

Summer February 28, 2018

La tutela resolutoria frente a la tutela resarcitoria. Algunos planteamientos a propósito de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.pdf

Jairo Cieza Mora, *Universidad de Lima*

La tutela resolutoria frente a la tutela resarcitoria

Algunos planteamientos a propósito de la responsabilidad por inexecución de obligaciones*



Jairo CIEZA MORA**

El autor busca delimitar los márgenes entre los distintos mecanismos de tutela previstos para los supuestos de incumplimiento contractual. Al respecto, realizando un análisis comparativo entre los sistemas del civil law y del common law, sostiene que en los países de tradición romano-germánica los casos de inexecución de obligaciones suelen ser remediados esencialmente a través de la pretensión del cumplimiento específico; por el contrario, en el Derecho anglosajón el remedio principal frente al incumplimiento es la indemnización por daños. Asimismo, el autor realiza un gran esbozo histórico y dogmático en torno a la resolución como mecanismo de tutela del contrato incumplido, de prestación imposible o con excesiva onerosidad de la prestación.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

• **Código Civil:** arts. 1219, 1371, 1428, 1429 y 1430.

PALABRAS CLAVE: Contrato / Incumplimiento / Tutela / Remedio / Cumplimiento específico / Indemnización / Resolución

Recibido: 29/12/2017

Aprobado: 19/01/2018

I. Tutela y remedios. Diferencias

Acostumbramos decir que existen diferentes tipos de tutela y así señalamos a la tutela del crédito, como el supuesto de la acción pauliana (incluyendo la administrativa); la acción subrogatoria u oblicua; o la resarcitoria que abarca el escenario de la responsabilidad civil. Sin embargo, hace ya algún tiempo en el Derecho continental se hace mención a los denominados remedios (mecanismos

* “- Y ¿qué quiere usted que haga con esta prenda?

-¡Toma! Esa prenda se llama *almilla*, y eso es lo que yo he vendido y a los que estoy obligado. Carta canta. Repase usared señor diabolín, el contrato, y si tiene conciencia se dará por bien pagado” (Ricardo Palma. “Don Dimas de la Tijereta”. *Tradiciones peruanas*, Editorial Océano, Tomo I. p. 144).

** Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Docente de Derecho Privado en la UNMSM, Universidad de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya. Docente investigador del IDIC de la Universidad de Lima. Arbitro de la Cámara de Comercio de Lima. Socio del Estudio Capuñay & Cieza abogados.

Comentario relevante del autor



Hace ya algún tiempo en el Derecho continental se hace mención a los denominados remedios (mecanismos jurídico originarios del *common law*) para referirse a distintas respuestas legales que atienden a diversas a situaciones en materia de derecho privado.

jurídicos originarios del *common law*) para referirse a distintas respuestas legales que atienden a diversas a situaciones en materia de derecho privado. Así, tenemos que ante una causal de incumplimiento obligacional que sobreviene a la celebración del contrato el remedio sería la resolución, cuando la causal es coetánea a la estructuración del negocio el remedio sería la rescisión, cuando estamos ante una compraventa de un bien ajeno sin conocimiento o posibilidad de conocer si el bien pertenece al adquirente el remedio sería la ineficacia, ante la ausencia de voluntad negocial el remedio sería la nulidad; y así se presentan estas consecuencias jurídicas ante un presupuesto jurídico determinado.

Se ha señalado, en cuanto a los intereses del acreedor a los cuales responden las tutelas o remedios que hoy estudiamos, que:

[L]a cuestión de la autonomía del equivalente pecuniario entra de lleno dentro del ámbito de los remedios del acreedor frente a la lesión de su derecho de crédito. Y su resolución solo puede basarse

en el estudio del **interés o intereses** que el acreedor pone en juego desde el momento mismo en que la obligación nace; en suma, la función de esos remedios en general, y de la responsabilidad contractual en particular, no es otra que satisfacer tales intereses. Por este motivo solo conociendo a fondo la naturaleza y tipología de los mismos, a partir de la individualización del interés o intereses lesionados, puede aventurarse un sistema para su protección a través del resarcimiento¹. (Llamas, 2016, p. 153)

En sede nacional es referente el trabajo de Saavedra (2015) que tiene como objetivo diferenciar entre remedios y tutelas: “El propósito de la investigación es aproximarnos a la noción del remedio, al propio enfoque remedial y a las complejas relaciones entre el derecho subjetivo y el remedio destinado a procurar su *enforcement*” (p. 10).

Sobre el incumplimiento contractual del deudor frente al acreedor independientemente del factor probatorio, autorizada doctrina latinoamericana ha señalado:

[L]a insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria y definitiva, implica una anomalía, que de ordinario se imputa al deudor y, más concretamente, a un mal comportamiento suyo, al margen de las cargas probatorias: si incumbe al acreedor demostrar la culpa del obligado, o es a este a quien corresponde probar su inocencia. (Hinestrosa, 2016, p. 45)

Como hemos mencionado, la doctrina nacional que vengo siguiendo ha indicado que “en los sistemas jurídicos adscritos al *civil law* el equivalente funcional al término ‘remedio’ es

1 Es relevante lo señalado por el Tribunal Supremo español en cuanto a daño e interés. Se dice que:

[E]s daño el sufrido en los intereses del acreedor (SSTS 3 diciembre y 14 diciembre 1950), y que lo que indemniza no es el valor de las cosas perdidas, dañadas o dejadas de ganar, sino el interés que el acreedor tenía en las mismas. (Llamas, 2016, p. 158)

(o era) tutela” (Saavedra, 2015, p. 13). Uno de los aspectos centrales del estudio remedial presupone que el remedio es relevante y se justifica porque está antes del interés y que este se justifica jurídicamente en función a que tiene un remedio. Así, se ha señalado que “vale decir, se otorga el remedio no porque exista un interés jurídicamente relevante, más bien lo correcto sería decir que existe un interés en tanto el sistema jurídico le otorga un remedio (*ubi remedium, ibi ius*)” (Saavedra, 2015, p. 13). Hay justificación del interés, entonces, cuando previamente el ordenamiento ha determinado un remedio para tutelar este interés. Aspecto importante que relleva la valoración de los remedios que no están supeditados ante la existencia del interés, sino, por el contrario, el interés es relevante jurídicamente si el ordenamiento le ha asignado alguno de los remedios.

Di Majo (como se citó en Saavedra, 2015) ha señalado para caracterizar a los remedios en el Derecho angloamericano que:

[C]on cargo a desarrollarlo luego, la noción de remedio en el *common law* poseería el siguiente perfil: a) un remedio de reacción frente a un orden violado o frustrado a causa de un acto o evento; b) un instrumento activado por el particular afectado; y, c) un mecanismo provisto por el juez sobre la base de una evaluación de los intereses involucrados en un caso concreto. (p. 15)

Para establecer la diferencia con los remedios en el Derecho continental se ha indicado: “En efecto, en el *civil law* se clasifican las técnicas de tutela en: 1) Procesales y sustanciales. 2) Consensuales o coercitivas. 3) De ejecución directa o indirecta. 4) Declarativas o constitutivas”².

A nivel histórico:

[E]l origen de la regla *ubi remedium ibi ius* yace en el medioevo inglés. A semejanza de cuanto sucedía en el esquema Romano, el sujeto que veía conculcado su derecho debía subsumir esta circunstancia en un instrumento procesal reconocido previamente: en concreto un *writ*³. (Saavedra, 2015, p. 19)

Refiriéndose al sistema angloamericano y la mirada económica que este sostiene y, por lo tanto, la no prevalencia de la perspectiva jurídica, sino la eficiencia en la toma de decisiones por parte del operador jurídico, se ha señalado lo siguiente:

Nótese que en los sistemas del *common law* los tribunales evalúan la conveniencia de otorgar/reconocer un derecho/remedio a partir de una serie de consideraciones ajenas a lo estrictamente jurídico, las denominadas *public policies*; el juez, por tanto no se focaliza en la consistencia de la situación demandada con el esquema del derecho subjetivo o si la conducta lesiva tiene un perfil fisonómico consistente con otro tipo de infracciones

2 Se ha señalado al respecto que:

[E]n síntesis, los remedios jurídicos en el *civil law* resultan: a) la prerrogativa o pretensión del particular frente a la violación o a la no actuación de un mandato o ventaja que deriva de la ley o de un acuerdo; b) mecanismos de tutela (una reacción del sistema jurídico) que no se limita a los derechos subjetivos reconocidos formalmente por la ley; c) mecanismos forjados atendiendo a las características del interés tutelado y a la relación subyacente entre el derecho sustancial y el derecho procesal de cada sistema jurídico; y, d) mecanismos de actuación jurisdiccional –sin negar el eventual ejercicio de autotutela– por lo que se encuentran sujetos a consideraciones de proporcionalidad, razonabilidad y adecuación. (Di Majo como se citó en Saavedra, 2015, p. 15)

3 Como hemos visto antes, se ha señalado con corrección: “Acaso lo más preciso sea afirmar que el remedio antecedió al derecho subjetivo, solamente a partir del pronunciamiento de los tribunales se tenía la certeza de la existencia de este” (Saavedra, 2015, p. 19).

reprimidas, lo que examina es la conveniencia de su represión y los beneficios de la tutela del interés alegado por el demandante⁴. (Saavedra, 2015, p. 20)

En el supuesto de la perspectiva del Derecho continental se manifiesta que las respuestas del ordenamiento e instrumentalmente utilizadas para mantener o ejercitar una determinada situación jurídica se presentan a título de insatisfacción, de esta forma:

Por otro lado, y como corolario de lo anterior, si la sanción a imponerse no es lo suficientemente drástica o no resulta plenamente compensatoria, podría alegarse que el efecto agregado es similar a la **ausencia de un remedio**, afirmación que no parece ser consistente desde una óptica estrictamente jurídica (en especial desde la aproximación acogida en el *civil law*). (Saavedra, 2015, p. 20)

Sobre la sustitución del derecho relevante que ha sido afectado por parte del remedio se ha señalado que:

Todo lo anterior únicamente se torna comprensible cuando se recuerda que el remedio no fue diseñado para reivindicar el derecho lesionado, sino para reemplazarlo. La mentalidad del operador jurídico determina la forma en que se interpretará la tutela otorgada por el sistema jurídico⁵. (Friedman como se citó en Saavedra, 2015, p. 22)

El remedio se convierte, entonces, en la nueva situación jurídica que reemplazaría a la anterior perjudicada y no solamente una respuesta ante el eventual perjuicio o afectación a la situación precedente.

En cuanto a la distinción entre remedio y derecho sustancial se ha señalado que:

[E]l lenguaje de los remedios se adapta a un ambiente como el *civil law*. En términos llanos, el *common law* tiene una interpretación fuerte del remedio, el cual define y tiende a caracterizar al derecho sustancial; por su parte, en el *civil law* se tiene una interpretación débil que tiende a mediatizar o instrumentalizar el remedio, sometiéndolo de esta manera a las exigencias del derecho subjetivo (o del interés considerado relevante). La norma atributiva tiene por propósito reconocer la relevancia jurídica del interés subyacente, la cual de ordinario precederá al remedio; de tal suerte, la sanción se erigiría en la respuesta del sistema jurídico frente a cierta infracción de la norma atributiva. Esto implica la autonomía entre el remedio y el derecho sustantivo cuya infracción activaría al primero. Dentro de este esquema el remedio en síntesis es un mecanismo de protección del derecho o interés. (Saavedra, 2015, p. 24)

Así, “la descripción realizada refuerza la idea de la neta separación entre el derecho sustancial y el remedio, por lo que se insiste en la

4 En este sentido se sostiene que: “La promulgación de la *Supreme Court of Judicature Act de 1873* fusionó los diversos tribunales y cortes de *common law* y *equity*. Algo similar, pero solo en 1938 sucedió en Estados Unidos de América con la promulgación de las *federal rules of Civil Procedure*” (Saavedra, 2015, p. 20). Sobre el *bad man* se ha señalado: “La perspectiva holmesiana del *bad man* se percibe claramente en este modelo. Como el citado juez sostenía, el *bad man* no se preocupa por la existencia de derechos y deberes, sino por las consecuencias jurídicas de su conducta y decisiones” (Saavedra, 2015, p. 20).

5 Calificando al remedio en cuanto al análisis del Análisis Económico del Derecho (AED) se ha indicado:

Bajo la óptica calabresiana es igual el desembolso a título de justiprecio producto de la expropiación, el pago del resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad civil y el pago que deberá realizarse como consecuencia de la infracción de una limitación por razón de vecindad, cuando desde una óptica civil todas las hipótesis tienen ciertas peculiaridades que explican el alcance, la naturaleza del desembolso y criterio por el cual responde. (Friedman como se citó en Saavedra, 2015, p. 23)

posibilidad de un derecho que carezca de remedio” (Saavedra, 2015, p. 24). También se ha discutido la posición que plantea la unificación o identidad, como habíamos visto, entre remedio y derecho sustantivo y su clasificación en función de la coercibilidad que puede caracterizar a este derecho. Así, se ha señalado que “la peculiaridad de este modelo eclético residiría en el esfuerzo por integrar el remedio como parte de la configuración de cualquier derecho o interés jurídico. (...) Los derechos podrían clasificarse en: i) derechos coercibles; y, ii) derechos no coercibles” (Saavedra, 2015, p. 27).

II. Remedios frente al incumplimiento: la pretensión de cumplimiento

Una autorizada y reciente doctrina española⁶ se ha detenido en el estudio de la pretensión de cumplimiento como un estadio previo a la tutela resarcitoria y ha evaluado su pertinencia frente a la indemnización o viceversa, de acuerdo a los intereses de las partes o a criterios de conveniencia del sistema económico y jurídico. Siguiendo la doctrina moderna estudiada, procedemos a establecer las distinciones entre los sistemas jurídicos más influyentes. Se ha señalado también por autorizada doctrina contemporánea española que:

[N]os parece evidente que esa **específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone**, ha de reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato; lo que, por hipótesis, no cabe predicar respecto

¿Qué dijo Saavedra?

La norma atributiva tiene por propósito reconocer la relevancia jurídica del interés subyacente, la cual de ordinario precederá al remedio; de tal suerte, la sanción se erigirá en la respuesta del sistema jurídico frente a cierta infracción de la norma atributiva.

de las obligaciones legales. (Pantaleón, 2016, p. 272)

Llamando la atención sobre la estrecha vinculación entre el Derecho Civil patrimonial y la economía, Barchi (2016), citando a Roguin, ha indicado que “nada es más engañoso que creer que se puede explicar el derecho por medio del derecho mismo”⁷ (p. 110). Efectivamente, los instrumentos o remedios frente al incumplimiento de las obligaciones son esenciales, pues “(...) la inexistencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo del incumplimiento implícito en una operación económica, llevaría a la frustración del intercambio o, en todo caso, el intercambio se llevará a cabo pero produciendo una asignación subóptima de recursos” (Barchi, 2016, p. 115).

1. Diferencia entre el sistema continental y el angloamericano

Sobre la pretensión de cumplimiento, clásica doctrina española la ha visto como una

6 Palazón, M. (2014). *Los remedios frente al incumplimiento*. Navarra: Thomson Reuters.

7 Recogiendo la postura del análisis económico del Derecho, el autor que vengo siguiendo señala con razón:

Esto significa que, en virtud de la maximización de la extensión del intercambio, la transferencia solo se justifica si él es adquirido por quien más lo valoriza; es decir, por quien esté dispuesto a sacrificar más en términos de otros bienes. Cuando ello ocurre, cuando se asigna un bien a quien ofrece más los economistas dicen que tal bien se está utilizando eficientemente. (Barchi, 2016, p. 113)

continuidad de la relación jurídica o como la otra cara de la prestación. Se ha dicho así:

[E]n este sentido, señala Díez-Picazo que la pretensión de cumplimiento es, de conformidad con los esquemas teóricos del Derecho comparado codificado, una continuación de la vinculación contractual, más que un nuevo remedio que surja del incumplimiento. Es posible afirmar que para los sistemas de tradición romano-germánica, la pretensión de cumplimiento correspondiente al acreedor puede ser considerada como la otra cara del deber de prestación. (Palazón, 2014, p. 23)

Acerca de la diferencia entre los sistemas jurídicos europeos y el angloamericano en cuanto a la exigencia de la pretensión de cumplimiento y el criterio equitativo de la pertinencia exclusiva de la indemnización se ha descrito bien, señalando que:

[E]l derecho a exigirle el cumplimiento *in natura*, con la posibilidad de imponerle la ejecución forzosa de la prestación si no cumple voluntariamente. Y ello en contraposición con el sistema de *common law*, donde ante la contravención del derecho de crédito, el acreedor dispone, por regla general, de una pretensión de indemnización de daños y perjuicios. (Palazón, 2014, p. 23)

La diferencia se ve más marcada cuando se manifiesta que:

[E]n efecto, en los sistemas del *civil law*, la pretensión de cumplimiento se considera una consecuencia del principio *pacta sunt servanda*, reconociéndose generalmente en todos los ordenamientos, sobre todo para las obligaciones de dar. Sin embargo, en el Derecho angloamericano, el cumplimiento específico es un remedio de equidad y, en consecuencia, sujeto a la discrecionalidad del Tribunal; no es un derecho del

¿Qué dijo Barchi?

La inexistencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo del incumplimiento implícito en una operación económica llevaría a la frustración del intercambio o, en todo caso, el intercambio se llevará a cabo, pero produciendo una asignación subóptima de recursos.

acreedor perjudicado, a diferencia de la acción de *damages*. (Palazón, 2014)

Entonces, a diferencia de nuestro sistema, en el angloamericano la indemnización es una prerrogativa o facultad del acreedor, no así la exigencia de la prestación inejecutada, como sí sucede en el *civil law*. Cada una de las respuestas ha respondido a una exigencia de cada escenario jurídico y al contexto económico en donde se han venido dando las situaciones de incumplimiento que influían en el normal desenvolvimiento del tráfico comercial.

2. El cumplimiento específico en el Derecho continental

Se ha señalado que:

[U]n rápido vistazo a los ordenamientos de la Europa continental nos muestra cómo el cumplimiento específico es remedio clave en el Derecho francés, que lo consagra en el *Code Civil* (arts. 1.184, 1.143 y 1.144), reforzándolo luego en el *Code des Procédés Civiles d'exécution*. (Palazón, 2014, p. 25)

En los códigos de la familia germánica:

[L]a pretensión de cumplimiento se concede al acreedor perjudicado de modo incontrovertible en los parágrafos MI

13GB y 882a y 883 y ss. ZPO; o en los párrafos 918, 919 ABC 13. Asimismo, el remedio se consagra en los arts. 3:296 a 3:299 BW (Libro III, título 3:11, bajo el epígrafe “Acciones legales”). (Palazón, 2014, p. 25)

En el Código Civil italiano:

[L]o encontramos reconocido en el art. 1.453 CC it. y regulado en los arts. 2.930 a 2.933 CC it. y 474 y ss Cpc. Para el Derecho suizo lo recogen los arts. 97 y 98 CO, y para Portugal el art. 817 CC p. Por lo que respecta a nuestro Código Civil (español), consagra de modo general el remedio en el art. 1.124, y regula medidas de ejecución en los arts. 1.096, 1.097 y 1.098, que deberán ser completados con la Ley de Enjuiciamiento civil. También los textos de Derecho uniforme contemplan la pretensión de cumplimiento con más o menos requisitos y más o menos excepciones, como veremos más adelante: arts. 28 y 46 CISG, arts. 7.2.1 a 7.2.5 PU; arts. 9:101 a 9:103 PECL; arts. III.- 3:301 a III.- 3:303 DCFR y arts. 62, 110, 111, 112 y 132 CESL.

Por el contrario, en el Derecho angloamericano los remedios normales frente al incumplimiento son la acción de reclamación de una suma (*action for an agreed sum*), cuando el incumplimiento es de una obligación dineraria, y la reclamación de daños y perjuicios (*action for damages*), en los demás casos⁸. (Palazón, 2014, p. 26)

3. Modalidades de la pretensión de cumplimiento

La doctrina que vengo siguiendo ha señalado que las modalidades de la pretensión de cumplimiento que se pueden verificar son las siguientes:

A efectos de este trabajo, de modo general y sin perjuicio de las observaciones que se harán más adelante, consideramos que la pretensión de cumplimiento permite al acreedor obtener la satisfacción de su interés, bien por la actividad del deudor o a través de los medios que ofrece el proceso de ejecución. Engloba, por consiguiente, las siguientes modalidades: a) cumplimiento por el propio deudor de una obligación de entrega de una cosa específica o genérica, de hacer fungible o infungible y de no hacer; b) reparación de la prestación cumplida de forma defectuosa o no conforme; c) sustitución de la prestación defectuosa o no conforme; d) cumplimiento de la obligación de entrega de cosas genéricas o indeterminadas a costa del deudor; e) cumplimiento de la obligación de hacer fungible a costa del deudor; f) pretensión de que se deshaga lo realizado contraviniendo el tenor de una obligación de no hacer, o eliminación, cesación o apartamiento de la prestación disconforme; y g) pretensión de emisión de una declaración de voluntad⁹. (Palazón, 2014, p. 28)

8 Sobre las diferencias entre el Derecho angloamericano y el continental acerca de la pretensión de cumplimiento se ha distinguido de la siguiente manera:

[C]uando la pretensión de cumplimiento recae sobre una obligación de dar o hacer, el remedio se denomina *order o decree of specific performance*; y cuando recae sobre una obligación negativa (no hacer algo), se está ante una *injunction*. (...) Esto es, no abarca otros supuestos que en el Derecho del continente integran la pretensión de cumplimiento, como el caso en que el acreedor obtiene la prestación debida de un tercero, a costa del deudor o se la procura él mismo, también a expensas del incumplidor. (Palazón, 2014, p. 26)

9 En cuanto a las diferencias entre los sistemas comparados se ha indicado que:

[E]ste discurso ha seducido incluso a la Cámara de los Loes. En el caso *Co-operative Insurance v. Argyll Stores (Holding) Ltd.* (1998). Lord Hoffman sostuvo que la diferencia entre el sistema de *common law* y los ordenamientos

4. Pretensión de cumplimiento e indemnización

Acerca de la diferencia entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria del daño:

[S]e ha discutido si una reclamación del valor económico de la prestación debida, en los casos en que el cumplimiento *in natura* no resulte procedente, debe considerarse pretensión de cumplimiento “por equivalente”, o se está ante una pretensión indemnizatoria del daño producido por incumplimiento contractual. La diferencia no es meramente teórica, ya que tiene otras consecuencias, e incluso implicaciones fiscales¹⁰. (Carrasco, 2010, p. 1069)

Para el caso peruano, Barchi (2016) señala didácticamente que:

[D]e acuerdo con el artículo 1219 del Código Civil la responsabilidad es un efecto de la obligación, en tal sentido resulta siendo adecuado referirse a la “responsabilidad obligacional” o viéndolo desde el otro polo de la relación “responsabilidad por lesión de crédito”. En los supuestos de incumplimiento o de retardo imputable al deudor (mora) el deudor deberá indemnizar al acreedor por los daños que sufra como consecuencia de la lesión. En el caso de incumplimiento imputable al deudor el acreedor tendrá derecho al remedio de la indemnización compensatoria y en el caso de mora a la indemnización moratoria,

paralelamente a la pretensión de cumplimiento. (p. 127)

Inciendo en la distinción entre la prestación y la indemnización, se ha señalado por la doctrina que sigo que “la suma fijada por el juez se consideraba como ‘equivalente’ pecuniario de la prestación (*aestimatio rei*) y concretaba el interés pecuniario del acreedor en tener la prestación, pero no, o por lo menos no necesariamente, del daño sufrido por él” (Palazón, 2014, p. 33).

La doctrina que vengo siguiendo, citando doctrina española, se plantea la siguiente interrogante:

La dificultad mayor se plantea, como apunta Carrasco Perera, cuando el valor actual del daño es inferior al precio de la cosa al tiempo en que el cumplimiento específico se hizo imposible. Habrá que dilucidar si ese precio constituye un “daño mínimo”, que se perpetúa en el tiempo haciéndose inmune a los efectos adversos de un mercado a la baja. (Palazón, 2014, p. 33)

En cuanto a la jurisprudencia hispana, se ha señalado por autorizada doctrina que “en España, el Tribunal Supremo ha aludido en sentencias recientes a la *perpetuatio obligationis* con el objetivo de separar como remedios autónomos la pretensión indemnizatoria (este es el supuesto de hecho de la citada STS 10 marzo 2009)” (Palazón, 2014, p. 33).

Justificando la unicidad del sistema de responsabilidad civil contractual y la

civilistas podría haberse exagerado (...). Como señala Laithier, la comparación jurídica no es un ejercicio neutro, y en su deseo de armonización de los sistemas, los autores que defienden la existencia de la convergencia dirigen el análisis para minimizar la disparidad. (Palazón, 2014, p. 31)

10 Como señala Carrasco (2010), las indemnizaciones que no constituyan contraprestación o compensación por el bien o servicio están excluidas de la base imponible del IVA (art. 78 tres 1 UVA).

En doctrina nacional se ha señalado que:

[D]ebemos tener en cuenta que las medidas de diligencia que tome el deudor suponen un costo y el deudor solo será inducido a ser diligente siempre que dicho costo sea inferior a las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual, caso contrario resultará más barato incumplir los contratos. (Barchi, 2016, p. 126)

diferenciación entre la pretensión de cumplimiento y la indemnización se ha señalado que:

[E]s mayoritario el sector que sostiene la unidad del sistema indemnizatorio contractual. Y ello porque en palabras de Pantaleón, no hay base jurídica que exija desmembrar la responsabilidad contractual en dos obligaciones autónomas, con diferente supuesto de hecho, función y régimen jurídico, distinguiendo entre: a) la pretensión de exigir la *aestimatio rei*, como subrogado de la prestación devenida imposible, que sería una verdadera pretensión de cumplimiento; y, b) la pretensión de exigir la indemnización de los demás daños y perjuicios objetivamente imputables al incumplimiento. La función de la indemnización no es una reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado. (Palazón, 2014, p. 34)

Sobre la unidad del sistema indemnizatorio contractual se ha señalado, tomando en consideración diversos instrumentos legislativos del Derecho continental, que:

[L]a cuestión está clara en el mismo sentido en el Derecho anglosajón, donde el valor de la prestación es una partida más, que podrá ser tomada en cuenta, si procede, en el cálculo de los *damages*. E igual sucede en la CISG, CESL, PU, PECL y DCFR, razón por la cual la postura que defiende la unidad del sistema indemnizatorio contractual (cumplimiento por equivalente como pretensión indemnizatoria) facilita la convergencia.

Comentario relevante del autor



A diferencia de nuestro sistema, en el angloamericano la indemnización es una prerrogativa o facultad del acreedor, no así la exigencia de la prestación inejecutada, como sí sucede en el *civil law*.

(Morales como se citó en Palazón, 2014, p. 35)

Si tomamos como premisa que el cumplimiento por equivalente se asimila a la indemnización por los daños y perjuicios, tendríamos que hacer un esfuerzo para establecer los criterios de imputación, la relación de causalidad y la probanza del daño como corresponde cuando estamos refiriéndonos a la tutela resarcitoria. Así, se ha dicho:

Es decir, si el cumplimiento por equivalente se considera una parte de la indemnización de daños y perjuicios, la aplicación de aquel exigiría la concurrencia de un daño resarcible adecuadamente acreditado; una relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño producido, y en su caso, la ausencia de una causa de justificación del incumplimiento¹¹. (Palazón, 2014, p. 35)

En el sentido de una indemnización en un sentido lato que contenga a la compensación pecuniaria o prestación de cumplimiento se ha señalado a menara de ejemplo que:

11 Se ha señalado que:

[N]o desvirtúa esta conclusión el hecho de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil dé carta de naturaleza a la posibilidad de exigir el cumplimiento por equivalente como algo diferente a la indemnización de otros daños (arts. 701.3 LEC: “justa compensación pecuniaria” (47); 702.2 LEC (48) y 709.1,2 y 3 LEC: “equivalente pecuniario”). (Palazón, 2014, p. 35)

[E]n la ejecución referida a la entrega de cosa mueble determinada, cuando la cosa no pudiere ser habida, el precepto dispone que la falta de entrega se sustituya por una justa compensación pecuniaria. En este supuesto, advierte Morales Moreno que la expresión puede ser entendida como el equivalente pecuniario de lo debido, pero también como una indemnización más amplia. (Palazón, 2014, p. 35)

Criterio distinto al indicado precedentemente se aprecia:

[E]n la ejecución de una condena a entregar cosas genéricas o indeterminadas, si el ejecutante manifestara que su adquisición tardía no satisface ya su interés legítimo, se determinará el “equivalente pecuniario”, además de los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante. (Palazón, 2014, p. 35)

Determinar si la prestación de cumplimiento es asimilable a la indemnización es un asunto complejo y difícil de tratar. Desde mi perspectiva, son situaciones diferentes y deben ser tratadas de manera distinta por el ordenamiento jurídico, por la legislación y por la casuística. La indemnización tiene que ser analizada bajo los cánones de la responsabilidad civil y la tutela resarcitoria con el estudio en el caso concreto de los elementos de la responsabilidad civil; en caso de no realizarse el juicio de responsabilidad y

simplemente exigir la prestación de cumplimiento, estamos ante lo que se denominado “compensación pecuniaria”, pero de ninguna forma ante el resarcimiento¹².

5. Prestación por cumplimiento específico y reparación *in natura*

Acerca de las modalidades de reparación se ha distinguido entre la reparación por cumplimiento específico y la reparación *in natura*. Al respecto:

Señala Viney que la jurisprudencia francesa ha admitido que el deudor de una obligación contractual pueda ser condenado, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, a la realización de una prestación distinta de la acordada en el contrato, de forma que esta prestación sustitutoria permite compensar, al menos parcialmente, el daño causado por el incumplimiento. Y, en consecuencia, está admitiendo la posibilidad de una reparación mediante un equivalente no pecuniario que no se confunde con el cumplimiento específico ni tampoco con la indemnización de daños y perjuicios, que puede designarse con la expresión de *reparation en nature*. Tenemos entonces que el “equivalente no pecuniario” es la reparación *in natura*¹³. (Palazón, 2014, p. 39)

Para Viney¹⁴ (como se citó en Palazón, 2014):

12 Se ha indicado que:

Mucho más complicado es el debate sobre si es admisible en el ámbito contractual la reparación en forma específica, y si es posible distinguir entre cumplimiento y reparación *in natura*, pues siendo ambas “en especie”, la primera sería una pretensión de cumplimiento y la segunda una pretensión indemnizatoria, siendo aplicable a cada una su régimen jurídico concreto. (Palazón, 2014, p. 36)

13 Al respecto se ha señalado:

[A] decir verdad, ni la jurisprudencia francesa o belga, ni la italiana son precisas desde el punto de vista técnico y no ofrecen criterio alguno que permita distinguir los conceptos que nos ocupan. La doctrina francesa está dividida entre los que aceptan la distinción entre cumplimiento específico y reparación *in natura*, siguiendo la tesis elaborada por Roujou de Boubée. (Palazón, 2014, p. 39)

14 Al respecto apunta Wéry que la reparación *in natura* procedería en los casos en que el cumplimiento específico es imposible o su reclamación supondría un abuso de derecho. “En el mismo sentido Wéry, quien habla de equivalencia sobre

[L]a distinción entre la reparación *in natura* y la pretensión de cumplimiento específico es posible desde el punto de vista técnico o intelectual, pero la concesión de la primera debe respetar las siguientes reglas: a) es una solución subsidiaria al cumplimiento específico, de modo que solo procede cuando aquel no pueda ser acordado por el juez; y, b) la prestación reparatoria del daño debe presentar una cierta equivalencia con la prestación debida. (p. 39)

Sobre la orientación en sentido amplio que venimos comentando y que asimilaría el cumplimiento específico a la reparación *in natura* se ha señalado por autorizada doctrina francesa:

En este sentido, reconoce también Viney que los intentos de marcar un criterio diferenciador entre ambas pretensiones deben partir de la propia noción de cumplimiento específico. Esta aproximación funcional al remedio del cumplimiento específico es la que encontramos en la Directiva 1999/44/CE y, por su transposición, en los arts. L 211-1 a L 211-18 *Code de la Consommation*; Parle V *Sale of Goods Act* 1979, arts. 118 y ss. TRLGDCU; en el parágrafo 439 BGB; arts. 7:21 y 7:22 BW y en los textos de Derecho uniforme: art. 7.2.3 PU; art. 9:102 (1) PECL; art. III.- 3:302

(2) DCFR; art. 46 CISG; y arts. 110. 2, 111 y 112 CESL, que contienen una definición amplia de cumplimiento específico, incluyendo dentro de este remedio la reparación y la sustitución de la prestación no conforme, sin distinguir entre bienes genéricos o específicos. (Palazón, 2014, p. 40)

En este sentido, en tutela del acreedor se ha dicho que “esta orientación amplia tiene la ventaja de reforzar la posición del acreedor perjudicado, al que se le confiere la facultad de exigir no solamente la prestación acordada, sino dentro de lo posible, cualquier medida que le satisfaga de igual manera” (Carrasco como se citó en Palazón, 2014, p. 40)¹⁵.

Sobre la distinción entre los defectos ocultos y el *aliud pro alio* se ha indicado que:

[E]n la compraventa genérica, sin embargo, las cualidades sirven para identificar al objeto del contrato y son contenido de este. En consecuencia, el comprador sí dispone de la acción de cumplimiento para exigir al vendedor la sustitución de la cosa entregada por otra cuando no reúne dichas cualidades (no pertenece al género pactado). (Palazón, 2014, p. 40)

El Tribunal Supremo español en cuanto a la distinción señalada manifiesta:

el plano cuantitativo y también cualitativo” (Palazón, 2014, p. 39). Sobre la identidad entre cumplimiento específico y la reparación *in natura* se ha señalado:

Entre los autores críticos, Laithier se muestra tajante al afirmar que, aunque la distinción entre cumplimiento específico y reparación *in natura* sea intelectualmente concebible, el error está en haber creído que es pertinente solo por ese motivo. Según el diseño de Roujou de Boubée, la distinción reposa sobre una comparación entre la prestación efectivamente recibida por el acreedor y la inicialmente convenida por las partes, de modo que si es la misma se estará ante cumplimiento específico y si es otra equivalente habrá reparación *in natura*. Sin embargo, para Laithier, la pretensión de cumplimiento puede definirse actualmente de un modo amplio, no como la realización de la prestación exacta que se había pactado, sino como la satisfacción del interés positivo del acreedor en la forma distinta al equivalente pecuniario. Esta ampliación del concepto, de modo que englobe todos los supuestos, es la única forma de evitar las vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales. (Palazón, 2014, p. 39)

15 El Código civil español, al igual que el francés o el italiano, regula el problema de los defectos de la cosa específica en la compraventa a través del sistema de saneamiento (inspirado en las acciones edilicias romanas), que solo ofrece como remedios la rebaja del precio (acción estimatoria) o la desvinculación del contrato (acción redhibitoria), pero no la sustitución, pues esta excede el ámbito de la prestación debida. (Palazón, 2014, p. 40)

Así las cosas, sin embargo, el Tribunal Supremo no ha cejado en el intento de perfilar una distinción entre defectos ocultos (saneamiento, arts. 1.484-1.490 CC, con prescripción-caducidad de seis meses) y *aliud pro alio* (acciones de incumplimiento, arts. 1.101 y 1.124 CC, con plazo de prescripción de quince años), según el inconsistente criterio de que el defecto produzca una insatisfacción total del comprador por inhabilidad del objeto (*aliud*), o que se limite a ser un simple vicio oculto. Y llama además la atención Carrasco sobre el hecho de que la jurisprudencia, con un razonamiento sincrético que no distingue saneamiento, resarcimiento o cumplimiento en forma específica, ha estimado en ocasiones la procedencia de una forma de cumplimiento consistente en la sustitución del objeto siendo cosa específica, cuando el vendedor tiene en su poder otras cosas similares o intercambiables que satisfacen al comprador. (Palazón, 2014, p. 40)

Como se aprecia, es fundamental proceder a distinguir entre saneamiento, resarcimiento o cumplimiento en forma específica.

En sentencia que resolvía un caso en el cual se había incumplido con entregar la cochera correspondiente a un departamento, pues esta no era idónea para su uso, ya que el espacio que se había reservado era absolutamente insuficiente para ser utilizado como cochera, pues ningún vehículo, por más pequeño que fuere, entraba en dicha área, el Tribunal español ha señalado:

Precisamente, en esta línea de argumentación, en el supuesto de la plaza de garaje insuficiente que se ha planteado al inicio de este epígrafe, el Tribunal Supremo en la citada sentencia 24 setiembre 1986 sostuvo que “en el supuesto de autos, y habida cuenta que se vendió a los actores un piso con plaza de garaje y que, según

resulta probado y no ha sido combatido en este recurso de casación, la plaza de aparcamiento entregada no es capaz de albergar un vehículo de tipo medio o normal, es obvio que habrá de entenderse incumplida la obligación de entrega de la cosa, en este caso de la plaza de aparcamiento de acuerdo con su finalidad propia, por lo que la resolución en que así se acuerda no puede entenderse que infrinja por inaplicación el art. 1.471 del Código Civil, ni tampoco que aplique indebidamente el art. 1.469 del mismo cuerpo legal” (FD 3). Esto es, el alto Tribunal considera que estamos en presencia de un *aliud* que justifica la aplicación de los remedios generales del incumplimiento, y no las normas sobre el saneamiento en la compraventa. En consecuencia, “el vendedor viene obligado a reparar los daños y perjuicios causados, no con amparo en la acción resolutoria ni rescisoria, ni de sanear, sino en la petición de cumplimiento exacto de la obligación, como una de las modalidades que permite expresamente el artículo 1.101 del Código Civil, acción que carece de un plazo especial de prescripción, por lo que habrá de serle aplicable el de 15 años del art. 1.964” (FD 4). (Palazón, 2014, p. 42)

Estamos, pues, ante una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento inexacto de la obligación. El asunto de entregar una cochera que no cumple su finalidad hace de la prestación efectuada una de carácter defectuoso, y el único remedio a aplicarse es el resarcimiento por el incumplimiento de la prestación específica que incluía la cochera junto con el departamento, pues este no se hubiera adquirido si no se hacía conjuntamente con la respectiva cochera.

Estamos de acuerdo con la posición de autorizada doctrina española que, comentando el caso propuesto y señalando que estamos

ante una obligación genérica, ha indicado lo siguiente:

Para Bercovitz, la única vía legal para lograr en el supuesto de hecho el resultado buscado por la sentencia (la sustitución de la cosa) sería acudir a la interpretación del contrato según la intención de las partes (1.281 CC), y entender que en realidad el contrato era de un piso específico, con una plaza de garaje genérica (de género limitado), y que la determinación de la misma, mediante la especificación de su número en la escritura de venta, debía tener un significado secundario. Esto es que, bajo la apariencia de una obligación específica, existía realmente una obligación genérica (la entrega de una plaza de garaje en el edificio). Entonces sí cabría hablar de incumplimiento y condenar al deudor a la sustitución de la plaza entregada. (Palazón, 2014, p. 43)

Asimismo, coincidimos con esta conclusión a la que se arriba luego de analizar el caso planteado:

Se trataría de atender a la propia definición y la función económica del cumplimiento, que es la satisfacción del interés del acreedor, y de la reparación, que consiste en hacer desaparecer o al menos reducir el daño causado, a fin de lograr la indemnidad del perjudicado. Esto es, el primero es satisfactivo y el segundo compensatorio. Por ello, a mi juicio hay que analizar caso por caso si la prestación sustituitiva satisface el interés del acreedor (cumplimiento), o tiende simplemente a paliar el perjuicio sufrido (reparación). No ignoramos que este análisis presenta en ocasiones extrema dificultad. (Palazón, 2014, p. 44)

6. El pago del precio o la indemnización en el Derecho angloamericano

Es *leading case* en la materia el caso *White & Carter (Councils) Ltd v. Mc Gregor*. En este

¿Qué dijo Barchi?

En el caso de incumplimiento imputable al deudor, el acreedor tendrá derecho al remedio de la indemnización compensatoria y en el caso de mora a la indemnización moratoria, paralelamente a la pretensión de cumplimiento.

emblemático caso una de las partes se obligaba a colocar en sus contenedores de basura la marca de la empresa anunciante (*sponsor*). Este anunciante se desiste del contrato y, por lo tanto, decide ya no continuar con las prestaciones derivadas del mismo. Sin embargo, la parte auspiciada continúa con las prestaciones y mantiene la publicidad de la otra parte durante tres años para después exigir el precio que ha dejado de percibir durante este periodo de tiempo. En una sentencia muy criticada e inclusive calificada de “grotesca”, la Cámara de los Lores decidió por mayoría de tres contra dos que los anunciantes no estaban obligados a aceptar el desistimiento y limitarse a ser indemnizados. Por lo tanto, daban la razón a los anunciantes y se debía pagar el precio por los tres años que estuvo vigente el anuncio y no solamente una indemnización. Así:

Lord Hudson fundamenta su decisión sobre el principio de que el desistimiento unilateral de una de las partes no supone por sí solo una resolución del contrato. Antes bien, si el desistimiento no es aceptado, el contrato continúa vivo en beneficio de ambas partes. Por su parte Lord Reid, aun compartiendo este punto de vista, sugirió *obiter dicta* dos posibles limitaciones a la regla. La primera, que la parte perjudicada podría no tener derecho a reclamar el precio, si el

cumplimiento de sus obligaciones contractuales requiere la cooperación de la parte incumplidora. Y la segunda, que la parte perjudicada debe tener un interés legítimo en la reclamación del cumplimiento del contrato, en lugar de la indemnización de daños y perjuicios. (Palazón, 2014, p. 47)

Considero que esta posición es la más adecuada, pues lo que corresponde es la indemnización por los daños y perjuicios a la parte cumplidora y no mantener las prestaciones como si la parte incumplidora estuviera efectuando sus prestaciones o coopere en la ejecución del contrato, cuando la realidad nos señala que la parte incumplidora se ha apartado unilateralmente del contrato y, por tanto, no cooperará de ninguna forma con la parte cumplidora y en este caso anunciante, el cual, increíblemente, ha seguido anunciando, a pesar de todo, la marca de la parte incumplidora durante tres años. Esto, más bien, conlleva un aprovechamiento de la parte que es originalmente auspiciada, pero a la que la parte incumplidora ya no quiere publicitar. No encuentro sentido a mantener una relación obligacional cuando una de las partes ya se apartó unilateralmente del contrato. Lo que debe proceder es una indemnización por los daños y perjuicios, pero de ninguna forma se puede exigir las prestaciones como si el contrato no hubiere sufrido el apartamiento total de uno de los intervinientes.

En la sentencia *Cien Shipping Corp v. Bulk Gil International Ltd, The Alaskan Trader* (1984), los propietarios de un barco lo mantuvieron anclado en el puerto de Pireo con

toda la tripulación dispuesta para navegar, a pesar de que la empresa fletadora le había comunicado su decisión de no hacer uso de sus servicios (Palazón, 2014, p. 48). Vemos que en un caso como este se debe exigir la indemnización por daños y perjuicios, y no continuar como si el contrato estuviera impoluto o no hubiere ninguna causa sobreviniente que exigiera su resolución y los remedios ulteriores; sin embargo, el precedente *White & Carter* fue seguido y afirmado en otras muchas resoluciones, como *Anglo-African Shipping Co v. Mortner*, *Gator-Shipping Corporation v. Trans-Asiatic Oil Ltd (The Odenfeld)* y, más recientemente, en *Reichman v. Beveridge*, en un supuesto de desistimiento por el arrendatario de su obligación de pago de la renta al tercer año, en un contrato de arrendamiento que debía durar cinco años (Palazón, 2014, p. 48).

Contra esta forma, desde mi punto de vista errónea de resolver los casos planteados, se ha propuesto:

[L]a doctrina inglesa ha señalado que contra la pretendida regla de la posibilidad de la reclamación de la suma pactada en caso de desistimiento del contrato o *repudiation* formulada en *White & Carter*, además del argumento en contrario representado por el principio de la mitigación del daño, hay que tener en cuenta otros dos: primero, que la *action for an agreed sum* puede suponer indirectamente un cumplimiento específico; y segundo, que en ocasiones su reclamación puede resultar excesivamente onerosa para el deudor (*hardship*)¹⁶. (Palazón, 2014, p. 48)

16 Por lo antes expuesto se ha indicado que:

En conclusión, puede afirmarse que en el Derecho anglosajón la regla general continúa siendo la procedencia de la acción de reclamación de la suma pactada. (...) De todas formas, es obligado señalar que en la práctica la cuestión no es tan relevante, ya que, al acreedor, salvo circunstancias excepcionales, le suele interesar aceptar el desistimiento unilateral y reclamar daños y perjuicios. No obstante, el Derecho angloamericano no es totalmente coherente en este punto. Yendo al Derecho positivo, podemos comprobar que las normas inglesas regulan dos tipos de acciones: i) acción para reclamar una suma de dinero derivada de un contrato, por ejemplo, el precio de los bienes conforme a las leyes sobre la compraventa [art. 49 (1) *Sales of Goods Act 1979*]; ii) acción para reclamar un precio razonable por los bienes

Estamos totalmente de acuerdo con esta orientación doctrinaria que coloca las cosas en su lugar y se pronuncia de manera razonable sin incurrir en costos de transacción excesivos o desproporcionados para el deudor.

7. El pago del precio o la indemnización en el Derecho continental

De manera diversa a la antes indicada se ha abordado en el Derecho continental. Así:

[E]n los ordenamientos de tradición romano-germánica, merced al principio de irrevocabilidad del contrato, la relación contractual y las obligaciones de las partes sobreviven al desistimiento del deudor y a su falta de aceptación del cumplimiento. La solución general a esta situación es la institución de la *mora creditoris* y las vías de liberación del deudor en caso de esta. En los sistemas continentales, ante la voluntad del deudor de cumplir su obligación y la negativa del acreedor a recibir el cumplimiento, los ordenamientos ponen a disposición del deudor una serie de mecanismos merced a los cuales puede liberarse, incluso contra la voluntad del deudor: el ofrecimiento de pago y la consignación (*ad exemplum*, arts. 1.176-1.181 CC; arts. 1.257-1264 CC fr. y b.; arts. 1.208 y ss CC it.; §§ 372 a 386 BGB o arts. 6:66 a 6:71 BW). (Palazón, 2014, p. 50)

En cuanto al traslado del riesgo a la esfera del deudor incumpliente, se ha señalado con razón que:

[C]omo efecto general de la *mora creditoris*, (incluso si no ha podido realizarse

¿Qué dijo Palazón?

Si el cumplimiento por equivalente se considera una parte de la indemnización de daños y perjuicios, la aplicación de aquel exigirá la concurrencia de un daño resarcible adecuadamente acreditado, una relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño producido.

la consignación por ser incompatible con la obligación o antes de que se haya efectuado esta), se modifica el sistema normal del riesgo por la pérdida o por la imposibilidad sobrevenida fortuitas, que pasa a cargo del deudor (arts. 1.452, 1.589 y 1.590 CC; 1.207 CC it.; § 300.2 BGB; art. 6:64 BW). Y para lo que interesa aquí, el contratante conserva su derecho a reclamar el precio pactado. (Palazón, 2014, p. 50)

En una comparación con el Derecho angloamericano, se ha señalado por la doctrina que vengo siguiendo que:

Sin embargo, hay situaciones excepcionales en que el resultado práctico es el mismo que en el Derecho inglés: arts. 1.794 CC fr. y CC b. y 1594 CC, que en el contrato de obra permiten al comitente desistir de la obra, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella, y en el mismo sentido, § 615 y 649 BGB o 7:408

vendidos, conforme a la normativa sobre la compraventa, cuando en el contrato no se hubiera fijado el precio (art. 8 *Sales of Goods Act* 1979). La legislación estadounidense sobre la compraventa regula también la *actio for price* en la sección 2-709 UCC, y contempla el supuesto de *repudiation* del comprador en el párrafo 3, concediendo en tal caso al vendedor solo el resarcimiento de los daños y perjuicios. (Palazón, 2014, p. 49)

y 7:764 BW para contratos de servicios y obra respectivamente. (Palazón, 2014, p. 50)

En el Derecho uniforme:

Se regula asimismo la pretensión de cumplimiento en las obligaciones dinerarias. Así, para el contrato de compraventa, los arts. 62 CISG y 132.1 CESL otorgan al vendedor acción para reclamar el pago del precio. Y de modo general para todas las sumas de dinero, incluyendo las obligaciones resarcitorias, reconocen el derecho del acreedor al cumplimiento los arts. 7.2.1 PU; 9:101 PEC I, y III.- 3:301 DCFR. (Palazón, 2014, p. 51)

Se ha señalado que:

[E]l art. 7.2.1 PU en línea con el Derecho continental dispone simplemente que “si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago”. Los arts. 9:101 PECL y III.- 3:301 DCFR, suponen un compromiso entre *civil law* y *common law*, al establecer con redacción muy similar. (Palazón, 2014, p. 51)

En líneas generales, en el Derecho continental el vendedor puede requerir la recepción y el precio, salvo que sea absolutamente desproporcionado e irrazonable. De esta forma se ha señalado que:

[E]n consonancia con lo dispuesto en este artículo, también el art. 132 CESL contiene un segundo párrafo que dice que “cuando el comprador todavía no haya recibido los bienes o los contenidos digitales y resulte claro que se negará a aceptar su prestación, el vendedor, pese a todo, podrá exigirle la recepción y podrá recuperar el precio, salvo que el vendedor hubiera podido efectuar una transacción sustitutiva razonable sin un esfuerzo

Comentario relevante del autor



Determinar si la prestación de cumplimiento es asimilable a la indemnización es un asunto complejo y difícil de tratar. Desde mi perspectiva, son situaciones diferentes y deben ser tratadas de manera distinta por el ordenamiento jurídico, por la legislación y por la casuística.

o gasto significativo”. (Palazón, 2014, p. 51)

Haciéndose un símil con el sistema anglosajón y determinando los límites que implican no imponer costos de transacción excesivos se ha señalado:

Así pues, estos preceptos toman en consideración la posibilidad que preveían las normas anglosajonas sobre compraventa de que, en una obligación sinalagmática, el acreedor, no habiendo entregado aún la cosa, pueda continuar el cumplimiento y recibir el pago del precio. No obstante, establecen dos límites a este derecho que suponen el reconocimiento del interés de la otra parte en que no se le imponga la adquisición de bienes o servicios que ya no le interesan y se busque otra vía alternativa. (Morales como se citó en Palazón, 2014, p. 51)

En cuanto a la prestación por cumplimiento específico en el *civil law* y en los diversos países que forman parte de dicho sistema, se ha señalado que:

[U]n rasgo general en los sistemas de *civil law*, es que el cumplimiento específico se entiende como el corolario de la fuerza obligatoria del contrato, por consiguiente, se configura como un derecho

del acreedor ante el incumplimiento. En marcado contraste con lo que ocurre en el Derecho inglés, los tribunales continentales carecen de discrecionalidad en cuanto a la concesión del remedio. (Palazón, 2014, p. 51)

Se refiere al remedio de la indemnización que es el remedio por excelencia del sistema del *common law*, mientras que en el sistema del Derecho continental el remedio es la ejecución del contrato, salvo las limitaciones establecidas anteriormente. Así:

[E]n el **Derecho alemán** y en los ordenamientos de su influencia, se considera incontrovertible que el acreedor tiene derecho a reclamar y obtener del juez una condena del deudor al cumplimiento del contrato. De modo similar al sistema alemán, el **Derecho holandés** de contratos no contiene una disposición concreta que consagre el derecho al cumplimiento específico, (*recht op nakoming*), pero se considera un derecho derivado de la propia esencia de la obligación. En los sistemas tributarios del **Code Civil napoleónico** se considera que el cumplimiento específico forma parte de la esencia de la obligación porque es la única sanción capaz de dar plena satisfacción al derecho del acreedor y encuentra su legitimación en la fuerza obligatoria del contrato y el respeto a la palabra dada¹⁷ (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 54)

En posición que comparto:

[L]a doctrina mayoritaria ha entendido que, si bien es indispensable respetar la fuerza obligatoria del contrato, todavía es más importante no atentar contra el derecho intangible de la persona a su

libertad y su integridad física. Este es el fundamento de la regla que formula el art. 1.142 CC fr. y que expresa el antiguo adagio *nenio praecise cogi potest ad factum*. (Palazón, 2014, p. 55)

Este argumento creo que es incontrovertible, pues no se puede exigir del deudor más de lo que este puede dar sometiéndolo a un cumplimiento específico que vulnera su integridad y su dignidad. Muchas veces, como hemos visto, el cumplimiento específico es irrazonable y desproporcionado para el deudor, a quien le resulta excesivamente oneroso y los costos de transacción se elevan para con el contrato entendido como una operación económica. ¿De qué me sirve exigir una prestación de dar, hacer o no hacer si su cumplimiento es muy gravoso para quien lo ha de cumplir, por diversas circunstancias? ¿No es, acaso, mejor y más eficiente, en lugar de requerir el cumplimiento de algo imposible –lo que convierte la prestación en una utopía–, requerir otra alternativa, como, por ejemplo, la indemnización por daños y perjuicios?

Se ha señalado que “(...) ‘el juez, progresivamente, ha puesto entre paréntesis los términos del art. 1.142 para hacer del derecho al cumplimiento el principio’. En esta línea, resulta muy llamativa la sentencia de la Corte de Casación de 11 de mayo de 2005” (Palazón, 2014, p. 56). Esta sentencia casatoria llamó poderosamente mi atención. Los hechos eran los siguientes: “Se juzgaba un supuesto de un contrato de edificación en el que la construcción presentaba una insuficiencia de altura de 0,33 m con relación a las estipulaciones contractuales. Los comitentes habían solicitado su destrucción y posterior construcción conforme a los niveles

17 No obstante, la posición central del remedio específico en estos sistemas se ve cuestionada por el art. 1.142 CC francés (y belga), al disponer este que “toda obligación de hacer o no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor”. ¿Supone este precepto que el cumplimiento específico debe quedar limitado a las obligaciones de dar? ¿Qué significado tiene esta norma? (Palazón, 2014, p. 54)

Comentario relevante del autor



El asunto de entregar una cochera que no cumple su finalidad hace de la prestación efectuada una de carácter defectuoso, y el único remedio a aplicarse es el resarcimiento por el incumplimiento de la prestación específica.

pactados. Considerando que el defecto de la obra no era obstáculo para su finalidad, la *Cour d Appel d Aix-en-Provence* condenó a la constructora a indemnizar daños y perjuicios por no haber respetado la altura pactada contractualmente. Sin embargo, la *Cour de Casation* anuló esta sentencia sobre la base de la primacía de la tutela específica, de carácter vinculante para el órgano judicial”. Me resulta increíble que se tenga que recurrir a una jurisprudencia, así sea vinculante, para justificar situaciones absolutamente onerosas e ineficientes como la que se plantea en el presente caso. No es posible ni razonable que en lugar de otorgar una indemnización se tenga que destruir un edificio con todos los costos que esto implicaría, tanto por la construcción previa como con la destrucción, a pesar de que la prestación efectuada cumple claramente con la finalidad que las partes le dieron al contrato. Y todo esto solamente por un malentendido principio de prestación de cumplimiento específico.

8. Pretensión de cumplimiento específico y sustitución del deudor para la ejecución de la prestación en el Derecho continental

Una interpretación interesante sobre lo que significa **incumplimiento por parte del deudor** para la aplicación de los remedios correspondientes se aprecia en autorizada doctrina francesa. Así:

[J]unto a la interpretación mayoritaria, Wéry defendió en su tesis doctoral una interpretación alternativa que parte de una distinción cardinal: la diferencia entre la condena al deudor al cumplimiento y sus vías de ejecución forzosa. Para este autor, la clave del enigma del art. 1.142 CC fr. está en la interpretación de la parte final del precepto. ¿Qué significa “en caso de incumplimiento por parte del deudor”? (Palazón, 2014, p. 57)

De esta manera podemos apreciar que el **incumplimiento por parte del deudor** se refiere no a la inejecución de la obligación, sino a la falta de cumplimiento del requerimiento del órgano jurisdiccional. Esta interpretación coloca el análisis en otra perspectiva. Bajo esta lógica se ha señalado:

Como consecuencia de la desobediencia del deudor a la condena al cumplimiento específico, el ordenamiento francés regula tres tipos de sanción: a) La ejecución forzosa en forma específica, sea mediante la obtención del cumplimiento del propio deudor o de un tercero a costa del deudor en las obligaciones de dar cosa genérica o de hacer no personal (art. 1.143 y 1.144 CC fr.). b) Las condenas al cumplimiento por equivalente (art. 1.142 CC fr.), para el caso de obligaciones de hacer de carácter personal, por la prohibición de la coerción física directa sobre la persona del deudor, existente desde el año 1867. c) Las “*astreintes*” o medidas de ejecución indirecta. (Palazón, 2014, p. 58)

Estas son, pues, las sanciones que el ordenamiento francés prevé ante el incumplimiento de un mandato de ejecución que implica, como se ha señalado, la exigencia judicial del cumplimiento específico, la condena de cumplimiento por equivalente y las sanciones administrativas, como las multas, por ejemplo.

De otro lado:

[P]or cuanto respecta al **Derecho italiano**, no contiene una disposición concreta que consagre la pretensión de cumplimiento específico en las obligaciones no dinerarias más allá del art. 1.453 CC it. que otorga al acreedor en las obligaciones recíprocas la facultad de optar entre cumplimiento y resolución. Fuera de este precepto contenido en el Libro IV (*Delle obbligazioni*), las normas relacionadas con el cumplimiento *in natura* de la prestación se encuentran en el Libro VI (*Della tutela del diritti*), título IV (*Della tutela giurisdizionale dei diritti*), degradándose a medios procesales de ejecución de la obligación. Observamos que existe una posibilidad de optar, para el acreedor, entre el cumplimiento de la obligación o, si ya no hay interés en este, decidir por la resolución del contrato. Si persiste, luego del manado de ejecución, el incumplimiento del acreedor el tema se resuelve a través de los mecanismos procesales correspondientes (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 58)

En lo referente a la pretensión de cumplimiento específico de la prestación a cargo del deudor, se ha señalado para el caso español:

En la tónica de lo que hemos visto para los demás ordenamientos de la tradición romano-germánica, en el **Código Civil español** no existe una regulación general del cumplimiento específico. Los arts. 1.096, 1.098 y 1.099 CC aluden a diversas manifestaciones del cumplimiento forzoso en función de la naturaleza de la obligación que se ve afectada, y la norma

de mayor relevancia, el art. 1.124 CC, se encuentra, sin embargo, en una ubicación distinta. La regulación detallada del cumplimiento forzoso se encuentra en la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, ocupando los arts. 699 a 720 (Título V del Libro III: “De la ejecución no dinerada”) (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 59)

En concordancia con lo que se viene señalando para el caso español:

[E]n efecto, aunque ha sido sostenido por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 12 noviembre 1976; 3 julio 1989; 21 noviembre 1990 y 11 mayo 2002), el ordenamiento jurídico español no reconoce de modo general a la pretensión de cumplimiento un papel de preeminencia jerárquica sobre los demás medios de tutela, en concreto sobre el remedio indemnizatorio; aunque sí lo hace en relación a determinados incumplimientos (*vid.* art. 118 y ss. TRLGDCU respecto de la falta de conformidad en las ventas de bienes de consumo)¹⁸. (Palazón, 2014, p. 60)

Sobre la sustitución del deudor por un tercero en caso del incumplimiento de las obligaciones de hacer en el caso español:

[E]l art. 1.098 CC, se refiere a la ejecución “a costa del deudor” en el incumplimiento de las obligaciones de hacer. Se trata de una norma que parte del criterio de la incoercibilidad y se dirige al juez, quien, ante la falta de cumplimiento de la sentencia de condena de hacer por parte del deudor, podrá ordenar la ejecución sustitutoria. (Palazón, 2014, p. 61)

18 En el caso del derecho de la construcción se ha indicado:

Sin embargo, como indica Verdera, a partir de casos de defectos constructivos en inmuebles, el Tribunal Supremo ha variado su planteamiento para conferir un campo más amplio de actuación a los acreedores insatisfechos y permitiéndoles optar por la solución que mejor se acomode a sus intereses (SSTS 20 diciembre 2004, RJ 2004, 8131 y 29 mayo 2008, RJ 2008, 3182). (Palazón, 2014, p. 60)

Para el supuesto de las obligaciones de no hacer requeridas por el órgano judicial:

[S]e requerirá al condenado para “que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial” (art. 710.1 LEC). Y (...), “si atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado”. (Palazón, 2014, p. 61)

Sobre el sistema germánico se ha señalado, en cuanto a las obligaciones de hacer, excluyéndose las obligaciones de dar lo siguiente:

En el Derecho alemán, tratándose de obligaciones de hacer de carácter fungible, el art. 887 ZPO dispone que el acreedor podrá ser autorizado por el tribunal de primera instancia que conozca del caso para que la prestación sea realizada por un tercero a expensas del deudor. Asimismo, puede el acreedor-ejecutante solicitar del tribunal que el deudor realice el pago anticipado del coste del cumplimiento por el tercero, sin perjuicio del derecho a reclamar cualquier gasto adicional que exceda de las cantidades adelantadas. A diferencia de lo que

ocurre en Francia o en España (art. 702.1 LEC), esta forma de ejecución indirecta no es aplicable a las obligaciones de dar, por prohibición expresa contenida en el último párrafo de este precepto. (Palazón, 2014, p. 64)

En el Derecho francés en cuanto a las obligaciones de hacer y de no hacer se regula así:

En Francia, la ejecución de la obligación por un tercero (o por el propio acreedor) se designa generalmente con la expresión de *remplacement* o *faculté de remplacement*. A la vista de los arts. 1.143 y 1.144 CC francés y belga la obligación de hacer una cosa fungible puede ser cumplida por un tercero a expensas del deudor e, igualmente, lo ejecutado en contravención de una obligación de no hacer puede ser destruido también a costa del deudor¹⁹. (Palazón, 2014, p. 19)

Acerca de si la facultad de sustitución es un derecho potestativo del acreedor o corresponde únicamente a decisión jurisdiccional a pedido del acreedor, se ha señalado con respecto a la jurisprudencia francesa y belga:

La doctrina se ha planteado si la *faculté de remplacement* es un derecho del acreedor o está sujeto a la discrecionalidad judicial (como ocurre en el Derecho alemán y holandés). La *Cour de Cassation* francesa se ha pronunciado claramente a favor del poder soberano de los jueces de fondo para ordenar en estos

19 A fin de evitar estos peligros, puede el acreedor solicitar del juez que en la sentencia que declara el cumplimiento sustitutorio, fije el coste del mismo. La condición fundamental del cumplimiento por sustitución es la autorización judicial que imponen claramente los preceptos citados y que debe ser solicitada por el acreedor, sin que pueda ser acordada de oficio por el juez so pena de falta de congruencia *ultra petita*. Ante los problemas de la autorización judicial previa y como reacción a esta, las partes incluyen en algunos contratos las denominadas “cláusulas de sustitución”, que dispensan al acreedor de este requisito formal. Estas cláusulas se consideran válidas, pero dejan al deudor la posibilidad de recurrir *a posteriori* la cuantía de los costes de la ejecución por sustitución. Por otra parte, y por excepción a la regla general, un uso comercial consolidado permite que el acreedor pueda realizar inmediatamente el cumplimiento por tercero sin la autorización del tribunal en los contratos de compraventa mercantil, ante la urgencia de procurarse las mercancías que no le han sido entregadas. Este uso ha sido admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y si bien en Francia se limita a la compraventa mercantil, en Bélgica se ha extendido al contrato de obra. (Palazón, 2014, p. 65)

casos la satisfacción por equivalente, si así lo consideran oportuno (si bien, también puede encontrarse alguna sentencia en sentido contrario). Y en Bélgica, por influencia de la jurisprudencia francesa, los tribunales han considerado durante mucho tiempo que la aplicación de los arts. 1.143 y 1.144 CC b. era una facultad del juez. Sin embargo, la importante sentencia de la Corte de Casación belga de 14 abril 1994 abrió una nueva línea jurisprudencial, al considerar la ejecución por sustitución como un derecho del acreedor²⁰. (Palazón, 2014, p. 67)

En cuanto al *Codice*, la doctrina que vengo siguiendo señala que el **Código Civil italiano** prevé también la ejecución por sustitución para las obligaciones de hacer y no hacer, en sus artículos 2.931 y 2.933, con remisión a las normas del procedimiento civil.

En cuanto a España, la autora indica:

En **España**, nuestro Código Civil contempla la ejecución por sustitución en los arts. 1.096.2 y 1.098 y 1.099 CC para las obligaciones de dar cosa indeterminada o genérica, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer, supuestos todos en los que el Código habla de ejecución de la obligación “a costa” o “a expensas del deudor”²¹ (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 67)

Desarrollando estos aspectos se señala lo siguiente:

Los citados preceptos del Código Civil, que en realidad contienen normas de carácter procesal, tienen su desarrollo en la Ley de Ritos. Así, la previsión del art.

¿Qué dijo Palazón?

Un rasgo general en los sistemas de *civil law* es que el cumplimiento específico se entiende como el corolario de la fuerza obligatoria del contrato, por consiguiente, se configura como un derecho del acreedor ante el incumplimiento.

1.096.2 CC encuentra su desarrollo en el art. 702.1 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la Ley de 1881 guardaba absoluto silencio al respecto. Este art. 702.1 LEC concede al acreedor-ejecutante una triple opción en la ejecución de cosas genéricas: la entrega de las cosas genéricas debidas mediante su puesta en posesión; la adquisición de las cosas a costa del ejecutado, y la ejecución por equivalencia. Para la segunda de las posibilidades, que es la que aquí interesa, prevé la norma la medida complementaria del embargo de bienes del deudor suficientes para pagar la adquisición. (Palazón, 2014, p. 68)

Siguiendo con la norma española y las posibilidades que tiene el acreedor consistentes en exigir la prestación por parte de un tercero solventado por el deudor o el resarcimiento, se ha indicado, procesalmente, lo siguiente:

El art. 1.098 CC se reproduce en mejores términos en el art. 706.1 LEC que, en caso de que el deudor no lleve a cabo el hacer en el plazo señalado por el secretario judicial, concede al acreedor-ejecutante

20 Para Viney, lo decisivo para la solución del problema es considerar la naturaleza de la operación de sustitución. En concreto, si se trata de una medida de cumplimiento o de reparación del daño causado por el incumplimiento.

21 En otros términos, como dice Carrasco Perera, el deudor tiene que haber incumplido dos veces, una fuera y otra dentro del proceso; una de la obligación contractual, otra, de la condena establecida en el título judicial.

una opción que esta vez es doble: solicitar que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Esta opción no cabe, sin embargo, cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el supuesto de incumplimiento del deudor, en cuyo caso se habrá de estar a lo dispuesto en aquel. Debe observarse, como apunta con acierto Verdura, que en ambos casos (y en las dos últimas opciones del artículo anterior), la satisfacción del interés del acreedor se encuentra supeditada a la solvencia del ejecutado, pues las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento no resultarán efectivas si el deudor carece de bienes para financiar el cumplimiento por tercero o el resarcimiento del daño. (Palazón, 2014, p. 69)

En cuanto a las obligaciones de no hacer, desde una perspectiva procesal se señala que:

[P]or último, el art. 710.1 LEC desarrolla el art. 1.099 CC respecto de las obligaciones de no hacer. Esta norma establece para el quebrantamiento de la condena a no hacer alguna cosa, a instancia del ejecutante, la posibilidad de que se deshaga lo mal hecho si fuere posible, se

indemnicen los daños y perjuicios y, en su caso, se requiera al deudor para que se abstenga de reiterar el quebrantamiento en el futuro. Cuando el deshacer fuere fungible podrá ser encargado a un tercero a costa del deudor, aunque el precepto de la Ley de Ritos no aborda cómo se lleva a cabo ese deshacer lo mal hecho, si bien parece que será aplicable lo dispuesto en el art. 706 LEC para las condenas de hacer no personalísimo²². (Palazón, 2014, p. 70)

Como ya se ha mencionado, en el sistema del *common law* la pretensión de cumplimiento específico es la excepción, mientras que el resarcimiento es la regla. Conforme a lo antes dicho, se señala, basándose en la casuística, “de ahí que la tutela específica se considere en la tradición anglosajona como un remedio excepcional [Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. (1998); §§ 345,357-369 *Restatement Second*]”.

Acercas de la justificación de la indemnización frente a la tutela específica se ha señalado, con un criterio de asignación eficiente de recursos, que:

[E]n consecuencia, es posible dilucidar los casos en los que la tutela específica

22 Como se ha dicho *supra*, el art. 702.1 LEC contempla la posibilidad de que, a instancia del acreedor-ejecutante, el juez le faculte para adquirir en el mercado las cosas genéricas a costa del deudor. La resolución judicial que autorice tal adquisición contendrá también orden de embargo de bienes suficientes del deudor para obtener la cantidad que sea necesaria para pagar la compra, con el consiguiente mandamiento para que la traba sea llevada a efecto, aplicándose los arts. 584 y ss. LEC en lo que sea adecuado. Esta medida va en la línea del Derecho comparado, intentando asegurar al acreedor la recuperación de las cantidades adelantadas. No obstante, no está exenta de dificultades, ya que si el ejecutante espera a la realización forzosa de los bienes embargados, la consecución de los bienes se habrá dilatado en el tiempo por periodo significativo y perjudicial para sus intereses; pero si anticipa las cantidades para recibir después el pago previa presentación de cuenta justificativa, puede ocurrir que no pueda resarcirse totalmente del ejecutado. (Arangüena como se citó en Palazón, 2014, p. 70)

El segundo problema tiene su origen en la falta de previsión de nuestra Ley de Enjuiciamiento, a diferencia de la norma alemana, acerca del derecho del acreedor-ejecutante de reclamar cualquier gasto adicional que exceda de las cantidades presupuestadas, ¿qué sucede si el coste final de la prestación sustitutiva excede el fijado por el perito? ¿Deberá el acreedor soportar el sobre coste o podrá recuperarlo del deudor? Al respecto, nuestros tribunales han sostenido que la cantidad fijada al amparo del art. 706.2 LEC “no puede considerarse una suma definitiva que se entrega al ejecutante para que ejecute sin más, transformando la obligación de hacer en una obligación dinerada, sino que ha de entenderse como un anticipo y garantía de las sumas necesarias para la ejecución, sometido a posterior control o liquidación judicial, es decir, que si la obra cuesta más de lo indicado por el perito, el ejecutante podrá reclamar el exceso”. (Palazón, 2014, p. 70)

será normalmente concedida (v. gr. a favor del comprador en una compraventa de inmueble), y aquellos en los que no lo será (v. gr. contratos que impliquen obligaciones de hacer personales). Junto a estos supuestos claros, hay otros situados en una zona gris en los que los tribunales habrán de aplicar los criterios valorando las circunstancias particulares del caso concreto. En todos los casos (pero sobre todo en estos últimos), **la regla de oro de la jurisprudencia a la hora de decidir sobre la concesión de la tutela específica, consiste en que esta no procederá cuando la indemnización de daños y perjuicios resulte un remedio adecuado para satisfacer el interés del contratante perjudicado por el incumplimiento (*adequacy of damages*)** (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 71)

9. Las *injunctions* en el Derecho angloamericano

En el Derecho angloamericano, que cada vez más influye en nuestro sistema y que es ineludible mantenerse informado, se establece que:

[C]uando lo solicitado es el cumplimiento de obligaciones de dar o hacer alguna cosa, la medida de tutela específica es la *order* o *decree of specific performance*. Y en presencia de obligaciones negativas, el remedio específico se denomina *injunction*. El Derecho inglés distingue entre *prohibitory injunctions*, si se trata de ordenar al contratante que se abstenga de realizar una determinada conducta en el futuro, y *mandatory injunctions*, cuando lo que se persigue es que el contratante elimine las consecuencias del incumplimiento de la obligación de no hacer (deshacer lo mal hecho). Por último, existen también las llamadas *interim injunctions* o *interlocutory injunctions*, cuya naturaleza es cautelar

Comentario relevante del autor



En el sistema del *common law* la pretensión de cumplimiento específico es la excepción, mientras que el resarcimiento es la regla.

y pueden concederse en los casos en que la protección del interés del demandante precise de medidas urgentes que no pueden esperar a la sentencia [Araci v. Fallon (2011)]. **Las *injunctions*, al igual que el *decree of specific performance* son remedios discrecionales.** Sin embargo, la concesión de las *prohibitory injunctions* no es demasiado estricta, antes bien, es una medida que se otorga normalmente por los tribunales en los supuestos en que se pretende evitar que el contratante realice una conducta contraviniendo una obligación negativa estipulada en el contrato (...) (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 75)

10. El remedio del cumplimiento específico en la tradición continental y su similitud con el sistema angloamericano

En cuanto al sistema del Derecho continental, se ha señalado por la doctrina que sigo que:

[E]n la tradición romano-germánica, la pretensión de cumplimiento se considera remedio primario al permitir al acreedor la obtención de aquello que se había acordado contractualmente, sin que se discuta o se ponga en duda su eficiencia u oportunidad desde el punto de vista económico. (Palazón, 2014, p. 76)

Si no es factible el cumplimiento específico, “la indemnización de daños y perjuicios resulta el remedio más adecuado cuando el acreedor puede obtener por una vía

alternativa una satisfacción equivalente²³ (Palazón, 2014, p. 76). Es interesante lo señalado en cuanto a la actuación contradictoria del comprador con respecto a la exigencia de la prestación por cumplimiento específico. En este supuesto no será exigible tal cumplimiento. Así:

[L]a Convención de Viena, al regular los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor confiere a aquel la pretensión de cumplimiento en el art. 45.I.a) CISG: desarrollando luego el derecho en el art. 46 CISG, que en su párrafo primero establece que “el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, **a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia**”, ocupándose en los dos párrafos siguientes de los supuestos de falta de conformidad. No obstante, se incluye una norma de compromiso en el art. 28 CISG: “Si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de

su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente convención²⁴ (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 77)

En cuanto a “la imposibilidad física responde a la naturaleza de las cosas y se producirá, por ejemplo, por la pérdida o destrucción de la cosa objeto de la prestación, y la jurídica podrá provenir de la prohibición del cumplimiento por una norma jurídica (...)”²⁵ (Palazón, 2014, p. 81).

En cuanto al **sistema alemán**:

[E]l supuesto de imposibilidad de la prestación está previsto por el § 275 (1) BGB, que excluye la pretensión de cumplimiento en la medida en que el desempeño de la prestación es imposible para el deudor o para cualquier otra persona. (...) En estas circunstancias, la sentencia del AG Hamburg Südd 6 marzo 1946 entendió que, pese a la imposibilidad del deudor de entregar el bien pactado, debía proceder la tutela específica mediante la entrega de un bien equivalente, en lugar de la indemnización de daños. (Palazón, 2014, p. 83)

23 No obstante, en Estados Unidos, los tribunales han extendido el remedio del cumplimiento específico a los casos de venta de bienes genéricos cuya entrega resulta urgente para el comprador, o cuya sustitución resulta imposible o muy difícil en las circunstancias del caso.

24 Los comentarios destacan las ventajas de la admisión de un derecho general a exigir el cumplimiento: en primer lugar, el remedio permite al acreedor obtener, en lo posible, lo que le es debido conforme al contrato; segundo, se evitan las dificultades de la cuantificación de los daños; y tercero, se refuerza el carácter vinculante de las obligaciones. Asimismo, se afirma que el derecho al cumplimiento específico es particularmente útil en los casos de prestaciones únicas y en tiempos de escasez (comentario B arts. 9:102 PECL y III.- 3:302 DCFR). Pero también reconocen la necesidad de poner límites al derecho, y así se hace en los siguientes párrafos de las normas estudiadas, configurándose así, una vez más, una regulación de compromiso entre *common law* y *civil law*. El art. 106 CESL, al enumerar la lista de remedios que se reconocen al comprador ante el incumplimiento del vendedor, señala en primer lugar el derecho al cumplimiento específico, incluyendo la reparación o sustitución de la prestación no conforme, que luego desarrolla en los arts. 110-112 CESL. Según los párrafos 1 y 2 art. 110 CESL, “el comprador tendrá derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones del vendedor. El cumplimiento que podrá reclamarse incluye la subsanación gratuita del cumplimiento que no sea conforme con el contrato”. Y el párrafo 3 establece las excepciones a este derecho. De nuevo estamos, pues, ante una solución intermedia entre las diferentes tradiciones. (Palazón, 2014)

25 En el Derecho inglés y norteamericano es límite al cumplimiento específico tanto la imposibilidad sobrevenida como la inicial, ya que esta no produce por sí sola la nulidad del contrato, sino que la cuestión se resuelve en sede de incumplimiento mediante el pago de daños y perjuicios. La imposibilidad inicial únicamente produce la nulidad del contrato si se debe a un error de las partes acerca de una imposibilidad física (*res extincta*) o jurídica (*res sua*) concurrente en el momento de celebrarse el contrato [Couturier v Hastie (1856); Abraham v Oluwa (1644)]. (Palazón, 2014)

En **Holanda**:

[D]onde el límite se contempla de modo general en art. 3:296 BW se ha elaborado una extensa doctrina sobre la imposibilidad, distinguiéndose entre imposibilidad absoluta (la que lo es para cualquier persona) y la relativa (la que lo es solo para el obligado). Dentro de la última categoría se agrupan las imposibilidades práctica, jurídica y moral. La primera cubre aquellas situaciones en que la ejecución no es totalmente imposible, pero en la práctica no se puede realizar. Además, la resolución del Hoge Raad de 2 mayo 1976 entendió que existe igualmente imposibilidad práctica cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, no se puede exigir al deudor que realice la prestación. Se trata de un supuesto cercano al recogido en los art. 9:102 b) PEC I, y III.- 3:302 b) DCFR; o a la noción de abuso del derecho. (Palazón, 2014, p. 83)

En cuanto al límite de la imposibilidad se ha señalado que:

[E]n los ordenamientos de tradición romanista el límite de la imposibilidad se deriva *ad exeniplum* de los arts. 1.234 y 1.302 CC **francés y belga**, art. 129 **Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones** de 2013; arts. 1.256 y 1.346 CC **italiano**; y arts. 1.182, 1.184 y 1.156 CC **español**, que incluyen la imposibilidad física y la jurídica. No obstante, a diferencia de los sistemas de corte anglosajón o germánico, solo se considera un límite al cumplimiento

Comentario relevante del autor



Si no es factible el cumplimiento específico, “la indemnización de daños y perjuicios resulta el remedio más adecuado cuando el acreedor puede obtener por una vía alternativa una satisfacción equivalente”.

específico **la imposibilidad sobrevenida de la prestación** y no así la inicial. Esta última se contempla en estos ordenamientos como una causa de nulidad o inexistencia del contrato (*impossibilium nulla obligatio est*): arts. 1.108 y 1.599 CC francés y belga y art. 70 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 1.346 CC italiano; o arts. 1261.2; 1.272 y 1.460.1 CC español. (...) En cuanto a la imposibilidad sobrevenida “En España (...) ha sido estudiada ampliamente por los autores (vid. M. Castilla Barea. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid, Dykinson, 2000). Asimismo, existe gran desarrollo jurisprudencial sobre esta materia vid. STS 30 abril 2002 (RJ 2002,4041), que en su FD 7 resume la doctrina del Alto Tribunal al respecto²⁶ (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 84)

El *common law* no prevé dentro de sus posibilidades la exigencia de la prestación específica y traslada el remedio a la indemnización

26 Quedan abiertas al contratante perjudicado las vías del remedio resolutorio y la indemnización de daños y perjuicios, en el caso en que la imposibilidad se hubiera producido por causa de la que el deudor debiera responder. En este sentido, la jurisprudencia francesa, sobre la base de una interpretación correctora del art. 1.142 CC fr., ha declarado que no procede el remedio del cumplimiento específico en contratos que impliquen la realización de trabajos artísticos u otros servicios personales (Cass. Civ. 14 marzo 1900, caso Edén v. Whistler). Y en la misma línea se ha pronunciado también la jurisprudencia belga (Cass. 23 diciembre 1977). Asimismo, para el Derecho holandés la excepción se entiende implícita en el art. 3:296 BW, según el cual la pretensión de cumplimiento tiene como límites la ley, la naturaleza de la obligación y los actos jurídicos. (Palazón, 2014, p. 86)

por los daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento o retardo en la prestación. Esto se aprecia en particular en las prestaciones de índole laboral. En ese sentido, la doctrina que vengo siguiendo lo explica señalando lo siguiente:

En el sistema angloamericano se ha afirmado tradicionalmente de forma rotunda que no procede la tutela específica en los contratos de servicios personales. La justificación es la prevención de los “trabajos forzados”; se trata de evitar que un contrato de servicios se convierta en una forma de esclavitud. (...) Es respecto de los contratos de servicios por servicios prestados en el ámbito laboral donde cobra especial relevancia (en *common law*) la regla de la interdicción de la tutela específica. En sede de estos contratos, los tribunales han declarado en numerosas ocasiones que la libertad personal tiene mayor valor que el derecho del acreedor a que se cumpla un determinado contrato. La regla general es, pues, que no se puede decretar la tutela específica ni en contra

del empresario, ni en contra del trabajador²⁷. (Palazón, 2014, p. 89)

11. El esfuerzo y gasto no razonable o excesivo en la prestación (*hardship*)

El *common law* ha desarrollado casuísticamente el llamado *hardship* u onerosidad en la prestación que hace irrazonable el cumplimiento específico. Así, con razón se ha explicado que:

[E]n definitiva, dado que la tutela específica puede suponer en ocasiones una medida demasiado contundente, se limita su procedencia en atención al parámetro de la razonabilidad. (...) En el Derecho angloamericano los tribunales pueden denegar la tutela específica sobre la base de la existencia de *severo hardship* para el deudor demandado, y ello es predicable en general tanto para la medida de *specific performance* como para la *injunction* [Wrotham Park Estate Co Lid v. Parkside Homes, (1974)]²⁸. (Palazón, 2014, p. 93)

27 No obstante, la regla se ha suavizado recientemente y podemos encontrar ejemplos en la jurisprudencia en los que se concede la tutela específica en un contrato laboral, reintegrando al trabajador a su puesto de trabajo, si no se ha roto la relación mutua de confianza: *Hill v. Parson & Co Ltd* (1972) (...). Estas decisiones se fundamentan en motivos de estabilidad y seguridad en el empleo, así como también en el carácter menos personal de las relaciones laborales actuales, y además, en la falta de adecuación de la indemnización de daños y perjuicios para satisfacer el interés del perjudicado en estos casos. La cuestión ha surgido fundamentalmente con relación a las llamadas cláusulas de no competencia, esto es, aquellas por las que el trabajador se obliga a no prestar sus servicios para otra empresa del mismo ramo o sector de producción o servicios, durante un tiempo limitado, generalmente a contar después de haber cesado su relación contractual con la contratante; aunque en algunas estipulaciones la prohibición de no competencia se extiende también al periodo contractual (cláusula de exclusiva). En esta materia suele citarse el caso *Lumley v. Wagner* (1852) (...). Así, en el caso *Warner Bros v. Nelson* (1937) se concede la *injunction* limitada a que la actriz Bette Davis no actuara para otros productores cinematográficos, pero no respecto a la parte de la cláusula que la obligaba a no trabajar “*in any capacity except for the employer*”. La solución adoptada por el tribunal en el caso *Lemley v. Wagner* ha sido criticada por la doctrina, sobre todo en relación con los contratos laborales. La crítica se funda en que, aunque ciertamente la *injunction* no obliga a la cantante a cumplir su obligación de cantar para *Lumley* en el *Her Majesty’s Theatre* de Haymarket, sí ejerce una presión económica sobre ella, que se acentúa en los contratos de trabajo, razón por la cual en estos casos la tutela específica de la obligación negativa solo deberá decretarse si a la otra parte le queda “otra forma razonable de ganarse la vida”. (Palazón, 2014, p. 91)

28 El problema principal que se ha planteado en la práctica forense es dilucidar qué constituye *severe hardship* a los fines del rechazo de la pretensión de cumplimiento. Y ello porque no puede fundamentar la denegación del remedio la mera dificultad financiera [*Francis v. Cowcliffe* (1976)]; y si bien el *hardship* debe ser suficientemente grave como para justificar tal efecto [*Wedgwood v. Adams*, (1843)], no puede serlo hasta tal punto que suponga la frustración del contrato. En el sistema de *common law*, el remedio específico será también denegado si el coste del cumplimiento es absolutamente desproporcionado respecto del beneficio que obtiene con ello el acreedor [*Tito v. Waddel* (*No 2*), (1977), *Co-operative Insurance v. Argyll Stores* (Holdings) Ltd. (1998)]. (Palazón, 2014, p. 91)


En el **Derecho alemán**:

[E]l § 275 (2) BGB sirve de fundamento legal al límite en estudio. Así, a tenor de esta norma, el deudor puede oponerse al cumplimiento específico en la medida en que le exija un gasto o esfuerzo que, habida cuenta del objeto de la obligación y de las exigencias de la buena fe, resulte manifiestamente desproporcionado con respecto al interés del acreedor en el cumplimiento. (Palazón, 2014, p. 94)

Sobre la grave desproporción que el *hardship* genera “el § 275 (2) BGB cubre situaciones de grave desproporción entre los intereses en conflicto; y en particular, entre el beneficio obtenido por el acreedor como consecuencia del cumplimiento específico y el perjuicio que este inflige al deudor” (Palazón, 2014, p. 95). Tampoco se puede alegar en este marco normativo el llamado incumplimiento eficiente del contrato, ya que “(...) por último, la norma del § 275 (2) BGB no comprende los casos en que existe un negocio alternativo más ventajoso para la parte incumplidora; esto es, no puede alegarse para su aplicación la teoría del incumplimiento eficiente”²⁹ (Palazón, 2014, p. 95).

En el sistema comparado europeo también se prevé un marco regulatorio que neutraliza la excesiva onerosidad de la prestación al señalarse que:

[L]a excepción está presente también en otros ordenamientos de *civil law*. Así ocurre en **Holanda**, donde por aplicación del art. 3:296 BW, y en concreto del límite a la pretensión de cumplimiento que supone la ley, puede ser denegado el cumplimiento


Comentario relevante del autor

En el caso del *common law*, este no prevé dentro de sus posibilidades la exigencia de la prestación específica y traslada el remedio a la indemnización por los daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento o retardo en la prestación.

específico sobre la base de existencia de una excesiva onerosidad (art. 6:248 BW, buena fe y art. 0:238 BW). Y en el **Derecho italiano**, para la tutela específica en las obligaciones negativas, el *Código Civile* contempla un límite basado en una onerosidad económica y social, prohibiendo la destrucción de la cosa realizada en contravención de una obligación de no hacer en aquellos casos en que la misma produzca un perjuicio a la economía nacional (art. 2.933, párrafo 2 CC it.). (...) En **España** la restricción basada en la existencia de una onerosidad exorbitante para el deudor solo encuentra fundamento legal en el art. 7 CC, que consagra como límites generales del ejercicio de todo derecho subjetivo la buena fe y el abuso del derecho (el resaltado nuestro). (Palazón, 2014, p. 96)

De igual forma:

[L]a propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos contiene una regulación

²⁹ Desde un punto de vista procesal se ha dicho:

Por último, en sede ya de ejecución forzosa, el § 765 de la ley de ritos (ZPO) autoriza al tribunal, a instancia del deudor ejecutado, para revocar o suspender, completamente o en parte, una medida de ejecución, si teniendo en cuenta el interés del acreedor, la medida supone una excesiva onerosidad, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso. (Palazón, 2014, p. 95)

en la línea del Derecho comparado y, como veremos, de los textos de **Derecho uniforme**. En su art. 1.192.11.2 se recoge como límite a la tutela específica los casos en que “el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, resulten excesivamente onerosos para el deudor”. (Palazón, 2014, p. 97)

En el **caso español**:

[E]l segundo ejemplo está representado por la STS 2 julio 1998, en la que el alto tribunal afirma que “es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado”; “el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar”. En ambos casos la indemnización es el cauce para la satisfacción del interés del acreedor. (Morales como se citó en Palazón, 2014, p. 97)

Se puede ver que cuando existe una situación perjudicial y absolutamente desproporcionada para el deudor, como en el caso del *common law*, es preferible y pertinente el resarcimiento por los daños y perjuicios, pues sería irrazonable exigir la prestación específica al deudor tornando en un absoluto beneficio del acreedor y una situación de gran desventaja para el deudor, con lo cual se está vulnerando el principio de la buena fe y en concreto se estaría perpetrando un evidente abuso del derecho comprendido como la contradicción entre un derecho subjetivo (el del acreedor) versus un legítimo interés (el del deudor).

Comentario relevante del autor



Cuando existe una situación perjudicial y absolutamente desproporcionada para el deudor, como en el caso del *common law*, es preferible y pertinente el resarcimiento por los daños y perjuicios.

Sin embargo:

[E]n contraste con todo lo anterior, en **Francia**, donde al igual que en España no existe más base para sustentar el límite en estudio que el abuso del derecho, los tribunales se han mostrado reacios a aplicar esta doctrina, en una pretendida defensa a ultranza de **la fuerza obligatoria del contrato**. (Palazón, 2014, p. 98)

En el caso del **Derecho uniforme**:

[L]a restricción a la pretensión de cumplimiento basada en la excesiva onerosidad se contempla en el art. 110.3 b) CESL, que establece que “el cumplimiento no podrá reclamarse cuando: (...) b) sea desproporcionadamente gravoso u oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador”. (Palazón, 2014, p. 99)

En el marco regulatorio:

[L]os **Principios Unidroit**, las letras h) y c) del art. 7.2.2 responden también al mismo criterio de eficiencia económica, limitando el remedio específico cuando: (...) “b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa; c) la parte legítima para recibir la prestación pueda

razonablemente obtenerla por otra vía³⁰ (el resaltado es nuestro). (Palazón, 2014, p. 100)

12. La existencia de reciprocidad del remedio (*mutuality of remedy*) como requisito para la procedencia de la tutela específica en *common law*

Esta posición doctrinal fue formulada por Sir Edward Fry:

[L]a doctrina de la reciprocidad del remedio (*mutuality of remedy*) consistía en que los tribunales no podrán decretar la tutela específica a favor de una de las partes del contrato si no es posible hacerlo también a favor de la otra. El fundamento del principio reside en que se considera injusto obligar a una de las partes a cumplir lo que le incumbe si esta no puede a su vez obtener de la contraria la prestación debida [Chappell v. Times Newspapers Ltd. (1975): *He who seeks equity must do equity*]. La doctrina de Fry fue desde el inicio muy criticada por la doctrina y no recibió consideración por la jurisprudencia hasta 1977, en el caso Price v. Strange, en el que sin embargo el tribunal flexibilizó la regla entendiendo que solo hay fundamento para denegar la tutela específica si en el momento de la

sentencia, el tribunal no puede asegurar que las obligaciones a cargo del demandante, que todavía no han sido cumplidas, se cumplirán en el futuro. Esta interpretación se consagró también en Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Ltd (1999) y en el § 363 *RestatelaOht (Second) of Contracts*. (Palazón, 2014, p. 103)

Tenemos entonces que:

[L]a regla es que se otorgue el cumplimiento específico en contra de una parte, aunque no pudiera otorgarse a su favor (por ejemplo, por la naturaleza de la obligación), siempre que el cumplimiento de la obligación que incumbe al demandante se asegure de forma satisfactoria. (Palazón, 2014, p. 103)

13. Las medidas administrativas de coerción para el cumplimiento específico: *astreintes y multas*

En la vía administrativa el sistema del *common law* reconoce “la institución del *contempt of court*, que sanciona a quien desobedezca una *order of specific performance* o una *injunction* con multas, prisión o secuestro de bienes” (Palazón, 2014, p. 105).

Desde una mirada procesal administrativa, “la medida de coerción indirecta más

30 Sienta el precedente la sentencia del caso Rynit v. Mutual Tontine Westminster Chambers Assoc. (1893), donde el tribunal denegó la tutela específica en un contrato de prestación de servicios de portería en un edificio de apartamentos, debido a que la ejecución de la medida requería “*that constant superintendence by the court, which the court in Midi cases has always declined to give*”. La regla se exportó al Derecho estadounidense [*Restatement Second of Contracts* § 366; Lorch Inc v. Besseter Malí Shopping Center Inc (1975)]. Sin embargo, el alcance de la restricción es controvertido y ha sido cuestionado por algunos tribunales, que han otorgado el cumplimiento específico en contratos de tracto sucesivo como el de construcción de obra inmueble [Storer v. GW ry (1842) Kennard v. Cory Bros & Co (1922); Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Lid (1999)], o en ocasiones, en un contrato de prestación de servicios [Giles Co v. Morris (1972)]. Un sector de la doctrina ha criticado también este límite por estimar que su base es ilusoria, en tanto que las dificultades prácticas invocadas por los jueces están sobreestimadas; e ilegítima, ya que el coste de la puesta en práctica de un remedio no es justo motivo para limitar su disponibilidad. Los argumentos a favor y en contra de la aplicación de este límite se ilustran con el caso Cooperative Insurance v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. (1998). (Palazón, 2014, p. 100)

El hecho de que con la medida se infligía al deudor un daño mayor que el beneficio que obtendría el acreedor del incumplimiento; el rigor de la consecuencia que deriva del incumplimiento de la orden de cumplimiento específico: *contempt of court*; además de la contravención al interés público-económico que supone obligar a alguien a que continúe un negocio que produce pérdidas, cuando existe la alternativa plausible de la indemnización de daños para compensar a la otra parte, etc. (Palazón, 2014, p. 101)

importante es la *astreinte* francesa, creada por la práctica jurisprudencial a principios del siglo XIX” (Palazón, 2014, p. 105). De esta manera “su naturaleza es inequívocamente punitiva y no resarcitoria, se ordena *interrorem*, para presionar así al deudor para que cumpla la condena” (Palazón, 2014, p. 105).

En cuanto a la clasificación de las *astreintes*:

Hay que distinguir dos clases de *astreintes*: la provisional y definitiva (art. L 131-2 Cpce). La *astreinte provisoire* es una medida conminatoria cuyo montante está sujeto a revisión en el momento de su liquidación. La *astreinte définitive*, como su nombre indica, no está sujeta a revisión ni puede modificarse una vez que ha sido pronunciada, a menos que el demandado pruebe que el incumplimiento se ha debido a una causa que estaba fuera de su esfera de control (art. L 131-4 *in fine* Cpce)³¹. (Palazón, 2014, p. 106)

III. La resolución por incumplimiento en el supuesto del Derecho continental y el Derecho angloamericano

Luego de haber analizado en detalle la pretensión de cumplimiento específico como primer remedio ante la inejecución de las obligaciones, resulta oportuno evaluar un segundo remedio ante la inejecución obligacional o la prestación parcial, tardía o defectuosa: la resolución contractual. En el Perú, la resolución contractual se encuentra sistemáticamente ubicada en las ineficacias

negociales, en particular en la ineficacia funcional o ineficacia propiamente dicha. En el supuesto de la resolución contractual se deja sin efecto un contrato por una causal sobreviniente a la celebración de este como lo prevé el artículo 1371 del Código Civil de 1984. Los supuestos de resolución del contrato se aprecian en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil (CC), refiriéndose a la resolución judicial, por intimación y por cláusula resolutoria expresa. Aunque también podemos considerar la resolución del contrato por caducidad del plazo, por imposibilidad sobreviniente o por excesiva onerosidad de la prestación.

Como ha señalado doctrina latinoamericana:

La resolución presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado. Delante de un incumplimiento, o más propiamente de un incumplimiento grave de obligación fundamental, de un contrato de prestaciones correlativas por parte de cualquiera de los contratantes, se abre para el otro la alternativa que nítidamente plantean los distintos ordenamientos: pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (art. 1546 del CC colombiano; art. 1428 CC peruano). La pretensión resolutoria por incumplimiento va, pues, sobrevenida en el contrato de prestaciones correlativas. La resolución es una medida definitivamente liberatoria del contratante cumplido, en tanto que la excepción de contrato no cumplido es una medida defensiva provisional (“legítima defensa contractual”) que le evita el riesgo de perder la propia

31 Se ha justificado este enriquecimiento del acreedor afirmando que la medida persigue en realidad castigar al deudor por su desobediencia al tribunal, pero el argumento no es convincente y suscita la fácil crítica de por qué debe el acreedor obtener el exclusivo beneficio de una ofensa infligida al juez (Palazón, 2014, p. 107).

Muy distinta es la formulación de la pena judicial en los sistemas alemán y español, donde se articulan como multas de carácter público, a beneficio del Tesoro Público y no del acreedor-ejecutante, y mención especial requiere el ordenamiento portugués donde la cuantía se reparte por mitad entre ambos. (Palazón, 2014, p. 109)

prestación y mantiene el equilibrio de la relación³². (Hinestrosa, 2016, p. 51)

En cuanto a lo que denominamos excepción de cumplimiento, se ha señalado que:

La excepción de contrato no cumplido es un medio absolutamente defensivo y de naturaleza transitoria, simplemente suspende los efectos finales del contrato. Es una medida de legítima defensa. Paraliza la acción ejecutiva del contendor, e incluso su acción resolutoria, y deja las cosas provisionalmente en suspenso. Es una excepción de las que antaño se denominaban con propiedad dilatorias: no matan la pretensión, simplemente la muestran prematuramente ejercida y difieren para oportunidad posterior la dilucidación definitiva del caso. Esos son los términos de la provisión normativa general “(...) puede rehusar la ejecución de la prestación debida hasta la ejecución de la suya por la contraparte, salvo que esté obligado a ejecutar su prestación primero”. (Hinestrosa, 2016, p. 62)

En el Perú, en fecha reciente, se ha constituido un grupo de trabajo –mediante Resolución Ministerial N° 0299-2016-JUS– que se encargará de revisar y proponer mejoras al Código Civil actual. Asimismo, en el año 2006 también se constituyó una Comisión con el mismo fin, la que presentó propuestas de modificación del Código Civil. Lo propio sucedió en el año 2004 con las propuestas de reforma del Código Civil que fueron oportunamente publicadas.

Se ha señalado en cuanto a la inexecución de obligaciones que:

¿Qué dijo Palazón?

La medida de coerción indirecta más importante es la *astreinte* francesa, creada por la práctica jurisprudencial a principios del siglo XIX.

[E]n el Código Civil peruano, el Título IX del Libro VI habla de inexecución de obligaciones, lo que, aparte de detectar una raigambre probablemente francesa que contrasta con la más común palabra “incumplimiento”, permitiría eludir las cargas de sentido valorativo que esta palabra conlleva, pero lo cierto es que da una visión escasamente clara (...). (Diez-Picazo, 2016, p. 30)

El término inexecución de obligaciones equivale al incumplimiento de las prestaciones que son el objeto de la obligación, pero que difiere del cumplimiento parcial, defectuoso o con retardo de las mismas. Por tanto, hay que diferenciar la inexecución del cumplimiento parcial tardío o defectuoso de las obligaciones, ya que al ser situaciones o presupuestos diferentes, los remedios o consecuencias jurídicas también son distintos. No es lo mismo incumplir un contrato que ejecutarlo, pero tardíamente. En el primer caso podré exigir el cumplimiento específico si aún me interesa la prestación exigible, y si ya dejé de interesarme la ejecución de la prestación, habré de solicitar la resolución contractual y exigir coetáneamente el resarcimiento por el incumplimiento de la prestación. En

32 Se señala en cuanto al tipo o magnitud del incumplimiento que:

[A]demás, la falla ha de ser de entidad mayor, solo un incumplimiento grave de obligación fundamental, que afecte gravemente la economía del contrato o, en los contratos asociativos, que comprometa la confianza recíproca, apreciada en el momento en que acaece, permite el ejercicio de la acción, magnitud y trascendencia de la insatisfacción apreciables en el momento en que ocurrieron. (Hinestrosa, 2016, p. 53)

el segundo caso, si el plazo es esencial, ya no habrá interés en la ejecución de la prestación y, por tanto, el contrato se resolverá y solicitaré el resarcimiento correspondiente. Sin embargo, si el retardo se produce, pero el acreedor aún tiene interés en la prestación específica, el contrato no se resolverá y será posible, a pedido del acreedor, el cumplimiento obligacional, sin perjuicio de la pretensión resarcitoria de este por la mora del deudor. Si hay un retardo o mora, pero el deudor ha cumplido con la prestación, no existirá la potestad de resolver el contrato por parte del acreedor, en este caso resulta factible o la disminución de la contraprestación o el resarcimiento de los daños y perjuicios generados por la dilación injustificada.

Como se aprecia, existen como remedios: i) la resolución contractual; y ii) el resarcimiento por los daños sufridos. Así, tenemos que en el **Derecho español**:

(...) se aplican a la indemnización las reglas propias de la responsabilidad civil. No solo se exige la prueba del daño que padece el acreedor como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito, sino, además, se debe acreditar que el daño es imputable al deudor, normalmente por culpa o negligencia, y el nexo de causalidad jurídica entre el incumplimiento y el daño. En este sentido, la indemnización es una deuda de valor, que se añade eventualmente al equivalente pecuniario y desaparece si el acreedor satisface su

interés por otros medios, como puede ser el pago hecho por un tercero; a la vez que exige una prueba independiente y, en su caso, una tasación judicial separada de la pretensión por la obligación incumplida. (Vattier, 2016, p. 90)

Nótese que la indemnización se aumenta al equivalente pecuniario, lo que significa que son criterios jurídicos diferentes, la primera implica el retrotraer las cosas al estado anterior a la verificación del daño y colocar a la víctima en el estado que tenía antes de generarse el daño, mientras que el segundo es la expresión pecuniaria del bien o del derecho afectado por la inejecución obligacional. En el caso del **Derecho inglés**, sobre la indemnización por responsabilidad derivada de inejecución de obligaciones se ha señalado que:

(...) para su estudio podemos orientarnos por el *Contract Code* de McGregor (...). Existe aquí una noción unitaria de incumplimiento que abraza todos los supuestos posibles de falta de satisfacción del acreedor. Como dice el texto citado, incurre en incumplimiento aquella parte del contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe, o la cumple tarde o solo en parte, o que de cualquier otro modo no se ajuste a sus obligaciones, impuestas por el contrato u otras fuentes obligatorias de índole diferente (art. 301)³³. (Vattier, 2016, pp. 91-92)

33 Vattier (2016) señala que:

[L]os remedios, que son derechos sustantivos y no solo meras acciones procesales, dependen del tipo de incumplimiento de que se trate. Salvo que sea sustancial, las partes siguen vinculadas, y el acreedor puede exigir el cumplimiento específico y reclamar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 309); nótese que, mientras el primero es excepcional, la última constituye, en cambio, la regla general. De aquí que, al lado de la indemnización, procedan según los casos la subsanación del defecto, la sustitución del objeto, la rebaja del precio o la restitución de los provechos obtenidos (...). Una excepción a esta responsabilidad es la frustración del fin del contrato, que se da por el cambio brusco de las circunstancias (...). (p. 92)

Por su parte, Rodríguez-Rosado (2013) indica:

[L]os juristas ingleses emplean desde hace décadas diversos términos para referirse al remedio resolutorio (*rescission, discharge by breach, termination for breach, avoidance*), y el que tradicionalmente ha tenido un empleo más consolidado, *rescission*, resulta polisémico. En efecto, por tal se entiende tanto la nulidad consecuencia de la invalidez o

Es importante hacer la distinción entre los efectos de la resolución en el Derecho continental y la resolución en el Derecho angloamericano, pues en el caso del primero hay una eficacia retroactiva hasta el momento en que se celebró el contrato (salvo las excepciones previstas por la ley), mientras en el segundo los efectos resolutorios no se aplican retroactivamente, por lo tanto, la resolución solamente aplica a los actos o negocios que aparecen con posterioridad a la verificación de la causal resolutoria. Autorizada doctrina europea al respecto señala que:

[L]a nota quizá más característica de la resolución en el Derecho inglés, que la diferencia de todos los ordenamientos continentales, es que su eficacia es meramente **de futuro**. La resolución no opera una ineficacia contractual “como si el contrato no hubiese existido” (Francia), ni produce *ex nunc* una mutación contractual que obliga a la devolución de las prestaciones (Alemania tras la reforma de 2002), sino que produce una extinción **de futuro** de las obligaciones contractuales aún no vencidas, a la par que hace nacer un deber de indemnizar daños y perjuicios en la parte culpable de la resolución. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 133)

Apreciamos, pues la clara distinción entre los efectos resolutorios en los países del *civil law* y los ordenamientos del *common law*. Abundando en lo mencionado:

[L]a regla prevista por el ordenamiento inglés es que la resolución solo **de lugar a la liberación de las partes y a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la parte inocente, sin producir restitución alguna. (...)**

Comentario relevante del autor



En el Perú, la resolución contractual se encuentra sistemáticamente ubicada en las ineficacias negociales, en particular en la ineficacia funcional o ineficacia propiamente dicha. En el supuesto de la resolución contractual se deja sin efecto un contrato por una causal sobreviniente a la celebración de este.

Pero, junto al remedio indemnizatorio, ha sido admitido que, cuando la parte incumplidora no ha realizado en absoluto su prestación (*total failure in performance*), o dicha prestación es defectiva **puede serle restituida por su parte, un equivalente económico** de los bienes entregados y los servicios realizados (...). Esta medida excepcional, de naturaleza restitutoria y no indemnizatoria, se admitió con base en la doctrina de la *consideration*: cuando una parte no ha cumplido en absoluto, o cuando le puede ser devuelta la prestación realizada y efectivamente se le devuelve, la prestación de la otra parte queda privada de *consideration* (*total failure of consideration*) y se puede exigir por tanto su restitución conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa (el resaltado es nuestro). (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 136-137)

En cuanto a los tipos de resolución en el Derecho inglés, se ha señalado que:

ineficacia *ab initio* de un contrato, como la que proviene de su incumplimiento. Ese problema está llevado a que, en la actualidad, el término *rescission* se reserve a la nulidad proveniente de la invalidez o ineficacia *ab initio*, mientras que los términos *termination* y, en menor medida, *discharge for reach* son los que están ganando más uso en la literatura jurídica (...). (p. 131)

[S]on tres las modalidades de incumplimiento que pueden dar lugar a la resolución: la renuncia o negativa (*renunciation or repudiation*), la imposibilidad imputable al deudor (*impossibility by his own act or default*) y el que podríamos llamar incumplimiento sustancial (*substantial failure to perform*)³⁴. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 207)

Recientemente se ha dicho que:

[E]n realidad, solo el sistema alemán ha sido capaz, por una vía alternativa, de fijar con claridad los perfiles del incumplimiento resolutorio. La idea básica del Código Civil alemán no consiste en distinguir los incumplimientos que permiten resolver de los que no, sino establecer un mecanismo que permita, al menos en la mayor parte de casos, llegar a la resolución sin provocar indefensión en la otra parte. Para ello se ha servido de la figura del “plazo adicional” (*Nachfrist*) (...). (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 209-210)

Sin embargo, esta posibilidad planteada por el BGB no siempre fue así y se ha tenido que pasar por la **modernización del BGB**, para dar una mejor regulación a la resolución contractual. Así, se ha señalado que:

[E]n efecto, es bien sabido que el régimen del incumplimiento era una de las partes más desafortunadas del Código alemán, debido al influjo de F. Mommsen para el que el deudor, impulsado acaso por un kantiano imperativo categórico, únicamente podía dejar de hacer frente a sus obligaciones por imposibilidad o por mora. Nada más entra en vigor,

se observó la omisión del cumplimiento defectuoso o lesión positiva de la obligación y luego la jurisprudencia creó figuras nuevas como la responsabilidad precontractual o la ruptura de la base del negocio. (Vattier, 2016, p. 99)

Para apreciar las falencias del Derecho alemán originario se ha manifestado por la doctrina que vengo siguiendo que:

[L]a resolución se concebía como un remedio al incumplimiento, que operaba retroactivamente provocando que el contrato se considerase como no celebrado. A diferencia del Derecho francés, la resolución no requería de declaración judicial, sino que se ejercitaba mediante una declaración de voluntad recepticia de la parte inocente (§ 349). A partir de ese momento, la resolución se consideraba producida con todos sus efectos. La función del juez, en su caso, se limitaba a declarar correcto o incorrecto el ejercicio de ese remedio. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 122)

Otras limitaciones son la inexigibilidad de daños y perjuicios al optarse por la resolución y la imposibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación específica cuando se iba por el camino de la resolución. Así, se ha señalado que:

[S]e derivan todos los rasgos peculiares que caracterizaban la resolución. El primero y más típico era su incompatibilidad con la exigencia de daños y perjuicios (§§ 325-326 BGB). (...) Un segundo elemento característico de ese modelo era la absoluta limitación del *ius variandi* de

34 La jurisprudencia inglesa ha acuñado ciertas frases que describen el incumplimiento sustancial: la más típica, tal vez, es la que califica por tal al que “priva al acreedor de sustancialmente la totalidad del beneficio que se pretendía que obtuviera” (*deprives the claimant of substantially the whole benefit which it was intended he should obtain*); pero también se usan otras fórmulas, tales como “el que afecta a la raíz del contrato” (*goes to the root of the contract*), es “fundamental” (*fundamental*) o “frustra el propósito comercial de la empresa” (*frustrate the commercial purpose of the venture*). (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 208)

la parte contractual inocente que hubiese declarado el contrato resuelto. (...) la parte que había optado por la resolución no podía luego retractarse –como sí cabe en el sistema judicial francés– y exigir daños y perjuicios o un posible cumplimiento específico. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 122)

La definición de resolución en el Derecho alemán ha sido comentada con rigor como:

[U]n remedio al incumplimiento que opera una transformación del contrato, extinguiendo con efectos *ex nunc*, es decir, en el momento del ejercicio de la resolución, los deberes de prestación primarios nacidos del contrato, y convirtiendo este en una relación jurídica que obliga a la **liquidación de los desplazamientos patrimoniales hasta entonces realizados**. La resolución, por tanto, no extingue la relación contractual, sino solo el “programa contractual previsto por las partes” (el resaltado es nuestro). (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 127)

Se complementa lo indicado manifestando que:

[L]a resolución se configura como un derecho potestativo, de ejercicio extrajudicial, que se efectúa mediante declaración de voluntad recepticia (§ 349). Por eso, efectuada la opción por la resolución, resulta ya imposible variar la elección y pretender otro remedio alternativo –la ejecución *in natura* o un resarcimiento de daños y perjuicios que incluya el valor de la prestación de la otra parte–. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 127)

¿Qué dice Hiestrosa?



La pretensión resolutoria por incumplimiento va, pues, sobrevenida en el contrato de prestaciones correlativas. La resolución es una medida definitivamente liberatoria del contratante cumplido.

En el **Derecho francés**:

[S]e puede considerar que hay tres sanciones del incumplimiento. En primer lugar, se trata del cumplimiento forzoso de la obligación (...). En segundo lugar, el acreedor puede invocar resolución del contrato que tiene como efecto la desaparición de este, retroactivamente o solo para el futuro cuando no se puede mermar los efectos de los contratos con ejecución sucesiva. En principio, es el juez que decide resolver el contrato, lo que supone una demanda del acreedor. Se trata de una resolución judicial en la cual el juez tiene un poder de apreciación para resolver o no. Sin embargo, las partes en el contrato pueden estipular un pacto comisorio y también la jurisprudencia francesa reciente admite una resolución unilateral en ciertos casos. En tercer lugar, cuando el deudor no cumplió con su obligación, el acreedor tiene derecho a demandar al juez que condene el deudor a pagar daños y perjuicios³⁵. (Larroumet, 2016, pp. 419-420)

35 La resolución por incumplimiento, tal como es concebida por el art. 1.184 del Código Civil francés, y sigue siendo explicada por la doctrina de este país, destaca por su carácter judicial. El propio texto del art. 1.184 lo declara así terminantemente en su párrafo tercero: *La résolution doit être demandée en justice*. Dado que la resolución tiene carácter judicial, y la sentencia naturaleza constitutiva, el contratante inocente tiene una amplísima facultad de modificar su pretensión inicial, de forma que, en tanto que no haya habido sentencia firme, puede renunciar a su petición inicial de cumplimiento específico o de resolución, exigiendo el remedio alternativo. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 116)

En cuanto a los efectos en el sistema francés, se ha señalado que:

[E]n cuanto a los efectos de la resolución, la idea todavía dominante entre los autores franceses puede resumirse en las siguientes palabras del manual de Terré, Simler y Lequette: “el contrato resuelto se considera como si jamás hubiera sido concluido”. En consecuencia, se han de aplicar las reglas restitutorias propias de la nulidad, pues se entiende que la resolución por incumplimiento opera, lo mismo que la condición resolutoria expresa, la extinción retroactiva del contrato³⁶. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 117)

1. La resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación, por imposibilidad sobrevenida y una aproximación al equilibrio contractual y a los llamados “remedios para la sobrevenida”

Acerca de la **excesiva onerosidad de la prestación** como argumento para la resolución del contrato, se ha señalado que:

[S]egún la orientación contraria, y hoy prevalente, la excesiva onerosidad sobrevenida puede ser invocada solamente como fundamento de una demanda de resolución, de conformidad con el art. 1467 del CC, y no como mera excepción para contrastar la demanda de cumplimiento de la otra parte, en la medida que se encuentre encaminada a conseguir un pronunciamiento exorbitante al mero rechazo de la demanda de cumplimiento. (Gabielli, 2013, p. 410)

En este sentido se ha señalado que:

(...) es una declaración de voluntad dirigida a otro contratante, para la modificación del contrato con asunción de nuevas obligaciones, y al juez, en el caso de que aquel no acepte. Solo ocasionalmente es formulada en el proceso, pero podría útilmente adelantarse y operar incluso extrajudicialmente y obtener éxito aun independientemente de la resolución del juez. Su realización permanece en el plano negocial y no contrasta con el interés del propio actor que ha accionado en juicio, del cual puede importar la realización y la satisfacción manteniendo en vida el contrato en actuación del conocido principio de la conservación del contrato. (Gabielli, 2013, p. 417)

Sobre la prevalencia de la oferta de la parte que invoca la excesiva onerosidad de la prestación y la modificación del contrato en equidad, no existiría la posibilidad del órgano judicial para declarar la excesiva onerosidad en el propio proceso por que ya se ha llegado a una situación de equilibrio y equidad en la oferta planteada extrajudicialmente. En este sentido, la doctrina que vengo siguiendo señala que:

(...) desde tal perspectiva se sostenía que si el actor (en rescisión o en resolución) acepta la oferta, el contrato resulta modificado, puesto que un nuevo contrato se sustituye al precedente, pero inclusive si no la acepta la ley dispone que el juez ya no puede pronunciar la rescisión siempre que la oferta sea suficiente para reconducir el contrato a equidad. Vale decir

36 Después de observar la insistencia de los autores franceses en los efectos extintivos *ab initio* de la resolución, y la eficacia equiparada a la nulidad que le atribuyen, podría pensarse que Derecho francés excluye cualquier pretensión de daños y perjuicios que vaya más allá del interés contractual negativo, es decir, la reposición de la parte inocente en la misma posición que tendría si el contrato no se hubiese efectivamente celebrado. Sin embargo, no es así, con un eminente espíritu práctico, y con el apoyo del propio texto del art. 1.184, que prevé la indemnización de unos *dommages et intérêts*, la doctrina y la jurisprudencia francesa no han dudado en ningún momento que el contratante que ejercita la resolución tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios (interés contractual positivo) que el incumplimiento le ha provocado. (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 119)

que el juez, a fin de pronunciar la rescisión, ya no puede juzgar la equidad del contrato según el contenido originario, sino según el contrato tal como resulta modificado por la oferta. Por lo tanto, si la oferta es equitativa basta por sí sola para modificar el contrato, de modo que si el juez reconoce la equidad debe rechazar la demanda de actor. (Gabrielli, 2013, p. 418)

2. Teoría de la naturaleza procesal de la oferta de modificación del contrato

Esta teoría, aplicable a la excesiva onerosidad de la prestación como presupuesto para modificar o extinguir el contrato, señala que tal oferta tiene un contenido procesal, pues:

(...) en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir a la equidad el contrato, evitando su rescisión o resolución; la iniciativa de la revisión queda entonces siempre remitida a la parte y el juez interviniente solo para actuarla como resultado del ejercicio de un derecho. (Gabrielli, 2013, p. 421)

En cuanto a la jurisprudencia italiana, se ha indicado que:

[E]n la opinión de los Tribunales, la oferta tiene naturaleza procesal. (...) El recorrido interpretativo, suscrito a decir verdad por un hecho concreto (*fattispecie*) en materia de rescisión, parte de una consideración de la letra empleada por la norma (que, en realidad, ya sea en materia de rescisión: art. 1450 c.c., ya sea en materia de resolución: art. 1467, inciso 3 c.c., es idéntica en la formulación) “puede evitar la rescisión” para deducir de ello que la ley confiere a la parte el poder de evitar la rescisión del contrato a través de una modificación suficiente

¿Qué dijo Vattier?

La indemnización es una deuda de valor que se añade eventualmente al equivalente pecuniario y desaparece si el acreedor satisface su interés por otros medios, como puede ser el pago hecho por un tercero; a la vez que exige una prueba independiente y, en su caso, una tasación judicial separada de la pretensión por la obligación incumplida.

para reconducirlo a equidad. Y si se trata de un poder la contraparte se encuentra, frente a este, en situación de sujeción, en la situación de necesidad de sufrir la modificación del contrato, con el consiguiente impedimento de la rescisión. (...) En la interpretación de la norma del art. 1450 c.c., debe darse importancia esencial a la proporción principal de la frase, al “puede evitar la rescisión”, es decir al poder; mientras que la otra proposición conexas y subordinada –“ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a equidad”– viene a significar, en otros términos, que la parte debe ejercer el poder declarando estar dispuesta a asumir aquellas prestaciones más onerosas que sean suficientes para reconducir el contrato a la equidad. (Gabrielli, 2013, p. 421)

Se aprecia que la casuística o la doctrina procesal italiana argumenta que la oferta para modificar el contrato basándose en los cambios producidos que hacen onerosa la prestación tiene naturaleza procesal y no sustantiva, por lo que es necesario establecer un diálogo entre la doctrina sustantiva y la adjetiva. En ese sentido se ha señalado que:

(...) en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir el contrato a la equidad, evitando su resolución. La iniciativa de la revisión queda entonces siempre asignada a la parte y el juez interviene solo para efectivizarla como resultado de ejercicio de un derecho. (Gabielli, 2013, p. 423)

Se considera que la sentencia que declara fundada la oferta de alteración del contrato para hacer prevalecer el equilibrio contractual tiene carácter declarativo, mas no constitutivo, pues es la parte la que propone la iniciativa para alterar los términos contractuales en búsqueda de la equidad y de evitar la resolución del contrato, y el juez o árbitro se encargará de “efectivizar el ejercicio de ese derecho”.

Otro aspecto importante en donde el juez cobra mayor protagonismo es la llamada *reductio*, que “en el plano de la valoración y solución del conflicto de los intereses contrapuestos el legislador, en tutela del interés del demandado en no perder la contraprestación, ha querido atribuir al juez el poder de modificar el contrato a través del procedimiento de la *reductio*” (Gabielli, 2013, p. 429). Así, “en presencia de una oferta genérica, el juez se convierte entonces en un mediador de intereses particularmente calificado, en la medida que no interviene **sobre** el contrato, integrando su contenido, sino que interviene en aras de la salvación y composición del conflicto de intereses regulados **en el** contrato” (Gabielli, 2013, p. 429).

Sobre la equidad, aplicada a la modificación de los términos contractuales, en posición que comparto se ha señalado lo siguiente:

El término equidad empleado por la norma podría en efecto inducir a pensar que en este caso el juez opera mediante el recurso a la **equidad integradora**; de modo que resulta necesario precisar cuál es la reglamentación de los poderes que el legislador ha querido atribuir al intérprete con la referencia a tal concepto. El art. 1467 (al igual que la análoga disposición a que se refiere el art. 1450) c.c., se refiere a la equidad como un criterio técnico y no atribuye al órgano judicante ningún tipo de discrecionalidad, de modo que en el hecho jurídico hipotético (*fattispecie*) no es posible hallar un verdadero y propio juicio de equidad, ni menos aún una hipótesis de equidad integradora, puesto que el término en este caso no significa “justicia en relación al caso concreto, sino **equilibrio entre las prestaciones**”³⁷. (Gabielli, 2013, p. 429)

3. El desequilibrio contractual y sus diversas manifestaciones. La modificación o la resolución del contrato ante circunstancias imprevistas

En el acápite anterior hablamos del desequilibrio de las prestaciones como presupuesto para la modificación de los términos o del programa contractual. Efectivamente, consideramos necesario ahondar en esta materia que ha tenido poco desarrollo en nuestro país y que permite advertir un cambio o variación en los aspectos contractuales o inclusive puede llegarse a la extinción de los efectos del contrato. Existen varias maneras o

37 En la lectura de la Corte Suprema las condiciones del contrato deben ser restituidas a una “justa relación de intercambio, con las consecuencias de que la contraprestación debe ser equiparada, en cuanto sea posible, a los valores de mercado, de modo que sea eliminado el desequilibrio económico y las prestaciones sean reconducidas a una plena equivalencia objetiva” (Cass., 9 de octubre de 1989, n. 4023, *Giurisprudenza italiana*, Turin, 1990, núm. 1, parte 1, p. 994, con nota de Sica). (Gabielli, 2013, p. 429).

¿Qué dijo Larroumet?

El acreedor puede invocar la resolución del contrato, que tiene como efecto la desaparición de este, retroactivamente o solo para el futuro, cuando no se pueden mermar los efectos de los contratos con ejecución sucesiva.

formas en que el programa contractual puede modificarse o resolverse, y estas formas o, mejor dicho, situaciones que inciden en el programa contractual pueden manifestarse al inicio o durante la ejecución del contrato. Con acierto se ha señalado que:

[D]urante la ejecución (del contrato) presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobrevenida contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso. (Chamie, 2008, pp. 113-114)

En los diversos sistemas jurídicos comparados:

[L]a adaptación del contrato al cambio de las circunstancias se designa con las expresiones *imprévision*, *révision du contrat*, *bouleversement du contrat*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *excessiva onerosità*, *frustation*, *contract adaptation*, respectivamente en Derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. En el Derecho del comercio internacional se usan las expresiones *hardship* o *major*

economic dislocation; sin embargo, todas estas expresiones no son sinónimas y, en ocasiones, dan lugar a grandes divergencias. (Chamie, 2008, p. 124)

No interesa el motivo que ha originado la desproporción entre las prestaciones, sino que ante la identificación de tal desproporción determinar la adecuación del programa contractual.

Ante circunstancias nuevas que modifican el contexto en el que se debe ejecutar la prestación se ha señalado que:

[P]or su parte, en los casos de desequilibrio sobrevenido resulta de mayor complejidad el instrumento revisorio, puesto que los eventos sobrevenidos han alterado profundamente la economía de la operación siendo así que el valor inicial de las prestaciones, si bien correcto, no resulta equitativo frente a las nuevas circunstancias que rodean la ejecución, de manera que la revisión del contrato asume aquí más bien la forma de adaptación al cambio sobrevenido de las bases del negocio. En estos casos la parte afectada puede: 1) pedir directamente la revisión del contrato (art. 868 C. Co.) o la forma de renegociación o adecuación (§ 313 (1) BGB; art. 6.2.3. Unidroit); 2) o de reducción o aumento de la prestación (art. 1440 C. C. Perú); 3) o puede pedir directamente la resolución, que podrá ser evitada, también aquí, con oferta de modificación equitativa por parte del demandado (art. 1467 C. C. ital.; arts. 581 C. C. boliv.; arts. 478 y 479 C. C. bras.). (Chamie, 2008, p. 135)

4. La respuesta norteamericana. La *impossibility*, la *impracticability* y la modificación o resolución contractual

En cuanto a las diferencias entre el sistema norteamericano y el inglés referidas a las causales sobrevinientes a la celebración del contrato que lo pueden modificar o resolver,

**Comentario relevante
del autor**



Existen varias maneras o formas en que el programa contractual pueda modificarse o resolverse, y estas formas o, mejor dicho, situaciones que inciden en el programa contractual pueden manifestarse al inicio o durante la ejecución del contrato.

se ha señalado bajo una visión comparatística que:

[E]l modelo estadounidense se caracteriza por ser menos rígido que el modelo inglés en la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* y la consiguiente intangibilidad del contrato. Por ello, mientras en el *common law* inglés las cortes no se cansan de señalar que no tienen el poder de modificar el contrato (dando así soluciones que no llegan a ser equitativas a causa del binomio cumplimiento o resolución), en caso de eventos sobrevenidos que alteren el equilibrio de la operación, en el *common law* estadounidense, caracterizado por la atenuación del mencionado principio, tiene gran relevancia la constante búsqueda por parte del juez (como *rule maker*) de mecanismos que le permitan llegar a soluciones más equitativas para una apropiada distribución del riesgo derivado de eventos sobrevenidos no imputables a los contratantes. (Chamie, 2010, p. 97)

Acerca de la distinción entre la *impossibility*, la *impracticability* y su incidencia en la *frustration* se ha señalado con erudición que:

Sobre la huella de la *doctrine of frustration of contract* elaborada originalmente en área británica, se forma en

el *common law* estadounidense el concepto de *impracticability*, aplicado en las decisiones sobre casos de imposibilidad sobrevenida. Conviene afirmar desde un principio, que el *common law* estadounidense considera las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis en las que el juez califica una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral y determina su alcance respecto de un específico evento sobrevenido; en términos generales, la *impossibility* comprende los supuestos tradicionales ya analizados en el área británica de la *destruction of the subject-matter*, la *supervening illegality* y la *death or illness* del deudor, casos en los cuales desaparece un estado de cosas cuya *continued existing* constituía una *precedent constructive condition* de la obligación del promitente. Sin abordar aquí en detalle la evolución jurisprudencial de la *impracticability*, debe recordarse cómo la idea de inexigibilidad, que permitía desvincularse del rigor de la imposibilidad como única causa eximente de responsabilidad, maduró en el área de *common law* estadounidense gracias a la atención de las cortes sobre las repercusiones económicas que rodean la ejecución del contrato, haciendo uso del método casuístico propio de la jurisprudencia. En el modelo estadounidense no hay duda de que la *impossibility* conduce siempre a una *frustration* del contrato, en cuanto que no es posible alcanzar el objetivo de obtener la prestación. Sin embargo, no todos los casos de *frustration* se deben a una *impossibility*; en efecto, en muchos casos lo que desaparece es la posibilidad de usar el bien o la prestación objeto del contrato de manera ventajosa, como aquellos casos en los cuales un cierto evento, sin destruir totalmente el objeto y por ello sin generar una imposibilidad de la prestación, hace más bien que esta sea

inútil respecto de la finalidad que se esperaba con su ejecución³⁸. (Chamie, 2010, p. 97)

En cuanto a la liberación del deudor por una circunstancia exógena sobrevenida que hace impracticable o imposible el cumplimiento de su prestación y un eventual resarcimiento al acreedor por una frustración de expectativas, tomando como instrumento metodológico al análisis económico del Derecho, se ha indicado autorizadamente lo siguiente:

Como hemos señalado, tanto la *impossibility* como la *frustration* producen la *discharge* del deudor, esto es, su excusa por el incumplimiento de la prestación y de la condena en daños, además de estar legitimado para la restitución. En los dos modelos se tiene en cuenta la relevancia práctica de cada uno de los remedios, concebidos como *defenses* del deudor demandado en juicio. Una cuestión de mayor complejidad surge en cuanto al daño resarcible, pues bien sea que se trate de *impracticability* o de *frustration* el efecto es la liberación del deudor, parte de la doctrina ha señalado que el *discharge* tiene algunos efectos patrimoniales que lo caracterizan como mecanismo de compensación monetaria, lo que indicaría la necesidad de tratar el remedio a la luz del incumplimiento, mediante una valoración eficiente del daño y su reparación conforme a ciertas reglas del

análisis económico del Derecho. En verdad, si se aceptan reglas del análisis económico del Derecho, el incumplimiento del contratante afectado por el evento sobrevenido debería sancionarse con su condena al resarcimiento del daño por la desilusión de la expectativa del acreedor (*expectation damages* o *expectation damages rule*), así mismo, el incumplimiento deberá aceptarse cuando se muestre eficiente, esto es, cuando el costo de la prestación resulte superior al valor que el acreedor le atribuye, en los demás casos deberá afirmarse el *performance as agreed*. Pero, si realmente se piensa que no es posible dar una respuesta jurídica a la elección entre exención de responsabilidad del deudor incumplido o su condena en daños, se debe entonces indagar en el comportamiento de las partes respecto del riesgo. Asumen así especial importancia en las decisiones jurisprudenciales las nociones de *reliance interests*, *down payment* y *expectation interests* propias de la disciplina del resarcimiento del daño. (Chamie, 2010, p. 119)

5. El interés contractual positivo y el interés contractual negativo en el Derecho angloamericano

Históricamente:

[L]a distinción entre interés contractual positivo y negativo como criterio de

38 La distinción entre *impossibility* e *impracticability* se ha explicado señalándose que:

[L]a regla de la ilicitud sobrevenida en el modelo estadounidense se amplía más allá de la imposibilidad absoluta de la prestación, asumiendo que el deudor sería liberado igualmente en los casos en los que podría materialmente cumplir su obligación si decidiese ejecutar un acto ilícito; esta concepción contrasta con el modelo inglés y de ella parte la sustitución del término *impossibility* como base de la doctrina, con el de *impracticability*, de matriz subjetiva y que debe ser considerado en cada caso concreto. Los casos de muerte del deudor o de su incapacidad para ejecutar la prestación, son considerados igualmente hipótesis de *impracticability*; también en estos casos la jurisprudencia ha interpretado con elasticidad el concepto de imposibilidad llegando a considerar que si bien la obligación *intuitu personae* se refiere a la persona del deudor, en ocasiones ese *intuitu* puede tener como objeto también la identidad del acreedor o de un tercero. En cuanto a la imposibilidad de ejecutar la prestación a causa de la destrucción del bien objeto del contrato, la jurisprudencia ha seguido el precedente inglés del caso Taylor v. Caldwell, solo que los jueces ingleses lo han aplicado exclusivamente a los casos de imposibilidad absoluta física o jurídica, los jueces estadounidenses, en cambio, han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica que se definen con el modelo de la *commercial impracticability*. (Chamie, 2010, p. 101)

evaluación del daño indemnizable por incumplimiento de contrato parece provenir del *common law*. Ella aparece en el clásico artículo de Lon Fuller y William Perdue, *The reliance interest in contract damages*, (...). Fuller y Perdue distinguen tres clases de intereses indemnizatorios por incumplimiento de contrato: el *expectation interest*, o interés contractual positivo; el *reliance interest*, o interés contractual negativo; y el *restitution interest* o interés restitutorio. Fuller y Perdue estiman que los perjuicios basados en el *expectation interest* consisten en “colocar al demandante en una posición similar como si el demandado hubiera cumplido su promesa”. El *reliance interest* tiene por “objeto colocarlo [al demandado] en una posición similar como lo estaba antes de que la promesa se hubiese celebrado”. Por último, el interés restitutorio tiene por objeto evitar que el contratante incumplidor obtenga una ganancia o beneficio por el efecto de la inejecución del contrato³⁹. (Contardo, 2011, pp. 85-86)

En cuanto al **interés en el sistema del Derecho continental**, se ha señalado que:

A partir de Ihering se viene distinguiendo doctrinalmente entre dos intereses lesionables contractualmente:

- El llamado **interés positivo o de cumplimiento** (*Erfüllungsinteresse*), que alude a la valoración económica de la utilidad que ofrece la prestación para el acreedor, el interés a todo lo que tendría si el negocio fuese plenamente válido y cumplido. Aquí se compara la situación de incumplimiento con la situación en que el acreedor se encontraría si se hubiera producido el cumplimiento en tiempo y forma, sin defectos. Por eso también se denomina *interesse post contractum*.
- El denominado **interés negativo o de confianza** (*Vetruaueninteresse*), que designa el coste de no recibir tal utilidad, los gastos contractuales frustrados, la pérdida de expectativas que se abandonaron al optar por la celebración de un contrato que luego ha resultado fallido. La situación de incumplimiento se compara entonces con la que tendría el acreedor si no hubiera celebrado el contrato, lo que motiva también la denominación *interesse ante contractum*⁴⁰. (Llamas, 2016, pp. 171-172)

39 Ante el incumplimiento del deudor de una de sus obligaciones en un contrato bilateral, en principio, dos son los remedios que se activan frente a este: la pretensión de cumplimiento y la resolución del contrato. (...) Tratándose de la resolución por incumplimiento hay dos remedios que se acumulan: por una parte, tiene lugar la extinción de las obligaciones pendientes (artículo 1568 N° 9 [del Código Civil chileno]), o bien, si el acreedor cumplió, las restituciones mutuas previstas en los artículos 1487 y 1488 del Código Civil, y además procede la indemnización de perjuicios (“con indemnización de perjuicios”) (...). Así, entonces, el remedio extintivo o restitutorio tiene por objeto colocar al acreedor en la posición que tendría dicho contratante como si no hubiese contratado, es decir, el remedio restitutorio protege el interés negativo, si bien el derecho restitutorio no tiene una función indemnizatoria. La cuestión a resolver es si la indemnización que acompaña al efecto extintivo/restitutorio debe igualmente cubrir el interés negativo; o bien, al contrario, debe proteger la expectativa de cumplimiento del contrato. (Contardo, 2011, pp. 96-97)

40 En el sentido expresado se ha señalado que:

En resumidas cuentas, y con los riesgos y limitaciones de toda simplificación, podemos afirmar que la prestación del equivalente pecuniario satisface el interés común, *circa rem*, positivo y genérico del acreedor. Mientras que la indemnización de daños y perjuicios atiende al interés singular, *extra rem*, negativo y distinto al de prestación. Intereses distintos que, por lo tanto, reclaman la instrumentación de remedios también diferentes al servicio del acreedor. (...) A nuestro juicio, la señalada falta de diferenciación entre los distintos intereses que tiene protegidos al acreedor y, de manera especial, la falta de distinción entre equivalente económico de la prestación debida y la indemnización de los posibles beneficios frustrados, da lugar a que nuestro Derecho contractual incurra inconscientemente en la contradicción de tener en cuenta el primer criterio mientras no sobrevenga el incumplimiento, o mientras sea posible el cumplimiento en forma específica aunque sea por ejecución forzosa, y, en cambio seguir el segundo cuando la obligación sumida ha de quedar convertida en una suma de dinero representativa de una indemnización. (Llamas, 2016, p. 180)

IV. La responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. Breve análisis comparado

Se ha señalado por autorizada doctrina italiana que:

[E]ntre los temas de mayor importancia que se han afrontado predomina el del resarcimiento del daño por incumplimiento contractual, el cual, al constituir un tema central en la teoría del contrato, de la responsabilidad y del daño, sirve para dar un nombre a las cosas de conformidad con las categorías empleadas por doctrina y jurisprudencia de la Europa continental. (Alpa, 2015, p. 194)

Para estudiar la responsabilidad contractual, propiamente por inejecución de obligaciones, se ha señalado con absoluta autoridad que:

[L]a historia siempre reporta alguna utilidad, sin embargo, en este campo se hace absolutamente imprescindible, ya que nos explica el origen de los términos y principios utilizados en la actualidad en las distintas experiencias, así como el arraigo de convicciones, prejuicios y diferencias que obstaculizan la identificación de líneas comunes, de soluciones cercanas y de modelos normativos que pueden ser compartidos⁴¹. (Alpa, 2015, p. 195)

Por ejemplo, sobre resarcimiento e indemnización se ha indicado:

No todo resarcimiento del **valor** constituye **indemnización**. Así, ante la pérdida del objeto, algunas veces solo hay que resarcir el valor que el objeto tenga para todos, el valor común, el *pretium*

¿Qué dijo Chamie?

En los casos de desequilibrio sobrevenido resulta de mayor complejidad el instrumento revisorio, puesto que los eventos sobrevenidos han alterado profundamente la economía de la operación, siendo así que el valor inicial de las prestaciones, si bien correcto, no resulta equitativo frente a las nuevas circunstancias que rodean la ejecución.

commune; pero corrientemente se ha de prestar el interés, o sea la indemnización y, por tanto, el valor que el objeto tenga para la persona perjudicada, *pretium singulare*, que con frecuencia es superior al valor común. (Llamas, 2016, p. 163)

1. La responsabilidad civil en la tradición del Derecho Romano

Al estudio de la responsabilidad contractual en el **Derecho Romano clásico**:

(...) se han dedicado, entre otros, ilustres juristas como Jhering, Mommsen y Kaser: el deudor está obligado a cumplir, y si no cumple, su condena se hace inevitable; no obstante, el Derecho Romano presenta diversas condenas dependiendo de la fórmula aplicada. La más frecuente entre las acciones *ex stipulatu* y las *ex testamento certi* era la *quanti ea res est*, correspondiente al mero valor de la cosa que debía ser entregada; por su parte, en la *buena fidei iudicia* predominaba el interés del

41 Con respecto a algunas diferencias entre los sistemas se señala que:

[E]n el *common law* se admite que el deudor pueda elegir entre cumplir el contrato o resarcir el daño causado por el incumplimiento, mientras que en las experiencias continentales el incumplimiento voluntario es sancionado con el deber de resarcir, además, el daño imprevisible. (Alpa, 2015, p. 196)

acreedor (*id quod interest*) y la condena consistía en el *quidquid (...) daré facere oportet*. Ya por aquel entonces se diferenciaba el interés, según los casos, en el interés positivo (consistente en la ventaja económica que habría adquirido el acreedor si el contrato hubiese sido cumplido), y en el interés negativo (consistente en la colocación del acreedor en la situación anterior a la celebración del contrato). (Alpa, 2015, p. 197)

La teoría del resarcimiento contractual es moderna, pues en el Derecho Romano clásico no existía como tal, sino que se buscaba la restitución del bien o de su valor comercial. Efectivamente:

[F]ue la jurisprudencia la que determinó que en ciertas acciones, el juez, en base a estas fórmulas, debe ordenar el resarcimiento. El resultado de la acción era otro: específicamente, la restitución, la recuperación del precio comercial de la cosa, o la recuperación del valor de la cosa. “(...) Por lo tanto, la teoría del resarcimiento del daño es de origen y caracteres modernos” (...). Entonces, de la manipulación de las reglas del Derecho Romano nacerán las modernas reglas de resarcimiento del daño⁴². (Alpa, 2015, p. 198)

En el caso de **Francia**, entre los juristas franceses clásicos se ha señalado que:

[D]ado que los juristas franceses contemporáneos se preguntan por el significado de esta endiada y se cuestionan si se debe diferenciar los daños, de los intereses, puede resultar útil aclarar que la expresión “intereses”, usada por los romanos, no se refería a los intereses dinerarios, sino, como se ha precisado, al interés del acreedor, es decir, al bien de la vida al cual tiende su pretensión. (Alpa, 2015, p. 201)

Así:

Domat, con bastante claridad y simplicidad, nos dice que quien no cumple las convenciones está obligado a pagar daños e intereses a favor de la otra parte, “según la naturaleza de la convención, la calidad de la inobservancia y las demás circunstancias”. Sin embargo, en otra sección (la sexta) de esta parte, Domat agrega que la resolución por falta de ejecución de la prestación comprende las restituciones y el resarcimiento de los daños e intereses. (Alpa, 2015, p. 201)

Asimismo:

Pothier, en su *Traité des obligations selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, explica que se denomina *dommages et intérêts* a la pérdida que alguien ha sufrido y la ganancia que ha dejado de obtener⁴³. (Alpa, 2015, p. 202)

42 Históricamente se ha señalado que:

[A]demás de la regulación local (con la que se regulaba las relaciones entre particulares a través de los estatutos), se debe tomar en consideración el derecho longobardo y el derecho canónico, los cuales también tuvieron incidencia en la evolución del Derecho Civil. Según una reconstrucción, en el periodo intermedio se habían propuesto tres interpretaciones distintas de la fórmula *id quod interest*: i) el valor de la prestación, tal cual había sido acordado por las partes; ii) el valor de mercado de la prestación (es decir, de la cosa o del servicio); y, iii) el valor atribuido a la prestación por el acreedor. Entre los juristas más aclamados, Azzone identificaba el *id quod interest* con el hecho mismo del daño provocado al acreedor, por el ilícito de la contraparte o de un tercero. Por el contrario, Jacques de Révigny, criticando esta noción de daño, consideraba que el *id quod interest* no era un hecho (es decir, la privación patrimonial objetiva sufrida por el acreedor), sino más bien la cuantificación del daño, determinado por el incumplimiento, en la perspectiva de la tutela del interés del acreedor (interés **singular**). (Volante como se citó en Alpa, 2015, p. 198)

43 Así:

[E]s casi natural asociar el daño emergente con *dommages*, y el lucro cesante con *intérêts*. Asimismo, Pothier hace referencia a los diversos tipos de obligaciones, y hace hincapié en la “moderación” de la cuantificación de los daños

Así pues, “de estas simples fórmulas nacen las reglas sobre las cuales se yergue aún hoy todo el Derecho continental” (Alpa, 2015, p. 202). La doctrina francesa contemporánea nos refiere los remedios ante el incumplimiento, siendo el primer el cumplimiento forzoso la obligación; luego, la resolución del contrato; y, en tercer lugar, la indemnización de los daños y perjuicios (Larroumet, 2016, pp. 419-420). Sobre la responsabilidad civil contractual, la doctrina francesa autorizada señala: “En realidad, la ejecución por equivalencia del contrato, no tiene ningún sentido por ella misma, sino que se trata de la responsabilidad civil y, por consiguiente, de la responsabilidad contractual” (Larroumet, 2016, p. 421)⁴⁴. Se ha señalado sobre la posibilidad de acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual que:

El Derecho comparado demuestra que, en algunos sistemas jurídicos, la responsabilidad extracontractual tiene vocación al resarcimiento de un daño contractual. Es la solución del *common law* y del Derecho alemán, por ejemplo. El Derecho

francés no es favorable a una tal solución. Es cierto que no hay ninguna disposición general de la ley que prohíba expresamente la intervención de la responsabilidad extracontractual en materia contractual. Es una solución de la jurisprudencia, conocida bajo la apelación de principio de no acumulación de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual⁴⁵. (Larroumet, 2016, pp. 422-423)

Alpa (2015) señala que en el caso de los **modelos italianos** (1837, 1865, 1942):

(...) las fórmulas napoleónicas pasan a los códigos italianos preunitarios, en especial al Código Albertino de 1837 (art. 1237, 1240); y posteriormente al Código Civil italiano de 1865 (art. 1227). Por otra parte, en el texto del Código Civil italiano (1865) desaparece la endiádis daños e intereses, y se habla solo de daños, mientras que de intereses se habla en relación a las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero⁴⁶. (Alpa, 2015, p. 205)

imputados al deudor. Asimismo, se hace presente la conexión causal entre incumplimiento y daño, se hace necesario evaluar la culpa del deudor, la ausencia de causa de fuerza mayor y la previsibilidad del daño. Además, los daños imprevisibles pueden ser resarcidos solo en caso de dolo del deudor”. (Pothier como se citó en Alpa, 2015, p. 202)

44 Con respecto a los artículos que regulan la responsabilidad contractual en Francia se ha indicado:

Así es el caso, en primer lugar, del artículo 1147 en virtud del cual “el deudor es condenado al pago de daños y perjuicios por motivo del incumplimiento de la obligación o de la mora en el cumplimiento cada vez que no justifica que el incumplimiento proviene de una causal extraña que no le es imputable”. La jurisprudencia siempre ha considerado este texto como la base de una verdadera responsabilidad civil en materia contractual. En efecto, este artículo no tiene sentido si no se apela a la responsabilidad civil. Así también el artículo 1148 enuncia que “no hay ningún daño y perjuicio cuando, por motivo de una fuerza mayor, un acontecimiento impidió al deudor que este cumpliera con su obligación”. La fuerza mayor, y de manera general, las causales extrañas de exoneración son propios a la responsabilidad civil y esto justifica la jurisprudencia favorable a la responsabilidad contractual. Por último, el artículo 1149 afirma que: “los daños y perjuicios debidos al acreedor corresponden, de manera general, a la pérdida sufrida por él y de la ganancia que no se realizó”. Este texto es el único del Código francés sobre la valoración del daño. Por eso es un texto que puede tener un valor general a toda responsabilidad civil, la extracontractual como la contractual. Efectivamente, la jurisprudencia lo aplica también en materia extracontractual, lo que demuestra que la ejecución por equivalencia es, en derecho positivo, una verdadera responsabilidad civil. (Larroumet, 2016, p. 422)

45 Sobre esto:

Este principio tiene un doble sentido. El primero es que el acreedor contractual no puede demandar al deudor el resarcimiento del daño sufrido por el incumplimiento de la obligación sobre el fundamento de la responsabilidad contractual y de la extracontractual en el mismo tiempo. Se trata de la acumulación en un sentido estrecho. El segundo sentido es que el acreedor no puede escoger entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Se trata de la denegación de una opción entre ambas responsabilidades. (Larroumet, 2016, p. 423)

46 A pesar de ello, doctrina y jurisprudencia continúan empleando tanto la expresión “daños e intereses” como la de “daños-intereses”. El Código prevé que, salvo pacto en contrario, los intereses por el retraso en el pago de una suma de dinero se calculan de acuerdo a la tasa legal (art. 1231). Los intereses deben ser pagados sin que sea necesario que el acreedor dé

Por su parte:

[E]l **Código Civil alemán** (cuya regulación de la materia está contenida en los §§ 241 y ss.) es aún más detallado y preciso. Así, en el § 249 se dispone que aquel que se encuentra obligado al resarcimiento de los daños debe restablecer el estado que habría existido si no se hubiese verificado la circunstancia que obliga al resarcimiento; en el § 252 se dispone que el daño comprende también al lucro cesante, y por tal debe entenderse el lucro que podía esperarse de manera probable según el curso ordinario de las cosas o según las circunstancias especiales, en especial, según las medidas y las precauciones tomadas; y en el § 253 se dispone que el daño no patrimonial puede ser resarcido únicamente en los casos determinados por la ley. La ubicación de esta materia se encuentra en las relaciones de débito⁴⁷. (Alpa, 2015, p. 205)

En los comentarios a la modernización del Derecho alemán de obligaciones se ha informado sobre **la infracción culposa del deber de protección**, señalando que:

(...) como se quiere que la norma central y uniforme de responsabilidad del nuevo derecho de la indemnización por daños y perjuicios sea el artículo 280 I, según la cual el deudor está obligado a la indemnización por daños y perjuicios cuando ha infringido de manera responsable (de manera culposa, art. 276) una obligación de la relación obligacional. “Una obligación de la relación obligacional” es todo deber de protección (deber objetivo de cuidado) contractual (art. 241 II) o precontractual (art. 311), cuya violación fundamenta la antijuridicidad de la infracción al contrato (injusto típico objetivo). En su estructura, el artículo 280 copia el tipo delictivo del artículo 823 II: la infracción necesaria en el artículo 823 de

alguna justificación. En todo caso, el daño a ser resarcido resulta del interés positivo. Muy distinto es el tratamiento en el Código Civil austriaco de 1811 (1816, en las provincias italianas), en el cual se precisa, en el § 912, que “en ocasiones, el acreedor puede exigir al deudor, además de la deuda principal, las prestaciones accesorias. Estas consisten en las accesorias y frutos de la cosa principal; en los intereses acordados o a pagarse por la mora del deudor; en el resarcimiento del daño causado, o del monto que le corresponde al acreedor por no haberse cumplido debidamente la obligación; y, finalmente, en el importe que una de las partes hubiese estipulado para este caso”. Asimismo, en el § 1293, en materia de daño extracontractual, el lucro cesante se diferencia del daño, el cual corresponde según el curso ordinario de las cosas; y se diferencia además entre la indemnización (con la cual se resarce el daño emergente) y la reparación plena (con la cual se resarce también el lucro cesante); sin embargo, las dos voces no se encuentran unidas de manera indisoluble. En efecto, el § 1324 prevé el resarcimiento del lucro cesante solo en caso de dolo y de negligencia manifiesta. (Alpa, 2015, p. 205)

- 47 En las pandectas de Dernburg se precisa que, en caso de incumplimiento de obligaciones, el daño estará compuesto por dos voces: el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*, el primero de ellos determinable, mientras que el segundo debe ser determinado en una cantidad más o menos problemática: “la certeza no puede ser requerida, normalmente no puede ser alcanzada; tampoco son consideradas las simples ilusiones de una ganancia. El derecho no toma en consideración las fantasías; en otros términos, el acreedor debe demostrar haber tomado las disposiciones especiales que presentaban una esperanza fundada de obtener el lucro que alega haber perdido”. Sin embargo, no todos los problemas estaban resueltos. Precisamente, en los años anteriores a la nueva codificación (de 1942) surge el debate sobre la resarcibilidad del daño moral contractual. (Dernburg como se citó en Alpa, 2015, pp. 206).

En el supuesto histórico **italiano** se ha dicho

Aún en los años cercanos a la nueva codificación, Nicola Stolfi, autor de un ponderoso y afortunado tratado de Derecho Civil, encontraba la ocasión para escribir que la evolución del Derecho Romano había llevado a la “afirmación del principio según el cual, el deudor que no cumple su obligación, debe pagar al acreedor una suma de dinero equivalente al beneficio que habría obtenido con el cumplimiento exacto, efectivo y oportuno de la obligación. Y tal resarcimiento constituye precisamente los daños-intereses”. Por su parte, Giovanni Pacchioni afirmaba que “el *damnum emergens* está constituido por toda disminución de los bienes del acreedor, como consecuencia del incumplimiento; el *lucrum cessans* es todo valor que el titular del patrimonio habría podido obtener si su deudor hubiera cumplido mediante su actividad gestoria: todo lo que hubiera podido lucrar como consecuencia exclusiva o principal del aumento patrimonial que le habría reportado el cumplimiento que, en cambio, no se verificó”. (Alpa, 2015, p. 207)

una ley de protección (deber absoluto de protección) corresponde a la lesión de un deber relativo de protección “de la relación obligacional”; al requisito de la responsabilidad del artículo 823 II le corresponde el artículo 280 I 2. La formulación negativa del artículo 280 I 2 (correspondiente al art. 282 v.a.) pone en claro que el deudor tiene la carga de afirmar y probar que él no es responsable de la infracción del deber objetivo de cuidado (deberes de protección en el sentido del art. 241 II). Según el artículo 276 el deudor es en principio responsable por dolo e imprudencia; la nueva versión aclara: “(...) si una responsabilidad más estricta o más atenuada no está fijada ni resulta del resto del contenido de la relación obligacional, se podría deducir especialmente de la aceptación de una garantía o de un riesgo de provisión”. De esta manera, la responsabilidad del deudor puede ser atenuada excepto en casos de dolo (art. 276 III) o aumentada hasta la responsabilidad por caso fortuito (p. ej., art. 287) o hasta responsabilidad por garantía. (Ehmann, 2006, p. 46)

Sobre el fundamento de la pretensión por violación de la obligación positiva y la *culpa in contrahendo* se ha señalado que:

[E]n el nuevo sistema de derecho a la indemnización por daños y perjuicios, los deberes de protección de los artículos 241 II y 311 II se deben entender como “deberes de una relación obligacional” en el sentido del artículo 280 I, con la consecuencia que el artículo 280 I es el fundamento de los derechos de acción para los derechos de indemnización por la violación de la obligación positiva y *culpa in contrahendo*. Los reformistas están orgullosos de haber cerrado el vacío supuestamente existente en el Código Civil (BGB), según STAUB, con la reglamentación del artículo 280, el cual en verdad nunca existió. (Ehmann, 2006, p. 47)

Comentario relevante del autor



La teoría del resarcimiento contractual es moderna, pues en el Derecho Romano clásico no existía como tal, sino que se buscaba la restitución del bien o de su valor comercial.

Sobre los deberes de protección, que es un tema que hemos tratado en su momento, la exégesis alemana ha señalado que:

En el artículo 311 II se aclara además que tales deberes de protección no pueden surgir solamente por la firma del contrato, sino ya durante su negociación (Nº 1) o por relaciones jurídicas para la preparación del contrato (Nº 2) o por medio de otros contactos comerciales (Nº 3); también a favor de terceros (art. 311 III). (Ehmann, 2006, p. 48)

2. El resarcimiento en el sistema italiano actual

Para el análisis del **modelo italiano actual**:

La elección de los compiladores (con la unificación del Código Civil y del Código de Comercio italianos) fue la de ubicar las reglas sobre la materia en el ámbito del régimen jurídico de las obligaciones (art. 1223 y ss.), asignando reglas especiales adicionales al daño extracontractual (art. 2056-2059); por otra parte, el resarcimiento del daño moral, entendido en sentido estricto, se reconoce solo en caso de ilícito extracontractual. (Alpa, 2015, p. 49)

Sobre el resarcimiento y el lucro cesante:

[L]a jurisprudencia y la doctrina italianas han precisado, con cierto detalle, las amplias fórmulas que la tradición nos ha

transmitido: el acreedor debe ser puesto en la misma situación económica en la cual se habría encontrado si el hecho ilícito no se hubiese verificado; la suma liquidada debe ser equivalente al valor efectivo de la utilidad perdida; el lucro cesante está dado por la falta de incremento del patrimonio del acreedor, quien debe proporcionar al juez los elementos presuntivos sobre el empleo específicamente proyectado y concretamente pre-dispuesto que no se ha realizado. Es suficiente una previsión fundada y razonable, no la absoluta certeza de la obtención del lucro. (Alpa, 2015, p. 210)

En cuanto a los intereses, estos:

(...) se diferencian en moratorios, si derivan del retraso en el pago de una suma de dinero; retributivos, para resarcir al acreedor por la falta de utilización de la suma de dinero; y compensatorios, los que se deben al acreedor independientemente de los moratorios, con el fin de restablecer el equilibrio económico entre los contratantes⁴⁸. (Alpa, 2015, p. 210)

En cuanto al daño moral derivado de la responsabilidad contractual, es interesante comprobar que:

[E]n la actualidad, también se admite el resarcimiento del daño moral contractual, en caso de vacaciones arruinadas, *mobbing*, *stalking*, lesión de la imagen. En especial, se admite el resarcimiento del daño moral –subespecie del “daño existencial”– en el caso de responsabilidad médica, considerándose, en jurisprudencia, la subsistencia de una relación contractual entre médico y paciente, aunque

el médico sea dependiente de la estructura sanitaria. (Alpa, 2015, p. 210)

En cuanto a la inaplicación de los daños punitivos, se ha señalado por la doctrina autorizada que vengo siguiendo que “por otra parte, no se admiten los daños punitivos, ni siquiera en el ámbito de la responsabilidad extracontractual” (Alpa, 2015, p. 210).

De manera tajante Alpa (2015) concluye:

[P]or lo tanto, es incompatible con el ordenamiento italiano la institución de los daños punitivos que, por otro lado, no es ni siquiera referible a la resarcibilidad de los daños no patrimoniales o morales. Dicha resarcibilidad siempre está condicionada a la determinación del sufrimiento o de la lesión provocada por el ilícito, no pudiendo considerarse probada *in re ipsa*. Asimismo, se excluye la posibilidad de llegar a la liquidación de los daños en base a la consideración del estado de necesidad del damnificado o de la capacidad patrimonial del obligado. (Alpa, 2015, p. 212)

En cuanto a la incidencia del proceso inflacionario y su remedio mediante el resarcimiento por retardo en el pago que haya generado una pérdida por devaluación del valor del dinero, se ha señalado que:

[S]egún el sentido del artículo 1224 del Cód. Civ. It., “solo el reconocimiento a favor del acreedor, además de los intereses, del mayor daño que sea derivado de la imposibilidad de disponer de la suma, durante el periodo de la mora, en la medida en que el mismo acreedor deduzca y demuestre que un pago

⁴⁸ Para las deudas dinerarias, se excluye la acumulación de la revaluación monetaria y los intereses legales; de manera que, para obtener un monto mayor al de los intereses legales, el acreedor debe demostrar haber sufrido un mayor daño. La acumulación es aplicable a las deudas de valor, dado que la revaluación está dirigida a restablecer el patrimonio previo a la violación y los intereses tienen naturaleza compensatoria. (Alpa, 2015, p. 210)

oportuno lo habría puesto en capacidad de evitar o reducir aquellos efectos económicos empobrecedores que la inflación produce a cargo de todos los poseedores de dinero, puesto que los intereses moratorios concedidos al acreedor, según el primer párrafo del artículo 1224 Cód. Civ. It., tienen función resarcitoria, representando la restauración, de manera general, de la falta de disponibilidad de la suma adeudada⁴⁹. (Alpa, 2015, p. 212)

Desde una perspectiva del análisis económico del Derecho:

[E]n un trabajo reciente, escrito por uno de los más autorizados juristas italianos, Pietro Trimarchi volvió a analizar los problemas del daño contractual, recurriendo no solo a consideraciones de orden lógico y pragmático, sino que, además, de orden económico. En otros términos, la perspectiva de la cual el autor parte, en el ámbito de un análisis más amplio dedicado a los remedios puestos a disposición del acreedor por el ordenamiento en caso de incumplimiento del deudor, es que para resolver los problemas del resarcimiento del daño “es necesario analizar la función de la responsabilidad contractual; por lo tanto, tratándose de materia contractual, que corresponde a operaciones económicas”, se hace necesario verificar cómo “las reglas sobre la responsabilidad pueden influenciar en las

¿Qué dijo Alpa?

El acreedor debe ser puesto en la misma situación económica en la cual se habría encontrado si el hecho ilícito no se hubiese verificado; la suma liquidada debe ser equivalente al valor efectivo de la utilidad perdida; el lucro cesante está dado por la falta de incremento del patrimonio del acreedor, quien debe proporcionar al juez los elementos presuntivos sobre el empleo específicamente proyectado y concretamente predispuesto que no se ha realizado. Es suficiente una previsión fundada y razonable.

motivaciones de los operadores a fin de realizar resultados eficientes⁵⁰. (Alpa, 2015, p. 213)

En cuanto al interés negativo, el interés positivo, así como a la revaluación monetaria y los intereses derivados de esta, se ha señalado que:

(...) el autor se pregunta si en el Derecho italiano, el interés negativo es resarcible de manera alternativa al interés positivo. Es decir, si el acreedor, en lugar de

49 Otra orientación prevé, en cambio, que cuando el acreedor sea un empresario comercial y exista retraso en el pago, no sea necesaria la prueba del mayor daño equiparable a la devaluación monetaria, porque se presume que “en base al *id quod plerumque accidit*, si hubiese habido un cumplimiento oportuno, la suma debida habría sido utilizada en formas de empleo antiinflacionarias”. (Alpa, 2015, p. 212)

50 Las funciones de la responsabilidad contractual son múltiples: establecer una relación de confianza entre las partes, constituir un incentivo para el deudor, realizar el interés del acreedor. Desde este punto de vista resulta preferible la teoría que privilegia el resarcimiento del interés positivo, siendo difícil, casi en todas las circunstancias, dar la prueba del interés negativo. Según el autor “el incumplimiento no debe ser desalentado cuando procure al deudor incumplidor una ventaja superior al daño de la otra parte (incumplimiento eficiente), por ello, el resarcimiento no solo no debe ser inferior, sino que tampoco debe ser superior al interés positivo”. Esta conclusión lleva al autor a considerar que la regla según la cual el incumplimiento voluntario implica también el resarcimiento del daño imprevisible, debe ser aplicada con cautela y de manera restrictiva. Como resultado, esta solución acerca el modelo italiano al inglés. (Trimarchi como se citó en Alpa, 2015, p. 213)

pedir el precio de la cosa o del servicio no adquirido y el lucro cesante, puede pedir la restitución del precio y el reembolso de los gastos efectuados en la preparación del cumplimiento de su prestación. La respuesta es negativa porque el resarcimiento es consecuencia del incumplimiento y, por ende, la cuestión queda comprendida en la relación de causalidad; “cuando el interés lesionado no sea valorable, o no sea fácilmente valorable en dinero, solo será económicamente justificado y oportuno el resarcimiento de los gastos razonables afrontados inútilmente”. (Alpa, 2015, p. 214)

Es importante lo referido a los intereses a ser computados desde el momento en que la suma equivalente al bien perdido se incrementa nominalmente. Así:

[S]egún la jurisprudencia, para las deudas de valor “la revaluación monetaria y los intereses, constituyen un componente de la obligación de resarcimiento del daño y pueden ser reconocidos por el juez, incluso de oficio y en sede de apelación, a pesar de no haber sido solicitados específicamente, teniendo en cuenta que ellos deben considerarse comprendidos en el *petitum* originario de la demanda resarcitoria, cuando no hayan sido expresamente excluidos”. En caso de ilícito extracontractual “los intereses compensatorios debidos por el daño causado por el retraso, no pueden ser calculados desde la fecha del ilícito, sobre la suma liquidada por el capital y revaluada hasta el momento de la decisión, debiendo ser computados, en cambio, o con referencia a los momentos en particular respecto a los cuales la suma equivalente al bien perdido se incrementa nominalmente por efecto de los índices medios de revaluación monetaria previamente elegidos, o también en base a un índice medio, teniendo en cuenta que la liquidación del

daño por el retraso queda comprendida siempre en el esquema liquidatorio contenido en el art. 2056 Cód. Civ. It., en el cual queda comprendida la valoración equitativa del propio daño *ex art. 1226 Cód. Civ. It.*”. (Alpa, 2015, p. 217)

3. El resarcimiento en el modelo inglés

Esencial es el conocimiento del resarcimiento por incumplimiento contractual en el Derecho inglés, en el cual:

(...) la regla fundamental en materia de *damages* consiste en que el daño debe ser entendido como medida del resarcimiento y, como tal, cumple funciones meramente satisfactorias (*damages are compensatory*). Por tanto, no se reconoce los *punitive damages*, los que tienden, en cambio, a punir al causante del daño: el daño a ser considerado es la pérdida sufrida por el demandante, y no el lucro del demandado. El daño resarcible (*loss*) comprende, de cualquier forma, la disminución patrimonial causada por el incumplimiento a la persona o a los bienes del acreedor, incluyendo la pérdida de ganancias por actividades económicas que no se llevaron a cabo; solo excepcionalmente se reconoce los *damages for nonpecuniary loss*, en especial, en lo que respecta al resarcimiento del daño por *injury to feelings*, como en el caso de prestación de servicios turísticos que resultaron desastrosos. Finalmente, en los casos en donde no haya *loss*, para que la parte logre encontrar en el mercado al mismo precio bienes iguales a aquellos que el deudor no cumplió con entregarle, el Derecho inglés reconoce solo los *nominal damages*. (Alpa, 2015, p. 221)

Como se puede ver, en el Derecho inglés no se aplican los daños punitivos, sino la compensación por la pérdida del patrimonio, por las ganancias dejadas de percibir y por la

frustración de las expectativas. La influencia del Derecho inglés ha venido de Francia, como explica Alpa (2015):

El conjunto de reglas que está referido al resarcimiento del daño contractual se ha venido formando, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo pasado y parece haber recibido una profunda influencia del Derecho continental (especialmente francés) como consecuencia de la traducción al inglés del Tratado de Pothier (1806). El caso más importante es *Hadley v. Baxendale* (1854) en el cual la Corte estableció: “Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it”. (p. 221)

En cuanto a la clasificación de los daños en el Derecho inglés:

[S]egún la doctrina, son tres los tipos de daños resarcibles, *expectation damages*, *reliance damages* y *restitution damages*.

- Los *expectation damages* constituyen el resarcimiento del *loss of bargain*, correspondiente al lucro cesante, y tienden a poner al damnificado en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido con regularidad. El *loss of bargain* presenta dos aspectos, el primero, constituido por el daño inmediato causado por el incumplimiento de la prestación esperada (por ejemplo, la falta de entrega de un automóvil ya pagado), y el segundo, representado,

¿Qué dijo Alpa?

Es incompatible con el ordenamiento italiano la institución de los daños punitivos, que, por otro lado, no es ni siquiera referible a la resarcibilidad de los daños no patrimoniales o morales.

en cambio, por el daño derivado, como consecuencia directa, del incumplimiento (por ejemplo, el daño sufrido por no haber podido utilizar el auto adquirido para ejecutar trabajos y producir ganancias). Bajo el primer aspecto, la evaluación de los *expectation damages* se realiza normalmente, según las exigencias, en base a la *difference in value* (es decir, a la diferencia de valor entre los bienes recibidos y los bienes que el damnificado debió recibir), o del *cost of cure* (es decir, del costo afrontado para remediar el incumplimiento, por ejemplo, reparando los bienes defectuosos).

- Los *reliance damages* están representados por los gastos efectuados y las pérdidas sufridas por haber confiado en el contrato, tanto en el transcurso de su ejecución, como en la fase precedente a su celebración, y corresponden al daño emergente; su función es restablecer a la parte en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato no hubiese sido celebrado.
- Los *restitution damages* están representados por los “beneficios” otorgados por una parte a la otra, antes o en el curso de la ejecución del contrato, y, en caso de *breach* lo suficientemente grave como para dar origen

a un *total failure of consideration*, deben ser “restituidos” *in natura*, o por equivalente en dinero, a la parte que los ha otorgado. Su función es poner a la parte en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato no hubiese sido celebrado y se diferencian de los *reliance damages* porque estos no se basan en la pérdida sufrida por el damnificado, sino en el enriquecimiento indebido recibido por la otra parte.

Asimismo, el acreedor que ejerza una *action for damages* debe probar la existencia del contrato, del incumplimiento y del daño cual consecuencia del incumplimiento. El demandante puede elegir el tipo de *damages* sobre el cual basar su demanda, y puede acumularlos, siempre que no se resarza más de una vez el mismo daño. Sin embargo, existen algunos límites: el demandante no puede solicitar los *expectation damages* si no logra probar el *loss of bargain* es decir, el valor de su expectativa. Tampoco puede solicitar los *reliance damages* si por un error de cálculo los gastos afrontados por él resultan ser superiores a los razonablemente previsibles, y si su reembolso lo pondría en una mejor situación que aquella en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido. Asimismo, el demandante no puede solicitar los *restitution damages* si el incumplimiento de la

otra parte no es tan grave como para determinar una *total failure of consideration*. Por otra parte, es admisible que la *termination* del contrato con el resarcimiento de los *restitution damages* pueda implicar que el demandante llegue a encontrarse en una mejor posición que aquella en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido: por ejemplo, si el contrato de compraventa de un vehículo resulta ser un *bad bargain*, debido a que el precio pactado fue de 10 000 libras esterlinas, mientras que su valor efectivo asciende a 7500 libras esterlinas, en caso de incumplimiento del vendedor que no entregue el bien, el adquirente, solicitando la *termination for breach of contract* y los *restitution damages*, puede obtener la restitución de las 10 000 libras esterlinas pagadas, en lugar de un vehículo de menor valor. (Alpa, 2015, p. 221)

Asimismo:

[E]n el Derecho inglés, el caso *Hadley v. Baxendale* da directivas al respecto: al no haber transportado oportunamente un moliendo para su reparación, el transportador demandado provocó el cese de la actividad económica del demandante; sin embargo, el demandado no conocía ni habría podido conocer las graves consecuencias económicas del retraso⁵¹. (Alpa, 2015, p. 222)

51 Por otra parte, el resarcimiento del daño puede verse limitado si fue causado por concurrencia de culpa del damnificado (*default of the victim*). Dicho principio que corresponde a la *contributory negligence* del *tort law*, se aplica en el Derecho inglés, únicamente cuando la conducta culposa del damnificado constituye tanto un ilícito contractual como extracontractual, tal cual puede ocurrir en el contrato de transporte o en los contratos de prestaciones profesionales, pero no cuando el ilícito es meramente contractual. (Alpa, 2015, p. 222)

A diferencia de lo previsto en diversos sistemas nacionales, en estos modelos se prevé el resarcimiento del daño moral (*non-pecuniary loss*): por ejemplo, los *PICC* especifican que este comprende *physical suffering or emotional distress* (7.4.2); el *DRAFT* describe este tipo de daño como *pain and suffering and impairment of the quality of life* (III.3.701. (3)); los *PECL* no brindan precisiones. Los tres modelos prevén la posibilidad de reparar el daño diferencial en caso el acreedor haya celebrado un acuerdo sustitutorio (*replacement transaction*) con terceros, siempre que este sea razonable (7.4.5; 9.506; III.3.706); mientras que en el sistema italiano, está hipótesis no se encuentra prevista. A diferencia del modelo italiano, que no dice nada al respecto, los tres modelos hacen referencia al *current price* (7.4.6; 9.507; III.3.707), en el sentido que cuando el acreedor no haya llegado a celebrar un acuerdo sustitutorio, puede obtener un reconocimiento de la

En el caso de los daños punitivos, se ha señalado para el Derecho norteamericano que:

La figura de los *punitives damages* en los casos de incumplimiento del contrato siempre fue percibida con una notable desconfianza en los Estados Unidos. En efecto, la parte que sufre el *breach* debe ser puesta en la misma posición en la cual se habría encontrado —a través del resarcimiento del denominado *expectation interest*— si el incumplimiento no se hubiese verificado, pero no en una posición más favorable. (Benatti, 2015, p. 284)

La posición que ha tenido un devenir histórico en los Estados Unidos sobre los daños punitivos señala lo siguiente:

Hoy en día parece ser un periodo en el cual la utilización de los *punive damages* está limitada a casos muy graves o se presenta de manera “encubierta”. (...)

En efecto, es evidente que no todos los incumplimientos contractuales pueden ser sancionados con los *punive damages*: “Not every slight, nor even every wrong, ought to have a tort remedy. The intrusion of courts into every aspect of life, and particularly into every type of business relationship, generates serious costs and uncertainties, trivializes the law, and denies individuals and businesses the autonomy of adjusting mutual rights and responsibilities through voluntary contractual agreement” [No toda

¿Qué dijo Pantaleón?

La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función punitivo-preventiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos.

ofensa, ni siquiera todo perjuicio, debe recibir tutela por parte de la responsabilidad civil. La intromisión de los tribunales en todos los aspectos de la vida, y especialmente en todo tipo de relaciones comerciales, genera serios costos e incertidumbres, resta importancia al derecho, y niega a los individuos y empresas la autonomía de adecuar sus derechos y responsabilidades mutuos a través de acuerdos contractuales voluntarios], *Oki Am., Inc. v. Microtech Int’l, Inc.*, 872 F.2d 312, 314-15 (9 th Cir. 1989) (Kozinski, J., concurring)⁵². (Benatti, 2015, p. 289)

V. La responsabilidad civil contractual. Aspectos relevantes con incidencia en el sistema italiano y en la obra de D’Amico

Como lo señalamos anteriormente, cuando hablamos de interés del acreedor:

diferencia entre el precio estipulado y el precio vigente al momento de la resolución del contrato, así como el resarcimiento de cualquier otro daño sufrido. (Alpa, 2015, p. 223)

52 De manera general, se consideran como elementos relevantes: la intensidad del comportamiento doloso, el eventual costo social, la incidencia de la conducta sobre la colectividad y, finalmente, el posible beneficio obtenido. Podemos citar un caso bastante reciente referido al incumplimiento de una donación modal hecha por un cantante a un hospital para que este último construyese un área en honor a su madre. La corte otorgó US\$ 5 000 000 a título de *punitive damages* por *breach of contract*, tanto porque el comportamiento había sido grave y doloso, como porque se pretendía obtener un efecto disuasivo: la restitución de lo donado no se consideraba adecuada en la hipótesis concreta. Asimismo, el caso presenta una particularidad ulterior, ya que también se había violado la confianza depositada en la entidad. A menudo, los *punitive damages* también son otorgados cuando se considera que el resarcimiento no es compensatorio o es insuficiente. (Benatti, 2015, p. 289)

[P]arece claro que si estudiamos la responsabilidad contractual desde la perspectiva de “la lesión del derecho de crédito” y no desde “la infracción del deber por el deudor”, lo definitorio será fijar: 1) El interés (o intereses) que vulnera cada una de las formas de lesión del derecho de crédito, y especialmente la lesión “imposibilidad inidoneidad” de la prestación. 2) El remedio (o remedios) adecuado para satisfacer ese interés. De este modo (y desde luego no desde otro) se podrá afirmar la utilidad-inutilidad de la *pepetuatio obligationis*, la idoneidad-inidoneidad de una omnicompreensiva indemnización de daños y perjuicios y la necesidad-suprefluidad de la prestación de la *aestimatio*⁵³. (Llamas, 2016, pp. 157-158)

1. Las obligaciones de medios y de resultado en el análisis de los artículos 1218 y 1176 del Código Civil italiano

En cuanto a las obligaciones de medios y de resultado y su relación con la responsabilidad civil, el autor que voy a referir señala, siguiendo a Osti, que:

[L]a conciencia de la incidencia de la posible diferencia del objeto de la obligación, sobre la disposición de la regla de responsabilidad, es confirmada en términos, incluso más explícitos, cuando Osti observa que en la primera hipótesis (obligación “de medios”) “el deber solo será de una determinada diligencia, y la responsabilidad del sujeto pasivo tendrá por fundamento exclusivo a la culpa”, mientras que en la segunda hipótesis (obligaciones “de resultado”)

“el concepto de diligencia no encontrará aplicación, y la responsabilidad del sujeto será vinculada pura y simplemente a la falta del resultado concreto. La obtención de dicho resultado concreto constituye el contenido del deber, el cual no tiene otro límite que la subsecuente inidoneidad de dicho resultado para constituir el objeto de un deber, como ocurre, por ejemplo, por el sobrevenir respecto a este (para decirlo con Hartmann) de la necesidad negativa de la no verificación, o en otros términos, por el hacerse imposible de manera objetiva y absoluta”. (D’Amico, 2015, p. 141)

En el Código Civil alemán [“que a diferencia a lo que sucede en los códigos civiles francés (art. 1150) e italiano (art. 1225), en los ordenamientos del *common law* (a partir del caso *Hadley v. Baxendale* (1854), y el Derecho uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías” (Pantaleón, 2016, p. 282)]:

Se aprecia que (...) carece de una norma como la contenida en la disposición primera de nuestro artículo 1107.I C.C. incluido en el numeral 254.II, entre las hipótesis de culpa concurrente del acreedor perjudicado, la de haber omitido poner de manifiesto al deudor el riesgo de un daño extraordinariamente alto, norma esta que permite en mi opinión, injustamente que el deudor, responsable del incumplimiento pueda tener que pechar con este daño extraordinariamente alto, a causa de información proporcionada **con fecha posterior a la celebración del contrato**, sin derecho a exigir del acreedor un adecuado incremento de la

53 La esencia del daño está en el *interesse singulare*, en tener en cuenta la especialidad de las relaciones en las que se encuentra la persona perjudicada, para reponerle todo lo que la prestación valía para esta, y no lo que vale para cualquiera; así, llegaríamos a concluir, con dicho autor (Windscheid), que el *interesse* (el auténtico daño) forma el contrapunto del llamado valor real (*Sachwerth, cerum rei pretum, vera rei aestimatio*, etc.) Recuérdese la proposición de Molinaeus, según la cual *aestimatio pertinet ad rem*, en tanto que *interesse pertinet ad personam*. (Llamas, 2016, p. 162)

contraprestación pactada⁵⁴. (Pantaleón, 2016, p. 282)

En cuanto al análisis del artículo 1218 del Código Civil italiano concordado con el artículo 1176 y los tipos de obligaciones a las que se deben aplicar tales normas, se ha señalado:

(...) el punto central de dicha tesis es la revaluación del ámbito de aplicación del art. 1218 Cód. Civ. It. Se reconoce que esta norma prevería, precisamente, la hipótesis de la imposibilidad absoluta y objetiva, en el sentido acogido por la rigurosa tesis de Osti, pero al mismo tiempo se afirma que ella (a pesar del ámbito **general** que parecería tener) en realidad, solo puede ser referida a una particular categoría de relaciones obligatorias, a aquellas que tienen por objeto la entrega o restitución de una cosa determinada⁵⁵. (D’Amico, 2015, p. 148)

En el caso del Código Civil italiano y los artículos que se vienen comentando, se ha indicado que:

(...) de cuanto precede, surge entonces la necesidad de efectuar la coordinación de los arts. 1176-1218 Cód. Civ. It., sin negar, por un lado, el carácter **general**

¿Qué dijo D’Amico?

En las obligaciones “de resultado”, el deudor que no logre otorgar la prueba específica y positiva de un hecho extraño que haya determinado la imposibilidad responde del cumplimiento inexacto, incluso en las hipótesis en las que ninguna culpa específica le pueda ser imputada, y, por lo tanto, su responsabilidad es una de tipo “objetiva”.

de ambas normas (que deben considerarse referidas **a todas las obligaciones**) y, por el otro, entendiendo a ambas (y no solo la segunda) como pertenecientes a la reglamentación del tema de la responsabilidad por incumplimiento. Ahora, nos parece que esta coordinación no es para nada difícil y puede concebirse en los siguientes términos. Tanto el art. 1176 Cód. Civ. It. como el art. 1218 Cód. Civ. It. están referidos a todas las obligaciones, sin distinción especial entre obligaciones “de medios” y obligaciones “de resultado”. Sin embargo, las dos normas

54 Una ventaja más práctica de considerar el contrato como la asunción del riesgo —escribió O. W. Holmes— consiste en la luz que arroja sobre la cuantía de la indemnización. Si un incumplimiento del contrato fuese contemplado de la misma manera que un ilícito contractual, resultaría que, si en el curso de la ejecución del contrato se notificase al deudor alguna consecuencia especial que se produciría si él no cumple, debería ser responsable de dicha consecuencia en caso de incumplimiento. Se ha hecho una sugerencia como esta (por Bramwell B, en el caso *Gee vs. Lancashire & Yorkshire Railway Co.*, 1860). Pero no ha sido aceptada como derecho. (Pantaleón, 2016, p. 282)

55 Al respecto, luego de haber hecho referencia al origen histórico de dicha norma (la cual —como es sabido— encuentra su predecesora en el art. 1137 *Code Napoléon*, que enunciaba el criterio de la *diligentia boni patris familias* con respecto a la obligación de velar por la conservación de la cosa debida), la doctrina bajo análisis observa el hecho de que es evidente “que el criterio de la diligencia no es entendido aquí como un criterio de alcance general, apto a comprender cualquier, o casi toda, obligación, sino que se refiere solo a aquellos tipos de obligaciones que tienen por objeto la entrega y la conservación de una cosa”. Betti, *Teoría generale delle obbligazioni*, I, p. 125, quien, poco después (p. 126), confirma que no obstante, es necesario tener en cuenta el precedente histórico que hemos hecho referencia, el que pone en evidencia a todas luces cómo el sentido originario del criterio de la ‘diligencia’ no tenga un alcance tan general, como podría parecer de una lectura superficial del art. 1176 Cód. Civ. It., la cual prescinda de los precedentes históricos. La conclusión es “que a pesar de la aparente generalidad de su formulación, el art. 1176 Cód. Civ. It., al enunciar el criterio de la diligencia, no ha tratado de establecer cuáles son los presupuestos de la responsabilidad contractual, en el sentido que el ilícito contractual consista únicamente en la inobservancia de aquella diligencia. Este indica un criterio de evaluación de la conducta, aplicable solo a las obligaciones de comportamiento, y no a las obligaciones de resultado (...)”. (D’Amico, 2015, p. 149)

están referidas a dos hipótesis distintas. Una (el art. 1218 Cód. Civ. It.) está referida a la hipótesis de incumplimiento (o de retardo en el incumplimiento) de una prestación devenida (en todo o en parte, definitiva o momentáneamente) **imposible**, y sanciona la omisión por parte del deudor de las medidas de diligencia que habrían podido evitar la ocurrencia de la imposibilidad. En cambio, la otra norma, vale decir el art. 1176 Cód. Civ. It., provee el criterio para evaluar la exactitud del cumplimiento de **una prestación posible**, y por lo tanto para afirmar la eventual responsabilidad del deudor **por inexacto cumplimiento**: criterio que, una vez más, se refiere, así, tanto a las obligaciones “de medios” como a las obligaciones “de resultado”; no pudiéndose, incluso en estas últimas, evaluar el comportamiento del deudor **en vista de la determinación de su “exactitud”**, si no es haciendo referencia a una medida de “diligencia”⁵⁶. (D’Amico, 2015, p. 151)

Otro sector de la doctrina española, desde distinta perspectiva señala que “la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función punitivo-preventiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos”⁵⁷

Comentario relevante del autor



Un sector de la doctrina ha considerado a la culpa, desde una vertiente subjetiva o psicológica, como el querer interno del agente, pero afectado por la falta diligencia, por la imprudencia o la impericia.

(Pantaleón, 2016, p. 272). Con respecto a la cesión de la pretensión a la contraprestación, se ha señalado por autorizada doctrina española lo siguiente:

Lo que significa, en esencia, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquel, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión a la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por este; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría, como indemnización de daños y perjuicios, por la vía de la responsabilidad contractual⁵⁸. (Pantaleón, 2016, p. 275)

56 En cambio, todavía Osti, *Impossibilità sopravveniente*, y ahora en *Scritti giuridici*, I, pp. 504-505, quien escribe: “(...) se ha pretendido construir la teoría de la **responsabilidad por incumplimiento** sobre la base textual de la norma que regula el **modo en el que debe ser ejecutado el cumplimiento**. Y es este uno de los equívocos más tenaces, porque ha resistido firmemente, no solo a la crítica, sino también a la intervención del legislador, que ha hecho cuanto era necesario para eliminarlo (...)”. Contrariamente a lo que consideran, entre otros, Giorgianni y Betti (aunque sea desde puntos de vista diferentes). Para el planteamiento de dicha tesis, *vid.* D’Amico, *Negligenza*, pp. 21-22 y nota 138. Es necesario precisar que, en la hipótesis de retardo en el cumplimiento, la imposibilidad que puede ser de especial importancia es la imposibilidad temporánea. Si la prestación es (todavía) “posible”, el incumplimiento “absoluto” no es configurable, porque la falta de ejecución de la prestación da lugar precisamente a una situación de retardo (mora). (D’Amico, 2015, p. 151)

57 Tampoco es función de la responsabilidad civil “evitar que el deudor se enriquezca por su incumplimiento” (Pantaleón, 2016, p. 274).

58 En la jurisprudencia continental se ha estimado que:

(...) considerando que la cuantía de la indemnización reclamada a la parte demandante por haber incumplido su contrato excede en mucho de la contraprestación que se acordó pagar por la fabricación de los tornillos, estamos seguros de que, si se hubiera dicho a la demandante que cualquier error por su parte, o por otra parte del realizador del molde o del mecánico empleados por ella, podría hacerla responsable del valor del uso del compresor durante el tiempo de cualquier retraso causado por tal error, nunca habría aceptado el trabajo sin una contraprestación adicional por la sanción de un riesgo así. (Pantaleón, 2016, p. 284)

2. El régimen de la carga de la prueba en cuanto a las obligaciones de medios y de resultado

En cuanto al régimen de la carga de la prueba, sea para exigir el cumplimiento de la prestación como para solicitar la resolución, el resarcimiento por la inexecución o el retardo en el cumplimiento de la prestación, se ha señalado que:

[L]a tesis criticada en el texto, ha recibido recientemente un inopinado *revival* en nuestra jurisprudencia por obra de una sentencia de la Corte de Casación (Cas. N° 973, del 7 de febrero de 1996, en *II corriere giuridico*, 1996, p. 541, con nota de Mariconda, *Risarcimento del danno e onere della prova*), la cual, partiendo de la premisa de que el régimen de la carga de la prueba debe ser unitario, tanto en el caso en el que el juicio haya sido iniciado para obtener la ejecución de la prestación, como en el caso en que el acreedor haga valer el incumplimiento (para solicitar el resarcimiento del daño y/o la resolución del contrato), ha considerado precisamente que al acreedor le corresponde, **en todos los casos**, solo la carga de demostrar la existencia de la obligación, correspondiendo, en cambio, al deudor, la prueba del cumplimiento

o de otra causa extintiva del vínculo⁵⁹. (D'Amico, 2015, p. 158)

El otro sentido se ha manifestado que “supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno **en ese sentido se dice que el deudor es de buena fe, lo que no excluye la culpa**” (Pantaleón, 2016, p. 279).

Se ha señalado concluyentemente que:

Como resultado, la conclusión es que el **fundamento** de la responsabilidad contractual, en las obligaciones “de medios”, reside precisamente en la “culpa”, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones “de resultado” (donde dicho fundamento puede identificarse en el concepto de “riesgo”). (D'Amico, 2015, p. 169)

Sobre el límite de la posibilidad abstracta y concreta en cuanto a las obligaciones de medios y de resultado se ha manifestado que:

[S]in embargo, –si es verdad lo que hemos sostenido anteriormente– en las obligaciones “de resultado”, el deudor responderá hasta el límite de la **posibilidad abstracta**, quedando a su cargo el riesgo de la causa ignota; mientras en las obligaciones “de medios” el deudor responderá solo hasta el límite de la **posibilidad**

De otro lado:

Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que las de los daños previstos al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente. (Pantaleón, 2016, p. 287)

59 La exigencia de un carácter unitario del régimen de la carga de la prueba es compartida también por una parte de la doctrina, que, no obstante, pone de cabeza el planteamiento de la sentencia anteriormente citada, afirmando que, **en línea de principio**, corresponde al acreedor (cualquiera sea la pretensión que este acciona en juicio: cumplimiento, resarcimiento del daño, resolución) demostrar el incumplimiento. (Bianca, 1979, p. 177).

De esta forma, la doctrina bajo análisis (Carbone) termina por llegar (prácticamente) a las mismas conclusiones de Tune (con la única diferencia que para este último autor –como decimos en el texto– la regla no sería válida en el caso de obligaciones “de medios”, en relación a las cuales de cualquier forma sería el acreedor quien deba probar el incumplimiento). (...) Sin embargo, no se ven razones suficientes para abandonar la jurisprudencia (hasta ahora) consolidada, la cual siempre ha considerado que a dicha dificultad probatoria se puede (y se debe) contrarrestar admitiendo una prueba **indirecta**, pero **invirtiendo la carga de la prueba**, como, por el contrario, querría la orientación innovadora. (D'Amico, 2015, pp. 158-159)

concreta (medida por la diligencia “ordinaria”), más allá de la cual **la imposibilidad se presume**, quedando así, esta vez, a cargo del acreedor, el riesgo de la “causa ignota”⁶⁰. (D’Amico, 2015, p. 169)

Por lo tanto, y de manera definitiva, se dice que:

(...) ha llegado el momento de reformular conclusivamente dicha diversidad (sustancial) en estos términos: en las obligaciones “de resultado”, el deudor que no logre otorgar la prueba específica y positiva de un hecho extraño que haya determinado la imposibilidad, responde del cumplimiento inexacto, **incluso en las hipótesis en las que ninguna culpa específica le pueda ser imputada**, y,

por lo tanto, su responsabilidad es una de tipo “**objetiva**”; por el contrario, en las obligaciones “de medios”, el deudor que pruebe el propio comportamiento diligente, será liberado de responsabilidad, incluso si una causa extraña que haya (hipotéticamente) impedido la realización del interés del acreedor (o si el acreedor que ha identificado dicha causa extraña no ofreció la prueba de la “imputabilidad” de la misma, al deudor) no ha sido concretamente identificada, y, por lo tanto, su responsabilidad es de tipo “**subjetiva**” (*rectius*: fundada en la “culpa”)⁶¹. (D’Amico, 2015, p. 171)

3. La culpa y su enfoque “objetivo”

Un sector de la doctrina ha considerado la culpa, desde una vertiente subjetiva o

60 Dos *leading cases* son importantes recordar:

En Doyle vs. Olby (Ironmongers) Ltd. (1969), uno de *los leading cases* en la materia de *fraudulent misrepresentation*, la compañía demandada indujo dolosamente al demandante, por medio de balances engañosos, a adquirir un negocio de ferretería propiedad de aquella. La pretensión indemnizatoria fue íntegramente estimada, incluyendo el dinero que el demandante había perdido tratando de sacar a flote el ruinoso negocio durante tres años. Plantándose el problema de si, en casos como este, la indemnización debía o no calcularse de la misma forma que en los casos de incumplimiento de contrato, escribió Lord Denning M.R.: “En principio la distinción parece ser la siguiente: en materia de contrato, la parte demandada ha hecho una promesa y la ha roto. El objeto de la indemnización es colocar a la parte demandante, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en una situación tan buena como si la promesa hubiese sido cumplida. En materia de fraude el demandado ha sido culpable de un ilícito doloso, induciendo al demandante a actuar en su propio perjuicio. La finalidad de la indemnización es compensar al demandante de todo perjuicio que ha sufrido, en la medida, de nuevo, en que el dinero pueda hacerlo. En materia de contrato la indemnización está limitada a lo que puede razonablemente suponerse que ha sido contemplado por las partes. En materia de fraude, tal limitación no existe. El demandado está obligado a resarcir todos los daños efectivos que se deriven directamente de la inducción fraudulenta (...) cabe obtener la indemnización de todos esos daños, y no es digno de la boca de quien obró fraudulentamente decir que no pudieron haber sido razonablemente previstos”. Precedente del anterior fue el caso Mullet, vs. Mason (1866), en el que se condenó al vendedor de una vaca, que la sabía infectada de una enfermedad contagiosa, a indemnizar el valor de otras vacas de su propiedad que habían muerto a raíz de la causa de la enfermedad transmitida por tal res comprada al demandado, pese a no ser en modo alguno claro, que el demandado conociera, o pudiera razonablemente conocer, que el comprador era un granjero, que iba a colocar la vaca infectada junto a otras”. (Pantaleón, 2016, p. 290)

61 Lo que no excluye –es evidente– que, en la mayoría de los casos, la responsabilidad del deudor “de resultado” resulte de la determinación de una específica “culpa” suya. Lo importante es que esta “culpa” no sea esencial, en el sentido que al reconocimiento de la responsabilidad pueda llegarse también en los casos en los que una **culpa específica** del deudor no se origina, y no obstante este deba responder de la falta de (o inexacta) consecución del resultado debido.

Y así, respecto a la “diligencia en el cumplimiento”, se observa que “es bueno precisar que no se trata de un criterio de evaluación subjetivo, referible a la actitud del espíritu del obligado, a su buena o mala voluntad, al mayor o menor cuidado que él despliegue para cumplir bien la obligación: es un criterio objetivo de evaluación de su comportamiento, es decir, como en otra ocasión hemos destacado, la noción de diligencia representa un elemento de cualificación, un término de comparación, un índice de evaluación de un *facere*, de un actuar, de un comportarse, en referencia a un fin determinado (...)”. (D’Amico, 2015, p. 171)

Por lo tanto, bajo esta perspectiva, la “diligencia” es la tensión del “espíritu de atención”: una cierta prestación de la “concretización”, una llamada de atención a los cinco sentidos, una tensión de las fuerzas mentales, y una convergencia de todo el aparato psicofísico, para obtener las precauciones justas, el recuerdo exacto, los juicios y las conclusiones justas (*innere Sorgfalt*). (D’Amico, 2015, p. 177)

psicológica, como el querer interno del agente, pero afectado por la falta diligencia, por la imprudencia o la impericia. Sobre esto, un importante sector de la doctrina ha señalado que:

A esta noción **psicológica** de la diligencia y de la culpa pueden dirigirse, y en efecto se le han dirigido, múltiples críticas, a partir de la famosísima fórmula de Kelsen, quien ha demostrado el carácter inevitablemente “normativo” de esta (supuesta) visión psicológica de la culpa⁶². (D’Amico, 2015, p. 178)

El autor que vengo siguiendo señala con respecto a la culpa y su perspectiva objetiva que:

(...) por consiguiente, la conclusión es, por un lado, que la “culpa” es una entidad que puede comprenderse solo y de manera completa, sobre un plano “normativo”; por el otro, que las calificaciones

legislativas que en nuestro ordenamiento la definen (“negligencia”, “imprudencia”, “impericia”) consisten en elementos puramente “objetivos”. En conclusión, la “**negligencia**”/culpa, no es otra cosa que “la antítesis entre el comportamiento obligado y aquellas reglas sociales que prescriben desarrollar ciertas acciones con determinadas modalidades”⁶³. (D’Amico, 2015, p. 182)

Sobre la distinción entre la denominada culpa subjetiva y la culpa objetiva, con rigor jurídico se ha dicho que:

[S]i se comprende la noción “objetiva” de culpa así esbozada, las implicancias que emanan sobre el terreno de la (pretendida) diferenciación, en el campo de las relaciones obligatorias, entre un concepto de “culpa” **subjetiva** y un concepto de “culpa” **objetiva**, se hacen evidentes. La primera solo podría funcionar como “criterio de imputación”. Sin embargo,

62 Así, negando que la calificación, en términos de culpa, tenga relación con una realidad psicológica **efectiva**, y reconociendo que el (supuesto) coeficiente “interior”, en el que la diligencia se resolvería, representa un dato meramente **hipotético o normativo** (un quid que **habría tenido que existir**, pero que en realidad, en el comportamiento concreto del agente, no existió), se abrió el camino a otra y más radical crítica de las doctrinas psicológicas. Crítica que está referida al **contenido** del “deber” (de diligencia), y en cuya violación consiste la culpa. Otros *leading cases* pueden complementar lo señalado: en el caso *Cory v. Thames Ironworks and Shipbuilding Co. Ltd.* (1868), la compañía demandada, que se comprometió a proporcionar al demandante el casco de una determinada embarcación (una grúa flotante), lo hizo con seis meses de retraso. En atención a la actividad profesional del demandante, un comerciante de carbón, la demandada esperaba que utilizase el casco para almacenar carbón. De haber sido así, la ganancia dejada de obtener por aquel a causa del retraso en la entrega habría sido de 420 libras. Pero lo cierto es que el demandante proyectaba usarlo en un método revolucionario de transferir carbón desde los barcos carboneros a las gabarras, y las ganancias que dejó de obtener a causa del retraso se elevaron a 4000 libras, se condenó a la demandada a pagar una indemnización de 420 libras. Otro caso es el de *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.*, al que aquel sirvió de precedente, parece deducirse que, según la jurisprudencia inglesa, lo que ha de ser razonablemente contemplado por las partes el tiempo de contratar no es solo el tipo o clase de daño, sino también su cuantía. Pero fue lo contrario lo que mantuvo *Megarry J.* en el caso *Wroth v. Tyler* (1974). El demandado vendió a la pareja demandante por 6000 libras un inmueble de su exclusiva propiedad, pero que constituía su vivienda familiar. La venta tenía que consumarse en octubre de 1971, cuando el valor de mercado de la casa habría ascendido a 7500 libras; pero ya en julio, el demandado comunicó ya a los demandantes que no podía cumplir, a causa del derecho de su cónyuge a permanecer en la vivienda familiar según la *Matrimonial Homes Act* de 1967. La pareja reclamó el cumplimiento en norma específica; pero no se estimó esta pretensión, y les fue concedida una indemnización en su lugar. La sentencia se dicta en enero de 1973, cuando la casa valía ya 11,500 libras. La indemnización fue fijada en 5 500 libras (11.500-6.000 del precio no pagado). *Megarry J.* hizo notar que los demandantes eran una pareja joven a punto de casarse, que compraban su primera casa, y que, como el vendedor sabía bien, no tenía otros recursos que las 6.000 libras del precio pactado; de manera que no pudieron actuar, al conocer que el demandado se negaba a cumplir, adquiriendo otra vivienda en un mercado en que los precios subían con gran rapidez. (Pantaleón, 2016, p. 296)

63 Como, por su parte, la “imprudencia” indica una relación análoga con las reglas sociales de prudencia y la “impericia” con las reglas técnicas que son válidas para aquel tipo de conducta. Con la precisión que se trata, en todo caso, “de una tipología **puramente externa** de la conducta culposa”, que no reenvía a ningún contenido “psicológico”. (Marinucci como se citó en D’Amico, 2015, p. 182)

solo sería relevante –según la tesis que se está examinando– en el ámbito del juicio de imputabilidad de **la imposibilidad sobrevenida** de la prestación. En cambio, la segunda cumpliría la función de indicación de los **comportamientos debidos por cumplir**. Sin embargo, no serviría de “criterio de imputación”, sino solo de parámetro para determinar la “materialidad” del incumplimiento⁶⁴. (D’Amico, 2015, p. 184)

Sobre la culpa como objeto de prueba y la crítica contra la denominada culpa subjetiva se ha señalado que:

(...) según esta afirmación, también es cierto que la “culpa” continúa siendo considerada como **objeto de prueba, precisamente como evento psíquico**, aunque no pueda ser reconstruida directamente, sino solo indirectamente (mediante presunciones). Pero es fácil criticar que, si la “culpa” (entendida subjetivamente) jamás puede ser probada directamente, sino solo a través de otros “hechos” (que permitan inferir su existencia), entonces esto significa que ella **se resuelve enteramente en estos otros hechos**, en presencia de los cuales ella ciertamente subsistirá, y, por el contrario, a falta de los mismos, ella no podrá decirse, de algún modo, subsistente⁶⁵. (D’Amico, 2015, p. 184)

Referencias bibliográficas

- Alpa, G. (2015). Apuntes sobre el daño contractual. En C. Moreno (Coord.), *La responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Barchi, L. (2016). La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito. En C. Soto (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones de acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Benatti, F. (2015). Incumplimiento del contrato y *punitive damages*. En C. Moreno (Coord.), *Estudios sobre responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Bianca, M. (1979). *Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Bologna-Roma: Zanichelli Editore.
- Carrasco, Á. (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi - Thomson Reuters.
- Chamie, J. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado*(14).
- Chamie, J. (2010). Frustration of contract e impossibility of performance en el *Common Law* estadounidense. *Revista de Derecho Privado*(18).
- Contardo, J. (2011). Los criterios del interés contractual positivo y negativo en la imdenización de perjuicios derivada de la resolución contractual. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Chile*. (Nº 1)

64 Del resto, la doctrina bajo análisis hace una importante concesión a la noción “objetiva” de la “culpa” cuando reconoce que “(...) la culpa es un evento psíquico, y como tal no puede ser probada si no es mediante presunciones de hecho, **fundadas en las circunstancias exteriores** en las que se concreta la violación objetiva del deber (...)”. (D’Amico, 2015, p. 184)

65 Por lo tanto, la “culpa subjetiva” no consiste en otra cosa que no sea el no haber desarrollado determinadas acciones, o en no haberlas desarrollado con las modalidades que se imponían según determinados **estándares** sociales y/o técnicos. Queda por analizar si también bajo el aspecto del “contenido”, la “diligencia”, de la cual se ha estado hablando hasta aquí, sea **diferente** de la *diligentia in adimplendo*. (...) La “contraprueba” de la ausencia de “culpa” (entendida siempre como evento psíquico), no podría ser dada, incluso ella, si no es **indirectamente**, y, es decir, a través de la demostración de **otros hechos exteriores**, los que, no obstante, en este punto no podrían desmentir los “hechos” (que se suponen graves, precisos y concordantes) sobre la base de los cuales el juez ha considerado “presunta” la “culpa. Al respecto, sin lugar a dudas, se puede concordar con la doctrina bajo análisis sobre el hecho de que una cosa es una “medida” (de comportamiento) **dirigida a impedir un evento dañoso** (diligencia como “criterio de imputabilidad” de un hecho; en este caso: de la imposibilidad sobrevenida de la prestación), otra muy distinta es una “medida” **dirigida a realizar un resultado útil**. Por lo que se perfila –y en ello concordamos con Mengoni– una posible forma de ser distinta de la “culpa **contractual**” respecto a la “culpa **aquiliana**”. (D’Amico, 2015, pp. 185-188)

- D'Amico, G. (2015). *La responsabilidad contractual*. (C. Moreno, Trad.) Lima: Ediciones Legales.
- Díez-Picazo, L. (2016). En torno al concepto de incumplimiento. En C. Soto (Ed.), *El incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Ehmann, S. (2006). *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*. (C. López, & U. Salach, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gabrielli, E. (2013). *Estudios sobre teoría general del contrato*. (R. Morales, & W. Vásquez, Trads.) Lima: Jurista Editores.
- Hinestrosa, F. (2016). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. En C. Soto (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Larroumet, C. (2016). El resarcimiento del daño contractual en el Derecho francés. En C. Soto (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Llamas, E. (2016). Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. En C. Soto (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Palazón, M. (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*. Navarra: Thomson Reuters.
- Pantaleón, F. (2016). El sistema de responsabilidad contractual (materiales para el debate). En C. Soto (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución o sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons.
- Saavedra, R. (2015). ¿Donde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo 'ubi remdium, ibi ius'. En C. Moreno (Coord.), *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Vattier, C. (2016). De nuevo sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual en el Derecho español. En C. Soto (Coord.), *El incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.