 impuso un sistema flexible de tipos de interés legal, remitiéndose a las diferentes leyes de presupuestos, que determinan un tipo de interés superior a la inflación y próximo al valor normal del mercado, y más aún desde la reforma en ese mismo año del artículo 921⁹⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881)⁹⁷.

A) *Corriente opuesta al resarcimiento del mayor daño*

En la doctrina española, los autores más antiguos se pronunciaron mayoritariamente por la exclusión de la posibilidad de la

⁹⁴ Curiosamente, como vemos el tipo de interés civil es superior al mercantil, cuando lo usual desde el Derecho romano, en los casos en que ha habido divergencias entre tipos civiles y mercantiles, es justamente lo contrario, entendiéndose que los comerciantes obtienen, debido a su actividad, un mejor rendimiento de sus capitales que los particulares (*pecunia mercatoris valet plus quam pecunia non mercatoris*).

⁹⁵ Así, GIL RODRÍGUEZ: «Responsabilidad por incumplimiento», en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 313.

⁹⁶ Correspondiente al art. 576 en la nueva LEC.

⁹⁷ Este argumento es empleado también para negar la posibilidad de resarcimiento del *mayor daño* en las actuales circunstancias por LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «*Mora debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, T. XLVII-III, julio-septiembre 1994, pp. 22-24.

reclamación por el acreedor de una indemnización del *mayor daño*. Así, además del ya mencionado Mucius Scaevola⁹⁸, Manresa⁹⁹ señala que los intereses moratorios son una forma especial de indemnización de daños y perjuicios, de modo que sustituyen la indemnización a la que equivalen, siendo unos y otra incompatibles entre sí, salvo pacto expreso en contrario o «*la realidad de causas especiales y extraordinarias*»¹⁰⁰.

En la actualidad Vattier¹⁰¹, también dentro de la línea doctrinal contraria, entiende que el artículo 1.108 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que impide al acreedor de una deuda de dinero la alegación de otros daños provenientes de la mora, con base en los siguientes argumentos:

a) Se concede al acreedor de dinero un trato de favor, próximo al privilegio, al liberarle de la carga de la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la mora y de la magnitud del perjuicio sufrido a causa de ésta, lo que impondría una interpretación restrictiva del precepto.

b) La colocación sistemática del precepto, inmediatamente después de los artículos 1.106 y 1.107, estaría manifestando una clara intención del legislador –como señalaría el comentario al artículo 1.017 del Proyecto de 1851– de reducir y limitar la naturaleza y cuantía de los daños resarcibles, salvo pacto en contrario.

c) No se opondría a la tesis restrictiva la jurisprudencia que exige prueba sobre la calidad y cantidad del daño reclamado, que permitiría entender que en caso de *mora solvendi* el daño se transforma en una *quaestio facti*, porque «*el incumplimiento, de por sí,*

⁹⁸ Cit. *supra* en la nota 24.

⁹⁹ MANRESA, Comentario a los arts. 1.108 y 1.109 CC, *op. cit.*, pp. 245 y 246. Félix LÓPEZ ANTÓN (*Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 434-436) se remite a la configuración que las partes hayan realizado de los intereses moratorios, ya sea con una función cumulativa ya sustitutiva, y entiende con MANRESA que sólo cabrá la acumulación de intereses moratorios e indemnización de daños y perjuicios si así se hubiera pactado.

¹⁰⁰ En tal sentido cabe citar también a CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 32; y SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, T. IV, 2.^a ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 337.

Igualmente, BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho civil español*, T. I, Ed. Cultural, La Habana, 1930, pp. 80-81. Este autor, aun cuando parece señalar la justicia del reconocimiento del *mayor daño*, sobre la base de distinguir entre cumplimiento tardío –que supondría su exclusión– e incumplimiento definitivo –caso en que sí sería admisible–, y reconoce el buen fundamento técnico de la jurisprudencia francesa que señala la compatibilidad de la indemnización suplementaria basada en la culpa del deudor junto a los intereses sobre la base de la mora, finalmente se pronuncia a favor de una interpretación restrictiva, «*dado el texto del precepto y la casi imposibilidad de distinguir la mora del incumplimiento cuando se trata de deudas de dinero*».

¹⁰¹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Ed. Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980, pp. 165-167; «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, n.º 536, 1980, pp. 66-67, y «Obligaciones pecuniarias», *op. cit.*, *NEJ*, T. XVIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1986, pp. 196-197.

*no implica la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por aquél»*¹⁰².

d) Para Vattier, no sería aplicable la doctrina italiana que sí admite la resarcibilidad del *mayor daño*, por no existir en el Derecho español una norma similar al artículo 1.277 del *Codice*¹⁰³.

Otro de los miembros actuales destacados en la corriente doctrinal contraria a la admisión del *mayor daño* es Ruiz-Rico¹⁰⁴. Este autor entiende que la elevación del tipo de interés legal debida a la Ley de 29 de junio de 1984 habría atenuado la polémica. Sin embargo, aduce en contra de los argumentos a su favor que no hay datos históricos que apoyen la licitud de la reclamación del *mayor daño*, que las indemnizaciones adicionales de los artículos 1.682 (primer párrafo) y 1.838.3¹⁰⁵ del Código Civil proceden del incumplimiento de otras obligaciones no dinerarias o de puros deberes de diligencia y además serían excepciones¹⁰⁶, y que la experiencia de otros países demuestra «*las inaceptables consecuencias de un sistema de admisión de daño mayor*» (que se concretarían en que sólo determinados sujetos podrían probarlo y tener acceso a esas reparaciones adicionales, con lo que las diferencias entre los consumidores y las grandes empresas y compañías mercantiles se agravan considerablemente, en contra del principio del *favor consumitoris* del artículo 51 de la Constitución).

Entendemos que los argumentos de Ruiz-Rico no son aceptables, por los siguientes motivos:

a) Respecto a los argumentos históricos, dice Ruiz-Rico que «los Proyectos de 1851 y 1882-1888 se equivocaban cuando permitían al acreedor cobrar el interés convenido más una tercera parte del interés legal, porque debajo de ese fenómeno no estaba el “daño mayor”, sino el anatocismo, como finalmente se desprende de la redacción definitiva de los artículos 1.108 y 1.109 vigentes»¹⁰⁷. Entendemos que el hecho de que el Código vigente

¹⁰² En tal sentido, cita a Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, T. II, Vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1970, p. 140.

¹⁰³ Probablemente, más aún que el 1.277.I («*I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*»), mencionado por VATTIER, sea aplicable al problema del *mayor daño* en las obligaciones pecuniarias el 1.224.II (cit. *supra* en la nota 30), que lo trata expresamente.

¹⁰⁴ RUIZ-RICO, Comentario al art. 1.108 CC, *op. cit.*, pp. 834-844, y «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1914-1916.

¹⁰⁵ Suponemos que en realidad se referirá al número 4.º del segundo párrafo de ese artículo.

¹⁰⁶ En el mismo sentido se pronuncia MARTÍN MELÉNDEZ, *La indemnización del mayor daño...*, *op. cit.*, pp. 162-166.

¹⁰⁷ RUIZ-RICO, «Cien años...», *op. cit.*, p. 1915; comillas interiores en el original. Y ya antes en Comentario al art. 1.108 CC, *op. cit.*, p. 838.

prevea expresamente el anatocismo y no esa tercera parte añadida, y que los proyectos referidos contemplaran la situación inversa, no supone que esa tercera parte sea precisamente por anatocismo. El anatocismo son intereses sobre los intereses, y esa tercera parte serían unos intereses añadidos a los convencionales a calcular sobre el principal de la deuda, configurándose en los proyectos unos intereses moratorios de un tercio de la cuantía de los intereses legales más el tipo de los convencionales (en caso de no haberse pactado intereses convencionales, se permite que la cuantía de los intereses moratorios sea el total de los legales). En cualquier caso, esos intereses suplementarios no se relacionan con el concepto del *mayor daño* que estamos contemplando, pues serían también un *forfait* de los intereses moratorios, equivalente al contemplado expresamente en el actual artículo 1.108 (con la única diferencia de variar su cuantía: ser el tipo de interés convencional más un 33,33% de los intereses legales, o el 100% de los legales si no hay intereses convencionales), y no una admisión del resarcimiento de ese *mayor daño*, que por esencia es indefinido con carácter previo y sólo concretable en su cuantía cuando se haya producido efectivamente.

b) El primer párrafo del artículo 1.682 del Código establece que «*el socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar, además, los daños que hubiera causado*». Esos daños suplementarios deben entenderse derivados de la no aportación de dinero por el socio, pues si se derivaran, como considera Ruiz-Rico, del «incumplimiento de otras obligaciones no dinerarias o de puros deberes de diligencia» seguirían el régimen general del incumplimiento contractual y no se precisaría una mención específica, sobre todo en conexión con una falta de aportación de una suma de dinero con la que entonces no tendría relación. La única conclusión lógica de una interpretación global del precepto es entender que hace referencia al deber del socio incumplidor de abonar, por una parte, los intereses sobre la suma debida y, por otra, la indemnización de los otros daños *que esa falta de aportación de la suma debida hubiera provocado* (por ejemplo, imposibilidad para la sociedad de realizar ciertos gastos necesarios por falta de fondos)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Algunos autores (como CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, Comentario a los artículos 1.681 a 1.683 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XXI, Vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1986, pp. 251-253; y PAZ-ARES, Cándido, Comentario al artículo 1.682, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1419) consideran que se debería aquí distinguir entre el *mero retraso*, que sin necesidad de culpa o dolo generaría una obligación de pagar intereses, pero no sobre la base del daño sino de la con-

c) El número 4.º del segundo párrafo del artículo 1.838 del Código («*la indemnización* [que el deudor debe al fiador que paga por él] *comprende: 4.º Los daños y perjuicios, cuando procedan*») ha de entenderse del mismo modo. Por los argumentos ya apuntados, la única consecuencia lógica que cabe extraer de una interpretación global del precepto es entender que se refiere a los daños y perjuicios que se le hayan causado al fiador precisamente por haber realizado el pago de la cantidad afianzada, como cláusula de cierre a fin de establecer una indemnización que logre un total resarcimiento del fiador, volviéndole a la misma situación en la que se encontraría de no haber tenido que pagar por el deudor¹⁰⁹. No parece admisible entender, como hace Ruiz-Rico, que se derivaría del incumplimiento de otras obligaciones ajenas a la contemplada por el precepto.

d) Sobre que los *mayores daños* admitidos en el primer párrafo del artículo 1.682 y en el número 4.º del segundo párrafo del 1.838 tendrían una naturaleza excepcional, tampoco podemos estar de acuerdo. Entendemos que no se tratarían más que de casos en que el derecho general a la indemnización de los daños y perjuicios superiores provocados por la mora se explicita –tal vez redundantemente–, como en tantos otros casos del propio Código (sobre todo, pero no exclusivamente, actuaciones de mala fe del dañante)¹¹⁰, sin que quepa aducir la existencia de una excepcionalidad por el mero hecho de concurrir tales daños sobre obligaciones de naturaleza pecuniaria.

e) Finalmente, la referencia a la «*experiencia de otros países*» tampoco es de recibo. El hecho de que en esos países una mala práctica (procesal) de la jurisprudencia haya tendido a relajar excesivamente los requisitos de prueba no invalida el reconocimiento (sustantivo, no procesal) del resarcimiento del *mayor*

sideración del dinero como cosa naturalmente fructífera, por lo que los mismos no serían moratorios sino retributivos (*compensatorios*, para PAZ-ARES); y la *mora* propiamente dicha, que impondría la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente causados (según PAZ-ARES, de acuerdo con las reglas generales del art. 1.101 y no las del 1.108, aun cuando conviene en que no sería precisa la intimación) y requeriría la existencia de culpa o dolo del socio deudor.

¹⁰⁹ La relación entre deudor y fiador se basa en el principio de «*procurar que la garantía asumida no origine al fiador, sino los perjuicios mínimos e inevitables*» (en ese sentido, GUILARTE ZAPATERO, Vicente, Comentario al artículo 1.838 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XXIII, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 251, y Comentario al artículo 1.838, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1820).

¹¹⁰ Así, cabe citar entre otros los arts. 168.II, 220, 360, 379, 422 *in fine*, 511, 612, 690, 705, 712.II, 715, 1.063, 1.077, 1.122.2.ª, 1.124, 1.135, 1.147.II, 1.390, 1.478.5.º, 1.487, 1.488.II, 1.495.II, 1.559.III, 1.591, 1.623, 1.625.II, 1.660.1.ª, 1.686, 1.718...

daño, que en cualquier caso no negamos que debe entenderse como de carácter extraordinario. El acreedor tendrá derecho a una indemnización suplementaria, pero siempre que la existencia de un específico daño superior haya sido probada efectivamente, siendo esta exigencia de una prueba *real*, y no realizada sobre la ficción de una presunción aplicada casi automáticamente¹¹¹.

Por otra parte, tampoco es aceptable esa excesiva simplificación de identificar prestamista con banco o gran institución financiera, y prestatario con consumidor, pues frecuentemente el prestatario es una empresa o incluso una institución financiera (caso de los préstamos mercantiles)¹¹² o una entidad o grupo social, que desde luego no pueden ser considerados consumidores, y también el prestamista puede no ser un banco (préstamos entre particulares), por lo que no cabe generalizar esa interpretación supuestamente *pro consumptoris*¹¹³. Pero es que, además, no cabe entender como *pro consumptoris* una interpretación que en realidad sería *contra mutuantem*, perjudica al prestamista más que favorece al prestatario (que en cualquier caso no puede realizar una prueba contraria a la existencia de daños por la cuantía de los intereses legales): no se trata de empeorar la situación de éste más de lo que resultaría de aplicar el régimen general de la responsabilidad civil, mientras no se entiende por qué debe excluirse tal régimen *general* en el caso de las deudas de dinero. El hecho de que las instituciones financieras puedan tener más fácil la prueba de esos daños (en cualquier caso no se ve por qué el prestamista particular no ha de poder realizar esa prueba) no supone que los daños no existan, y si existen deberían poder ser resarcidos. Otra cosa sería como entender que los daños morales, por ejemplo, no deberían ser resarcibles por el mero hecho de que algunas personas tuvieran más fácil su prueba, lo cual supone una mala interpretación del principio de igualdad que lo convierte en el clásico *café para todos*: no debe buscarse la igualdad y el *favor consumptoris* por la vía de rebajar o incluso negar la resarcibilidad de los daños sufridos, sino, si acaso, por la vía de la exigencia de mayores niveles de prueba de esos daños.

¹¹¹ Cfr. VIGNERON, «Le nouveau taux...», *op. cit.*, p. 98.

¹¹² Por ejemplo, los grandes bancos son grandes acreedores, pero también grandes deudores de dinero.

¹¹³ Así, LÓPEZ Y LÓPEZ («*Mora debitoris...*», *op. cit.*, p. 13) pone el ejemplo de la Administración Pública o las grandes empresas deudoras de dinero a pequeños contratistas o suministradores, que pone de manifiesto que ni el deudor ha de ser siempre tutelado como consumidor ni el acreedor debe recibir en todo caso los correctivos que podrían acordarse para evitar una posición de hegemonía en la relación obligatoria.

En la posición opuesta a la resarcibilidad del *mayor daño*, además de a estos autores cabe citar a Capilla¹¹⁴, Ordás¹¹⁵, Paz-Ares¹¹⁶, Santos Briz¹¹⁷ y Soler Presas¹¹⁸.

B) *Corriente favorable a la indemnización del mayor daño*

Otros autores¹¹⁹, en cambio, consideran que de los principios generales de interdicción del enriquecimiento injusto y de reparación *in integrum* de los daños debe entenderse una tendencia general del ordenamiento a procurar el resarcimiento integral de los daños sufridos por el acreedor por la mora del deudor en la entrega de la cantidad debida, daños cuya existencia se presume de modo absoluto. Del hecho de que en el artículo 1.108 del Código el legislador proceda a una liquidación del daño en las obligaciones pecuniarias no puede derivarse que haya querido en este caso alterar ese principio general fundamental que obliga al deudor a la reparación integral del daño que haya causado con su conducta¹²⁰. Por ello, debe entenderse que la cuantía legal de los intereses del artículo 1.108 es meramente una liquidación *a forfait* pero con carácter mínimo, de lo que se derivarían tres consecuencias:

a) El juez podrá fijar unos intereses iguales o superiores a los legales, pero queda excluida una liquidación inferior.

¹¹⁴ CAPILLA, Comentario a los arts. 1.681 a 1.683 CC, *op. cit.*, pp. 247-248 y 252-253, y nota 123 en p. 247. Este autor considera que la regulación del art. 1.682 CC sigue un régimen extraño al propio del Derecho civil, al ser importada del ámbito mercantil (art. 171 CCom.), y por tanto tendría un carácter claramente excepcional (*loc. cit.*, p. 250), de lo que MARTÍN MELÉNDEZ (*La indemnización del mayor daño...*, *op. cit.*, p. 163) deriva que no puede extenderse con carácter general a todo caso de mora civil. Nos remitimos a lo ya dicho en el texto sobre la (no) excepcionalidad de este precepto.

¹¹⁵ ORDÁS, *El interés de demora*, *op. cit.*, pp. 145-148. No obstante, la posición de esta autora no es totalmente clara, dado que en otras partes de esa misma obra (*vid. supra* la nota 19) sí parece defender la posibilidad del resarcimiento del *mayor daño*.

¹¹⁶ PAZ-ARES, Comentario al art. 1.682 CC, *op. cit.*, p. 1419.

¹¹⁷ SANTOS BRIZ, Jaime, Comentario a los artículos 1.108 a 1.110, *Comentario del Código Civil*, coord. por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 6, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 152 y 156. Destaca este autor que «el abono de intereses, tratándose del pago de una cantidad de dinero, sustituye a la indemnización de daños y perjuicios», con lo que no cabe esa indemnización además de los intereses, salvo que en el caso concreto haya disposición legal que permita la acumulación (así, arts. 1.682.I y 1.838 CC).

¹¹⁸ SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi/Universidad Pontificia Comillas, Pamplona, 1998, pp. 230-242 (respecto del daño producido por la devaluación); y Comentario a la STS de 23-12-2002, *CCJC*, n.º 61, enero-marzo 2003, pp. 382-384.

¹¹⁹ En tal sentido, SABATER BAYLE, Elsa, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 108-109. Rémy LIBCHABER (*Recherches sur la monnaie en droit privé*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992, pág. 383) incluso considera que el fundamento debería ser más el de la restitución de los enriquecimientos sin causa que el de la reparación integral: habría un *enriquecimiento* del deudor, el de un préstamo bancario que no ha de afrontar; un correlativo *empobrecimiento* del acreedor, que no puede emplear la suma que no ha recibido por la mora del deudor; y una *ausencia de causa* consagrada, no por el propio retardo, ya que el deudor podría creer que el acreedor le concede un plazo de gracia, sino por la constitución en mora, que pone de manifiesto la falta de todo título que permitiría al deudor conservar la suma debida.

¹²⁰ Cfr: MONTEL: «Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pp. 1018-1019.

b) Al ser una liquidación *mínima*, el acreedor podrá demostrar haber sufrido unos perjuicios superiores a esa cuantía.

c) En cambio, no será admisible la demostración por el deudor del hecho de que el acreedor sufrió unos perjuicios inferiores a los cubiertos por la cuantía legal, o incluso que no sufrió perjuicio alguno por su mora¹²¹.

Así, Borrell Soler¹²² considera que si bien se presume *iuris et de iure* que la indemnización por retardo consiste en el pago de intereses, el perjuicio puede ser mayor que los intereses; en tal supuesto, ha de apreciarse la cuantía del daño, de modo que en caso de mora, además del pago de los intereses, deben indemnizarse los perjuicios especiales y extraordinarios causados por falta de pago.

Zorrilla Ruiz¹²³ entiende que el contenido legal del resarcimiento moratorio pecuniario, basado en criterios estimativos y no en juicios de causalidad, no puede desplazar la aplicación de los artículos 1.101 y 1.107 del Código cuando haya un supuesto lesivo que los habilite. Así, considera admisible un resarcimiento independiente, con base en el segundo párrafo del artículo 1.107, de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la morosidad del deudor de dinero, añadiéndose a los que *ministerio legis* haga provenir el artículo 1.108 de la intimación de cumplimiento. También será debida una indemnización suplementaria cuando los daños y perjuicios sean derivados de dilación dolosa en el pago¹²⁴.

De esta forma, considera este autor¹²⁵ que el daño debido a un destino común del dinero y, como tal, presumido legalmente, se sanciona de pleno Derecho por el artículo 1.108, pero el segundo párrafo del 1.107 permitiría además el otorgamiento de una indemnización suplementaria sobre los acontecimientos lesivos que sin la mora del deudor hubieran dejado de surgir, sin otro límite que las posibilidades probatorias del acreedor.

Cano Martínez de Velasco¹²⁶ comienza señalando que en principio el pago de los intereses se configura como «indemnización

¹²¹ GIORGI (*Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 187) llega incluso a afirmar la imposibilidad absoluta de tal demostración: «desafiamos a cualquier deudor a que pruebe que si el acreedor hubiese tenido a su debido tiempo su dinero, no le habría empleado para obtener el fruto legal». En parecido sentido se pronuncia MONTEL: «Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pp. 1024-1025, nota 1.

¹²² BORRELL SOLER, Antonio M.³, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 138.

¹²³ ZORRILLA RUIZ, Manuel M.^a, Adiciones al *Derecho civil* de Jean CARBONNIER, T. II, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, pp. 610-611.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 621.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 622.

¹²⁶ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 112.

tasada» y sustituye toda otra indemnización por un daño superior, de modo que si la cuantía de los intereses no llegara a cubrir la totalidad de la lesión causada en el patrimonio del acreedor, no podría éste conseguir una indemnización por el daño que quede sin cobertura. No obstante, tal consecuencia le parece excesivamente injusta, porque no hay razón para que el acreedor de dinero deba de ser de peor condición que cualquier otro tipo de acreedor, y la misma tampoco es congruente con el principio de valoración total de los daños causados, por lo que concluye, con un giro de ciento ochenta grados, que resulta más lógico pensar que el interés constituye una «indemnización de mínimo», pudiéndose obtener la indemnización por la integridad del daño.

Doral y Marina¹²⁷ consideran que la equiparación entre intereses legales y daños y perjuicios del artículo 1.108 del Código Civil se debe a una clara influencia histórica por dos fuentes: el carácter conminatorio de la sanción pecuniaria por el retraso, como residuo de la antigua prisión por deudas, y la prohibición canónica de los intereses. Sin embargo, entienden que el precepto no excluiría el resarcimiento de otros daños y perjuicios distintos de los derivados de la propia incursión del deudor en mora (diferencias de valor, perjuicio «comercial», daños ulteriores derivados de la indisponibilidad del capital...) ¹²⁸. Además, consideran que el negar en la actualidad la posibilidad de una indemnización suplementaria provoca una serie de consecuencias negativas ¹²⁹:

a) Diferencia de trato entre el acreedor pecuniario, que «*se encuentra inerme ante la impunidad de una conducta reprochable*», y otros acreedores que sufran la mora de sus deudores, con lo que se contraría el principio *ubi est eadem ratio ibi est eadem dispositio*. Además, esa diferencia de trato produce anomalías: el pago de la suma debida y los intereses legales extinguiría la obligación aunque no satisficiera la pretensión del acreedor, con lo que se convierte el pago en un «acto unilateral», desligado de que la prestación sea o no conforme a su «objeto»; y los intereses legales se conforman como una deducción de la suma debida en los casos de pago desviado en el tiempo.

b) No se sigue la tendencia actual del Derecho de daños hacia la reparación *integral* del daño. El daño debe repararse totalmente con su valor actual, calculado sobre la cuantía total de la deuda y no sobre una parte, pues de otro modo se produciría una injustifica-

¹²⁷ DORAL GARCÍA, José Antonio y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *ADC*, T. XXXIII-III, julio-septiembre 1980, pp. 553-557.

¹²⁸ *Op. cit.*, pp. 543-544.

¹²⁹ *Op. cit.*, pp. 568-569.

da disminución en el patrimonio del dañado. Sin embargo, no sólo no se sigue esto, sino que se cae en el absurdo de que el responsable del daño obtenga un enriquecimiento sin causa, contrario a la equidad y a la justicia. Los intereses legales tienden a compensar el daño producido en el crédito pecuniario, pero no la repercusión producida en el conjunto del patrimonio del acreedor: esa compensación «parcial» no elimina la disminución injustificada en el patrimonio del acreedor y el correlativo enriquecimiento del deudor. Así, cuando, además del daño resultante del retraso contemplado por la ley, el acreedor haya sufrido otro daño por parte del deudor, aparte de su crédito por intereses deberá tener otro en concepto de indemnización.

c) No cabe entender que el Código Civil en sus artículos 1.102 y 1.103 señale la exigibilidad del dolo y la culpa (esta última moderable por los tribunales) en *todas* las obligaciones y luego se contradiga excluyendo a las obligaciones pecuniarias, y que declare la nulidad de la acción para reclamarla cuando precisamente dice que su renuncia es nula.

Para estos autores, la solución vendría por la vía de tener en cuenta que lo que el deudor tiene es la posesión del dinero, por lo que no habría más que aplicar las reglas de la liquidación del estado posesorio¹³⁰. Así, el deudor-poseedor de mala fe, en virtud del artículo 455 del Código, abonará los frutos percibidos (intereses legales) y los que el acreedor «hubiera podido percibir», que se realizarán a través de la indemnización suplementaria, para la cual se requerirá en todo caso la concurrencia de culpa o dolo en el deudor, daño efectivo y relación de causa a efecto entre ambos.

Bonet Correa¹³¹ estudia el tema del resarcimiento del *mayor daño* con detenimiento, inclinándose igualmente por su resarcibilidad. Diferencia por un lado los daños causados por la mora y por otro los causados por derivación del retraso pero no atribuibles estrictamente a la mora. En cuanto a los primeros, parte este autor de la distinción entre deudas pecuniarias (que él llama «deudas dinerarias simples o generalizadas»), deudas de moneda específica (que denomina «deudas dinerarias concretadas o especificadas») y deudas de valor (que nombra como «deudas dinerarias finales»), y de que el artículo 1.108 del Código se limita a referirse sólo a las obligaciones del primer tipo. Esta modalidad de obligaciones, debido a que las partes al constituir las generalmente se refieren sólo a

¹³⁰ DORAL y MARINA, «Nuevas orientaciones...», *op. cit.*, pp. 566-568.

¹³¹ BONET CORREA, José, «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», *ADC*, T. XXXII-II/III, abril-septiembre 1979, pp. 379-384 y 393; y *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 384-395.

su aspecto cuantitativo, y sin expresión de su consideración cualitativa, se entiende regida por el principio nominalista («euro igual a euro»), que determina su valor fijo y permanente, de modo que ni la devaluación de la moneda ni cualquier otra circunstancia objetiva o subjetiva produce consecuencias sobre ella, manteniéndose la seguridad del tráfico jurídico y evitando introducir en las relaciones obligatorias monetarias elementos subjetivos de difícil cálculo y prueba. Las obligaciones de tipo pecuniario simple –señala este autor– suelen ser de las llamadas instantáneas o de presente, en que el tiempo transcurrido entre la aceptación y el cumplimiento es muy breve o inexistente¹³², y por otra parte ha de tenerse en cuenta que el principio nominalista surge en una época de estabilidad del sistema monetario, en la que al mantener la fijeza del valor asignado por el Estado a la unidad monetaria permite a las partes despreocuparse de los posibles riesgos sobre el poder adquisitivo del dinero. Sin embargo, en la actualidad es una pura ilusión creer en la constancia de valor del dinero¹³³, habiéndose producido una escisión entre el valor nominal de la moneda asignado por el Estado y su valor real, y las alteraciones monetarias provocan un daño patrimonial (la inflación al acreedor, y la –bastante más rara en la práctica– deflación al deudor).

En cambio –continúa Bonet–, en las deudas de moneda específica las partes, al elegir una determinada moneda de curso legal, nacional o extranjera, aceptan implícitamente los riesgos específicos que pudiera recibir la moneda específica (así, el ser retirada de circulación, ser sustituida por otra...). Si el deudor incurre en mora, los riesgos que se produzcan sobre la moneda elegida deben recaer sobre aquél, de modo que la sentencia que se dicte habrá de tomarlo en cuenta y la conversión de la moneda especificada a la de curso legal será la del día del fallo, de modo que indirectamente se producirá una actualización de la cantidad debida¹³⁴.

Igualmente, en las deudas de valor ha de producirse una actualización total de la prestación monetaria. En este tipo de deudas, la obligación es practicable cuando, por su conversión a una suma de

¹³² No podemos estar de acuerdo con esta afirmación: basta con pensar, por ej., en un préstamo hipotecario a treinta años, en el que hay una obligación en que obviamente no puede decirse que el tiempo entre la aceptación y el cumplimiento total sea muy breve o inexistente.

¹³³ Cfr. FISHER, Irving, *La ilusión de la moneda estable*, Ediciones Oriente, Madrid, 1930.

¹³⁴ En tal sentido se han pronunciado las SSTs de 3 de octubre de 1957 («*el deudor debe pechar con las consecuencias de su morosidad, satisfaciendo el flete de acuerdo con la cotización vigente al ser puesta a su disposición la mercancía*») y 20 de octubre de 1976, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

dinero, se hace líquida, momento en que también resulta actualizada su cuantía monetaria.

De este modo, concluye Bonet, sólo en las deudas pecuniarias simples, en que su cuantía resulta determinada, exigible y líquida, constituirían los intereses la medida cierta de la indemnización de los daños causados por la mora del deudor. En las otras dos modalidades, la indemnización se ve compensada por la actualización indirecta del valor de la deuda hasta el momento de su pago mediante la conversión a una cantidad monetaria líquida, que una vez fijada devengará, a su vez, intereses.

Pero, para Bonet, el establecimiento de los intereses legales no es excluyente ni exclusivo ni incompatible con la indemnización de un mayor daño, como pone de manifiesto que, en ciertos casos específicos, se establezcan explícitamente supuestos en que además de los intereses legales se contemple la indemnización de otros daños y perjuicios (un *mayor daño*). Así:

a) En la *fiianza*, cuando el fiador paga por el deudor (art. 1.838 del Código Civil), deberá ser indemnizado por éste con la cantidad total de la deuda, sus intereses legales desde que se haya hecho saber el pago al deudor aunque no los produjese para el acreedor, los gastos que haya sufrido el fiador después de haber puesto en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago, y los daños y perjuicios cuando procedan.

b) En el contrato de *sociedad*, el socio que se ha obligado a aportar una suma de dinero y no lo hace (art. 1.682 del Código) deberá no sólo los intereses desde el momento en que debió haberla aportado, sino que también ha de indemnizar los daños que hubiere causado, y lo mismo es aplicable respecto a las sumas que hubiere tomado de la caja social¹³⁵.

c) En el *mandato*, el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día en que lo hizo, y de las que siga debiendo después de extinguido el mandato, una vez constituido en mora (art. 1.724 del Código Civil), e igualmente responderá de los daños y perjuicios que, de no ejecutar el mandato, se ocasionen al mandante (art. 1.718 del Código).

d) Por último, en el *depósito de dinero* se aplicará al depositario el mismo régimen, que acabamos de ver, previsto para el mandatario en el artículo 1.724 del Código (art. 1.770 del Código Civil).

¹³⁵ Cfr. CARDENAL, *El tiempo...*, *op. cit.*, p. 363. El argumento de la admisión expresa del *mayor daño* en relación con la fianza y la sociedad es asimismo apuntado, con relación al *Code français* y al antiguo *Codice italiano*, por MONTEL, «*Considérations sur la réparation...*», *op. cit.*, pp. 1019-1020.

Asimismo, añadimos nosotros, establece el Código la procedencia de una indemnización suplementaria en preceptos que pueden ser aplicables a obligaciones de contenido pecuniario, como es el artículo 1.124, que en su segundo párrafo establece que «*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*», poniendo de manifiesto con la conjunción copulativa «y» la no incompatibilidad con carácter general entre los intereses moratorios y el resarcimiento del *mayor daño*¹³⁶. Lo mismo resulta de los artículos 1.147.II (en los casos de deudas solidarias en que la prestación se haga imposible por culpa de cualquiera de los deudores, todos ellos serán responsables para con el acreedor del precio, de los intereses y *además* de la indemnización de los daños), 1.478.5.º (en caso de evicción, el comprador podrá reclamar al vendedor los *daños e intereses*) y 1.623 (el censualista puede reclamar las pensiones atrasadas –obligación pecuniaria– y los *daños e intereses*).

De este modo, la doctrina más reciente¹³⁷ se pronuncia en general en esta línea de admitir el resarcimiento del *mayor daño*, enten-

¹³⁶ Por supuesto siempre que, como dijimos, consideremos por *mayor* daño la cuantía que excede de los intereses moratorios legales. Así, el acreedor podrá bien solicitar los intereses legales y la diferencia entre ellos y el daño efectivamente producido o bien sólo el daño efectivamente producido, pero lo que en cualquier caso quedaría excluido sería la acumulación de intereses y *mayor daño* (entendido aquí como daño total producido), dado que ambos se solapan y resultaría que el «daño moratorio ordinario» resultaría indemnizado dos veces. En el mismo sentido, DE SINNO, Cataldo, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995, p. 18; y DI MAJO, «Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati», *Foro It.*, Vol. CXIII, 1.ª parte, 1990, col. 433.

¹³⁷ En tal sentido, además de los autores citados anteriormente y los que se citan después en el texto, cabe destacar a ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, Comentario al artículo 1.108, *Comentarios al Código civil*, coords. por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Aranzadi, Elcano, 2001, p. 1295; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pp. 298-301; DíEZ-PICAZO, Comentario al artículo 1.108, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 63-64, y *Fundamentos...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 272 y 636-638 (sobre todo en los casos de dolo del deudor); LACRUZ y otros, *Derecho de obligaciones*, Vol. 1.º, *op. cit.*, p. 209; MAS BADÍA, María Dolores, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 147-148 (que sólo lo admite respecto de los intereses legales, y no de los convencionales); NAVAS NAVARRO, Susana, «El incumplimiento de la obligación», en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 261; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, T. XLVI-II, abril-junio 1993, p. 577 (quien precisamente se refiere a la admisibilidad del *mayor daño* en las obligaciones pecuniarias como argumento para justificarla también respecto de las cláusulas penales, en las pp. 571-578); SABATER, «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado: algunas aportaciones de doctrina civil», *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública*, Vol. XXXI, n.º 153, mayo-junio 1981, pp. 678 y 696, y 690 (ésta respecto a los casos en que el deudor sea una Administración pública); SOTO NIETO, Francisco, «Intereses moratorios y de redescuento en las condenas al pago de can-

diendo que el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria regulado en el artículo 1.108 del Código es una reparación de mínimos, automática, que no excluye la prueba de unos daños mayores.

En tal sentido, Gema Díez-Picazo¹³⁸ señala que no existen, hoy por hoy, muchas voces que se aparten de esa idea, y la concreta en torno a la supuesta necesidad de dolo en el deudor. Para que el acreedor pueda recibir una indemnización por estos mayores daños no se requiere que el incumplimiento haya sido doloso, sino que basta con que los pruebe: el deudor de una obligación pecuniaria queda automáticamente, por el solo hecho de incumplir, sujeto a la obligación de indemnizar al acreedor, *cuando menos* con los intereses legales; esta tasa es de naturaleza *forfaitaria*, por lo que podrá aumentarse en función de los daños que el acreedor pruebe haber

tividad líquida», *Estudios jurídicos varios*, T. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 202 y 224-225; VEGA PÉREZ, Félix, «El interés especial del seguro como cláusula penal», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 3021 (este autor adopta esta posición implícitamente, cuando dice que «en las obligaciones pecuniarias, lo más frecuente es que los intereses cumplan el cometido de equivalente total de la indemnización de daños y perjuicios», ergo pueden no suponer ese equivalente total, dado que lo más frecuente no es lo que necesariamente haya de darse siempre; las negritas del texto son nuestras); VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. II, 3.^a ed., Ed. José M.^a Bosch, Barcelona, 1990, p. 257, e *Introducción...*, op. cit., p. 752; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, *La deuda de intereses*, Ed. EUB, Barcelona, 2002, pp. 214-218, 224 y 276.

CARDENAL (*El tiempo...*, op. cit., pp. 363-364, 383-385 y 389-392), en una posición intermedia (aunque más próxima a la tesis favorable a la admisión del *mayor daño*), distingue entre «simple retraso relevante» y mora, y considera que la indemnización por mora debe limitarse a los intereses legales y la indemnización de los otros daños se fundaría en un incumplimiento temporal distinto de la mora. De este modo, en una línea similar a la de la doctrina francesa, considera que los daños directos y ordinariamente derivados de la mora quedan indemnizados por los intereses moratorios legales (art. 1.108 CC), mientras que los otros daños colaterales seguirían la vía ordinaria de indemnización de daños y perjuicios. El art. 1.108 CC supondría una excepción a la regla general del 1.101, «limitando así a los términos de lo pactado o, en su defecto, a la cuantía del interés legal la indemnización de perjuicios por causa de mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias», pero ello no obstaría a la suplementaria indemnización de los otros posibles daños, causados por el simple retraso culposo (*loc. cit.*, pp. 383-385).

Esta cuestión también es estudiada (pero sin pronunciarse finalmente a favor de una posición o de otra) por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, en «Comentario a la STS de 24-11-1997», *CCJC*, n.º 46, enero-marzo 1998, pp. 331-332.

Finalmente, también pueden citarse autores más antiguos que sostienen una posición favorable a admitir el resarcimiento del *mayor daño*. Así, Demófilo de BUEN (Notas sobre el Derecho civil español al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, op. cit., p. 138), probablemente por influjo de la doctrina francesa —a unos de cuyos máximos representantes anota en la obra citada—, entiende que el *mayor daño* sería indemnizable en los casos de incumplimiento con dolo (ya que «el artículo 1.108 se refiere sólo al caso de que el deudor incurra en mora; pero el dolo implica más que mora y debe tener consecuencias graves»), mientras que se aplicaría estrictamente el artículo 1.108 en los casos de incumplimiento no doloso.

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)», *ADC*, T. LI-II, abril-junio 1998, pp. 884-885, y anteriormente en *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 584-585 y 590-593.

sufrido realmente¹³⁹. El dolo lo que provocará será la extensión del ámbito de la indemnización, de modo que el deudor deberá indemnizar ya no sólo los daños previstos en el momento de contratar, sino todos aquéllos que se deriven del incumplimiento contractual: el resarcimiento se extiende y se hace integral. Si el acreedor no ve cubiertos los perjuicios sufridos con la cuantía del interés legal, deberá probar *ex* artículo 1.107 los daños que sobrepasen la previsión legislativa; tales daños sólo serán los previsibles en caso de no concurrir dolo, mientras que si sí lo hay podrá pretender una reparación integral de los mismos.

No obstante, el dolo del deudor sigue siendo uno de los principales argumentos para la admisión del resarcimiento del *mayor daño*, pues –como destaca esta autora¹⁴⁰– en caso de no admitirse, el deudor podría incumplir dolosamente sin que la indemnización experimentara variación alguna, ocasionando deliberada y voluntariamente daños al acreedor para responder únicamente con el interés legal o convencional de lo adeudado.

El legislador establece en el artículo 1.108 un privilegio a favor del acreedor pecuniario porque la falta de pago de una cantidad de dinero siempre produce un daño, aunque sea el mínimo que se concreta en los frutos que deja de percibir, el interés del dinero, y es la dificultad de determinar esa cuantía mínima lo que llevó al legislador a fijarla en el interés legal del dinero (lo que mínimamente obtendría un acreedor que, sin haberse pactado nada al respecto, invirtiera la cantidad adeudada)¹⁴¹. Se considera que, en un sistema económico desarrollado, la inversión del dinero proporciona en todo momento un producto, por lo que se presume que el deudor, al retener el dinero que ha de entregar al acreedor, le priva del beneficio que corresponde al tipo normal de interés, que recae sobre él¹⁴². De este modo, el privilegio se concreta en la exención para el acreedor de la prueba del daño mínimo, pero sin que ello deba suponer negarle la posibilidad de reclamar una indemnización superior si

¹³⁹ Cfr. Díez-PICAZO, Gema, *La mora...*, *op. cit.*, p. 585.

¹⁴⁰ Díez-PICAZO, Gema, *La mora...*, *op. cit.*, p. 591. En cambio, MESSA (*L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, pp. 184-185) considera –respecto del *Codice* de 1865, sustancialmente idéntico al nuestro en este punto– que no sería admisible el resarcimiento del mayor daño *ni siquiera en los casos de dolo*, ya que el texto de la ley no distingue entre unos y otros tipos de incumplimiento, máxime cuando el precepto sigue a otros en que sí se disciplina diversamente según que el incumplimiento sea doloso o culposo, y asimismo cita a POTHIER, que expresamente excluía el resarcimiento superior incluso en caso de dolo (*Tratado...*, *op. cit.*, n.º 170, p. 101: «*ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses*»).

¹⁴¹ Cfr. GARCÍA GOYENA, Comentario al art. 1.017, *op. cit.*, p. 544; así como COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, p. 53; POTHIER, *Tratado...*, *op. cit.*, n.º 170, p. 100; y TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 477.

¹⁴² Así, NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, *op. cit.*, p. 134.

prueba que el incumplimiento del deudor le ha causado un daño mayor¹⁴³.

Entiende la Profesora Díez-Picazo¹⁴⁴ que el artículo 1.108 deja abierta una vía a la admisión del resarcimiento de los mayores daños en los casos en que los intereses moratorios no cubran los daños efectivos que el incumplimiento produzca al acreedor. No obstante, por tales daños han de entenderse sólo los que le puedan ser imputables al deudor, y así no es justificable que en defecto de previsión convencional el deudor deba afrontar en general las consecuencias lesivas que se le hayan producido al acreedor en sus relaciones con terceros (por ejemplo, que el acreedor se haya buscado una financiación para hacer frente al desarrollo de la obligación con el deudor¹⁴⁵; que se haya producido una paralización de su plantilla de trabajadores, no contratados específicamente para el cumplimiento de esa obligación, por una simple carencia de otros trabajos –en cambio, si probara que para el recto cumplimiento del contrato con el deudor no aceptó otros encargos de terceros sí debería ser indemnizado por el lucro cesante–...).

Sin embargo, como excepción a la mayoritaria orientación de la doctrina más reciente en favor al resarcimiento del *mayor daño*, podemos destacar a María Teresa Martín Meléndez¹⁴⁶. Esta autora, tras citar los principales argumentos y contraargumentos dados por los partidarios de una y otra posición y la posibilidad de que los intereses legales moratorios sólo compensaran el lucro cesante y no el posible daño emergente, concluye que dichos intereses resarcirían tanto el daño emergente como el lucro cesante y afirma la no indemnizabilidad del mayor daño, *ni siquiera en los casos de mora dolosa*, lo que se vería reforzado por el carácter actualmente elevado del tipo de los intereses legales y una petición doctrinal de vuelta al sistema de *forfaitización* de la indemnización (pero no rígidamente) en los ordenamientos en que se permite el resarcimiento del *mayor daño*¹⁴⁷. Conclusiones que no compartimos, por las razones que exponemos a continuación.

¹⁴³ Cf: Díez-Picazo, Gema, *La mora...*, *op. cit.*, p. 591.

¹⁴⁴ Díez-Picazo, Gema, «El retraso en el cumplimiento...», *op. cit.*, pp. 879-880.

¹⁴⁵ Caso distinto a cuando se hubiera visto forzado a buscarla precisamente por la mora del deudor, por ejemplo por falta de numerario ante el impago por éste, supuesto en que ese mayor daño sí sería imputable al deudor y resarcible.

¹⁴⁶ Martín Meléndez, *La indemnización del mayor daño...*, *op. cit.*, pp. 160-176, y anteriormente en Comentario a la STS de 21-12-1998, *op. cit.*, pp. 729-731.

¹⁴⁷ En tal sentido, Di Majo, «Svalutazione monetaria e risarcimento del denaro (un passo avanti e due indietro...)», *GC*, 1983, pp. 773-774 (también en *Le obbligazioni pecuniarie*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1996, pp. 224-227); Inzitari, «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 234; y Trimarchi, Mario, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Ed. Giuffrè, Milán, 1983, p. 113.

5. NUESTRA POSICIÓN SOBRE LA RESARCIBILIDAD DEL MAYOR DAÑO

Por nuestra parte, entendemos que nada debería obstar al reconocimiento de la indemnización del *mayor daño*. El principio general del ordenamiento jurídico de reparación integral de los daños, recogido en los artículos 1.101 y siguientes del Código (en especial, el 1.106), no debe entenderse que sufre excepción en este caso, cuando tal excepción no se deriva explícitamente de la letra de la ley (*cuando la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete*), y ello pese a que en nuestro Código no haya precepto expreso al respecto como el del segundo párrafo del artículo 1.224 del italiano¹⁴⁸.

Con el interés legal no se produciría una satisfacción total de los daños y perjuicios que la mora del deudor causa al acreedor, pues, frente a lo establecido en el artículo 1.106 del Código Civil, sólo quedaría cubierto el daño emergente ordinario, pero no el lucro cesante¹⁴⁹ ni tampoco los posibles daños emergentes extraordinarios (por ejemplo, el que el acreedor recayera en situación de insolvencia a consecuencia del incumplimiento del deudor). Con los intereses moratorios del artículo 1.108 se repara exclusivamente el daño ordinario causado por la mora, simplemente ese retardo, que por ello no requiere de prueba por el acreedor ni el deudor podrá probar su inexistencia, pero si además de ese daño se le causan al acreedor otros daños ha de entenderse que podrá obtener su reparación¹⁵⁰, si bien ahora por la vía ordinaria de los artículos 1.101 y siguientes, con lo cual por una parte ese daño superior sí deberá ser probado por el acreedor y por otra cabrá que el deudor pruebe su inexistencia o cuantía inferior.

Por otra parte, de los dos aspectos del daño (enriquecimiento del deudor y correlativo empobrecimiento del acreedor, por la mora del primero) los intereses legales serían la indemnización correspondiente al enriquecimiento del deudor, que es normalmente inferior al empobrecimiento del acreedor, que quedaría sin cobertura

¹⁴⁸ Creemos que no se puede pretender que el Código dedique un precepto específico a cada uno de los distintos daños que pueden darse: el artículo 1.108 recogería los daños ordinarios («comunes»), mientras que los extraordinarios («propios»), que excedan de la medida legal, serían reclamables por la vía de la responsabilidad contractual o extracontractual ordinaria. Consideramos que nada autoriza, en defecto de un precepto contrario expreso, a excluir en los casos de deudas de dinero estas últimas responsabilidades, que el Código establece con un carácter general.

Por otra parte, la resarcibilidad del *mayor daño* era admitida ya por algunos autores de la doctrina italiana antigua, aun cuando el Código de 1865 carecía de un precepto en tal sentido. Así, como ya hemos citado anteriormente, GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 191-193.

¹⁴⁹ Si bien es verdad que la apreciación de la existencia y cuantía del daño emergente, en cuanto real y efectivo, es mucho más fácil que la del lucro cesante, por definición hipotético y constitutivo de una pérdida meramente potencial.

¹⁵⁰ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 227.

resarcitoria por esa diferencia. Por no haber obtenido la ganancia mínima que ordinariamente puede recibir un inversor, el acreedor se ve más empobrecido que lo que el deudor se ha enriquecido por no acudir a fuentes externas de financiación, y el tipo de interés legal sólo correspondería a esta ganancia del deudor¹⁵¹.

Igualmente, creemos que el argumento de la inexistencia en nuestro Código de un artículo parecido al 1.277 del italiano no es tampoco relevante, en la medida en que este precepto se limita a establecer el principio del nominalismo en las deudas monetarias. Debe distinguirse aquí lo que es la propia deuda, que no sufriría alteración de acuerdo con el referido principio, y los daños suplementarios que pueda sufrir el acreedor como resultado de la mora del deudor: el que el nominalismo impida la alteración de la cuantía de lo que es *estrictamente la deuda* no es óbice para que, *además de lo que es esa deuda estricta, y por distinto concepto*, puedan reclamarse otros daños sufridos.

Otro argumento que puede apuntarse es que es prácticamente unánime en la doctrina¹⁵² la consideración de que en el artículo 1.108 del Código Civil se establece un verdadero privilegio del acreedor pecuniario frente a los acreedores en otro tipo de créditos. Pues bien, de rechazar la posibilidad del *mayor daño* nos encontraríamos ante un extraño «privilegio», al que el acreedor pecuniario no podría renunciar y que en vez de beneficiarle le estaría perjudicando, y nos hallaríamos ante el contrasentido de que el inicial privilegio del acreedor pecuniario se convertiría en un auténtico privilegio del deudor pecuniario (y además estando en mora) con respecto a los deudores de obligaciones no pecuniarias, pues mientras que éstos deberían resarcir *íntegramente* el daño que causaran, el deudor pecuniario se liberaría de su responsabilidad con la simple prestación, además del capital, de los intereses legales, que en muchos casos no cubrirían el daño efectivamente experimentado por el acreedor.

Asimismo, creemos que pueden emplearse en apoyo de la tesis favorable los antecedentes del artículo 1.108, básicamente el artículo 1.153 del *Code* francés y el 1.232 del *Codice* de 1865. En cuanto al primero, como hemos visto, la jurisprudencia francesa pronto lo interpretó como que permitiría esa indemnización, lo que forzó la reforma de 7 de abril de 1900, y si la jurisprudencia francesa así lo hizo, entendemos que podremos interpretarlo en ese sentido nosotros también y considerar el precepto del *Code* en una orientación favorable a la indemnización suplementaria, lo que supondría un argumento indirecto para hacer lo propio con nuestro artículo 1.108, inspirado en aquél.

¹⁵¹ En tal sentido, LIBCHABER, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 383.

¹⁵² *Vid.*, por todos, los autores citados *supra* en la nota 1.

En cuanto al artículo 1.232 italiano, debemos tener en cuenta que establecía que «*i danni (...) consistono sempre nel pagamento degli interessi legali*», texto sobre el cual la doctrina contraria al resarcimiento del mayor daño¹⁵³ destacaba que el agotamiento de la indemnización en la cuantía de los intereses legales se derivaría claramente de ese *sempre*. Dado que nuestro precepto repite sustancialmente la misma frase pero con supresión de ese adverbio, podemos entender que esa exclusividad de los intereses legales en la indemnización ha quedado igualmente eliminada, pudiendo haber en su caso una indemnización suplementaria. Por otra parte, la excepcionalidad de los supuestos –vistos anteriormente– de la fianza y la solidaridad, que es clara en el caso del precepto italiano de 1865 («*salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società*»), en el caso español no lo es tanto, hasta el punto de poder dar fundamento a entender que en nuestro Código no sean ya excepciones, sino en realidad concreciones de un régimen general de admisión del resarcimiento del *mayor daño*.

Finalmente, es cierto que la Ley de 29 de junio de 1984, al establecer un sistema de fijación anual del tipo legal de interés por las leyes de presupuestos, permite el establecimiento de unos intereses legales más acordes con los de mercado, pero si bien ello ha atenuado el problema, no lo ha eliminado en absoluto, pues los intereses legales se siguen manteniendo en niveles inferiores a los de mercado¹⁵⁴. De esta forma, si el acreedor hubiera querido invertir la suma de la que no ha podido disponer por el impago por el deudor, habría obtenido fácilmente unos rendimientos superiores a los intereses legales, sufriendo un lucro cesante por la diferencia entre unos y otros.

El beneficio que puede obtener el deudor por no efectuar el pago tempestivamente es también superior a los intereses legales. Por una parte, como hemos dicho, disfruta de una suma a un coste (intereses legales) inferior a la rentabilidad de mercado, que puede estar obteniendo. Pero es que, además, ese coste que suponen los intereses legales es también inferior al que le supondría acudir a otras fuentes de financiación. El tipo legal de interés

¹⁵³ Así, MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, op. cit., pp. 180-181.

¹⁵⁴ Así, el tipo de interés legal para 2010 es del 4%, mientras que los normales de mercado pueden ser más elevados (así, por ejemplo, el tipo de referencia de préstamos hipotecarios de la CECA fue en enero de 2010 de un 5,125% –sin tener en cuenta los denominados *bonos basura*, que por su elevado riesgo pueden llegar a ofrecer en la actualidad tipos de interés próximos al 10%, o determinadas cuentas o depósitos financieros a un mes en los que algunas entidades, a fin de obtener clientes, llegan a ofrecer unos intereses del 11 ó 12%–). Si en cambio tomáramos como referencia otras posibles rentabilidades que hubiera podido obtener el acreedor, como las derivadas de la inversión en Bolsa o en metales preciosos u otras inversiones especulativas, la diferencia podría ser aún mayor.

suele determinarse por cálculos a partir del tipo básico del Banco de España –en la actualidad, el Banco Central Europeo–, mientras que lo que le costaría al deudor un préstamo en una entidad financiera, de haber tenido que recurrir a él para obtener la misma cantidad de la que está disfrutando indebidamente, sería superior, pues a ese tipo básico o al interbancario (lo que a la entidad financiera le cuestan los préstamos que le realiza el Banco de España u otras entidades financieras en el mercado interbancario) habría que añadir la ganancia de la entidad prestamista, junto a comisiones y otros posibles gastos añadidos.

Se ha objetado al reconocimiento de la indemnizabilidad del *mayor daño* la dificultad de prueba de la existencia de un daño mayor, pero no entendemos que esta objeción sea admisible. No parece aceptable negar un derecho por la posible dificultad de su prueba, puesto que es precisamente sobre el propio acreedor sobre quien recaen las dificultades de prueba, y debe suponerse que no reclamará una indemnización suplementaria más que cuando esas dificultades de prueba no revistan un carácter insuperable, ya que en cualquier caso la falta de prueba determinaría el rechazo de su solicitud. Por otra parte, las posibles dificultades procesales no deben ser óbice para la admisibilidad del resarcimiento del *mayor daño* en el ámbito sustantivo, estando además aún por demostrar las dificultades de reclamación del *mayor daño* en juicio, máxime cuando los procedimientos civiles son tan flexibles por el imperio del principio dispositivo¹⁵⁵. En cualquier caso, se ha de ser riguroso en las exigencias de la prueba de este *mayor daño* y del nexo causal entre el mismo y la mora¹⁵⁶,

¹⁵⁵ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Mora debitoris...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ Precisamente la rigurosidad en la exigencia de prueba del *mayor daño* es el principal argumento que puede oponerse a quienes alegan que su admisión dejaría al deudor expuesto a reclamaciones basadas en circunstancias absolutamente fortuitas que no habría podido prever jamás. Así, entre estos últimos, BALIS («Des dommages et intérêts...», *op. cit.*, p. 98) llega al punto de decir que de admitir el resarcimiento del *mayor daño* el acreedor terminaría por alegar que el incumplimiento del deudor «le ha impedido participar en la empresa de la retirada del fondo del mar de Salamina de la flota de los persas con su cargamento de oro» (???). Ante eso, podemos decir: ¿por qué no admitir ese resarcimiento si el acreedor pudiera probar tal circunstancia? (difícil prueba, en cualquier caso); creemos que mejor es ser riguroso en la exigencia de la prueba de los daños que excluir radicalmente la posibilidad de indemnizar todo daño suplementario, aun cuando fuera susceptible de prueba.

En cualquier caso, para la apreciación de la existencia de tal nexo causal no será preciso que el acreedor se vea en una *absoluta necesidad* de la cantidad adeudada –ya que lo normal es que tenga más dinero con el que pueda satisfacer a su vez a sus acreedores–, sino que basta con que el incumplimiento del deudor le haya puesto en la obligación de tener que reducir su nivel de vida o de no realizar actuaciones que consideraba oportunas en su actividad, y que de otro modo hubiera realizado; mientras que faltará ese nexo causal en los casos de inutilidad o carácter excesivo de esas actuaciones para las que el acreedor ha debido obtener una suma sustitutoria de la cantidad debida e impagada, o en los que el acreedor podría haber obtenido fácilmente otras cantidades sin detrimento alguno de sus actividades (en tal sentido, TRIMARCHI, Mario, *Svalutazione monetaria...*, *op. cit.*, pp. 37-39).

a fin de evitar alegaciones artificiales o incluso maniobras dolo-
sas por parte del acreedor¹⁵⁷.

Si además consideramos la fuerza de los argumentos de los autores encuadrables en la línea doctrinal favorable, ya expuestos, creemos que se puede concluir que el interés legal constituye una liquidación *mínima* de los daños, de modo que el acreedor podrá reclamar el resarcimiento de los daños superiores a la cobertura del interés legal siempre que los pruebe y concurren los requisitos contemplados en el artículo 1.107 del Código, sobre todo en los casos de dolo o mala fe en el deudor, mientras que éste podrá en cambio demostrar que tales daños superiores no se han producido (pero no el daño cubierto por el interés legal, en que queda excluida la prueba contraria).

Por otra parte, creemos que cabe añadir un argumento de justicia y equidad: es mucho más justo que el acreedor que sufre daños extraordinarios pueda reclamar su indemnización que el impedirselo¹⁵⁸. Debe entenderse que el legislador no pretende prohibir el resarcimiento del daño *propio y especial* que el acreedor pruebe haber sufrido –además del daño *común*, que se presume– y del que el deudor sea responsable, o por haberlo previsto (o ser previsible) o por concurrir en él dolo¹⁵⁹.

Más claro aún parece que los daños que el deudor cause al acreedor por actos positivos *independientes de la mora* deban ser resarcidos, y en tal sentido la jurisprudencia francesa se ha pronunciado frecuentemente, sobre todo respecto a deudores morosos que por medio de pleitos temerarios obligaban a sus acreedores a realizar grandes gastos¹⁶⁰.

Otro argumento a favor del resarcimiento del *mayor daño* puede encontrarse en la similitud entre intereses moratorios convencionales y cláusulas penales moratorias¹⁶¹. Si respecto de las cláusulas

¹⁵⁷ BALIS, «Des dommages et intérêts...», *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁵⁸ En tal sentido, es muy gráfico el ejemplo que pone GIORGI (en *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 191-192): «Cayo (...) sabe que en la caja de su amigo Ticio hay disponible la suma de 10.000 liras, y teniendo necesidad de esta suma para sus negocios mercantiles, se la pide prestada a Ticio. El amigo no se la niega; únicamente le hace conocer que, dentro de seis meses, necesita la cantidad para completar en el Banco el pago de ciertas acciones, bajo pena [de] que, de no efectuarlo, pierde las cantidades ya entregadas sobre las mismas acciones compradas. Por consiguiente, se le promete la restitución dentro de seis meses. Pero vencen los seis meses y Cayo no restituye la suma. Ticio no puede efectuar la compra y pierde las acciones. O bien, si [se] quiere así, está obligado a recurrir a crédito, no encontrando otro medio para procurarse las 10.000 liras que pagando usura y descuentos superiores al interés legal. ¿Se dirá, no obstante, que Cayo esté libre de toda obligación suya con pagar los intereses legales moratorios cuando a su antojo restituya la suma?».

¹⁵⁹ Cfr. GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁰ Vid. GIORGI, *loc. cit.*, p. 193.

¹⁶¹ Hasta el punto de que la cláusula penal moratoria puede instrumentarse en forma de intereses, proporcionalmente al tiempo y el capital. En realidad, cláusula penal e intereses serían figuras que funcionan como esferas secantes, de modo que si bien habría penas que no adoptarían la forma de intereses, y a la inversa, en otros casos coincidirían ambas.

penales cuya cuantía finalmente resulta inferior al daño que le es causado efectivamente al acreedor se admite que éste pueda reclamar la indemnización de ese mayor daño, y ello es compartido por la mayoría de la doctrina¹⁶² e incluso por la jurisprudencia¹⁶³, no

¹⁶² Tal admisión se hace incluso por quienes niegan su procedencia generalizada, al menos respecto a los casos de dolo o daños distintos del previsto en la pena (además, claro está, de la existencia de un pacto que permita pedir el resarcimiento del daño superior a la pena). Así, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 56-60; BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pp. 127-143; CARRASCO PERERA, Angel, Comentario al artículo 1.102 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, p. 468 (este autor incluso parece aceptar la aplicabilidad de esta doctrina a otros tipos de *forfaitización* legal de la responsabilidad: «el artículo 1.102 alcanza en su prohibición a la fijación del quantum, en concepto de cláusula penal, arras o... cualquier otro, siempre que la responsabilidad fijada por forfait sea inferior –para el caso de dolo– a la que resultaría de aplicar las reglas generales. El acreedor tiene derecho a esperar en estos casos todo su interés de cumplimiento» –los puntos suspensivos y guiones aparecen en el original, las negritas son nuestras–); DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 357-368 (que, no obstante, excluye expresamente la posibilidad de reclamación del daño superior en los intereses, fuera del caso de dolo: p. 364, nota 1069); ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDP*, T. XXX, marzo 1946, pp. 165-167 [también en *Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Canovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, T. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1042-1043] (que, aunque no admite el resarcimiento del mayor daño con carácter general, sí lo acepta cuando ese daño sea distinto del previsto en la pena, provenga de dolo o haya pacto expreso que permita reclamar por el daño superior a la pena); MANRESA, Comentario a los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel MORENO MOCOLÍ, T. VIII, Vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 481-483; RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la cláusula penal...», *op. cit.*, pp. 564-565 y 571-578; y SANZ VIOLA, Ana María, *La cláusula penal en el Código Civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 82-86 (que, aunque no muy claramente, parece seguir la posición de Espín).

En contra, sin embargo, se pronuncian ALBALADEJO, Comentario a los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, T. XV, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, pp. 468-469 (que además cita la STS de 21 de noviembre de 1913); ESPÍN ALBA, Isabel, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 112-118 (que estima que lo procedente en caso de dolo no sería el resarcimiento del mayor daño, sino la nulidad de la cláusula penal que supusiera una renuncia a la acción de responsabilidad por dolo, y en caso de culpa simple habría que acudir a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*); GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)», *RDM*, n.º 150, 1978, p. 513 (autor que mantiene que las cláusulas penales –configuradas como cláusulas limitativas de responsabilidad– serían válidas y aplicables –no pudiéndose por tanto pedir un complemento, incluso en el caso de dolo– siempre que su montante no sea mínimo e irrisorio, que prácticamente suponga una exoneración); y MAS BADÍA, *La revisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 266-267 (que considera no admisible la indemnización del mayor daño en relación con los intereses moratorios convencionales –sí respecto de los legales: pp. 147-148– y definiendo también la nulidad de la cláusula penal que suponga una limitación o exoneración de responsabilidad en caso de dolo, recurriéndose entonces al régimen general de responsabilidad).

¹⁶³ Así, pueden citarse entre otras las SSTS de 1 de febrero de 1971, 26 de mayo de 1980, 17 de marzo de 1986, y 22 de octubre (que para ello curiosamente niega el carácter de cláusula penal del pacto en el caso litigioso, y lo considera «meramente una garantía [¿la cláusula penal no es una garantía?, podríamos decir] encaminada a compensar la ocu-

se ve por qué ha de negarse esa indemnización en el caso de los intereses moratorios, incluso convencionales, que se dirigen por otra vía hacia la satisfacción de los mismos fines (indemnización *forfaitaria* de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor debido a la mora del deudor).

Esta posibilidad es aún más clara en el Derecho navarro, en el que la ley 518 del Fuero Nuevo¹⁶⁴ permite el resarcimiento integral del daño al configurar la cláusula penal como subsidiaria, de modo que el acreedor puede rechazar el pago de la pena y reclamar la indemnización correspondiente al incumplimiento de la obligación principal, o bien cobrar la pena y luego reclamar la indemnización con deducción de la cuantía de la pena (es decir, lo que podrá reclamar será precisamente el *mayor daño* sufrido). De esta forma, la pena (o, en nuestro caso, los intereses) constituirá claramente el importe mínimo de la indemnización.

Asimismo, otro posible medio para alcanzar el resarcimiento del *mayor daño*, cuando sea superior a los intereses moratorios *convencionales*, puede ser el de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, si bien la naturaleza excepcional y muy restringida que caracteriza a la misma determinará que en la práctica pueda obtenerse el resarcimiento por este medio sólo en contadas ocasiones, al ser tan gravosas las exigencias y condiciones de su aplicación. No obstante, si de una correcta interpretación de la relación obligatoria entre las partes se deduce que el pacto de los intereses moratorios no pudo de ninguna manera abarcar el acontecimiento sobrevenido que hace más gravosas las condi-

pación que pueda mantener sobre el local vendido el adquirente») y 7 de diciembre de 1990 [que, de modo aún más claro, señala que «dicha pena convencional, aun cuando deba ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplidor contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionadora, al poder aquél, a su arbitrio y de forma unilateral, retrasar el desalojo efectivo del inmueble continuando su ocupación de mala fe hasta considerarse compensado de las cantidades perdidas por aplicación de la cláusula contractual pactada»; los paréntesis son del original, las negritas nuestras].

¹⁶⁴ La ley 518 FNNa, intitulada *Estipulación penal*, dispone en sus párrafos segundo y tercero que «(...) La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal. / Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato».

ciones de desenvolvimiento de esa relación obligatoria y se dan los referidos requisitos exigidos jurisprudencialmente para la cláusula *rebus sic stantibus*, no parece haber obstáculo alguno para su aplicación –siempre que quede de relevancia su carácter absolutamente excepcional–, pues de otro modo resultarían perjudicadas precisamente las partes que más previsión demostraron al establecer unos intereses moratorios como correctivo de la mora¹⁶⁵.

De los dos sistemas seguidos en los Derechos de nuestro entorno que admiten el resarcimiento del *mayor daño*, el que permite al acreedor reclamar la indemnización del mismo sin más que probar su existencia (Alemania e Italia, principalmente) y el que lo restringe a los casos de mala fe del deudor (Francia, aunque como hemos visto la jurisprudencia tiende a ampliar el estrecho margen legal), parece preferible el primero¹⁶⁶, ya que el perjuicio del acreedor puede existir con independencia de la concurrencia de mala fe en el deudor. Si el acreedor en las obligaciones no pecuniarias puede reclamar una indemnización por todos los perjuicios que le cause la mora del deudor sólo con la existencia en éste de culpa (sin necesidad de llegarse al dolo), no debería haber objeción para admitir lo mismo para las obligaciones pecuniarias, respecto de las que además se entiende que, debido a que en ellas no puede darse nunca una imposibilidad absoluta y objetiva, se ha producido una cierta objetivización de la responsabilidad del deudor.

6. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En España, la jurisprudencia ha seguido en esta materia durante mucho tiempo una línea predominantemente contraria al resarcimiento del *mayor daño*, sobre la base de que la indemnización por la mora en el pago de cantidades de dinero consistiría exclusiva-

¹⁶⁵ En ese sentido, aunque respecto a la cláusula penal, se pronuncian ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, pp. 114-115, y RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», *RDP*, T. LIX, 1975, p. 411. En contra, en cambio, CARRASCO, «Comentario a la STS de 19-4-1985», *CCJC*, n.º 8, abril-agosto 1985, p. 2588 (que considera inadecuada la cláusula *rebus...* para, en general, los contratos sinalagmáticos de perfección instantánea en que se difiere en el tiempo la ejecución de una de las prestaciones, como las deudas dinerarias a plazo), así como la propia STS comentada.

En la jurisprudencia, la STS de 15 de abril de 1991, si bien *obiter dicta*, admite que pueda irse más allá de los intereses legales de demora por la vía de la cláusula *rebus...*

¹⁶⁶ Igualmente, MONTEL, «Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pp. 1023-1024.

mente en el pago de los intereses convenidos y en su defecto en el legal¹⁶⁷, aunque sin que faltaran algunas resoluciones favorables¹⁶⁸, contradictoriedad que ya se daba en la jurisprudencia anterior al Código¹⁶⁹.

Paradójicamente, mientras la Sala Primera del Tribunal Supremo seguía una interpretación restrictiva del artículo 1.108 del Código Civil y en general no venía admitiendo la posibilidad de resarcimiento del *mayor daño*, las Salas de lo Contencioso-Administrativo sí aceptaban la prueba de un mayor daño producido por la mora del deudor. Así, por ejemplo, la Sala Cuarta de lo Contencioso-Admi-

¹⁶⁷ Así, en sentido contrario al *mayor daño*, se han pronunciado entre otras, las SSTs de 27 de febrero de 1882, 24 de noviembre de 1894, 20 de abril de 1897, 23 de febrero de 1900, 19 de febrero de 1906 (aunque esta sentencia admite el posible resarcimiento de daños «por otro concepto»), 6 de mayo de 1911, 28 de enero de 1919, 4 de octubre de 1930, 4 de julio de 1944, 13 de marzo de 1954, 2 de octubre de 1958, 5 de mayo de 1959, 26 de febrero de 1973, 26 de marzo y 25 de junio de 1976, 23 de enero de 1985, 21 de octubre de 1986, 3 de noviembre de 1988, 15 de julio de 1989, 23 de abril y 21 de diciembre de 1998, 8 de marzo de 2002... También puede citarse en esa posición contraria la SAP Málaga (Secc. 4.ª) de 16 de mayo de 2002.

¹⁶⁸ La STS de 19 de junio de 1903 afirma que para «*la condena de indemnización de daños y perjuicios (...), aparte de tales intereses, (...) habría sido preciso que se hubiera intentado justificar siquiera la existencia de perjuicios especiales y extraordinarios sobrevenidos al actor (...), sin lo que la indemnización por mora de daños y perjuicios sólo puede consistir en el pago de los intereses legales o convenidos*» (luego a contrario cabe entender que si se realiza esa justificación de la existencia de «perjuicios especiales y extraordinarios» sí cabría una condena a una indemnización suplementaria a los intereses legales). En parecido sentido se pronunciaron también la STS de 3 de septiembre de 1903, que reconoce la posibilidad de indemnización de los perjuicios especiales y extraordinarios causados por falta de pago; la de 19 de febrero de 1906, que implícitamente hace lo propio, al señalar que «*tratándose de daños consistentes en la mora del pago del precio, y no por otros conceptos que no han sido discutidos ni comprobados, resultaría duplicidad de tal indemnización si hubiera de satisfacer además (...) interés por aquel único concepto*» (las negritas son nuestras); y más recientemente la de 27 de febrero de 1945, que señala que la extensión de los daños indemnizables provocados por la mora del deudor no siempre puede entenderse cubierta por el interés legal, como en los casos de una resistencia abusiva del deudor con el deliberado propósito de dañar o una conducta vejatoria frente al acreedor.

En cualquier caso, la jurisprudencia siempre exige cumplida prueba de los hipotéticos daños o perjuicios que produzca la mera indisponibilidad de una cantidad de dinero debida y cuya indemnización se pretenda al margen de los intereses legales. Así, la STS de 26 de diciembre de 1996 señala que «*no se ha probado lo más mínimo [que la parte alegante hubiera podido realizar una serie de inversiones en caso de haber cobrado tempestivamente] (...). Indemnizar los daños entonces no sería más que indemnizar meros sueños de ganancia, y esto no es lo que protege el art. 1101 CC*».

¹⁶⁹ La STS de 22 de enero de 1863 afirmó que «*nada hay que justifique lo que se llama máxima de jurisprudencia para que se equiparen los intereses del dinero a la indemnización de daños y perjuicios, dándoles este carácter*», por lo que, al negar que concurra el carácter de indemnización en los intereses moratorios, venía a considerar que cabe la posibilidad de una indemnización suplementaria. En cambio, la STS de 30 de octubre de 1884 consideró que «*condenado el demandado al pago de la cantidad demandada con el interés legal de un 6 por 100, y además a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago haya ocasionado a los demandantes, es indudable que la Sala sentenciadora sentencia por un solo concepto a una doble indemnización, razón por la que la sentencia recurrida infringe el principio de Derecho que establece que el abono de intereses por deudas de cantidad constituye la indemnización de los perjuicios que pueda sufrir el acreedor por falta de pago de una cantidad de dinero a su debido tiempo, no cabiendo que esa indemnización se deba y satisfaga a la vez en dos formas distintas*».

nistrativo ha reconocido reiteradamente¹⁷⁰ el derecho a obtener una indemnización complementaria por los gastos (en especial, los bancarios) que el contratista se haya visto obligado a realizar, más allá de los intereses legales o convencionales, en los contratos administrativos que los organismos públicos celebren con los particulares o sobre la indemnización por mal funcionamiento de los servicios públicos¹⁷¹, posición que se ha mantenido cuando la competencia sobre los asuntos contencioso-administrativos se ha concentrado en la Sala Tercera¹⁷².

No obstante, en los últimos tiempos se viene observando una cierta apertura también de la jurisprudencia civil a la admisión del resarcimiento del *mayor daño*, aunque sin seguir una orientación definida en tal sentido¹⁷³. Así, cabe citar las Sentencias de 6 de diciembre de 1979¹⁷⁴, 28 de mayo de 1985¹⁷⁵, 21 de marzo y 26 de octubre de 1991¹⁷⁶, 24 de noviembre de 1997, 12 de julio de 1999¹⁷⁷ y 27 de julio de 2000^{178 179}.

¹⁷⁰ Como en las SS de 11 de noviembre de 1965, 17 de junio de 1967, 15 de enero (dos de la misma fecha) y 22 de diciembre de 1971, 7 de febrero de 1975, 21 de junio de 1977; 10 de abril, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1978 y 2 de febrero de 1980, entre otras muchas.

¹⁷¹ Así, la STS (Sala 4.ª) de 31 de enero de 1979 admite la indemnización por el «perjuicio económico, cierto, probado» y la «existencia de unos gastos que se han producido al prolongarse tales operaciones bancarias», de modo que **«la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mora no puede limitarse al interés legal del dinero fijado en el artículo 1.108 del Código Civil, sino que comprende, a tenor del artículo 1.107 del mismo Cuerpo legal, los gastos bancarios que por establecimiento de créditos se ocasionen durante el tiempo de duración de la mora»**. Las negritas son nuestras.

¹⁷² Así, la STS (Sala 3.ª) de 2 de febrero de 1995 ha reconocido, si bien como *obiter dictum*, la indemnización del montante real de los daños efectivamente producidos en caso de morosidad en el cumplimiento por parte de la Administración, aun cuando superen la cuantía de los intereses legales.

¹⁷³ Lo que es puesto de manifiesto por existir resoluciones de índole contraria también entre las más recientes. Por otra parte, como indicaremos en las notas que siguen, las resoluciones favorables frecuentemente recurren, para lograr el total resarcimiento de los daños, a negar la aplicabilidad del artículo 1.108 CC.

¹⁷⁴ Que permite la acumulación de distintas indemnizaciones.

¹⁷⁵ Según la cual **«es correcta la condena a la indemnización de perjuicios solicitada por el actor recurrido, dado el incumplimiento que se aprecia en el prestatario derivado de su contravención contractual, de carácter doloso además, a tenor de los artículos mil ciento uno y Sentencias [sic; se supone que pretenderá decirse «siguientes»] del Código Civil, sobre todo cuando como en el caso se acredita la realidad de los perjuicios y no se establecen los mismos por el sólo hecho del incumplimiento»**.

¹⁷⁶ Que establecen el IPC como criterio de actualización de una cantidad, en vez de recurrir a los intereses legales, a fin de lograr el total resarcimiento.

¹⁷⁷ Que admite la acumulación de los intereses y una indemnización por daños morales.

¹⁷⁸ En un caso en que, aun tratándose de una cantidad de dinero, se señala por el Alto Tribunal que no es aplicable el artículo 1.108 CC, **«porque el objeto que constituye la partida impugnada, no es el interés de lo que se dice adeudado, y que se demoró en el pago, sino la indemnización de perjuicios concretos que tal incumplimiento produjo en el contratista (...), por lo que hay que entender que los perjuicios no se cifraron en el puro y simple retraso, sino en las consecuencias perniciosas que éste produjo para el contratista»**.

¹⁷⁹ En contra, además de las otras citadas supra en la nota 167, sigue la antigua línea contraria al resarcimiento del *mayor daño* de un modo especialmente expresivo la STS de 21 de diciembre de 1998 (comentada por MARTÍN MELÉNDEZ en CCJC, *op. cit.*, pp. 715-731): **«se configuran así los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de reclamación de cumplimiento de obligaciones dinerarias, de acuerdo con los términos del artículo 1.108, como una indemnización de carácter tasado que si libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño, impide, por otra parte, (...) exigir y probar la existencia de un daño mayor»**.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1970.
- Comentario a los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XV, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, pp. 466-481.
- ALMEIDA COSTA, Máro Júlio de, *Direito das obrigações*, 9.ª ed., 3.ª reimpr., Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 2005.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, Comentario al artículo 1.108, *Comentarios al Código civil*, coords. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 1294-1297.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993.
- ASCARELLI, Tullio, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Ed. CEDAM, Padua, 1928.
- «Limiti di applicabilità dell'art. 1231 Codice civile», *Riv. dir. comm.*, vol. XXVIII, parte 1.ª, 1930, pp. 379-394.
- BALIS, Georges, «Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent», *Rev. Cr. Lég. Jur.*, t. LIV, 1934, pp. 97-104.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III. 2.ª ed. (reimpr.), Ed. Giuffrè, Milán, 1964.
- BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado*, trad. de la 6.ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. III, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. XII, t. I, 3.ª ed., Ed. Sirey, París, 1906.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- BIANCA, C. Massimo, Comentario al artículo 1.224, en *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, libro IV, arts. 1218-1229, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, pp. 283-306.
- BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho civil español*, t. I, Ed. Cultural, La Habana, 1930.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- BONET CORREA, José, «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarías», *ADC*, t. XXXII-II/III, abril-septiembre 1979, pp. 371-393.
- *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- BORRELL SOLER, Antonio M.ª, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- BOWLES, Roger A. y WHELAN, Christopher J., «Judgement Awards and Simple Interest Rates», *International Review of Law and Economics*, vol. 1, n.º 1, junio 1981, pp. 111-114.
- «Interest on Debts», *MLR*, vol. 48, n.º 3, marzo 1985, pp. 229-235.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, t. LX-II, abril-junio 2007, pp. 621-848.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- CAPILLA RÓNCERO, Francisco, «Comentario a los artículos 1.681 a 1.683 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XXI, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 187-279.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, trad. y adiciones de Manuel M.ª Zorrilla Ruiz, t. II, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1971.
- CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario a la STS de 19-4-1985», *CCJC*, n.º 8, abril-agosto 1985, pp. 2581-2589.
- «Comentario al artículo 1.102 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XV, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 444-307.
- CATALA, Pierre (dir.), *Avant-Projet de réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil). Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005*, Versión publicada por el Ministerio de Justicia francés en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen, t. III, 4.ª ed. española (reimpr.), revis. por Manuel Batlle, Ed. Reus, Madrid, 1987.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª ed. Vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, 1979.
- DE SINNO, Cataldo, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.
- DI MAJO, Adolfo, «Obbligazioni pecuniarie», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX, Ed. Giuffrè, Milán, 1979, pp. 222-298.
- «Svalutazione monetaria e risarcimento del denaro (un passo avanti e due indietro...)», *GC*, vol. XXXIII, Parte 2.ª, 1983, pp. 770-776 (también en *Le obbligazioni pecuniarie*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1996, pp. 217-228).
- «Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati», *Foro It.*, vol. CXIII, parte 1.ª, 1990, cols. 431-436.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Comentario al artículo 1.108», *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 62-64.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 5.ª ed, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- «El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)», *ADC*, t. LI-II, abril-junio 1998, pp. 873-885.
- DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Ed. UTET. Turín, 1970.
- DORAL GARCÍA, José Antonio y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *ADC*, t. XXXIII-III, julio-septiembre 1980, pp. 523-569.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones* (T. II del *Tratado de Derecho civil* de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff), vol. 1.º, 11.ª revis. por Heinrich Lehmann, 2.ª ed. española, trad. y anot. por Blas Pérez González y José Alguer, al cuidado de José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- ESPÍN ALBA, Isabel, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDP*, t. XXX, marzo 1946, pp. 145-169. También en *Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Canovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1005-1046.
- FISHER, Irving, *La ilusión de la moneda estable*, Ediciones Oriente, Madrid, 1930.
- FRAGALI, Michele, «Comentario al artículo 1.815», en *Il mutuo*, 2.ª ed. (reimpr.), libro IV, arts. 1813-1822, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, pp. 346-388.
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I. 2.ª ed, Ed. CEDAM, Padua, 1993.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- GEVERS, Madeleine, *Étude sur les obligations dans la jurisprudence contemporaine*, Ed. M. Lamertin, Bruselas, 1929.
- GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* (trad. de la 7.ª ed. italiana anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*), 2.ª ed. (reimpr.), vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1977.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)», *RDM*, n.º 150, octubre-diciembre 1978, pp. 477-560.
- GRANITO, Aristide, «Interessi», *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, dir. por Vittorio Scialoja, Roberto de Ruggiero y Pietro Bonfante, vol. III, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1923, pp. 738-766.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente, Comentario al artículo 1.838 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XXIII, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, pp. 250-265.
- Comentario al artículo 1.838, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1819-1822.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. 12.ª ed, Ed. Porrúa, México, 1997.

- HAGER, Johannes, «Comentario a los §§ 288-291 BGB», *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, dir. por Walter Erman, t. I, 11.ª ed., Ed. Aschendorff, Münster, 2004, pp. 918-921.
- HARRIS, D. R., «Damages», *Chitty on Contracts*, vol. I, 29.ª ed., Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 1423-1519.
- INZITARI, Bruno, «Interessi e maggior danno», en *La moneta* (Vol. VI del *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco Galgano), Ed. CEDAM, Padua, s. f. (1983), pp. 221-265.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín, *Derecho de obligaciones* (T. II de los *Elementos de Derecho Civil*), vol. 1.º, 3.ª ed, revis. y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- LASSMAN, M. A., «Interests on Debts», *New Law Journal*, vol. 129, n.º 5902, 3-5-1979, pp. 447-449, y n.º 5903, 10-5-1979, pp. 475-478.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, t. XVI, Eds. A. Durand & Pedone Lauriel/Bruylant-Christophe & Comp, París/Bruselas, 1875.
- LIBCHABER, Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992.
- LIBERTINI, Mario, «Interessi», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXII, Ed. Giuffrè, Milán, 1972, pp. 95-143.
- LOMONACO, Giovanni, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (Parte X de *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*), vol. I, 2.ª ed., Eds. Eugenio Margheri/UTET, Nápoles/Turín, 1912.
- LÓPEZ ANTÓN, Félix, *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, t. XLVII-III, julio-septiembre 1994, pp. 5-29.
- MALAUURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil*. t. VI. 5.ª ed, Ed. Cujas, París, 1994.
- MANN, F. A., *The legal aspect of money*, 2.ª ed, Ed., Clarendon Press, Oxford, 1953.
- «On interest, compound interest and damages», *The Law Quarterly Review*, vol. 101, enero 1985, pp. 30-47.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario a los artículos 1.108 y 1.109», *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel Moreno Mocholí, t. VIII, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 243-260.
- «Comentario a los artículos 1.152 a 1.153», *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel Moreno Mocholí, t. VIII, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 476-490.
- MARINETTI, Giuseppe, «Interessi (Diritto civile)», *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII, Ed. UTET, Turín, 1962, pp. 858-880.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, «Comentario a la STS de 21-12-1998», *CCJC*, n.º 50, abril-agosto 1999, pp. 715-731.
- *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
- MAS BADÍA, María Dolores, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MAZEAUD, Henri y LÉON, y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. III, vol. I, Prefacio de Henri Capitant, trad. de la 5.ª ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

- MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, ed. española a cargo de Ángel Martínez Sarrión, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 2003.
- MESSA, Gian Carlo, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, 2.^a ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1932.
- MONTEL, Alberto, «Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les Obligations)», *RTDC*, t. XXXI, 1932, pp. 1017-1025.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, «Comentario a los artículos 1.106 a 1.108», *Código civil*, t. XIX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1902, pp. 552-578.
- NUSSBAUM, Arthur, *Teoría jurídica del dinero. (El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero)*, trad. por Luis Sancho Seral, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.
- ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano, «Mora do devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 48, mayo 1955, pp. 5-317.
- PAZ-ARES, Cándido, «Comentario al artículo 1.682», *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1419-1421.
- PINTO MONTEIRO, António, «Inflação e direito civil», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, vol. II, n.º especial del *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1989, pp. 871-907.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, trad. por Leonel Pereznieta Castro según la 3.^a ed. francesa (1946), Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, corr. y revis. por M. C. de las Cuevas según la ed. francesa de 1824, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- PROSPERETTI, Marco, «Introduzione al problema degli interessi monetari», *Temì romana*, t. XXIX, 1980, pp. 1-19.
- PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; Gil Rodríguez, Jacinto y Hualde Sánchez, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- QUADRI, Enrico, «Gli interessi», en *Le obbligazioni pecuniarie*, de *Obbligazioni e contratti*, t. I, vol. 9 del *Trattato di diritto privato*, dir. por Pietro Rescigno, Ed. UTET, Turín, 1984, pp. 523-576.
- RICCIO, Domenico, «Gli interessi moratori usurari», *Rivista giuridica di Molise e Sannio*, vol. 3-2004, pp. 39-73.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, t. XLVI-II, abril-junio 1993, pp. 511-587.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II, 3.^a ed, Ed. Porrúa, México, 1976.
- RUGGIERO, Roberto DE, *Instituciones de derecho civil*, trad. de la 4.^a ed. italiana anotada y concordada por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. II (Derecho de obligaciones-Derecho de familia-Derecho hereditario), Ed. Reus, Madrid, 1931.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», *RDP*, t. LIX, 1975, pp. 374-412.

- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, pp. 752-918.
- «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1893-1919.
- SABATER BAYLE, Elsa, «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado: algunas aportaciones de doctrina civil», *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública*, vol. XXXI, n.º 153, mayo-junio 1981, pp. 665-699.
- *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.
- SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentario a los artículos 1.108 a 1.110», *Comentario del Código Civil*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, t. 6, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 149-165.
- SANZ VIOLA, Ana María, *La cláusula penal en el Código Civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- SCADUTO, Gioachino, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1924.
- SCHMIDT, Karsten, *Geldrecht: Geld, Zins und Währung im deutschen Recht*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1983.
- SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi/Universidad Pontificia Comillas, Pamplona, 1998.
- «Comentario a la STS de 23-12-2002», *CCJC*, n.º 61, enero-marzo 2003, pp. 382-384.
- SOTO NIETO, Francisco, «Intereses moratorios y de redescuento en las condenas al pago de cantidad líquida», *Estudios jurídicos varios*, t. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 191-244.
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 6.ª ed., Ed. Dalloz, París, 1996.
- TRIMARCHI, Mario, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Ed. Giuffrè, Milán, 1983.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Ed. Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980.
- «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, n.º 536, 1980, pp. 41-92.
- «Obligaciones pecuniarias», *NEJ*, t. XVIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1986, pp. 185-208.
- VEGA PÉREZ, Félix, «El interés especial del seguro como cláusula penal», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 3019-3051.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. II, 3.ª ed., Ed. José M.ª Bosch, Barcelona, 1990.
- VIGNERON, Roger, «Le nouveau taux d'intérêt légal et le régime des intérêts octroyés en justice», *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, t. 16, n.º 1/2, 1971, pp. 49-103.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, *La deuda de intereses*, Ed. EUB, Barcelona, 2002.
- VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: effets* (T. V del *Traité de droit civil*, dir. por Jacques Ghestin), Ed. L. G. D. J., París, 1988.

- VOLLKOMMER, Max, «Comentario a los §§ 288-291 BGB», *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zum Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, dir. por Othmar Jauernig, 8.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 1997, pp. 273-276.
- VON MAYDELL, Bernd, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1974.
- VON TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, t. I, vol. 1.º, Trad. por Tito Ravá, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- *Tratado de las obligaciones*, trad. y concord. por W. Roces, reimpr. de la 1.ª ed., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Ed. Reus, Madrid, 1999.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario a la STS de 24-11-1997», *CCJC*, n.º 46, enero-marzo 1998, pp. 319-337.
- WESTERMANN, Harm Peter; BYDLINSKI, Peter y WEBER, Ralph, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2003.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de Derecho privado europeo*, trad. de Antoni Vaquer Aloy, Ed. Civitas, Madrid, 2000.