

**LA LEY**



INCUMPLIMIENTO  
CONTRACTUAL.  
ACCIONES DEL  
ACREEDOR CONTRA  
EL DEUDOR





INCUMPLIMIENTO  
CONTRACTUAL.  
ACCIONES DEL  
ACREEDOR CONTRA  
EL DEUDOR



*Coordinador*

CARLOS A. SOTO COAGUILA

*Co-Autores por orden alfabético*

BARBOZA BERAÚN • BARCHI VELAUCHAGA • BORDA A.  
BULLARD GONZÁLEZ • CÁRDENAS QUIRÓS  
DE LA PUENTE Y LAVALLE  
DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN  
HINESTROSA • JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA  
LARROUMET • LORENZETTI • LLAMAS POMBO  
MÉLICH-ORSINI • MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ  
MOSSET ITURRASPE • OSTERLING PARODI  
PANTALEÓN • PIEDECASAS • REBAZA GONZÁLEZ  
SOTO COAGUILA • VATTIER FUENZALIDA • VIDAL RAMÍREZ

*Prólogo de*

RICARDO LUIS LORENZETTI

**LA LEY**

Incumplimiento contractual: acciones del acreedor  
contra el deudor / coordinado por Carlos A. Soto  
Coaglia. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2010.

496 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1872-9

1. Derecho Civil. 2. Contratos. I. Soto Coaglia, Carlos  
A., coord.

CDD 346

Primera edición:

© Carlos A. Soto Coaguila, 2010

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2010

Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 500 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1872-9

**ARGENTINA**

# ÍNDICE GENERAL

<b>PRÓLOGO</b> .....	XV
Por <i>Ricardo Luis Lorenzetti</i>	
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	XIX
Por <i>Carlos A. Soto Coaguila</i>	
<b>EN TORNO AL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO</b> .....	1
Por <i>Luis Díez-Picazo y Ponce de León (España)</i>	
<b>TUTELA DEL ACREEDOR FRENTE AL DEUDOR INCUMPLIDO</b> .....	13
Por <i>Fernando Hinestrosa (Colombia)</i>	
<b>ACCIONES O ALTERNATIVAS QUE EN EL DERECHO VENEZOLANO TIENE EL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE SU DEUDOR</b> .....	33
Por <i>José Mélich-Orsini (Venezuela)</i>	
1. De qué acreedor se habla .....	33
2. Hablaremos solo del acreedor singular de una deuda pura y simple.....	34
3. Cumplimiento específico o por equivalente.....	34
4. El cumplimiento en especie .....	34
5. El cumplimiento por equivalente o reparación de los daños y perjuicios .....	37
6. Diversas formas del incumplimiento .....	39
7. El acreedor de una obligación extracontractual.....	41
8. La situación cuando la satisfacción de las acreencias estén vinculadas entre sí por un nexo de reciprocidad.....	42
9. Derechos del acreedor dirigidos a preservar la responsabilidad patrimonial de su deudor.....	44

	Pág.
<b>DE NUEVO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....</b>	47
<i>Por Carlos Vattier Fuenzalida (España)</i>	
1. Introducción.....	47
2. Derecho español .....	49
3. Derecho inglés.....	53
4. Derivaciones anglosajonas.....	54
5. Modernización del BGB .....	60
6. Final .....	63
<b>LA IMPORTANCIA DE HACER CUMPLIR LOS CONTRATOS: LOS REMEDIOS GENERALES FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO.....</b>	67
<i>Por Luciano Barchi Velaochaga (Perú)</i>	
I. Sistema económico y sistema jurídico .....	67
II. La importancia del intercambio de bienes y servicios en la sociedad moderna .....	68
III. Los riesgos del intercambio de bienes y servicios: el riesgo de la lesión del crédito. La “juridización” de las operaciones económicas .....	72
IV. Los supuestos de lesión del crédito .....	77
V. Los remedios jurídicos frente a la lesión del derecho de crédito (incumplimiento y retardo) .....	78
1. La pretensión de cumplimiento.....	80
2. El resarcimiento de daños .....	82
VI. La responsabilidad del deudor y el patrimonio como garantía .....	84
<b>LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR .....</b>	87
<i>Por Fernando Vidal Ramírez (Perú)</i>	
1. Premisa .....	87
2. Antecedentes.....	87
3. El incumplimiento del deudor como presupuesto de la tutela jurisdiccional del acreedor.....	90
3.1. El retardo en el cumplimiento.....	90
3.2. El incumplimiento doloso .....	92
3.3. El incumplimiento culposo .....	93
4. La tutela jurisdiccional del acreedor .....	94
4.1. Los medios legales a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que está obligado .....	94



	Pág.
4.2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor .....	97
4.3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.....	98
4.4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa .....	100
Bibliografía .....	101
<b>TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES DEL ACREEDOR E INSTRUMENTOS PARA SU SATISFACCIÓN .....</b>	<b>103</b>
Por <i>Eugenio Llamas Pombo (España)</i>	
1. El estudio del interés del acreedor como clave de la responsabilidad contractual .....	103
2. Aspectos y modalidades del interés.....	107
3. Interesse singulare, commune y conventum .....	109
4. Interesse circa rem y extra rem .....	113
5. Interés positivo e interés negativo .....	118
6. Interés genérico e interés específico.....	124
7. Tipificación del interés que satisface la prestación del equivalente pecuniario .....	126
<b>CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y CONDICIÓN RESOLUTORIA.....</b>	<b>129</b>
Por <i>Manuel de la Puente y Lavalle (†) / Eduardo Barboza Beraún (Perú)</i>	
I. Introducción .....	129
II. Cláusula resolutoria expresa .....	129
III. Condición resolutoria .....	140
1. Clasificación de las condiciones .....	141
2. La Condición Resolutoria .....	141
3. La Declaración de Ineficacia .....	148
4. Irretroactividad de la Condición .....	149
IV. Diferencias entre la cláusula resolutoria expresa y la condición resolutoria .....	150
<b>CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y “CLÁUSULAS DE ESTILO” .....</b>	<b>153</b>
Por <i>Carlos A. Soto Coaguila (Perú)</i>	
1. Cláusula resolutoria expresa .....	153
2. Eficacia de la cláusula resolutoria expresa.....	154
3. Conclusiones .....	161

	Pág.
<b>LA INTIMACIÓN EN MORA COMO REQUISITO PARA RESOLVER UNA RELACIÓN OBLIGATORIA, ¿SE EXTIENDE A LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA?</b> .....	163
Por <i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú)</i>	
1. Fundamentos de la CAS. N° 1423-2003 LIMA .....	163
2. Precisiones previas.....	165
3. Comentario y crítica.....	167
<b>REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA MORA DEL DEUDOR: ALGUNOS TEMAS PUNTUALES</b> .....	175
Por <i>Carlos Cárdenas Quirós (Perú)</i>	
1. Interés del acreedor y mora del deudor .....	175
2. Mora del deudor y resolución por incumplimiento.....	177
3. Indemnización y mora en las obligaciones dinerarias .....	177
4. Regulación diferenciada de los intereses por mora en las obligaciones dinerarias y no dinerarias .....	179
5. Mora y responsabilidad civil extracontractual.....	180
<b>RESARCIMIENTO DEL DAÑO CONTRACTUAL: CONFIANZA, INFORMACIÓN, PREVISIBILIDAD</b> .....	181
Por <i>Ricardo Luis Lorenzetti (Argentina)</i>	
PARTE I: El problema y los interrogantes .....	181
PARTE II: El enfoque de la doctrina nacional .....	184
PARTE III: La regla de la previsibilidad .....	186
1. El Derecho anglosajón.....	186
2. El Derecho continental europeo.....	188
3. El Derecho latinoamericano .....	189
4. El Derecho global.....	190
1) Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías:.....	190
2) Principios de UNIDROIT .....	190
3) El “Contract Code” de Harvey Mac Gregor .....	191
4) Los principios de la “Comisión Landó” .....	193
5. El análisis económico .....	194
PARTE IV: Conclusiones .....	195
<b>EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (MATERIALES PARA UN DEBATE)</b> .....	197
Por <i>Fernando Pantaleón (España)</i>	
1. Introducción .....	197
2. Función de la responsabilidad contractual.....	199

	Pág.
3. ¿Función preventivo-punitiva? .....	201
4. ¿Función reintegradora del derecho de crédito lesionado?: responsabilidad contractual, pretensión de cumplimiento y resolución por incumplimiento .....	223
5. Los criterios de imputación de incumplimiento al deudor ...	237
APÉNDICE: Evolución histórica y análisis comparado de los crite- rios de imputación objetiva del daño contractual.....	254
<b>INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....</b>	<b>273</b>
<i>Por Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)</i>	
<b>RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: PARTES Y TERCEROS EN LA DOCTRINA JUDICIAL.....</b>	<b>285</b>
<i>Por Miguel Piedecabras (Argentina)</i>	
1. Partes y terceros.....	285
a. Principios .....	285
b. Articulación Procesal .....	288
c. Supuestos ejemplificativos .....	288
2. El contrato de seguro de responsabilidad civil y el artícu- lo 1195 del Código Civil .....	292
3. El acuerdo preventivo extrajudicial y el artículo 1195° del Código Civil .....	294
4. El Fisco como tercero.....	296
5. El derecho laboral y el artículo 1195° del Código Civil .....	297
6. Transacción y artículo 1195° del Código Civil .....	299
7. El domicilio constituido y el artículo 1195° del Código Civil.	302
8. Algunos casos especiales.....	303
9. Inoponibilidad y falta de acción .....	304
10. Competencia .....	305
11. Las “nuevas” partes y el análisis del artículo 1° de la Ley 24.240 .....	305
a. Consumidores y usuarios: .....	306
b. Los contratos comprendidos:.....	307
c. Exclusión de los contratos sobre cosas “usadas” .....	309
d. Sujetos obligados.....	309
e. Sujetos excluidos .....	310
f. Los servicios comprendidos.....	311
g. La prestación “profesional” de servicios .....	312

	Pág.
h. Exclusión de servicios “de consumidor a consumidor”	312
i. Exclusión de los servicios concretos integrados a procesos productivos o comerciales.....	312
12. Los contratos conexos.....	316
13. Responsabilidad por el incumplimiento de terceros .....	319
<b>EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO FRANCÉS.....</b>	<b>321</b>
Por <i>Christian Larroumet (Francia)</i>	
I. La controversia sobre la existencia de la responsabilidad contractual.....	322
II. El principio de la no acumulación de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual .....	324
III. El régimen del resarcimiento del daño.....	326
1. La imputabilidad .....	326
2. El daño.....	327
<b>LA EQUIDAD Y SU FUNCIÓN CUANTIFICADORA DE LOS DAÑOS DE IMPOSIBLE PROBANZA, A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 1332º DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO .....</b>	<b>329</b>
Por <i>Felipe Osterling Parodi / Alfonso Rebaza González (Perú)</i>	
I. Introducción .....	329
II. Alcances del artículo 1332º del Código Civil.....	330
III. El problema de la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales.....	334
IV. Dos casos singulares: pérdida de chance y daño moral .....	335
4.1. La cuantificación de la pérdida de una chance.....	335
4.2. La cuantificación del daño moral .....	339
<b>CLÁUSULA PENAL: FUNCIÓN E INMUTABILIDAD DE LAS PENALIDADES LIBREMENTE PACTADAS .....</b>	<b>343</b>
Por <i>Carlos A. Soto Coaguila (Perú)</i>	
1. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra .....	343
2. La cláusula penal: concepto y funciones.....	345
2.1. Concepto .....	345
2.2. Funciones de la cláusula penal .....	348
2.3. Función económica de la cláusula penal .....	355
2.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano	355
3. Inmutabilidad de las penas convencionales.....	360
4. A modo de conclusión .....	371

	Pág.
<b>EL DERECHO COMPARADO EN ACCIÓN: LA DOCTRINA DE LAS “PENALTY CLAUSES” COMO GUÍA PARA LA REDUCCIÓN (Y COMPRENSIÓN) DE LAS CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS .....</b>	373
<i>Por Roberto Moreno Rodríguez-Alcalá (Paraguay)</i>	
1. Introducción.....	373
2. Breve panorama de la situación en los sistemas del civil law: de la inmutabilidad absoluta a la relativa .....	375
3. Modelos de reducción de cláusulas penales excesivas.....	379
4. Problema que plantea la reducción judicial: una paradójica incertidumbre y el fantasma de la arbitrariedad jurisdiccional.....	382
5. Liquidated damages y penalty clauses: una sabia construcción del derecho judicial inglés .....	384
6. Una ojeada a los leading cases .....	387
7. Un resumen de las reglas principales para invalidar penalty clauses y su utilidad para el juez civilista .....	393
8. Hacia una conclusión .....	396
9. Coda: ya que estamos en tema.....	398
<b>LAS ASTREINTES EN EL DERECHO ARGENTINO .....</b>	403
<i>Por Alejandro Borda (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	403
2. El artículo 666 bis del Código Civil argentino. Antecedentes	403
3. Naturaleza jurídica.....	405
4. Caracteres .....	406
5. El beneficiario.....	408
6. El sujeto pasivo.....	408
7. Obligaciones a las que pueden imponerse astreintes.....	409
8. Presupuestos para su funcionamiento .....	410
9. Criterios para fijar las astreintes .....	412
10. Provisionalidad de las astreintes.....	412
11. Las astreintes y la indemnización de daños y perjuicios .....	413
12. Conclusión.....	414
<b>LA GARANTÍA LEGAL EN LAS VENTAS DE CONSUMO .....</b>	415
<i>Por Carlos Vattier Fuenzalida (España)</i>	
1. Introducción e importancia .....	415
2. Los dos modelos del Derecho europeo .....	416
3. La Directiva 99/44/CE y su recepción .....	418

	Pág.
4. Ámbito de aplicación .....	420
5. La garantía legal y sus límites .....	421
6. Los remedios y la garantía comercial .....	424
7. A modo de conclusión .....	426
<b>¿CUÁNDO ES BUENO INCUMPLIR UN CONTRATO? LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE .....</b>	<b>429</b>
<i>Por Alfredo Bullard González (Perú)</i>	
1. La noción de eficiencia .....	430
2. El incumplimiento eficiente .....	431
3. El problema de los daños .....	435
4. La excepción de los bienes únicos .....	441
5. Common Law vs. Derecho civil .....	445
6. Posición personal .....	456
7. El problema de los costos de ejecución .....	462

## PRÓLOGO

Esta obra contribuye a la integración jurídica en el mundo hispanoparlante, proporcionando una aguda visión del derecho contractual en Latinoamérica y Europa. Por ello, saludamos la encomiable labor del profesor peruano Carlos SOTO COAGUILA de convocar a un selecto grupo de juristas latinoamericanos, españoles y franceses para sumar esfuerzos y poner a disposición de la comunidad jurídica hispanoparlante esta obra.

Las selectas contribuciones de autores de Argentina, España, Francia, Perú, Paraguay y Venezuela conforman un todo ordenado y coherente que permite al lector obtener una visión global y comparada de los remedios disponibles frente a los casos de incumplimiento contractual.

El libro comienza con el artículo del Dr. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN donde se desarrolla el concepto de incumplimiento contractual, para luego centrarse en la tutela del acreedor frente al deudor incumplido, tema magistralmente desarrollado por el Dr. HINESTROSA.

El tercer Capítulo discute las acciones o alternativas que tiene el acreedor ante el incumplimiento del deudor en el derecho venezolano. El Dr. MÉLICH-ORSINI se refiere especialmente a los casos de acreedor singular de una deuda pura y simple, a las distintas formas de incumplimiento y a los supuestos en los cuales la satisfacción de las acreencias están vinculadas entre sí por un nexo de reciprocidad.

El cuarto Capítulo desarrolla el incumplimiento y la responsabilidad contractual en el derecho español. Luego de describir el derecho aplicable en dicha jurisdicción, el Dr. VATTIER FUENZALIDA se refiere al derecho inglés y sus derivaciones, deteniéndose también en la modernización del Código Civil alemán.

El quinto y sexto Capítulo se centran en el Derecho peruano. En el Capítulo quinto, el Dr. BARCHI VELAUCHAGA se refiere a los remedios generales a los que es posible recurrir frente a la lesión del dere-

cho de crédito, explicando la importancia que el intercambio de bienes y servicios tiene en la sociedad moderna. En el Capítulo sexto, el Dr. VIDAL RAMÍREZ desarrolla los mecanismos de tutela jurisdiccional del acreedor frente al incumplimiento del deudor, centrándose en los casos de retardo en el cumplimiento, incumplimiento doloso, e incumplimiento culposo, para luego desarrollar los medios legales disponibles a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a lo que está obligado.

En el Capítulo séptimo, el Dr. LLAMAS POMBO desarrolla la tipología de los intereses del acreedor, pieza clave para la responsabilidad contractual, y explica cuáles son los instrumentos disponibles para su satisfacción. En particular, el Dr. LLAMAS POMBO se refiere a los *interesse singulare, commune, conventum, circa rem* y *extra rem*, y a los intereses positivos, negativos, genéricos y específicos.

Los Capítulos octavo y noveno se centran en las cláusulas resolutorias y la condición resolutoria. En el Capítulo octavo, los Dres. DE LA PUENTE y LAVALLE y BARBOZA BERAÚN explican la resolución contractual expresa y la condición resolutoria, destacando sus diferencias. Asimismo, se refieren a la clasificación de las condiciones, la declaración de ineficacia, y la irretroactividad de la condición. En el Capítulo noveno, el Dr. CARLOS SOTO COAGUILA trata las cláusulas de estilo y las cláusulas resolutorias expresas, centrándose especialmente en la eficacia de estas últimas.

En el Capítulo décimo, la Dra. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA se refiere a la intimación en mora como requisito para resolver una relación obligatoria en el derecho peruano, y a su relación con la cláusula resolutoria expresa.

En el Capítulo décimo primero, el Dr. CÁRDENAS QUIRÓS realiza diversas reflexiones a propósito de la mora del deudor. En particular, hace referencia a la resolución por incumplimiento, la indemnización y la mora en las obligaciones dinerarias, la resolución diferenciada de los intereses, y el resarcimiento del daño contractual.

En el Capítulo décimo segundo, he desarrollado un tema que considero de gran importancia y es el relativo a la confianza, la información y la previsibilidad como factores del resarcimiento del daño contractual. En este artículo, realizo una reseña de los problemas que plantea el resarcimiento del daño contractual tanto en la Argentina como en el derecho comparado e internacional, con especial referencia al análisis económico del derecho.



En el Capítulo décimo tercero, el Dr. PANTALEÓN se refiere a los interrogantes que plantea el sistema de responsabilidad contractual, y en especial a la función que este instituto desempeña en el ordenamiento jurídico. El autor incluye un interesante apéndice que rastrea los orígenes y evolución histórica del sistema de responsabilidad contractual, para luego realizar un análisis comparado de los criterios de imputación objetiva.

Los Capítulos décimo cuarto y décimo quinto se centran en el derecho argentino. En el Capítulo décimo cuarto, el Dr. MOSSET ITURRASPE realiza una introducción a la responsabilidad contractual, mientras que en el Capítulo décimo quinto, el Dr. PIEDECASAS se refiere a la responsabilidad contractual de las partes y los terceros en la doctrina judicial.

El Capítulo décimo sexto desarrolla el resarcimiento del daño contractual en el derecho francés. El Dr. LARROUMET discute la controversia sobre la existencia de la responsabilidad contractual, el principio de la no acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual, y el régimen de resarcimiento del daño.

El Capítulo décimo séptimo se refiere a la equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza en el derecho peruano. Los Dres. OSTERLING PARODI y REBAZA GONZÁLEZ discuten los alcances del artículo 1332° del Código Civil peruano y el problema que genera la falta de predictibilidad en las decisiones judiciales. Por último, analizan dos casos singulares: la pérdida de chance y el daño moral.

En el Capítulo décimo octavo, el Dr. SOTO COAGUILA explica la función e inmutabilidad de las penalidades libremente pactadas. Luego de plantear el problema y desarrollar las funciones de la cláusula penal, con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano, el autor se refiere a la inmutabilidad de las penas convencionales.

En el Capítulo décimo noveno, el Dr. MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ realiza un análisis de las cláusulas penales desde el punto de vista del derecho comparado, refiriéndose en particular a la doctrina de las *penalty clauses* y su utilización como guía para la reducción de cláusulas penales excesivas.

En el Capítulo vigésimo, el Dr. BORDA se refiere a las *astreintes* en el Derecho argentino. El autor explica los antecedentes del artículo 666 *bis* del Código Civil, la naturaleza jurídica del instituto, el tipo de obligaciones a las que pueden imponerse *astreintes*, los criterios para fijarlas y los presupuestos para su funcionamiento. Por último,

hace referencia a las *astreintes* y a la indemnización por daños y perjuicios.

El vigésimo primer Capítulo se centra en la garantía legal en las ventas de consumo. El Dr. VATTIER FUENZALIDA se refiere a la importancia de estas garantías, los modelos en el derecho europeo, su ámbito de aplicación y sus límites.

Por último, el Capítulo vigésimo segundo desarrolla la teoría del incumplimiento eficiente y esboza una respuesta para la pregunta “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?” Para ello, el Dr. BULLARD GONZÁLEZ se refiere a la noción de eficiencia, el problema de los daños, y la excepción de los bienes únicos, con un análisis que abarca no sólo el Derecho Civil sino también el *Common Law*.

Como puede apreciarse, por lo expuesto, esta obra representa una indudable contribución a la discusión de las distintas circunstancias y enfoques en torno al incumplimiento contractual presentados en los círculos académicos de Hispanoamérica.

Buenos Aires, abril de 2010.

RICARDO LUIS LORENZETTI

*Presidente de la Corte Suprema  
de la Nación Argentina*

## PRESENTACIÓN

Por un momento imaginemos un lugar donde las personas no cumplan con sus promesas, donde el *pacta sunt servanda* sea una utopía. Sencillamente, la seguridad jurídica para contratar en dicho lugar no existiría, ya que los acreedores no tendrían la certeza de que sus deudores cumplirán voluntariamente con sus obligaciones. Probablemente, en ese lugar, las obligaciones y los contratos no existirían.

Pero mejor regresemos a la realidad, al siglo XXI. En este mundo, —y concretamente en Latinoamérica—, la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda* constituyen los pilares fundamentales del derecho contractual moderno. En consecuencia, cuando las personas contratan, libre y voluntariamente, saben que sus contratos son obligatorios, que su contrato es ley entre ellas y que, si alguna incumple lo prometido, la otra tendrá expedita la acción para exigir judicialmente el cumplimiento del contrato.

Como sabemos, inicialmente el comportamiento de las personas estuvo ligado a la religión. Determinar si uno era un buen o mal comerciante dependía principalmente del cumplimiento de los preceptos religiosos. Así, para la religión católica, y para los cristianos en general, quien cometía un pecado quebrantaba la ley, pues el pecado era la rebeldía ante la ley. Por lo tanto, la palabra de los hombres era la mejor garantía del compromiso asumido. Pero no sólo los católicos fueron enfáticos en relación al comportamiento de las personas. De la lectura del *Corán* se puede deducir que el buen contratante irá al cielo (entendiendo por buen contratante a la persona que cumple con sus promesas y sus obligaciones, aquella que no defrauda la confianza de su contraparte).

Luego de varios años de ejercicio y experiencia profesional, puedo afirmar que los buenos contratantes existen, estoy convencido de ello. Sin embargo, no puedo afirmar con la misma entereza que *todos* los contratantes son responsables y fieles a sus compromisos. Digo

ello, porque no puedo explicar el comportamiento de muchos deudores que conscientemente (con dolo en algunos casos) incumplen con sus obligaciones —sea porque le resulte más beneficioso incumplir el contrato y no pagar ninguna indemnización— o por el simple hecho, inexplicable, de que no les da la gana de realizar aquello a lo que se obligaron voluntariamente.

Conviene recordar que cuando las personas celebran un contrato lo hacen porque quieren satisfacer sus necesidades y sus intereses; de allí que hagan todo lo posible para ejecutar cada una de las obligaciones que les corresponden conforme a lo estipulado en el contrato. Sin embargo, existen situaciones imputables a las partes (como el incumplimiento contractual, en la mayoría de casos) o situaciones generadas por causas extrañas a la voluntad de los contratantes (como la imposibilidad de ejecutar la prestación por caso fortuito o fuerza mayor) que alteran la normal ejecución del contrato. Ante estos incumplimientos de obligaciones contractuales a cargo del deudor, el legislador de tradición civilista ha diseñado diferentes acciones o remedios en favor del acreedor perjudicado.

Esta obra colectiva tiene la finalidad de presentar a la comunidad jurídica iberoamericana un conjunto de estudios de reconocidos juristas de Latinoamérica y Europa sobre las diferentes acciones que tiene el acreedor para enfrentar el incumplimiento contractual de su deudor.

Estas acciones o remedios para tutelar el derecho de crédito del acreedor frente al incumplimiento de su deudor son: la ejecución forzada o forzosa, la resolución del contrato por incumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios o la llamada responsabilidad contractual, la excepción de contrato no cumplido, las penalidades convencionales (cláusula penal y arras penales), entre otras.

Por medio de la ejecución forzada, el acreedor acude al juez para solicitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de su deudor por cuanto todavía tiene interés en el cumplimiento de la prestación. Sin lugar a dudas, el acreedor también puede solicitar el cumplimiento por la vía extrajudicial; pero en este caso no estaremos ante una ejecución forzosa, sino más bien frente a un requerimiento extrajudicial que de no ser cumplido por el deudor, necesariamente obligará al acreedor a acudir a los tribunales judiciales para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación.

En cambio, cuando el acreedor no tiene interés en la ejecución de la prestación, optará por la resolución del contrato con la finalidad de

solicitar la extinción de la relación contractual con su deudor. En tal sentido, la resolución del contrato dejará sin efecto la relación jurídica obligatoria creada por el contrato y, por ende, los contratantes quedarán liberados del cumplimiento de sus obligaciones.

El acreedor también podría exigir el resarcimiento de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que el deudor le haya ocasionado por su incumplimiento. Esta responsabilidad civil de naturaleza contractual tiene por finalidad resarcir los daños que ha sufrido el acreedor con el incumplimiento del contrato.

En virtud de la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpletis contractus*), el acreedor suspende la ejecución de su obligación hasta que su deudor cumpla o garantice el cumplimiento de sus obligaciones. Esta acción busca generar en el acreedor la confianza necesaria de que el contrato será cumplido por su contraparte.

Las penalidades convencionales (cláusula penal y arras penales) tienen por finalidad reforzar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato. Así, cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones, el otro podrá ejecutar la penalidad (cláusula penal) o hacer suyas las arras penales, sin tener que recurrir a un proceso judicial.

No es mi intención ni el lugar para analizar cada uno de los remedios frente al incumplimiento contractual. Esa es la tarea de los coautores de este libro, ilustres juristas latinoamericanos y europeos, que analizan y comentan las diferentes acciones que tiene el acreedor frente al incumplimiento de su deudor. Por ello, invito a todos los abogados, no abogados, estudiantes de derecho o simples interesados en una lectura jurídica, a disfrutar de cada uno de los artículos que conforman esta obra colectiva de la misma forma en la que yo disfruté durante su coordinación.

Como corresponde, deseo agradecer a todas las personas que han hecho posible la edición y publicación de esta obra en la hermana República de Argentina.

- En primer lugar, a cada uno de los coautores de esta obra, los doctores: LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, FERNANDO HINESTROSA, JOSÉ MÉLICH-ORSINI, CARLOS VATTIER FUENZALIDA, LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA, FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, EUGENIO LLAMAS POMBO, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE (†), EDUARDO BARBOZA BERAÚN, ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, RICARDO LUIS LORENZETTI, FERNANDO PANTALEÓN, JORGE MOSSET ITURRASPE, MIGUEL PIEDECASAS, CHRIS-

TIAN LARROUMET, FELIPE OSTERLING PARODI, ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ, ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, ALEJANDRO BORDA Y ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ.

- A mi querido amigo, el doctor Ricardo Luis LORENZETTI, ilustre jurista y actual Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, por el honor de prologar nuestra obra.
- Y desde luego a mi equipo de colaboradores del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y del Instituto Peruano de Arbitraje, los doctores Rider VERA MORENO, Orializ ESPINOZA SOTO, Jhon JARA CANO, Milton SALINAS LÁZARO, Alexa ESTACIO MORALES y Estefanía IGLESIAS BOBADILLA, por su permanente apoyo en mis *aventuras* académicas y profesionales.

A todos ellos, y a las demás personas que de alguna manera participaron en la elaboración de este libro, mi eterna gratitud.

Lima, octubre de 2010.

CARLOS A. SOTO COAGUILA

# EN TORNO AL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (1)

1. Aunque otra cosa pueda parecer, a primera vista, el concepto de incumplimiento de obligaciones, o de incumplimiento contractual, si se prefiere hablar así, se presenta todavía ante nosotros nublado por una cierta dosis de confusión, que ha repercutido en la forma en que lo configuran los Derechos plasmados en los códigos civiles y en la forma de entenderlo los comentaristas de tales códigos. Son varias y de índole muy distinta las razones de esta confusión y convendrá analizarlas detenidamente.

La primera de ellas, que señalé hace ya tiempo (v. *Fundamentos del Derecho Civil y Patrimonial*, II, p. 568) es el entrecruce en la configuración de la idea de estricto incumplimiento con criterios valorativos de la conducta del deudor, lo que procede, seguramente, de la idea de que el contrato, y también la obligación, son fuentes de deberes jurídicos y que el deudor que incumple-no cumple infringe deberes jurídicos que le atañen. Esta es una idea que responde, probablemente a una concepción iusnaturalista: el contrato como carta de deberes y el incumplimiento como infracción de tales deberes. Por eso, no es extraño que se considere necesario un examen valorativo de la conducta del deudor para averiguar la participación que éste ha tenido en el resultado de infracción. Porque sólo incumple de verdad aquel a quien el incumplimiento le es imputable. No es de extrañar así que

---

(1) Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente de la Sección 1ra. de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

algunos autores introduzcan, en la idea misma de incumplimiento, como un elemento del mismo la culpa y el daño.

En esta óptica se sitúan todos aquellos que engloban el incumplimiento dentro de una noción más amplia del ilícito civil, lo que, dicho sea de paso, les permite ponerlo en paralelo con los supuestos de la responsabilidad civil extracontractual. Siguiendo esta línea, se tiene que buscar la existencia de antijuridicidad y de culpabilidad como elementos del ilícito: sólo el llamado incumplimiento doloso, incumplimiento voluntario y el incumplimiento negligente son verdaderos incumplimientos, mientras que los que podrían llamarse incumplimientos fortuitos pertenecen a otro terreno y son más bien anomalías o vicisitudes de la vida de la obligación.

En el Código Civil peruano, el Título IX del Libro VI habla de inejecución 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. El art. 1314° comienza diciendo “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. La norma es enigmática porque alguien podría entenderla como si dijera que el que ha actuado con diligencia no incumple. El paso siguiente es decir que la obligación es sólo diligencia y que con el empleo de la diligencia se encuentra cumplida, lo cual no es exacto por lo menos en todos aquellos casos en que el contrato hubiera comprometido un resultado o existiera un compromiso de otro tipo. Piénsese, p. ej. en el vendedor de un paquete de control de una sociedad que tras enumerar los pasivos de ésta, garantiza al adquirente que son los únicos que existen.

Inmediatamente después, el Código Civil peruano menciona el caso fortuito y la fuerza mayor como causas impeditivas del cumplimiento. Y no es lo malo que se identifiquen las dos categorías que son en rigor distintas, porque caso fortuito puede identificarse con la actuación diligente de que había hablado el art. 1314°, siempre que la diligencia se entienda como previsión de sucesos que pueden impedir la correcta prestación de la obligación y utilización de los medios necesarios para atender a tales eventos, mientras que siempre se ha entendido que la fuerza mayor o *vis maior* es un hecho que desde POTHIER se define como una causa extraña. Lo malo es que, según los textos citados, la concurrencia de estas causas parece excluir el hecho



mismo del incumplimiento y no sólo la imputabilidad con las consecuencias que de la imputabilidad haya que derivar.

Tampoco el Código Civil español merece especiales plácemes en esta materia. El art. 1101º sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a aquellos que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad o a las que de cualquier modo contravinieren al tenor de la obligación. De este modo se yuxtaponen y confunden circunstancias que exigen y suponen un juicio de valor del deudor (el dolo y la negligencia), una figura especial que en principio se regula con una cierta objetividad como es la morosidad, cerrando, finalmente, la exposición una referencia, sin juicios de valor, a “cualquier tipo de contravención del tenor de la obligación”.

2. La segunda de las causas que, a mi juicio, ha enturbiado una correcta configuración del incumplimiento contractual es la regulación de la mora, que en el Código Civil peruano se encuentra en los arts. 1333º-1340º y en el Código Civil español en el art. 1100º. La impresión que siempre ha producido en los comentaristas esta regulación, es que el deudor, aunque se encuentre retrasado y aunque en este sentido no haya cumplido correctamente o, lo que es lo mismo, haya incumplido, se encuentra en una situación de la que la Ley no extrae especiales consecuencias jurídicas. De este modo, parece que se escalonan tres situaciones distintas: el simple retraso, sin especial sanción, la mora que desencadena alguna sanción, pero sólo después de un incumplimiento al que hay que llamar “verdadero” o “definitivo”.

No se puede negar que esta es una visión de las cosas muy inspirada por la idea del *favor debitoris*, de la misma manera que inspirada debe estar del *favor debitoris* la norma del art. 1314º del Código peruano, aunque, haya que advertir, desde ahora que, como expresó ya en su día IHERING, en las economías desarrolladas no hay porqué favorecer a los deudores, lo que se corrobora si pensamos que una gran parte de la población es acreedora de las grandes entidades deudoras (Bancos, Compañías de seguros, etc.).

Habrà que insistir en la cuestión que abre la regulación de la mora. En principio, parece que sólo el deudor constituido en mora es responsable de los daños y perjuicios que causa en el retraso del cumplimiento, aunque nunca se haya dicho que la mora sea necesaria para ejercitar la acción de cumplimiento o para resolver, si es el caso, la obligación. Es la mora la que desencadena la indemnización por daños y perjuicios. No es responsable, por tanto, el deudor desde que se retrasó, sino desde que quedó constituido en mora. Lo dice claramente el art. 1316º del Código Civil peruano y lo dice el art. 1101º del

Código español en conexión con el art. 1108º. Ello ha producido, como se sabe, una dura y difícil batalla entre los llamados partidarios de la mora *ex intimatione* y los partidarios de la mora automática o *ex re*. Tanto el art. 1333º del Código Civil peruano como el art. 1100º del español se inclinan por la mora derivada de la intimación o exigencia, salvo los casos, en cierta medida excepcionales, que no se considera legalmente necesario. La misma discusión aparece o reaparece, en la regulación de la mora en las obligaciones recíprocas (cfr. art. 1335º del Código peruano y 1.101 *in fine* del Código español).

Habría que señalar no obstante que esta forma de ver las cosas choca con aquellos supuestos en que el término o plazo debía considerarse como esencial, porque así lo habían pactado las partes y porque sólo ejecutada la prestación en ese término esencial era útil al acreedor. Sin embargo, estos casos no conducen a una mora automática, aunque otra cosa parezca querer decir el art. 1100º del Código Civil español, sino, en puridad, a la exclusión de la mora. Es una situación en que no hay mora porque el incumplimiento posterior se ha hecho imposible, ya que, en efecto, la mora en sí misma considerada es una situación transitoria. El deudor la puede purgar y puede salir de ella: puede obtener una moratoria y puede simplemente cumplir, de manera que la mora no puede colocarse en el ámbito de lo que antes estábamos llamando un “incumplimiento definitivo”.

La regulación actual de la mora, tal como aparece en los códigos civiles, responde a una herencia escasamente crítica del Derecho romano y presenta por ello escasa utilidad. Se ha señalado que la mora nació en el ámbito de la *condictio* y tenía por objeto tratar de evitarle al deudor la caída en este tipo de acción.

Por lo demás, como ha señalado Gema DíEZ-PICAZO:

“Al obligado del tipo que sea se le imputarán, siempre que la cosa se halle en su poder, los riesgos o imposibilidades sobrevenidas por la presunción *iuris tantum* de culpabilidad establecida en el 1183, salvo que pruebe el caso fortuito objetivamente considerado, es decir, que destruya tal presunción. Al deudor constituido en mora, es decir, al que ya se le han traspasado todos los fortuitos, se le imputa el mismo riesgo, pero sin posibilidad de prueba en contrario, puesto que también responde por éste. Se trata de una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba alguna para destruirla. En este punto hay que hacer una advertencia y es la de que en todos los demás ordenamientos de nuestro entorno, y a diferencia del nuestro, que regulan exactamente igual esta materia, al tocar el punto de los morosos, entendiendo por tales no los retrasados en el cumplimiento sino a los constituidos en mora, les otorgan la posibilidad de destruir esta presunción mediante la difícil prueba de que

la cosa se hubiera igualmente perdido de haberse entregado a tiempo, solución que fue injustificadamente descartada por nuestro legislador.

Es la situación jurídica que se produce con la constitución en mora, por consiguiente, la que origina el efecto especial de la atribución de todos los riesgos al deudor que sobrevengan fortuitamente durante todo el período que dure el cumplimiento tardío de la prestación, es decir, hasta que se purgue el incumplimiento inicial. Si antes se ha dicho que ningún deudor responde de los casos fortuitos, siempre y cuando los pruebe, esta regla tiene su excepción general en los deudores constituidos en mora. Siempre se ha dicho que para alcanzar esta situación de ‘especial responsabilidad’ es necesario imponerle, en vía de principio, una carga al acreedor: la intimación o requerimiento al deudor. A partir de ese momento éste correrá con los riesgos de los casos fortuitos. La intimación sólo es necesaria según la doctrina mayoritaria, para lograr el efecto de la mal llamada *perpetuatio obligationis* o traslación del riesgo al deudor y por añadidura, la indemnización de los daños causados por el retraso.”

De este planteamiento se desprende, en mi opinión, que la concepción histórica de la mora pendula sobre la regla central del traslado al deudor moroso de las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación encontrándose ya en mora.

La consecuencia natural de ello es que no se produce la extinción por pérdida de la cosa debida que en las obligaciones no bilaterales es regla general y aparecía, en cambio, la llamada *perpetuatio obligationis* o perpetuación o, si se prefiere, continuación de la obligación, que, desaparecido su primitivo objeto, recae ahora sobre el valor.

Se trata de dos temas sobre los cuales ha recaído la crítica de los modernos. El traslado del riesgo de la imposibilidad sobrevenida fortuita al deudor moroso, parece, a los ojos de los modernos, excesivo y ha tratado de ser paliado por diferentes vías. Lo ha sido, sin duda, en el art. 1336° del Código Civil peruano, que, no obstante trasladar en línea de principio al deudor moroso el riesgo de la imposibilidad sobrevenida fortuita, le exonera de responsabilidad si no hubo culpa en la mora o si se prueba que el hecho fortuito determinante de la imposibilidad habría de todos maneras afectado a la prestación, aplicando las reglas de la causalidad hipotética. Lo que ocurre es que probablemente, privada de lo que era su sustancia histórica, la regulación de la mora pierde su sentido y se convierte en un cuerpo vacío, que lo único que produce son perturbaciones.

En el Código Civil español, la regla del traslado del riesgo al deudor moroso aparece con claridad en el art. 1096°, según el cual, si el obli-

gado se constituye en mora serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega, precepto que concuerda con el art. 1182º, según el cual la obligación que consista en entregar cosa determinada queda extinguida si se destruye sin culpa del deudor pero antes de haberse constituido éste en mora. Lo cual significa que la obligación no se extingue, o dicho de otro modo, continúa o se perpetúa. La regla según la cual la responsabilidad del deudor moroso se excluye si se prueba que las cosas se hubieran perdido, del mismo modo o por la misma causa, encontrándose ya en poder del acreedor, se halla, en el Código Civil español, en el art. 1896º en que se regula el cobro de lo indebido, donde, sin duda, el deudor de la restitución de un *indebitum* puede resultar moroso. Y son muy abundantes las voces que predicán la tesis de entender el art. 1096º en el sentido del art. 1896º. De esta manera se socava uno de los pilares de la figura histórica de la mora, como es la general responsabilidad del deudor moroso por los fortuitos.

El otro de los pilares de la construcción de la mora tampoco queda a buen resguardo de la erosión, porque la figura de la *perpetuatio obligationis*, que, en rigor, es una cabal ficción o un puro recurso técnico tampoco encuentra una explicación plausible. En efecto, no pasa de ser un puro recurso técnico decir que la prestación inicial desaparecida o imposibilitada queda sustituida por una deuda de valor que hace continuar o perpetuarse la misma obligación. Ello es ficticio. En el fondo del debate lo que se encuentra es la pregunta relativa a si la obligación de pago del valor es una verdadera indemnización de daños y perjuicios y si tiene, por lo menos, alguna relación con esta última figura, pregunta respecto de la cual todo parece inclinarnos a favor de una respuesta afirmativa.

Por todas estas razones podría ensayarse una regulación en que la mora desapareciera completamente, como han hecho los Principios del Derecho europeo de contratos, y seguramente las cosas se verían más claras.

En cualquier caso, lo que queda, en mi opinión, fuera de duda es que la mora no puede tomarse como momento central a la hora de definir el incumplimiento.

3. El segundo de los puntos en que se ha ocasionado una grave perturbación en la identificación del incumplimiento es su puesta en paralelo con la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esta ideamatrix presidió la redacción del parágrafo 275 del Código Civil alemán en su versión primitiva, según parece por la inspiración que los autores del proyecto recibieron, según se dice, de la obra de F. MOMMSEN.

Si las cosas se miran según la óptica que condujo a esta aporía y admitimos, como antes señalábamos, el escalonamiento entre las situaciones de retraso/mora y las de incumplimiento (definitivo), a primera vista, por lo menos, parece que el deudor puede cumplir aun estando en mora, que cumpliendo purga la mora y que puede cumplir mientras ello resulte posible. De este modo —se piensa— sólo la imposibilidad sobrevenida de la prestación hace imposible el cumplimiento y determina una situación de incumplimiento que es irreversible.

Esta idea que es aparentemente sencilla presenta algunas dificultades de variado cuño expuestas ya en su momento por los autores alemanes. La primera es la necesidad de una cierta ampliación de la idea de la imposibilidad sobrevenida, que, de ser absoluta, como en teoría tendría que ser, tiene que permitir que se engloben dentro de ella algunas imposibilidades subjetivas. Además, en los negocios con término esencial, en que con la llegada del término, hay cumplimiento o incumplimiento, pero sin ninguna otra alternativa, hay que admitir que existe una imposibilidad de la prestación que en sí misma considerada no es imposible, aunque ello pueda resultar paradójico. Por último, desde un trabajo de STAUB que es de 1904, los autores alemanes tuvieron que reconocer, como no podía ser de otro modo, que constituyen incumplimiento las llamadas lesiones positivas del derecho de crédito. Si el autor de un informe contable o de una auditoría la redacta mal, habrá incumplido la obligación pero en este concepto de no cumplimiento la imposibilidad sobrevenida de la prestación tiene escaso juego. Las cosas son hasta tal punto así que en la Ley alemana de Modernización del Derecho de obligaciones de 2001 el parágrafo 275 del Código Civil alemán ha tenido que ser prudentemente modificado, de manera que no parece hoy adecuado intentar identificar incumplimiento con imposibilidad sobrevenida.

A pesar de esa rectificación alemana y en tiempo muy próximo a ella ha habido algunos autores españoles que han continuado defendiendo con tozudez digna de mejor causa la equiparación entre incumplimiento e imposibilidad sobrevenida. Me refiero especialmente a A. Cristóbal MONTES (*El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989).

Comienza A. Cristóbal MONTES señalando que en *pura teoría* el cumplimiento se caracterizaría por la exacta realización de la prestación debida, mientras que el incumplimiento lo haría por la no verificación del objeto de la obligación; el primero supondría la normalidad y el segundo nos remitiría al aspecto de su vulneración, pero siempre nos moveremos en una esfera referida objetivamente a la obligación

en detrimento de elementos y factores que juegan en la cabal formulación del vínculo jurídico obligatorio. Tengo que confesar que no he acabado nunca de comprender cuáles son esos otros “elementos y factores que juegan en la formulación del vínculo jurídico obligatorio”, aunque estoy dispuesto a admitir que puedan existir deberes accesorios derivados de la buena fe que ensanchan la prestación debida o que en algunos casos juegue la diligencia empleada por el deudor. Lo que pasa es que todo ello probablemente no cambia las cosas, ni los problemas tal y como se encuentran planteados.

El descrito panorama, es decir, el binomio cumplimiento/incumplimiento le parece al profesor citado algo “simplificador e interesado” y considera que se desdibuja cuando se tiene en cuenta que la propia ley estima que existe un variado haz de supuestos en que la relación obligatoria no es respetada en su primigenia conformación. Cita de manera especial el pago (se supone que convenido) de un *aliud pro alio*, el pago al tercero y el pago del tercero. En mi opinión se introduce de esta manera un innecesario factor de confusión. El pago del *aliud pro alio* o la llamada dación en pago con la conformidad del acreedor en un pago y el pago al tercero y el del tercero, en los casos en que la Ley los admite, son pagos y por tanto supuestos en los que no hay por qué hablar de ningún incumplimiento sin perjuicio de las relaciones que entre las partes se puedan producir.

El autor antes citado piensa que hay una especie de “decantación legal” (así la llama) hacia el “ensanchamiento del cumplimiento” y, por consiguiente, a restringir el ámbito del incumplimiento, cuya operatividad, llega a decir queda circunscrita en buena medida a lo que llama el “aspecto residual resultante del fallido primer término”.

El autor a quien me refiero, piensa que, al ensanchar el ámbito del cumplimiento y reducir el del incumplimiento, se protegen más efectivamente los intereses del tráfico, se permite que opere el principio del *favor debitoris* y se posibilita —dice— la adaptación del llamado “vínculo obligatorio vivo a las cambiantes circunstancias del medio en que se desenvuelve”.

Me temo mucho que quien ensancha o restringe incumplimiento o cumplimiento es la realidad y no el Derecho. A todos nos gustaría que hubiera muchos cumplimientos y pocos incumplimientos, pero esa no es la cuestión. La cuestión es dónde coloca la Ley el acento.

Por lo que se refiere al tópico del *favor debitoris*, me remito a lo que más arriba dije. Hay que considerarlo como profundamente antieco-

nómico y, si se quieren proteger efectivamente los intereses del tráfico mi opinión es que es preferible ser exigente antes que benévolo.

Y por lo que se refiere a esa llamada “adaptación del vínculo obligatorio vivo a las cambiantes circunstancias del medio en que se desenvuelve”, habrá que decir que esa adaptación o readaptación se producirá en los casos que se puede aplicar la *rebus sic stantibus*, pero no por la vía de calificar los hechos como cumplimiento o como incumplimiento.

Piensa Cristóbal MONTES que puede haber razones para que la civilística alemana, y con ella yo mismo, hayamos preferido examinar el problema no tanto desde el ángulo de la vulneración por parte del deudor de su deber de prestación, sino bajo el punto de vista de la no obtención por el acreedor de aquello a lo que tenía derecho, pero le parece que este modo de ver las cosas desdibuja el problema y, aunque a la construcción la llama sugestiva, la considera sólo “aparentemente seria y coherente”.

Aunque la seriedad no se le debería discutir a nadie, mi opinión es que o las cosas no se han explicado bien o no se han entendido bien. Ante todo diré que no ha sido especialmente la civilística alemana la que ha tomado esa perspectiva. Como he recordado ya, el heredero de la civilística alemana, aunque él no termine de comprenderlo, es Cristóbal MONTES. Otra cuestión distinta es si el fenómeno que llamamos incumplimiento y que seguiremos llamando “incumplimiento” presenta dos *perspectivas* (porque nunca se las consideró nada más que perspectivas) la del deudor que ha cumplido la prestación defectuosamente y la del acreedor que no ha obtenido aquello a lo que tenía derecho. Perspectivas que, naturalmente, no modifican en modo alguno, la regulación legal y que lo único que hacen es tratar de comprenderla. Que la doble perspectiva existe es algo que a mi juicio no puede ponerse en duda.

Por eso la conclusión final de que el genuino incumplimiento obligacional se circunscribe al caso en que la prestación deviene imposible me parece francamente errónea. Lo es, desde luego, desde el punto de vista del cumplimiento porque el acreedor tiene derecho al cumplimiento y puede ejercitar la pretensión de cumplimiento desde el momento en que se haya incumplido porque si espera a que la prestación se haga imposible lo más probable es que consiga que su acción sea inviable. Lo mismo hay que decir de la resolución por incumplimiento, que podrá tener las características que se quiera, pero que puede ejercitarse aunque la prestación continúe siendo posible. Y por lo que se refiere al resarcimiento de los daños y perjuicios ocurre lo

mismo: el acreedor tiene derecho al resarcimiento desde que la prestación ha dejado de ejecutarse, el deudor se ha retrasado o la ejecuta defectuosamente, sin esperar tampoco a que se haga imposible.

Podría pensarse que la imposibilidad sobrevenida nos sitúa en un “punto de no retorno”, de manera que la situación debe quedar inmediatamente definida pero hay en ello un error de punto de vista. La resolución por incumplimiento es, asimismo, un punto de no retorno como lo es el ejercicio, en general, de cualesquiera las acciones judiciales que procedan.

El problema de fondo es que si el incumplimiento se hace sinónimo de imposibilidad sobrevenida hay una gran multiplicidad de supuestos que van a quedar sin cubrir normativamente. En especial lo que se llamaron lesiones positivas del contrato o si se prefiere del derecho de crédito lo mismo que todos los casos en que hay que rectificar o corregir una prestación defectuosa que generarán, sin duda, las consecuencias del incumplimiento aun cuando no haya ninguna imposibilidad sobrevenida.

Quiero recordar, porque cito de memoria, que en el ejemplo de STAUB había un auditor que tenía que hacer un informe contable y lo hizo tan inexactamente y con fallos tan garrafales que las decisiones de los órganos de la sociedad, adoptados con base en él, produjeron notables pérdidas. Piénsese que ello ha podido acarrear la responsabilidad de los administradores. ¿Qué hay que hacer en estos casos o en otros parecidos para que el acreedor tenga abiertos los remedios frente al incumplimiento? ¿Hay que esperar a que haga otro informe que resulte más correcto o es que hay que esperar a que muerto o incapacitado el deudor resulte imposible realizarlo?

La elección de la terminología o simplemente acentuar la idea de lesión del derecho de crédito, además de recoger las llamadas “lesiones positivas” buscaba otra finalidad que fue perfectamente expresada en su momento. Por lo menos en nuestra lengua “incumplimiento” no es una palabra neutral. Aunque no nos demos cuenta incorpora alguna dosis de imputabilidad. Incumple el que no cumple por razones que a él son imputables mientras que en una gran cantidad de supuestos el incumplimiento exige un tratamiento objetivo. Para ejercitar la pretensión de cumplimiento no hace falta saber las razones por las que el deudor no cumplió. Basta saber que no cumplió. Y para ejercitar la acción resolutoria tampoco hay que encontrar un comportamiento doloso o culpable, desde luego no exige el art. 1124º C.C., que permite el ejercicio de la acción de resolución para el caso de que



uno de los obligados “no cumpliere lo que le incumbe” —dice— sin más aditamentos.

Naturalmente si se dan las condiciones legales el que ostente la titularidad de la facultad resolutoria, podrá ejercitarla aun cuando la prestación continúe siendo posible.

5. En toda la “excursión” que hemos tratado de realizar y en el debate que en ella subyacía se encuentran, en mi opinión, problemas de carácter metodológico que convendría dejar en claro. Los conceptos jurídicos no surgen espontáneamente al modo de unas ideas platónicas que tengan su propia vida. Tampoco son teoremas o axiomas de carácter lógico a los que tengamos que obedecer o a los que tenga que obedecer el legislador. Quiere ello decir que no tienen sustantividad por sí mismos. Siempre he profesado, y continúo profesando, una concepción funcional respecto de los conceptos jurídicos, contruidos como modelos. Los tomamos y los dibujamos en la medida en que nos son útiles, porque nos permiten explicar determinadas normas y, en especial, determinadas consecuencias jurídicas. Lo cual es, en el fondo, el camino contrario del que algunos han tratado de seguir. No se anudan al concepto, teóricamente hallado, aquellas consecuencias jurídicas que el concepto exige, sino que hay que construir un concepto adaptado a las normas y a las consecuencias jurídicas establecidas en ellas. Lo anterior quiere decir que, en el núcleo de cuestiones que ahora estamos estudiando, no se pueden perder de vista estas consecuencias jurídicas, que son, en rigor, medidas de protección frente al incumplimiento, que los anglosajones llaman “remedios” y que nosotros llamamos “acciones”, y que son fundamentalmente tres: la acción o pretensión de cumplimiento, la resolución en las obligaciones sinalagmáticas o contratos con obligaciones recíprocas y las indemnizaciones de daños y perjuicios llamada algunas veces indemnización de daños contractuales. En el fondo “incumplimiento” no es más que la premisa necesaria para el ejercicio de estas acciones. Si las cosas las miramos así, no es difícil establecer que la pretensión de cumplimiento se da frente a cualquier inejecución o ejecución defectuosa o retrasada de una prestación y que no tiene más límite que la imposibilidad. La imposibilidad, así contempladas las cosas, no es característica del incumplimiento sino un límite de la pretensión de cumplimiento.

La indemnización de daños y perjuicios dimana también de cualquier tipo de incumplimiento, siempre que genere daños. Por consiguiente, hay daños por inejecución, daños por retraso y daños por incumplimiento defectuoso. Podemos discutir si el deber de in-

demnización exige además la imputabilidad del incumplimiento al deudor, pero esta es otra cuestión que se añade al hecho escueto del incumplimiento. Podemos pensar que para que el deudor responda, el incumplimiento ha debido ser culposo o que no encuentra el cobijo de la exoneración en un caso fortuito o que lo haya producido en impedimento de prestación que esté de acuerdo con la distribución de riesgos inherente al tipo contractual en el ámbito de aquellos eventos que el deudor tiene que controlar. En cualquier caso, en el punto de partida, incumplimiento.

Puede discutirse cuál es el incumplimiento que determina la resolución y, sobre todo, si hay incumplimientos esenciales que determinan una resolución *ipso iure* e incumplimientos que perduran no obstante los requerimientos hechos al deudor, pero tampoco en este punto las cosas resultan distintas.

Tras todo ello puede proponerse una fórmula muy similar a la que aparece en los Principios del Derecho europeo de contratos: hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulte.

# TUTELA DEL ACREEDOR FRENTE AL DEUDOR INCUMPLIDO

Fernando HINESTROSA (1)

1. Concebida la obligación como un deber de colaboración inter-subjetiva (2), su función es precisamente la de satisfacer el interés del acreedor, satisfacción en la que el deudor ha de poner todo su empeño, en las condiciones correspondientes a la naturaleza de la prestación, a las disposiciones generales y singulares de ley, y en las obligaciones surgidas del ejercicio de la autonomía privada, además, a las estipulaciones del negocio.

La satisfacción del acreedor, realizada en general por el deudor, único obligado a ella, tiene por efecto básico extinguir la obligación, al haberse realizado su función y, por consiguiente, libera al deudor (*solutio*). La insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria o 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 éste a quien corresponde probar su inocencia (3). Desde un comienzo en el desarrollo histórico de la relación obligacional, surgió el problema del alcance de la obligación del deudor: a qué y hasta dónde está obligado, y por ende, el del estándar de conducta con el que se ha de comparar su actuación, con la eventualidad de tener que responder por el mero hecho de la insatisfacción (4).

---

(1) Rector de la Universidad Externado de Colombia y Profesor de Derecho Civil en ella. Conjuez de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura.

(2) E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.

(3) F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, Bogotá, 2002, n° 136. Cfr. arts. 1314° a 1316° Cód. Civil peruano.

(4) GAYO, *Instituciones*, III, 205 y ss.

2. El deudor debe la prestación, cuya ejecución es su cumplimiento de la obligación; no está a su arbitrio realizar la prestación *in natura* o dar al acreedor su equivalente pecuniario. Desde el Derecho justinianeo se abrió la posibilidad para el acreedor de demandar la ejecución específica, que en el derecho actual se encuentra acompañada a las características de las distintas clases de prestación. Delante del incumplimiento del deudor no solamente subsiste la obligación (*perpetuatio obligationis*), con la misma prestación, de ser aún factible su ejecución, o convertida en dinero, sino que, además, se genera un nuevo crédito, adicional, por el valor de los perjuicios que dicho incumplimiento le haya ocasionado al acreedor (5). Con la posibilidad para éste de pretender desde un principio el equivalente pecuniario (*circa ipsam rem*) y la indemnización de los perjuicios, o de llegar a esa pretensión ante el fracaso o la dificultad de la ejecución *in natura* intentada (6).

Responsabilidad patrimonial que, en últimas, le permite al acreedor perseguir bienes del deudor, en medida adecuada, para que con el producto de su remate o por el valor de su adjudicación a él se cancelen principal, perjuicios y costas procesales.

No en todos los tiempos ni en todos los ordenamientos han sido unas mismas las facultades extraordinarias concedidas al acreedor para la tutela de sus intereses delante de la inejecución de la obligación por parte del deudor. Universalmente se le otorga poder para demandar el subrogado pecuniario y la indemnización de perjuicios, y podría agregarse que esa ha sido la tendencia generalizada, y que lo excepcional es la ejecución específica. En el *common law*, la *specific*

---

(5) Es un lugar común la presentación del fenómeno, particularmente en la doctrina francesa, como obligación de pagar daños y perjuicios (*dommages-intérêts*), así se hable de “equivalente”, pero sin discriminación entre lo que corresponde al subrogado pecuniario de la prestación o débito secundario y lo que viene por concepto de indemnización de los daños causados por el incumplimiento. Cfr. por todos Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Obligations, 2, Contrats et quasi-contrats*, 11<sup>ème</sup> éd., París, 2001/2002, n° 588, p. 357; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8<sup>ème</sup> éd., París, 2002, n° 558, p. 538. “La obligación puede extinguirse por el hecho de su inejecución; en efecto, a veces el crédito originario es reemplazado por una nueva obligación: reparación del perjuicio causado por la inejecución, crédito de daños y perjuicios (ejecución por equivalente)”: H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1er. vol., *Obligations. Théorie générale*, 9<sup>ème</sup> éd., n° 1080, p. 1136.

(6) Art. 1453.2, Cód. Civ. italiano. Cfr. G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, n° 14.4, p. 154, y en ese sentido, la jurisprudencia en general.

*performance*(7), entendida como una “providencia de la corte que compele al demandado a hacer personalmente lo que prometió”, es “un remedio excepcional”, como quiera que “el deber de estar al contrato en el *common law* significa la previsión de tener que indemnizar daños si no se cumple, y nada más”, en tanto que en los ordenamientos de tradición romanista dicha orden constituye una primera opción, naturalmente desde que sea factible y persista el interés del acreedor en el débito primario (8). De otra parte, la normatividad prevé distintas modalidades para llegar a la ejecución específica, como conviene a cada clase de prestaciones y a las particularidades de éstas.

3. Es natural que el Derecho se preocupe por tutelar adecuadamente el derecho de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los mejores instrumentos para su satisfacción cabal o, en últimas, su frustración menor. En ese sentido no tiene por qué extrañar la tendencia a considerar delantadamente la posibilidad de ejecución coactiva específica de la prestación, que, sin duda, es la manera natural de satisfacer el interés del acreedor con el resultado prevenido en el título, podría decirse que sin otros límites que los de la subsistencia de dicho interés, de la naturaleza o el estado de la cosa, en su caso, de la capacidad física y mental del deudor y, eventualmente, de la necesidad de asegurar la *pars condicio creditoris*.

4. El deudor, por el solo hecho de serlo, al no cumplir, queda expuesto a la ejecución forzada por parte de su acreedor, específica o por el equivalente pecuniario, y además por los perjuicios causados a éste con su renuencia. Responde con sus bienes actuales y con los que llegue a adquirir en el futuro, ilimitadamente; íntegros esos bienes quedan expuestos a la acción del acreedor o de los acreedores, que pueden perseguirlos singularmente, en coligación inicial o posterior, o universalmente, demandando su embargo, secuestro, avalúo y remate, para alcanzar a la postre el pago de sus créditos con el producto de la subasta o con la adjudicación a ellos, a prorrata del monto del crédito o atendiendo a motivos de preferencia, de modo que los acreedores ven el patrimonio del deudor y su porvenir como el último

---

(7) Cfr. S. WHEELER & J. SHAW, *Contract law, Cases, Materials and Commentary*, Oxford, 1994, ps. 863 y ss.; CHSHIRE, FIFOOT and FURMSTON'S *Law of contract*, M. P. FURMSTON, 12e. ed., London, Dublin, Edinmburg, 1991, ps. 628 y ss.; G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract*, n° 62 y ss., ps. 63 y ss.

(8) H. et L. MAZEAUD; J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1er. vol., *Obligations*, cit., n° 933, p. 1019.

respaldo con que cuentan; es la así llamada “prenda general” de los acreedores sobre los bienes del deudor.

En tal sentido la responsabilidad del deudor, por el hecho de serlo, es ilimitada, lo que quiere decir que va hasta concurrencia del valor de la obligación más el monto de los perjuicios que su incumplimiento irroque al acreedor y de los costos que haya implicado su cobro, y que puede hacerse efectiva sobre el bien o los bienes que el acreedor persiga dentro del elenco de los pertenecientes al deudor, sin que, en principio, este pueda limitarla a determinadas circunstancias, factores o cuantía, como tampoco circunscribir su exposición a determinados elementos del activo.

Ello implica que el deudor incumplido está expuesto a la acción persecutoria de sus acreedores, singular o universal, como lleguen a presentarse las circunstancias, sin poder destacar uno o varios bienes para circunscribir a él o ellos la expropiación forzosa en que consiste el remate en el proceso ejecutivo, pues la iniciativa y la selección competen a sus acreedores.

De otra parte, téngase presente que los acreedores han de limitar sus pretensiones de seguridad y ejecución a los bienes cuya venta sea menester “hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza”, y que al decretar medidas ejecutivas, el juez ha de evitar el exceso.

“El acreedor no está facultado para pedir la aprehensión de todos los bienes del deudor”: la morigeración de su derecho está prevenida por un doble concepto: de una parte, el *beneficium competentiae*, que viene del derecho romano clásico (9): *pago con beneficio de competencia*, “concedido, por regla general, a personas determinadas, por obligaciones determinadas, con base en la consideración equitativa de relaciones especiales que tenían con el acreedor” (10), beneficio con arreglo al cual, dentro de la totalidad del activo del deudor, el acreedor respectivo ha de dejarle “lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancia, y con cargo de devolución,

---

(9) A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 6ª edic., Napoli, nº 18.5.3, p. 208 y nº 75.7, p. 700; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª edic., Torino, 1993, ps. 595 y ss.

(10) “Por un motivo de humanidad —PAPINIANO— el legislador ha querido que los jueces puedan llegar a la situación del deudor infortunado y de buena fe, mediante la concesión de un plazo moderado [...] *humanitatis gratia*”: Ch. DEMOLOMBE, t. 25, *Traite des contrats: ou des obligations conventionnelles en général*, t. 25, París, 1880, nº 592.

cuando mejore de fortuna”: *aliquid sufficiens ne egeat* (art. 1684° C.C. colombiano), y de otra, los límites que las normas civiles y procesales imponen a las medidas ejecutivas, de modo de sustraer de la persecución los llamados “bienes inembargables”: determinada parte del salario, prestaciones sociales, el menaje doméstico, los instrumentos de trabajo personal.

6. Adicionalmente a la llamada responsabilidad ilimitada del deudor, primaria y aneja a toda obligación, puede darse una responsabilidad complementaria: caución o garantía, personal o real —secundaria— (garantía-responsabilidad, pero no obligación(11)); con la cual se amplían el poder y la confianza del acreedor pues en lugar de una sola persona (un solo patrimonio), le responden varias, por el total o parcialmente, en forma solidaria o una como principal y la otra u otras como subsidiarias (fianza ordinaria); o más intensos: aparte de la acción sobre los bienes del deudor y de los garantes, el acreedor puede dirigirse, por así decirlo, “contra el bien gravado”, sobre cuyo precio obtenido en el remate tiene preferencia.

La garantía personal: solidaridad, fianza solidaria, fianza ordinaria, aval, garantía de cumplimiento, seguro de cumplimiento, seguro de vida del deudor, hace responsable frente al acreedor a un tercero que no es deudor suyo, con respaldo en íntegro su patrimonio, por la totalidad o por parte de la obligación del deudor, según los términos del contrato respectivo y, en el caso de solidaridad, también según la norma legal.

7. Esta regulación general del funcionamiento anómalo de la relación crediticia, se complementa con la disciplina propia de las obligaciones surgidas del negocio jurídico, y dentro ella, además, con la específica de algunas categorías de negocios y más singularmente de contratos.

La referencia se contrae en este estudio a la disciplina de los contratos de prestaciones correlativas o recíprocas (“*correspectives*”, a la italiana), llamados tradicionalmente bilaterales o sinalagmáticos, y ahora también “recíprocos” (12). Disciplina que se proyecta en la excepción de contrato no cumplido o, mejor, no ejecutado, la acción resolutoria y la asignación de los riesgos.

---

(11) E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, part. 1ª, Padova, 1962, § 147, ps. 150 y ss.

(12) M. DE LA PUENTE y LAVALLE, *El contrato en general*, t. II, Lima, 2003, ps. 300 y ss.

8. El fenómeno resolutorio priva de eficacia al acto de autonomía como sanción al incumplimiento o como solución al desajuste sobrevenido, sea que se le prevenga expresamente, sea que se desprenda del juego de las obligaciones contraídas en él, y en todo caso tiene un efecto de superación de la crisis por medio de la eliminación del contrato y, en lo posible, la vuelta de las cosas al *status quo ante*.

9. Ante la insatisfacción de una de las partes como acreedora de obligación correlativa resultante de contrato de prestaciones recíprocas, es preciso establecer el por qué de la inejecución o ejecución insuficiente o inadecuada de la prestación a su favor, a fin de determinar la suerte de la obligación y del contrato, de acuerdo con las circunstancias.

En oportunidades la insatisfacción es producto de una imposibilidad debida a un caso de fuerza mayor o fortuito; en otras, la inejecución es imputable al deudor, que, según las varias hipótesis y el alcance de su compromiso, compromete su responsabilidad al no haber podido demostrar su extraneidad a los hechos o su inocencia. Bien se aprecia entonces, la trascendencia del concepto de inejecución, asimilado a incumplimiento, con su carga de reproche, dependiente, en últimas de lo que se encienta por tal (13).

10. Se resuelven los contratos de prestaciones correlativas por incumplimiento de los deberes que originan, o por imposibilidad de la prestación o de la continuidad de la ejecución del contrato.

En el propio contrato puede preverse expresamente la eventual falta de cumplimiento y disponerse para entonces pautas especiales que refuercen lo ordenado legalmente, las que tendrán los alcances que la norma otorga, o constituirán supuesto de aplicación de otras instituciones (como en el pacto comisorio) con régimen singular.

11. 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 plan-

---

(13) El art. 7.1.1 de los *Principios* sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT prevén: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”. Cfr. S. EBERHARD, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes Unidroit*, Lausanne, 2005, ps. 95 y ss.



tean los distintos ordenamientos: “pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (art. 1546° C.C. colombiano; art. 870° C.C.; art. 1428° C.C. peruano). La pretensión resolutoria por incumplimiento va, pues, sobreentendida 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” (14)), que le evita el riesgo de perder la propia prestación y mantiene el equilibrio de la relación. Una y otra corresponden al arbitrio del acreedor, quien, según las circunstancias y sus intereses, tomará la opción, a su mayor conveniencia, corriendo, naturalmente el riesgo de exceso o desacierto en el ejercicio de su pretensión o de su defensa. Otra cosa es la indemnización del daño, medida de carácter eminentemente reparador o resarcitorio, y no punitivo, y que bien puede bastarle provisionalmente al acreedor.

12. El contratante cumplido o presto a cumplir, como en general todo acreedor, ante su insatisfacción por el incumplimiento del deudor, acá contraparte, puede optar entre la ejecución de la prestación debida *in natura*, y la resolución/terminación del vínculo. Acá también analizará la situación, con arreglo a consideraciones que rebasan el ámbito jurídico; hará sus cuentas acerca del riesgo y del “costo” de cada alternativa y decidirá. En el perfecto entendido que habiendo perseguido el cumplimiento, ante el fracaso de dicha opción, puede desistir de ella y pretender la resolución o terminación del contrato (15), y que nada obsta para que ambas partes, o una de ellas unilateralmente, renuncien a la pretensión resolutoria por anticipado, caso en el cual la tutela de su derecho quedaría circunscrita a la ejecución específica de la prestación o prestaciones.

13. Cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del contrato. Adicionalmente, lo pueden hacer sus herederos, el cesionario del contrato, el cesionario de la acción), el estipulante contra el promitente en la estipulación para otro; el fiador, sus acreedores y los demás legitimados en acción oblicua o subrogatoria.

Para impetrarla no es menester la constitución del deudor en mora; basta el solo incumplimiento, así en las más de las oportunidades co-

---

(14) A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>me</sup> éd., París, 2003, n° 387, p. 255.

(15) Así, expresamente, el art. 1453° Cód. Civ. italiano.

incidan la exigibilidad, el incumplimiento y la mora (16). La presencia de un perjuicio derivado del incumplimiento tampoco es requisito de la acción resolutoria.

14. Delante de una pretensión resolutoria por incumplimiento, lo primero que debe apreciar el juez es la realidad y la gravedad de éste. En efecto, el equilibrio contractual, las exigencias de la buena fe y el principio de la salvación del contrato han de ponerlo en guardia frente a eventuales excesos, abusos, aprovechamientos indebidos del demandante.

Ante todo, la obligación por cuya inexecución se reclama ha de ser básica dentro de la función del contrato, ser una de las que establecen la interdependencia o correlatividad propia del contrato bilateral (17). De ese modo, en las hipótesis de inclusión de obligaciones colaterales o de aglutinación de contratos, no podría invocarse el incumplimiento de una de aquéllas o de éstos, salvo la existencia de una relación funcional y económica íntima con una obligación fundamental o con el contrato principal, que haya sido razón determinante de ambas partes o de una de ellas con conocimiento de la otra, para la celebración del contrato.

Además, la falla ha de ser de entidad mayor, sólo un incumplimiento grave de obligación fundamental (18), que afecte grandemente la economía del contrato o, en los contratos asociativos, que comprometa la confianza recíproca, apreciada al momento en que acaece, permite el ejercicio de la acción, magnitud y trascendencia de la insatisfacción apreciables al momento en que ocurrieron.

La magnitud y la gravedad del incumplimiento no están prevenidas en nuestra legislación como factores que ha de sopesar el juez frente a la demanda de resolución por incumplimiento o, en su caso,

---

(16) Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, *El contrato en general*, II, cit., ps. 401 y ss.

(17) Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, *El contrato en general*, II, cit., p. 291.

(18) "Grave significa que la resolución debe ser ciertamente pronunciada cuando hay inexecución total de una obligación esencial. Hay lugar a la apreciación del juez cuando hay inexecución total de una obligación accesoria [determinante de la celebración del contrato] o inexecución parcial de una obligación principal. ... El juez no se limita a comparar la culpa y el daño, sino que también examina la utilidad y la posibilidad que hay todavía de ejecutar el contrato en el futuro, lo que explica la importancia de los poderes que se le confieren. El perjuicio no es una condición de la resolución, se le tiene en cuenta a fin de saber si el incumplimiento es suficientemente grave como para justificar la resolución": MALAURIE et AYNÈS, *Contrat, quasi-contrat*, cit., núm. 480, p. 284.

sobre la excepción de contrato no cumplido, y la jurisprudencia se orientó a considerar el allanamiento oportuno del deudor a cumplir sus obligaciones y la “recalcitrancia” del acreedor, como factores de moderación.

En general, la jurisprudencia nacional estimó que el incumplimiento total o parcial de una obligación principal, como el de cualquier obligación accesoria o secundaria surgida del contrato, da lugar a la resolución del contrato (19). A la postre, todo incumplimiento.

Empero, no obstante el carácter aparentemente definitivo de esa doctrina jurisprudencial, se ve la necesidad de precisar si incluso el incumplimiento de una obligación esencial ha de revestir cierta importancia, atendiendo a la economía del negocio, o si, por el contrario, cualquiera infracción de esa obligación, aun una mínima o de poca monta, o aquella que, no obstante ser de alguna entidad, no alcanza, por sí misma, a desquiciar el equilibrio entre las prestaciones recíprocas a cargo de las dos partes, en el sentido de que, a pesar del incumplimiento, la función o finalidad que ellas se propusieron al celebrar el contrato se obtiene, es suficiente para que se decrete la resolución del contrato bilateral. De otra parte, en tratándose del incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias, deberá precisarse si basta la simple comprobación de su no ejecución por el deudor, ya sea total o parcial, para que, de manera automática se desencadene la resolución o terminación del contrato o si, por el contrario, para que el incumplimiento tenga ese efecto, debe necesariamente repercutir en el equilibrio económico del contrato, al punto de desquiciar la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato. El hecho es que ahora la Corte Suprema considera que: “para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso” (20).

---

(19) *Versus*: “Corresponde al juez apreciar en cada caso si la inejecución es tal que debe pronunciarse la resolución o si, por el contrario, la prestación ejecutada presenta un interés suficiente para el acreedor, a quien ha de reconocérsele una indemnización para compensar la diferencia [...] En la práctica la decisión del juez depende de la medida de la inejecución y de la buena o mala fe de las partes”: Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., París, 2001, n° 302 y ss., p. 208.

(20) “[...] en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la Ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra. [...] De manera que para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente

15. De ordinario, la resolución ha exigido demanda y decreto judicial, salvo cuando asume el carácter de denuncia o arbitrio unilateral, caso en el cual constituye un medio de defensa-ofensa del sujeto negocial frente a las maniobras elusivas de su contraparte, al que acude según su criterio (21).

*Ipsa jure*, no se resuelven los negocios por incumplimiento, pues sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que frente a su afirmación de no haber sido satisfecho por el deudor, por principio discutible y rebatible, ha de aceptarse la posibilidad de que el deudor no sea responsable en razón de circunstancias exoneradoras, lo cual ha de ser dilucidado en un proceso contradictorio.

La propia hipótesis de resolución por efecto del pacto comisorio (prevenida por el C.C. col.: art. 1935° C.C.), no opera de por sí, e impone al vendedor la carga de requerir a su comprador para el cumplimiento, quien podrá enervar la demanda, “pagando el precio a lo más tarde, en las 24 horas subsiguientes a la notificación judicial”.

Los ordenamientos se enderezan hoy a obviar el trámite y la sentencia judiciales para la resolución, sobre la base de un previo requerimiento de satisfacción de la prestación no atendido por el contratante incumplido, cual lo disponen los arts. 1454° Cód. Civil italiano,

---

con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc.”: Cas. colombiana 11 septiembre 1984. Incumplimiento total o parcial: cas. 26 agosto 1986. “[...] ese conjunto de factores que permiten la constitución legal del derecho de resolución, sobre la base insustituible de una relación jurídica bilateral de origen contractual —susceptible por esta índole de admitirlo— bien puede reducirse a una fórmula esquemática simple, expresada en los siguientes términos: un incumplimiento de entidad o gravedad suficiente, imputable al contratante demandado, siempre que el actor no haya observado, por su parte, un comportamiento excluyente del derecho de resolución y, además no se halle en situación de incumplimiento respecto de las obligaciones a su cargo”: cas. 15 marzo 1990.

(21) “A contrariedad del art. 1184° del *Code civil*..., la jurisprudencia aceptó bien pronto la ruptura unilateral del contrato sin contar con el juez y sin que ninguna disposición legal o una cláusula convencional la autorizara, en cuanto el interés de una de las partes lo exigiera imperiosamente ... Cuando un contratante ha faltado gravemente a sus obligaciones, su contraparte puede tomar la iniciativa de romper unilateralmente el contrato, sea él de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva y, en este caso, de duración determinada o indeterminada”: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, cit., n° 660, p. 639.

1430° Cód. Civil peruano y recientemente, con laconismo excesivo, el art. 474° Cód. Civil brasileño, y lo previene el art. 1158.3 del Ante Proyecto de reforma del Cód. Civil francés (22).

16. Cuando se acuerda que el incumplimiento de una de las partes permite a la otra dar por resuelto o terminado el contrato, ese pacto de resolución convencional se denomina pacto comisorio, en recuerdo de la *lex commissoria* del Derecho romano, la cual, como se sabe, autorizaba al vendedor para resolver el contrato si el comprador no le pagaba el precio.

En el ordenamiento colombiano, para el caso de la compraventa está previsto ese pacto, definido como aquel en el que “se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”. Las normas correspondientes, al señalar cuáles son sus efectos según la manera como haya sido redactada la cláusula, han dado lugar a que, doctrinaria y jurisprudencialmente, se distinga entre el pacto comisorio simple y el pacto comisorio calificado o que lleva la cláusula de resolución *ipso facto*.

Dejando de lado la llamada “condición resolutoria expresa” y el “pacto comisorio”, aquélla porque es una mera versión expresa de la acción resolutoria inherente a todo contrato recíproco, y éste porque tiene un tratamiento específico en las normas procesales, se observa que la estipulación de resolución unilateral es de la mayor importancia en la actualidad.

No trae nuestro Código Civil texto que la consagre y discipline. Sin embargo, se ha vuelto cláusula de rigor en los contratos de ejecución sucesiva y de larga duración, en previsión de incumplimiento grave, cuyo juicio y resultado resolutorio implicaría proceso dilatado, lo que contradice la necesidad de solución pronta, a veces inmediata, so pena de padecimiento de quebrantos cuantiosos, posiblemente irreparables.

Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos, tal el italiano, art. 1456° Cód. Civil, a la cual no tendría por qué sustraerse el nuestro, es la de aceptar la legitimidad de la cláusula “cláusula resolutoria expresa (23)”, que permite al acreedor cumplido

---

(22) *Infra* § 20. Cfr. F. FUEYO-LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª edic. [G. FIGUEROA YAÑEZ], Santiago de Chile, ps. 321 y ss.

(23) Art. 1456° Cód. Civ. it.: “A la parte incumplida, la otra parte la puede requerir por escrito para que cumpla en un término *congruo*, con la declaración de que trans-

dar por terminado unilateralmente el contrato no ejecutado por su deudor, sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, pero sujeta a requisitos severos, tanto en su formulación, como, especialmente, en su empleo, y dejando a salvo la protesta de la contraparte y su derecho a acudir al juez para que declare la ilegalidad o la falta de justificación de su aplicación, y de ese modo obtener, según sea del caso, un pronunciamiento que restablezca el contrato, con indemnización, o sin más, el resarcimiento de todos los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura indebida (24) (25).

Esas cláusulas han de indicar los supuestos de hecho para su ejercicio. Son de interpretación estricta. A veces operan de pleno derecho a discreción de la parte interesada, otras exigen requerimiento con señalamiento de los hechos y el transcurso en vano de un término allá mismo establecido. Por lo demás, alternan con las restantes medidas comunes.

La cláusula: sólo abarca las obligaciones estipuladas en el contrato; a veces únicamente aquellas previstas a propósito en ella, y la par-

---

currido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto. El término no puede ser inferior a quince días, salvo pacto diferente de las partes, o que de la naturaleza del contrato o según los usos resulte un término *congruo* menor. Si transcurrido dicho término no se ha cumplido, el contrato quedará resuelto de derecho”.

(24) Cfr. R. SACCO, *La risoluzione per inadempimento*, en *Tratato di diritto privato*, 10, dir. da P. RESCIGNO, Torino, 1982, n° 9, ps. 522 y ss. “Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecida; en este caso la resolución opera de derecho cuando la parte interesada declara que quiere valerse de la cláusula resolutoria... Para evitar que el deudor realice la prestación por fuera del término indicado, con retardo, la otra parte puede intimar por escrito a la incumplida para que cumpla dentro de un término *congruo*, al cabo de cuyo transcurso inútil, el contrato se entenderá resuelto... El término indicado en el requerimiento es esencial”: ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, cit., n° 14.5, p. 155. “La resolución del contrato se produce automáticamente cuando la parte interesada declara a la otra que quiere valerse de la condición resolutoria”: U. CARNEVALLI, *Risoluzione del contratto*, en *I obbligazioni e il contratto*, dalle *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. Bessone, 11ª edic., Torino, 2004, p. 708.

(25) Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, *El contrato en general*, II, cit., ps. 439 y ss., comentando el art. 1430º Cód. Civil peruano: “no puede desconocerse el derecho del deudor de oponerse a que funcione la resolución, pero esta oposición no puede parar los efectos de ella, que se producen por mandato de la Ley. Ocurre, pues, que la oposición del deudor debe recorrer un camino distinto, o sea no intentar detener la resolución de pleno derecho, sino recurrir al juez para que declare [...] que la resolución no se ha producido y que, por ello el contrato continúa vigente [...] Desde luego, si la oposición del deudor fuera declarada fundada, puede condenarse al acreedor al pago de una indemnización por haber hecho uso indebido del pacto comisorio” (p. 456).

te que ejecuta ese derecho ha de individualizar a plenitud el incumplimiento. Al juez que revisa su empleo no le es dado entrar a calificar la gravedad del incumplimiento, aun cuando sí podría abstenerse de homologar la resolución, al observar que no se empleó la cláusula de buena fe (26).

Esa innovación, que prescinde del presupuesto de la decisión judicial, aun cuando no elimina la calificación *a posteriori* por el juez, ha llevado a hablar de “unilateralismo contractual” (27), para aludir a la prerrogativa de cualquiera de las partes de acabar con la eficacia del contrato por su sola decisión; acá en caso de incumplimiento grave, sin necesidad de pronunciamiento judicial constitutivo (28).

17. La jurisprudencia y la doctrina francesas, en un principio firmes en el “carácter necesariamente judicial de la resolución por inejecución” (29), al aceptar el unilateralismo de la decisión cuando se trata de un incumplimiento de singular importancia del deudor, y en cuanto “el sistema de la resolución unilateral se generaliza, porque parece mucho más eficaz en el ámbito económico, en la medida en que permite un re-empleo más rápido de los recursos” (30), sin embargo se muestran especialmente rigurosas frente a las cláusulas resolutorias (31). Ante todo, exigen absoluta precisión en la redacción,

---

(26) Cfr. A. SNET, *Le préavis en droit privé*, préface de F. BUSSY, Aix-en-Provence, 2003. Cfr. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, cit., n° 662, p. 642 y n° 664, ps. 744 y ss., quienes resaltan la vigilancia y la intervención correctora de la jurisprudencia y señalan la presencia de corriente doctrinal en favor de la concesión al juez de poderes moderadores.

(27) *Unilateralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de Ch. CHAMIN, París, 1999. Cfr. §§ 324, 325 BGB. Arts. 49 y 64 Convención de Viena. Art. 7.3.1 Unidroit. Art. 4.301 Principios del derecho europeo de los contratos: “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si ha habido una inejecución esencial por parte del otro contratante”.

(28) C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, préface de D. MAZEAUD, París, 2002.

(29) Cfr. C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, préface de J. GHESTIN, París, 1999.

(30) Cfr. Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*. T. III, 5<sup>ème</sup> éd., París, 2003, n° 716 y ss., ps. 820 y ss.

(31) “En caso de cláusula de terminación anticipada, la ruptura es querida desde un principio por las partes, al tiempo de la celebración, pero, por definición, deriva de un incumplimiento. Con esa estipulación contractual, las partes anticipan la regulación de dicho incumplimiento. La cláusula adquiere, entonces, una naturaleza híbrida. Su régimen participa, a la vez, de la ruptura sanción y de la ruptura querida. Ello explica, quizá, el rigor judicial [...] Mediante una interpretación audaz de la buena fe, los jueces someten la cláusula resolutoria a un control de su ejercicio, que puede ir hasta el control de la motivación. Para su eficacia, debe emplearse

en el sentido de que no basta la referencia a incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato (32). El acreedor solamente puede proceder a esta ruptura unilateral cuando la cláusula se lo permite, lo que envuelve un problema de interpretación. La única cláusula que implica la resolución automática por el hecho de la inejecución al vencimiento de un término es aquella que estipula la “resolución de pleno derecho sin requerimiento” en caso de inejecución luego del vencimiento del término”.

18. Interesante, por su claridad, precisión y plenitud, resulta el Código Europeo de Contratos (Parte General), Proyecto de Pavía [GANDOLFI], al regular el punto en su artículo 114º: “1. Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del artículo 107º, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto. 2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso grave, en el sentido del artículo 107º, y el contrato se considerará resuelto desde el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión” (33).

---

lealmente por el acreedor y será menester que la sanción no parezca desproporcionada con relación al incumplimiento tenido en cuenta [...] A falta de la voluntad concordante expresada en la forma de un *mutuus consensus* o de una cláusula resolutoria, la ruptura querida por una de las partes es casi ignorada por el derecho”: LE GAC-PECH, *Rompreson contrat*, cit., ps. 230 y ss.

(32) “De acuerdo con algunas sentencias, esta cláusula no puede sancionar sino las obligaciones expresamente estipuladas en el contrato [...] No puede, pues, aplicarse a incumplimientos resultantes del derecho común, si no están mencionados en el contrato, así ellos sean incuestionables [...] No se puede aplicar sino a las obligaciones expresas, perfectamente conocidas por un deudor que no sea necesariamente jurista. Para la jurisprudencia la cláusula no se puede aplicar sin que el deudor haya sido puesto en mora previamente... En fin, ante la reciprocidad de incumplimientos la cláusula pierde automáticamente su efecto, y el juez recobra la plenitud de su poder de apreciación”: A. BÉNABENT, *Les obligations, L'évolution du droit des contrats en France*, cit., p. 450.

Cfr. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, cit., nº 397, p. 263.

(33) *La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*, por G. GARCÍA CANTERO, Bogotá, 2004.



19. Valga resaltar aquí el empeño del Código Civil peruano de darle a la resolución del contrato por incumplimiento, una solución pronta y eficaz.

El requerimiento formal, pero expedito, previsto en el art. 1429° de la parte perjudicada a la otra para que cumpla su obligación, y el plazo de quince días para que ésta proceda de conformidad, pues de lo contrario el contrato quedará resuelto es una medida sencilla y al parecer eficaz.

20. En el Proyecto de reforma del Libro III del Code Civil français elaborado por Comisión presidida por Mr. Pierre CATALA, recientemente presentado al Ministerio de Justicia francés, se encuentran estas previsiones de disciplina de la resolución unilateral en sus dos modalidades:

“Art. 1158°. En todo contrato la parte a la que no le ha sido ejecutada la obligación o lo haya sido imperfectamente, puede optar entre perseguir la ejecución de ella, o provocar la resolución del contrato, o reclamar daños y perjuicios, los que, llegado el caso, pueden sumarse a la ejecución o a la resolución.

Si opta por la resolución, el acreedor puede, bien demandarla al juez, o bien constituir al deudor en mora conminándolo para que ejecute su compromiso en un término razonable, a falta de lo cual tendrá derecho a resolver el contrato.

En el evento de que la inejecución persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato dando las razones que la motivan. Esta declaración producirá efectos desde su notificación a la otra parte.

“Art. 1158-1. El deudor puede impugnar judicialmente la decisión del acreedor alegando que la infracción que se le imputa no justifica la resolución del contrato.

El juez, según las circunstancias, podrá validar la resolución u ordenar la ejecución del contrato, para la cual concederá eventualmente un plazo al deudor.

“Art. 1159°. Las cláusulas resolutorias deben indicar expresamente los compromisos cuya ejecución implicará la resolución del contrato.

La resolución está subordinada a la constitución en mora infructuosa, de no haberse convenido que se producirá por el solo hecho de la inejecución. La constitución en mora no es eficaz sino en cuanto se refiera en términos inequívocos a la cláusula resolutoria.

En todo caso, la resolución no producirá efecto sino con la notificación que se le haga al deudor y a partir de la fecha de su recepción.

“Art. 1160. La resolución puede darse respecto de solo una parte del contrato, cuando la ejecución de este sea divisible”.

21. No puede pasarse por alto la figura que podría denominarse “resolución o terminación unilateral de hecho”, que se produce *in continenti*, en la cual una de las partes, a riesgo propio, sobre la base de incumplimiento grave y de una urgencia que no da tiempo para acudir al juez, obra de modo que el contrato no puede operar, con terminación definitiva o con posibilidad de reanudación, según las circunstancias, de que son ejemplos el caso del pasajero a quien no se le permite abordar el vehículo o se le hace salir de él por comportamiento indebido, y del espectador o el comensal a quien prácticamente se saca del recinto porque incomoda a los demás. Allí el contratante que procede a la terminación obra por cuenta y riesgo propios, y asume las consecuencias de eventualmente haber impulsiva, precipitadamente y sin justificación suficiente.

22. Siendo el contrato de cambio, cada parte está pendiente del cumplimiento de la otra. Las prestaciones son interdependientes, cada cual asumió un sacrificio patrimonial con la mira puesta en lo que la contraparte habría de darle o hacerle; en fin en la entraña del contrato está la conmutatividad, el equilibrio, o simplemente, la reciprocidad: *Erfüllung Zug zum Zug*. En esas condiciones, tanto desde un punto de vista conceptual, como en términos deontológicos y más, en términos prácticos, es natural pensar en la protección del contratante frente a las pretensiones de la contraparte que ha faltado a sus deberes.

Presupuesto común a las medidas legales y convencionales es la relación de incumplimiento de una de las partes e inocencia de la otra.

23. 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<sup>(34)</sup>. 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:

---

(34) “En los conflictos a que puede dar lugar la ejecución del contrato, la excepción de inejecución corresponde a una estrategia puramente defensiva, lo cual constituye su eficacia, pero a la vez su doble debilidad, teniendo en cuenta que es puramente provisional y que implica una justicia privada”: MALAURIE et AYNÈS, *Contrat, quasi-contrat*, cit., núm. 461, p. 275.

no matan la pretensión, simplemente la muestran prematuramente ejercida y difieren para oportunidad posterior la dilucidación definitiva del caso. Esos los términos de la previsión 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” (§ 320.1 BGB); “[...] cada cual de los contratantes puede rehusar el cumplimiento de su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la propia, salvo que se hayan establecido términos diferentes para el cumplimiento” (art. 1460° C.C. italiano); “[...] ninguno de los contratantes está en mora, mientras el otro no haya cumplido o se haya allanado a cumplir” (art. 1609° C.C. col.), “[...] cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento” (art. 1426° C.C. peruano). En consecuencia, a la excepción, tarde o temprano, habrá de sobrevenir, o la ejecución coactiva o voluntaria o, en últimas, la resolución, pues esa interinidad no puede mantenerse indefinidamente. La parte insatisfecha se ve así protegida frente a una ejecución que le acarrearía el riesgo de insolvencia de su contraparte, y de esa manera se mantiene cierto equilibrio en la relación sinalagmática: te cumplo si me cumples, no te cumplo porque no me has cumplido: *non servanti fidem non est fides servanda*.

24. Ahora bien, pese a su configuración como medio *exceptivo*, a mi juicio, nada se opone a que la parte cumplida o presta a cumplir solicite al juez declarar que hay lugar a la suspensión de la ejecución en que consiste el efecto de la *exceptio* o, como lo expresa el Código del Perú (art. 1426°), que tiene derecho a suspender la ejecución de la prestación a su cargo, con lo cual, dicho sea de paso, obraría sobre seguro, sin correr riesgos.

25. Es elemental la reflexión de que la excepción de contrato no cumplido, que autoriza o, mejor, legitima al contratante demandado para no ejecutar la prestación suya, no cabe, lógicamente, sino en cuanto él no la haya satisfecho aún. Con posterioridad a su cumplimiento no tiene lugar, por sustracción de materia.

Y, por supuesto, es indispensable que el demandante haya incumplido el compromiso propio.

26. Como corresponde a la ecuación de la correlatividad, las obligaciones han de ejecutarse simultáneamente, es decir, que ambas partes las deben cumplir a un mismo tiempo, salvo que, como lo previene el art. 1460° Cód. Civ. italiano, “se hayan establecido términos diferentes para el cumplimiento, o que ello resulte de la naturaleza

del contrato”, por lo cual, si la prestación a cargo del demandado debió cumplirse con anterioridad a la prestación a cargo del demandante, mal podría aquél oponer eficazmente la excepción de incumplimiento o inejecución.

27. La excepción es oponible por cualquiera de los sujetos legitimados por derecho propio en acción subrogatoria u oblicua, y de suyo por el garante. Y es aducible frente a los acreedores quirografarios de la contraparte incumplida.

28. Acá, como en la hipótesis de resolución, el incumplimiento ha de ser significativo, grave, esto es, debe afectar verdaderamente el interés de la contraparte (35).

El equilibrio de la relación contractual, igual que los deberes de lealtad y corrección, imponen moderación, temperamento, de parte del contratante insatisfecho (36).

29. A diferencia del Code Civil francés, donde no existe el principio general de la *exceptio non adimpleti contractus*, los más de los códigos contienen esa previsión.

Si una de las partes no puede ejecutar o no ejecuta la prestación que le corresponde, la otra queda dispensada de ejecutar la suya.

30. En lo que respecta a la conexidad entre las prestaciones, es elemental la observación de que ha de tratarse de las prestaciones propias del contrato, y no de obligaciones adicionales o complementarias. Interrelación de reciprocidad que se proyecta a los deberes de restitución.

31. Cualquiera de los contratantes que crea estar en las condiciones prevenidas normativamente, puede dirigirse privadamente a la otra parte para ponerle de presente los hechos y hacer valer su decisión de abstenerse preventivamente del cumplimiento propio. No es ésta una diligencia necesaria; simplemente obedece a un dictado

---

(35) “La excepción no puede justificar el rechazo provisional de ejecutar, sino cuando se invoca para responder a una inejecución suficientemente grave y caracterizada”: cas. com. 28 mayo 1991, cit. por ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2<sup>ème</sup> éd., Aix-en-Provence, 2003, n° 177, p. 166. “Para que la excepción de inejecución pueda ser opuesta es menester una inejecución grave y que quien la invoca obre de buena fe”: MALAURIE et AYNÈS, *Contrat, quasi-contrat*, cit., núm. n° 464, p. 278.

(36) Cfr. art. 1460° [2] Cód. Civil italiano.

de lealtad y corrección, que bien puede dar lugar a continencia de la contraparte.

Demandado un contratante por el otro, bien en acción de cumplimiento *in natura*, bien en acción resolutoria por incumplimiento, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*, a lo que se agrega que, no estando ella incluida dentro de la lista taxativa de excepciones que hayan de ser alegadas, el juez deberá declararla *ex officio*, cuando quiera que aparezca probada (art. 306º C. de P.C.). De ser estimatoria la sentencia, el contrato no se elimina, simplemente quedará en suspenso hasta que venga una sentencia resolutoria o de terminación, o las partes concilien o transijan su diferendo. Y si fuere desestimatoria, con ella se pondrá en claro la sinrazón de la defensa y el *excipiens* quedará expuesto a las consecuencias de su incumplimiento comprobado.

32. Acá, como ocurre con la acción resolutoria por incumplimiento, pero con mayor fuerza aún, ha de advertirse que el contratante que decide abstenerse de cumplir debe obrar con prudencia y corrección especiales, inclusive en fuerza del riesgo que corre con tal proceder, y que en el evento de haber actuado con ligereza y sin fundamento razonable y, podría agregarse, proporcionadamente, se verá tildado de contratante-deudor moroso y será tratado como tal.

33. Por último, no puede perderse de vista, en el juego de los intereses contrapuestos, y dentro del auge que ha venido tomando el pragmatismo, a veces soslayado por consideraciones económicas, la consideración patrimonial que puede hacerse una parte delante de la alternativa de cumplir o incumplir sus compromisos, al cotejar los respectivos costos, sobre todo cuando su tamaño y poder la colocan a salvo de presiones morales internas y externas, dada la poca significación y, consiguientemente el poco peso, que sobre su reputación tendrá su proceder. De modo que más le vale olvidarse de sus obligaciones cuando de otros contratos con otras personas podrá derivar ganancias que superen con creces la indemnización debida: incumplimiento eficaz (37).

---

(37) "WILLIAMSON menciona el eventual comportamiento oportunista de una de las partes cuando rompe las relaciones contractuales existentes, para realizar utilidades sustanciales con un tercero. El oportunismo contractual ha erigido un sistema por conducto de otros economistas pertenecientes a la escuela del análisis económico del derecho. Ellos preconizan la violación del contrato cuando la inejecución permite una mayor creación de riqueza. Este análisis es conocido con

Delante de tales consideraciones y posiciones, del todo inmorales, surge la inquietud de cómo ponerle coto, comenzando por la disuasión de quienes pretendan hacer del incumplimiento un buen negocio. Se dirá que la alternativa que tiene todo acreedor de demandar la ejecución (cumplimiento) *in natura*, junto con previsión fundamental de agravación de la responsabilidad del deudor cuando su incumplimiento es doloso, supuesto en el cual se deberán todos los daños directamente causados por aquél y no sólo los previsibles, contribuyen a dicho propósito (38). La cuestión estriba en establecer si son suficientes y, en todo caso, si cabrían medidas complementarias. Todo mueve a pensar que, adicionalmente a la indemnización, la contraparte puede pretender participación enriquecimiento obtenido por el deudor tramposo.

---

el nombre de 'teoría de la violación eficaz': GRÜNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., nº 152, p. 122.

(38) Cfr. R.-A. POSNER, *Economic analysis of law*, New York, 1998, § 4.8, p. 140.

# ACCIONES O ALTERNATIVAS QUE EN EL DERECHO VENEZOLANO TIENE EL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE SU DEUDOR

José MÉLICH-ORSINI (1)

**SUMARIO: 1. DE QUÉ ACREEDOR SE HABLA. 2.— HABLAREMOS SOLO DEL ACREEDOR SINGULAR DE UNA DEUDA PURA Y SIMPLE. 3.— CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO O POR EQUIVALENTE.— 4. EL CUMPLIMIENTO EN ESPECIE.— 5. EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE O REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.— 6. DIVERSAS FORMAS DEL INCUMPLIMIENTO. 7.— EL ACREEDOR DE UNA OBLIGACIÓN EXTRA CONTRACTUAL. 8.— LA SITUACIÓN CUANDO LA SATISFACCIÓN DE LAS ACREENCIAS ESTÉN VINCULADAS ENTRE SÍ POR UN NEXO DE RECIPROCIDAD.— 10. DERECHOS DEL ACREEDOR DIRIGIDOS A PRESERVAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE SU DEUDOR.**

## 1. DE QUÉ ACREEDOR SE HABLA

Entiendo que se habla del titular de la posición activa en una relación obligatoria surgida de un contrato (art. 1166° C.C.) o de alguna fuente extracontractual (hecho ilícito, art. 1185° C.C.); gestión de un negocio ajeno (art. 1173° y 1176° C.C.), pago de lo indebido (arts. 1178° y 1179° C.C.) o enriquecimiento sin causa (art. 1184° C.C.).

El concreto acreedor pudiera derivar su derecho de crédito de un convenio celebrado con el que fue el acreedor originario, sea porque ha celebrado con él un contrato de cesión de crédito (art. 1549° C.C.) o que, por tratarse de una acreencia derivada de un documento a la orden, sea necesario aplicar el art. 150° Com.; casos en los cuales este acreedor a título derivativo obraría como un causahabiente del acree-

---

(1) Profesor en la Universidad Central de Venezuela. Ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

dor originario (art. 1163° C.C.), o porque se presenta frente a su deudor como un heredero o causahabiente a título universal del acreedor originario (art. 1112° C.C.). Para determinar los derechos de quien se presenta como causahabiente en razón de un contrato celebrado con aquel que fue “parte” en un contrato celebrado con el deudor, habrá que tomar en cuenta las reglas sobre la representación, sea la obligación de naturaleza civil (art. 1169° y ss. C.C.) o de naturaleza mercantil (arts. 94° y ss., los arts. 376° a 379° y los arts. 201° y ss. C. Com.); el principio de la relatividad de los contratos (art. 1166° C.C.) y las reglas sobre la estipulación a favor de terceros (art. 1164° C.C.).

## **2. HABLAREMOS SOLO DEL ACREEDOR SINGULAR DE UNA DEUDA PURA Y SIMPLE**

Aquí nos referiremos exclusivamente a las acciones y alternativas de un acreedor individual o único, sea porque se trata de la misma persona que ha resultado la única parte activa en la relación obligatoria (contractual o extracontractual) que dio origen a la deuda o porque sea el causahabiente único de tal parte, de modo que lo enfrente también con un único deudor. Supondremos además que se trata de una acreencia pura y simple, que ella es exigible, esto es, que excluirémos toda consideración de las cuestiones a las que simultáneamente habría que atender en el caso de que se tratara de una relación que genere una obligación condicional (art. 1179° y ss. C.C.), a término (arts. 1211° y ss. C.C.), solidaria (art. 1221° y ss. C.C., y art. 107° C.Com.), divisible o indivisible (arts. 1250° y ss. C.C.), o alternativa (art. 1216° y ss. C.C.).

## **3. CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO O POR EQUIVALENTE**

Ese singular acreedor del que hablamos, tendría una acción por *cumplimiento específico*, y, si esto no fuere ya posible por culpa de su deudor, tendría una acción de *cumplimiento por equivalente*, esto es, por daños y perjuicios. En efecto, el art. 1264° C.C. dice: “Las obligaciones *deben cumplirse exactamente* como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de *contravención*”.

## **4. EL CUMPLIMIENTO EN ESPECIE**

De acuerdo con esta norma, al acreedor le corresponde primariamente una acción por cumplimiento. En su más nítido sentido un deudor cumple cuando pone la *conducta debida por él*.

**4.1.** Cuando la conducta consista en “hacer algo”, el artículo 1265° C.C. considera la hipótesis de que se trate de un *hacer fungible* y dis-



pone: “en caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor”. El artículo 528° C.P.C. complementa esto así: “Si en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer [...] el juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación [...] En caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o que la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527°”, esto es, se procederá a agredir el patrimonio del deudor para obtener los valores de cambio de bienes del deudor, indispensable para satisfacer con ellos esos daños y perjuicios de que habla el artículo 1264° C.C. cuando el deudor ha incumplido su obligación.

**4.2.** Cuando se trate de *haceres infungibles*, esto es, que solo puedan ser satisfechos por la conducta del propio deudor, se presenta una imposibilidad para el acreedor de acudir a ese cumplimiento forzoso en especie, y sólo le quedará exigir un cumplimiento por equivalente. Si el deudor no pone voluntariamente la conducta debida, coloca su patrimonio en esa particular situación de sujeción a la acción de los órganos del Estado encargados de hacer efectivo el derecho del acreedor.

**4.3.** Hablo de la sujeción de su patrimonio y no de la persona del deudor en sí misma, porque los avances de la civilización excluyen hoy que la coacción del Estado pueda ejercerse sobre la propia persona del deudor, y en cambio el artículo 1863° dice: “El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos o por haber”; y el artículo 1854° C.C. agrega: “Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual si no hay causa legítima de preferencia. Las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas”.

**4.4.** Si la obligación de hacer a cargo del deudor consiste en el deber de *entregar* o *restituir* al acreedor una cosa que se halla en el patrimonio del deudor, el artículo 528° C.P.C. dice: “Si en la sentencia se hubiere mandado a entregar alguna cosa mueble o inmueble, se llevará a efecto la entrega, haciéndose uso de la fuerza pública, si fuere necesario”. Y también aquí ese cumplimiento en forma específica podrá transformarse eventualmente en cumplimiento por equivalente, pues el citado artículo continúa así: “Si no pudiere ser hallada la cosa mueble, podrá estimarse su valor a petición del solicitante, pro-

cediéndose entonces como si se tratara del pago de una cantidad de dinero”.

**4.5.** En el caso de las *obligaciones de no hacer*, es fácil ver que su infracción se identifica con un incumplimiento definitivo e irrevocable. Así, el aparte único del artículo 1266° del C.C. dice: “Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniera a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención”. Sin embargo, el artículo 1268° C.C. autoriza lo que podríamos llamar una reparación en especie del daño causado al acreedor, pues dice: “El acreedor puede pedir que se destruya lo que se haya hecho en contravención de la obligación de no hacer, y puede ser autorizado para destruirlo a costa del deudor, salvo los daños y perjuicios”. En consecuencia con esto, el artículo 529° C.P.C. prevé que el Juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud suya, para hacer ejecutar por sí mismo la destrucción de lo hecho en contravención de la obligación de no hacer, a costa del deudor; y para el caso de que el acreedor no haya hecho tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permita tal reparación en especie o ésta resultare demasiado onerosa, da la misma solución que hemos visto ya en la hipótesis de la obligación de hacer, a saber, determinar el crédito en una cantidad de dinero y proceder a hacerlo efectiva mediante la expropiación y el remate de valores del patrimonio del deudor.

**4.6.** En el caso de las obligaciones de dar, habrá que distinguir. Si la obligación recae sobre un *cuerpo cierto o determinado*, como el sistema venezolano acoge la conocida solución franco-italiana según la cual la propiedad se trasmite *solo consensu* (art. 1161° C.C.), el deudor sólo permanece obligado ante su acreedor por dos obligaciones de hacer consecuenciales: conservar la cosa hasta su entrega (obligación de custodia) y entregarla a su acreedor. Si, en cambio, la obligación recae sobre una *cosa in genere*, el deudor solo se liberta entregando al acreedor ese género en la cantidad y calidad comprometidas, lo que supone una labor de “especificación” o “individualización” para transformar tal cosa genérica en un cuerpo cierto, con la consecuencia ya expuesta. El artículo 135° C. Com., refiriéndose a la venta de cosas genéricas, dice: “Si las mercancías vendidas están indicadas en el contrato solo por su especie, cantidad y calidad, sin otra designación suficiente para determinar un cuerpo cierto, el vendedor está obligado a entregar la especie en la cantidad y de la calidad prometidas, en el tiempo y en el lugar convenidos, aunque las mercancías que tenía a su disposición al tiempo del contrato, o que hubiere adquirido después para cumplirlo, hayan perecido o por cualquier causa no le hayan sido expedidos o no le hayan llegado”. El artículo 1294° C.C. aclara todavía: “Si la deuda

es de una cosa determinada únicamente en especie, el deudor, para libertarse de la obligación, no está obligado a dar una de la mejor calidad ni puede dar una de la peor”.

**4.7.** Finalmente, si la obligación es *pecuniaria*, rige en general el llamado “principio nominalístico”, que permite al deudor liberarse con la prestación de igual número de piezas que correspondan a la cantidad expresada en igual unidad monetaria, con independencia de si ellas han variado de valor entre el momento en que el deudor quedó obligado y el momento del pago. De esta manera la obligación pecuniaria puede reputarse indestructible y el acreedor siempre podrá exigir su cumplimiento en la especie monetaria convenida. El artículo 527° C.P.C. garantiza tal cumplimiento, pues señala que si la condena del deudor hubiese recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará a embargar bienes que formen parte del patrimonio del deudor, y los artículos 534° a 584° C.P.C. diseñan los trámites del proceso consiguiente (depósito de tales bienes embargados, justiprecio y remate, etc.) hasta la obtención del dinero necesario para pagarle al acreedor su acreencia.

**4.8.** En cualquiera de los supuestos examinados en que hemos hablado del derecho del acreedor a obtener un cumplimiento forzoso en especie hemos partido la realidad de que el deudor no ha sido quien ha puesto la conducta debida por él, lo cual en rigor sería lo que podríamos llamar cumplimiento *sensu stricto*, sino que se ha tenido que ocurrir a un procedimiento para que el acreedor obtenga en definitiva la satisfacción del “mismo interés” que él tenía en ese cumplimiento del deudor *stricto sensu*.

## **5. EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE O REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS**

**5.1.** Para demandar el cumplimiento forzoso en especie, el acreedor solo tiene que acreditar la fuente de la obligación de su pretendido deudor (art. 1354° C.C. y art. 506° C.P.C.), pero en el caso de la contravención del deudor a su obligación se presenta la necesidad de examinar la causa de tal contravención, porque los artículos 1271° y 1272° C.C. condicionan la procedencia de la pretensión de daños y perjuicios a que el deudor no pruebe que el incumplimiento a su obligación tiene su causa en una “*causa extraña que no le sea imputable*”. El aludido artículo 1272° dice: “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”. Los indicados artículos 1271° y

1272º exoneran al deudor de cumplir lo que aparentemente resultaría de la letra del artículo 1264º C.C. (*supra* N° 4) cuando la contravención a su obligación de la cual se le acusa se deba a una imposibilidad de cumplimiento no imputable, lo que además de los supuestos que se califican como *caso fortuito* o de *fuerza mayor*, comprende la hipótesis en que el deudor no pueda cumplir porque se lo ha impedido la *conducta culposa del propio acreedor* o el hecho de un tercero que para él haya resultado imprevisible e inevitable.

**5.2.** Habrá que excluir de la hipótesis de imposibilidad, el *hecho culposamente del tercero por cuya conducta deba responder el deudor*. El artículo 1293º C.C. se refiere a esta última hipótesis y dice: “El deudor de una cosa cierta y determinada se libera entregándola en el estado en que se encuentra al tiempo de la entrega, con tal que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros”.

**5.3.** Todo esto tiene también expresión en el artículo 1344º C.C., donde se lee: “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la *obligación se extingue*, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, *sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora*. / Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. / El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. / De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquel que la ha sustraído de restituir su valor”. Esta norma nos aclara que si de alguna manera la culpa del deudor (y la mora es una manifestación de su culpa) ha intervenido en la cadena causal que ha hecho al deudor imposible cumplir con su obligación, éste no será exonerado. Por eso, *la exigencia de que la imposibilidad de cumplimiento haya ocurrido antes de que el deudor esté incurrido en mora* (la mora es un retardo culposamente en el cumplimiento, o sea, una de las manifestaciones de esa contravención no excusable que da lugar a que el deudor pueda reclamar daños y perjuicios) se comprende sin dificultad. El deudor está sujeto a cumplir exactamente con su obligación y esa exactitud supone que lo haga no solo en su integridad cuantitativa y cualitativa, sino también en el tiempo pertinente.

## 6. DIVERSAS FORMAS DEL INCUMPLIMIENTO

**6.1.** Si ni aun acudiendo a los tribunales el acreedor pudiera ver satisfecho ese mismo interés que tenía en el cumplimiento voluntario del deudor, hablamos de un *incumplimiento definitivo e irrevocable*. Hemos visto ya que cuando ello sea imputable al deudor, se abre para el acreedor la vía de reclamar los daños y perjuicios que ello le ha causado. La reparación a la que el acreedor tiene derecho debe comprender tanto las pérdidas patrimoniales que ello le haya causado (el llamado “daño emergente”) como la utilidad que el acreedor habría podido obtener si el deudor hubiera cumplido con su obligación (el llamado “lucro cesante”). Así lo disponen el artículo 1273° C.C. en materia contractual y el artículo 1196° C.C. en materia extracontractual, caso este último en que se incluye también el daño moral.

**6.2.** Si todavía el acreedor no pudiere lograr por la vía de este cumplimiento por equivalente la indemnización de los daños que le haya causado el incumplimiento de su deudor, le queda en algunos casos la posibilidad de reclamar el *commodum repraesentationis*, esto es, el derecho de subrogarse en cualquier eventual beneficio a que tuviera derecho su deudor por no haber podido cumplir su obligación por una causa justificante de su liberación. En efecto, el artículo 1345° C.C. dice: “Cuando la cosa ha perecido, se ha puesto fuera del comercio o se ha perdido sin culpa del deudor, los derechos y acciones que le pertenecían respecto de ésta pasan a su acreedor”.

**6.3.** Si el incumplimiento del deudor ha sido solo parcial, la consideración del interés que todavía tenga el acreedor en ese déficit de cumplimiento será determinante, pues él puede conservar los beneficios de ese cumplimiento parcial y reclamar los daños y perjuicios a que tiene derecho por esa parte de la obligación que su deudor no ha cumplido, así como podrá repudiar ese supuesto cumplimiento parcial cuando no satisfaga su interés y tratarlo todo como un incumplimiento definitivo e irrevocable.

**6.4.** Una posible hipótesis de cumplimiento parcial es la *mora del deudor*, o sea, el retardo culposo del deudor en cumplir con su obligación. El acreedor podrá aceptar el cumplimiento retardado si éste le fuera todavía útil, pero podrá exigir daños y perjuicios por el retardo (art. 1271° C.C.), “daños moratorios” estos que, cuanto la obligación sea pecuniaria se denominan “intereses moratorios” (art. 1277° C.C.). La mora tiene además otro efecto: la *perpetuatio obligationis*, que no solo interrumpe el lapso de prescripción del cual pudiera estar beneficiándose el deudor (art. 1969° C.C.), sino que implica la traslación de los riesgos que antes hubieran podido estar a cargo del acreedor (p. ej.

en el caso de que se tratara de una obligación de dar un cuerpo cierto, por efecto de la transferencia de la propiedad o del derecho real *solo consensu* y de la consiguiente aplicación de la regla *res perit dominus*), pero que si el deudor se retardare en el cumplimiento de su obligación de entregar (art. 1264º C.C.), consecuencial de su obligación de dar, pudiera ver regresar a él tales riesgos de la pérdida fortuita de la cosa sobre la cual ya no tiene la propiedad o el derecho real transferido. Hemos visto una aplicación de esto en el artículo 1344º C.C. (*supra* Nº 6.2).

**6.5.** Para que estas consecuencias se produzcan, es en cualquier caso indispensable no solo el retardo del deudor, sino que se pueda hablar de mora *stricto sensu*, porque si la mora supone un retardo culposo en el cumplimiento de la obligación no se cae en ese estado de mora sino con la concurrencia de ciertas circunstancias, a saber: cuando el acreedor conmina a su deudor a que le cumpla de inmediato su obligación (*mora interpellationis* o *mora ex persona*) o cuando la Ley ha considerado suficiente el vencimiento del término establecido en la convención (*dies interpellat pro homine*). El artículo 1269º C.C. dice: “Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención. Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y únicamente ocho días después del requerimiento. Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente”. Fuera de estos casos, la malignidad con la que haya actuado el deudor puede excluir toda idea de tolerancia del acreedor a no obtener inmediatamente el cumplimiento de su deudor, tal como ocurre según la doctrina en los casos de la llamada “mora del ladrón”, de la obligación de reparar el daño que se ha causado por un hecho ilícito, de la expresa manifestación anticipada de deudor de no estar dispuesto a cumplir, supuestos en que se ha dicho que son casos de *mora fit non ex persona, sed ex lege*. Hipótesis éstas que conjuntamente con aquella en que resulte aplicable la regla *dies interpellat pro homine*, son considerados por la doctrina casos de *mora ex re*.

**6.6.** Todavía hay que dejar claro que si la obligación del deudor tiene naturaleza mercantil, aunque no pueda hablarse en absoluto de mora *stricto sensu*, el artículo 108º C. Com. establece el derecho del acreedor a reclamar “intereses correspectivos”, que no corresponden, como los llamados “intereses moratorios”, a una reparación por los daños causados al acreedor por una conducta culposa de su deudor, sino que obedecen a la presunta productividad normal que tiene el

dinero para todo comerciante. Y, adicionalmente, aunque se trata de materias más polémicas, cabe considerar en caso de retardo culposo del deudor que haya causado al acreedor daños excedentes de los “intereses moratorios”, los posibles “mayores daños”; así como la pretensión del acreedor, cada vez más atendida por los tribunales, de reclamar, en épocas de inflación y depreciación de la moneda, la corrección monetaria fuera de los restringidos casos de las obligaciones de valor, p. ej.: acreencias laborales, honorarios profesionales, etc.

**6.7.** Adicionalmente a esa forma de incumplimiento parcial que hemos visto que se da en casos de cumplimiento retardados, el incumplimiento parcial del deudor no solo puede ser cuantitativo, sino también cualitativo (cumplimiento defectuoso, cumplimiento de inferior cualidad, cumplimiento vicioso). Aunque el C.C. y el C. Com. traen ya muchas normas que atribuyen derechos particulares al acreedor en estas hipótesis (p. ej. arts. 1515º, 1522º, 1587º C.C. y arts. 140º, 144º, 145º C. Com), la tutela del consumidor y del usuario frente a los posibles abusos del proveedor ha conducido a que una legislación especial establezca a favor del acreedor remedios específicos contra algunas de esas inexactitudes en el incumplimiento.

## **7. EL ACREEDOR DE UNA OBLIGACIÓN EXTRACONTRACTUAL**

Es obvio que en esta materia de las alternativas del acreedor frente al incumplimiento de su deudor, habrá que tener en cuenta la fuente o hecho generador de la acreencia, o sea, si la obligación del deudor tiene su origen en un negocio (nuestro C.C. sólo es explícito en lo que atañe al negocio bilateral que conocemos como contrato) o si, por el contrario, tiene su fuente en algún deber extracontractual, tal como la acreencia de la víctima de un hecho ilícito (art. 1185º a 1196º) la del gestor de un negocio exitoso contra el dueño de los intereses que ha sacado provecho del mismo (art. 1176º C.C.) o que le haya ratificado (art. 1177º), el derecho a repetir el pago indebido que se hizo (art. 1178º a 1183º C.C.), o a que se le indemnice el empobrecimiento experimentado sin causa que justifique el enriquecimiento ajeno (art. 1184º). En todos estos supuestos, al igual que ocurre con la acreencia proveniente de un negocio unilateral, podemos simplificar las cosas hablando de una acreencia unilateral. Es el agente del daño que ha obrado con dolo, de manera imprudente o negligente o ejerciendo su derecho en forma abusiva; el dueño del negocio en caso de que la gestión le haya sido útil o que él disponga ratificarlo; el *solvens* que reclama del *accipiens* el reintegro del pago que le hizo o el empobrecido que lo hace contra el enriquecido a sus expensas por el desplazamiento de riqueza desde su patrimonio al de su demandado no fundada en un negocio

o en una causa legal, quien se evidencia como acreedor. Se requeriría que su deudor pueda exhibir contra él alguna acreencia (la cual por su autonomía respecto a la que se hace valer), para que opere alguna compensación legal (art. 1331° C.C.) o lo que en materia de hechos ilícitos se conoce como “compensación de culpas” (art. 1189° C.C.).

## **8. LA SITUACIÓN CUANDO LA SATISFACCIÓN DE LAS ACREENCIAS ESTÉN VINCULADAS ENTRE SÍ POR UN NEXO DE RECIPROCIDAD**

**8.1.** En el ámbito de las obligaciones contractuales el acreedor puede hallarse en la situación particular de que su acreencia tenga su origen en un contrato bilateral. El artículo 1134° C.C. dice: “el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral cuando se obligan recíprocamente”. La bilateralidad implica pues pareja reciprocidad entre los acreedores, de manera que un acreedor no podrá pretender que su deudor le cumpla en especie ni por equivalente (*supra* N° 4) si él no cumple a su vez con la obligación a su cargo a favor de su acreedor *recíproco*.

**8.2.** De allí que si su obligación debe ser cumplida frente a su recíproco deudor con anterioridad, o simultáneamente con ella, él no podrá reclamar su acreencia si no ha cumplido con su propia obligación. El artículo 1168° C.C. dice. “En los contratos bilaterales cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones”. Es lo que se conoce como excepción *non adimpletis contractus* y puede oponerse aun cuando el incumplimiento del excepcionado sea parcial o retardado (*non rite adimpleti contractus*), siempre que la negativa del excepcionante a cumplir no sea contraria a la buena fe (art. 1160° C.C.). Como se ve, el acreedor que opone la excepción solo logra suspender la ejecución de su propia obligación hasta que su recíproco acreedor haya cumplido con su obligación y toca al juez estimar la situación del caso para declarar o no con lugar la excepción.

**8.3.** Cuando por una causa que no le sea imputable una de las partes de un contrato bilateral incumple su obligación, el acreedor de esa obligación pierde el derecho de exigir contra ese deudor que ha resultado liberado no solo la prestación que éste le había prometido y las expectativas o ventajas que habría podido recabar de ese cumplimiento en especie o por equivalente (*supra* Nos. 4 y 6), sino que corre el riesgo de perder lo que el mismo ha dado o prometido dar para lograr que su recíproco acreedor se obligara a su vez a favor suyo por esa obligación



de la cual ha resultado liberado. Para evitar esto, se ha elaborado la llamada “teoría de los riesgos”, que hace una interpretación extensiva a todo contrato bilateral de las soluciones que adopta el C.C. en el artículo 1588° (en el contrato de arrendamiento cuando parece sin culpa de las partes la cosa arrendada), en los artículos 1634° y 1635° (en el contrato de obra cuando al operario no pueda reprochársele no haber podido entregar a su emitente la obra prometida), y en el artículo 675° (cuando se pierde sin su culpa la cosa que uno de los socios había prometido), para concluir con la máxima de ser un principio general en los contratos bilaterales que si la obligación de una de las partes se extingue en ausencia de culpa suya o por causa extraña no imputable, la obligación de la otra parte resulta también extinguida, aun si todavía teóricamente ella se presentara como susceptible de ser objeto de una acción por cumplimiento.

**8.4.** Cuando en cambio el incumplimiento sea imputable a una de las partes de ese contrato bilateral, la otra parte conserva su derecho de reclamar contra ella, en su calidad de acreedor de tal obligación, no solo su cumplimiento forzoso en especie, en la medida en que ello sea todavía posible, sino los daños y perjuicios según las reglas a que ya hemos nos referimos (*supra* Nos. 4, 5, 6 y 7). Pero el C.C. le agrega a tal derecho del acreedor de exigir un cumplimiento forzoso de las obligaciones de su deudor, un remedio extraordinario para evitar que ese acreedor pierda a su vez lo dado o prometido por él para obtener la obligación de su recíproco acreedor, ahora por un incumplimiento culposo de éste. Es por eso que el artículo 1167° C.C. dice. “En los contratos bilaterales si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra parte puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o *la resolución del mismo*, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello”. No importa que se trate de incumplimiento definitivo o irrevocable del deudor infiel, de su incumplimiento parcial (cuantitativo o cualitativo) o aun de un simple retardo culposo; tampoco se requiere que previamente se haya tenido la precaución de constituir en mora a ese deudor infiel, ni que el acreedor no haya comprobado que tal incumplimiento de su deudor ha hecho desaparecer su interés en el cumplimiento de su deudor, la jurisprudencia se conforma con exigir que ese incumplimiento del deudor presente cierta gravedad a los ojos del juez, al que le está reservado pronunciar la resolución del contrato, siempre que no sea posible imputarle al propio acreedor demandante de la resolución haber provocado ese incumplimiento de que se queja (*inadempti non est adimplendum*). La declaratoria judicial de la resolución acarrea efectos liberatorios (ninguna de las partes queda ya obligada a cumplir con las obligacio-

nes que imponía el contrato resuelto) y *efectos restitutorios* (las partes quedan en situación de tener que devolverse las prestaciones que ya hubieran cumplido). Como lo dice el artículo 1167° C. C., si todavía el acreedor demandante de la resolución experimentara algún daño por el hecho de ver frustrados los beneficios que le habría proporcionado el fiel cumplimiento del contrato bilateral resuelto, él podría reclamar los daños y perjuicios consecuenciales (daño emergente y lucro cesante).

## 9. DERECHOS DEL ACREEDOR DIRIGIDOS A PRESERVAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE SU DEUDOR

**9.1.** Como ya se dijo, la totalidad del patrimonio del deudor está afectado al cumplimiento de sus obligaciones (*supra* N° 5.2.). Para evitar que el acreedor por la aparente insolvencia de su deudor o por la desidia de éste en conservar su patrimonio vea sacrificado sus derechos, el C.C. ha dotado al acreedor de algunas acciones complementarias de su acción ejecutiva por cumplimiento en especie o por equivalente.

**9.2.** El artículo 1278° C.C. dice: “Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y acciones de su deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor”. Esta acción se llama *oblicua* o *subrogatoria*, porque su efecto es hacer entrar en el patrimonio del propio deudor negligente el producto útil de esa subrogación en la persona del deudor negligente que cumple en este caso el acreedor, a diferencia de lo que ocurre en algunos casos excepcionales en que la Ley autoriza el acreedor para hacer ingresar tal utilidad directamente en su propio patrimonio, como ocurre en los casos de los artículos 1584°, 1643° o 1695° C.C., en los que el acreedor de una persona (su arrendador, el trabajador o el mandante) obra *omisso medio* (o sea, pasando por encima del arrendatario, del empresario contratista de la obra o del mandatario sustituyente) contra el deudor de estas últimas personas (a saber: el subarrendatario, el dueño de la obra o el sustituto del mandatario), lo que implica ignorar el principio de la relatividad de los contratos (art. 1166° C.C.). Como es fácil ver, estas *acciones directas* tienen una eficacia ejecutiva, en tanto que la acción oblicua tendría en realidad el carácter de una medida conservatoria, similar a esa que tienen los actos de interrupción de la prescripción (art. 1967° C.C.), la inscripción o la renovación de una hipoteca (art. 1879° y 1910° C.C.), la prenotación (art. 1921° C.C.), la oposición a la partición (arts. 766° y 775° C.P.C.), la oposición a los pagos (arts. 1289° C.C. y 776° C.P.C.), etc.

**9.3.** El artículo 1281º C.C. dice: “Los acreedores pueden también pedir la *declaratoria de simulación* de los actos ejecutados por el deudor. / Esta acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto simulado. / La simulación una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación. / Si los terceros han procedido de mala fe quedan sujetos no sólo a la acción de simulación sino también a los daños y perjuicios”.

**9.4.** Finalmente, los artículos 1279º y 1280º C.C. regulan la llamada *acción pauliana*. El artículo 1279º dice: “Los acreedores pueden atacar en su propio nombre los actos que el deudor haya ejecutado en fraude sus derechos. / Se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título gratuito del deudor insolvente al tiempo de dichos actos, o que ha llegado a serlo por consecuencia de ellos. / También se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título oneroso del deudor insolvente, cuando la insolvencia fuere notoria o cuando la persona que contrató con el deudor haya tenido motivo para conocerla. / El acreedor quirografario que recibiere del deudor insolvente el pago de una deuda aun no vencida, quedará obligado a restituir a la masa lo que recibió. / Presúmense fraudulentos de los derechos de los demás acreedores, las garantías de deudas aun no vencidas que el deudor insolvente hubiere dado a uno o más de los acreedores. / La acción de que trata este artículo dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto que da origen a la acción, y la revocatoria no fundada en un negocio o en una causa legal aprovecha sino a los acreedores anteriores a dicho acto, que la hayan demandado”.

El artículo 1280º C.C. agrega: “Dicha acción no puede intentarse por un acreedor cuya acreencia sea posterior en fecha al acto cuya revocación demanda, a menos que se presente como causahabiente de un acreedor anterior. / En todos los casos la revocación del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derecho sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por revocación. / Si los terceros han procedido de mala fe, quedan no solo sujetos a la acción de revocación, sino también a la de daños y perjuicios”.



# DE NUEVO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Carlos VATTIER FUENZALIDA (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. DERECHO ESPAÑOL.— 3. DERECHO INGLÉS.— 4. DERIVACIONES ANGLOSAJONAS.— 5. MODERNIZACIÓN DEL BGB.— 6. FINAL.

## 1. INTRODUCCIÓN

La unificación del Derecho de obligaciones y contratos despertó un gran interés en los ámbitos universitarios especialmente, durante los felices años noventa, desde la publicación del célebre trabajo del Profesor G. GANDOLFI en 1992, que coincidía con la instauración del mercado interior sin fronteras, a partir del año siguiente. La tesis básica era la idea jacobina según la cual, dada la experiencia del siglo XIX, la unidad del mercado exigía un código único, que la burocracia comunitaria ha degradado hoy a una especie de vademécum, el llamado “Marco Común de Referencia” (MCR), que se ha publicado en 2008, sin ser acogido por la Comisión Europea, al cual debe seguir el no menos ambiguo “instrumento facultativo”, esto es, el futuro código al que las partes podrán adherirse voluntariamente y que viene a quedar postergado así de hecho casi *sine die*.

Con todo, fruto de esta idea son los dos importantes textos conocidos como Principios Europeos elaborados por la Comisión Lando, ahora incorporado en el MCR, y como Código Europeo de Contratos, que ha propuesto la Academia de Pavía, los cuales no sólo pretenden regular todas las vicisitudes de la relación obligatoria sino también el incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual; en

---

(1) Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Burgos.

lo que aquí nos interesa, ambos textos concuerdan en la noción unitaria de incumplimiento, con algún acento distinto, como advierte A. VAQUER ALOY, pero no son exactamente iguales en lo que concierne al régimen de las consecuencias patrimoniales que se derivan del mismo. Lo que es extremadamente significativo, pues estos textos, aunque persiguen la unificación, responden a tradiciones jurídicas distintas; recordemos que, mientras el primero es de corte anglosajón, el segundo es marcadamente continental.

En concreto, es bien sabido que sobre las consecuencias patrimoniales del incumplimiento han coexistido tres modelos en Europa, que no se han deformado en los dos últimos siglos, a pesar del constante estudio comparado de sus semejanzas y diferencias. Estos modelos, a falta de mejor denominación, son el modelo latino, el anglosajón y el pandectista, bien representados, respectivamente, por el Código Civil español, el Derecho inglés, en especial el aclarado y ordenado por el *Contract Code* de H. MCGREGOR, y el Código Civil alemán. Sin embargo, asistimos en la actualidad a un doble fenómeno que desdibuja este nítido panorama, tanto por la influencia del Derecho anglosajón como por la sobrevenida convergencia del Código español y el Código alemán.

En efecto, por una parte, nos referimos a la notable influencia ejercida por el *Common Law* en esta materia. Influencia que se aprecia no sólo en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, aprobada en 1980 y vigente en España desde 1991, sino también en la Directiva 1999/44, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre garantías en la venta de bienes de consumo e integrada ahora en el Texto Refundido en materia de protección de los consumidores que se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Como veremos, estas disposiciones concuerdan, no son sólo en su filiación anglosajona, sino en que contemplan soluciones parcialmente coincidentes entre sí. Puesto que la primera se refiere a las relaciones entre empresarios y la segunda a la compraventa celebrada por consumidores, ambas están llamadas a abarcar gran parte de los intercambios transfronterizos. Esta coincidencia, a nuestro juicio, explica en buena medida que la unificación del Derecho contractual europeo no sea una tarea tan urgente, a lo que contribuirá dentro de poco, con toda seguridad, la responsabilidad civil en la prestación de servicios, a la vista de los nuevos estudios realizados por la Comisión en 2004, tras diez años de inactividad al respecto. En este sentido, tiene razón S. CÁMARA LAPUENTE cuando enlaza el futuro del Derecho de consumo con la

posible trayectoria del nuevo instrumento normativo común de obligaciones y contratos.

Por otra parte, el segundo fenómeno a que hacemos referencia es la llamativa convergencia que se da hoy entre determinada interpretación del Código español y el nuevo régimen del incumplimiento que se ha introducido en el Código alemán por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, que ha entrado en vigor en 2002. Aunque los textos legales no sean de la claridad que sería de desear, esta nueva convergencia consiste en la disociación del cumplimiento por equivalente y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Mientras tal disociación predomina en nuestra doctrina última, parece que se ha consagrado de forma expresa por la mencionada reforma alemana. Pero esta afortunada convergencia, no debe hacernos olvidar que la disociación se contrapone al criterio integrador que mantiene entre nosotros un autorizado sector de la doctrina y predomina en el Derecho anglosajón.

Por eso, para estudiar el panorama actual de la responsabilidad contractual en el contexto europeo, vamos a aludir sucintamente a las tendencias objetivadoras que han imperado en nuestro Derecho; a continuación, veremos un esquema sumario del Derecho inglés, al tiempo que constataremos su palmaria influencia tanto en la Convención como en la Directiva citadas. Tras enunciar las distintas posibilidades de incorporar esta Directiva, intentaremos poner de relieve algunas incoherencias de la Ley española que traspone dicha Directiva; examinaremos, en fin, las principales novedades de la reforma del BGB en la materia que nos ocupa, con especial referencia a los supuestos de indemnización por la violación de un deber obligatorio y al resarcimiento en sustitución de la prestación incumplida o imposible.

## 2. DERECHO ESPAÑOL

Poco podemos decir de nuestro Código que no sea suficientemente conocido. De tradición romanista, en materia de responsabilidad contractual recoge las doctrinas del humanismo, tal como fueron tamizadas por R. POTHIER. El resultado es una redacción confusa, un régimen insatisfactorio, una lectura en clave subjetivista, que se ha centrado por años en la culpa o la negligencia del deudor, en notable paralelismo con la responsabilidad extracontractual. Hay aquí, asimismo, importantes tendencias hacia la objetivación de la imputación del incumplimiento, igual que en esta última.

Una primera tendencia fue la inversión de la carga de la prueba o, más exactamente, la presunción de la culpa del deudor, que la jurisprudencia admite desde los años treinta. Pero se trata tan sólo de una presunción judicial, que depende de las circunstancias del caso y la prueba producida por las partes en el proceso. Otra línea objetivadora fue la distinción de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, de manera tal que sólo en las primeras el incumplimiento es imputable a la falta de diligencia del deudor, mientras que en las últimas se presenta, en cambio, por la falta del resultado prometido. No obstante, esta distinción, como demostró F. JORDANO FRAGA —temprana y lamentablemente perdido para nuestra disciplina— sirve para verificar el hecho del incumplimiento, sin alterar las reglas de la responsabilidad, aparte de que depende de la distribución de los riesgos efectuada por los contratantes. Por eso, es reconducible, como hemos puesto de relieve en otro lugar, a un simple problema de interpretación e integración de los contratos.

Aunque hay otras manifestaciones objetivadoras, el último episodio está representado por la disociación del cumplimiento por equivalente y el resarcimiento de los daños. Ante esta distinción, nuestra doctrina se muestra dividida. La postura clásica, renovada hace poco por autores tan autorizados como L. DÍEZ-PICAZO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, C. ROGEL VIDE o F. PANTALEÓN PRIETO, mantiene un realismo integrador, que acoge P. J. FEMENÍA LÓPEZ en la literatura última. De acuerdo con ella, el equivalente pecuniario de la prestación incumplida se entiende como una partida que forma parte de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; no sólo no se distingue de esta última, sino que el equivalente económico del incumplimiento está sometido a las mismas reglas que la habitualmente llamada responsabilidad contractual, cuyo ajuste al modelo del Código se ha negado en Francia por PHILIP RÉMY hace poco. Una vez acreditada la existencia del incumplimiento, esta orientación responde a la práctica de los tribunales que suelen fijar —lo que acaso sea criticable— una indemnización en globo con la finalidad de reintegrar en el patrimonio del acreedor todas las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento exacto, completo y oportuno de la obligación.

En el mismo sentido, hay que reconocer que algo de esto se refleja en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil al regular la liquidación de los daños y perjuicios. En efecto, aun cuando la indemnización requiere una relación detallada de los daños invocados por el acreedor, así como la valoración de cada uno de ellos (art. 713.1), el juez fijará “la cantidad” —única o global— que deba abonarse al acreedor



(art. 716-I), mientras que el equivalente pecuniario de la prestación incumplida se predica solamente para las que no consistan en la entrega de una cantidad de dinero, cuya determinación judicial se rige, por lo demás, por las mismas reglas que cualquier indemnización de los daños y perjuicios (art. 717º).

Frente a este realismo integrador, en la literatura más reciente se ha impuesto la tesis del historicismo disociador, que atiende principalmente a los antecedentes históricos y pretende una clara separación de las dos categorías indicadas. En efecto, esta interpretación parte de la distinción entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest* que, aun cuando se remonta al procedimiento formulario romano, en el que el demandante debía señalar el importe de la cantidad que reclamaba, nunca fue muy clara en las fuentes clásicas y aparece confundida en las postclásicas, como consecuencia de la sustitución de dicho procedimiento por los procesos *extraordinem* a finales del siglo III. Y a continuación esta orientación sigue la atormentada trayectoria de la distinción aludida en los autores del Derecho común, pasando por el Proyecto de GARCÍA GOYENA, hasta llegar al régimen actual. Iniciada por la obra sólida y monumental de F. BADOSA COLL, se puede afirmar que esta nueva lectura ha concitado el consenso de los civilistas de la última generación; así, A. CARRASCO PERERA la acoge en su importante comentario al Código Civil, M. YZQUIERDO TOLSADA la defiende en su estudio unitario y sistemático sobre la responsabilidad civil, al tiempo que E. LLAMAS POMBO le ha dedicado una extensa y densa monografía, bajo la guía de M. ALONSO PÉREZ. En fin, admitida por F. RIVERO HERNÁNDEZ en la última edición de los *Elementos* de LACRUZ BERDEJO, con lo que se cambia la orientación anterior de esta obra, P. de PABLO CONTRERAS, en las lúcidas páginas en que trata el tema, no sólo la comparte, sino le encuentra apoyos solventes en la antes recordada Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001.

Naturalmente que no es éste el momento oportuno para profundizar en tan compleja cuestión, cuyos preceptos clave son los artículos 1096º, 1182º y 1101º del Código Civil. Conforme con el primero, si el deudor incumple una obligación de dar, el acreedor puede compelerle a cumplir, “independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101º”; el segundo determina que la obligación se extingue si deviene imposible sin mora ni culpa del deudor, culpa que alude aquí al hecho causante de la imposibilidad; y a la vista del último precepto, cabe la indemnización por el incumplimiento, la mora y cualquier otra contravención de la relación obligatoria. A pesar de la redacción confusa y desordenada de estos preceptos, se entiende ahora que la obligación incumplida se perpetúa y transforma en el equivalente

pecuniario —la *aestimatio*— a la vez que se distingue netamente del resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento —el *id quod interest*—.

De acuerdo con esta concepción, estamos ante pretensiones diferentes, que se rigen por reglas distintas. El cumplimiento por equivalente es el objeto de la acción de cumplimiento, en cuya virtud el acreedor pide la ejecución forzosa de la prestación incumplida, y es un subrogado, por tanto, de la ejecución *in natura*; se trata de una pretensión objetiva, pues procede una vez que el acreedor ha probado que la obligación es exigible y el hecho del incumplimiento, sin que se requiera la culpa del deudor. En cambio, se aplican a la indemnización las reglas propias de la responsabilidad civil. No sólo 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.

Estos pocos detalles parecen ser bastantes para hacerse una idea aproximada de las dos posturas de nuestra doctrina. Sin embargo, a nuestro modo de ver, hay que resaltar que la tesis que acabamos de exponer no está exenta de aspectos problemáticos. Entre otras dificultades, mencionemos las siguientes: 1) la *perpetuatio obligationis* tropieza con el escollo casi insalvable de la novación objetiva de la obligación insatisfecha; 2) la preferencia por el equivalente pecuniario limita el *ius variandi* del acreedor en la solidaridad pasiva; 3) las garantías de la obligación incumplida deberían extinguirse y no extenderse, salvo pacto expreso, al resarcimiento de los daños; 5) la prescripción del cumplimiento por equivalente comienza desde que la obligación es exigible, mientras que el *dies a quo* de la indemnización es el del incumplimiento o, en rigor, el día en que se producen los daños que el acreedor invoca; 6) el supuesto extremo del incumplimiento sin daños adicionales es una hipótesis de laboratorio que no suele presentarse en la realidad, salvo debido a su falta de alegación y prueba por el acreedor, puesto que siempre padece, como mínimo, el daño moral consistente en tener que reclamar la indemnización. Aunque estas y otras dificultades sean solventables, como lo ha intentado E. LLAMAS, no se puede negar que existen, que la disociación

suscita problemas y que la doble prueba y la doble tasación es un artificio de escasa utilidad práctica. Con todo, debemos insistir en que esta postura predomina en la doctrina española de los últimos años.

### 3. DERECHO INGLÉS

El Derecho anglosajón que rige el incumplimiento de los contratos es conocido, simple, objetivo, casi automático, ya que se basa en la *strict liability* del deudor. A estas características se debe su extraordinaria influencia extraterritorial. Para su estudio podemos orientarnos por el *Contract Code* de MCGREGOR que, si bien no prosperó en su día, fue por consideraciones de oportunidad política, pero no por ser poco fiel al ordenamiento inglés en vigor, salvo las importantes novedades que su propio autor se encarga de destacar y no inciden en la materia que nos ocupa.

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 sólo 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. 301º). Un supuesto especial es el incumplimiento sustancial que se presenta, junto a la falta total de la prestación, cuando no sea razonable exigir al acreedor el cumplimiento de la suya; y por eso, cabe en este caso la resolución, con efectos *ex nunc* (arts. 306º y 307º). Pero el incumplimiento se extiende también a la falta de prestación no esencial, al cumplimiento defectuoso, al tardío y hasta al incumplimiento anticipado, esto es, aquel en que sea evidente que, según las circunstancias del caso, el deudor no va a cumplir la prestación debida (art. 303º), en términos que recuerdan los del artículo 1129º del Código Civil.

Los remedios, que son derechos sustantivos y no sólo 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. 309º); 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. Aunque el resarcimiento exige la prueba del daño (art. 432º), la indemnización abarca todos los daños y perjuicios probados por el acreedor, sin disociar el equivalente

pecuniario de la prestación incumplida y la indemnización de los demás daños que padezca, puesto que se valoran, como criterio principal, con arreglo a la pérdida sufrida, esto es, con la finalidad de colocar al demandante en la situación que hubiese alcanzado con el cumplimiento del contrato por ambas partes (art. 434º); por eso, a tenor del *Contract Code*, “el resarcimiento se concede generalmente como una suma global de dinero expresada en libras esterlinas” (art. 431º).

Una excepción a esta responsabilidad es la frustración del fin del contrato, que se da por el cambio brusco de las circunstancias, como en los célebres casos de la coronación del rey Eduardo VII o los derivados de la segunda guerra mundial; pero no tiene lugar por los debidos al hecho propio del deudor, ni a causa del cambio provocado por él, o por los casos fortuitos que ha asumido expresa o tácitamente. En suma, el contrato se frustra, por regla general, en los casos de *vis maior*. Ello se debe, como decíamos, a la responsabilidad estricta que incumbe a cada contratante y que fue consagrada ya en el caso *Paradine vs. Jane* de 1647; aunque se ha mantenido hasta el presente, se ha mitigado en numerosas ocasiones, por ejemplo, por el incendio de una sala de conciertos que se había arrendado para representar una obra musical (*Taylor vs. Caldwell*, 1863).

En fin, el fundamento de este régimen reside en que el contrato se concibe, a juicio de los conocidos comparatistas K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, como un cruce de promesas que obliga a alcanzar el resultado, de manera que a cada parte incumbe la garantía del cumplimiento de sus respectivas prestaciones; aparte de la frustración, caben también las cláusulas de exclusión de responsabilidad, que suelen ser expresas, cuando no están prohibidas por la protección de los consumidores. De este modo, el deudor sólo se libera de la obligación o bien por frustración del contrato, o bien por exclusión de la responsabilidad, con total independencia de su conducta y del mayor o menor esfuerzo que haya desplegado en la fase de ejecución del contrato; por eso, para determinar si hubo o no incumplimiento, no se mira tanto a la diligencia o negligencia de los contratantes, sino fundamentalmente a los riesgos asumidos o a las garantías otorgadas por el deudor. Y de aquí que esto dependa en una medida importante, de nuevo, de la interpretación del contrato y la integración de su contenido por los llamados términos implícitos, que se basan principalmente en los usos y la buena fe.

#### 4. DERIVACIONES ANGLOSAJONAS

La exactitud casi matemática del modelo anglosajón le confiere un indudable atractivo, sobre todo en el tráfico internacional y para los

empresarios que se sitúan en el mercado por el lado de la oferta; por eso, no debe extrañarnos que rija no sólo en el tercio del mundo en que se aplica el *Common Law*, sino que su influencia se extienda a países de tradición jurídica diferente. Es el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, como España, que no sólo son Estados partes de la Convención de Viena, sino que han debido incorporar la precitada Directiva 1999/44. Y un somero repaso de estas disposiciones permite comprobar fácilmente el decidido influjo que ha ejercido el régimen anglosajón del incumplimiento contractual en cada una de ellas. Influjo que se irradia, además, a las propuestas doctrinales encaminadas a la unificación del Derecho europeo de contratos, el cual, si bien es ostensible en los Principios de la Comisión Lando, está un tanto más difuminado en el Código de Pavía, pues éste parece acoger la disociación del equivalente económico y el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento, como más adelante veremos.

En efecto, según hemos adelantado, la Convención de Viena se inspira en el Derecho anglosajón, lo que es muy significativo ya que representa un punto de equilibrio y de consenso a escala mundial, logrado tras una trabajosa gestación de cerca de medio siglo de duración. Es sabido que la Convención impone al vendedor la obligación de conformidad, que también se llama de garantía, en cuya virtud debe entregar al comprador mercaderías que sean conformes con lo estipulado en el contrato; esta conformidad se refiere a la cantidad, calidad, tipo y envases o embalajes, y por eso se prevé una lista cerrada de supuestos de falta de conformidad. Los supuestos consisten en la falta de aptitud de las mercaderías para el uso ordinario o para el uso especial acordado por las partes, en los desajustes de las mismas con la muestra o el modelo enseñado al comprador o, en fin, en que los envases sean inhabituales o inadecuados (art. 35°).

De acuerdo con el modelo anglosajón, la falta de conformidad es un supuesto de incumplimiento del contrato, al que son de aplicación los remedios generales de la responsabilidad contractual. De aquí que proceda, ante todo, el cumplimiento específico *in natura*, que se considera excepcional ya que sólo tiene lugar si rige en el Estado parte para los contratos no amparados por la Convención (art. 28°). A continuación, caben a elección del comprador otras medidas que son comparables al anterior, sólo que no consisten en la ejecución forzosa de la prestación incumplida, ya que constituyen modalidades del cumplimiento *in natura*; se trata de la sustitución de las mercaderías defectuosas, la subsanación de la disconformidad siempre que sea razonable, incluso después de la fecha de entrega, la fijación de un plazo razonable para que el vendedor cumpla sus obligaciones o la rebaja

proporcional del precio, a las que se une la resolución del contrato si la falta de conformidad es esencial (arts. 45º y ss.).

En todo caso, por último, el comprador puede reclamar además la indemnización de los daños y perjuicios, que es compatible con las medidas anteriores y comprende, por regla general, la pérdida sufrida por el comprador y la ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento, con el límite de la pérdida prevista o previsible al momento de celebración del contrato; en particular, en caso de resolución, se incluye también la diferencia de precio del contrato incumplido y el contrato de reemplazo (arts. 74º y 75º). En esta indemnización, por consiguiente, no tiene cabida el equivalente pecuniario de la prestación incumplida, pues, aunque está comprendido obviamente en la pérdida que padece el acreedor, es claro que ésta abarca además los otros gastos y daños derivados del incumplimiento que se integran también en el daño emergente; piénsese, por ejemplo, en gastos tales como los causados por las reclamaciones hechas por el acreedor al deudor o a terceros, los transportes, las gestiones bancarias, la renegociación del contrato de reemplazo u otros similares, y en daños como los causados por la infracción de los deberes de protección que incumben al deudor o el daño moral que sufre el acreedor por el incumplimiento. Lo que se ha de entender así, a nuestro juicio, puesto que ninguno de estos gastos o daños entran en el *lucrum cessans*.

Por su parte, la Directiva 1999/44 sigue de cerca el sistema previsto por la Convención, con la notable salvedad de la indemnización de los daños y perjuicios. Recordemos que su ámbito de aplicación es reducido. Por un lado, se limita a los contratos de compraventa y suministro, a veces en conexión con contratos de transporte y de obra de fabricación o de instalación, siempre que se celebren exclusivamente entre profesionales y consumidores; y por otro lado, su objeto se contrae a bienes corporales muebles (art. 1º). Según señala J. LETE ACHIRICA, el *software*, por ejemplo, puede considerarse como un mueble corporal ya que, al ser utilizado, ocupa un espacio en la memoria del ordenador. Tan próxima está la Directiva a la Convención que establece, igual que ésta, la obligación de conformidad a cargo del vendedor, y reproduce los supuestos de falta de conformidad, a los que añade, en sustitución de los envases, los errores en la instalación bajo las instrucciones del vendedor y los desajustes del bien con lo anunciado en la publicidad o en el etiquetado, a no ser que el vendedor pruebe que desconocía el anuncio, que lo corrigió al momento de contratar o que no pudo influir en la voluntad del consumidor (art. 2º). Asimismo, la Directiva contempla unos remedios semejantes a los que acabamos

de exponer, sólo que son de aplicación escalonada, además de la llamativa exclusión del resarcimiento de los daños causados por la disconformidad.

Pese a su ámbito limitado, este régimen tiene importantes repercusiones, que inciden en el Derecho común, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. Ante todo, es evidente que suprime la responsabilidad especial por vicios ocultos y las acciones edilicias para los contratos de compraventa comprendidos en la Directiva; por otra parte, trastoca el concepto de incumplimiento de las obligaciones y lo amplía a todos los supuestos de falta de conformidad, si bien es cierto que éstos eran ya asimilables al cumplimiento defectuoso, conforme a la jurisprudencia sobre el *aliud pro alio*; en fin, no menos trascendente es que acoge los remedios anglosajones, salvo la indemnización, los cuales, aunque no difieren demasiado de la resolución del contrato y la rebaja del precio, ahora están jerarquizados a favor de la reparación y la sustitución del bien disconforme, al tiempo que restringen las opciones que corresponden consumidor, aparte de ser más numerosos que los previstos por el Derecho común. De aquí que no nos deba extrañar que la reciente propuesta de la Comisión General de Codificación en orden a actualizar el Código Civil en materia de obligaciones y contratos se incline decididamente por este modelo anglosajón, en la versión que ofrece hoy el MCR, el cual cuenta con estos dos antecedentes en el Derecho español, lo mismo en cuanto al concepto y los remedios del incumplimiento (nuevos arts. 1188º y 1190º) que en lo que respecta a la falta de conformidad en el contrato de compraventa (nuevo art. 1474º).

Es debido a estas importantes repercusiones que han surgido distintas vías a la hora de incorporar el texto comunitario a los distintos ordenamientos internos, que son las llamadas pequeña y gran solución. Sin entrar en los pormenores, mientras la primera se ciñe estrictamente al ámbito de aplicación y traspone dicho texto sólo para el Derecho del consumo, sea en un código o en una ley especial, la última, en cambio, atiende a estas u otras repercusiones y encuadra el nuevo régimen en el campo del Derecho común, al que se añaden normas particulares para la protección de los consumidores. Incluso cabe una solución intermedia que consiste en incorporar la Directiva al Código Civil, junto con reformar y actualizar la disciplina del contrato de compraventa. Esta solución intermedia se ha defendido entre nosotros, tanto por A. CARRASCO PERERA, con otros colaboradores, como por A. M. MORALES MORENO, y la ha hecho suya la Comisión General de Codificación en su propuesta de modernización del Derecho de obligaciones (nuevos arts. 1445º y ss.).

No obstante, se ha impuesto entre nosotros la solución simple de la Ley especial, que lleva a cabo una transcripción casi literal de la norma comunitaria, tal y como está hoy incorporada en el Texto Refundido de 2007. No hace falta que nos detengamos en ella, pero conviene llamar la atención sobre algunas de sus incoherencias. Una primera es que, en contra de las inclinaciones que prevalecen en la doctrina, dispone la promulgación de un verdadero código de consumo, esto es, un texto refundido que regularice, aclare y armonice las normas nacionales y comunitarias en materia de consumo, dentro del plazo de tres años, que se ha aprobado finalmente por el Real Decreto Legislativo 1/2007 que hemos mencionado.

Y otra incoherencia reseñable de la Ley de incorporación es que consagra su incompatibilidad con el saneamiento de los vicios ocultos y proclama al mismo tiempo que “en todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad” (art. 117-II TR). Lo que es grave, en nuestra opinión, por varias razones. Por un lado, deforma el régimen de la Directiva y constituye un obstáculo a la armonización perseguida por la Unión Europea; por otro lado, presupone la mala fe del vendedor, a la par que asimila el régimen del saneamiento al del incumplimiento, así como los vicios ocultos a la falta de conformidad; por último, confiere una protección de mayor intensidad al comprador común, acaso empresario o profesional, que al consumidor, por lo que contradice la *ratio* de la propia Directiva comunitaria.

Finalmente, el Derecho anglosajón ha influido también, en una medida variable, en las propuestas que propician la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea. Esta influencia se constata de un modo manifiesto en los Principios de la Comisión Lando, que se mantiene en la actual versión del MCR y cuyo régimen está muy próximo, por lo demás, al del *Contract Code*. En efecto, los Principios consagran, aunque no definen, una noción amplia de incumplimiento, del que se responde siempre, a no ser que se deba a un impedimento incontrolado e imprevisto (art. III.3:101 MCR). Los remedios de que dispone el acreedor son los mismos que ya conocemos: la ejecución específica, la suspensión del propio cumplimiento, la resolución, la rebaja del precio y la indemnización de los daños y perjuicios; todos los cuales son compatibles y acumulables entre sí (art. III.3:102 MCR). En particular, la indemnización tiene por objeto reintegrar al acreedor la pérdida sufrida por el incumplimiento, pérdida que comprende, no sólo el daño patrimonial, sino la pérdida no pecuniaria, así como la “pérdida futura que razonablemente



se prevea que puede ocurrir” (art. III.3:701(2) MCR). Como decíamos antes, es indudable que el equivalente económico de la prestación incumplida está comprendido aquí en dicha pérdida, pero es igualmente claro que no la agota ni se identifica con ella, puesto que se puede extender a otros gastos o daños.

Asimismo, para el Código de Pavía hay incumplimiento cuando las partes adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato (art. 89º), el cual se produce, entre otros supuestos, por la violación eficaz y el incumplimiento de los deberes de protección; la primera se presenta en la hipótesis en que, por pacto expreso de los contratantes, el deudor puede apartarse del contrato por recibir una oferta de un tercero que sea más ventajosa que la prestación debida (art. 98º), mientras el último ocurre cuando el deudor daña al acreedor, a sus auxiliares o a sus bienes durante la ejecución del contrato y siempre que constituya una consecuencia inmediata y directa de la misma (art. 99º). Junto a la suspensión de la prestación, el incumplimiento anticipado, el plazo de gracia, la ejecución específica, la reducción del precio y la resolución, el acreedor tiene derecho de la indemnización de los daños y perjuicios. Esta indemnización procede en cualquier caso de incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso, salvo que intervenga una causa extraña que sea a la vez imprevisible e irresistible; aunque es independiente de la culpa, el empresario o profesional que actúe con diligencia en los campos del saber en que no hay conocimientos científicos consolidados, sólo responde por culpa grave (art. 162º); indemnización que se extiende, no sólo a la pérdida sufrida y a la ganancia dejada de obtener, sino también al daño moral causado al acreedor y al daño patrimonial reflejo que padecen los acreedores de este último en caso de muerte o lesiones graves (art. 163º). Estos remedios son acumulables, en fin, a no ser que sobrepasen del perjuicio sufrido por el acreedor o provoquen una situación insostenible para el deudor (art. 171º). Con todo, en materia de compraventa, en vendedor debe entregar un bien que sea conforme con el contrato, el cual ha de tener en todo caso la calidad necesaria para el uso a que está destinado, no padecer defectos de fabricación, ni vicios que no sean aparentes o resulten de las declaraciones contractuales (art. 196.2); en caso contrario, hay incumplimiento —lo mismo que si se entrega un bien distinto al vendido (*aliud pro alio*)— lo que permite al comprador no sólo reclamar la sustitución, la reparación, la rebaja del precio y el resarcimiento del daño, sino que le permite procurarse un bien análogo a expensas del vendedor con una autorización judicial previa (art. 207º).

A pesar de los rasgos originales que hemos resaltado, salta a la vista que el Código Europeo mantiene cierto paralelismo con las soluciones del Derecho anglosajón. No obstante, M. YZQUIERDO, en su interesante comentario del texto de Pavía, ha puesto de relieve que el Anteproyecto contiene datos suficientes como para entender que distingue, por una parte, algunos remedios conferidos al acreedor ante el incumplimiento y, por otra parte, la indemnización de los otros daños que sufra como consecuencia del mismo. Estos datos se refieren a la pretensión de restitución (art. 115º), al plazo suplementario que debe preceder al ejercicio de las pretensiones del acreedor (art. 110º) o a la satisfacción de su interés mediante una prestación diferente (art. 112º) —en la que el autor incluye la *aestimatio rei*—, pues se declara de forma expresa que todos estos remedios son compatibles con la indemnización de los daños y perjuicios. Si esto es así, quiere decir que el Código de Pavía ha permanecido fiel al historicismo disociador y que se aproxima, en este aspecto, a la reforma del Código Civil alemán.

## 5. MODERNIZACIÓN DEL BGB

En 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 entrar 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. A esto se une la legislación especial, como la famosa Ley de condiciones generales de 1976, y la que ha venido incorporando las diferentes Directivas comunitarias sobre consumidores. Tras un intento frustrado de los años ochenta, se promulgó la Ley de Modernización de 2001, que ha entrado en vigor al año siguiente, uno de cuyos objetivos centrales es, en palabras de U. MAGNUS, renovar la disciplina de las violaciones de los deberes contractuales.

En lo que aquí nos importa, la reforma consagra una cláusula general de incumplimiento, semejante a nuestro artículo 1101º del Código Civil español, que enumera los distintos supuestos de violación, lesión o contravención de un deber obligatorio (par. 280); además, la Directiva 1999/44 se desdobra, pues la falta de conformidad se equipara al incumplimiento (par. 281.1), mientras que los remedios comunitarios se llevan al contrato de compraventa (pars. 346 y s.); asimismo, la imposibilidad excluye el deber de prestación, pero permite al acreedor reclamar la indemnización o la resolución (par. 275.4), que

son ahora compatibles (par. 325); en fin, se mantiene el sistema de responsabilidad subjetiva (par. 276).

En efecto, a la vista del nuevo parágrafo 280 del Código alemán, hay que distinguir cinco supuestos de indemnización de los daños, como exponemos muy esquemáticamente. Ante todo, el primero de ellos es el más general ya que se trata de la violación de un deber impuesto por la relación obligatoria, cualquiera que sea su fuente, a no ser que el deudor no deba responder de tal violación. Por regla general, se responde, no sólo por dolo, sino por culpa, que es la normalmente exigible en el tráfico, salvo que sea mayor o menor según el contenido de la obligación, o que el deudor haya asumido la garantía del resultado o el riesgo del suministro. Mientras E. DEUTSCH sostiene que la norma nueva no altera la carga de la prueba, de manera que es el acreedor quien debe demostrar la culpa del deudor, se ha impuesto la opinión contraria según la cual se ha consagrado una presunción de culpa, como piensan U. MAGNUS o M. EBERS, entre otros, cuyo resultado práctico es comparable a la *strict liability* acogida por el Derecho anglosajón y por las dos propuestas para el futuro Código europeo común. Por otra parte, el segundo supuesto está constituido por la mora del deudor que exige, en principio, la intimación o la demanda judicial, si bien hay numerosas excepciones y plazos preestablecidos por la Ley (par. 286). Por fin, el tercer supuesto es la indemnización en sustitución o en lugar de la prestación, que se presenta en estos tres casos, a saber: a) por falta de cumplimiento (par. 281); b) por violación de un deber de protección (par. 241.2); y, c) por imposibilidad de la prestación (art. 275°).

En cuanto al primero de estos casos, la indemnización en lugar de la prestación vencida procede porque el deudor la ha incumplido o no ha cumplido según lo debido —falta de conformidad— previa la concesión de un plazo razonable al deudor para el cumplimiento o la corrección, salvo que concurran circunstancias especiales. Lo que nos interesa recalcar es que la pretensión de cumplimiento queda excluida en este caso si el acreedor reclama la indemnización sustitutiva, pues da a entender claramente, y así lo ha precisado la doctrina alemana, como veremos, que estamos ante el equivalente económico de la prestación incumplida.

Por lo que atañe al segundo caso, se trata de la infracción de los deberes accesorios o complementarios de información, protección o seguridad que impone la relación obligatoria. Por virtud de la misma, el acreedor, no sólo puede reclamar al deudor el cumplimiento de la prestación debida, sino que está obligado —y esto es lo añadido por la reforma— a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de

la otra parte. En este caso, cabe la indemnización en lugar de la prestación si ya no se le puede exigir al acreedor que acepte la prestación del deudor y, si el contrato es bilateral, se admite además la resolución (par. 324). Adviértase que en esta hipótesis el daño aparece por la infracción de los mencionados deberes, de modo que, por definición, no se han previsto en el contrato, si bien la indemnización se rige por las reglas generales de la responsabilidad contractual.

Por último, la imposibilidad de la prestación excluye la pretensión del acreedor al cumplimiento, de forma automática, a juicio de J. ALBIEZ DOHRMANN, aun cuando el actor puede exigir la indemnización en lugar de la prestación imposible o, en su caso, la resolución del contrato, siempre que la imposibilidad sea imputable a culpa o dolo del deudor. Se debe resaltar que las hipótesis de imposibilidad son ahora más numerosas que antes; así, ahora abarca tanto la imposibilidad legal como la material, la subjetiva lo mismo que la objetiva, la llamada imposibilidad práctica, o sea la que exige al deudor un esfuerzo desequilibrado frente al interés del acreedor, y la imposibilidad ética, es decir, la prestación personalísima del deudor que resulta inexigible, pero no se extiende a la alteración subjetiva u objetiva de la base del negocio (par. 313). Sin embargo, es irrelevante que la imposibilidad sea sobrevenida u originaria, pues ésta no afecta a la eficacia del contrato, pudiendo el acreedor reclamar, a su elección, la indemnización en lugar de la prestación o el reembolso de los gastos (par. 311a).

Es de notar que esta última alternativa se presenta siempre que el acreedor ostenta el derecho a pedir la indemnización en sustitución de la prestación, pues puede solicitar, en su lugar, el resarcimiento de los gastos que han devenido infructuosos por el incumplimiento, la violación de deberes obligatorios o la imposibilidad, siempre que los hubiere hecho en la confianza de recibir la prestación y sea justo pedir su restitución, salvo que la finalidad de estos gastos tampoco se hubiera alcanzado, sin la lesión del deber por parte del deudor (par. 284). Ello dependerá probablemente de las circunstancias del caso, la cuantía económica y de la conveniencia probatoria del acreedor, sin que se deba deducir de aquí que la indemnización en lugar de la prestación se limite estrictamente al interés negativo.

Por el contrario, señala B. WENDLANDT que la indemnización en lugar de la prestación está muy próxima al interés positivo, con deducción de los gastos legales y el resarcimiento de la mora, puesto que tal indemnización es la conversión pecuniaria de la pretensión al cumplimiento, a la que el acreedor renuncia si opta por aquélla. Aunque hay opiniones diversas para determinar el importe de la nueva figura,

es claro que su contenido equivale a la antigua pequeña indemnización —o sea, sin restitución de lo percibido por el acreedor— y que difiere del anterior resarcimiento del daño por incumplimiento. Por eso, como recuerda J. ALBIEZ, con cita de SCHULTZ, esta indemnización es siempre compatible con la reparación de otros daños y perjuicios invocados por el acreedor.

## 6. FINAL

En suma, de cuánto hemos expuesto resulta fácil comprobar la convergencia y la divergencia que anunciábamos al principio. En efecto, es claro que el Código alemán reformado concuerda con nuestra doctrina más reciente, puesto que en uno y otra se propicia la disociación del equivalente económico y el resarcimiento de los daños; próximo a este modelo se sitúa además el Código de Pavía. En cambio, la integración de ambos conceptos en una indemnización única y en globo impera en el Derecho anglosajón, en las normas supranacionales y en los Principios acogidos por el MCR, postura que comparte un sector importante de la doctrina española. Por eso, ante esta palpable disparidad, es de esperar que el futuro Código europeo no sólo la tenga en cuenta sino que acierte a la hora de resolverla.

### OBRAS CITADAS

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, 2002.
- ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Barcelona, 1987.
- BAR, Ch. V. y otros (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2008, edic. completa 2009.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo”, *Derecho Privado de Consumo*, coordinadora M<sup>a</sup>. J. REYES LÓPEZ, Valencia, 2005.
- CARRASCO PERERA, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XV-1*, Madrid, 1989.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *Estudios de Consumo*, 52, 2000.

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona, 1985.
- DEUTSCH, E., "Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht", *Archiv für civilistische Praxis*, 6, 2002.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y A. M. MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- EBERS, M., "La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002", *Anuario de Derecho Civil*, 2003.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 66, 2004.
- GANDOLFI, G., "Pour un Code européen des contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992.
- JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultados. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, 1991.
- LETE ACHIRICA, J., "La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo", *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, a cargo del mismo autor, Santiago de Compostela, 2004.
- LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la "aestimatio rei" y el "id quod interest")*, Madrid, 1999.
- MAGNUS, U., "La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto", *Contratto e impresa/Europa*, 2004.
- MCGREGOR, H., *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, traducción y nota preliminar por J. M<sup>a</sup> de la CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1996.

- MOMMSEN, F., *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853.
- MORALES MORENO, A. M., “Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa”, *Anuario de Derecho Civil*, 2003.
- PABLO CONTRERAS, P. de, *Curso de Derecho Civil (II)*, Madrid, 2000.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Madrid, 1999.
- RÉMY, Ph., “La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1996.
- ROGEL VIDE, C., *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1997.
- VAQUER ALOY, A., “Incumplimiento del contrato y remedios”, *Derecho Privado Europeo*, coordinador Sergio CÁMARA LAPUENTE, Madrid, 2003.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “Interés de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado”, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Atilio Aníbal Alterini*, coordinado por J. A. BUERES y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Buenos Aires, 1997, ps. 960 y ss.
- “Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual”, *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, coordinado por E. LLAMAS POMBO, Madrid, 2006.
- WENDLANDT, B., “Linee generali di delimitazione fra i diritti al risarcimento del danno por violazione dell’obbligo, ai sensi dei §§ 280 y ss. BGB”, *Contratto e impresa/Europa*, 2004.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.
- *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dirigidos por C. VATTIER, J. M<sup>a</sup> de la Cuesta y J. M<sup>a</sup> Caballero, II, Madrid, 2003.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, II, traducido al inglés por T. WEIR, Oxford, 1987.





# LA IMPORTANCIA DE HACER CUMPLIR LOS CONTRATOS: LOS REMEDIOS GENERALES FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

Luciano BARCHI VELAOCHAGA (1)

*“No debemos confundir lo legal con lo ético. Las leyes nos permiten vivir con los demás, la ética nos permite vivir con nosotros mismos.”*

Robert MARCUSE, *La importancia de las cosas sin importancia.*

**SUMARIO: I. SISTEMA ECONÓMICO Y SISTEMA JURÍDICO.—II. LA IMPORTANCIA DEL INTERCAMBIO DE BIENES Y SERVICIOS EN LA SOCIEDAD MODERNA.—III. LOS RIESGOS DEL INTERCAMBIO DE BIENES Y SERVICIOS: EL RIESGO DE LA LESIÓN DEL CRÉDITO. LA “JURIDIZACIÓN” DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS.—IV. LOS SUPUESTOS DE LESIÓN DEL CRÉDITO.—V. LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO (INCUMPLIMIENTO Y RETARDO). 1. LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO. 2. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS.—VI. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR Y EL PATRIMONIO COMO GARANTÍA.**

## I. SISTEMA ECONÓMICO Y SISTEMA JURÍDICO

El sistema social implica la existencia de seres humanos que se relacionan con sus semejantes y con la naturaleza. Estas relaciones son diversas, afectan diferentes aspectos de la vida de esos seres, lo que significa que el sistema social está compuesto por un conjunto de subsistemas, entendiendo éstos “como conjunto de relaciones sociales que afectan diversas facetas homogéneas de la vida de los individuos

---

(1) Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y Coordinador de la Maestría de Derecho Empresarial en la Universidad de Lima. Asociado del Estudio Grau Abogados.

en sus relaciones con sus semejantes (vida social) o con la naturaleza; son, en definitiva, subconjuntos del sistema social total” (2).

El Derecho pretende regular alguna de esas relaciones para lograr una convivencia ordenada. Esta vinculación del Derecho sobre los subsistemas se da en una relación de interdependencia o dependencia mutua, así, por ejemplo, el subsistema económico condiciona el sistema jurídico, como la configuración del sistema jurídico condicionará el subsistema económico. La interdependencia entre el sistema jurídico y el económico es sintetizada por Douglass NORTH cuando señala: “[...] el marco institucional desempeña una función importante en el rendimiento de la economía. En realidad, las instituciones son el determinante subyacente del desempeño de las economías” (3).

La estrecha vinculación de la economía con el Derecho Patrimonial es innegable, por ello no nos debe sorprender que éste pueda ser explicado por medio de la economía, como dice ROGUIN: “Nada es más engañoso que creer que se puede explicar el derecho por medio del derecho mismo” (4).

## II. LA IMPORTANCIA DEL INTERCAMBIO DE BIENES Y SERVICIOS EN LA SOCIEDAD MODERNA

Vivimos en un mundo donde los recursos son escasos y las necesidades del hombre son ilimitadas. La escasez puede ser definida como: “la insuficiencia de los bienes y/o servicios disponibles para satisfacer todos los deseos y necesidades de los seres humanos” (5).

El hombre primitivo era autosuficiente y autárquico, debía producir por sí mismo lo suficiente para su propio consumo, como señala DE TRAZEGNIES: “Dentro de sociedades más simples y primitivas, muchas de las necesidades pueden ser satisfechas a través de una econo-

---

(2) PASTOR, Santos, *Sistema jurídico y economía*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 25.

(3) NORTH, Douglass, “Preguntas a Douglass North premio Nobel de Economía de 1993”. En base a extractos del libro: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, editado por el Fondo de Cultura Económico. Preparado para la visita del profesor DOUGLASS NORTH al Perú, junio de 1995, p. 10. El Nobel norteamericano define las instituciones como: “[...] las reglas de juego de una sociedad o, más formalmente son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana” (NORTH, Douglass, ob. cit., p. 7).

(4) ROGUIN citado por COHEN, Félix, *El método funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 27.

(5) *Economía para todos*. Lima, Editorial Bruño e Instituto Apoyo, 1997, p. 58.

mía de autoconsumo y, en ese caso, el hombre es bastante autárquico, es relativamente independiente de los demás hombres” (6).

El hombre moderno se concentra en la producción de un solo bien o quizá de unos cuantos bienes. El hecho de concentrarse en la producción de un solo bien o de unos cuantos bienes se denomina especialización.

Cada persona tiene diferentes habilidades. Lo que una persona realiza fácilmente, a otra le parece difícil, de acuerdo con PARKIN, se dice que: “una persona tiene ventaja comparativa en la producción de un bien en particular si esa persona puede producir el bien a un costo de oportunidad menor que cualquier otra” (7).

Al especializarse en la producción de aquellos bienes y servicios en los que se tienen ventajas comparativas, se hace indispensable el intercambio de bienes y servicios entre las personas. Si *Primus* tiene ventaja comparativa en la producción de maíz, dedicará todo su tiempo al cultivo del maíz. Si *Secundus* tiene ventaja comparativa en la producción de tela, dedicará su tiempo a la producción de tela. Obviamente, *Primus* y *Secundus* producirán más maíz y tela que si cada uno se preocupara de sus propias necesidades (produciendo cada uno algo de maíz y algo de tela). *Primus* y *Secundus* deberán intercambiar sus bienes para poder satisfacer sus mutuas necesidades respecto de los bienes que no producen.

Para la sociedad moderna el intercambio es fundamental. Como apunta DE TRAZEGNIES: “En la sociedad moderna las necesidades individuales se satisfacen a través del mercado y el mercado es inconcebible sin referencia al conjunto, sin referencia a la sociedad toda, porque no consiste en otra cosa que en un intercambio generalizado de bienes y servicios” (8). En otras palabras, en la sociedad moderna, cada individuo no produce directamente lo que consume sino que produce un bien o servicio que otros necesitan, para intercambiarlo por lo que él necesita.

---

(6) DE TRAZAGNIES GRANDA, Fernando, ob. cit., p. 347. En el mismo sentido: MUNDELL, Robert, *El hombre y la economía*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1972, p. 19.

(7) PARKIN, Michael, *Microeconomía*. Wilmington, Addison-Wesley Iberoamericana S. A., 1995, p. 64.

(8) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En: *XXXIII Conferencia anual de ejecutivos*, CADE 95. “Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento”, IPAE, Cuzco, 1-4 noviembre de 1995, p. 346.

En la sociedad moderna se establece una estructura basada en relaciones de intercambio, a través de las cuales se busca la satisfacción de las necesidades mediante la cooperación ajena. Esta operación económica, conocida inicialmente como trueque (9), supone el intercambio de una cosa por otra (el “*do ut des*” de los romanos), de cosas por servicios (“*do ut facias*”) e, incluso, el intercambio de servicios (“*facio ut facias*” y “*facio ut des*”). Así, en nuestro ejemplo inicial, *Primus* coopera con *Secundus* proporcionándole maíz y, a su vez, *Secundus* coopera con *Primus* proporcionándole tela.

Una parte importante de la satisfacción de necesidades se efectúa mediante el mecanismo del mercado. En el mercado de bienes de consumo tiene lugar el cambio de mercancías, la prestación de servicios, etc. Debemos aclarar que mercado no solo es el conjunto de relaciones de intercambio sino que también sirve para designar al bien o al servicio que se intercambia; así se habla de mercado automotor, mercado de alimentos, etc.

De acuerdo con PEJOVICH: “una persona realiza un intercambio porque espera que los beneficios derivados de la adquisición de un bien superen al costo en términos de otras cosas que deben sacrificarse” (10). El beneficio derivado del intercambio es el aumento de la satisfacción que proporciona el derecho de usar el bien adquirido. El costo del intercambio es la satisfacción a la que debe renunciar la persona cuando adquiere un bien (costo de oportunidad). Así, por ejemplo, cuando alguien compra 2 Kg. de arroz a un precio de S/ 2.00 renuncia a la satisfacción de otros bienes que podría comprar con esa misma cantidad de dinero. El intercambio supone una elección entre usos alternativos.

El intercambio, como aclara PEJOVICH, “no se deriva de la existencia de una excedente que alguna persona quiere eliminar, sino del hecho de que diversas personas piensan diferente acerca de bienes distintos” (11), diferentes personas valorizan los bienes de modo distinto y el intercambio traslada los bienes de usos menos apreciados a

---

(9) El trueque es un intercambio extremadamente complejo que supone costos de transacción altos, ver al respecto BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, “Reflexiones en torno a la determinación del precio en el contrato de compraventa”. En: *Contratos Mercantiles, Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Serie Derecho, Lima, 1995, ps. 51 y ss.

(10) PEJOVICH, Svetozar *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 38.

(11) PEJOVICH, Svetozar, ob. cit., p. 39.

los más apreciados. Esto significa que, en virtud de la maximización de la extensión del intercambio, la transferencia sólo se justifica si el bien 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.

Debemos tener presente que cada una de las personas tiene una escala de preferencias. Continuamente las personas optan entre diversas actividades sobre la base de un orden de prioridades. Como señala C.C.ANOSKY: "Las escalas de preferencias tienen las siguientes características: (1) Difieren en cada individuo, (2) el orden de prioridades de cada persona varía con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias y (3) las necesidades que las componen son infinitas: el hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer. A medida que satisface las que considera prioritarias pasa a atender las que considera menos urgentes. Cuando los ingresos reales aumentan empezamos a comprar bienes que continúan en orden de importancia dentro de la escala de preferencias" (12). De tal manera que cuando un individuo transfiere un bien a cambio de otro, significa que el bien que recibe ocupa un lugar prioritario con relación al bien que entrega, con lo cual ambas partes mejoran su posición, alcanzando ambas el bienestar máximo lo que quiere decir que ambos satisfacen sus necesidades asignando los bienes de manera eficiente.

Como se ha podido establecer en los párrafos anteriores, la necesidad es el presupuesto del intercambio; en otras palabras, los agentes económicos intercambian bienes y servicios porque tienen necesidades que deben ser satisfechas, por tanto, el intercambio es el vehículo para la satisfacción de las necesidades del individuo (13).

---

(12) CACHANOSKY, Juan, "Eficiencia económica y sistemas jurídicos". En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Francisco MARROQUIN, Año IV, N° 8, Segunda época, p. 23.

(13) Comúnmente se piensa que las relaciones de intercambio sólo están destinadas a satisfacer las necesidades materiales del hombre; es decir, las relaciones de intercambio sólo se limitarían a solucionar el problema de la escasez material. Sin embargo, ello significa adoptar una visión muy limitada de la escasez, pues, los hombres no sólo tienen necesidades materiales. Pensemos, por ejemplo, en el deseo de ser padre o madre y en los problemas de infertilidad. Obviamente, algunas personas no pueden tener hijos, ni siquiera con la ayuda de la tecnología actual.

Si aceptamos que las relaciones de intercambio permiten la satisfacción de necesidades a través de la cooperación ajena, "estaríamos permitiendo que un recurso escaso (capacidad reproductora individual) sea transferida vía el mercado a personas que carecen de ella o que, teniéndola la pueden ejercer a muy alto cos-

Dado que el intercambio es un método para la movilización de los recursos de usos menos apreciados a los más apreciados, es imperativo proveer incentivos para la realización de intercambios.

### III. LOS RIESGOS DEL INTERCAMBIO DE BIENES Y SERVICIOS: EL RIESGO DE LA LESIÓN DEL CRÉDITO. LA “JURIDIZACIÓN” DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS

El intercambio puede ser simultáneo o realizarse a lo largo de un período de tiempo. Cuando no se realiza de manera simultánea, los agentes económicos “cooperan” en momentos diferentes; así, *Primus* tiene que entregar hoy 10 Kg. de maíz, de su producción y esperar que *Secundus* le entregue 5 mts. de tela de su producción dentro de quince días. Este hecho, genera incertidumbre para quien debe cumplir en primer lugar, en la medida que existe el riesgo que el otro agente no cumpla con su parte después.

Como señalan COOTER Y ULEN: “El paso del tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento crea incertidumbres y riesgos. Las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación” (14).

La no simultaneidad concede a una de las partes una “ventaja estratégica, al respecto POSNER expone el siguiente ejemplo: ‘A desea vender su vaca. Hay dos postores, B y C. La vaca vale \$ 50 para B y \$ 100 para C (y sólo \$ 30 para A), de modo que la eficiencia requiere que la vaca sea vendida a C y no a B. Pero B tiene \$ 50 a la mano, mientras que C no puede obtener efectivo durante una semana. C promete pagar \$ 75 al cabo de una semana, y supongamos que este premio de \$ 25 compensaría plenamente a A por los costos, en caso de incumplimiento, de entablar un juicio por daños o de hacer que se le devuelva la vaca, descontados por el riesgo del incumplimiento (si la Ley hace ejecutoria la promesa que C ha hecho a A). Sin embargo, si la Ley no hace cumplir tales promesas, A podría decidir que, puesto que C podría no obtener el dinero y como B perdería su interés por la transacción, estará mejor vendiendo ahora la vaca a B. Si lo hace, la incapacidad de la Ley para proveer un remedio si C no cumple su promesa habrá inducido a una mala asignación de recursos, desalentando un intercambio en el que se difiere el desempeño

---

to” (BULLARD GONZÁLES, Alfredo, “Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”. En: *Ius et Veritas*, Año V. N° 10, p. 57).

(14) COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 238.

de una de las partes. (B podría revender la vaca a C más tarde, pero esto conllevaría un costo de transacción adicional)” (15).

De acuerdo con el ejemplo citado 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 sub-óptima de recursos.

Como señala Santos Pastor: “La función primordial del Derecho de contratos consiste, pues, en proporcionar un conjunto de reglas —y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas reglas— que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo, de esta manera que el tráfico de bienes y servicios (de derechos) tenga lugar y que éstos fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más, que no son otros que quienes estén dispuestos a pagar más por ellos” (16).

En tal sentido, el Estado, a través del Derecho Patrimonial, no hace sino reconocer la importancia del intercambio de bienes y servicios en la sociedad, proporcionando un conjunto de reglas que permitan que éste se realice asignando de manera óptima los recursos. Así, DÍEZ-PICAZO considera al Derecho Patrimonial: “como aquella parte del Derecho Civil, que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre” (17). El Derecho de Contratos se refiere, específicamente, a las operaciones que las personas realizan con los bienes económicos.

Para que una relación de intercambio se encuentre bajo el ámbito del Derecho de Contratos la relación de intercambio debe cumplir una serie de requisitos impuestos por el Estado. En otras palabras, al Estado no le interesa proteger todas las relaciones de intercambio, sólo aquellas que reúnen los requisitos establecidos.

Como bien señala ORLANDO GÓMES, el contrato es, en su dimensión exclusivamente jurídica una “construcción” para “juridizar”

---

(15) POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p. 91.

(16) PASTOR, Santos, ob. cit., ps. 148/149.

(17) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero. Quinta Edición, Madrid, Civitas, 1996, p. 38.

operaciones económicas (18). Mediante esta construcción las relaciones de intercambio, que son estrictamente de carácter económico, adquieren, además, carácter jurídico. No obstante, ello no significa que el contrato se confunda con la operación económica, así lo entiende Bianca cuando afirma que: “Il contratto non è riducibile ad un’operazione economica” (19); en efecto, el contrato es el título jurídico sobre el cual se funda la operación económica.

El contrato permite dotar de “juridicidad” a las operaciones económicas. Los agentes económicos a través de un acuerdo voluntario y autónomo deciden llevar a cabo una operación económica, esta operación implica la constitución de una relación entre dichos agentes, que por su relevancia ingresa al mundo jurídico, se habla, entonces, de una relación jurídica. Así, en el plano fáctico estamos ante una operación económica, mientras en el plano jurídico, frente a una relación jurídica.

En virtud del contrato se constituyen relaciones de intercambio o también llamadas relaciones de cooperación; en virtud de él los agentes económicos se comprometen a cooperar entre sí proporcionando los recursos para la mutua satisfacción de sus necesidades. Así, DÍEZ-PICAZO define la relación obligatoria como: “la relación jurídica establecida entre dos o más personas dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes y servicios mediante la cooperación de otra o bien de intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación” (20). BETTI, por su lado, señala: “[...] en la relación de obligación el interés del titular del derecho está destinado a realizarse, por medio de un intermediario, a través de un comportamiento ajeno, de una actividad de cooperación” (21).

Entendemos la relación jurídica como toda relación de vida establecida entre dos o más personas (relación intersubjetiva) como vehículo para realizar determinados fines que son dignos de tutela por el ordenamiento jurídico. En este caso la relación jurídica está dirigida a permitir el intercambio de bienes y servicios; es decir, tiene una fi-

---

(18) GÓMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 10ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 85.

(19) BIANCA, Massimo, *Diritto Civile. 3 Il Contratto*. Milano, Giffrè Editore, 1998, p. 28.

(20) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. 5ª edic., Madrid, Civitas, 1996, p. 129.

(21) BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 10.



nalidad económica. A esta relación se le conoce como relación obligatoria.

Cuando una relación de intercambio o de cooperación adquiere “juridicidad” significa que los agentes podrán “exigirse” mutuamente el cumplimiento de lo prometido. Como señala LÁZARO CARRETER explicando en verbo “exigir”: “[...] sólo puede exigir quien posee alguna fuerza para alcanzar su demanda” (22). Esa fuerza supone la posibilidad de los agentes no sólo de pretenderse mutuamente el cumplimiento de lo debido (pretensión material) sino de recurrir a la tutela jurisdiccional (acción) para pretender el cumplimiento de lo debido (pretensión procesal). En otras palabras, el agente económico cuenta con la posibilidad de recurrir al sistema judicial para conseguir lo prometido.

Cuando el Estado hace cumplir los contratos, genera incentivos para la cooperación eficiente puesto que hace creíble un compromiso de cooperación; es decir, da credibilidad a un contrato.

El Estado establece algunas condiciones para que una relación de intercambio adquiera “juridicidad” y, por tanto, pueda ser exigida judicialmente. Así, por ejemplo, respecto a la racionalidad del individuo, éste debe tener preferencias estables y bien ordenadas. Si el individuo no tiene preferencias estables, no podrán formular juicios competentes acerca de sus propios intereses. Es el caso de los menores de edad, de los que se encuentran privados de discernimiento, entre otros. Así, el Código Civil peruano, exige agente capaz en el artículo 140°, sancionando con nulidad el acto jurídico celebrado por incapaces en el artículo 219°.

El Código Civil peruano sólo hace exigibles las promesas formuladas por individuos capaces. Si un niño privado de discernimiento formula una promesa, ella no será exigible judicialmente. La solución del Código no permite “salvar” la promesa, aún si ésta fuera beneficiosa para el incapaz.

Lo dicho significa que existen relaciones de intercambio que se producen en el sub sistema económico pero no ingresan al sub sistema jurídico, por cuanto al Estado no le interesa protegerlas. Se suele decir, entonces, que un contrato nulo es inexistente; ello, sin embar-

---

(22) LAZARO CARRETER, Fernando, “Recepcionar, aperturar un detrimento”. En: *El Dominical*. Diario El Comercio, Lima, 8 de setiembre de 1996, p. 14.

go, no es exacto pues si bien un contrato nulo no existe en el “mundo jurídico” si existe en el “mundo fáctico”.

Estas relaciones de intercambio “no juridizadas” no gozan de los remedios frente al incumplimiento establecidos por el Derecho de Contratos, pero esto no significa que el intercambio de bienes y servicios no pueda realizarse en el “mundo fáctico”. En efecto, las relaciones de intercambio “no juridizadas” se contraen y se ejecutan en el “mundo fáctico” en base a otras reglas o códigos de conducta. Esto explica, por ejemplo, el porqué si bien es ilegal la comercialización de droga y por tanto las partes no pueden valerse de los remedios frente al incumplimiento, tales operaciones económicas se llevan a cabo en el “mundo fáctico”.

Ello significa que el intercambio es posible sin Derecho de Contratos pero su número e importancia se reduce a aquellas operaciones económicas en las que exista confianza mutua entre los agentes económicos; es decir, “contrato con él porque lo conozco y como lo conozco confío en él” (23). Obviamente, sería ideal que los intercambios se basaran en reglas de comportamiento o códigos de conducta que hagan que la gente cumpla con la palabra empeñada, los costos de transacción se reducirían considerablemente, como nos dice DOUGLASS NORTH: “En la medida en que tengamos altos estándares éticos y normas de comportamiento adecuadas, la mayoría de los contratos requerirán solamente un apretón de manos o un asentimiento con la cabeza” (24).

La decisión respecto a qué relaciones de intercambio gozan de los remedios frente al incumplimiento y cuáles no es una decisión exclusiva del Estado. No obstante, el Estado, normalmente no toma en cuenta los efectos que genera su decisión de no “juridizar” determinadas relaciones de intercambio. El Estado olvida que si bien la prohibición impide el “ingreso” de la relación de intercambio al “mundo jurídico”, el intercambio se lleva a cabo en el “mundo fáctico” con determinadas consecuencias (25).

---

(23) Ver al respecto BULLARD GONZÁLES, Alfredo, “La creación de una cultura de mercado en el Perú”. En: *Importancia de las Instituciones en el desarrollo de una economía de mercado*, Lima, Apoyo, 1996, ps. 31 y ss.

(24) NORTH, Douglass, “Douglass C. North: respuesta a Alberto Bustamante Belaúnde”. En: ob. cit., p. 75.

(25) Ver al respecto SALAZAR BUSTAMANTE, Federico, “Breve propuesta para descriminalizar el proxenetismo”. En: *Ius et Veritas*, N° 4; NORTH, DOUGLASS Y RO-

#### IV. LOS SUPUESTOS DE LESIÓN DEL CRÉDITO

La prestación está dirigida a satisfacer el interés del acreedor, que no es otra cosa que la necesidad de bienes y servicios (26). Como señala BIANCA “a falta de específicas indicaciones se pone de manifiesto el interés típico, es decir el normal interés directamente vinculado a la prestación” (27). Así, por ejemplo, el interés típico de una prestación de dar es el de adquirir la posesión y la titularidad de un derecho sobre un bien que reúne las cualidades prometidas que lo hacen apto para la finalidad de la adquisición.

Se produce una lesión del interés creditorio cuando el comportamiento del deudor, apreciado desde una óptica objetiva, independiente de cualquier valoración o calificación de dicho comportamiento, no se ajusta al programa de prestación.

Siguiendo a Luis Díez-PICAZO (28) consideramos que son dos las formas básicas de la lesión del derecho de crédito: la primera es la situación de “no prestación” que es aquella en la cual el deudor no ejecuta (inejecución) la prestación debida; y, la segunda, es la situación de “prestación inexacta”, donde el deudor realiza una conducta pero ésta no coincide con la prestación debida.

Como hipótesis de “situaciones de no prestación” identificamos: la “imposibilidad sobreviniente”, el “retardo” y el “incumplimiento”; como hipótesis de “prestación inexacta”, en cambio, identificamos: el cumplimiento parcial, el tardío y el defectuoso (29).

La categorización anteriormente esbozada la encontramos recogida en el Código Civil peruano. Así, por ejemplo, en el artículo 1314.

---

GER LEROY MILLER, *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*. México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

(26) Al respecto NICOLÓ señala: “el concepto de interés no es de por sí un concepto jurídico, sino que es un *prius* respecto al Derecho, un dato preexistente al ordenamiento, que será tomado de la Economía para ser más o menos considerado. Para definir el concepto de interés, es necesario, por ende recurrir a los conceptos de la ciencia económica” (NICOLÓ, Rosario, “Las situaciones jurídicas subjetivas”. En: *Advocatus*, N° 12, p. 106).

(27) BIANCA, Máximo, *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*: Milano, Giuffrè, 1993, p. 41.

(28) Ver al respecto Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 569.

(29) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., ps. 673/674.

**“Artículo 1314°.-** Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la *inejecución* de la obligación o por su *cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

Cuando el Código Civil habla de “inejecución” comprende todas las hipótesis de situaciones de no prestación, vale decir, la “imposibilidad sobreviniente”, el “retardo” y el “incumplimiento”. En estricto, “inejecución” no es sinónimo de “incumplimiento”. Puede haber “inejecución” de la prestación que no suponga “incumplimiento”, tal es el caso del retardo.

*Hipótesis en las “situaciones de no prestación”: “retardo” e “incumplimiento”*

Nos ocuparemos de las “situaciones de no prestación” y, concretamente, de las hipótesis de “incumplimiento” y de “retardo”. Como puede apreciarse la distinción entre “incumplimiento” y “retardo” está determinada por la subsistencia del interés del acreedor en la ejecución aunque tardía de la prestación. Si producida la inejecución de la prestación; es decir, si la prestación no se ejecuta oportunamente y el acreedor mantiene interés en la ejecución de la prestación, aún si tardía, entonces, el deudor incurre en “retardo”. Si el acreedor no tiene interés en la ejecución tardía de la prestación, entonces el deudor incurre en “incumplimiento”.

La mora supone un retardo pero no todo retardo supone mora. En efecto, la “mora” supone un juicio de responsabilidad; es decir, una valorización de la conducta del deudor. El retardo constituye sólo el elemento objetivo, la mora es un retardo imputable al deudor (30).

## **V. LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO (INCUMPLIMIENTO Y RETARDO)**

Ante las diversas hipótesis de lesión del derecho de crédito el Derecho de Contratos (31) otorga al acreedor, ciertos “remedios”. A través

---

(30) Asimismo, debe tenerse en cuenta que, conforme con el artículo 1333° del Código Civil, nuestro sistema adopta como principio general la “mora ex persona” y sólo excepcionalmente la mora “automática”. Al respecto OSTERLING PARODI señala que cuando no hay interpelación se entiende que hay una prórroga tácita del plazo. Para nosotros la falta de interpelación no es objeción para considerar que el deudor se encuentra, objetivamente, en situación de retardo.

(31) Cuando hablamos de Derecho de Contratos comprendemos también las normas del Libro de Obligaciones.

de ellos, se pretende brindar seguridad para el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

Frente a la lesión del derecho de crédito el acreedor puede recurrir a los remedios que el ordenamiento jurídico le brinda. Los remedios frente a la lesión del derecho de crédito o los medios de tutela del crédito “son un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta o defectuosa o existe la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción puedan producirse. Se trata de una reacción del ordenamiento jurídico frente a una serie de actos de contravención del derecho [...]” (32).

Los remedios pueden ser “remedios generales de tutela del crédito” y “remedios específicos de tutela del contrato”.

Los “remedios generales” son aquellos que tutelan contra la violación de cualquier situación creditoria sin importar su fuente, en el Código Civil se encuentran regulados en el artículo 1219°. Los “remedios específicos” son los remedios que tutelan la parte contractual en los contratos con prestaciones recíprocas y están regulados en el Código Civil en la parte relativa a los contratos.

Entre los “remedios generales” están:

1. La pretensión de cumplimiento; y,
2. El resarcimiento de daños.

Entre los “remedios específicos”:

3. La resolución por incumplimiento;
4. Excepción de incumplimiento; y,
5. Excepción de caducidad de plazo.

En el artículo 1219° del Código Civil podemos identificar los remedios generales.

*“Artículo 1219°.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:*

- 1) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

---

(32) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., ps. 673/674.

2) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

3) Obtener del deudor la indemnización correspondiente [...].”

## 1. La pretensión de cumplimiento

Cuando se produce la inejecución de la prestación por parte del deudor pero el acreedor mantiene interés en la ejecución, si bien tardía, de la prestación, entonces el acreedor requiere contar con un remedio que precisamente le permita forzar al deudor la ejecución de la prestación. Así, ante la falta de cooperación del deudor, el acreedor puede exigirle el cumplimiento directamente (pretensión material) o por medio del órgano jurisdiccional (pretensión procesal) bastando para ello que la prestación sea posible (33); es decir, el acreedor en su condición de tal goza de la facultad de pretender el cumplimiento de la relación de intercambio incluso de manera coactiva ante el órgano jurisdiccional.

Ya en el órgano jurisdiccional no sería suficiente obtener una resolución judicial que ampare la pretensión de cumplimiento del acreedor, además, son necesarios mecanismos que permitan a la autoridad judicial exigir al deudor la ejecución de la prestación debida (34), esto es lo que se conoce como “ejecución forzada”; así, en este sentido, el inciso 1 del artículo 1219° del Código Civil faculta al acreedor a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

Hablamos de ejecución forzada en un sentido estricto para referirnos a aquellos mecanismos que permiten la realización de la co-

---

(33) La pretensión de cumplimiento no está supeditada a la existencia y demostración de daños. Para Llamas Pombo, posición que compartimos, no es exigible el requisito de imputabilidad del deudor (LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, Trivium, 1999, p. 227), no obstante, siguiendo a Bianca si existe un impedimento liberatorio del deudor éste no puede ser constreñido al cumplimiento (BIANCA, Máximo. *Diritto Civile. 5 Responsabilità*. Milano, Giuffrè, 1994, p. 249). El artículo 1150° y 1158° del Código Civil peruano hacen referencia al incumplimiento culposo del deudor.

(34) El primer párrafo del artículo 715° del Código Procesal Civil señala: “El mandato de ejecución contiene la exigencia al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada”.

operación debida o, lo que es lo mismo, la “ejecución en forma específica”, sea por el propio deudor o mediante la intervención de un tercero. En tal sentido, debe distinguirse de la “expropiación forzada” a través de la cual se realiza la garantía patrimonial que grava sobre los bienes del deudor o las garantías específicas que pudieran haber sido constituidas sobre bienes del deudor o de un tercero (35).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la ejecución forzada en forma específica no será siempre posible, por cuanto pueden existir límites de hecho o límites de derecho (36).

Habrá un límite de hecho cuando, por ejemplo, el bien determinado que debe ser entregado no es habido. Habrá un límite de derecho cuando exista una norma legal que impida o relativice la ejecución forzada, así, por ejemplo cuando la única manera de lograr la cooperación del deudor es recurriendo a la fuerza. En este sentido el artículo 1150° del Código Civil señala que el incumplimiento de una relación obligatoria con prestación de hacer faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, “a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor”.

La ejecución forzada en especie, también puede lograrse a través de un tercero, así, el inciso 2 del artículo 1219° del Código Civil faculta al acreedor a procurarse la prestación debida o hacérsela procurar por persona distinta del deudor y por cuenta de éste (37). En estricto, la ejecución por un tercero supone un resarcimiento de daños, puesto que el acreedor exigirá al deudor el reembolso de lo pagado al tercero.

La ejecución por un tercero, sin embargo, también tiene límites. Así, por ejemplo, será posible si el bien que debe ser entregado es genérico pero no será posible si se trata de un bien determinado que está en posesión del deudor. Tampoco será posible si, tratándose de una

---

(35) Las obligaciones pecuniarias constituyen un caso especial por cuanto si bien su cumplimiento en forma específica es siempre factible debe recordarse que ella se logra a través de la expropiación forzosa.

(36) Respecto a los límites a la ejecución forzosa ver TOMMASEO, Ferruccio, “Sull’attuazione dei diritti di credito nell’esecuzione in forma specifica”. En: *Revista di Diritto Civile*. Anno XXIV, 1978, Prima Parte, CEDAM, Padova, 484 y ss.

(37) Del mismo modo el artículo 1150° del Código Civil. Asimismo, el artículo 707° del Código Procesal Civil señala: “El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento, *de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada*”.

prestación de hacer, del contrato o de las circunstancias resultara que el deudor fue elegido por sus cualidades personales (artículo 1149° del Código Civil).

Queda claro que el acreedor recurrirá a la ejecución forzada de manera específica en la medida que la prestación sea aún posible y que el acreedor mantenga interés en la ejecución de la prestación de manera tardía, eso quiere decir que la ejecución forzosa supone siempre un retardo del deudor en la cooperación.

## 2. El resarcimiento de daños

El “inejecución” designa la situación jurídica “objetiva” que se produce ante la falta de actividad del deudor (o ante la actividad en las prestaciones de no hacer) prescindiendo de la imputabilidad del deudor.

La “inejecución” de la prestación, sea en la hipótesis de incumplimiento o en la de retardo, puede generar daños (38). En nuestro Código Civil estos daños son asumidos por el deudor sólo si dicha inejecución es imputable a él, por tanto, implica un juicio de responsabilidad y tradicionalmente se habla de “responsabilidad contractual” (39). Así el artículo 1317° señala: “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultante de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables [...]”. En tal sentido el deudor responde de los daños causados por su “incumplimiento imputable” o por su “mora” (lo que supone un retardo imputable al deudor) (40).

Hemos dicho que el deudor dentro de una relación jurídica de intercambio asume la obligación de cooperar con el acreedor mediante la ejecución de la prestación debida, pero también, paralelamente, se

---

(38) Nuestro Código Civil se refiere a “daños y perjuicios”, así el artículo 1321° señala: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios [...]”.

(39) Al hablar de responsabilidad “contractual” en nuestro ordenamiento jurídico puede llevar a pensar que ella es efecto del contrato; es decir, que sólo frente al incumplimiento de un contrato se genera la responsabilidad. Sin embargo, ello no es exacto, es frente al incumplimiento de una obligación siendo indistinto si la fuente de ésta es un contrato o no. PANTALEÓN considera inadecuado un tratamiento conjunto de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales (PANTALEÓN, Fernando, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. En: *Anuario de Derecho Civil*, 1982, p. 1719.

(40) El incumplimiento da lugar a una indemnización de carácter compensatoria mientras que la mora da lugar a una indemnización moratoria, se distingue entonces ente “daños y perjuicios compensatorios” y “daños y perjuicios moratorios”.



hace responsable de esa cooperación, en el sentido que, de no cumplirla, indemnizará al acreedor por los daños que su inejecución imputable pudiera haberle ocasionado. Puede decirse entonces que, junto a la expectativa de cooperación del acreedor existe una expectativa de satisfacción para el caso de que la cooperación del deudor falte. Esto “constituye una presión para inducir a un diligente cumplimiento de las obligaciones contractuales” (41). Para que ello sea así, debemos tener en cuenta que las medidas de diligencia que tome el deudor suponen un costo y el deudor sólo 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.

Conforme el artículo 1314° del Código Civil, el deudor sólo responde si el incumplimiento le es imputable; es decir, si el incumplimiento se debe a una actuación negligente del deudor. La negación de la responsabilidad del deudor cuando incumple actuando con la diligencia ordinaria requerida, significa que el daño total consecuencia del incumplimiento se reparte entre el acreedor y el deudor. Veamos el siguiente ejemplo: La empresa *A* se obliga frente a la empresa *B* a suministrar maquinaria de su fabricación que *B* requiere para ser empleada en su actividad económica. Si *A* entrega la maquinaria con defectos que la torna inapta para la finalidad de la adquisición, “el daño total para la economía en su conjunto será igual al valor del trabajo del material y del capital desperdiciado para la construcción de las máquinas defectuosas (designaremos con la letra  $p$  este componente del daño), unido al daño derivado para *B* del retardo en la disponibilidad de las máquinas necesarias para el funcionamiento de su oficina (daño que designaremos con la letra  $\beta$ )” (42). Cuando el deudor es responsable asume el daño  $p + \beta$ , cuando no lo es, entonces se reparten los daños: el acreedor asume  $\beta$  y el deudor  $p$ .

Cuando el deudor es responsable asume el daño total sin embargo debe tenerse en cuenta el último párrafo del artículo 1321° del Código Civil: “Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contratada”. Esto

---

(41) TRIMARCHI, Pietro, “Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale”. In: *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 284. Entre otras, porque es el deudor quien puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación para que sea exacta y oportuna.

(42) TRIMARCHI, Pietro, ob. cit., p. 286.

supone una limitación de la responsabilidad del deudor, de tal manera que los daños resarcibles no podrán exceder de la pérdida que el deudor hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato.

De acuerdo con el artículo 1219º del Código Civil la responsabilidad es un efecto de la obligación, en tal sentido resulta siendo adecuado referirse a “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 este 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.

La responsabilidad no es una fase de la obligación en la que se penetra a través del incumplimiento (43); es decir, que el deudor se hace responsable, no porque ha incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir (44). Como señala SERRANO GARCÍA: “La responsabilidad existe, aunque no se haya manifestado el incumplimiento, mientras éste no se produzca, la responsabilidad se halla en un estado en potencia. Pero esos sí, la responsabilidad aparece subordinada al deber. El deudor no puede optar entre cumplir el deber o atenerse a las consecuencias de la responsabilidad. El no observar el deber supone incidir en una transgresión que pone en marcha la actuación de la responsabilidad, que refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido” (45).

## VI. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR Y EL PATRIMONIO COMO GARANTÍA

La obligación de indemnizar los daños y perjuicios sustituye la obligación original, esto se realiza a través de la “monetización” de la prestación; es decir, de la conversión de la prestación debida en una prestación pecuniaria. No creemos, sin embargo, que ello suponga un

---

(43) En este sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Responsabilidad civil y derecho de daños”. En: *El Jurista, Revista Peruana de Derecho*. Año I, N° 4, Lima, diciembre de 1991, p. 85.

(44) Ver las razones que justifican que la responsabilidad sea, por regla, asumida por el deudor en TRIMARCHI, Pietro, ob. cit., p. 292.

(45) SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*. Barcelona, José María Bosch, 1992, p. 27.

cumplimiento por equivalente (“aestimatio rei”); es decir, que no se trata de cumplir la obligación originaria a través de su equivalente pecuniario. Se trata de una nueva obligación que nace a raíz de los daños producidos como consecuencia de la lesión del derecho de crédito, hablamos entonces, propiamente, de resarcimiento de daños (“id quod interest”) (46).

Dicha conversión supone, además proporcionar al acreedor otro instrumento en caso que el deudor incumpliente se niegue a pagar la indemnización: la “ejecución por expropiación forzada” de los bienes del deudor. Esto significa que el deudor responde con sus bienes presentes y futuros, vale decir, con su patrimonio, el cual se encuentra sometido al poder de agresión del acreedor, constituyendo la garantía de dicha responsabilidad.

La afirmación que el patrimonio del deudor constituye la garantía a los acreedores no significa que exista un auténtico derecho de garantía, sino como señala DÍEZ-PICAZO: “La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir” (47).

En este sentido, el artículo 2740° del Código Civil italiano señala: “El deudor responde de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros...” y, en el mismo sentido, el artículo 1911° del Código Civil español: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos los bienes, presentes y futuros”. Cuando se dice que el deudor responde con todos sus bienes (48), presentes y futuros quiere decir que la responsabilidad se hace efectiva tanto sobre los bienes de los cuales el deudor era titular al momento de contraer la obligación como sobre los bienes que sean adquiridos después de contraída, pero siempre que sigan en el patrimonio del deudor al momento de la ejecución.

La condición del patrimonio del deudor como garantía de la responsabilidad asumida, supone entonces que cualquier agente eco-

---

(46) Ver al respecto LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, Trivium, 1999. Un supuesto de cumplimiento por equivalente lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 1661° del Código Civil relativo al mutuo y en el artículo 1750° relativo al comodato.

(47) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 389.

(48) Algunos bienes pueden ser excluidos por disposición legal, así, por ejemplo, ver el artículo 648° del Código Procesal Civil.

nómico, antes de constituir una relación obligatoria debe obtener la información necesaria respecto de la solvencia de quien pretende cooperar con él.

Al riesgo de incumplimiento se le suma el riesgo de la insuficiencia del patrimonio del deudor y el sistema jurídico, a su vez, debe prever los mecanismos necesarios para reducirlo.

# LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR

Fernando VIDAL RAMÍREZ (1)

**SUMARIO: 1. PREMISA. — 2. ANTECEDENTES. — 3. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR COMO PRESUPUESTO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR. 3.1. EL RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO. 3.2. EL INCUMPLIMIENTO DOLOSO. 3.3. EL INCUMPLIMIENTO CULPOSO. — 4. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR. 4.1. LOS MEDIOS LEGALES A FIN DE QUE EL DEUDOR LE PROCURE AL ACREEDOR AQUELLO A QUE ESTÁ OBLIGADO. 4.2. PROCURARSE LA PRESTACIÓN O HACÉRSELA PROCURAR POR OTRO, A COSTA DEL DEUDOR. 4.3. OBTENER DEL DEUDOR LA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDIENTE. 4.4. EJERCER LOS DERECHOS DEL DEUDOR, SEA EN VÍA DE ACCIÓN O PARA ASUMIR SU DEFENSA.**

## 1. PREMISA

El acreedor tiene como derecho fundamental el derecho a ser pagado. El art. 1219° del Código Civil legisla, como efecto de las obligaciones, el derecho del acreedor a la tutela jurisdiccional si el deudor no las cumple.

El presente estudio está dedicado a la interpretación del acotado art. 1219° en cuanto autoriza el accionar del acreedor para hacer efectiva la tutela jurisdiccional frente al incumplimiento de su deudor.

## 2. ANTECEDENTES

El acreedor, históricamente, ha sido siempre la parte fuerte de la relación jurídico-obligacional, desde los tiempos primitivos hasta que los ordenamientos jurídicos le fueron dando una protección relativa al deudor.

En el antiguo Derecho Romano, la *obligatio* generaba un vínculo que sujetaba de manera indelible a la persona del *debitor* o deu-

---

(1) Profesor en la Universidad de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio de Rodríguez-Mariategui & Vidal Abogados.

dor a su *accipiens* o acreedor y era el deudor, con su persona, el que respondía por sus obligaciones. Si el deudor no cumplía el acreedor podía someterlo a las penas corporales más rudas, a su mutilación y hasta someterlo a la esclavitud.

La *obligatio* generaba, pues, un derecho sobre la persona del deudor, un *ius in personam*, que, a su vez, generaba una *actio in personam*, siendo este el origen de la denominación de derecho personal y de acción personal, que es la denominación que, a pesar de su evolución respecto a la responsabilidad personal del deudor, es la que recibió la codificación civil desde su iniciación a fines del siglo XVIII (2).

Pero el rigor del primitivo Derecho Romano se fue atenuando y el nexo personal que unía al *debitor* con su *accipiens* se fue debilitando en la medida que la responsabilidad generada por las obligaciones fue evolucionando y dejando de ser una responsabilidad personal para devenir en una responsabilidad patrimonial, según la cual el *debitor* ya no respondía con su persona sino sólo con sus bienes, como resultado de una progresiva y constante suavización de la condición del *obligatus*. Fue así como la persona fue dejando de ser el objeto de la ejecución forzada como consecuencia del incumplimiento de la obligación.

Como se sabe la tricotomía de las obligaciones que determina que sus prestaciones sean de dar, de hacer o de no hacer, tuvo su origen en Roma. Y ya, definida la responsabilidad patrimonial del *debitor* por obra del Pretor, la ejecución forzada por incumplimiento de la prestación de dar se dirigía para que el *debitor* la satisficiera *in natura* y, posteriormente, por el valor de la cosa que debía entregar. Y no pudiéndose ya constreñir al deudor por las prestaciones de *facere* o de *non facere* respondía pecuniariamente.

El Derecho Romano desarrolló, además, toda una temática para la imputación del deudor por la inejecución de sus obligaciones, basándola en el dolo, *dolus*, y en la culpa, con la graduación en *culpa lata* y *culpa levis*, o en la mora por el retardo en el cumplimiento. Dentro de la misma temática desarrolló el *casus*, el caso fortuito o la fuerza mayor, como eximente de la responsabilidad por el incumplimiento.

La ejecución forzada de las obligaciones dio lugar a una diversidad de acciones, *actiones*, algunas de las cuales han pervivido y llegado hasta nuestro días.

---

(2) *Vid.*, del autor, en torno a las acciones y derechos personales, en Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

Con estos antecedentes romanistas es como la codificación civil, a partir del Código Francés de 1804, ha planteado como efecto de las obligaciones el derecho del acreedor a hacer uso de las medidas legales para la obtención de las prestaciones incumplidas por el deudor o su cumplimiento *in natura*, por equivalencia o por otro, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiera lugar.

La codificación civil peruana ha receptado los conceptos romanistas. El Código Civil de 1852 lo hizo en cuanto al dolo (art. 1238°), la culpa (art. 1266°) en su graduación de lata y culpa leve y aún levisima (art. 1267°), pero más como una advertencia al deudor que ofreciéndole tutela jurídica al acreedor (art. 1265°).

Con algunas modificaciones, el Código Civil de 1936 mantuvo los indicados conceptos del Código antecedente, pero la tutela jurisdiccional al acreedor la planteó de manera explícita y como efecto de las obligaciones (art. 1233°), siendo el antecedente de esta norma el art. 1414° del Proyecto de Código Civil de 1890 y la ponencia de Manuel Augusto OLAECHEA a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (3).

Al plantearse la reforma del Código Civil de 1936, concurrieron las ponencias de Jorge VEGA GARCÍA y de Felipe OSTERLING PARODI, así como y el Proyecto de la Comisión Revisora (4), para concluir en la norma contenida en el art. 1219°, vigente desde el 14 de noviembre de 1984:

“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2. Procurarse la prestación, o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la Ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

---

(3) *Vid.*, de Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, *Tratado de las Obligaciones*, t. IV, ps. 28 y 29.

(4) *Ibidem*, ps. 29, 30 y 31.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”.

### **3. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR COMO PRESUPUESTO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR**

El art. 1219º, anteriormente transcrito, ha plasmado de manera general los medios por los cuales el acreedor puede hacer efectiva la tutela jurisdiccional a la que tiene derecho, siendo obvio que, para su ejercicio se requiera del incumplimiento del deudor.

El Código Civil se ha ocupado del incumplimiento del deudor y ha desarrollado su tratamiento con las normas de la inejecución de las obligaciones, que vienen a ser también las de la responsabilidad contractual. En el desarrollo de su régimen legal ha previsto la obligación de indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que le generen el incumplimiento, determinando la responsabilidad del deudor por dolo o culpa, pero eximiéndolo cuando el incumplimiento es por caso fortuito o por fuerza mayor, o por causa que no le es imputable, salvo que el deudor haya sido constituido en mora. De este modo, el retardo en el cumplimiento de la obligación que determina la mora, o el incumplimiento por dolo o por culpa del deudor, vienen a ser los presupuestos de la tutela jurisdiccional del acreedor.

#### **3.1. El retardo en el cumplimiento**

La obligación debe ser cumplida en la oportunidad convenida con el acreedor. El art. 1240º del Código Civil establece que si no hubiese plazo pactado para el cumplimiento de la obligación el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída. De este modo, el retardo en el cumplimiento de la obligación se configura si el deudor no la cumple inmediatamente después de contraída o, si se hubiera pactado un plazo, al vencimiento del plazo.

El plazo, como se sabe, puede estar previsto en una norma legal, que opera preceptivamente o de manera supletoria, por lo que sólo a su vencimiento la obligación es exigible por el acreedor. Puede también ser consecuencia de una resolución jurisdiccional que ordena el cumplimiento de una obligación en un plazo determinado.

Pero el plazo puede ser también convencional y el Código Civil lo trata como una modalidad del acto jurídico determinada por un hecho futuro y cierto, de necesaria realización, y, por eso, indeliblemente vinculado al transcurso del tiempo y por tanto, susceptible de



quedar fijado por una fecha anteladamente determinada en el pacto entre acreedor y deudor.

En el acto constitutivo de la obligación, puede no haberse señalado explícitamente un plazo para su cumplimiento, por lo que el art. 182º permite que jurisdiccionalmente se establezca su existencia y se fije su duración, a cuyo vencimiento recién será exigible la obligación. Si el plazo ha sido pactado pero sin fijarse su duración y su determinación ha quedado a voluntad del deudor o de un tercero, la duración es también fijada jurisdiccionalmente mediante proceso de trámite sumarísimo, como lo dispone el mismo art. 182º.

El plazo puede pactarse como plazo suspensivo o resolutorio, aunque debemos advertir que tratándose de un plazo para el cumplimiento de la obligación, el plazo a pactarse es un plazo suspensivo, que también permite al acreedor emplear los medios que considere conducentes a la cautela de su derecho, conforme a lo previsto en el art. 178º.

El plazo se presume que ha sido pactado en beneficio del deudor, conforme a lo establecido en el art. 179º, quien puede perder este beneficio por las causales de caducidad previstas en el art. 181º.

La obligación puede también ser contraída bajo condición suspensiva que, al contrario que el plazo, es un hecho futuro pero incierto, en cuyo caso, el acreedor puede realizar actos conservatorios conducentes a la protección de su derecho, por así permitirlo el art. 173º y, de verificarse la realización del hecho, la obligación será exigible.

La llegada de la oportunidad del cumplimiento de la obligación marca el momento en el que, si no es cumplida, se produce su retardo. Pero no sólo la falta de cumplimiento en la oportunidad correspondiente produce el retardo sino también cuando el cumplimiento de la obligación es parcial, pues como precisa el art. 1220º del Código Civil, sólo puede entenderse efectuado el pago o cumplimiento cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación en que consiste la obligación. El art. 1221º lo complementa en cuanto dispone que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación, a menos que la Ley o el contrato lo autoricen, y que, sin embargo, si la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera sin esperar que se liquide la segunda la que, agregamos nosotros, puede dar lugar al empleo por el acreedor de los medios legales a que se refiere el art. 1219º.

El cumplimiento parcial de la obligación, como lo es también el cumplimiento defectuoso, pueden asimilarse al retardo en el cumpli-

miento, y el retardo imputable al deudor lo coloca, o puede llevarlo a ser colocado, en situación de mora.

La mora viene a ser, entonces, una situación de derecho en la que se coloca al deudor por el hecho de haber incurrido en retardo en el cumplimiento de su obligación, ya sea porque está prevista en la Ley o pactada en el contrato y opera automáticamente (*mora ex re*), conforme a las causales previstas en el art. 1333° del Código Civil (5), o, porque el deudor ha sido intimado al cumplimiento de la obligación y no ha cumplido (*mora ex personae*). La intimación puede ser planteada por el acreedor judicial o extrajudicialmente, y constituye ya el empleo de una medida legal para que el deudor cumpla con la prestación a que está obligado.

El deudor constituido en mora, conforme a lo dispuesto por el art. 1336° del Código Civil, responde por los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable, aunque puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en el retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación aún si la hubiera cumplido oportunamente.

### 3.2. El incumplimiento doloso

El incumplimiento es doloso cuando el deudor tiene el designio de inejecutar la obligación. Según el art. 1318° del Código Civil, procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación. De este modo, el dolo queda conceptualizado en su acepción de intencionalidad, quedando trazada la diferencia con el dolo en su acepción de engaño o medio de inducción a error.

El dolo se manifiesta en una acción o en una omisión. El dolo por acción se configura en el incumplimiento deliberado de una obligación de no hacer, mientras que el dolo por omisión se configura en el incumplimiento de una obligación de dar o en una obligación de hacer.

El incumplimiento doloso obliga al deudor a indemnizar al acreedor, conforme a lo dispuesto por el art. 1321°, comprendiendo el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento

---

(5) *Vid.*, de Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE sus comentarios al art. 1333° del Código Civil, en *Código Civil Comentado*, T. VI, ps. 1000 y ss.

parcial, tardío o defectuoso, tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Puede comprender también el daño moral, conforme al art. 1322°.

El acreedor perjudicado por el incumplimiento, si le imputa dolo al deudor, debe probarlo, por así disponerlo el art. 1330° del Código Civil.

### 3.3. El incumplimiento culposo

El incumplimiento es culposo cuando el deudor no tiene el propósito de inejecutar la obligación, pero la inejecuta por negligencia. La culpa, como el dolo, entonces, son elementos subjetivos que determinan la responsabilidad del deudor. El Código Civil gradúa la culpa, distinguiéndola en culpa inexcusable y en culpa leve.

La culpa inexcusable linda con el dolo. El art. 1319° la conceptúa como una negligencia grave y la responsabilidad del deudor la equipara al incumplimiento doloso, pues el art. 1321° lo obliga también a indemnizar al acreedor, comprendiendo el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Puede comprender también el daño moral, previsto en el art. 1322°.

El acreedor perjudicado por el incumplimiento, si le imputa culpa inexcusable al deudor, debe probarla, por así disponerlo el art. 1330° del Código Civil.

La culpa leve es considerada un atenuante en la responsabilidad del deudor. El art. 1320° la conceptúa como la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y las circunstancias que corresponden a la persona del deudor, en función del tiempo y del lugar. En este caso, conforme al acotado art. 1321°, en su segundo párrafo, si bien el deudor queda sujeto a la obligación de indemnizar al acreedor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída. Consideramos que no comprende el daño moral.

La culpa leve no requiere del *onus probandi*. La puede alegar el deudor y corresponde al órgano jurisdiccional calificarla.

#### 4. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR

Establecidos los presupuestos de la tutela jurisdiccional, el acreedor puede acceder a ella mediante las medidas que le ofrece el art. 1219° del Código Civil que, como ya hemos indicado, no comprende todos los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha previsto para que ejercite su derecho a alcanzar una tutela jurisdiccional efectiva.

Es oportuno advertir que los medios legales que el art. 1219° pone al alcance del acreedor están referidos al acreedor quirografario, esto es, del acreedor que no tiene asegurado su crédito mediante una garantía real. El acreedor prendario, hipotecario o anticrético puede ejecutar directamente el bien afectado en garantía ejercitando los derechos persecutorios y preferentes de los que goza.

El acreedor quirografario o común, frente al incumplimiento de su deudor, no tiene privilegios y sólo puede actuar mediante las vías procesales que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la satisfacción de su derecho creditorio.

Planteadas las situaciones del acreedor quirografario es conveniente diferenciar la tutela jurídica de la tutela jurisdiccional. La tutela jurídica se la ofrece el ordenamiento jurídico al acreedor mediante la constitución en mora del deudor si la ha pactado como mora automática, o si requiere de la intimación, la que le plantea extrajudicialmente, pues la que plantea judicialmente es ya el empleo de un medio legal que de manera directa lo hace acceder a la tutela jurisdiccional. Le ofrece también la inserción de una cláusula penal en el contrato que genera las obligaciones para el deudor, así como el reconocimiento de la facultad de resolver extrajudicialmente el contrato, entre otros medios.

La tutela jurisdiccional se la ofrece el ordenamiento jurídico al acreedor para que inste a su deudor como efecto de la obligación que ha incumplido, por lo que vamos a detenernos en cada uno de los incisos del art. 1219°.

##### **4.1. Los medios legales a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que está obligado**

El art. 1219°, inc. 1, le otorga al acreedor, de modo general y mediante la denominada acción personal, los medios legales a fin de que su deudor le procure aquello a que está obligado y llegar por esos medios a la ejecución forzada de la obligación. Se trata, entonces, de una acción de cumplimiento de la prestación en que la obligación consis-

te, sea de dar, de hacer o de no hacer. Pero no es así en relación a los caracteres que pueden revestir las obligaciones.

Si la obligación es de dar, hay que considerar la naturaleza y características del bien cuya entrega constituye la prestación, pues debe tratarse de un bien cierto ya que, si es un bien incierto debe ser indicado por su especie y cantidad. Si se trata de un bien fungible, como dinero u otros bienes que pueden contarse, medirse o pesarse, o de bienes no consumibles, el empleo de los medios legales determinarán que el deudor le procure la entrega porque el cumplimiento del dare es físicamente posible. Pero si se trata de bienes no fungibles, consumibles o que han perecido, no existe la posibilidad de su entrega por el deudor, en cuyo caso el cumplimiento del dare será por equivalencia.

Si la obligación es de hacer, el deudor puede ser forzado a cumplirla, a no ser que para ello deba emplearse violencia contra su persona, en cuyo caso el acreedor tendrá que pedir que la prestación la realice un tercero o la propia autoridad jurisdiccional ante la renuencia del obligado. Y, si la obligación de hacer tiene carácter personalísimo, esto es, que ha sido contraída *intuito personae*, el cumplimiento del *facere* será por equivalencia.

Por último, si la obligación es de no hacer el acreedor podrá exigir la ejecución forzada y destruir lo ejecutado por cuenta del deudor, quedando cumplido el *non facere*, pues en caso contrario el cumplimiento del *non facere* será también por equivalencia.

La referencia al cumplimiento por equivalencia requiere de una precisión, pues consideramos no debe confundirse con la indemnización de daños y perjuicios, pese al criterio contrario expresado por LEÓN BARANDIARÁN en su comentario al inc. 2 del art. 1233º del Código Civil de 1936 (6) y el criterio mayoritario de la doctrina nacional. El cumplimiento por equivalencia es un modo subsidiario de cumplimiento que consiste en el abono de una suma de dinero que represente el valor de la prestación originaria no cumplida y que por el incumplimiento, cualquiera que sea su naturaleza, se transforma en una prestación dineraria. Nuestro Código Civil no hace mención al cumplimiento por equivalencia y ello ha generado la confusión con la indemnización, la que, en nuestra opinión, puede acumularse a la prestación dineraria equivalente a la prestación no cumplida si con el

---

(6) *Tratado de Derecho Civil*, T. III, Vol., ps. 248 y 249.

incumplimiento se han generado daños y perjuicios, los cuales son, además, resarcibles.

El empleo de los medios legales para hacer exigible la obligación, mediante la tutela jurisdiccional, es la acción genérica con la que el acreedor puede acudir a la jurisdicción, utilizando los procedimientos establecidos por el Código Procesal Civil y llegar así a la ejecución forzada de la obligación, con las limitaciones que han sido expuestas. Los medios legales así denominados por el inc. 1 del art. 1219º del Código Civil se resumen, entonces, en la acción personal a la que se refiere el Código Civil de manera genérica y a la que nosotros preferimos denominar acción creditoria.

Ahora bien, analizada, en su generalidad, la facultad de emplear los medios legales, vamos a ocuparnos, específicamente, de otros medios con los que el acreedor puede acudir a la jurisdicción, esto es, de otras acciones que puede incoar en protección de su derecho crediticio, a las que se les conoce con un *nomen iuris* propio y no quedan comprendidas en el ámbito de la denominada acción personal, que nosotros, repetimos, preferimos denominar creditoria.

En primer lugar, la acción fraudatoria, que es la conocida en la doctrina como acción pauliana y que el Código Civil equivocadamente llama acción revocatoria, pese a que la legisla como una acción de ineficacia. El acreedor la entabla para que se declare la ineficacia de los actos de disposición o de gravamen realizados por el deudor y que el acreedor califica de fraudulentos. Probado el fraude y declarada la ineficacia, los bienes dispuestos o gravados por el deudor fraudador reingresan a su esfera jurídica o quedan desafectados y el acreedor puede proceder a la ejecución forzada de la obligación sobre esos bienes, salvo que hayan sido adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso (7).

En segundo lugar, la acción de nulidad por simulación. El acreedor puede incoarla impugnando la validez del acto jurídico o el contrato que considera que su deudor ha celebrado simuladamente con la finalidad de engañarlo y generarle perjuicio. Puede incoarse por causa de simulación absoluta o de simulación relativa. Probada la simulación y declarada la nulidad del acto jurídico o del contrato, los bienes simuladamente dispuestos continúan en la esfera jurídica del deudor, de la que nunca salieron, o las obligaciones simuladamente contraí-

---

(7) *Vid.*, del autor, *El Acto Jurídico*, ps. 449 y ss.

das devienen en inexistentes, pudiendo el acreedor proceder a la ejecución forzada sobre los bienes simuladamente dispuestos, salvo que hayan sido adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso; y, de ser el caso, proceder a la ejecución forzada del deudor excluyendo a los simulantes acreedores (8).

Adicionalmente, pueden considerarse las acciones cambiarias generadas por el incumplimiento de las obligaciones cambiarias reguladas en la Ley de Título Valores, como son la acción directa, que es la que ejercita el tenedor del título contra el obligado principal y su avalista, así como contra otros garantes de la obligación si han constituido garantías reales; la acción de regreso, que es la que ejercita el tenedor del título contra los obligados solidarios y/o sus garantes; la acción de ulterior regreso, que es la que puede ejercitar el tenedor del título que ha satisfecho la obligación representada en él contra los obligados y/o garantes anteriores; la acción de repetición del garante que tuvo que satisfacer la obligación contra el obligado principal; y, la acción causal, cuando se ha extinguido la acción cambiaria (9).

Por último, el acreedor tiene la gama de medidas cautelares que le ofrece el Código Procesal Civil y que puede solicitar a los órganos jurisdiccionales.

Como advierte el último párrafo de la norma *sub examine* el empleo de estas medidas legales, dirigidas a que el deudor cumpla con la prestación a que está obligado, excluyen la posibilidad de que el acreedor pretenda procurársela por otro.

#### **4.2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor**

El art. 1219º, inc. 2, del Código Civil faculta al acreedor a procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. La norma plantea una facultad alternativa: el acreedor se procura la prestación o se la hace procurar por otro.

La facultad dirigida a “procurarse la prestación” es redundante, pues ella implica que el acreedor proceda a emplear los medios legales que hemos expuesto anteriormente, por lo que, por su redundancia, resulta ociosa, máxime si se toma en consideración que el

---

(8) *Vid.*, del autor, *El Acto Jurídico*, ps. 421 y ss.

(9) *Vid.*, de MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*, ps. 359 y ss.

inc. 2 del acotado art. 1219° registra como antecedente el inc. 2 del art. 1233° del Código de 1936 que sólo facultaba al acreedor a procurarse la prestación por otro.

Procurarse la prestación por otro, esto es, el cumplimiento de la obligación por persona distinta al deudor, es absolutamente viable y tiene previsión explícita en el art. 1122° del Código Civil, según el cual puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Como puede inferirse, entonces, si la obligación es de dar, y se trata de un bien cierto o de un bien incierto pero indicado por su especie y calidad, nada obsta su entrega por un tercero para dar cumplimiento al *dare*.

Si se trata de una obligación de hacer, que no tiene carácter personalísimo, la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, quedando cumplido el *facere*.

Si se trata de una obligación de no hacer, la destrucción de lo hecho por el deudor puede hacerla un tercero, quedando cumplido el *non facere*.

En cualquiera de los casos expuestos y conforme al inc. 2 del acotado art. 1219°, la procuración de la prestación por un tercero es a costa del deudor.

La procuración del cumplimiento de la prestación por otro, como lo advierte el último párrafo de la norma *sub examine*, excluye la posibilidad de que el acreedor pueda ya dirigirse directamente contra el deudor.

#### **4.3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente**

El art. 1219°, inc. 3, faculta al acreedor a obtener de su deudor la indemnización por los daños y perjuicios que pueda haberle irrogado con el incumplimiento de la obligación. Ya al ocuparnos de los presupuestos de la tutela jurisdiccional al acreedor nos hemos referido al incumplimiento doloso o culposo del deudor, así como a su constitución en mora, y hemos citado el art. 1321° del Código Civil que regula la indemnización de daños y perjuicios según se haya producido por dolo del deudor o por su culpa, sea inexcusable o leve.

Los factores determinantes de la indemnización son los daños y perjuicios irrogados al acreedor por el incumplimiento de la obligación por su deudor, los cuales deben ser resarcidos. Ya hemos dejado expuesta



nuestra opinión en el sentido de que la indemnización no viene a ser el cumplimiento por equivalencia de la obligación y que, por tanto, la indemnización puede acumularse a la pretensión del acreedor de resarcirse de los daños y perjuicios que se le han irrogado.

La indemnización comprende las pérdidas generadas por el incumplimiento y las ganancias dejadas de percibir por el acreedor, todo lo cual cae dentro del concepto genérico de daño. Sin embargo, la codificación civil ha trazado la distinción del daño, daño *emergens*, del perjuicio, *lucrum cesans*. La distinción implica, entonces, que puede haber un daño actual o cierto, si se ha producido ya, que es el *damnum emergens*, o, un daño potencial o futuro, que está por producirse, que es el *lucrum cesans*. Ambos, desde luego, son resarcibles y deben quedar comprendidos en la indemnización.

La pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios supone el ejercicio de una acción indemnizatoria, ejercitable en todos los casos en que haya lugar a una pretensión resarcitoria, sea por imputarse responsabilidad contractual, que es el caso de la inejecución de una obligación generada por un contrato o, más genéricamente aún, por un vínculo jurídico que le da a una de las partes el carácter de acreedor y a la otra la de deudor, o, por imputación de responsabilidad extracontractual, cuando el pretensor de la indemnización no ha estado previamente vinculado al obligado a la indemnización y el vínculo lo genera el hecho indemnizable y que, por tanto, da lugar a una amplia gama de posibilidades para accionar.

La acción indemnizatoria por inejecución de obligaciones, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, dentro del marco de la responsabilidad contractual, conlleva la carga de la prueba al acreedor, que no sólo tendrá que probar el dolo o la culpa inexcusable, sino también la cuantía de los daños y perjuicios, conforme lo dispone el art. 1331º del Código Civil. Sin embargo, si la obligación incumplida es dineraria, conforme al art. 1324º, el resarcimiento es mediante los intereses moratorios que se devengan automáticamente, sin que el acreedor deba probar haber sufrido daño, salvo que se hubiere pactado una indemnización por el daño ulterior, vale decir, una cláusula penal, en cuyo caso el acreedor si tiene que probar el daño sufrido.

El último párrafo del art. 1219º abre la posibilidad que, además del empleo de los medios legales a que se refiere si inc. 1 y a la procuración de la prestación por persona distinta al deudor, el acreedor pueda ejercitar la acción indemnizatoria.

#### **4.4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa**

El art. 1219º, inc. 4, faculta al acreedor a ejercer los derechos de su deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a su persona o cuando lo prohíba la Ley. Agrega que el acreedor para el ejercicio de los derechos de su deudor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar al deudor en el juicio que promueva.

Como puede apreciarse, la norma otorga al acreedor una doble facultad: una, para ejercer los derechos de su deudor en vía de acción y, otra, para asumir la defensa de su deudor. Ambas, con la finalidad de que el acreedor pueda hacerse pago con aquello que su deudor no pretende porque no lo exige o con aquello que es pretensión de otro acreedor sobre el deudor y éste permanece inerte. En ambos casos el medio que emplea el acreedor para hacerse pago es la acción subrogatoria, de vieja raigambre romanista y civilista.

Se le llama acción subrogatoria en razón de que el acreedor se sustituye en los derechos de su deudor y los ejercita, ya sea para dirigirse contra un deudor de su deudor a fin de que mediante la ejecución forzada obtener la satisfacción de su crédito, o, para oponerse a las pretensiones de un acreedor de su deudor a fin de preservar los bienes de su patrimonio con los que él pretende hacerse pago.

Como el acreedor que puede ejercitar la acción subrogatoria es un acreedor quirografario, la integración de bienes al patrimonio de su deudor como la defensa de los bienes de su deudor, el resultado de la acción subrogatoria no le otorga ningún privilegio, por lo que pueden concurrir con el acreedor que instó subrogatoriamente los demás acreedores.

El ejercicio de la acción subrogatoria ha pasado prácticamente desaparecido en nuestro medio y la norma que pretende darle sustento ha sido criticada desde la perspectiva del Derecho Procesal (10). Sin embargo, el Código Procesal Civil la complementa con la figura de la sustitución procesal y de la intervención del acreedor en un proceso en el que no es parte sino su deudor.

---

(10) *Vid.*, el comentario de PRIORI POSADA, Giovanni, en *Código Civil Comentado*, T. VI, ps. 446 y ss.

En efecto, el art. 60º, con la figura de la sustitución procesal, en concordancia con la norma *sub examine*, faculta al acreedor a iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado por el interés que tenga en su resultado. Esta intervención está además regulada en los arts. 97º y 98º, según se trate de una simple intervención coadyuvante o de una intervención litisconsorcial.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- AA. VV., *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Historia e Instituciones, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, EJE, Buenos Aires, 1967.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Harla, México, 1980.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio, *Código Civil (1852). Anotado y Concordado*. Lib. e Imp. Gil, Lima, 1905.
- DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio, *Bases del Derecho de Obligaciones*, Temis, Bogotá, 1978.
- DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, 1995.
- GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código Civil (1936)*, Cultural Cuzco, Lima, 1982.
- IGLESIAS, Juan Derecho Romano, *Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1983.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, EJE, Buenos Aires, 1950.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, *Tratado de Derecho Civil*, WG Editor, Lima, 1992.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJE, Buenos Aires, 1979.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Comentarios a la Ley de Títulos Valores* (Actualizada por Ulises Montoya Alberti y Hernán Montoya Alberti), Grijley, Lima, 2005.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Temis, Bogotá, 1980.

OSTERLING PARODI, Felipe, *Las Obligaciones*, Grijley, Lima, 2007.

OSTERLING PARODI, FELIPE y CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.

PALMERO, Juan Carlos, *El Cumplimiento por el Tercero*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ediciones Selectas, México, 1982.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Prontuario de Derecho Romano*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1992.

ROMERO ZAVALA, Luis, *El Derecho de las Obligaciones en el Perú*. Fecat, Lima, 1999.

TOLA CIRES, Fernando, *Derecho Romano. Obligaciones, Contratos, Delitos y Acciones*, Ed. San Marcos, Lima, 1997.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “La Cesión de Derechos en el Código Civil Peruano”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2007.

— “El Acto Jurídico”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2005.

— “En torno a las acciones y derechos personales”, en *Gaceta Jurídica*, Lima, 1999.

# TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES DEL ACREEDOR E INSTRUMENTOS PARA SU SATISFACCIÓN

Eugenio LLAMAS POMBO (1)

**SUMARIO: 1. EL ESTUDIO DEL INTERÉS DEL ACREEDOR COMO CLAVE DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.— 2. ASPECTOS Y MODALIDADES DEL INTERÉS.— 3. INTERESSE SINGULARE, COMMUNE Y CONVENTUM.— 4. INTERESSE CIRCA REM Y EXTRA REM.— 5. INTERÉS POSITIVO E INTERÉS NEGATIVO.— 6. INTERÉS GENÉRICO E INTERÉS ESPECÍFICO.— 7. TIPIFICACIÓN DEL INTERÉS QUE SATISFACE LA PRESTACIÓN DEL EQUIVALENTE PECUNIARIO.**

## **1. EL ESTUDIO DEL INTERÉS DEL ACREEDOR COMO CLAVE DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

La cuestión de la autonomía del equivalente pecuniario (2) entra de lleno dentro del ámbito de los remedios del acreedor frente a la lesión de su derecho de crédito. Y su resolución sólo 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 ese motivo, sólo 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 resarcimiento (3). La satisfacción del interés de un sujeto determinado, median-

---

(1) Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca.

(2) La temática referida fue objeto de un minucioso análisis en mi monografía *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la estimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Trivium, 1999, donde demostré extensamente el carácter autónomo del remedio denominado cumplimiento por equivalente. De dicha obra extraigo, con algunas modificaciones y debidamente *aggiornato*, el presente trabajo.

(3) VALENTE, A., *La liquidazione materiale del danno per equivalente pecuniario*, Jovene, Nápoles, 1963, p. 99, quien construye su sistema en torno al concepto

te el comportamiento de quien está sometido a un deber jurídico es una de las notas más esenciales al concepto de obligación (4). No es casual que lo que hoy conocemos como “Derecho de daños” haya venido consistiendo durante siglos en el estudio del *interesse*, el *Tractatus del id quod interest*. Así, en las Partidas, la Ley 3ª, tít. 6º, Part. V define los *perjuicios* y *menoscabos* como incidencia, por cierto, de las responsabilidades de la permuta incumplida, “*e estos menoscabos a tales llaman en latín, interesse*” (5). Y por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN toma el sentido de la palabra *perjuicios* como equivalente a “privación de interés, de utilidad, de provecho, de ganancia o de lucro” (6). En ENNECERUS, daño o interés son sencillamente una misma cosa (7).

---

de “modificación del interés”, sostiene que la tarea comienza con individualizar la modificación del interés, para proceder después a la valoración de tal modificación (ps. 102 y ss.). BIANCA (“Dell’inadempimento delle obbligazioni”, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, 1978, p. 107) cifra el concepto de daño en la “lesión de intereses económicos que el sujeto sufre”. Sin embargo, en un concepto más amplio, dice LARENZ que daño es “todo menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982., p. 193). Y conectando con la idea de interés, señala CRISTÓBAL MONTES que “daño es todo quebranto experimentado por una persona en la esfera de su interés, cualquier perjuicio que una persona sufre dentro del ámbito de sus bienes, entendidos éstos en su más amplia acepción” (*El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 227). También para BUERES el daño es la “lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales”, y consecuentemente ofrece todo el concepto de daño alrededor de la idea de interés (“El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en *Derecho de Daños, Libro Homenaje al Prof. Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, ps. 141 y ss., especialmente, ps. 165 y ss.

(4) GIORGLANNI, *L’obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milán, 1968, p. 61. MARTÍN PÉREZ, Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XV, vol. 1º, Edersa, 1989, ps. 17 y ss., donde señala: “Hay que considerar... que es intrínseca a la obligación la satisfacción de un interés del acreedor y que, como nota esencial, este principio produce consecuencias para la reglamentación obligatoria, siempre que se le entienda en sus términos justos”.

(5) Esta definición de perjuicios, según GREGORIO LÓPEZ, debe tenerse en cuenta no sólo en ese ámbito incidental sino “en las muchas leyes de Partida donde se usan dichas palabras”.

(6) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, 2ª ed., Madrid, 1899, p. 316, siguiendo el Diccionario de ESCRICHE.

(7) Junto al ya bien conocido concepto diferencial del daño, debido a MOMMSEN, explican ENNECERUS-LEHMAN cómo las denominaciones romanas para expresar el interés o el daño son *id quod interest*, *quanti interest*, *damnum*, *utilitas*, y que la expresión tan frecuente en las fórmulas *quanti res est*, significaba en origen el valor de la cosa, pero más tarde se refirió en la mayoría de los casos al interés (*Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*,

A menudo se ha confundido *interesse*, derivado de *intersum*, *interfui*, *interesse* (estar en medio de, lo que separa una cosa de otra), verbo intransitivo; con el verdadero origen de la palabra “interés”, del verbo impersonal *interest* (interesar, valorar, importar).

No en vano la doctrina moderna (salvedad hecha de las desviaciones terminológicas en que ha incurrido cierta corriente (8)) utiliza la expresión *id quod interest* para referirse a la obligación consistente en el resarcimiento de daños y perjuicios, y ello obedece claramente a la etimología de la palabra “interés”, *esse inter* (9), lo que se coloca entre deudor y acreedor, relación, interacción o conexión (10). Esta etimología, no obstante, ha sido puesta en tela de juicio, lo que merece una explicación: Cuando MOMMSEM formula su “Teoría de la Diferencia”, a propósito del concepto del daño (11), hace uso de un concepto de interés tomado directamente del Derecho romano, infiriendo la idea de “diferencia” desde la noción de *inter est* (12). Por ese motivo, quie-

---

t. II, trad. y notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1933., p. 61). Análogamente, dice WINDSCHEID que la expresión *quanti ea res est* se usa en las fuentes ora para el valor real, en oposición al *interesse* (daño), ora para el daño en el sentido más lato de la palabra, que lo comprendería todo (*Diritto delle Pandette*, trad. it. FADDA-BENSA, vol. II, Torino, 1904, § 257, nota 7).

(8) A ello, y a desmontar tan perniciosa confusión, me referí extensamente en el epígrafe 2.1.7 de mi mencionada monografía *Cumplimiento por equivalente*, cit.

(9) COROMINAS, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1961, p. 331.

(10) DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. esp. de la 2ª edic. italiana de MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, p. 110; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., ps. 227/228.

(11) La construcción del concepto “diferencial” del daño se atribuye a MOMMSEM, F., *Zur Lehre vom Interesse*, (1855), en *Beiträge z. Obligationsrecht*, II, 1885, p. 5 y 6 (no confundir, como a menudo ha sucedido en nuestra doctrina, con el gran historiador de Roma, y Premio Nobel, Theodor MOMMSEN; nos referimos aquí a Friedrich MOMMSEN, autor de la conocida obra sobre imposibilidad de la prestación, origen de todas las elucubraciones posteriores, titulada *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, incluida en el T. I de su *Beiträge z. Obligationsrecht*). En dicha obra se formula y desarrolla la “Teoría o Hipótesis de la Diferencia” (*Differenztheorie, Differenzhypothese*), que postula la definición del daño o interés como la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del perjudicado (*Jetzt-Zustand, Is-Zustand*) y aquel que dicho patrimonio habría tenido (*Ideal-Zustand, Soll-Zustand*), de no haberse verificado el hecho dañoso.

(12) De hecho, DELGADO, siguiendo a MEDICUS, aproxima esa etimología al concepto diferencial del daño, concibiendo el *id quod interest* como *lo que media* entre la situación real del acreedor, derivada del incumplimiento (acto ilícito), y lo que habría debido de tener, si el deudor hubiera cumplido exacta y tempestivamente (DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 2ª edic., Barcelona, 1985., p. 226). Sigue, así, la etimología de *intersum*.

nes vehementemente se han opuesto a dicho concepto diferencial del daño, han tratado de negar ese apoyo histórico-filológico, buscando otros orígenes etimológicos a la expresión *id quod interest*, para indicar que, como *terminus technicus*, no quiere decir “lo que está entre” (*was dazwischen liegt*), sino “lo que algo importa o interesa a alguien” (*was daran liegt*) (13). Sin embargo, con independencia de la idea que se tenga acerca del concepto de daño, poco convincente nos parece tal definición basada en lo definido. Además, aunque MOMMSEM utilizara en tal sentido el término *id quod interest*, ni aquel “concepto diferencial” deriva necesariamente de tal significado de la expresión (14),

---

(13) Tal es la posición de HONSELL, “Herkunft und Kritik des Interesbegriffs im Schadensersatzrecht”, en *Juristische Ausbildung*, 1973, p. 69, donde igualmente indica (tomamos directamente la traducción que de sus palabras recoge PANTALEÓN, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Tesis inédita, 1981, ps. 4-5):

“Antes de MOMMSEM se utilizaba la palabra interés en el Derecho de daños en el mismo sentido en que la empleamos hoy en el lenguaje común, o para los intereses inmateriales. También en el ámbito del daño patrimonial expresa una relación entre persona y bien, no la diferencia entre daño y no-daño. No designa el daño en sí, sino la cuantía que se puede exigir como indemnización del daño. El significado correcto puede comprobarse fácilmente por medio de una segura etimología. *Quod interest* es sólo una forma contraída de *quod in re est*: Lo que la cosa me interesa (*Was an der Sache liegt*). La frecuente utilización del pronombre posesivo en el ablativo permite también ver esto claramente. *Mea interest* deriva de *mea in re est*, es decir, a mí me interesa (*es liegt mir daran*). Esta expresión caracteriza un desarrollo del Derecho de indemnización de daños, que anteriormente, en dimensión exclusivamente objetiva, estaba orientado en la línea del *quanti res est*, hacia la relevancia de las circunstancias individuales y subjetivas del daño: el *quod interest*... El concepto de interés no tiene nada que ver con una diferencia en la situación patrimonial del perjudicado antes y después del evento dañoso. *Quod interest* no era tampoco ninguna fórmula de cálculo, sino únicamente una expresión sincopada de todos los factores de indemnización que el juez debía examinar a su libre arbitrio. Era una fórmula abierta. Es MOMMSEM el primero que hizo de ella una fórmula de cálculo. Él extrajo por supuesto de las fuentes lo que, de acuerdo con el ideal científico entonces vigente, era deseable: un concepto unitario con el que se puede, por así decirlo, calcular; un axioma que debía hacer posible una deducción exenta de valoraciones. No es sorprendente que WINDSCHEID haya atribuido a esta creación ilimitado aplauso”.

(14) En efecto, MEDICUS ha puesto de relieve que, al menos en ciertos casos, la expresión *id quod interest* aparece en las fuentes como “diferencia”, como *was dazwischen liegt* (*Id quod interest*..., cit., p. 300). Lo que sucede, explica dicho autor, es que entre el concepto diferencial del daño y ese concepto de “interés” equivalente a “diferencia”, existen divergencias esenciales; “ciertamente, en esta forma de interés, al igual que en el interés moderno, se substraen... sin embargo, y sobre todo, en ninguno de los casos de este grupo se incluye el patrimonio completo del demandante, sino que se limitan siempre al objeto singular. En congruencia con ello, se resta también exclusivamente el valor efectivo de dicho objeto. Falta, por tanto, en esta



ni es de recibo trastocar las etimologías para oponerse a ese concepto. En resumen, interés es “*inter est*” y no “*in re est*”, pues esta segunda acepción nos llevaría de nuevo a la confusión entre *aestimatio rei* y daño, e incluso, a reducir éste a aquélla, que es justamente lo contrario de lo que dice el Digesto (D. 19.1.1.pr.), según venimos repitiendo.

Por lo demás, incluso el Tribunal Supremo español repite con insistencia que es daño el sufrido en los intereses del acreedor (SSTS 3 diciembre 1923 y 14 diciembre 1950 (15)), y que lo que se indemniza no es el valor de las cosas perdidas, dañadas o dejadas de ganar, sino el interés que el acreedor tenía en las mismas (16).

Por todo ello, se ha señalado con acierto que el interés del acreedor, que legitima y justifica la existencia de la relación obligatoria (17), cuando ya no puede ser realizado en la forma específica que originariamente se tuvo en cuenta, resulta afectado y, aunque no desaparece, sufre una transformación paralela a la que experimenta la propia obligación (18).

## 2. ASPECTOS Y MODALIDADES DEL INTERÉS

Como ya ha sido puesto de relieve (19), la polisemia del término “interés” no ha escapado a la mejor doctrina. Además, los intereses que el acreedor “arriesga” en la obligación pueden ser de muy diversa índole. Todo ello obliga a precisar, a lo largo de las próximas páginas, no tanto las distintas acepciones de la palabra interés, como los diferentes aspectos y modalidades que puede presentar

---

forma del *quod interest* una característica del moderno concepto del daño: la comprensión del patrimonio en su conjunto y, con ello, la inclusión de todas —también las muy alejadas causalmente del punto de la agresión lesiva— consecuencias dañosas” (pg. 302, según trad. de PANTALEÓN, *Del concepto del daño...*, cit., p. 8, nota 3).

(15) RJ Aranzadi 1702.

(16) Por eso, el deudor no puede pretender que la indemnización se establezca con arreglo al menor valor que hubiera dado el acreedor al bien en una escritura de compra, o al concertar un contrato de seguro con un tercero (STS 21 septiembre 1988, RJ Aranzadi 8646).

(17) Expresamente se refiere el artículo 1174º del C.C. italiano al interés del acreedor al contemplar la patrimonialidad como elemento de la obligación, exigiendo que la prestación sea susceptible de valoración económica aunque responda a un interés no patrimonial del acreedor. El precepto ha sido criticado a menudo por encontrarse superfluo, ya que dicho elemento se encuentra en toda relación jurídica. Vid. CIAN, “L’interesse del creditore alla prestazione”, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, t. I, Cedam, Padua, 1970, ps. 270/271.

(18) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., p. 229.

(19) PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., p. 2.

el interés. Éste, para IHERING (20), designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida, en sentido relativo, de manera que lo que para uno constituye parte de la vida en su plenitud, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Lo que no quiere decir que sea imposible establecer los intereses típicos latentes en la permanencia y cumplimiento de toda relación jurídica (21). Ciertamente, por más que el interés involucrado en una relación jurídica sea una cuestión subjetiva y, por ello, variable con cada persona, y también de un grado distinto de intensidad y de tipicidad, en función de la relación obligatoria de que se trate (22), ello no es óbice para encontrar la utilidad o interés característico de toda relación típica o atípica; y, lo que aquí es más importante, determinar la naturaleza del interés que merma o ataca cada una de las diversas formas de lesión del derecho de crédito que hemos visto en el epígrafe anterior.

En efecto, parece 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: 1º) 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. 2º) El remedio (o remedios) adecuado para satisfacer ese interés.

---

(20) IHERING, “Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones anteriores”, en *Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, 1974, p. 142. En HECK, los intereses son “compulsiones que siente el sujeto”, “apetencias o tendencias apetitivas” materiales o ideales que sienten las personas o la propia comunidad jurídica. (“*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*” en *Archiv civilistische Praxis*, t.112 (1914), p. 11. Para el maestro IHERING, son “impulsos” que nos fuerzan a salir de nosotros mismos para satisfacer necesidades.

(21) Así lo hace el propio IHERING en el trabajo que acabamos de citar, y en *El fin en el derecho* (1872), trad. esp. ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978. Un esbozo de los diferentes intereses que afectan a los negocios de cambio, los contratos onerosos de cesión del uso, los que tienen una pretensión al mantenimiento de una situación jurídica, los de prestación de hacer, etc., puede verse en CARRASCO, Comentario a los artículos 1101 a 1107 (excl. 1103) del C.C., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, ps. 386 y ss. Allí explica cómo además de ese interés en la permanencia y cumplimiento de la relación obligatoria, el acreedor a menudo expone otros intereses suyos, distintos del de prestación, que constituyen el llamado *interés de indemnidad*, del que hemos hablado más arriba.

(22) VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1995, p. 207.

De este modo (y desde luego no de otro) se podrá afirmar la utilidad-inutilidad de la *perpetuatio obligationis*, la idoneidad-inidoneidad de una omnicompreensiva indemnización de daños y perjuicios, y la necesidad-superfluidad de la prestación de la *aestimatio*.

### 3. INTERESSE SINGULARE, COMMUNE Y CONVENTUM

Una de las distinciones más antiguas es la que, con base en los textos del Digesto (23), desarrolló la doctrina del Derecho común, entre *interesse singulare, commune y conventum*. El *interesse commune* viene determinado por el precio usual o general de las cosas, dados un lugar y un tiempo determinados. El *interesse conventum* alude al precio pactado. Lo que sucede es que el *pretium commune* a menudo es el que resulta *ex conventione* de la suma acordada (24). Mientras que el *interesse singulare* depende ya de las circunstancias personales del perjudicado, hace referencia a los efectos que esa disminución de valor produce en el patrimonio concreto del lesionado, tomado en su totalidad, aunque se discutió si entre éstas debe tenerse en cuenta el llamado “interés afectivo” (25). Parafraseando un ejemplo de BUSTAMANTE ALSINA (26) consistente en la venta de una cámara frigorífica, podemos decir que el interés *conventum* estaría cifrado sin más en el precio estipulado para la compraventa (27); el interés común en la

---

(23) D.9.2.33.pr., de PAULO: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*

D.19.1.1.pr., de ULP.: *Si res vendita non traditur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est.* (Obsérvese la forma impersonal del verbo *interest*, a la que nos referíamos más arriba, que debe ir siempre con genitivo, *pluris interest, interest emptoris*, es decir, interesa más, interesa al comprador).

D.35.2.63.pr., de PAULO: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.*

(24) COING, *Derecho Privado Europeo*, trad. esp. de A.PEREZ MARTIN, Madrid, 1996, t. I, p. 554.

(25) ALCIATO, *De eo quod interest*, LUGDUNI, 1537, ps. 503 y ss. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Köln-Wien, 1970, cap. III.

(26) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1979, p. 147.

(27) Las fuentes hablan innumerables veces del *convenire de pretio*. Así, sobre todo, GAYO, en sus *Instituciones*, III, 139: *emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenevit*. Por eso, dirá GREGORIO LÓPEZ, glosando la Ley XXIII, Partida V, Tit.V, n.3, que “*dicitur perfecta venditio* (GAYO dirá *contracta*, pues la *perfectio* es categoría más tardía)... *quod conventum est inter partes de re et pretio*”.

entrega vendría valorado por el importe de reposición de la cámara, incluso si dicho precio hubiere aumentado; y el interés singular consistiría en las pérdidas irrogadas al negocio de venta de helados que tiene el comprador.

En lo sustancial, esta distinción viene a coincidir con la apuntada por PANTALEÓN (28), quien dentro del concepto de interés como relación sujeto-bien (29) separa los subconceptos de interés *objetivo-típico* e interés *subjetivo-histórico*. El primero es lo que un amplio sector doctrinal conoce como el aspecto “estático” o “económico-sustancial” del derecho subjetivo o, en general, de cualquier situación jurídica subjetiva, o sea, el interés de que hablaba IHERING cuando definía el derecho subjetivo como “interés jurídicamente protegido”; así, se define como “la relación típica (general, común a todo el que se encuentre en esa situación) existente entre el titular (cualquier titular, abstracción hecha de sus peculiares circunstancias concretas) de un derecho subjetivo o situación jurídica subjetiva y el bien de la vida objeto del mismo”. El segundo es, por el contrario, la “relación en que un determinado sujeto, atendidas sus peculiares circunstancias concretas, se encuentra con un bien de la vida”. Es un interés “de hecho”, que puede o no coincidir con la existencia de un derecho subjetivo o situación jurídica subjetiva (puede estar o no “jurídicamente protegido”) de su titular respecto del bien de que se trata.

Pues bien, lejos de oscurecer la solución al problema de la autonomía del equivalente pecunario (30), ya en esta primera distinción encontramos una base para separar la *aestimatio rei* de la indemnización de daños y perjuicios. El “interés común”, el “valor objetivo” (31) no es propiamente “daño”, el crédito para obtenerlo no es de carácter verdaderamente resarcitorio, sino que va dirigido a la prestación mis-

(28) PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., ps. 2-3 y 620-621.

(29) En dicho lugar y obra, se trata de delimitar el concepto de “interés” propio de la Teoría de la Diferencia, en la que se identifica con el daño patrimonial, de aquel otro que se utiliza para designar “la relación existente entre una persona y un bien de la vida, apto para satisfacer una necesidad de aquélla”.

(30) Así lo señala CRISTÓBAL MONTES, cuando a propósito de la distinción que nos ocupa, señala que “la configuración del interés como daño en abstracto plantea [...] una cuestión que ha atormentado a los juristas durante siglos, y es la relativa a la forma en que el valor de la cosa debida (*aestimatio rei*) deberá integrarse en el *id quod interest* que reemplaza a la prestación devenida imposible [...]” (*El incumplimiento ...*, cit. p. 229). Nuevamente encontramos aquí la opinión, que rebatimos, de que el *id quod interest* reemplaza a la prestación imposible.

(31) Así se denomina por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus notas a ENNECERUS-LEHMAN, cit., p. 63.

ma o a su transformación pecuniaria. Como base para el cálculo de los daños, lo importante es el *interesse singulare* (32). De esta forma, como señala WINDSCHEID (33), la prestación de un equivalente pecuniario no está implícita en el concepto del *interesse* (del daño), aunque sea un caso especialmente frecuente y particularmente importante. 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 ésta, y no lo que vale para cualquiera; así, llegaríamos a concluir, con dicho autor, que el *interesse* (el auténtico daño) forma el contrapunto del llamado valor real (*Sachwerth, verum rei pretium, vera rei aestimatio*, etc.). Recuérdese la proposición de MOLINAEUS, según la cual la *aestimatio pertinet ad rem*, en tanto que el *interesse pertinet ad personam*.

En dicho *interesse singulare*, el que tiene en cuenta la individualidad, la especialidad de la relación, no debe tenerse en cuenta, sin embargo, salvo excepciones, el llamado valor de afección, o sea, la particularidad de las “propensiones y disposiciones de ánimo” de la persona (34), o el valor que un bien representa para los sentimientos o ideas puramente individuales de la persona (35). Y restringir la función de la *indemnización* a remediar la lesión del *interesse singulare* no necesariamente implica dar entrada indiscriminadamente al valor de afección (36), que puede perfectamente quedar fuera de tal indemnización, *secundum iudicem*.

---

(32) MOLINAEUS, *Extrictio Labyrinthi De eo quod interest*, LUGDUNI, 1555, núm. 85.

(33) WINDSCHEID, *op. cit.*, §257.

(34) WINDSCHEID, *op. cit.*, §257.

(35) ROCES, notas a FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, p. 40. Por su parte, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. I y II, trad. de ROCES, Madrid, 1934, t. I, p. 58, conecta el valor de afección con el daño moral, diciendo que el primero está prácticamente excluido del daño patrimonial.

(36) Así lo entiende CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., p. 230, señalando además que ello daría lugar a una gran imprecisión y al trato desigual de situaciones similares en función del juego de valoraciones estrictamente subjetivas. Pero entiendo que se puede distinguir perfectamente entre interés singular y valor de afección. Por lo demás, nuestros tribunales están empezando a dar entrada a dicho valor de afección en numerosos supuestos: por ejemplo, para completar el valor venal de las cosas dañadas sin posibilidad de reparación; muy frecuente, en los daños materiales sufridos por los automóviles en los accidentes de circulación, cuando al existir “siniestro total” el precio de reparación sobrepasa notablemente dicho valor venal, que se completa (según la doctrina, no unánime, pero sí muy extendida en las Audiencias Provinciales) con el llamado “valor de afección”, lesionado al verse obligado el propietario a adquirir un nuevo vehículo, distinto, por muy similar que sea, al que quedó destruido. O en un interesante supuesto de responsabilidad

Con su habitual claridad explica ENNECERUS(37) lo que queremos decir: no todo resarcimiento del *valor* constituye *indemnización*. Así, ante la pérdida del objeto, algunas veces sólo hay que resarcir el valor que el objeto tenga para todos, el valor común, el *pretium commune*(38); pero corrientemente se ha de prestar el interés, o sea la indemnización y, por tanto, el valor que el objeto tenga precisamente para la persona perjudicada, *pretium singulare*, que con frecuencia es superior al valor común.

Según esto, la prestación del equivalente pecuniario está llamada a satisfacer el interés común, el *pretium commune*, o valor que la prestación (sea de dar, de hacer o de no hacer) tiene para todos; mientras que la indemnización de daños y perjuicios ha de atender precisamente al daño, al interés singular del acreedor, al valor o significado que la prestación tiene dentro del patrimonio concreto y específico del acreedor. Dando la vuelta al argumento, y como ha reconocido DELGADO(39), cabe afirmar que sólo el *interesse singulare*, el valor peculiar que la prestación tiene para el acreedor puede ser integrado, con coherencia, dentro del *id quod interest*. El propio PANTALEÓN, pese a su ya conocida adscripción a la teoría integral de la indemnización, y su crítica al concepto autónomo del equivalente pecuniario(40), coincide en esta misma conclusión (a salvo, claro está,

---

civil derivada del ruido, que contemplaba la SAP Murcia 24 Mayo 1997, donde entre las medidas indemnizatorias por los perjuicios sufridos hasta el momento de la sentencia, se concede junto a la cuantía de la renta hipotética que podría cobrarse por el alquiler de la vivienda que padeció los ruidos, un incremento del 20% en concepto de “precio de afección” por el hecho de que los actores hubieran debido abandonar la casa propia y alquilar otra distinta (*vid.* LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en A.C., 1998, en prensa. Nada se opone, por lo demás, a incluir la lesión de ese valor de afección dentro del daño moral.

(37) ENNECERUS-LEHMAN, *op. cit.*, ps. 61/62.

(38) Pone aquí como ejemplo la indemnización de Correos por la pérdida de la correspondencia, la indemnización de porteador o fletante, etc.

(39) Recuérdese su oposición al concepto autónomo del equivalente pecuniario. A propósito del argumento que aquí empleamos, señala que desde el punto de vista abstracto, es defendible el planteamiento según el cual la *aestimatio rei* y el *id quod interest* son conceptos y realidades distintas, debiéndose la primera simplemente como consecuencia de la *perpetuatio obligationis*, fruto de la imposibilidad no liberatoria, mientras que el segundo tendría su fundamento en la culpa o el dolo (*op. cit.*, p. 280). Ciertamente, a continuación sigue sosteniendo que ese planteamiento acabó por no pasar a nuestro Código Civil.

(40) Hay que tener en cuenta que la posición manifestada ahora en el texto en nada compromete la coherencia de sus argumentos, pues por más que aquí afirme que las acciones de cumplimiento protegen el interés “objetivo-típico”, ello no obs-

la diferente posición que mantenemos en torno a la calificación del equivalente pecuniario, él como acción de resarcimiento, nosotros como acción de cumplimiento). Así, nos dirá (41) que las acciones de cumplimiento protegen el interés “objetivo-típico” (el que llamábamos interés común) que está en el derecho de crédito lesionado por el incumplimiento (en forma semejante a como la reivindicatoria protege el interés objetivo-típico del propietario); su fundamento es, simplemente, el incumplimiento objetivo (lesión del derecho de crédito o, mejor, lesión del interés objetivo-típico que el ordenamiento atribuye y protege de esa forma); por ello, nada exonera al deudor de dichas acciones y no es precisa prueba alguna de daños por parte del acreedor, igual que también hay reivindicatoria contra el poseedor de buena fe, y sin necesidad de prueba del daño por parte del propietario reivindicante. En cambio, las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios contractuales, nos sigue diciendo el agudo profesor, protegen el conjunto de “intereses subjetivo-históricos” (42) del acreedor ligados a la realización del programa de prestación (en forma paralela a como las acciones de responsabilidad extracontractual protegen los intereses subjetivo-históricos de los sujetos no-acreedores); su fundamento es el incumplimiento *dañoso* no atribuible a caso fortuito, esto es, las lesiones de los intereses subjetivo-históricos (cada una de las cuales es daño) derivadas del incumplimiento no fortuito; por ello, la prueba del caso exonera al deudor y el acreedor debe, inexcusablemente, probar el daño (también aquí en cierto paralelo, aunque con diferencias importantes derivadas de la diversidad de fuente, con las acciones de responsabilidad aquiliana).

#### 4. INTERESSE CIRCA REM Y EXTRA REM

Otra extendidísima distinción, que tiene su base en D.19.1.21.3, de PAULO (43), y enlaza perfectamente con lo anterior, separa el *interesse circa rem* o *intrinsicum*, del *interesse extra rem* o *extrinsicum*. El

---

ta para mantener, como él mantiene, que sólo la reclamación del cumplimiento en forma específica es acción de cumplimiento, mientras que la pretensión del equivalente pecuniario sale fuera de ese tipo de acciones, para encuadrarse dentro de las acciones de resarcimiento de daños.

(41) PANTALEÓN, *loc. ult. cit.*

(42) Estos ya sí pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, mientras que la patrimonialidad del interés objetivo-típico es consustancial al concepto de obligación.

(43) “*Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si*

primero hace referencia a los daños inmediatos (daño en una cosa, su disminución de valor, su pérdida), que dependen exclusivamente del incumplimiento como tal, de la falta de prestación, cuyo valor ha de estimarse considerándola en sí y por sí (*quanti ea res erit*) (44); son los *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam* de los que habla POTHIER (45), que son aquellos que hacen referencia a la cosa misma objeto de la obligación. Y el segundo a los mediatos, o sea, a otros efectos en el patrimonio del perjudicado (46), el daño ulterior sufrido por el acreedor en sus otros bienes (47), a consecuencia del incumplimiento en concurso con otras circunstancias y factores (48), incluido, claro está, el lucro cesante (49). El establecimiento de ambas categorías no es, por tanto, y como vemos, una creación precisamente original de NEUNER, sino que el mismo más bien se basó en el mismo para formular la llamada “concepción articulada del daño” (50).

---

*triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur...”.*

(44) PACCHIONI, G., *Diritto Civile Italiano*, Parte 2ª, vol. 2º, Cedam, Padova, 1939, p. 235.

(45) POTHIER, *Traité des Obligations, Oeuvres*, París, 1825, núm. 161.

(46) Nos dirán MANZIUS-MARTINI (*Opus absolutissimum de eo, quod interest*, Ingolstadii, 1705, II, núm. 2 y 7) que el *interesse circa rem* es *utilitas ipsius rei, eius fructuum, augmenti et accessionis*, mientras el *extra rem* comprende la *utilitas quae rei accedit per accidens, hoc est ex mora et culpa debitoris statuto tempore debitum non solventis*.

(47) POTHIER, *loc. cit.*

(48) PACCHIONI, *loc. cit.*

(49) La distinción se encuentra en BARTOLO, *In Secundam Digesti novi partem Commentaria, Augustae Taurinorum*, 1574, núm. 13 y ss.; ALCIATO, *De eo quod interest*, LUGDUNI, 1537, p. 521; HERMOSILLA, *Notae, Additiones et Resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, I y II, Colonia, 1751, ps. 130 y ss.; CASTILLO DE SOTOMAYOR, J., *Quotidianarum Controversiarum Iuris Liber Secundus*, Cap. I, *De lucro cessante et damno emergente*, LUGDUNI, 1658, núm. 24-26; DOMAT, *op. cit.*, III, V, II, núm. 6; POTHIER, *op. cit.*, núm. 160-163, donde entre otros ejemplos, contempla el famosísimo del caballo vendido a un canónigo, que no es entregado a tiempo, por lo que éste no puede llegar a cumplir sus obligaciones y obtener sus beneficios. Sobre la distinción entre daños mediatos e inmediatos, y su valor dentro del Derecho de daños, además de la obra ya citada de NEUNER, puede verse MEDICUS, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

(50) Tal denominación, según nos dice PANTALEÓN (*Del concepto de daño...*, cit., p. 321, nota 2), se debe a LARENZ, “Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriff”, *VersR* 1963, ps. 1 y ss., donde éste se adhirió a las tesis formuladas por NEUNER en su famoso trabajo “Interesse und Vermögensschaden”, en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 133 (1931), ps. 277 y ss. En el mismo, que fue minuciosamente estudiado por PANTALEÓN en su referida tesis doctoral (págs. 331 y ss.), NEUNER realizó una detenida crítica del llamado concepto “diferencial” del daño, e introdujo



Dicha distinción tuvo en el Derecho común una enorme importancia, en la medida en que la naturaleza intrínseca o extrínseca del daño (curso causal) servía para determinar el límite del resarcimiento (51), a diferencia de lo que sucede en nuestro C.C., donde ambas cosas aparecen separadas, por una parte el curso causal de los acontecimientos que han de imputarse a la conducta del deudor (artículo 1107), y por otra, el alcance del daño resarcible (artículo 1106) (52).

Precisamente por este motivo, no debe ser confundida la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* (que sustenta a su vez la dicotomía daño intrínseco-daño extrínseco), con aquella otra que separa el daño inmediato o directo (el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional), del daño mediato o indirecto (el que es consecuencia mediata de dicho incumplimiento) (53). Y ello porque mientras la distinción que aquí nos ocupa hace efectiva refe-

---

una nueva concepción de éste, basada en la distinción entre daño “inmediato o directo” (la lesión del derecho subjetivo, bien jurídico o interés jurídicamente protegido, en sí) y daño “mediato o indirecto” (todas las ulteriores consecuencias dañosas que produce aquella lesión en el patrimonio del dañado). Mientras la valoración del primero se hace según módulos objetivos (valor común o de mercado del bien objeto de la situación jurídica subjetiva lesionada), la del segundo se hace mediante un cómputo diferencial entre estados o situaciones patrimoniales globales. De forma que el concepto “diferencial” del daño, en su día formulado por MOMMSEM y generalmente admitido, como vimos, sirve para el llamado daño mediato o indirecto, pero no para el daño inmediato o directo.

(51) Sobre la base de los textos de JUSTINIANO, tendentes a limitar el resarcimiento, como hemos visto más arriba, MOLINAEUS construye el alcance de la responsabilidad tomando como punto de partida los daños previsibles al contratar, de manera que los daños *extra rem* sólo podían tenerse en cuenta muy excepcionalmente, cuando en el acuerdo de voluntades se hubiera dado cabida al objetivo especial perseguido por el acreedor (*op. cit.*, núm. 60), y en tal caso se aplican los límites que ya vimos de C.7.47.1. *Vid.* COING, *op. cit.*, I, ps. 556/557. Por lo demás, también en este punto es muy clara la influencia de Dumoulin en el pensamiento de POTHIER, que acoge ese mismo criterio de la previsibilidad en su *Traité...*, cit., núm. 160. Influencia a la que no es ajeno tampoco PANTALEÓN, en su *Sistema de responsabilidad contractual*, cit.

(52) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, p. 667.

(53) A partir de POTHIER, es normal en la doctrina moderna utilizar indistintamente las expresiones “inmediato” y “directo”, así como las de “mediato” e “indirecto”. No obstante, en un intento de precisar el lenguaje, YZQUIERDO TOLSADA (*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, p. 194) prefiere reservar la terminología inmediato-mediato para la distinción a que nos referimos en el texto; y utilizar la expresión “daño indirecto” para designar el que comúnmente se viene conociendo como “daño moral impropio”, es decir, el que recayendo sobre bienes extrapatrimoniales (la reputación o el prestigio de un abogado, por ejemplo), se traduce de manera indirecta (no “mediata”, como dice YZQUIERDO, pues entonces se da al traste con su propia opción terminológica) en

rencia a los intereses que pone en juego el acreedor, según se centren en la prestación misma, o en ulteriores bienes y valores patrimoniales o extrapatrimoniales, la que separa daño mediato e inmediato en realidad no tiene que ver con la esencia de los daños sino con la relación de causalidad (54); se trata de un criterio distintivo, en efecto, que atiende a la cercanía-lejanía metafísica existente entre el incumplimiento y el daño (55). Y ello ninguna utilidad tiene a los efectos de dis-

---

un daño patrimonial (la pérdida de clientela seguida de aquella lesión en la reputación).

En relación con la terminología “daño mediato-inmediato” y sus diversos significados, es muy ilustrativo el breve trabajo de MEDICUS, que ya hemos citado, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

Y sobre la necesidad de no confundir ambas distinciones, PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., ps. 332 y 438 y ss., y la bibliografía allí citada.

(54) Así lo intuye YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 187.

(55) En efecto, los códigos latinos, a diferencia del BGB, establecen una clara distinción en materia de causalidad (como es bien sabido, PANTALEÓN ha conectado la cuestión directamente con la imputación objetiva del daño), a fin de excluir los daños indirectos (o mediatos, si se prefiere) del *quantum* del daño resarcible. El rastro histórico de todo ello está bastante claro:

- MOLINAEUS, *De eo quod interest*, cit., núm. 179, en relación con los daños dolosos causados por el arrendatario de una casa: “*Et adhuc in doloso intellegitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset; quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione*”.

- POTHIER, *Traité...*, cit., núm. 167: “*A l’égard des autres dommages que j’ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu? (después de haber señalado en el núm. 166 que el deudor doloso responde indistintamente de todos los daños, no solamente aquellos sufridos en relación con la cosa objeto del contrato, propter rem ipsam, sino todos los sufridos en mis otros bienes) [...] La règle qui me paroît devoir être suivie en ce cas, est qu’on en doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes*”. Obsérvese cómo en dichos textos de POTHIER queda perfectamente clara la diferencia entre la distinción que en este epígrafe nos ocupa (daño *circa rem* y *extra rem*), y aquella otra a la que nos referimos precisamente en esta nota, atinente a la proximidad causal de los daños en relación con el incumplimiento que los motivó.

- Artículo 1151° del *Code* francés (del que era copia idéntica el 1229 del C.C. italiano de 1865): “*Dans le cas même ou l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts en doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention*”.

- Artículo 1223° del C.C. italiano de 1942: “*Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”.

- Lamentablemente no es tan claro el artículo 1107° del C.C. español, lo que ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Algunas de ellas ya fueron comentadas

tinguir equivalente pecuniario de indemnización. El incumplimiento del deudor puede causar *directa e inmediatamente* daños tanto al interés *circa rem* del acreedor como a su interés *extra rem*; y aunque probablemente el llamado daño *indirecto* quizá incida casi siempre sobre dicho interés *extra rem*, lo cierto es que nada impide que recaiga sobre el otro. En suma, no nos interesa aquí especialmente la distinción daño directo-indirecto, en el sentido causal respecto del incumplimiento, sino la referida al interés *circa rem* o *extra rem* afectado por dicho incumplimiento

Pero centrándonos en nuestro tema, lo destacable es que en la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* sí se encuentra la base fundamental de la autonomía entre *aestimatio rei* e *id quod interest*. Una y otra satisfacen intereses distintos; mientras la primera atiende a reponer el interés *circa rem*, la otra resarce el daño ulteriormente irrogado al (integral) patrimonio del acreedor, o a sus bienes y derechos. No otra cosa tiene *in mente* el legislador cuando menciona el “precio de la cosa” en los artículos 1136º, 1147º, 1150º, 1745º y 1185º del C.C. (56): es evidente que en tales preceptos se está refiriendo al interés intrínseco. Si tomamos como ejemplo el artículo 1147º párrafo 2º del C.C., tenemos que el “precio” se refiere al interés intrínseco, y la “indemnización” al extrínseco.

El interés intrínseco es el mismo que DELGADO llama daño *in re ipsa*, o sea, el daño mínimo que “necesariamente” se produce para el acreedor, por el mero hecho de no recibir la prestación que le es debida, la primera partida en la liquidación de daños contractuales (57). Pero frente a esa idea cabe hacer dos importantes objeciones:

En primer lugar, como ha puesto de relieve CARRASCO (58), se deben atajar aquellas consideraciones doctrinales que tratan de ver una

---

páginas atrás. Pero estos antecedentes obligan, indudablemente, a interpretar los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” como aquellos “que sean consecuencia inmediata y directa” de la falta de cumplimiento. La cuestión, como quedó dicho, ha sido objeto de estudio por PANTALEÓN, *El concepto de daño...*, cit., ps. 438 y ss., nota núm. 12; *idem*, “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, en A.D.C. 1991. ps. 1023 y ss.; y también en el inédito trabajo de LEÓN GONZÁLEZ, *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*.

(56) *Vid. supra* epígrafe 1.2.

(57) DELGADO, *op. cit.*, ps. 200 y 281-282. También sigue esta opinión CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., ps. 235/236.

(58) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, p. 674.

diferencia entre el *daño incontrovertible* y un daño ulterior, con objeto de eximir en el primero de prueba del daño y de la culpa (59).

Y en segundo término, parece claro que no hay ninguna razón para mezclar esa partida, el daño *in re ipsa*, con el auténtico daño, el verdadero perjuicio a los bienes vitales, derechos, patrimonio e incluso expectativas del acreedor, de valoración siempre mucho más difícil (pensemos, por ejemplo, en el resarcimiento de los daños futuros, hoy tan en boga en los tribunales (60)). Como dice CARRASCO, “no es nunca daño la no-prestación considerada como tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. La no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de daños. Si no se entrega el aceite vendido, el aceite en cuanto tal no es una partida del lucro cesante, sino la prestación debida; lucro cesante es la impedida reventa del mismo” (61). Y digo yo: no es lucro cesante (y por tanto no es daño) ni el aceite en cuanto tal, ni su mero equivalente pecuniario, cuya prestación no es más que una forma subsidiaria de *cumplimiento* de la obligación.

## 5. INTERÉS POSITIVO E INTERÉS NEGATIVO

A partir de IHERING (62) se viene distinguiendo doctrinalmente entre dos intereses lesionables contractualmente (63):

---

(59) PINTÓ RUIZ, “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, en *R. J. Cat.*, 1964, *passim*.

(60) Sobre daño futuro, y sus diferencias respecto del daño *sobrevenido*, *vid.* VALENTE, *op. cit.*, ps. 115 y ss.; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1981, ps. 290 y ss. y 874 y ss.; DE CUPIS, *El daño...*, cit., p. 320; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., ps. 944 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1979, p. 147. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, ps. 67 y ss.; MOISSET DE ESPANES, “La reparación de los daños continuados o permanentes”, en *Responsabilidad por daños, libro homenaje a Bustamante Alsina*, I, Buenos Aires, 1990, ps. 101 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., ps. 237/238; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad...*, cit., ps. 183 y ss.

(61) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, p. 676.

(62) IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdi dans les conventions nulles ou restées imparfaites. Oeuvres divisies*, trad. franc. O. de MEULENAERE, 1893, t. II, ps. 1 y ss.

(63) La distinción se ha convertido en clásica en la doctrina alemana (por todos, ENNECERUS-LEHMAN, *op. cit.*, p. 63; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., ps. 195 y ss.; KELLER, M., *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse*, 1948; RENGIER, *Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse*, 1977; WIEDEMANN, “Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung”, en *Libro Homenaje a Hübner*, 1984, ps. 719 y ss.; MEDICUS, *op. cit.*, p. 306), y también en la in-

-El llamado *interés positivo* o *de cumplimiento* (*Erfüllunginteresse*), 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 (64). Por eso, también se denomina *interesse post contractum*.

-El denominado *interés negativo* o *de confianza* (*Vertraueninteresse*), 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* (65).

Si compré un vehículo “todo-terreno” que continuamente sufre averías de larga y costosa reparación, mi interés positivo reside en

---

glesa como veremos. Sin embargo, su asunción por la doctrina española es mucho más reciente. Puede verse, entre otros, en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, ps. 389/392; DELGADO, *op. cit.*, ps. 279 y ss.; ESPINAR LAFUENTE, F., “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, ps. 144/146; MANZANARES, “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, en *A.D.C.*, 1984, ps. 716 y ss., donde se realiza un magnífico estudio de sus antecedentes históricos y evolución, siguiendo la huella de ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual” en *R. C. D. I.*, 1971; ASUA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989, ps. 259 y ss.; YZQUIERDO, *op. cit.*, ps. 195/196.

(64) *Vid.* BETTI, *Cours de Droit Civil Comparé des Obligations*, Giuffrè, Milán, 1958, ps. 98 y ss.

(65) Por esta razón, comparativa con la situación que habría derivado de la no realización del contrato, el estudio del interés de confianza o interés negativo se ha convertido de algo inexcusable para la comprensión de la responsabilidad contractual. La violación de la denominada “buena fe precontractual” (LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 105; ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual” en *R. C. D. I.*, 1971, p. 869) incide directamente en la lesión del interés negativo o de confianza, como ponen de relieve MANZANARES, A., *op. cit.*, p. 709 YASUA GONZÁLEZ, *loc. cit.* Y como tal lesión se recoge en el §307 del BGB: “Quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible, conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del *daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez* del contrato, no sobrepasando sin embargo la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato”.

“tener un todo-terreno en funcionamiento”, por lo que la satisfacción del mismo sólo puede realizarse si se me entrega un vehículo nuevo, de idéntico modelo, o se me repara definitiva y correctamente. Sin embargo, mi interés negativo se concreta en no tener un “vehículo-problema”, en haberme podido gastar esa (única) suma de dinero en la compra de otro modelo de las mismas características y “segmento de mercado”, pero de distinta marca (66). A menudo se han visto como intereses alternativos o excluyentes, pero evidentemente no es así. Es legítimo pretender y aspirar a la obtención de la prestación, y *también* a no sufrir la lesión del interés negativo. Lo que sucede es que, a veces, se satisfacen ambos a la vez, porque pueden llegar a confundirse.

La distinción, cuyo origen se remonta al Derecho romano (67), no debe confundirse con la clasificación daño emergente-lucro cesante, pues ambos intereses, el de cumplimiento y el de confianza pueden comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (68). Y por

---

(66) El BGB contempla la distinción con toda claridad en los párrafos 1 y 2 del parágrafo 179, como pone de relieve MEDICUS (*loc. cit.*): el párrafo primero concede a la parte contratante del representante sin poder de representación, de manera electiva, o el cumplimiento, o el resarcimiento de los daños, que debe ser el resarcimiento de los daños “a causa del incumplimiento”, porque con él se sustituye al cumplimiento. Contrariamente, el contratante, con arreglo al párrafo segundo, sólo puede pedir el resarcimiento de los daños que ha sufrido por su confianza en la existencia del poder de representación, es decir, *los daños en la confianza o interés negativo*.

(67) D. 18.1.62.1, de MODESTINO: *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, an deciperetur*. O sea, pese a la ineficacia de la compraventa de *res extra commercium*, se faculta al comprador para ejercitar la acción de compra, para que consiga lo que le importaba no ser engañado, lo que corresponde por el engaño, por defraudar la confianza depositada. *Vid.* también, en caso de venta de herencia inexistente, I. 3.23.5.

Obsérvese cómo nuevamente aparece aquí latente el origen etimológico de la palabra “interés”, al que ya nos hemos referido. En la fórmula de MODESTINO se emplea la forma *interfuit*, de *intersum* (*interfui*, *inter-esse*, estar en medio de, diferencia entre esto y lo otro, *quod inter est*) y no de *interest* (verbo impersonal, que equivale a importar algo por su utilidad o provecho) como decíamos páginas atrás, teniendo en cuenta que este segundo es el significado etimológico que el Diccionario de la RAE da a la palabra “interés”. Por lo tanto, no se refiere el texto del Digesto a lo que interesaba en términos generales, sino que trata de que el comprador adquiera o consiga por la *actio ex emptio* “aquello que le correspondería, de no haber sido engañado”, la diferencia entre la situación normal, y la que motivó el engaño. Es más: *deceptio, deciperetur* (de ahí, *deceptus*, decepcionado, decepción) significa engañar, pero, sobre todo, defraudar las esperanzas, frustrar las expectativas.

(68) En ENNECERUS-LEHMAN podemos encontrar el siguiente ejemplo para demostrarlo: si el arrendatario ha impugnado el contrato de arrendamiento por

otra parte, es muy similar a la que contemplaron en la doctrina norteamericana FULLER-PERDUE (69), y que puede ayudarnos a comprenderlo mejor, entre:

-Interés dirigido a la restitución (*restitution interest*): El demandante ha entregado algo de valor sustancial al demandado por haber confiado en la promesa de éste. Si el demandado no realiza la prestación prometida, el Tribunal puede obligarle a la devolución del valor recibido del demandante. Se trata, dicen, sencillamente, de evitar el enriquecimiento injusto.

-Interés a la protección de la confianza (*reliance interest*): En este caso, el demandante ha cambiado su posición o situación precisamente por la confianza que le inspira la promesa del demandado, y por eso hay que reconocerle el derecho al resarcimiento del perjuicio que sufrido al confiar en la promesa del demandado, lo que se logra tratando de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa. El *reliance interest* viene a coincidir claramente con el que hemos denominado interés negativo o de confianza

-Interés dirigido a obtener la prestación prometida (*expectation interest*): Cabe tratar de conceder al demandante el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa, y a dicho objeto, dar lugar a una acción dirigida a obtener el cumplimiento específico de lo prometido, en el sentido de obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante, o a que pague en dinero el valor de esta prestación. Este *expectation interest* viene a coincidir con el interés positivo o de cumplimiento.

En el incumplimiento de contratos sinalagmáticos, la distinción tiene importantes consecuencias a efectos resolutorios. Según el artículo 1124º del C.C., tanto la resolución del contrato como la exigencia

---

causa de error, el arrendador puede exigir a título de interés de confianza tanto el resarcimiento de los gastos especiales que tuvo que hacer a consecuencia del contrato (daño positivo o emergente) como también el resarcimiento de la ganancia que hubiera podido obtener, de haber conocido la ineficacia del contrato, mediante otro arrendamiento (lucro cesante) (*op. cit.*, p. 63).

(69) FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. y com. de PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1957, ps. 9 y ss., 50 y ss. También en su decisivo artículo "Reliance Interest and Contract Damages", en *Yale L.J.*, 46 (1936), ps. 573 y ss. Sobre esta distinción, puede verse también, más recientemente, con buenos ejemplos, CLARK, R., "Contract", Londres, 1982, ps. 220/221.

de su cumplimiento pueden venir acompañadas de la indemnización de daños y perjuicios. Lo que sucede es que dicha indemnización no tiene por qué ser la misma en el caso de resolución contractual que cuando el contratante-cumplidor opta por exigir el cumplimiento de la contraprestación.

Parece evidente que la resolución del contrato, en cuanto tiende a lograr una reposición causal *ante contractum*, cubre el interés negativo del contratante insatisfecho (70); por ese motivo, cierta doctrina sostiene, con buena lógica, que cuando éste opta por tal resolución, la indemnización no puede dirigirse a satisfacer el interés de cumplimiento frustrado, sino únicamente los daños sufridos en el interés de confianza depositada en un contrato que resulta finalmente fallido por culpa del deudor (gastos realizados con motivo del contrato, obligaciones cumplidas con otras personas, tasas, honorarios, etc.) (71). Sin embargo, ciertamente la jurisprudencia concede en casos de ejercicio de la acción resolutoria, y por vía indemnizatoria, la cifra de utilidad que le hubiera proporcionado un cumplimiento correcto, o sea, el interés positivo (72). Pero en estos casos, como pone de relieve CARRASCO, en realidad estamos en presencia de una “resolución impropia”, en la que, bajo la calificación resolutoria, se esconde una auténtica acción de cumplimiento por equivalente (73). No es, por tanto, que el TS ampare a quien, además de optar por la resolución contractual, reclame la indemnización de un interés patrimonial derivado del derecho a que el contrato se cumpla, lo cual supondría un verdadero contrasentido lógico, pues a tal derecho “renuncia” implícitamente el demandante en el momento que reclama la resolución (74). En suma, quien resuelve, deja a un lado su interés positivo, y centra todos sus remedios (la resolución y también la indemnización) en el interés negativo.

---

(70) ESPINAR, “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, p. 144.

(71) La cuestión, tratada en sendos comentarios de SSTs por DELGADO (C.C.J.C., 9, núm. 236 y 11, núm. 296) y JORDANO (C.C.J.C., 15, núm. 401), y por YZQUIERDO, *op. cit.*, p. 195, se examina con todo detenimiento en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, ps. 389/390.

(72) Menciona CARRASCO las SSTs 16 mayo 1959, 17 marzo 1964, 3 octubre 1985 y 31 octubre 1988. *Vid.* ESPINAR, *loc. cit.*

(73) CARRASCO, *loc. cit.*, donde añade: “el acreedor puede optar materialmente por solicitar en estos casos un interés de cumplimiento o pedir que se le indemnice el interés de confianza, una opción que no queda alterada por la calificación técnica que se le haya dado a la acción”.

(74) YZQUIERDO, *loc. cit.*



Pues bien, no hace falta profundizar demasiado en esta distinción, unánimemente admitida, para comprender que la prestación del equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios satisfacen intereses distintos. Salta a la vista que la prestación de la *aestimatio rei* sólo es hábil para dar satisfacción al interés positivo (75); el equivalente pecuniario de la prestación incumplida sirve únicamente para cubrir la *utilitas* que tal prestación representaba en el patrimonio y expectativas del acreedor. Por el contrario, la cobertura del interés negativo (es decir, los daños y perjuicios derivados de la celebración misma de ese contrato fallido, abandonando otras alternativas contractuales y soportando costes y previsiones) exclusivamente puede obtenerse con la indemnización.

Colocándonos en el supuesto de imposibilidad-inidoneidad de la prestación, se ha dicho que si aquélla es imputable al deudor, “el interés originario del acreedor (o sea, entiendo que el interés positivo) pasa a ser una especie de ‘interés negativo’ en cuanto su quebranto supone la producción de un daño y la aparición del consiguiente derecho a su reparación” (76). Sin embargo, la cuestión no resulta tan simple: por más que la prestación haya devenido imposible, el interés de cumplimiento seguirá siendo tal, y difícilmente puede convertirse en interés de confianza o negativo, pues ontológicamente son cosas distintas. Lo que sucede, más bien, es que *como consecuencia* de la imposibilidad, además de frustrarse el interés positivo (que seguirá existiendo como tal), *se lesiona también* (o puede lesionarse, pues no necesariamente sucederá siempre) el interés negativo. Y por ese motivo (y no otro) *nace* la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, reponiendo ese interés negativo. Pero con tal indemnización no forzosamente se satisface el interés positivo, que sólo puede suplir la prestación de un equivalente pecuniario.

Por otra parte, y también para dicho supuesto de imposibilidad sobrevenida, concretamente en las obligaciones de dar, ha señalado CARRASCO que “no tiene materialmente sentido preguntarse si el

---

(75) BETTI, *Cours...*, cit., p. 100. Dice VERDERA SERVER que la distinción entre interés contractual positivo o de cumplimiento e interés contractual negativo o de confianza, “se suele limitar al ámbito indemnizatorio y no acostumbra a plantearse respecto de la tutela satisfactoria, donde siempre el resarcimiento toma como parámetro el interés contractual positivo” (*op. cit.*, p. 207, nota 21).

(76) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., p. 229, quien de dicha afirmación concluye que en tal caso la obligación no se extingue “sino que se transforma en la obligación de resarcir el daño”, en una clara concepción omnicompreensiva del *id quod interest*.

acreedor ha decidido pedir el cumplimiento en la vía de acción por equivalente (interés positivo) o si entiende resuelta la obligación, con la acción por el interés de confianza. La obligación se halla materialmente resuelta, y el acreedor pedirá el mayor valor que la cosa tenga al día de la sentencia o al día del incumplimiento” (77). Afirmación que, en principio, cabría oponer a la correlación que hemos establecido entre *aestimatio*-interés positivo e *id quod interest*-interés negativo, al menos en los casos de imposibilidad a que nos estamos refiriendo. Sin embargo, ello sólo es sostenible si se equipara interés de confianza con pretensión resolutoria. Precisamente donde viene a cobrar su pleno sentido y utilidad la prestación del equivalente pecuniario es en la satisfacción de ese interés positivo que, de otra manera, quedaría definitiva e irremediadamente frustrado. Y por otro lado, nada impide que, además de obtener tal satisfacción por medio del precio de la cosa al día de la sentencia o al día del incumplimiento (de la causa imposibilitante, diríamos mejor), el acreedor pueda exigir legítimamente la indemnización de aquellos “otros” daños y perjuicios que, en la órbita de su interés negativo, haya ocasionado la imposibilidad.

## 6. INTERÉS GENÉRICO E INTERÉS ESPECÍFICO

Por último, también se ha distinguido entre un *interés específico* del acreedor en el comportamiento del deudor, en la medida en que tal interés resulte jurídicamente relevante, dado que como substrato de la relación obligacional ese interés se identifica con la actuación del deudor; y un *interés genérico* en la obtención del resultado, con independencia de que sea el deudor o una tercera persona quien efectivamente realiza la prestación (78). Así, se dice que la satisfacción del interés genérico por la vía del cumplimiento de un tercero o de la ejecución forzosa, no siempre conlleva también la satisfacción del interés específico, que sólo se consigue a través de la actividad del propio deudor.

Mayor interés tiene aquí una distinción entre interés genérico y específico, cuando se aborda desde otro punto de vista, según el cual la utilidad o interés del acreedor puede satisfacerse ora directamente con

(77) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, ps. 390/391.

(78) GIORGLANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, ps. 205 y 226 y ss.; VERDERA, *op. cit.*, ps. 206/208.

la obtención de la prestación debida (interés específico), ora mediante la recepción de su equivalente pecuniario (interés genérico) (79).

Esta idea, no se nos oculta, debe tomarse con toda precaución y en sus justos términos, pues llevada a las últimas consecuencias, podría llegar a minar el propio concepto de obligación. Ambos intereses no se pueden entender en términos de igualdad, fungibilidad o alternativa, sino de subsidiariedad; y entonces la distinción cobra pleno significado. Me explico: El objeto y finalidad de la relación obligatoria es, naturalmente, obtener la prestación del deudor, y no otros; por eso, cuando el deudor incumple voluntariamente y la ejecución forzosa es posible, se acude preferentemente a este remedio y no a otro (artículos 1086º, 1098º y 1099º, para las obligaciones de dar, hacer y no hacer, respectivamente). Sin embargo, y dada una situación que imposibilita materialmente alcanzar tal resultado, el ordenamiento jurídico tiene que establecer un mecanismo que, al menos, satisfaga la utilidad del acreedor de manera genérica; el acreedor, se dice (80), “tiene que conformarse” con la satisfacción de esa utilidad genérica.

Por eso, cierta doctrina (81) ha destacado, con agudeza, la existencia del llamado “fin típico del crédito”, que sólo se alcanza mediante

---

(79) Absolutamente distinto de lo que aquí mencionamos, es la distinción entre *ejecución forzosa específica* y *ejecución forzosa genérica*, la cual ha dado lugar a no pocos problemas e interpretaciones doctrinales (vid. CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fund. Univ. Jerez, 1989, ps. 27 y ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias. (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, ps. 47 y ss.; VERDERA, *op. cit.*, ps. 202 y ss.). A mi juicio, dicho criterio distintivo viene a coincidir con la separación entre interés de cumplimiento e interés de indemnidad del acreedor. Cuando la ejecución forzosa satisface el interés de cumplimiento, mediante la realización (forzosa) de la prestación debida, sea mediante la compulsión del deudor a la entrega, sea mediante la realización por un tercero de la prestación “a costa” del deudor, dicha ejecución se denominaría específica. Por el contrario, cuando la ejecución se limita a proteger el derecho del acreedor a no sufrir daños a consecuencia del incumplimiento, o sea, a indemnizar, se denomina ejecución genérica. Pero dicho criterio distintivo poco tiene que ver —salvo en su terminología, que resulta, por tanto, equívoca— con el que aquí nos ocupa, que trata de diferenciar las distintas formas (específica o genérica) a través de las cuales puede el acreedor satisfacer su interés de cumplimiento.

(80) VERDERA, *loc. cit.*

(81) HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, cit., ps. 74 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Cumplimiento defectuoso de la prestación. (Su inclusión en la ‘contravención’ o cuarta causa del artículo 1101º del Código Civil)”, en *R.C.D.I.*, 1976, II, ps. 1339-1340. La conexión lógica que existe entre la distinción interés genérico-específico y la que ahora mencionamos, ya ha sido puesta de relieve por VERDERA, *loc. cit.*

el cumplimiento del deber de prestación, ya lo verifique el deudor, ya un tercero, se produzca voluntariamente o a través de la ejecución forzosa. Y junto a ese fin típico, se contrapone el “fin subsidiario del crédito”, consistente en impedir que una transgresión por el deudor del deber tendente a la prestación quede desprovista de sanción, y cuya consecución se efectúa mediante la obtención del equivalente pecuniario (82), la indemnización y/o la resolución del contrato. La prestación de la *aestimatio rei*, diríamos, es un remedio que satisface el fin subsidiario del crédito, el interés genérico del acreedor, cuando a consecuencia de la imposibilidad sobrevenida (o la inidoneidad de la prestación originaria) ya no cabe materialmente la consecución del fin típico del crédito, la satisfacción del interés específico.

Y ello, creemos, nada tiene que ver con la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan podido (o no) irrogar al acreedor como consecuencia de la conducta del deudor, que incumplió, provocó la imposibilidad o, en definitiva, incurrió en mora o “contravino de cualquier modo el tenor de la obligación”. Porque tal indemnización viene a dar cobertura a otro interés (no sé si completamente, pero en buena medida) distinto del acreedor: el de no sufrir daños, no verse agredido en su patrimonio y otros bienes por la conducta incumplidora del deudor.

## 7. TIPIFICACIÓN DEL INTERÉS QUE SATISFACE LA PRESTACIÓN DEL EQUIVALENTE PECUNIARIO

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.

Y ello no es baladí, como demostró hace ya algunos años PUIG BRUTAU, cuyas palabras transcribimos por su claridad e importancia: “[...] la fuerza vinculante del contrato podría quedar proclamada en atención a una de estas dos posibilidades: a) declarar que si alguien se

---

(82) Que HERNÁNDEZ GIL denomina “ejecución forzosa mediante indemnización”, la cual, según dice, “sustituye a la ejecución específica dentro del cauce general de la ejecución, cuando adviene imposible la obtención de la prestación” (*Derecho de obligaciones*, cit., p. 78).

obliga voluntariamente, responderá después en todo caso y con independencia de su voluntad de la obligación asumida, excepto cuando concurra una causa que le libere de la fuerza vinculante del contrato (caso fortuito o fuerza mayor); b) declarar que no basta que alguien haya querido obligarse, pues su voluntad entra de nuevo en juego en el momento de tener que realizar la prestación, en el sentido de que sólo será responsable del incumplimiento si éste puede ser calificado como acto injusto y como causa de daños y perjuicios efectivos. Cabría preguntar qué sistema sigue nuestro Código. A nuestro juicio, la señalada falta de diferenciación entre los distintos intereses que tiene protegidos el 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 asumida ha de quedar convertida en una suma de dinero representativa de una indemnización” (83).

Es más, la cuestión afecta al propio concepto de obligación, en el que sigue predominando la idea de “responsabilidad”, en el sentido más amplio de la palabra, como sanción (*rectius*, sanciones) que el ordenamiento apareja a la transgresión del deber de prestación. Y, como autorizada doctrina ha señalado (84), es un estrechamiento inadmisibles de dicha sanción, considerarla dirigida en exclusiva a obtener la indemnización de los daños y perjuicios, y por eso es parcial y simplista la idea de que o el deudor cumple voluntariamente, o indemniza al acreedor perjudicado.

La función que cumplen uno y otro remedio, en relación con los intereses del acreedor, es diferente. Enseña IHERING (85) que la condena “al pago de dineros” puede cumplir una triple función, de equivalencia, penal y satisfactiva. La primera atiende a la determinación del valor pecuniario de la prestación. La segunda viene a realizarse a

---

(83) PUIG BRUTAU, “Comentario del traductor” en su traducción de la obra de FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 161.

(84) HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de la obligación”, Discurso inauguración curso 1981-1982 de la R.A.J.L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, cit., p. 468.

(85) IHERING, “Del interés en los contratos...”, cit., ps. 97 y ss. y 106.

través de la imposición de una multa de carácter público (no una *poena*), que propugna el egregio jurista como amenaza o medio de presión para que el deudor cumpla. Y la función satisfactiva se cumple una vez consumado el incumplimiento, mediante la concesión por el juez al demandante de una suma de dinero como satisfacción de su “sentimiento jurídico lesionado”, del perjuicio causado en sus intereses (entre los que IHERING da un especial peso a los no económicos). Pues bien, dejando a un lado hoy la función penal que, como es bien sabido, no tiene encaje en un moderno sistema de responsabilidad contractual, lo cierto es que las otras dos funciones, perfectamente diferenciadas, se corresponden con cada uno de los dos remedios que estamos contemplando; intereses distintos, funciones distintas y remedios diferentes. Así el equivalente pecuniario cumple justamente la función de equivalencia en el sentido exclusivamente económico (*verum pretium, aestimatio rei, quanti ea res est*), y la indemnización atiende la función satisfactiva de ese sentimiento jurídico lesionado, que comprenderá muy a menudo (aunque no de manera exclusiva) intereses no económicos, bienes y valores no patrimoniales del acreedor (86).

---

(86) El artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT establece una cláusula *full damages*, comprendiendo dentro del daño “tanto cualquier pérdida sufrida como cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños”, y añade que el daño puede no ser “pecuniario”, e incluye, por ejemplo, “el sufrimiento físico y la angustia emocional”, lo que está en perfecta consonancia con las tesis no-exclusivamente patrimonialistas de la obligación que mantuvo IHERING en el trabajo que acabamos de mencionar.

# CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y CONDICIÓN RESOLUTORIA

Manuel DE LA PUENTE y LAVALLE (†) (1)  
y Eduardo BARBOZA BERAÚN (2)

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA.—  
III. CONDICIÓN RESOLUTORIA. 1. CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES.  
2. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA. 3. LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA.  
4. IRRETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN.— IV. DIFERENCIAS ENTRE LA  
CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.**

## I. INTRODUCCIÓN

Es común confundir la condición resolutoria del contrato (acto jurídico) con la cláusula resolutoria del mismo. De la primera versa, aunque mediatamente, el artículo 171° del Código Civil. De la segunda lo hace el artículo 1430° del mismo Código. El presente estudio está orientado a poner de manifiesto si existe diferencia fundamental entre ambas figuras.

## II. CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

Se entiende por cláusula resolutoria expresa a aquella estipulación de un contrato, mediante la cual se acuerda que el contrato (3) podrá

---

(1) (1922-2007) Profesor de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de Honor de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Echeopar Abogados.

(2) Profesor de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Echeopar Abogados.

(3) Cabe precisar que aun cuando nos referimos a la resolución del contrato, debe tenerse claro que lo que se resuelve no es el contrato mismo, sino sus efectos. Jurídicamente en rigor, el contrato desaparece una vez que se concerta, pues una vez que ello sucede, el contrato cumple su función, que de acuerdo con los artículos 1351 y 1402 del Código es introducirnos en la relación jurídica obligacional. De hecho, sería imposible resolver algo que ya no existe. En consecuencia, es la relación

resolverse automáticamente (4), en caso una de las partes no ejecute alguna de las prestaciones a su cargo.

Dicha herramienta contractual se encuentra prevista en el artículo 1430° del Código, el cual dispone que “puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.”

Nótese que de la definición no fluye el hecho de que el contrato deba ser uno con prestaciones recíprocas (5). Dicho de otra forma,

---

jurídica obligacional la que se resuelve y no el contrato. Dicho de otro modo, se resuelven los efectos de la fuente y no la fuente misma.

(4) Aun cuando la forma general de resolución de un contrato es en la vía judicial (supuesto del artículo 1428°), el Código dispone dos casos extrajudiciales de resolución automática por incumplimiento, que son los artículos 1429° (supuesto de la resolución por autoridad del acreedor. En realidad, mal llamada resolución por autoridad del acreedor, porque el propósito jurídico en ese caso es exigir el cumplimiento de la prestación incumplida, si bien es cierto bajo apercibimiento de resolución, pero con la finalidad de forzar al deudor a que cumpla) y 1430° (la cláusula resolutoria expresa).

Ahora bien, debe tenerse presente que la resolución en tales casos de resolución extrajudicial, no resulta tan automática como podría mal entenderse, pues siempre es necesario del ejercicio del derecho de resolución por parte del acreedor.

En efecto, MESSINEO sostiene que “todas las formas de resolución importan una iniciativa del contratante no incumpliente; en ningún caso la resolución actúa automáticamente.... Los efectos de la resolución se verifican solamente por iniciativa del interesado y no *ope legis*... (MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, Tomo II, p. 352)

Más aún, si recurrimos a nuestra Jurisprudencia, llegaremos a la misma conclusión al contrastar los referidos casos de resolución extrajudicial con los de resolución judicial. Efectivamente, en el Expediente No. 3384-97 se afirma que ‘la ley no reconoce otras formas de resolución de contrato con prestaciones recíprocas sino la que requiere del pronunciamiento del juez y la que lo condiciona a requerimiento escrito, sea con término de apercibimiento (léase el caso de la resolución por autoridad del acreedor) o sea para comunicar la voluntad de resolución (léase el caso de la cláusula resolutoria expresa).’ (Exp. N° 3384-97. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, “Jurisprudencia Actual”, Tomo 2, N° 106, Lima, 1999, ps. 221 y 222) (Los paréntesis son agregados nuestros)

(5) Según ALONSO PÉREZ, “la reciprocidad se configura como una unión o nexo indivisible que se establece entre las obligaciones —según los defensores del sinálgama genético— o entre las prestaciones —como sostienen los que admiten el sinálgama funcional— de forma que ambas son interdependientes, tienen su causa una en la otra y con carácter principal proceden de un mismo contrato.” (ALONSO PÉREZ, Mariano. *Sobre la esencia del contrato bilateral*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1966, p. 33).



podría pensarse que dicho derecho puede nacer de un contrato con prestaciones autónomas (6).

Sin embargo, si hacemos una revisión de los artículos 1426° al 1431° del Código (7), salvo por el referido artículo 1430°, todos ellos hacen referencia de forma expresa al contrato con prestaciones recípro-

---

Sucede pues que la reciprocidad, tal como la entiende el Código, se asienta en una conexión entre las prestaciones, una interdependencia entre las mismas, lo que modernamente, se ha pasado a calificar como el contrato oneroso. En efecto, en opinión de FARINA, el concepto de obligaciones recíprocas es equivalente al de los contratos onerosos. (FARINA, Juan M., *Revisión y resolución de contratos*, Rosario, 1965, cit. N° 144.)

(6) Un contrato con prestaciones autónomas implica, entonces, que el vínculo contractual contiene prestaciones que no son recíprocas, es decir, que el cumplimiento de cada una de ellas, aún dirigidas a un fin común, corren suerte autónoma, de forma tal que la ejecución de una de ellas no está sujeta a la ejecución de las demás.

La autonomía se da en forma natural, lo que “significa que cada parte quede independientemente obligada, esto es que debe ejecutar la prestación que respectivamente le corresponde sin vincular esta ejecución a la ejecución de las prestaciones a cargo de las otras partes.” (DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *op. cit.*, p. 464.)

(7) **Artículo 1426°.-** En los contratos con *prestaciones recíprocas* en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene del derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

**Artículo 1427°.-** Si después de concluido un contrato con *prestaciones recíprocas* sobreviniere el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

**Artículo 1428°.-** En los contratos con *prestaciones recíprocas*, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

**Artículo 1429°.-** En el caso del artículo 1428° (es decir en caso de contratos con prestaciones recíprocas) la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que se satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios. (El paréntesis es nuestro)

**Artículo 1430°.-** Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

cas. Siendo ello así, por un principio de ubicación de la norma, puede concluirse que la cláusula resolutoria expresa sólo puede convenirse en aquéllos contratos en donde las prestaciones son recíprocas.

*Características:*

Ahora bien, de la definición anterior, se desprenden las siguientes características:

*a) Es voluntaria*

La norma señala que “puede convenirse”, razón por la cual estamos frente a un pacto expreso en el contrato que existe únicamente por voluntad de ambas partes.

*b) Las causales deben ser precisas*

Constituye un requisito esencial de este pacto el que las partes convengan expresamente las causales de incumplimiento que generarían la resolución del contrato. De allí que la norma establece que las prestaciones deben determinarse “con toda precisión”.

Dicha directiva (tal como sucede con el artículo 1456° del Código Civil italiano de 1942) descarta un interpretación al contrario respecto del contenido de la cláusula resolutoria expresa (8).

Detrás de ello, como apunta MOSCO (9), es que “para que se tenga una verdadera cláusula resolutoria expresa y no una cláusula de estilo, es necesario que se especifique y concrete que se trata de una cláusula de tal clase, quedando patente que la voluntad de las partes se ha referido con toda certeza a la misma, para que de ella se derive

---

**Artículo 1431°.-** En los contratos con *prestaciones recíprocas*, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

(8) Por ejemplo, FORNO sostiene que si se hubiera estipulado claramente en el pacto comisorio que la resolución se produce de pleno derecho en caso de cualquier incumplimiento de una de las partes, o de ambas, tal estipulación constituye una cláusula resolutoria expresa y produce los efectos de ésta. Se basa en que el principio de la autonomía privada permite una estipulación de esta naturaleza, desde que no se viola principio alguno que interese al orden público. (FORNO, Hugo, “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho contractual*, Cultural Cuzco S. A., Editores, Lima, 1987, p. 116.)

(9) Cita de MIQUEL, Juan Luis, *Resolución del contrato por incumplimiento*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 183.

la gravísima y excepcional sanción *ipso jure*, sin intervención estimativa del juez, y sin posibilidad de dilación; y al propio tiempo, que el incumplimiento quede bien determinado, esto es, que se concrete en un suceso de fácil y material comprobación [...] Tal dirección jurisprudencial se mantuvo constante hasta la promulgación del nuevo Código, y continuó posteriormente en el mismo sentido, por lo que debe considerársela como inspiradora de la norma del artículo 1456, que como la orientación jurisprudencial precedente, se funda, a nuestro parecer, en una exacta y racional visión de la naturaleza y fines de la cláusula.”

En este orden de ideas, las causales genéricas (tales como “el incumplimiento de cualquier obligación del presente contrato”) no tienen los efectos de una cláusula resolutoria expresa.

Desde luego, en ese supuesto, es decir, de haberse estipulado una cláusula resolutoria ineficaz por ser genérica, y si en dicho caso se presentara un incumplimiento de contrato, la parte afectada por tal incumplimiento no estará impedida de interponer otros remedios que le confiere el ordenamiento jurídico, incluso el de la resolución misma, pero a través de un proceso judicial o arbitral (de haberse convenido este último) al amparo del artículo 1428° del Código. Por supuesto, también podrá resolver el contrato al amparo del artículo 1429° de configurarse los requisitos que este mecanismo exige.

### c) Incumplimiento

Incumplimiento de una obligación significa una conducta que no satisface el interés del acreedor.

Tal incumplimiento del deudor respecto de alguna de las causales que se haya convenido detalladamente en el contrato, tiene que presentarse, de forma sobreviniente a la celebración del contrato, pues así lo establece el artículo 1371° del Código.

Para tal efecto, de conformidad con el artículo 1333° del Código, es requisito *sine qua non* que el acreedor requiera al deudor el cumplimiento de la obligación (salvo que nos encontremos frente a alguno de los cuatro (10) supuestos de mora automática previstos en el mismo artículo 1333° del Código) ya que según dicha norma, “incurre en

---

(10) Dichos casos son: (i) cuando la Ley o el pacto lo declaren expresamente; (ii) cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; (iii) cuando el deudor manifieste

mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”.

Nótese que no basta que el acreedor señale en la comunicación intimatoria que el deudor se encuentra en incumplimiento, sino que debe además exigirle el correspondiente cumplimiento. Caso contrario, dicha comunicación no tendrá el efecto de constitución en mora.

Sucede que cuando el incumplimiento está constituido por un retraso, aquél sólo es jurídicamente trascendente cuando el deudor es constituido en mora. El Código consagra, pues, el principio de la mora *ex persona: dies non interpellat pro homine* (El tiempo no interpela por el hombre). En efecto, tal como nos hemos pronunciado en un trabajo anterior, “vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta, y por tanto, su comportamiento ‘avala’ la conducta de su correspondiente deudor (el supuesto incumplimiento). Se estima, en consecuencia, que tácitamente está prorrogando el plazo.” (11) Por ello, se afirma que la mora es el retraso traducido a términos jurídicos.

En resumen, para que el deudor quede constituido en mora (entiéndase, incumplimiento contractual) es preciso un retardo en la ejecución de la obligación, sin duda un retardo que le sea imputable, y adicionalmente, la intimación judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor, salvo en los referidos casos de mora automática excluidos por el artículo 1333º del Código.

En tal sentido, la cláusula resolutoria expresa es aplicable sólo en los casos en que se presenta una situación jurídica de incumplimiento de parte del deudor, vale decir, luego de que el acreedor le ha exigido el cumplimiento de determinada obligación que aquél no ejecutó.

#### *d) Imputabilidad del deudor*

Este requisito implica que el deudor que ha incumplido una obligación debe haber actuado con culpa o con dolo. Caso contrario, se entiende que no se estaría contraviniendo la obligación asumida, y en consecuencia, no existiría responsabilidad de aquél. Cabe precisar

---

por escrito su negativa a cumplir la obligación, y, (iv) cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

(11) BARBOZA BERAÚN, Eduardo, “¿Excepción de incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?” En: *Revista Advocatus*, Universidad de Lima, N° 9, 2003-II, p. 393.

que ésta era la doctrina desde Roma y es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

De allí que, tal como nos hemos pronunciado antes, “no existe discrepancia entre los autores respecto a que procede la resolución por incumplimiento cuando la inejecución de una prestación se debe a dolo o culpa del contratante a quien corresponde ejecutarla. La regla general es, pues, que la inejecución imputable al deudor permite la resolución” (12).

Al respecto, téngase presente que, de conformidad con los artículos 1318º, 1319º y 1320º del Código, procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación; incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación; y actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En este contexto, debiendo el incumplimiento ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o a dolo de éste, importa tener claro que, tal como señala MESSINEO (13), “el hecho de que el acreedor considere que ha obrado la cláusula resolutoria expresa no quita al deudor la posibilidad de instar (o de oponerse) a que el juez declare que el incumplimiento no fue culposo y que, por tanto, no había motivo para la resolución de derecho”.

#### *e) Comunicación de la parte fiel*

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1430º del Código, “la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.”

Ello consiste en que la parte fiel debe comunicar a la parte infiel que está haciendo uso de la cláusula resolutoria (y desde luego, tiene que llegar a destino para ser jurídicamente eficaz).

En nuestra opinión, la necesidad de la comunicación para resolver un contrato responde a un mandato imperativo del legislador. Nótese que la citada norma establece el término “comunica”. Lo que quiere decir que si no hay comunicación no opera la resolución.

---

(12) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, Segunda Parte, Tomo IV, p. 318.

(13) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato, op. cit.*, Tomo II, ps. 336/337.

Nuestra posición legal coincide además con la Jurisprudencia. En efecto, según la Casación No. 1132-2002 *“el artículo 1430º del Código Civil establece con carácter imperativo que la resolución convenida de pleno derecho opera solo cuando a la parte deudora se le comunica dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de ella mediante notificación válida, dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objeto se estará frente a una resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los mismos”* (14) (Lo subrayado y resaltado es nuestro).

Más aún, creemos que el tener que comunicar la resolución no sólo responde a que se trata de una norma imperativa, sino también de orden público, debido a la importancia que reviste una resolución de pleno derecho, es decir, aquella que opera automáticamente sin intervención del juez.

Sucede, pues, que en ese caso, el legislador ha extirpado parte de la competencia del juez a fin de entregársela a las partes para que éstas decidan unilateralmente la resolución del contrato. Siendo ello un tema de tanta relevancia (el hecho de que el legislador extirpe parte de la competencia del juez y se la entregue a las partes) es que debe calificársele como una norma de orden público.

Por tal razón, creemos que las partes no pueden pactar en el contrato la no exigencia de la correspondiente comunicación de resolución. Así, no calificaría como una cláusula resolutoria expresa, aquella que opere con el solo incumplimiento del deudor, sin necesidad de que el acreedor comunique que quiere valerse del derecho a resolver el contrato.

Dicho de otra manera, no puede convenirse la no necesidad de dicha comunicación para resolver, pues se estaría contraviniendo uno de los límites a la libertad contractual (una norma imperativa, o una norma que además de ser imperativa es también de orden público, con las consecuencias que ello trae, la ineficacia o la nulidad del pacto, respectivamente), o en todo caso, el pacto no calificaría como una cláusula resolutoria expresa sino como una fórmula resolutoria acordada por las partes pero con la desventaja de no contar con el efecto *ipso iure* o de pleno derecho de la resolución unilateral (15).

---

(14) Cas, N° 1132-2002. Diálogo con la Jurisprudencia No. 53. Febrero 2003, ps. 149/151.

(15) La resolución automática del contrato significa que se extingue *ipso iure* o de pleno derecho, es decir, sin necesidad de declaración judicial. Según CABANE-

Consideramos incluso que la frase “la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”, debe estar contemplada expresamente en el pacto y así no quede duda de que se trata de una cláusula resolutoria.

De allí que el modelo de cláusula resolutoria expresa que propone ARIAS SCHREIBER (16) consigna expresamente dicha frase. En efecto, tal modelo señala lo siguiente:

“Queda expresamente convenido que el contrato se resolverá de pleno derecho, cuando el comprador no entregue el bien en el plazo convenido o el vendedor no pague el precio pactado, dentro del plazo fijado. *Para que se produzca la resolución, el interesado deberá comunicarlo a la contraparte, dando a conocer que ha hecho (17) valer la cláusula resolutoria.*” (La cursiva es nuestra)

En este orden de ideas, si pese a una situación de incumplimiento del deudor, el acreedor no comunica su decisión de resolver el contrato al amparo de la cláusula resolutoria, el contrato no se resolverá.

Nuevamente, nuestra opinión se condice con la Jurisprudencia, pues según el Expediente N° 3384-97 “en los contratos con cláusula resolutoria, ésta se produce de pleno derecho solo si la parte interesada declara a la otra que lo desea; *si por el contrario, la declaración no se efectúa, es como si la parte que conserva el derecho renuncia a optar por la resolución, y la obligación de cumplimiento de las partes mantiene su subsistencia.*” (18) (La cursiva es nuestra)

En consecuencia, para resolver el contrato mediante este mecanismo, se requiere necesariamente de una declaración de la parte fiel (19) en tal sentido.

---

LLAS, el término “*ipso iure*” significa “por el derecho mismo, por ministerio de la Ley, en virtud de expresa disposición legal.” (*Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Guillermo CABANELLAS. Editorial Heliasta, Tomo IV, p. 496)

(16) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis*. Librería Studium, Lima, p. 207.

(17) Creemos que es más preciso señalar, como lo hace el Código, que el acreedor “quiere hacer valer la cláusula”, en vez de “ha hecho valer la cláusula”.

(18) Exp. N° 3384-97. LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA, “Jurisprudencia Actual”, Tomo 2, N° 106, Lima, 1999, ps. 221/222.

(19) Es importante resaltar el hecho de que el titular de este derecho deba ser fiel, vale decir, que no se encuentre a la vez en falta (en situación jurídica de incumplimiento, es decir, en mora). Caso contrario, en ese caso, dicho sujeto se encontrará impedido de ejercer el derecho de resolución, pues ello contravendría el deber de actuar de buena fe durante la ejecución del contrato.

*Efectos:*

Una vez que llegue a destino la comunicación de la parte que tiene dicha facultad a su favor, es decir, una vez que la parte infiel reciba tal comunicación, de acuerdo con los artículos 1374° y 1430° del Código, el contrato se entenderá resuelto *ipso iure* o de pleno derecho, es decir, sin necesidad de declaración judicial.

Ello genera las siguientes consecuencias:

(i) En primer lugar, las partes quedan liberadas de sus obligaciones. Dicho de otra forma, ellas quedan desobligadas.

Debido a la injusticia que genera la injuria del incumplimiento, mediante este mecanismo resolutorio se busca destruir los efectos de la fuente creadora de los mismos (20). En efecto, tal como nos hemos pronunciado en otro trabajo, “podemos incluso llegar a calificar la resolución del contrato como una forma de ineficacia funcional del acto jurídico, cuyo propósito es destruir los efectos de un contrato válido debido a que éste se torna injusto en la fase de su ejecución.” (21)

(ii) El segundo efecto es que las partes deben restituirse o reintegrarse las prestaciones que fueron cumplidas.

De conformidad con el artículo 1372° del Código, la resolución por incumplimiento tiene efectos retroactivos parciales (efectos parcialmente *ex tunc*), pues según dicha norma, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, salvo pacto en contrario.

En consecuencia, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraban en dicho momento, y de no ser posible, reembolsarse en dinero el valor de las mismas.

(iii) Finalmente, se deben indemnizar los daños causados.

Si se hubiera estipulado una cláusula resolutoria expresa y ésta se hubiera ejercido ante el incumplimiento del deudor, no habría duda

---

(20) Sucede que el remedio de la resolución no ataca al acto jurídico mismo, sino a sus efectos, pues la causal que lo motiva no está en la médula misma del acto, sino que es externa a él. En otras palabras, no se trata de un tema de invalidez del acto jurídico, pues no adolece de una causal de nulidad o de anulabilidad (o sea, no tiene vicios o defectos en cualquiera de sus elementos esenciales), sino de uno de ineficacia.

(21) BARBOZA BERAÚN, Eduardo, En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Tomo VIII, Lima, 2006, p. 183.



que procedería una indemnización por los daños que se hubieran causado.

Esto no sólo se ampara en el hecho que el artículo 1428° del Código dispone que en casos de resolución por incumplimiento procede una indemnización por daños, sino porque se trata precisamente de una situación de incumplimiento, vale decir, de no haberse cumplido con lo debido, y en consecuencia, se presenta una responsabilidad del actor imputable.

Téngase en cuenta que, de conformidad con el artículo 1321° del Código, “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable, o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial tardío o defectuoso de la obligación obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

De dicha definición se desprende que el daño no es el único requisito para que proceda una indemnización, sino que además, se requiere una inejecución (absoluta o relativa) de una obligación, debida a una conducta imputable al deudor (dolo, culpa grave o culpa leve).

En efecto, como lo hemos sostenido previamente (22) “si lo que produce el daño y determina la reparación del mismo es la inejecución de la prestación, dicho daño será indemnizable en la medida que el deudor sea responsable de él”.

Así, en caso el daño fuera consecuencia inmediata (23) y directa (24) de una inejecución dolosa o con culpa grave del deudor, la indemnización comprenderá tanto el *damnum emergens* (25) o daño

---

(22) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, op. cit., p. 329.

(23) Se entiende por consecuencia inmediata a lo que acostumbra a suceder del curso natural y ordinario de las cosas.

(24) Se trata de una causa exclusiva que genera la inejecución de la obligación.

(25) De acuerdo con DE CUPIS, “si el objetivo del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente [...]” (DE CUPIS, Adriano, *El daño*. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1975, p. 312.)

actual, como el *lucrum cessans* (26) o daño futuro. Si esta inejecución obedece a culpa leve, la indemnización se limita al daño previsible (27).

### III. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Refiriéndose al acto jurídico, GALGANO nos recuerda la distinción entre elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales de dicho acto.

Por elementos accidentales se entiende aquellos elementos meramente eventuales del acto jurídico, como el plazo y la condición, incluyéndose también el modo, aunque se trate de un elemento que solo es admisible en los actos de liberalidad.

El Título V del Libro II del Código Civil vigente recoge estos elementos con el nombre de “Modalidades del acto jurídico”. La modalidad que nos interesa para el presente estudio es la condición, que ha sido mal definida como un evento futuro e incierto a cuya verificación se subordina la eficacia del acto jurídico.

En efecto, esta definición es imprecisa porque no es el acto jurídico lo que está sujeto a condición; sino que lo que se hace depender de la condición son los efectos del acto jurídico.

Pese a que la condición es un elemento accidental del acto jurídico, no es, según COVIELLO (28), una declaración distinta de la que se dice principal, pues si de la condición depende la suerte de todo el acto jurídico, es evidente que forma parte integrante del mismo. No es que se quiera una cosa distinta que viene a agregarse a la primera, sino que se quiere bajo condición; de tal manera que la declaración de voluntad y la condición no son, en realidad, sino una cosa única e indivisible.

Por regla general la condición obedece a la voluntad de las partes del acto jurídico, por lo cual se le denomina “*conditio facti*”. Sin embargo, al lado de esta condición existe la *conditio juris*” que es aquella

---

(26) Siguiendo con DE CUPIS, “si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante”. (DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1975, p. 313.)

(27) Es aquel daño que puede tenerse en mira si se emplea la debida atención y conocimiento que las circunstancias exijan.

(28) COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, p. 463.

en la que es la propia ley la que subordina la eficacia del acto jurídico a la verificación de un evento futuro e incierto. Comparto la opinión de ALBALADEJO (29), quien considera que la “*conditio juris*” es requisito legal de eficacia y consiguientemente no es parte constitutiva del acto jurídico, sino circunstancias externas de éste, pero que sin cuya concurrencia tal acto no despliega aun sus efectos.

## 1. Clasificación de las condiciones

Atendiendo al criterio del efecto, las condiciones se clasifican e suspensivas y resolutorias.

Se entiende por condición suspensiva el acontecimiento que algunos califican de futuro e incierto del que se hace depender la eficacia del acto jurídico; esto es el acto existe antes que la condición se cumpla, pero permaneciendo en suspenso su eficacia. En el caso de la condición resolutoria, que es la que interesa para los efectos del presente estudio, el acto jurídico existe y produce todos los efectos que le son propios hasta que la condición se realiza, oportunidad en la cual el acto jurídico pierde su eficacia.

No siempre es fácil distinguir la condición suspensiva de la resolutoria pues, como dice COVIELLO, la diferencia de efectos que producen no depende de la naturaleza del acontecimiento sino de la intención del que declaró la voluntad bajo condición. Cita como ejemplo si alguien dice “te compro este terreno si no resulta inadecuado para la construcción de mi casa”, puede haber duda si se trata de una condición resolutoria. Tal duda no puede resolverse con reglas *a priori*, pues estas reglas no existen en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que habrá que recurrir a las reglas comunes sobre interpretación de la voluntad.

Obsérvese que el cumplimiento de la llamada condición resolutoria no determina la extinción del acto jurídico sometido a ella, sino únicamente su ineficacia, quedando subsistente su existencia.

## 2. La Condición Resolutoria

Una vez establecido mediante la interpretación de estas reglas que el evento al que está sometido el acto jurídico (y no sólo el contrato)

---

(29) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958, p. 252.

es una condición resolutoria habrá que aplicar el régimen que le es propio.

Celebrado un acto jurídico bajo condición, la producción de los efectos queda en espera de que aquella se produzca o no.

ALBALADEJO (30) nos hace una descripción de la manera como opera la condición: Mientras que la condición está pendiente, los efectos del acto no se producen, si es suspensiva, o se producen, si es resolutoria. Cuando la condición se cumple, se producen los efectos del acto jurídico era suspensiva, o cesan, si era resolutoria. Incumplida la condición dichos efectos definitivamente no se producirán, si era suspensiva, o cesan de hallarse amenazados de cesación, si era resolutoria.

De acuerdo con CABANELLAS (31), condición resolutoria es aquella cláusula que, al cumplirse, produce la revocación o ineficacia de la obligación o institución, con la consecuencia de reponer las cosas en el estado que tenían antes del acto o contrato donde fue inserta. El mismo autor cita al monografista español PELAYO HORE, quien ha lanzado una nueva tesis, bastante original y sólida, que constituye una rebelión contra el criterio tradicional que escinde las condiciones en *suspensivas* y *resolutorias*. Pendiente la condición, o durante la situación condicional, las *condiciones* suspenden o no suspenden; pero cumplida la *condición*, o en el momento definitivo, el cumplimiento de ésta resuelve o no resuelve. Basándose en ello, distingue, antes del cumplimiento: a) las *condiciones suspensivas*; b) las no suspensivas. Luego, cumplida o incumplida la condición, se presentan otras dos situaciones: c) *condiciones cuyo cumplimiento* resuelve (de consecuencias resolutorias); d) condiciones cuyo cumplimiento no resuelve (confirmatorias). Niega, como conclusión, la existencia de las *condiciones resolutorias*; la resolución no procede de la *condición*, sino del cumplimiento o incumplimiento de ella. Desde luego, esta revolucionaria doctrina, dista mucho de la posición tradicional de los textos legislativos.

Otro análisis posible de la materia consiste en considerar, según la parte a que afecte, y no obstante la formulación predominante que se le dé como *resolutoria* o *suspensiva*, que toda condición de una u otra especie posee aspectos suspensivos para una de las partes y re-

---

(30) ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, p. 256.

(31) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, Tomo II, "Condición resolutoria", p. 270.

solutorios para la otra. Bastará un ejemplo: si el testador dispone un legado siempre que el instituido termine su carrera universitaria en tantos años, para el legatario eventual se está ante una condición suspensiva; mientras que para el heredero o coherederos funciona como condición resolutoria: por cuanto, de cumplir el instituido singularmente, en otro tanto se reducen o resuelven los derechos sucesorios a título universal.

De acuerdo con el artículo 171º del Código, la condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se considerarán como no puestas.

Esto da lugar a que en esa eventualidad el acto jurídico se considere puro.

#### *Características:*

Según, la Exposición de Motivos del Código (32) “la condición tiene como característica la de ser un hecho futuro e incierto, establecido arbitrariamente”. Tenemos, entonces, las siguientes características:

#### *a) Tiene que ser futura*

Debe tratarse de un evento futuro, es decir, que al celebrarse el acto no haya sucedido todavía dicho evento. En efecto, MESSINEO (33) define el hecho futuro como “un acontecimiento que todavía no se ha verificado y se ignora si se verificará alguna vez; a su verificación, es decir, a que sobrevenga, subordinan las partes la eficacia del contrato (condición suspensiva), o bien, respectivamente, la cesación de la eficacia del contrato (condición resolutoria)”.

*A contrario sensu*, el hecho no puede haber ocurrido en el pasado o presente. En ese caso no se estaría frente a una condición en estricto, sino más bien se trataría de un presupuesto del acto.

En efecto, según ALBALADEJO (34) “las condiciones referentes a un hecho presente o pasado, aunque las admita como condiciones propias el art. 1113º del C.C. (cuando los interesados ignoren el suceso en que la condición consista), realmente no son condiciones en cuanto

---

(32) *Exposición de motivos del Código Civil*. Compiladora: Delia REVOREDO DE DEBAKEY. Artes Gráficas de la Industria Avanzada, 1985, Tomo IV, p. 299.

(33) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1952, Tomo I, p. 195.

(34) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Librería Bosch - Ronda Universal, Barcelona, 1958, ps. 250/251.

que objetivamente — como decíamos — el efecto jurídico se producirá o no — a tenor de que el suceso ignorado haya acaecido o falte — desde el momento en el que el negocio, al cual es anterior la sedicente condición, sería eficaz sin ella. No hay, pues, pendencia, sino desconocimiento de los sujetos sobre la situación objetiva”.

Sucede que el evento futuro asegura el carácter objetivo de la incertidumbre, elemento que se describe en el literal b) siguiente.

Cabe sin embargo señalar que un sector de la doctrina sostiene que dicha futuriedad puede concebirse también como la verificación futura de un hecho ya sucedido, pero del cual no se tiene todavía noticias al momento de la celebración del acto (35).

*b) Debe ser incierta*

No basta que el acontecimiento sea futuro para caracterizar la condición, pues entonces ésta se confundiría con el plazo resolutorio.

Una característica imprescindible de la condición es la incertidumbre de que el evento condicional se vaya a producir. Nótese que no se refiere al conocimiento del evento (lo que sería subjetivo), sino al evento mismo (objetivamente hablando). Siguiendo, pues, a MESSINEO (36) “el acontecimiento que constituye la condición debe ser objetivamente incierto”.

De allí que al comentar el requisito de la futuriedad, hemos señalado que debe distinguirse entre el evento futuro y el conocimiento futuro del evento que sucede en el pasado (o presente), pues sólo el primero cumple con el requisito de ser futuro.

---

(35) En efecto, DORAL y DEL ARCO señalan que “el acontecimiento debe ser futuro, aunque también se toman en consideración condiciones relativas a hechos pasados o presentes que los interesados ignoren: el conocimiento futuro o la comprobación posterior de un hecho pasado”. (DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Angel. *El negocio jurídico*, Editorial Trivium, p. 366.) De similar opinión es GALGANO al citar como ejemplos al respecto “el caso en el que sea deducida como condición la suerte de una cosa dada por perdida (aquí el evento puede ser verificado en el momento del contrato, pero en aquel momento todavía no se sabe si se ha verificado o no, o bien cuando, como sucede frecuentemente en las contrataciones inmobiliarias, la eficacia del contrato se subordina a futuras comprobaciones de las situaciones jurídicas del inmueble objeto del contrato, (también aquí la comprobación futura se refiere a situaciones presentes en el momento de la estipulación)”. (GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992, p. 155.)

(36) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, op. cit., p. 196.

*c) Es arbitraria*

Se trata de una limitación de la declaración de voluntad, pues la subordinación de la eficacia del acto a la realización de un acontecimiento futuro e incierto debe ser establecido arbitrariamente por las partes. En otras palabras, se fundamenta exclusivamente en la libre voluntad de las partes.

Se requiere pues que se trate de una relación arbitraria entre el supuesto de hecho determinante del efecto jurídico y este último. Al respecto, León BARANDIARÁN dice que no sería condición jurídicamente la que dijese “te vendo mi casa con la condición que me pagues el precio pactado”, pues aquí hay una relación necesaria entre los dos términos mentados, se trata de un elemento esencial y no accidental.

Debe tenerse presente que el libre arbitrio de las partes para acordar una condición resolutoria está limitado por el artículo 171º del Código, pues su segundo párrafo dispone que “la condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas”.

En resumen, para que exista una condición resolutoria, el hecho contemplado debe ser futuro, incierto e impuesto por la voluntad de las partes. Si faltara alguno de ellos, se estará frente a una condición impropia.

Ahora bien, cabe finalmente señalar que, se afirma (37) que, en doctrina, no hay más que condición suspensiva; en realidad toda condición suspende algo: la suspensiva el nacimiento de un derecho; la resolutoria, su extinción. Por eso puede decirse, en doctrina, que no hay más que condición suspensiva y que toda condición resolutoria para una de las partes, es suspensiva para la otra.

Este concepto da origen a un problema motivado por lo dispuesto por el artículo 172º del Código, según el cual es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Resulta de esta manera que si se pacta una condición resolutoria que depende del libre arbitrio de una de las partes del acto jurídico se estaría pactando una condición suspensiva dependiente de la voluntad de la otra parte, lo cual acarrearía la nulidad del acto jurídico sujeto a esta condición.

---

(37) RIZO-PATRON CARREÑO, *De la Teoría de la Condición en el Derecho Romano, Código Civil de 1936 y Legislación Comparada*. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1979, p. 25.

El artículo 1341° del Código Civil de 1936 establecía que hay condición resolutoria en todo contrato bilateral y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne.

No hay duda que este artículo confundía indebidamente la condición resolutoria con la cláusula resolutoria. En efecto, en los contratos bilaterales existe la llamada cláusula resolutoria, según la cual el incumplimiento de la obligación contractual da lugar a la resolución del contrato. La condición resolutoria sólo produce la ineficacia del acto jurídico sujeto a ella, sin afectar su existencia.

El contrato bilateral es el equivalente en el Código Civil de 1936 del contrato con prestaciones recíprocas tratado en el Código. En la Exposición de Motivos del artículo 1430° del Código se dice que la figura contemplada en este artículo corresponde a la que el artículo 1109° del Código Civil de 1936 denominaba “condición resolutoria expresa”.

*Efectos:*

En un momento pensamos, influenciados por la idea de que el Derecho contractual peruano se inspira en el Derecho contractual italiano (Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios”, Compiladora, Delia Revoredo de Debaquey, Tomo VI, p. 10), que la diferencia entre la cláusula resolutoria y la condición resolutoria radicaba en que la doctrina italiana (MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato”, Tomo II, p. 333), considera que la resolución *pone fin* al contrato, esto es lo *disuelve*, en tanto que la condición resolutoria, como se ha visto, sólo determina su ineficacia, sin afectar su existencia.

Sin embargo, debe tenerse presente que el Código ha adoptado un concepto propio al establecer en su artículo 1371° que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, o sea que acoge el sistema según el cual la resolución determina la ineficacia del contrato (lo deja sin efecto) pero no afecta su existencia.

Consideramos que este régimen es aplicable a todos los casos de resolución del contrato.

Por lo tanto, no cabe distinguir la cláusula resolutoria expresa e la condición resolutoria por razón de los efectos de la resolución.

Al respecto dice RIZO PATRÓN que es importante señalar, a fin de evitar la confusión que aparece entre la condición resolutoria como modalidad del acto jurídico, en general, y la condición resolutoria propia solo de los contratos bilaterales, debería llamarse esta última



“cláusula resolutoria”, “pacto comisorio” derecho de resolución”, “resolución del contrato” u otra denominación equivalente. El Código Civil italiano de 1942 contiene todo un capítulo sobre esta materia. Es el Capítulo XIV del Título de su Libro IV, al cual llama con el nombre de “De la resolución del contrato” y no con el nombre confuso de “Condición resolutoria” y en su artículo 1456° no habla de “condición resolutoria expresa” sino de “cláusula resolutoria expresa”.

Se ha visto que la condición resolutoria es un evento futuro e incierto de cuya regulación depende la eficacia del acto jurídico. La cláusula resolutoria, en cambio, es la estipulación en virtud de la cual el incumplimiento de la obligación contractual determina la resolución del contrato.

Ambos casos coinciden en que el efecto se produce por voluntad de las partes. Sin embargo, como se ha visto líneas arriba, la cláusula resolutoria puede producir la resolución de pleno derecho cuando la parte interesada quiere valerse de ella, lo que no ocurre en el caso de la condición resolutoria, que a diferencia de lo dispuesto por el artículo 1109° del Código Civil de 1936, no opera de pleno derecho, vale decir, requiere de pronunciamiento judicial.

Tal como se ha visto, el artículo 1371° del Código dispone que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

Según este artículo, la resolución del contrato determina su ineficacia, esto es que *aun no siendo inválido* (ni nulo ni anulable) no es apto de producir efectos a causa de la existencia de un *obstáculo extrínseco* (MESSINEO) deja de producir la relación jurídica creada por el contrato pero éste conserva su existencia. Consecuentemente, la condición resolutoria y la cláusula resolutoria, pese a ser diferentes entre sí, determinan ambas la ineficacia del acto jurídico, en un caso, y del contrato, en el otro caso.

El referido artículo 1428° del Código, que dispone que en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios, consagra que la cláusula resolutoria tiene su antecedente directo en el *que pone fin también a la relación obligatoria engendrada por el contrato*.

*Resulta así que el sentido original que se dio a la cláusula resolutoria de causar la inexistencia del contrato ha resultado modificado al aplicarse al Derecho peruano con la consecuencia de causar solamente*

*la ineficacia del contrato, dejándolo subsistente. Lo mismo puede decirse mutatis mutandi* de la condición resolutoria.

### 3. La Declaración de Ineficacia

Según los OSPINA, tema de prolongada y aún no cancelada discusión doctrinaria ha sido el de si la resolución de los actos jurídicos por el cumplimiento de la condición obra *de jure*, sin necesidad de una declaración judicial al respecto, o si, por el contrario, esta declaración es necesaria para que se produzcan los efectos que esta modalidad está llamada a producir.

La cuestión solamente se plantea en el campo general de las condiciones resolutorias distintas de la que consiste en el incumplimiento de los contratos, la cual supone siempre el ejercicio de la acción respectiva por el contratante insatisfecho. En el sentir de algunos, dichas condiciones obran *ipso facto* por su acaecimiento. Pero en nuestra opinión (y según entendemos la más generalizada) y a puro modo de ser más acorde con la estructura filosófica del derecho privado moderno, la intervención judicial siempre es necesaria y debe realizarse mediante un fallo que haga tránsito a la cosa juzgada para que se puedan deducir sus efectos, cuales son la extinción de la eficacia futura del acto y la restitución de los agentes a la situación que tuvieron al tiempo de la celebración de él, retrotrayendo o reversando hasta dicho la eficacia del acto hubiera alcanzado a producir antes de su resolución.

Con otras palabras para que puedan surtir los efectos prácticos de la resolución del acto se requiere un fallo judicial que, por tanto, más que declarativo es constitutivo, porque modifica una situación jurídica preexistente a su pronunciamiento, lo que no puede hacer por su propia mano.

Sin embargo, el juez no puede declarar *motu proprio* la ineficacia del auto jurídico. Es preciso, pues, una demanda de ineficacia y el juicio consiguiente.

Considera GALGANO que, en principio, la parte de un contrato sujeto a condición no tiene obligación alguna de procurar o de cooperar en el cumplimiento de la condición; a esta parte le incumbe sólo una obligación negativa; debe abstenerse de cualquier acto que perjudique las perspectivas del otro contratante o que impida el cumplimiento de la condición. Cuando, por el contrario, la parte esté contractualmente obligada a cooperar en la producción del evento, no puede hablarse de condición.

Finalmente, puede suceder que un determinado evento puede ser asumido indistintamente tanto como objeto de una obligación tanto como condición, constituyendo un problema de interpretación del contrato determinar cuándo se está ante la primera o la segunda hipótesis.

#### 4. Irretroactividad de la Condición

Contrariamente a varios códigos civiles extranjeros que otorgan efecto retroactivo a las condiciones, nuestro Código dispone en su artículo 177º que la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

La Exposición de Motivos de este artículo justifica esta decisión diciendo que los diversos efectos de la condición no podrían tener explicación de aplicarse el principio de la retroacción.

COVIELLO (38), en cambio, dice que el cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria tiene efecto retroactivo y la posición jurídica y económica del que tenía el derecho incierto es igual a aquella en que se habría encontrado si la incertidumbre no hubiese existido nunca. Así, la irretroactividad de la condición no importa destrucción de un hecho, sino claridad de una incertidumbre en un sentido o en otro; por eso no es aquella una ficción absurda, sino una consecuencia justificada por la índole misma de la condición. Cuando se efectúa una declaración de voluntad bajo condición resolutoria, se quiere sólo si existe un determinado motivo contrario al hecho puesto como condición. Y por lo mismo, no se quiere si se realiza este hecho, de modo que es natural que, cumplida que sea la condición, los efectos ya producidos quedan sin causa jurídica, ya que se entendió por constituir algún negocio jurídico, si el hecho se hubiera realizado, desde el momento de la declaración de voluntad.

Consecuencia de la retroactividad de la condición resolutoria es que el negocio se tiene como no hecho y, por lo tanto, quedan sin eficacia jurídica los actos realizados por el que adquirió el derecho bajo condición resolutoria y, en cambio, son válidos los efectuados por el enajenante.

---

(38) COVIELLO, Nicolás, *op. cit.*, p. 414.

#### IV. DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

En base a todo lo antes expuesto, si bien ambas instituciones se asemejan por dejar sin efectos el contrato, sin afectar su existencia, podemos identificar las siguientes diferencias:

*a)* La condición resolutoria opera en todos los actos jurídicos (sean a título oneroso o sean a título gratuito), mientras que la cláusula resolutoria expresa sólo puede presentarse en contratos con prestaciones recíprocas (es decir, sólo a título oneroso).

*b)* La condición resolutoria se funda en un hecho futuro e incierto que puede incluso depender de la voluntad del deudor, sin que constituya una situación de incumplimiento, salvo que dicho deudor se comporte de mala fe. La cláusula resolutoria expresa, en cambio, se activa ante el incumplimiento de un deudor imputable (siempre que el acreedor lo haya constituido en mora).

Sucede pues que el cumplimiento de una prestación no es un evento condicional, sino un acto debido.

*c)* En caso se verifique la condición resolutoria, los efectos no se dan automáticamente, ya que se requiere un pronunciamiento del juez que declare la ineficacia del acto jurídico. A diferencia de ello, en el caso de la cláusula resolutoria, sólo se requiere de la comunicación del acreedor ejercitando el derecho (siempre que llegue al deudor), ya que en este caso, el artículo 1430° ha dispuesto que la resolución opera de pleno derecho (es decir, sin necesidad de pronunciamiento judicial).

Desde luego, siendo la resolución del contrato enteramente facultativa del acreedor en virtud de una cláusula resolutoria expresa, dicho acreedor puede optar por demandar el cumplimiento del contrato, y así no resolverlo.

*d)* Los efectos de la condición resolutoria son irretroactivos, mientras que los de la cláusula resolutoria expresa son parcialmente retroactivos, salvo pacto en contrario en ambos casos. La primera opera *ex nunc*, es decir se proyecta sobre el futuro, mientras que la segunda tiene efectos parcialmente *ex tunc*, pues estos se retrotraen al momento en que se verifica la causal que motiva la resolución.

*e)* Si se hubiera estipulado una cláusula resolutoria expresa y ésta se hubiera ejercido ante el incumplimiento de un deudor imputable, no habría duda que procedería una indemnización por los daños que se hubieran causado. En cambio, en la condición resolutoria el compor-

tamiento del deudor no califica como un incumplimiento en caso que la condición resolutoria se verifique en la realidad. Todo lo contrario, es así como las partes convinieron, aún cuando la condición resolutoria dependa del deudor. Por esta razón, no puede generarse una indemnización por la verificación de la condición resolutoria, salvo que el contrato disponga algo distinto.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las propias consecuencias (39) del artículo 166° del Código, el comportamiento del deudor debe ser acorde con las reglas de la buena fe, caso contrario, el incumplimiento de este deber, sí generaría daños.

---

(39) Si una de las partes actúa de mala fe para que no se verifique la condición en la realidad (cuando ello no le aprovecha), se entiende que la condición igualmente se ha verificado. Si, por el contrario, dicha parte actúa de mala fe para que en los hechos ocurra la condición (cuando ello le aprovecha), se entiende que la condición no se ha verificado.



# CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y “CLÁUSULAS DE ESTILO”

Carlos A. SOTO COAGUILA (1)

SUMARIO: 1. CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA.— 2. EFICACIA DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA. 3.— CONCLUSIONES.

## 1. CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

La “cláusula resolutoria expresa”, conocida también en la doctrina como “pacto comisorio”, (2) se encuentra regulada en el artículo 1430º del Código Civil peruano, cuyo texto transcribimos a continuación:

*“Artículo 1430º.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.*

*La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.*

Conforme autorizada doctrina peruana, la cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio “[...] es una cláusula (entendida en el sentido de estipulación) del contrato recíproco en virtud de la cual se con-

---

(1) Profesor de Derecho Civil. Consejero, Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

(2) La denominación, en la doctrina comparada, de pacto comisorio como sinónimo de condición resolutoria no alude el pacto comisorio que se utiliza en el derecho peruano, donde éste es utilizado para referirse al pacto por el cual el acreedor puede adjudicarse el bien otorgado en garantía, pacto que nuestro ordenamiento sanciona con nulidad. En el Derecho peruano se utiliza la nomenclatura de cláusula resolutoria expresa.

viene que el contrato queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo” (3).

El recordado maestro GUILLERMO A. BORDA, máximo exponente de la doctrina argentina, refiere que el pacto comisorio es la “[...] cláusula que permite a los contratantes reclamar la resolución del contrato cuando una de ellas no ha cumplido con las obligaciones a su cargo” (4).

Mediante la inclusión de una cláusula resolutoria expresa en un contrato, las partes acuerdan que el contrato se resolverá si alguno de ellos incumple con las obligaciones asumidas en dicho contrato. Por consiguiente, “La cláusula resolutoria es un elemento accidental del contrato y es necesario pactarla para que exista, a diferencia de la resolución por incumplimiento que es un elemento natural de todos los contratos recíprocos, de tal manera que procede su ejercicio aunque no haya sido estipulada, salvo que se haya renunciado a ella” (5).

Debemos precisar que el contrato *no se resuelve en forma automática* cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, sino cuando la parte fiel al contrato comunica a la parte infiel (la que incumplió sus obligaciones) su deseo e interés de hacer valer la cláusula resolutoria. Una vez que la parte infiel recibe la comunicación, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Como advierte MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, “[...] la resolución es ineficaz (no produce efecto) en tanto la parte fiel no pone en conocimiento de la infiel que desea hacer efectiva la resolución, caso en el cual, ésta opera de pleno derecho” (6).

En consecuencia, el efecto resolutorio del contrato está subordinado no sólo al incumplimiento, sino también a la declaración de querer hacer valer la cláusula resolutoria expresa.

## 2. EFICACIA DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

Las personas, sobre la base de su libertad contractual, pueden incorporar en sus contratos las cláusulas y condiciones que mejor

---

(3) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Lima, Palestra Editores, Tomo II, 2001, p. 442.

(4) Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1983, Tomo I, ps. 234/235.

(5) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *ob. cit.*, Tomo II, p. 443.

(6) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *ob. cit.*, Tomo II, p. 442.



convengan a sus intereses, siempre que no atenten contra el orden público, las buenas costumbres o las normas legales de carácter imperativo. En tal sentido, las partes tienen plena libertad para pactar e incluir en sus contratos una cláusula resolutoria expresa.

Con relación al pacto de la cláusula resolutoria expresa, nos preguntamos si para que las cláusulas resolutorias sean eficaces se requiere, además del incumplimiento, qué se haya convenido expresamente y qué con claridad se especifique los supuestos de incumplimiento de obligaciones que darán lugar a la resolución del contrato; o si, por el contrario, será eficaz la cláusula resolutoria pactada en forma genérica sin indicación específica del incumplimiento de obligaciones que darán lugar a la resolución.

En la exposición de motivos y comentarios al Código Civil peruano, los codificadores expresaron que “[...] la resolución a que nos estamos refiriendo tiene que haber sido convenida en forma expresa y, con fines de seguridad jurídica, la prestación que se incumple *debe haber sido establecida con la mayor precisión posible*” (7) (el subrayado es nuestro).

Para que no quede duda, en la propia Exposición de Motivos encontramos un modelo de cláusula resolutoria expresa:

“Un ejemplo del modelo que sanciona el artículo 1430, está dado por una cláusula que diga textualmente lo siguiente:

CLÁUSULA SEXTA: Queda expresamente convenido que el contrato se resolverá de pleno derecho, cuando el comprador no entregue el bien en el plazo convenido o el vendedor no pague el precio pactado, dentro del plazo fijado. Para que se produzca la resolución, el interesado deberá comunicarlo a la contraparte, dando a conocer que ha hecho valer la cláusula resolutoria” (8).

Sin perjuicio de la precisión formulada por los codificadores en la Exposición de Motivos, en el ejercicio profesional, es muy frecuente encontrar en diversos contratos con alguna de las siguientes cláusulas:

---

(7) Cfr. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984*. Compilada por delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, p. 91.

(8) Cfr. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984*, ob. cit., ps. 91/92. También se puede consultar la obra *Exégesis, Tomo I*, del doctor Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, Lima, Editora Rocarme, tercera edición, 1988, p. 207.

*“CLÁUSULA....- De conformidad con el artículo 1430, el contrato se resolverá de pleno derecho si alguna de la partes contratantes incumple con sus obligaciones.”*

*“CLÁUSULA....- Cuando alguna de las partes contratantes incumpla con las obligaciones asumidas en el presente contrato, éste se resolverá de pleno derecho de conformidad con lo previsto por el artículo 1430° del Código Civil peruano.”*

*“CLÁUSULA....- En este acto, ambas partes acuerdan que el contrato se resolverá de pleno derecho cuando una de ellas incumpla alguna de las obligaciones asumidas en el presente contrato, para lo cual bastará la comunicación con conducto notarial.”*

Frente a estos modelos de estipulaciones o pactos, debemos preguntarnos si dichas cláusulas son eficaces y, por consiguiente, idóneas para resolver un contrato de pleno derecho cuando una de las partes incumple con sus obligaciones.

Sobre el particular, calificada doctrina peruana distingue la cláusula resolutoria expresa de las llamadas *cláusulas de estilo*, advirtiendo que la cláusula resolutoria expresa “debe referirse específicamente a determinadas obligaciones previstas en la cláusula resolutoria o a específicas modalidades”; (9) pero si “la cláusula se refiere a todas las obligaciones a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se trataría de una mera cláusula de estilo que no conduciría a la aplicación del artículo 1430° del (Código Civil peruano)” (10).

Para una mejor comprensión del estado de la cuestión de la doctrina peruana, recordaremos que el antecedente del artículo 1430° del Código Civil peruano fue el artículo 1456° del Código Civil italiano, cuyo texto se transcribe a continuación:

*“1456°. Cláusula resolutoria expresa.- Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelve en el caso que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas.*

*En este caso, la resolución se produce de pleno derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que pretende valerse de la cláusula resolutoria.”*

La calificada doctrina italiana —entre los que podemos mencionar a Rodolfo SACCO, Renato SCOGNAMIGLIO, MOSCO, MIRABELLI— que ha comentando este artículo, ha dicho que:

(9) Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *ob. cit.*, Tomo II, p. 444.

(10) Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *ob. cit.*, Tomo II, p. 444.

[...] la cláusula resolutoria expresa debe contener la indicación concreta de las modalidades singulares cuya inobservancia se considera esencial por las partes; porque *si la cláusula se refiriese de modo genérico a todos los eventuales incumplimientos, se convierte en una cláusula de estilo* y tendría la misma eficacia que la cláusula resolutoria tácita esto es, del remedio contemplado en el art. 1453° y, por consiguiente, sería superfluo e inútil su inclusión en el contrato”. (11) (El subrayado es nuestro).

“La cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución: *si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se entiende como cláusula de estilo*, y se tiene por no puestas: esta conclusión se deriva de la limitación ‘determinada’, antepuesta en el artículo 1456° del Cód. Civ. al término ‘obligación’ (12)”. (el subrayado es nuestro).

[...] la cláusula expresa adquiere principalmente el valor de una predeterminación de las hipótesis de incumplimiento que, según el pacto de los interesados, pueden determinar la resolución; y se explica que en presencia de una cláusula de tal índole, no se permita averiguación alguna sobre la entidad mayor o menor del incumplimiento. Pero para que ello ocurra es precisa la referencia expresa a las hipótesis de incumplimiento a las cuales se atribuye esa relevancia; de manera que *si los estipulantes se limitan a indicar en términos genéricos que el contrato se considerará resuelto en caso de incumplimiento, lo natural es pensar que ellos pretendieron simplemente aludir superfluamente al remedio general del art. 1453° cit., por medio de una cláusula de estilo* (y entonces corresponderá el Magistrado valorar concretamente la entidad del incumplimiento)” (13). (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, la doctrina italiana diferencia una cláusula resolutoria expresa de una cláusula de estilo, advirtiendo (tanto la doctrina como la jurisprudencia) que *la cláusula de estilo es aquella pactada en sentido genérico y que por ende, no tiene ninguna eficacia, llegando algunos tratadistas a sostener que se estaría frente a una cláusula inútil*.

---

(11) Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, ps. 349/350.

(12) Cfr. SACCO, Rodolfo, *La resolución por incumplimiento*. En: “Estudios sobre el contrato en general”, AA.VV., Lima, ARA Editores, 2003, p. 910.

(13) Cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinstrosa, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 272.

Los comentarios al artículo 1456° del Código Civil italiano son perfectamente aplicables al artículo 1430° del Código Civil peruano, ya que constituye su antecedente legislativo inmediato.

Hugo FORNO, que no comparte esta posición, pone de manifiesto lo siguiente:

“[...] para que la cláusula surta efectos debe indicarse en ella con toda precisión la obligación u obligaciones cuya inobservancia facultará al acreedor a resolver la relación contractual” (14).

El mismo autor, citando al tratadista italiano MIRABELLI, señala que la cláusula:

“[...] debe referirse a específica y determinada obligación prevista en el contrato o a específica y determinada modalidad, y añade que debe ser, por tanto, rigurosamente comprobado si tal determinación existe o bien si se trata de una cláusula de estilo con lo cual las partes no tendrán más que reclamar el efecto resolutorio general y no podrá prescindirse del ejercicio de la acción judicial de resolución o accionar el mecanismo de la resolución por autoridad del acreedor” (15).

Comentando la legislación peruana, Hugo FORNO expresa que *“Nuestro Código Civil en su artículo 1430° recoge este postulado cuando señala que la prestación debe ser determinada y luego, con inusual reiteración, agrega que ésta debe establecerse con toda precisión”* (16) (el subrayado es nuestro).

Sobre el particular, el maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE sostiene que:

“Ello ha llevado a parte importante de la doctrina italiana y también de la peruana a opinar en el sentido de que la cláusula debe referirse específicamente a determinadas obligaciones previstas en la cláusula resolutoria o a específicas modalidades, considerándose que si la cláusula se refiere a todas las obligaciones a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se trataría de una mera cláusula de estilo que no conduciría a la aplicación del artículo 1546° del Código italiano o del artículo 1430° del peruano, sino a la del artículo 1453° del primer Código o del artículo 1428° del segundo, o sea a la resolución judicial por incumplimiento, como ocurre en todo caso de falta de cumplimiento de

---

(14) Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo, *Resolución por incumplimiento*. En: “Temas de Derecho Contractual”, AA.VV., Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1987, p. 115.

(15) Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo, *ob. cit.*, ps. 115/116.

(16) Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo, *ob. cit.*, p. 116.

prestaciones en un contrato con prestaciones recíprocas, por lo cual la cláusula sería superflua e inútil”.

Sin perjuicio de la distinción entre una cláusula resolutoria expresa y una cláusula de estilo, Hugo FORNO sostiene que “[...] mientras la cláusula no deje lugar a duda que las partes ha (sic) querido reservarse con ella la facultad de resolver el contrato de pleno derecho, una referencia al incumplimiento de las obligaciones o a la inejecución de las prestaciones en general hubiera sido suficiente para que tal cláusula fuera susceptible de producir plenos efectos” (17). En consecuencia, para este autor, la cláusula pactada en sentido genérico (denominada por la doctrina como cláusula de estilo) sería eficaz y por lo tanto exigible, ya que la autonomía de la voluntad de las partes es soberana y no se viola ningún principio de orden público al pactarla en un contrato en particular.

No obstante, para Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, “[...] según los Códigos civiles de Italia y del Perú no cabe otra solución que establecer con toda precisión cuáles son las prestaciones cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación del pacto comisorio, quedando excluidas las prestaciones a las que se haga referencia de manera general, por claros que sean los términos del pacto, respecto a que el incumplimiento de tales prestaciones da lugar a la resolución de pleno derecho” (18).

Por último y en forma categórica, Manuel DE LA PUENTE expresa que:

“La resolución de pleno derecho es una medida excepcional, que sólo debe ser aplicable para el caso de aquellas prestaciones que las partes consideran de importancia determinante para la celebración de un cierto contrato, de tal manera que su incumplimiento (inejecución) lesiona gravemente los intereses que motivaron tal celebración. No cabe pensar que todas las prestaciones pactadas en un contrato tienen esta importancia determinante, pues la experiencia de la contratación pone de manifiesto que ello no es así. No debe desconocerse, desde luego, que muchas prestaciones consideradas como secundarias, cobran especial interés en las circunstancias particulares de cada contrato, pero de allí a afirmar que todas las prestaciones, sean a cargo de una de las partes o de ambas, son determinantes hay un abismo (sic). En realidad, conceder valor a la cláusula resolutoria expresa que cubre el incumplimiento de las prestaciones en general pactadas en el contrato, significa tomar un seguro respecto a que cualquier incumplimiento, sea cual fuere su

---

(17) Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo, *op. cit.*, p.117.

(18) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *ob. cit.*, p. 446.

importancia, da lugar a la resolución de pleno derecho, lo cual desvirtúa el carácter excepcional del pacto comisorio. En la medida que una cláusula resolutoria se convierte en de estilo, pierde sentido el que se le conceda un tratamiento reservado expresamente por la Ley para las cláusulas que precisan las prestaciones cuya inejecución da lugar a la resolución de pleno derecho” (19).

Personalmente, no compartimos la opinión de la calificada doctrina peruana, toda vez que sobre la base de la autonomía privada, las partes contratantes pueden incorporar una cláusula resolutoria expresa, declarando:

a) En forma detallada las obligaciones de una de las partes o de ambas cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución.

b) En forma genérica todas las obligaciones cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución.

c) En forma específica que obligaciones de una de las partes o de ambas no darán lugar a la resolución del contrato.

En consecuencia, las partes contratantes pueden convenir y moldear la cláusula resolutoria según sus intereses.

A ello debemos agregar que un contrato no siempre está conformado por una obligación, sino por un conjunto de obligaciones, por lo que si la común intención de las partes es convenir que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato dará lugar a la resolución del contrato, bajo la óptica de la doctrina que sostiene que la cláusula resolutoria expresa es tal cuando las partes han precisado en forma específica qué incumplimiento de obligaciones dará lugar a la resolución, las partes tendrían que detallar en la cláusula resolutoria, nuevamente, todas las obligaciones que se encuentran a lo largo de todo el contrato, lo que en la práctica implicaría redactar casi otro contrato.

Algunos operadores del derecho podrían alegar, en defensa de la especificidad de la cláusula resolutoria expresa, que bastaría con hacer remisión de las cláusulas que contienen las obligaciones que darán lugar a la resolución del contrato.

Sin perjuicio de la solución práctica mencionada en el párrafo anterior, nos parece ilógico que no se respete la libertad contractual de las partes, ya que si los contratantes desean pactar, y así lo declaran

---

(19) Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *ob. cit.*, p. 447.

expresamente en el contrato, que éste se resolverá de pleno derecho cuando se incumpla cualquiera de las obligaciones, no queda la menor duda de que ambas partes están acordando libre y voluntariamente que el incumplimiento de una obligación, sea principal o accesoria, importante o no, dará lugar a la resolución del contrato.

En este contexto, la distinción entre la cláusula resolutoria expresa y una cláusula de estilo, deviene en una de las tantas elucubraciones conceptuales de los juristas.

En nuestra opinión, nada impide a las partes pactar una cláusula resolutoria en sentido genérico o específico.

Sin embargo, debemos informar que mayoritariamente la doctrina peruana no participa de nuestra opinión, por lo que considero conveniente advertir de los riesgos que conllevaría incluir una cláusula resolutoria en sentido genérico, ya que algunos operadores del derecho (abogados, magistrados, notarios, registradores, etc.) pueden interpretar el artículo 1430° en el sentido de que una cláusula resolutoria expresa es eficaz solamente cuando se haya precisado en forma específica y detallada el incumplimiento de obligaciones que darán lugar a la resolución del contrato, y nieguen eficacia y exigibilidad a las cláusulas resolutorias genéricas o cláusulas de estilo.

### 3. CONCLUSIONES

Luego del análisis realizado, podemos concluir lo siguiente:

3.1. La cláusula resolutoria expresa es el pacto o estipulación mediante el cual las partes acuerdan que la relación contractual creada por el contrato se resolverá de pleno derecho (sin necesidad de sentencia judicial), cuando una de ellas incumpla con una o más obligaciones contractuales. Lo que se extingue no es el contrato, sino la relación contractual creada por el contrato. En este sentido, es común encontrar que la doctrina utiliza indistintamente y como sinónimos los términos “resolución del contrato” y “resolución de la relación contractual creada por el contrato”.

3.2. Conforme lo dispone el artículo 1430° del Código Civil peruano, la prestación que dará lugar a la resolución, debe establecerse con toda precisión. Amparándose en este supuesto normativo, la doctrina peruana, mayoritariamente sostiene que la cláusula resolutoria debe contener en forma específica, taxativa, detallada y precisa cada una de las obligaciones de una parte (o de ambas) que darán lugar a la resolución de la relación contractual.

3.3. La doctrina tradicional diferencia la cláusula resolutoria expresa de la cláusula de estilo. Esta última, es la cláusula por la cual las partes acuerdan en forma genérica, sin especificar cada una de las obligaciones, que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones dará lugar a la resolución de pleno derecho del contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1430° del Código Civil peruano. En este sentido, las cláusulas de estilo que se pacten en los contratos no tendrán ninguna eficacia y, por tanto, no servirían para resolver la relación contractual creada por el contrato, ya que dichas cláusulas no tienen el valor de una cláusula resolutoria expresa.

3.4. Nuestra opinión, minoritaria por cierto, es distinta y opuesta a la postura tradicional y mayoritaria de la doctrina peruana. Nosotros consideramos válido y eficaz el pacto por el que las partes acuerdan (precisando en forma específica o genérica las obligaciones) que el incumplimiento de una o más obligaciones asumidas en el contrato dará lugar a la resolución del contrato de conformidad con el artículo 1430° del Código Civil. En tal sentido, los términos “determinada prestación” y “establecida con toda precisión” del artículo 1430°, aluden al pacto resolutorio y no a las prestaciones en sí mismas. El fundamento de nuestra tesis se encuentra en los principios contractuales de la autonomía privada y la libertad contractual de las partes contratantes.



# LA INTIMACIÓN EN MORA COMO REQUISITO PARA RESOLVER UNA RELACIÓN OBLIGATORIA, ¿SE EXTIENDE A LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA? <sup>(1)</sup>

Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA <sup>(2)</sup>

SUMARIO: 1. FUNDAMENTOS DE LA CAS. N° 1423-2003 LIMA. — 2. PRECISIONES PREVIAS. — 3. COMENTARIO Y CRÍTICA.

## 1. FUNDAMENTOS DE LA CAS. N° 1423-2003 LIMA

**Primero.-** *Que, como se desprende de autos el recurrente interpuso demanda de desalojo por ocupación precaria dirigiendo su pretensión contra Víctor Durán Nieva, argumentando que al haber quedado resuelto el contrato denominado “Precontrato de Promoción de Venta” corriente a fojas seis, por haberse ejercitado la facultad contenida en la cláusula séptima del mencionado acuerdo contractual mediante cartas de fojas nueve y diez, el emplazado ocupa el inmueble materia de litis precariamente, razón por la cual solicita la restitución.*

**Segundo.-** *Que el emplazado al absolver el traslado de la demanda, negó todos los extremos de la acción incoada sosteniendo que el contrato indicado no puede ser resuelto ya que para que opere la resolución ésta debe ser declarada judicialmente además de que las aludidas*

---

(1) El presente comentario se ha elaborado con base en la Casación N° 1423-2003-LIMA, de fecha 12 de octubre de 2004, que abordó los temas de la resolución extrajudicial de la relación obligacional por autoridad del acreedor y la resolución en razón del ejercicio de una cláusula resolutoria expresa, regulados en los artículos 1429° y 1430° del Código Civil.

(2) Jueza Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de Derecho Civil en la Academia de la Magistratura.

*cartas resolutorias no fueron cursadas por el actor sino por el abogado de la empresa Contratistas Monroy Sociedad de Responsabilidad Limitada, debiendo tenerse en cuenta que el precontrato acotado es solo un documento privado sin eficacia jurídica para la pretensión que se discute.*

**Tercero.-** *Que tramitada la causa con arreglo a ley, el a quo mediante sentencia de fojas ciento cincuentaitrés, amparó la pretensión demandada esgrimiendo entre otros fundamentos de su decisión que el título que legitimaba al demandado como poseedor del bien sublitis feneció al haber quedado resuelto de pleno derecho el precontrato de promoción de venta del inmueble que dio origen a su posesión legítima, es estricta aplicación por parte del demandante de su cláusula séptima toda vez que el emplazado incumplió con el pago de las letras de cambio en las fechas pactadas no obstante haber sido requerido notarialmente, por lo que se encuentra incurso en los alcances del artículo 911º del Código Civil teniendo la calidad de ocupante precario respecto al inmueble materia de la demanda.*

**Cuarto.-** *Que la Sala de vista al absolver el grado revocó la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda arribando a la conclusión de que con lo actuado en autos y expuesto por las partes, el demandado no tiene condición de precario del bien sub iudice porque ha ingresado a la posesión del inmueble en base a un título que lo hace poseedor legítimo y de buena fe cuyo título no puede ser objetado en tanto no provenga de una resolución judicial, que así lo declare, siendo evidente que en este proceso no puede discutirse la validez y situación del demandado, quien alega derecho de propiedad y validez del título con que posee el predio.*

**Quinto.-** *Que en ese orden, analizando el agravio denunciado debe precisarse que de acuerdo al artículo 1353º del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a una norma legal de carácter imperativo; y, en tal sentido, el artículo 1430º del cuerpo legal citado prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión; y que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, previsión que también se encuentra contenida en el artículo 1429º del mismo Código que establece que la parte perjudicada con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga su prestación caso contrario el contrato queda resuelto de pleno derecho.*

**Sexto.-** *Que las citadas normas establecen con carácter imperativo que la resolución convenida de pleno derecho opera solo cuando a la parte deudora se le comunica de dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de tal decisión mediante notificación válida, puesto que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objetivo se estará ante una resolución unilateral, contraria a la propia naturaleza de los contratos, colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad pues continuará actuando en la creencia de que el contrato aún se encuentra vigente.*

**Sétimo.-** *Que en el presente caso, de la cláusula séptima del contrato sub examine se lee “en caso de incumplimiento por parte del adquirente o dejara de pagar hasta tres letras consecutivas, la vendedora se reservará el derecho de rescisión automáticamente del contrato”.*

**Octavo.-** *Que, bajo este contexto, se arriba a la conclusión de que la referida cláusula guarda concordancia con el texto expreso de los artículos 1429° y 1439° del Código Civil, siendo que la parte actora cumplió con las disposiciones de las referidas normas pues cursó carta notarial requiriendo al demandado el pago de las cuotas vencidas, solicitando y concediéndole un plazo para que cumpla con la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato toda vez que esta opción resolutoria ya había sido pactada en el contrato indicado conforme al artículo 1430° del Código Civil, circunstancia que se advierte de los documentos de fojas siete a diez, misivas que no fueron contestadas por el emplazado, con lo que reconocía el derecho del recurrente de decidirse por la resolución de pleno derecho, quedando expedito para solicitar judicialmente la entrega del inmueble.*

**Noveno.-** *Que siendo así, resulta evidente que el título que ostentaba antes el demandado para poseer el inmueble sub-litis, ha fenecido, deviniendo entonces su posesión en precaria de acuerdo a lo previsto en el artículo 911° del Código Civil, en tal virtud, la casación sustentada en la inaplicación de los artículos 1429° y 1430° del Código Civil resulta amparable.*

**DECISIÓN:** *Estando a las consideraciones precedentes [...] Declararon FUNDADO el recurso de casación de fojas [...], en consecuencia CASARON la sentencia de vista [...]; Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia apelada [...].*

## 2. PRECISIONES PREVIAS

Previamente a ingresar al análisis correspondiente, resulta pertinente precisar lo relativo a algunos términos jurídicos empleados por

la Resolución bajo comentario —y que en mi opinión son erróneos—, los mismos que aparentemente venían siendo utilizados de ese modo desde las instancias inferiores, así como por las propias partes; ello, por cuanto considero que el lenguaje jurídico ha de ser unívoco a fin de no incurrir en imprecisiones y/o confusiones a lo largo del desarrollo del problema.

El demandado, señor Durán, celebró un contrato con la empresa Contratistas Monroy. Este contrato fue denominado “precontrato de promoción de venta”, pero por los hechos expuestos y en aplicación del principio de primacía de la realidad, se trata de un contrato definitivo de compraventa de inmueble (el señor Durán pasó a ocupar el bien y se obligó al pago del precio, siendo precisamente el incumplimiento de la prestación a su cargo lo que ha originado esta controversia).

Es de señalar que resulta común que tanto las partes como inclusive algunos magistrados incurran en el error de denominar “precontrato”, “contrato preparatorio”, “promesa de contrato”, “contrato de promesa” o “contrato preliminar” a contratos que no tienen esa naturaleza, es decir, que no son contratos preparatorios (que tienen como prestación una conducta de hacer, que será la celebración futura del contrato definitivo, y que se encuentran regulados en nuestro C.C. en los arts. 1414° y ss.), sino que son contratos definitivos (de compraventa, de arrendamiento, de comodato, de prestación de servicios, etc.).

En el presente caso, la verdadera naturaleza del contrato es de compraventa, lo que explica la prestación de dar un bien y a cambio recibir el pago de un precio. Establecer esto es importante, dado que el incumplimiento en el pago de un precio no es posible en un contrato preparatorio.

El demandado aduce que *al ser el contrato un simple documento privado carece de eficacia jurídica*, lo que es erróneo por cuanto la compraventa es un contrato consensual que no requiere formalidad (la ley ni siquiera le asigna una formalidad *ad probationem*), por lo que surte sus efectos jurídicos propios; además, no debe confundirse el contrato con el documento que lo contiene. Ello es trascendente para el caso también, dado que de no haber surtido efectos el negocio jurídico, ninguna de las partes habría incurrido en incumplimiento.

La cláusula séptima del contrato denomina “rescisión” a lo que se entiende debe decir “resolución”, siendo un mero error en la denominación (al igual que en la terminología de “precontrato”); lo que prima es la naturaleza de las cosas y no el nombre que se les asigna. Con esta

aclaración se pretende evitar que se confundan los efectos de cada una de esas figuras, que son disímiles en cuanto a su concepto, supuestos de hecho y alcances.

Es erróneo confundir “resolución unilateral” con la “comunicación defectuosa de la resolución.” (Como lo hace la Resolución en comentario, al señalar que la resolución unilateral es la que se lleva a cabo cuando se resuelve un contrato sin comunicar a la otra parte), por cuanto la resolución unilateral es la que efectúa una parte sin motivo o causa —o sin indicación del motivo, en caso éste existiera— (por ejemplo, el caso del pacto de retroventa —art. 1586º—). Y éste no es el caso presente, por cuanto aquí se trata de estudiar precisamente una causal de resolución clara y precisa.

Finalmente, no es propio decir que se resuelve un contrato (pues el contrato es un acuerdo de voluntades que da nacimiento a una relación obligacional), sino lo que es objeto de resolución es la relación jurídica creada por éste.

### 3. COMENTARIO Y CRÍTICA

*“Artículo 1429º.- En el caso del artículo 1428º la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.*

*Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.*

*Artículo 1430º.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.*

*La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.*

Discrepo con la posición que se infiere de la resolución en comentario, relativa a la intimación en mora previa al ejercicio de la facultad contenida en la cláusula resolutoria expresa pactada por las partes, por considerarla no solo inútil, sino ajena a la finalidad y naturaleza de ambas figuras y, sobre todo, perjudicial para el desenvolvimiento eficiente del intercambio de bienes y servicios, que constituye la razón de ser del Derecho de obligaciones.

Coincido en que, en este caso, la relación jurídica obligacional fue resuelta. Empero, en el referido caso bajo análisis no ha habido, a mi criterio, aplicación de la cláusula resolutoria expresa por parte del acreedor.

En este caso existía una cláusula resolutoria expresa (séptima), la misma que podía ejercerse ante el incumplimiento de la prestación establecida, es decir, el vendedor/acreedor tenía habilitado el derecho a decidir que se resuelva la relación obligacional ante el incumplimiento del deudor del pago de 3 letras (*“en caso de incumplimiento por parte del adquirente o dejara de pagar hasta tres letras consecutivas, la vendedora se reservará el derecho de rescisión automáticamente del contrato”*). Este incumplimiento, establecido con precisión por las partes en el contrato, ocurrió, de modo que con la sola comunicación al deudor en ese sentido, la resolución se produciría de pleno derecho.

Esta cláusula —que las partes pactaron en uso de su autonomía privada— tiene como característica la de la especificidad, lo que se plasmó en lo relativo a las tres letras consecutivas (lo cual va en armonía sistemática con el artículo 1561° C.C., que trata sobre el derecho del acreedor de resolver el contrato de compraventa o dar las cuotas restantes por vencidas en caso no se paguen 3 cuotas sucesivas), y se encontraba al alcance del acreedor, quien en mérito de ella podía poner fin al contrato de inmediato en cuanto verificase fácticamente el incumplimiento de su deudor.

Sobre este punto, debo señalar que las tendencias actuales respecto de la cláusula resolutoria expresa —que, en lo particular, suscribo—, se orientan a que el art. 1430° es una norma especial que sale fuera del supuesto general del incumplimiento, tanto en cuanto a la intimación en mora a la resolución por autoridad del acreedor, supuestos ambos que tienen como base ***el interés del acreedor en la prestación*** y, por ende, en la conservación de la relación jurídica (al menos temporalmente, en la procura de la prestación a cargo del deudor). En cambio, el supuesto de la cláusula resolutoria expresa precisamente no tiene como eje ni base el interés en mantener la relación ante el incumplimiento, sino, por el contrario, se fundamenta en la situación de desinterés del acreedor en continuar dentro de ella en caso su deudor incumpla prestaciones específicas, por lo que esta cláusula gira en torno a la resolución automática (una vez comunicada al deudor) en cuanto ocurra el incumplimiento establecido por las partes en pacto expreso y en base a la autonomía privada.

Así, por acuerdo expreso de las partes, que la han pactado (el art. 1430° no es norma de aplicación supletoria, sino es una norma que faculta a que las partes acuerden de manera expresa sobre una situación concreta, dotando de una solución práctica y eficiente a casos de incumplimientos específicos que de producirse eliminen el interés del acreedor en continuar con la relación, y lo liberen de ella; por ello la cláusula contractual ha de pactarse de manera específica y clara), y cuyo sustento es el interés del acreedor, quien ante el incumplimiento del deudor no desea ya conservar la relación ni quiere la prestación, sino que prefiere separarse de la relación jurídica de manera definitiva.

Este aspecto (el interés del acreedor) va en armonía con el fundamento del derecho de resolución por incumplimiento voluntario, el cual es suscrito y adoptado por el legislador nacional en la propia Exposición de Motivos del C.C.: “La resolución no es una sanción a cargo del incumplimiento, sino un medio para liberar a la parte no incumpliente, y para restituirle la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que le ha faltado”.

En esto la cláusula resolutoria expresa se asimila de manera sistemática, lógica y consistente al supuesto normativo de la mora automática —por la que no será necesario ya constituir en mora al deudor, pues de suyo viene conjuntamente con el incumplimiento—, especialmente al leer con atención el artículo 1333°, inciso 2, del C.C. (“*No es necesaria la intimación para que la mora exista cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla*”). Aquí se aprecia que el interés del acreedor desaparece ante un incumplimiento determinado, lo que se ha establecido en la propia cláusula resolutoria expresa, por lo tanto la cláusula resolutoria expresa que pactan las partes está indicando claramente que la prestación cumplida en un determinado momento y forma fue el motivo determinante para contraer la obligación.

El sentido de esto es tan obvio que de no entender esta figura de esta manera, se podría concluir que no habría necesidad alguna de pactar tal cláusula, pudiendo siempre las partes acudir al art. 1429°, que vendría a ser, en los hechos, lo mismo que intimar en mora al deudor para luego resolver “de pleno derecho” el contrato en base al incumplimiento, haya sido éste especificado por las partes o no.

En suma, una interpretación del art. 1430° en el sentido de que es necesario intimar en mora primero para luego hacer uso de la cláusula resolutoria expresa, torna en inútil al art. 1430°, puesto que exactamente lo mismo se obtiene del art. 1429°, por lo que sobraría el art. 1430°.

Respecto del artículo 1429°, se ha dicho que:

*“Se debe destacar que la inclusión de dicho plazo supone que el contratante cumplidor no ha visto completamente comprometido su interés en el cumplimiento debido por la verificación del incumplimiento de su contraparte, lo que ha sido visto por algún sector doctrinal nacional, no sin muy buenas razones, como el defecto de la institución, puesto que el acreedor no cuenta con un instrumento de resolución extrajudicial, que no requiera de estipulación previa, para el caso en que ya no tenga en absoluto interés en el cumplimiento sino más bien en la inmediata y directa resolución de la relación contractual (FORNO FLORES). En tal sentido, se ha dicho, que el mecanismo de resolución analizado es bastante peculiar porque parece conjugar en un solo procedimiento dos alternativas incompatibles; se trata por una parte, de la exigencia de cumplimiento que constituye nada menos que el ejercicio del derecho de crédito, es decir, la pretensión de la ejecución de la prestación; y por otro lado, de la resolución, esto es, la destrucción de la relación contractual y por ende la extinción del referido derecho de crédito, en suma, su no ejecución (FORNO FLORES). Se conjugan dos intereses contrapuestos: el interés satisfactivo y el interés liberatorio en momentos sucedáneos, hecho que se encuentra previsto y determinado por el contratante que utiliza este mecanismo. La explicación más lógica se encuentra en que el plazo que se impone es una suerte de puente entre ambos momentos, que reflejan intereses contrapuestos, porque el vencimiento del plazo marca el instante, anticipado en el contenido de la intimación, en que decae el interés en la ejecución de la prestación para dar paso al interés del acreedor en la liberación (FORNO FLORES)” (3).*

En los dos casos (art. 1429° y art. 1430°) se necesita comunicación al deudor. Pero, reitero, en el primero, esta comunicación solo anuncia la posibilidad de una resolución y da un plazo, *orientado a convertir* el incumplimiento en una resolución de pleno derecho. En el segundo la tiene por realizada: *el contrato terminó*. Es por ello que la norma (art. 1430°) establece la necesidad de establecer en el contrato

---

(3) PALACIOS MARTÍNEZ, ERIC, y PACHAS BUSTILLO, Jorge Luis, “Resolución de Pleno derecho. Comentario al artículo 1429° del Código Civil”. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. T. VII, Lima, Gaceta Jurídica editores, primera edición noviembre 2004, p. 519.



con exactitud y precisión la prestación o prestaciones cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución de pleno derecho.

En otras palabras, por medio de esta cláusula las partes han establecido por acuerdo mutuo que determinado incumplimiento constituirá un incumplimiento jurídico. Ante él el acreedor tendrá habilitada la vía directa para resolver la relación obligatoria sin necesidad de dar más pasos que los establecidos en el propio art. 1430°.

Así, exigir al acreedor que, ante el incumplimiento de su deudor, pida primero el cumplimiento de la prestación (la cual ya no le interesa y que por lo demás lo había dicho previamente en el propio contrato, en la cláusula resolutoria expresa) a su deudor para poder inmediatamente después resolver la relación entre ambos, constituye una desnaturalización tanto de la figura y finalidad de la cláusula resolutoria expresa, como una distorsión nada saludable del propio principio —ya obsoleto y duramente cuestionado, por lo demás— del *favor debitoris*. En un símil figurativo, vendría a ser como establecer una suerte de “barrera burocrática” inútil y desprovista de racionalidad a la facultad de poner fin al contrato ante la conducta infiel del contratante que incumple, lo cual resulta ineficiente y perjudicial al tráfico de bienes y servicios, además de recargar al Poder Judicial con controversias que solo favorecen al incumplidor.

En síntesis, para ejercer la atribución de la cláusula resolutoria expresa (art. 1430°), en mi opinión, no se requiere intimación previa u otorgar un plazo de gracia o dar un pre-aviso, porque para el acreedor es un incumplimiento definitivo que frustra su interés.

Esta posición, que se aprecia no es compartida por la Sala Suprema, tampoco lo es por parte de la doctrina nacional, particularmente por el recordado maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien señala lo siguiente:

*“Cita Alvarez Vigaray una sentencia del Tribunal Supremo de España que se pronuncia en el sentido que en el pacto comisorio expreso no es preciso colocar en mora al deudor. Ripert y Boulanger mencionan un fallo de la Corte de Casación de Francia en el mismo sentido.*

*Sin embargo, esta posición no es compartida por la mayoría de la doctrina [Guillermo A. BORDA, Jorge MOSSET ITURRASPE, Jorge Lavalle Cobo] que considera, justificadamente, que el supuesto de funcionamiento del pacto comisorio es que la parte infiel haya incumplido la prestación prevista en éste. Como la intimación en mora, cuando ésta no es automática, es lo que da valor jurídico al incumplimiento, lo que lo hace nacer para la vida del Derecho, el incumplimiento precisado en el pacto comi-*

*sorio no cobraría realidad, sino por medio de la constitución en mora a la parte infiel, que es lo que la colocaría en condición de incumplidora” (4).*

Asimismo,

*“[...] para que el deudor quede constituido en mora (entiéndase, incumplimiento contractual) es preciso un retardo en la ejecución de la obligación, sin duda un retardo que le sea imputable, y adicionalmente, la intimación judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor, salvo en los referidos casos de mora automática excluidos por el artículo 1333° del Código.*

*En tal sentido, la cláusula resolutoria expresa es aplicable solo en los casos en que se presenta una situación jurídica de incumplimiento de parte del deudor, vale decir, luego de que el acreedor le ha exigido el cumplimiento de determinada obligación que aquél no ejecutó” (5).*

Como he venido explicando a lo largo del presente comentario, discrepo —muy respetuosamente— del citado criterio, que considera que la intimación en mora habilita la facultad de resolver la relación obligacional en base a la cláusula resolutoria expresa.

En el presente caso no se hizo uso de la facultad del artículo 1430, sino que se optó por la resolución extrajudicial (por autoridad del acreedor, alternativa otorgada por la Ley —art. 1429°—), remitiendo el acreedor una carta notarial al deudor —ante el incumplimiento de éste— en la que *le requirió que cumpla* dentro del plazo de ley con el pago de las cuotas vencidas, bajo apercibimiento de resolverse el contrato (fundamento octavo de la sentencia). Es decir, se optó por el requerimiento y al no darse éste, el contrato quedó resuelto.

De esta manera, considerando el concepto de la cláusula resolutoria expresa y la no necesidad de intimación en mora para “habilitarla”, es consecuente concluir que ante el incumplimiento (el delineado en la cláusula resolutoria o cualquier otro incumplimiento), la remisión por parte del acreedor al deudor de una carta notarial al deudor en la que le otorga un plazo (que se asumió no inferior a 15 días ante la

---

(4) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, T. II, Lima, Palestra Editores, 2001, p. 457.

(5) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, y BARBOZA BERAÚN, Eduardo, “Cláusula Resolutoria Expresa y Condición Resolutoria”. En: *Colección Derecho Patrimonial*. T. I: *Incumplimiento Contractual y Tutela del Acreedor*. Consejo Editorial: Manuel DE LA PUENTE y LAVALLE, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, Eduardo BARBOZA Beraún, Luciano BARCHI VELA OCHAGA, Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, Carolina DE TRAZEGNIES THORNE, Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Carlos A. SOTO COAGUILA, Lima, Girjley, 2007, ps. 24/25.

falta de datos de la sentencia) para que cumpla, bajo apercibimiento de resolver el contrato, significa que optó por la alternativa normativa del art. 1429°.

Por ello, se concluye que el acreedor podía haber hecho uso de la cláusula resolutoria expresa, pero como conservaba interés en la prestación, eligió requerir al deudor para que cumpla con ella, lo que es contrario al ejercicio de la cláusula resolutoria expresa, que, como se ha señalado, está diseñada por el legislador con la finalidad de centrarse en la falta de interés del acreedor en la prestación y su deseo e interés expreso de apartarse del contrato definitiva e irrevocablemente.

Es así que, en el caso bajo análisis, el acreedor —quien conservaba el interés en la prestación a recibir— descartó la fórmula del art. 1430° y empleó la norma supletoria en el C.C., consagrada en el art. 1429°. Ahora bien, dado que el deudor, a pesar del plazo de gracia final dado en mérito del art. 1429°, no cumplió (o mejor dicho, persistió en el incumplimiento), el contrato se resolvió de pleno derecho al término de ese plazo último, todo ello en concordancia con el art. 1429°.



# REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA MORA DEL DEUDOR: ALGUNOS TEMAS PUNTUALES

Carlos CÁRDENAS QUIRÓS (1)

**SUMARIO: 1. INTERÉS DEL ACREEDOR Y MORA DEL DEUDOR. 2.— MORA DEL DEUDOR Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 3.— INDEMNIZACIÓN Y MORA EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS.— 4. REGULACIÓN DIFERENCIADA DE LOS INTERESES POR MORA EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS Y NO DINERARIAS. 5.— MORA Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.**

## 1. INTERÉS DEL ACREEDOR Y MORA DEL DEUDOR

A propósito de la mora, se suele enfatizar en el hecho del retraso por causas imputables al deudor como determinante para su configuración, salvo algún caso de excepción como el que consagra el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 1333º en que la mora operará automáticamente por la circunstancia de no haber podido el acreedor interpellar al deudor por causas imputables a éste. Tal retraso presupone, evidentemente, que la prestación debida todavía es posible de ejecutarse objetivamente hablando.

Ciertamente no podrá haber mora sin presentarse el retraso tratándose de una obligación a plazo.

No obstante, puede presentarse tal retraso y estar descartada la posibilidad de que la mora se configure.

En efecto, si el interés del acreedor ya no se encuentra presente habiendo vencido la obligación sin que el deudor hubiera procedido

---

(1) Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho.

a la ejecución oportuna de la prestación, estrictamente no procederá hablarse de una situación de mora.

Esto tiene especial aplicación y relevancia en el caso de la mora con interpelación. El acto de interpelación en la llamada mora *ex persona* pone en evidencia la subsistencia del interés del acreedor en la ejecución de la prestación debida. El acreedor conserva su interés en el cumplimiento de la prestación no obstante que la ejecución no se ha producido dentro del plazo originalmente convenido. La inacción del acreedor una vez vencida la obligación, esto es, el hecho de no intimar al deudor en la mora con interpelación, simplemente beneficiará al deudor pues se prolongará para él el plazo de cumplimiento y hace suponer, en principio, que el interés del acreedor se mantiene.

Tratándose de la mora automática o mora *ex re*, la mora operará, tratándose de las obligaciones a plazo, por el simple vencimiento de él sin que el cumplimiento se haya dado, presuponiéndose en tal caso la subsistencia del interés del acreedor.

A tal punto es fundamental la necesidad del mantenimiento del interés del acreedor, que inicialmente —al momento en que la obligación ha vencido sin cumplirse— puede estar todavía presente, lo que explica el hecho de que el acreedor haya constituido en mora al deudor interpelándolo, y desaparecer después. Así lo tiene previsto el artículo 1337º del Código Civil, de acuerdo con el cual:

“Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

Es decir, una situación inicial de mora en que dicho interés se encontraba aún presente, deviene en una de incumplimiento total debido precisamente a haber sobrevenido la pérdida del interés dada la prolongada falta de cumplimiento del deudor moroso.

Por supuesto que recaerá en el acreedor la carga de la prueba de la no subsistencia del interés.

No bastará, por consiguiente, que se haya producido un retraso en el cumplimiento de la prestación por causas imputables al deudor y que ella sea aún susceptible de ejecutarse. Lo que resultará verdaderamente indispensable será que el interés del acreedor se conserve intacto. El acto de intimación en la mora *ex persona* hará evidente que dicho interés subsiste.

## 2. MORA DEL DEUDOR Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Parece evidente, más aún considerando lo establecido en el artículo 1337º que acaba de mencionarse, que una situación de mora puede preceder a una de incumplimiento que legitime al acreedor para demandar o hacer efectiva la correspondiente pretensión resolutoria.

Pero corresponde formular el siguiente interrogante: ¿Es indispensable que medie necesariamente la mora, es decir, que se haya constituido al deudor en mora, para que proceda dirigir contra él una demanda de resolución?

Considero que ello no se justifica en absoluto, máxime si la constitución en mora importa, como ha quedado explicado antes, la conservación del interés del acreedor en la ejecución de la prestación debida.

Exigir la constitución en mora, que tiene como presupuesto el mantenimiento de dicho interés, para proceder la resolución, supondría una abierta contradicción con la pretensión resolutoria que claramente evidencia que para el acreedor carece de interés la subsistencia de la relación obligatoria, lo que explica su voluntad de disolver ésta y, por tanto, de desligarse de ella.

## 3. INDEMNIZACIÓN Y MORA EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

Tratándose de las obligaciones dinerarias, está excluido que pueda presentarse un supuesto de imposibilidad. A decir de DÍEZ PICAZO, “como lo debido es abstractamente un valor o una suma, la obligación no puede nunca devenir imposible, con carácter general y absoluto”. Y agrega: “no se trata de una mecánica aplicación de las reglas de las obligaciones genéricas, sino de la idea central de la intrascendencia o indiferencia de los medios solutorios, siempre que posean el valor fijado” (2).

En cuanto al incumplimiento del deudor, total o parcial, en el pago de este tipo de obligaciones, lo que propiamente procede es sólo que se configure una situación de mora.

En tal caso, la indemnización por mora podrá revestir dos modalidades:

---

(2) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vo. II, 5ª edic., Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1996, p. 259.

a) La convencional, que importará un pacto de intereses moratorios, una cláusula penal, sin perjuicio de contemplarse la indemnización del daño ulterior conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 1324º del Código Civil.

b) La legal, con arreglo al primer párrafo del artículo 1324º del Código Civil.

Respecto a la indemnización legal conviene llamar la atención de que dicha regla parte del supuesto, como lo señala el mismo DÍEZ PICAZO, de que “el incumplimiento de las obligaciones de suma de dinero produce siempre y de forma automática un daño al acreedor, que puede establecerse y liquidarse abstractamente de manera automática sin necesidad de prueba del perjuicio” (3).

Interesa advertir que, a diferencia de lo que ocurría con el Código Civil de 1936, con el de 1984 ya no es posible pactar a título de indemnización en el caso de las deudas dinerarias una prestación distinta de los intereses.

El Código derogado dejaba abierta esa posibilidad en su artículo 1324º in fine cuando señalaba lo siguiente:

“En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; **a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios**”.

No es casual que esa porción final del artículo no fuera reproducida en el actual artículo 1324º. Ello se hizo de manera deliberada, precisamente para dejar sentado el temperamento indicado, esto es, que en materia de obligaciones dinerarias, la indemnización convencional que procede únicamente son los intereses.

Como se señala en la exposición de motivos:

“El artículo comentado —1324º— desecha la expresión ‘a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios’, que aparece en la parte final del artículo 1324º del Código de 1936. Esta regla no se refería evidentemente ni a los intereses legales ni a los intereses convencionales, pues el citado artículo 1324º del Código de 1936 trata con anterioridad de ellos, y señala su régimen. El Código de 1936 alude, sin duda, a prestaciones distintas a los intereses, que si bien están destinadas a reparar los verdaderos daños y perjuicios que podría sufrir

---

(3) *Ibidem*, p. 259.



el acreedor por el incumplimiento, también podrían abrir las puertas a la usura, en la medida en que tales prestaciones fueran superiores, en valor, al máximo del interés previsto por la Ley, lo cual induciría a hacer indirectamente lo que la Ley prohíbe hacer directamente" (4).

En efecto, la frase final del artículo 1324° del Código de 1936 aludía al pacto de una cláusula penal, distinta del pago de intereses moratorios, que podía estar constituida por cualquier prestación de dar, hacer o no hacer.

#### **4. REGULACIÓN DIFERENCIADA DE LOS INTERESES POR MORA EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS Y NO DINERARIAS**

La existencia del tratamiento separado de la materia consagrado por los artículos 1246° y 1324°, primer párrafo, del Código Civil no se justifica en absoluto. Carece de sentido que las soluciones no sean coincidentes.

Ante el supuesto de ausencia de pacto de intereses moratorios, lo que corresponde es que se devengue el interés legal.

En la eventualidad de que la obligación principal devengara intereses compensatorios mayores en tasa a la del legal, corresponderá, como lo indica actualmente el primer párrafo del artículo 1324, que dicho interés, variando de naturaleza, continúe devengándose a título de interés por mora. Conste que la salvedad acerca del mayor interés se encuentra sólo en el artículo 1324° y no en el 1246°, que no formula distinción alguna.

Ese cambio de naturaleza no carece de importancia, aun cuando la regulación del Banco Central de Reserva a propósito de los intereses haya errado al establecer la tasa del interés moratorio como una fracción del compensatorio, sólo un tanto más elevada que la del interés legal, lo que no tiene justificación alguna.

No hay razón alguna para mantener un régimen dual sobre la materia. Lo que procede es unificar su tratamiento en el Código, suprimiendo el artículo 1246° y modificando el primer párrafo del artículo 1324°, de modo que comprenda los dos casos, esto es, el de las obligaciones dinerarias y el de las no dinerarias.

---

(4) Felipe OSTERLING PARODI con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Las obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 1988, p. 212.

## 5. MORA Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Conforme al segundo párrafo del artículo 1985° del Código Civil, “el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

¿Con qué carácter opera el interés legal en el caso del párrafo en cuestión?

Es preciso puntualizar que el hecho de que en materia de responsabilidad no derivada de una relación obligatoria se devengue intereses sobre el monto indemnizatorio desde la fecha de la producción del daño, no significa que deba considerarse que en tal caso opera la mora automática, esto es, la constitución en mora del deudor sin necesidad de interpelación, ni tampoco que dichos intereses tengan la calidad de intereses por mora.

Al respecto, participo de la opinión de Ernesto C. WAYAR, quien señala que para sostener que en las obligaciones nacidas de hechos ilícitos los intereses corren a partir del momento de producción del daño, “resulta del todo innecesario recurrir a la teoría de la mora, más aún, pensamos que ésta no tiene aplicación posible en materia de obligaciones nacidas de hechos ilícitos. El principio de reparación integral que gobierna todo el sistema de responsabilidad civil organizado por nuestro Código —se refiere al argentino, siendo aplicable el concepto al Código peruano—, proporciona un fundamento ilevantable. Es decir, pensamos que los intereses de las sumas debidas en concepto de indemnización de daños corren desde el momento en que la víctima sufre efectivamente el perjuicio, con absoluta prescindencia de la situación de mora en que pudo o no incurrir el obligado; el principio que manda reparar íntegramente los daños que el obrar ilícito provoque, así lo impone” (5).

En efecto, como lo plantea el autor citado, no puede pensarse que hay retardo en la observación del deber general de no dañar, pues dicha obligación es exigible sólo después de causado el daño.

Teniendo en cuenta la naturaleza compensatoria de la indemnización en tales casos, debe descartarse el carácter moratorio de los intereses que debe devengar el monto de tal indemnización. Su naturaleza es más bien la propia de los intereses sancionatorios.

---

(5) *Tratado de la mora*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1981, p. 547.

# RESARCIMIENTO DEL DAÑO CONTRACTUAL: CONFIANZA, INFORMACIÓN, PREVISIBILIDAD

Ricardo Luis LORENZETTI (1)

**SUMARIO: PARTE I: EL PROBLEMA Y LOS INTERROGANTES. PARTE II: EL ENFOQUE DE LA DOCTRINA NACIONAL. PARTE III: LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD. 1. EL DERECHO ANGLOSAJÓN. 2. EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO. 3. EL DERECHO LATINOAMERICANO. 4. EL DERECHO GLOBAL. 1) CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS. 2) PRINCIPIOS DE UNIDROIT. 3) EL "CONTRACT CODE" DE HARVEY MAC GREGOR. 5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO. PARTE II: CONCLUSIONES.**

## PARTE I

### EL PROBLEMA Y LOS INTERROGANTES

Hace ya unos años el Prof. CUETO RÚA escribió un excelente trabajo sobre la previsibilidad del daño contractual (2), pero no hubo demasiados estudios posteriores que continuaran con la investigación, a pesar de la enorme importancia que presenta.

El problema de la previsibilidad y sus efectos en los incentivos en la conducta humana, si bien es genérico, tiene su mayor campo de aplicación en la contratación empresarial. En el derecho del consu-

---

(1) Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Profesor Titular de Contratos Civiles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y de Córdoba y Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

(2) CUETO RÚA, J., "La imprevisibilidad del daño contractual (la regla Hadley v. Baxendale)", en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, vol. 1, ps. 34/63, 19.

mo, aunque la estructura de la acción es similar, existe un condicionamiento importante derivado de la vulnerabilidad del consumidor y la aplicación del principio protectorio (3).

El problema es claro, y para mostrarlo sólo bastan unos pocos ejemplos:

- Una compañía de limpieza solicita una máquina que es entregada con cinco meses de retraso. El fabricante de la máquina debe compensar a la compañía de limpieza por el lucro cesante originado por la demora en su entrega, ya que el fabricante pudo haber previsto de que la máquina debía ser puesta en funcionamiento de inmediato. Por otra parte, el daño resarcible no comprende la pérdida por parte de la compañía de limpieza de un valioso contrato con el gobierno, que se habría celebrado de haber sido entregada con el gobierno, que se habría celebrado de haber sido entregada la máquina a tiempo, ya que este tipo de perjuicio no era previsible (4).
- “A”, un banco, suele emplear los servicios de seguridad de una compañía para el transporte de los sacos de monedas a distribuir por sus sucursales. Sin informar a la compañía de seguridad, “A” envía sacos con monedas para coleccionistas, de valor diez veces superior al de las monedas transportadas en entregas previas. Los sacos son robados en un asalto. “A” sólo tiene derecho a ser indemnizado por la pérdida sufrida que se corresponda con el valor de los sacos de monedas regularmente transportados, ya que éste es el único tipo de daño que pudo ser previsto. El valor de la pérdida de los sacos de las nuevas monedas ha transformado la pérdida previsible en otra de diferente naturaleza (5).
- Si se celebra un contrato de construcción de una obra de importancia, como un puente o una fábrica, y hay un incumplimiento del constructor, debe determinarse la extensión de su responsabilidad, estableciendo si debe pagar los gastos, y todas las ganancias perdidas por quien contrató la obra.

---

(3) Sin embargo, cabe poner de relieve que los límites que el legislador impone a la reparación de daños al consumidor, son susceptibles de ser analizados mediante el modelo de la previsibilidad.

(4) Principios de UNIDROIT, art. 7.4.4, Ejemplos.

(5) Principios de UNIDROIT, art. 7.4.4, Ejemplos.

- Si una empresa provee un servicio informático a una compañía aérea, y falla durante un lapso de una semana; ¿debe pagar todos los daños sufridos? Por ejemplo, ¿debería pagar por los juicios que le harían los pasajeros a la compañía aérea porque perdieron oportunidades de negocios al no poder viajar?

Los interrogantes que plantean estos casos son arduos:

- ¿El incumplidor debe resarcir todo el daño que esté conectado causalmente con su incumplimiento?: si la respuesta es afirmativa, el proveedor debería fijar un precio muy alto, porque debería cubrir daños que él no conoce.
- ¿El incumplidor debe resarcir el daño previsto al momento de contratar?: si la respuesta es afirmativa el proveedor debe responder por todo el daño previsto, porque es el que tomó en cuenta al fijar el precio; si hay otros daños no informados en el acto genético, o causados por el incumplimiento, pero no previstos al momento de celebrar el contrato, no serían resarcibles.
- ¿Debe favorecerse la confianza que uno de los contratantes deposita en el cumplimiento del otro?: si la respuesta es afirmativa, debería establecer cuál es el límite, y si debe desalentarse una confianza excesiva, orientando a los contratantes a tomar precauciones, como por ejemplo, informar sobre riesgos específicos.
- ¿Es igual la responsabilidad contractual que la extracontractual?: los interrogantes anteriores plantean soluciones muy diferentes al régimen de la reparación integral, y por lo tanto se diferencian de la tutela aquiliana. La obligación preexistente es un programa de prestación, con un régimen de incentivos, de reparto de riesgos, que sería alterado si luego no se respetara, lo cual disminuiría la cantidad de acuerdos que se celebren. No tendría sentido pactar sobre la responsabilidad si la Ley no lo admite; la solución sería un incremento de precios y un sistema de reaseguro de los riesgos.

Puede advertirse rápidamente la complejidad teórica que plantean los casos presentados, que trataremos de reducir mediante una breve presentación de las soluciones que encontró la jurisprudencia, la doctrina en el derecho nacional y comparado.

## PARTE II

### EL ENFOQUE DE LA DOCTRINA NACIONAL

La cuestión ha sido tratada profusamente en la doctrina nacional, aunque como un problema de interpretación dogmática del texto legal.

Concretamente, la norma vigente prevé que el deudor que incumple culpablemente obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero responde por las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520° CC), mientras que en el caso de dolo-malicia, responde por también por las consecuencias mediatas previsibles (art. 521° CC).

Las posiciones han sido las siguientes (6):

- El deudor contractual que incumple culpablemente responde por las consecuencias inmediatas (que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas) y necesarias (acontecimientos que ocurren fatalmente). Posición de LLAMBÍAS, ORGAZ.
- El deudor contractual que incumple culpablemente responde por las consecuencias inmediatas y necesarias, interpretando a estas últimas como daño intrínseco. Ello significa que el deudor responde en la extensión del nexo de la obligación preexistente, ya que es la misma deuda que se transforma en responsabilidad.
- El deudor responde por todas las consecuencias inmediatas, ya que lo “necesario”, y lo “intrínseco”, no tienen un significado real o distinto (ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA). Esta posición, mayoritaria, ha sido precisada en el sentido de que el deudor responde por todo lo conocido o cognoscible (PIZARRO-VALLESPINOS).
- Se discute si esta regla se aplica a todo los incumplimientos contractuales, excepto el supuesto de dolo (ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA; PIZARRO-VALLESPINOS) o bien sólo a la culpa, excluyendo los supuestos de imputación objetiva (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

---

(6) La bibliografía argentina sobre este punto es innumerable: conf. por todos PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, T. 3, p. 170; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Lep.

La posición mayoritaria se ha orientado en el sentido de que el deudor responde por las consecuencias que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. Ello significa que mediante incumplimiento (antijuridicidad), culpa (factor de atribución), responde por las consecuencias inmediatas (nexo causal), comprendido todo el daño (daño emergente, lucro cesante, y daño moral, conectado causalmente).

Como puede advertirse claramente, el sistema argentino se orientó gradualmente hacia una responsabilidad basada en la “causalidad”, y no en la “previsibilidad”. Esta idea se acentuó con el avance de las posiciones que mayoritariamente sostuvieron la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual.

En este sentido el proyecto de reformas del Código Civil de 1998, define las obligaciones y sus efectos (libro cuarto, título I, capítulo I) y unifica el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual.

Sin embargo, en lo referente a nuestro tema de análisis, elimina el criterio de la culpa y el dolo para definir la extensión de la reparación (7), y adopta un criterio mixto, basado en la previsibilidad y la causalidad definidas mediante cláusulas generales susceptibles de interpretación judicial.

Establece que el contrato obliga conforme con los alcances que se habría obligado un “contratante cuidadoso y previsor, incluyendo las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas en ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte” (art. 967º). Este texto debe interpretarse en consonancia con la noción de causa (art. 1607º) y previsibilidad (art. 1608º).

En concreto, no se toma en cuenta lo que las partes definieron como previsible, sino lo que el Juez definirá conforme a la interpretación de una serie de cláusulas generales que hemos citado.

Nuestro propósito es reflexionar sobre esta cuestión a la luz de la importancia que tiene actualmente en el campo de la contratación empresarial.

---

(7) Es contemplado como un criterio complementario para definir la previsibilidad (art. 1608º, inc. C).

### PARTE III

#### LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD

##### 1. El Derecho anglosajón

En el derecho anglosajón, la regla surge con el caso “Hadley vs. Baxendale” (8), que fuera decidido por el Tribunal del Exchequer en el año 1854. Los hechos, resumidos, fueron los siguientes: los hermanos Hadley, propietarios de un molino de molienda de granos, demandaron a Pickford and Co., una empresa de transportes, de la que Baxendale era gerente. Habían contratado a la demandada para el transporte de un eje dañado de una máquina a vapor del molino harinero de los demandantes, para su entrega a un taller mecánico en Greenwich, para su reparación. Los demandantes alegaron que hubo una demora, ya que en lugar de entregarlo al día siguiente, el eje llegó siete días después. Los actores afirmaron que el molino harinero debió permanecer paralizado durante todo el período indicado, lo que ocasionó la pérdida de ganancias por la suma de 300 libras esterlinas. La demandada se negó a pagar esa indemnización, porque consideró que el daño cuyo resarcimiento se solicitaba, era una consecuencia remota del incumplimiento. En primera instancia, el juez Crompton, señaló al jurado que debía fijar un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias del caso, para la entrega del eje; y luego, cuáles eran los daños ocasionados a los actores por la demora en la entrega. Afirmó que a los actores se les deben reconocer los daños que son la consecuencia natural de la violación del contrato, y de acuerdo a este criterio el jurado deberá considerar si la paralización de la planta industrial de los actores fue una de las consecuencias probables y naturales de esa violación del contrato. El jurado pronunció su veredicto, fijando los daños indemnizables en la suma de 50 libras esterlinas. La firma demandada apeló y el caso fue elevado al Tribunal del Exchequer, dictándose sentencia en 1854, en la que se afirmó la siguiente regla: “Cuando las partes han celebrado un contrato, que una de ellas ha

---

(8) Todos los autores que han escrito sobre contratos se han referido a este caso: conf. Por todos: FULLER-EISEMBERG, “Basic Contract law”, 5th ed., West; FAN-SWORTH-YOUNG, “Contracts”, 4ta ed. 1988, Foundation Press, N. York, 1988. Desde el punto de vista filosófico y sociológico ver: GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Colombus, Ohio, 1974, p. 83. En materia comercial: EPSTEIN-MARTIN-HENNING-NICKLES, “Basic Uniform Commercial Code- Teaching Materials”, 3<sup>ra</sup> ed. West, 1988; STONE, “Uniform Commercial Code in a nutshell”, West. 1989; “Uniform Commercial Code, Official Text with comments”, West. 1987.



violado, la indemnización que la otra parte tiene derecho a recibir a raíz de dicha violación del contrato debe ser la de aquellos daños que se pueden considerar, de manera equitativa y razonable, como resultado de la violación misma del contrato, de acuerdo al curso habitual de las cosas, o aquellos daños que se puede suponer razonablemente que, al tiempo de la celebración del contrato, estuvieron en la previsión de ambas partes como consecuencia probable de su violación". La aplicación concreta de esta regla general al caso, determinó que las únicas circunstancias comunicadas por los actores a la demandada al tiempo de la celebración del contrato fueron que el artículo a ser transportado era el eje roto del molino, y que los actores eran los dueños del molino.

Del caso y su solución pueden sacarse algunas conclusiones que expondremos brevemente.

En general se distingue entre aquellas circunstancias que se pueden presumir conocidas conforme al curso ordinario de las cosas, y las que son excepcionales, o particulares del caso y deben ser comunicadas, y su conocimiento no puede presumirse (9). En el primer caso hay resarcimiento, mientras que no es procedente en el segundo.

Se ha señalado que este caso enseña que no se debe hacer responsable al deudor por todo el daño, y que el test apropiado para determinar su extensión es la investigación de lo que ha sido previsible al momento de contratar (10).

También puede apreciarse que tiene mucho peso el elemento de inseguridad que podía introducir la extensión de la responsabilidad de los contratantes, para incluir como indemnizables ganancias potenciales o ajenas a las previsiones de las partes.

Finalmente puede presentarse un análisis del contexto del caso y las finalidades económico-sociales de la decisión. Por ejemplo, se ha señalado que a mediados del siglo XIX, se consideraba que había que incentivar las empresas de transportes en Inglaterra, y que en general había una necesidad de facilitar la previsión de los perjuicios, de disminuir la cantidad de litigios, y de prever las consecuencias econó-

---

(9) Opinión de CUETO RÚA en *op. cit.*

(10) FULLER-PERDUE, "The reliance interest in contract damages", *Yale Law Journal*, 1936, 52-84.

micas del encadenamiento imprevisible de causas y efectos, con multiplicación inesperada de los perjuicios indemnizables (11).

## 2. El Derecho continental europeo

La regla de la previsibilidad tiene una antigua tradición en el bloque cultural europeo. Ha comenzado con un texto de PAULO (19.I.21,3) que limitaba el resarcimiento obligacional, siguiendo por un enorme caudal de reglas casuísticas del Medioevo, hasta llegar a la obra de MOLINEO que estableció una fórmula única para decir que hay un límite en la responsabilidad obligacional derivado justamente de la obligación preexistente (daño intrínseco) del que no puede beneficiarse el deudor doloso (12).

Esta regla fue desarrollada por DOMAT y POTHIER. En su “*Traité des Obligations*” (13), POTHIER dice que el deudor no debe ser obligado a indemnizar todas las pérdidas sufridas por el acreedor, menos aún las ganancias que hubiera podido percibir. Si hay culpa el deudor no debe ser obligado a indemnizar sino aquellos daños cuya producción como consecuencia del cumplimiento del contrato, ha podido prever al momento de celebrarlo. La razón, dice POTHIER es que se debe presumir que el deudor no ha querido sino someterse a la indemnización de esos daños.

Este desarrollo histórico explica que era una tradición que se difundió tanto en la Europa continental, como en el derecho inglés, y luego anglosajón en general.

En el caso “*Hadley vs. Baxendale*” hubo una importante influencia del derecho francés, ya que en los “*reporters*” del caso, se afirma que los abogados de los actores, hicieron referencia al Derecho Civil francés, afirmando que “se suele decir, con relación a contratos, que el demandado será responsable sólo respecto de aquellos daños que se debe suponer razonablemente que ambas partes contemplaron oportunamente como probables en razón de la naturaleza del con-

---

(11) DANZIG, “*Hadley v Baxendale: A study in the industrialization of the law*”, *Journal of legal Studies*, 249 (1975).

(12) Sobre los antecedentes históricos bien desarrollados puede ampliarse en: CARRASCO PERERA, Ángel, en “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*”, Dir. por ALBALADEJO, Manuel, Edersa, Madrid, 1989, T. XV, p. 710.

(13) Conf. en versión española: POTHIER, Robert, “*Tratado de las obligaciones*”, Heliasta, Bs. As., p. 91.

trato, y ésta parece ser la regla aceptada por los autores del Derecho Civil” (14).

En el Código Civil Francés, (art. 1150º) dispone que el deudor responde por los daños que ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato”. Se ha justificado esta regla señalando que las partes no han querido obligarse en el contrato más allá de lo que les era posible prever (15).

El Código Civil Español (art. 1107º) establece los daños por los que responde el deudor de buena fe, “con los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación [...]” (16).

### 3. El Derecho latinoamericano

La regla de la limitación de los daños que surgen del incumplimiento culposo de una obligación preexistente se introdujo en la legislación latinoamericana por la influencia de la legislación de partidas y, de modo más claro, por la influencia francesa (17).

Nos parece suficiente mostrar la clara disposición del Código Uruguayo, que dispone (art. 1346º) que “el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación”.

En la legislación argentina, la norma de resarcibilidad de las consecuencias inmediatas y necesarias está emparentada con esta antigua regla, ya que VÉLEZ la funda en POTHIER citado en la nota del artículo 521º; al mismo tiempo, se prevé una sanción para el contratante que no cumple dolosamente, impidiéndole invocar el límite y condenándolo a resarcir “in integrum” (art. 521º).

---

(14) Conf. CUETO RÚA, *op. cit.*, FULLER, *op. cit.*

(15) Conf. RIPERT-BOULANGER, “Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol”, Bs. As., T. IV, p. 482.

(16) La doctrina española trata este tema con cierta unanimidad. Ver por todos: CARRASCO PERERA, *op. cit.*; más recientemente: GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, en PUIG FERRIOL-GETE ALONSO-GIL RODRÍGUEZ-HUALDE SÁNCHEZ, “Manual de Derecho Civil”, M. Pons, 2000, T. II, ps. 316 y ss.

(17) Hay que aclarar que no es el caso de Brasil, que recibió una influencia alemana, y en el BGB no se encuentra esta regla, sino un sistema distinto, que por la extensión de este trabajo no podemos tratar.

#### 4. El Derecho global

Es importante considerar lo que sucede en las legislaciones basadas en tratados internacionales o en los proyectos que tienen pretensión unificadora en la economía global, que tendrán sin duda alguna, influencia decisiva en el futuro.

##### 1) *Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías:*

La Convención dispone (art. 74º): “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento... Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”. En el ámbito de la Convención, la indemnización del daño contractual no persigue fines punitivos (no acepta los “punitives damages”); debe probarse el daño (no recepta los “nominal damages”); es un remedio general en cuanto resulta aplicable a cualquier tipo de incumplimiento (esencial o no), de cualquier obligación (18).

El resarcimiento contractual contemplado en la Convención, tiende no ya a situar a la parte cumplidora en la posición en la que se hubiera encontrado si no hubiese concluido el contrato, sino en situarla en la posición en que se hubiera encontrado de haberse cumplido la prestación. En lugar de limitar el resarcimiento conforme a los principios de causalidad, la Convención opta por el criterio de la previsibilidad, incorporando el principio del *Common Law* establecido en el *leading case* “Hadley c. Baxendale”, excluyéndose la indemnización de aquellos perjuicios que la parte incumplidora no haya previsto o no pueda haber previsto que sufriría la contraparte.

##### 2) *Principios de UNIDROIT*

En los Principios de Unidroit se encuentra el siguiente texto: “Artículo 4.4. (*Previsibilidad del daño*): La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber

---

(18) Sobre estos temas ampliar en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “La compraventa internacional de mercaderías”, Civitas, 1998, p. 580.

previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento”.

En los comentarios se afirma que “el principio de que el daño resarcible se limita a aquél que pudo ser previsto se corresponde con la solución adoptada por el art. 74º de CISG. Esta limitación se refiere a la naturaleza misma del contrato. No todos los perjuicios que deje de percibir la parte perjudicada se relacionan directamente con el contrato. La parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar cubrir con un seguro. Los requisitos de previsibilidad deben ser analizados simultáneamente con los de la certeza del daño establecidos en el art. 7.4.3. Es necesario clarificar lo que se entiende por el requisito de previsibilidad del daño en los Principios, ya que puede no guardar correspondencia con algunos ordenamientos jurídicos, conforme a los cuales en el caso de incumplimiento doloso o con culpa grave, el resarcimiento del daño alcanza a los perjuicios que no pudieron preverse. Como la presente norma no contempla dicha excepción, es necesario interpretar el concepto de previsibilidad de manera restringida. La previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficientemente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción. Lo que era previsible será determinado con referencia al momento de celebración del contrato y con respecto a la parte incumplidora en sí misma (incluyendo sus dependientes o mandatarios). El criterio determinante consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencia del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes o los negocios previos que hayan celebrado”.

### 3) El “Contract Code” de Harvey Mac Gregor

En proyecto de “Código de Contratos” que redactara el Prof. MC GREGOR, por encargo de la Law Comisión inglesa (19), se regula la cuestión bajo el título de la limitación de los daños y en un artículo que lleva por nombre: “Pérdida imprevisible” y dice: “Sólo es posible el resarcimiento por pérdidas si aquella parte contra la que se recla-

---

(19) Consultar edición en Castellano, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

ma: a) previó o tuvo razones para prever al tiempo del contrato que podría resultar responsable por incumplimiento del contrato, porque tal evento era una seria posibilidad, y b) puede ser razonablemente contemplado como habiendo contratado para responder.

En las explicaciones sobre esta norma se señala que para imponer a la parte en falta responsabilidad por toda pérdida resultante de su incumplimiento, siempre se consideró difícil estimar responsable más allá de las pérdidas que previó o pudo razonablemente prever como resultantes del incumplimiento. No se le puede exigir pagar resarcimiento por las pérdidas improbables o impredecibles. Esta es por su puesto la base de la regla de *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Ex. 341, resumido recientemente por *Victoria Laundry v. Newman Industries* (1949) 2 K.B. 528 (C.A.), y cuyo resumen ha vuelto a ser en general adoptado por *Koufos v. Czarnilow* (1969) 1 A.A. 350.

Luego de la reafirmación de la regla, se dice: “La prueba o *test* de la previsibilidad razonable, simple de exponer, no es tan sencilla de aplicar. Ello ocurre porque lo que se considera razonablemente previsible puede ser manipulado junto con lo que normalmente se considera el grado de anticipación poseído por un hombre razonable; esto se indica mejor utilizando los términos de Lord Du Parcq aparecido en *Monarc S.S. Co v. Karlhammer Oljefabriker* (1949) A.C. 196, que fue adoptado en los casos *Victoria Laundry v. Newman Industries* y *Koufos*, según los cuales basta con que la pérdida en cuestión sea “una posibilidad sería” o un “peligro real”. Se ha pensado que ambas expresiones son virtualmente sinónimas y por ello sólo real”. Se ha pensado que ambas expresiones son virtualmente sinónimas y por ello sólo la primera ha quedado incorporada al propio artículo. Que la expresión “razonablemente previsible” no debe interpretarse demasiado estrictamente o demasiado restrictivamente, es importante en los contados casos de contratos que encierran daños físicos especialmente si no existe una culpa extracontractual concomitante.

Sobre la previsibilidad se señala que “es algo que se relaciona con el conocimiento, y la parte en incumplimiento se entiende que conoce lo que ocurre en el curso ordinario de los acontecimientos. Aquí resulta difícil sistematizar, por ser cada caso distinto de los demás. Existen sin embargo algunos indicadores. Así, se piensa generalmente que un vendedor de bienes muebles sabe más acerca de los fines para los que el comprador los necesita, de lo que un transportista conoce acerca de los fines y necesidades del consignatario, de modo que de estos dos, el vendedor es el que más fácilmente resulta res-

ponsabilizado de las pérdidas del negocio o de los beneficios que el vendedor de bienes muebles. De nuevo, cuando el incumplimiento consiste en no facilitar una parte de ese todo. El conocimiento actual es sólo importante cuando sin ese conocimiento la responsabilidad resultase diferente: en algunos casos, la parte en incumplimiento habrá asumido que posee ese conocimiento porque está en el curso normal de las cosas. Cuando se requiere conocimiento actual para imponer responsabilidad a la parte incumplidora por pérdidas concretas, no es necesario que la fuente de adquisición de tal conocimiento por el incumplidor sea la otra parte del contrato. Para esta materia el Código parte del Derecho vigente porque se piensa que una parte, cuando incumpla el contrato, será responsable de las pérdidas que razonablemente pudo prever sobre la base del conocimiento actual, aunque se trate de un conocimiento adquirido. Por otra parte, se mantiene la usual exigencia de que la parte incumplidora responda de las pérdidas que pudo razonablemente prever al tiempo del contrato solamente. Será injusto generalmente probar la extensión de la responsabilidad de un contratante sobre la base del conocimiento llegado a él poco antes de tener que realizar su prestación, aunque bien es verdad que pueden imaginarse circunstancias en las que sería razonable exigir a una parte contratante tener en cuenta conocimientos posteriores se tienen en cuenta en mayor medida de lo que a menudo se piensa, por el hecho de que los daños se valoran normalmente sobre la base de los precios de mercado, tratándose de bienes y servicios, imperantes al tiempo del incumplimiento, incluso aunque el precio de mercado no guarde relación con el que hubiese podido preverse al tiempo del contrato. Con las exigencias de buena fe en el cumplimiento del contrato es posible que, en algunas situaciones, la responsabilidad por daños resultantes de circunstancias que llegan a conocimiento de la parte incumplidora después de contratar puedan considerarse relevantes para agravar su responsabilidad.

#### 4) *Los principios de la "Comisión Landó"*

En los Principios elaborados por la Comisión creada para la elaboración de unos principios de Derecho de los contratos en la Unión Europea, dirigidos por Ole LANDÓ se trata este tema en el artículo 4.503. La norma propuesta señala que la parte incumplidora es responsable sólo por las pérdidas que previó o pudo razonablemente haber previsto al tiempo de la conclusión del contrato como un resultado probable de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento haya sido intencional o con culpa grave.

## 5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO

La regla del límite de la reparación de los daños en el incumplimiento culposo se relaciona con la asignación eficiente y razonable del riesgo, y tiene un fuerte impacto en los precios de mercado. Explicaremos esta cuestión muy brevemente del siguiente modo (20):

*A) Las partes fijan el precio del contrato al celebrarlo:* al contratar, las partes evalúan los riesgos del negocio que celebran (21): riesgo del incumplimiento, riesgo de la insolvencia, etc. Cuando más definidos estén los riesgos, más ajustado será el precio. Por el contrario, si una parte no conoce el riesgo, tratará de aumentar el precio para tomar una cobertura frente al mismo. Podría decirse que a mayor incertidumbre, mayor precio, y contrariamente, cuando más claras sean las reglas sobre la definición y adjudicación del riesgo, menor el precio. De allí que sea importante instaurar mecanismos para asistir a las partes en la fijación de los riesgos, porque de ese modo bajarán los precios y se beneficiarán no sólo a los contratantes, sino a la sociedad.

*B) Cuanto mayor sea la información transmitida, menor el riesgo:* Para que se fije un precio ajustado al riesgo, debe incentivarse a las partes para que sean honestas en la negociación, se transmitan toda la información posible que esté a su disposición y luego se mantenga lo acordado. El caso "Hadley" ha señalado claramente que cuando el riesgo es conocido por una sola de las partes, la otra no es responsable de la pérdida, si ella ocurre. Este principio, dice POSNER (22), tiende a inducir a la parte con conocimiento del riesgo de pérdidas, a tomar medidas precautorias por sí mismo, o si cree que la otra parte puede ser más eficiente en la tarea de evitar la pérdida, a informar de ese riesgo a la otra parte.

*C) El resarcimiento debe ajustarse a la información y confianza:* El incentivo a las partes para que transmitan información es complejo, y está también relacionado con el resarcimiento. Las partes pueden confiar, en lugar de transmitir o requerir información, lo cual es bueno en una justa y eficiente medida. En la búsqueda del punto óptimo de confianza eficiente se ha señalado que la confianza previsible del receptor de la promesa es igual a la cantidad que el promitente podría

---

(20) Hay mucho material sobre este tema y con gran extensión; por todos conf.: EPSTEIN, Richard, "Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract", *Journal of legal Studies*, Vol. 18, 1989, p. 105.

(21) Ampliamos este tema en "Teoría sistémica del contrato".

(22) Richard POSNER se ha referido a este tema en numerosos artículos, pero el enfoque principal puede verse en su obra "Economic Analysis of Law".



esperar bajo las circunstancias; la confianza imprevisible del receptor de la promesa supera a la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente bajo esas circunstancias. Por lo tanto, debe censurarse la confianza excesiva, y no compensarse, que es lo que hace el fallo "Hadley vs. Baxendale". En relación al resarcimiento, si es total no hay incentivo para evitarlos; por ello se sostiene que debe repararse limitadamente. El límite es reparar los daños de expectativas, porque proveen incentivos para la precaución eficiente del promitente contra el incumplimiento, mientras que los daños del costo de oportunidad y los daños a la confianza proveen incentivos deficientes.

C) El mantenimiento de la ecuación lograda por las partes: Si no se mantiene lo acordado al momento de contratar, y el deudor es responsable de riesgos no previstos, evidentemente se desbarata la ecuación de precios fijada, con lo cual los futuros contratantes no seguirán este camino. Por esta razón, un apartamiento de esta regla, fijando una reparación integral más allá de lo previsible, puede afectar el funcionamiento de los contratos.

## PARTE IV

### CONCLUSIONES

En general, la regla que estudiamos tiene por objeto limitar el resarcimiento de los daños derivados de una obligación preexistente. Como todo límite, debe ser preciso en su formulación, porque de lo contrario no se conoce su extensión; de allí que el intento de la "legislación global" de dar sentido unívoco a términos como daño "directo", "intrínseco-extrínseco", "previsible-imprevisible". Esta finalidad se deteriora con el uso indiscriminado de cláusulas generales que podría dar lugar a una interpretación polisémica, ya que en cada caso concreto podría extenderse más o menos según el criterio del Juez, y es bastante difícil que las partes tengan en claro cuál va a ser la extensión de su obligación en una decisión final.

Hay consenso y pruebas empíricas que demuestran que son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar y el precio que están dispuestos a pagar por ello; de allí la tendencia a basarse en la regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de la celebración del contrato. En este sentido, es bien diferente decir que la regla es la previsibilidad al momento de contratar, la que puede ser interpretada objetivamente, que prescindir de ello y decir que es el directamente el Juez quien puede fijar el límite, considerando lo que las partes decidieron como un elemento

más. En este último caso, si la jurisprudencia se decide por una hermenéutica extensiva, las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus inseguridades.

La unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual no es incompatible con una definición precisa en este tema. En un sistema unificado la regla es la reparación integral, pero nada impide que se establezca que en los casos en que hay una obligación preexistente, la extensión de la reparación debe hacerse conforme a lo que las partes han previsto.

La limitación no se aplica cuando:

- Se trata de daños a la persona causados con motivo del contrato;
- El contrato causa relaciones jurídicas reguladas por leyes de protección del consumidor;
- El incumplimiento es doloso.

Concretamente, entonces, deberíamos admitir que el límite se aplica cuando estamos en presencia de un contrato celebrado paritariamente y el incumplimiento es culposo. En tales condiciones, el resarcimiento está sujeto a restricciones:

- El límite no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto, o
- Debiera haber previsto (23);
- En el momento de la celebración del contrato (24),
- Tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato (25).

En definitiva, el tema merece una mayor profundización y una definición más clara en las reformas legislativas.

---

(23) La previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud.

(24) Lo que era previsible será determinado con referencia al momento de celebración del contrato, porque debe respetarse la ecuación económica definida por las partes.

(25) En general se distingue entre aquellas circunstancias que se pueden presumir conocidas conforme al curso ordinario de las cosas, y las que son excepcionales, o particulares del caso y deben ser comunicadas, y su conocimiento no puede presumirse. En el primer caso hay resarcimiento, mientras que no es procedente en el segundo.

# EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (MATERIALES PARA UN DEBATE)<sup>(1)</sup>

Fernando PANTALEÓN<sup>(2)</sup>

**SUMARIO: 1. — INTRODUCCIÓN. 2. — FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 3. — ¿FUNCIÓN PREVENTIVO-PUNITIVA? 4. — ¿FUNCIÓN REINTEGRADORA DEL DERECHO DE CRÉDITO LESIONADO?: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 5. — LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO AL DEUDOR. APÉNDICE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL DAÑO CONTRACTUAL.**

## 1. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que siguen versarán sobre la responsabilidad contractual en sentido estricto, esto es, la derivada del incumplimiento de obligaciones *nacidas de contrato*; no hablaremos, por tanto, de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales. A mi juicio, el efecto más negativo de la elaboración de la Teoría General de las Obligaciones por parte de los juristas del *civil law* consiste en que

---

(1) La mayor parte de las mejores ideas que puedan encontrarse en las páginas que siguen son fruto de las largas conversaciones que, sobre el tema objeto de este trabajo, he mantenido con el profesor Díez-PICAZO. Se ha tratado de una colaboración entre maestro y discípulo en el sentido clásico de la palabra: donde el maestro demuestra su generosidad intelectual y el discípulo aprende mucho, toma notas y, en ocasiones, se atreve a discrepar. Precisamente por esto último, los errores que pueda haber a continuación son sólo míos.

Los profesores PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias.

(2) Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Socio de la firma Garrigues.

ha generado la equivocada idea, difícil de entender para un jurista del *common law*, de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida hayan nacido o no de contrato. Así parecieron pensarlo, en efecto nuestros codificadores, cuando menos a partir del Anteproyecto de 1882-1888 (comp. sus arts. 1118º-1125º con los arts. 993º-1010º del Proyecto de 1836, y los arts. 1011º-1016º Proyecto de 1851); pero en lo que sigue probaremos que tal pensamiento debe ser rectificado por el intérprete, en ocasiones reduciendo teleológicamente el tenor literal de alguno de los preceptos claves: en concreto, el de la proposición primera del artículo 1107.I C.C., sin duda sólo aplicable al incumplimiento de obligaciones contractuales. Cabe anticipar ya que nos 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 de contrato; lo que, por hipótesis, no cabe predicar respecto de las obligaciones legales.

La base 19 de la Ley del 11 de mayo de 1888 comienza con las palabras “la naturaleza y efectos de las obligaciones serán explicados con *aquella generalidad que corresponda a una relación jurídica cuyos orígenes pueden ser muy diversos*”. Casi con las mismas palabras comenzaba la base XVIII del Proyecto de Ley del 7 de enero de 1885; siendo curioso señalar que, al comienzo de su base XXII, se leía: “En armonía con los principios establecidos en la *teoría general de las obligaciones [...]*”.

Pero lo cierto es que la construcción legislativa de dicha teoría general de las obligaciones por parte de los redactores del libro IV del Anteproyecto de 1882-1888 consistió en buena medida en sustituir acríticamente las referencias al “contrato” o a “lo pactado” que aparecían en varios artículos del Proyecto de 1851 por la palabra “obligación” (compárese, p. ej., los arts. 1115.II, 1117º, 1119º, 1120º, 1122º, 1133.I, 1141º, 1144º y 1188.I del Anteproyecto de 1882-1888 precedentes de los arts. 1098.II, 1100º, 1102º, 1103º, 1105º, 1116.I, 1124º, 1127º y 1171.I del vigente Código Civil, con los arts. 1108.II, 1107º, 1012º, 1013º, 1014º, 1033.I, 1042º, 1047º, 1091.I del Proyecto de 1851, respectivamente) (3).

---

(3) Un inspirado apunte sobre la idea del texto en DÍEZ-PICAZO, “El derecho de obligaciones en la Codificación Civil española”, *Centenario del Código Civil* (1990), I, p. 715.

## 2. FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de “reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado” (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un “cumplimiento por equivalente” de la obligación originaria (4) —a la que la lógica (¿y el art. 1156.III C.C.?) exige considerar extinguida—, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) (5) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis* (6).

La única lectura a *contrario* del artículo 1182º C.C. que me parece razonable es la de que, en caso de que la cosa debida se pierda por culpa del deudor, éste no *quedará liberado* (v. art. 1184º C.C.), pese a

---

(4) Frente a lo que piensa nuestra doctrina dominante: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 2ª edic. (1983), p. 748; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-I, 2ª ed. (1985), ps. 225 y 259; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987), ps. 661 y ss., 863, s., 887, s., 984 y ss., DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6ª edic. (1989), ps. 226/227. En DÍEZ-PICAZO y BADASA la idea aquí rechazada se restringe al valor del objeto de la prestación, aunque el primero, apartándose de la tradición, le denomine *id quod interest* en vez de *aestimatio rei*.

La opinión contraria a la del texto es también dominante en la doctrina italiana: paradigmáticas, las exposiciones de MENGONI, “obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)”, *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 283, nt. 13; SCOGNAMIGLIO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, en *Noviss. Dig. It.*, VIII (1968), p. 672.

(5) *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 280; CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito* (Fund. Univ. de Jerez, s. d.), ps. 54 y ss. En la doctrina alemana, por todos, EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2ª edic. (1986), § 11.II.2, ps. 113 y ss.

(6) Un autorizado sector de la doctrina alemana viene sosteniendo las ideas del texto: MEINCKE, “Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag”, *AcP* 171 (1971), ps. 27 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 13ª edic. (1982), § 22 I, p. 306; EMMERICH, en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, 2ª edic., (1985), § 280, RdNr. 3 y ss.

la natural extinción de la obligación originaria, *puesto que nacerá a su cargo, frente al acreedor, la obligación indemnizadora regulada por los artículos 1101° a 1107° C.C.* (7). Y no me cabe duda de que también en caso de que la imposibilidad sobrevenida de la prestación de entregar cosa determinada sea imputable al deudor, podrá el acreedor que no haya optado por la resolución del contrato exigir al amparo del artículo 1186° C.C., en vez de la indemnización del daño en la medida de su íntegro interés en el cumplimiento, el (en ocasiones, más valioso) *commodum representationis* (y si menos valioso, la cantidad, además, que falte para alcanzar aquella indemnización) (8).

Ni que decir tiene que tampoco es función de la responsabilidad contractual la de evitar que el deudor se enriquezca por efecto de su incumplimiento. Parece equivocado, en cambio, afirmar que “no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio que obtiene el incumplimiento” (9). El artículo 1186° C.C. ha de considerarse aplicable, no sólo al *commodum ex re* (10), sino también al *commodum ex negotiatione*. Lo que significa, en esencia, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar

---

(7) En el artículo 1160° del Proyecto de 1851, tras disponerse que “cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdiera sin culpa del deudor y antes de constituirse éste en mora, la obligación queda extinguida”, se precisaba que “habiendo culpa o mora por parte del deudor estará éste obligado a la indemnización con arreglo a lo que se prescribe en la sección 3ª del capítulo II de este título [los hoy arts. 1101° a 1109° C.C.]”, y que “lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado a la prestación del caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor”. Me parece indudable que estos párrafos fueron suprimidos, ya en el artículo 1191° del Anteproyecto de 1882-1888, por considerarlos superfluos, y no para permitir una interpretación *a contrario* del anterior, en el sentido de una perpetuación “por equivalente” de la obligación originaria.

(8) Así, sobre el § 281 BGB, por todas, EMMERLICH, *Leistungsstörungen*, §§ 7.III.2.a) y 7.III.b), ps. 84 y 88; HEINRICHS, en *Palandt BGB*, 50ª edic., (1991), § 281, Rn. 5 y 9.

(9) Como afirma CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* EDERSA, XV-I (1989), p. 668.

(10) Justiprecio de la expropiación de la cosa debida, cantidad a pagar por el asegurador de daños de la misma... No, en cambio, frente a lo que sostiene un sector mayoritario de nuestra doctrina, la indemnización debida por el tercero culpable de la pérdida de la cosa: dado que el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual no requiere, en nuestro Derecho, la lesión de un derecho subjetivo absoluto —a diferencia de lo que ocurre, p. ej., en el Derecho alemán (§ 823.I BGB)—, la pretensión indemnizatoria contra el tercero culpable de la pérdida de la cosa debida nacerá directamente en cabeza del acreedor, que es el verdadero dañado (*Vid.* PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil M. Justicia*, art. 1902°, I.4 y V.I, y allí otras referencias).

por exigir de aquél, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; 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 contractual: si la contraprestación del tercero tiene un valor superior al valor de mercado de la cosa debida, y si no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor (11). Las palabras “por razón de ésta [la cosa]” con las que finaliza el artículo 1186º no parecen argumento bastante para limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re*: las palabras “für den geschuldeten Gegenstand” del § 281.I BGB no han impedido a la jurisprudencia y a la doctrina dominante en Alemania mantener la opinión aquí defendida (12). Y en el artículo 1683º C.C., para una hipótesis análoga, nuestro legislador ha dejado muy clara su valoración de los intereses en conflicto (13).

### 3. ¿FUNCIÓN PREVENTIVO-PUNITIVA?

La afirmación de que la responsabilidad contractual no tiene función preventivo-punitiva requiere —además de recordar que dicha responsabilidad es asegurable, y que la obligación indemnizatoria que nace de ella no es personalísima, sino transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable— dejar muy claro que tal responsabilidad

---

(11) Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se podría argüir que, como demuestra el ejemplo del texto, la tesis que aquí se defiende sobre el ámbito de aplicaciones del art. 1186º C.C. resulta criticable, puesto que conduce a desincentivar incumplimientos (dolosos, pero) eficientes [vid. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1986, trad. 1991), ps. 276 y ss.]. Pero, por un lado, el argumento parece olvidar los efectos desincentivadores que, sobre la contratación en general, provocará probablemente un sistema jurídico que fomente los incumplimientos dolosos, aun si cada uno es en concreto eficiente. Y por otro lado, no hay ningún motivo para preferir los argumentos de eficiencia económica (criterio KALDOR-HICKS) a los de justicia conmutativa (o si se prefiere, a los de eficiencia económica, criterio PARETO).

(12) Vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 7.III.2.d), p. 85; PALANDT/HEINRICH, § 281, Rn. 6.

(13) No argumentaré con los artículos 1778 y 1897 *in fine* C.C., puesto que el depositante o el *solvens* serán, típicamente, *proprietarios* de la casa enajenada por el depositario o el *accipiens de buena fe*. Pero sí podría traerse a colación la proposición primera del artículo 1095º C.C., en cuanto demuestra, en parangón con el artículo 353º C.C., que se atribuye ya al acreedor de la cosa del monopolio de las utilidades de la misma.

no se gradúa en atención a la mayor o menor gravedad de la conducta del deudor incumplidor, sino conforme a la entidad del daño causado al acreedor, objetivamente imputable a la falta de cumplimiento. Para ello, es necesario ocuparse del artículo 1107º y de la proposición final del artículo 1103º C.C.

Pero quizás convenga recordar antes algo tan obvio como que, por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño alguno al acreedor. Quizás convenga recordarlo, al mismo tiempo que se critican algunas aseveraciones de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, que han tenido eco en la jurisprudencia posterior (*SSTS 27 de junio 1984, 17 de enero de 1985, 5 julio de 1985, 24 de septiembre de 1986, 30 de septiembre de 1989*). En dicha sentencia puede leerse con referencia a “la restrictiva y reiterada doctrina de esta Sala relativa a la necesidad de probar la producción efectiva de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, de acuerdo con la formulación jurisprudencial, también reiterada, de que el solo incumplimiento contractual no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar”, que “si bien es cierta la constante cita y aplicación (no siempre adecuada) de la doctrina aludida incluso con el mero y simple alegato de su fórmula estereotipada (‘el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar’), más lo es que, en buena técnica de realización del Derecho, ha de matizarse el encaje de los hechos a esa abstracta formulación en exceso generalizada, y, con la vista puesta en los casos decididos a su amparo, de determinar su verdadero alcance y sentido circunstancial, no otro que el de evitar un injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio o daño, en especial —y muchas de las sentencias que al efecto sientan la doctrina la precisan así— el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingentes o de puras expectativas no contrastadas, o bien, en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero, negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse satisfecha, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con repercusión económica de perjuicios no acreditados, lo cual, en definitiva, no excluye la idea de que el incumplimiento (impago de una renta, de un precio, de un hacer o prestar un servicio una gestión por ejemplo) no constituya *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la otra parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sos-



tener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el artículo 1258° del Código Civil [...]; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir *in re ipsa* el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración fácticamente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir que ‘no siempre’ el incumplimiento produce el deber de resarcir”.

Afirmaciones estas últimas, quizás comprensibles como reacción frente a la muy restrictiva doctrina jurisprudencial que, en materia de indemnización por ganancias dejadas de obtener por el acreedor, sentaron sentencias como las de *24 de octubre de 1953*, *10 de abril de 1954*, *2 de abril de 1960*, *6 de mayo de 1960*, *30 de noviembre de 1961* o *10 de junio de 1976*; pero que no pueden compartirse: ni es verdad que todo incumplimiento suponga *per se* un daño —baste pensar en el incumplimiento por parte de un comprador de su obligación de pagar el precio, que permite el vendedor resolver la venta de un bien cuyo valor de mercado se haya incrementado extraordinariamente entre el momento de la celebración del contrato y el de la resolución—, ni la función de la responsabilidad contractual es la de prevenir o castigar el incumplimiento de los deberes contractuales.

La proposición primera del artículo 1107.I C.C. dispone que “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación”.

Que “deudor de buena fe” en esta norma es todo deudor que tenga que responder del incumplimiento, sin que quepa reprocharle haber actuado con dolo —lo que incluye también, aunque no sólo, al deudor negligente—, lo tengo seguro, pese a una muy autorizada opinión en contrario (14), desde la elaboración de mi tesis doctoral (15). Con estos argumentos:

---

(14) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 713, indudablemente en su deseo de proporcionar soportes normativos a una “objetivación” de la responsabilidad contractual que, frente a la opinión todavía dominante, intuía, con razón, necesaria en términos de justicia y eficiencia económica.

(15) *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños* (leída en 1981), ps. 707 y ss., nt. 64. De acuerdo, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros,

Si se acepta la hipótesis de que la expresión “deudor de buena fe” no incluye al deudor negligente, ¿dónde estaría regulando nuestro Código Civil la extensión de la obligación de indemnizar del deudor negligente? ¿Qué norma debería aplicarse analógicamente para cubrir la pretendida laguna: una de tenor tan disparatado como la del párrafo segundo del artículo 1107º C.C., chocando además frontalmente con toda la tradición de los Derechos latinos en la materia (16), o el párrafo primero de dicho artículo, con lo que se acabaría incluyendo por analogía en el ámbito de aplicación del artículo 1107.I lo que la hipótesis de partida trataba de excluir?

En nuestra codificación civil, la expresión “deudor de buena fe” aparece por primera vez en el artículo 1124.I del Anteproyecto de 1882-1888, tomada, con seguridad, del artículo 1151º del Anteproyecto de revisión Código Civil belga de LAURENT: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat* (17). El modelo que dicho jurista utilizó al efecto fue, evidentemente, el artículo 1150º C.C. francés: *“Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée”*. Pues bien, el propio LAURENT explicó la sustitución de la frase final de este precepto por las palabras “cuando el deudor sea de buena fe” como un simple cambio de redacción (18). Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código Napoleón: “El artículo 1147º —escribió— añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa*, Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente pueden hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo”. Y añadía un poco más adelante: “El

---

*Elementos...*, II-I, cit., ps. 286 y ss.; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 711 y ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987), p. 237, nt. 266; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 724. De distinta opinión, CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones* (1989), ps. 286 y ss.

(16) *Vid.* el apartado I del Apéndice a este trabajo.

(17) *Vid.* por todos, SALVADOR CODERCH y SANTDLUMENGE, “La influencia del *Avant-Projet de Révision du Code civil* belga de François Laurent en el Código Civil español de 1889”, en *Centenario del Código Civil*, II, ps. 1937 y ss.

(18) LAURENT, *Avant-Projet de révision du Code Civil*, IV (1884), p. 147.

artículo 1150° dice [...] Esta regla procede de POTHIER. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno, *en este sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa*, como hemos dicho más arriba” (19).

La regla de proposición primera del artículo 1107.I C.C. no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es *el contrato mismo*, ley entre las partes (20).

Fue común entre los exégetas franceses justificar la regla del artículo 1150° del *Code Napoléon* mediante la idea de un “convenio tácito” o acuerdo implícito entre las partes al tiempo de contratar. Ello no es sino otra de las ficciones características de una época en que impe-

---

(19) LAURENT, *Principes de droit civil*, 3ª edic. (1878), XVI, núms. 256 y 286, ps. 319 y 345. Los subrayados son míos.

(20) RABEL, *Das Recht des Warenkoufs*, I (1936, reimpr. 1964), ps. 495 y ss.; *vid.*, asimismo WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1979), Vor Artt. 82-89 EKG, Rdnr. 25, 46. Sobre el concepto y los diferentes criterios de imputación objetiva del daño, PANTALEÓN, “Casualidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil*, II, ps. 1561 y ss., según ideas que ya expuse en mi obra *Del concepto de daño...*, cit., ps. 39 y ss. y 77 y ss., y que comparte ahora CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 725 y ss.

En atención a la finalidad protectora del específico deber contractual infringido por el deudor en el caso concreto, el criterio del “fin de protección de la norma” puede tener otras aplicaciones excluyentes de la imputación objetiva del daño en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuyo encaje normativo residiría, en nuestro Derecho, en el requisito de que los daños y perjuicios han de ser “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento, que exigen las palabras finales del artículo 1107.II CC.

El caso de la jurisprudencia inglesa *Gorris v. Scott* (1874) nos proporciona un excelente ejemplo (otras en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 726 y ss.). La parte demandada, propietaria del barco en el que se comprometió a transportar el ganado propiedad de la parte demandante, estaba obligada reglamentariamente a instalar en establos separados a cada uno de los animales que viajaran a bordo. No lo hizo así, y una noche una tormenta barrió de la cubierta a las bestias, que perecieron ahogadas. La parte demandante fundó su pretensión indemnizatoria en el hecho probado de que, si los animales hubiesen sido instalados en establos, como ordenaban los reglamentos, el resultado se habría evitado. La demanda fue desestimada, argumentando el Tribunal que el daño, “que asumimos aquí que ha sido causado por la infracción del deber cometida por la parte demandada, es de tal naturaleza que no estaba en modo alguno contemplado por el reglamento”, el cual “no tenía como finalidad directa ni indirecta proteger frente a tal daño [...], ya que la norma esta dirigida contra el riesgo de que el ganado esté expuesto a enfermedades contagiosas”.

raba el “dogma de la voluntad” —i.e., no cabe concebir ninguna consecuencia jurídica del contrato que no encuentre un punto de apoyo en el consentimiento explícito o implícito de los contratantes—, por más que también resulte frecuentemente contradicha por la realidad la afirmación, tan cara a la doctrina anglosajona, de que, al tiempo de contratar, las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Con mayor acierto, se ha recurrido a la idea de “lo que hipotéticamente hubieran acordado personas razonables del mismo sector del tráfico, en el lugar de los contratantes”, si hubiesen considerado al tiempo de contratar las cuestiones de *quantum respondatur*. Pero hay que ser conscientes de que, con palabras como esas, no se está ofreciendo más que una “explicación antropomórfica” de lo que el Derecho considera una adecuada distribución de los riesgos de incumplimiento, a la luz del principio de autonomía de la voluntad.

La explicación jurídico-económica de que el “fin de protección del contrato” se limite a los daños previstos o previsibles al contratar, es fácil de comprender. La decisión de celebrar un contrato —la decisión, por ejemplo, de vender y comprar algo por un determinado precio— descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. No tendría buen sentido, habida cuenta de que:

Por una parte, el contratante incumplidor no pudo tener el riesgo de producción de dichos resultados dañosos en cuenta al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios que le llevó a contratar. Y si lo hubiera contemplado, no habría, por ejemplo, ofrecido vender al precio en que lo hizo, sino que habría exigido un precio superior, en la medida del coste para el de administrar dicho riesgo, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo (auto asegurándolo). Y de haber estimado el comprador que el incremento de precio exigido por el vendedor excedía el coste para él de administrar, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de daños de que se trata, la compraventa se habría celebrado al mismo precio en que se realizó, pero exonerándose expresamente al vendedor de responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión.

Y por otro lado, la parte contratante que sufre el incumplimiento tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios fundamento de su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de acaecimiento de aquellos resultados dañosos. Y si, por seguir con nuestro ejemplo, el comprador quería que así hubiera sido, siempre pudo proporcionar al vendedor, al tiempo de contratar, la oportuna información, y aceptar el mayor precio que, por asumir el riesgo de daños puesto así de manifiesto, el vendedor le hubiese exigido. Aceptarlo, claro está, una vez constatado por el comprador, en atención al incremento de precio exigido por el vendedor, que éste podía administrar a menor coste, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de acaecimiento de los resultados dañosos en cuestión.

El Código Civil alemán, que —a diferencia de lo que sucede en los Códigos Civiles francés (art. 1150º) e italiano (art. 1225º), en los ordenamientos de *common law* (a partir del caso *Hadley v. Baxendale* [1854]), y en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (arts. 82º, 86º y 87º de la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, y arts. 74º, 75º, 76.1 y 78º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980) (21)— carece de una norma como la contenida en la proposición primera de nuestro artículo 1107.I C.C., incluye en el § 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 ésta, que permite, en mi opinión injustamente, que el deudor responsable del incumplimiento pueda tener que pechar con ese daño extraordinariamente alto, a causa de una información proporcionada *con posteridad a la celebración del contrato*, sin derecho a exigir del acreedor un adecuado incremento de la contraprestación pactada.

“Una ventaja más práctica de considerar el contrato como la asunción de un riesgo —escribió O. W., HOLMES (22)— consiste en la luz que arroja sobre la cuestión de la cuantía de la indemnización. Si un incumplimiento de contrato fuese contemplado de la misma manera que un ilícito extracontractual, 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 considerado responsable de di-

---

(21) *Vid.*, el apartado 2 del Apéndice a este trabajo.

(22) *The Common Law* (1881, reimpr. 1963), p. 236

cha consecuencia en caso de incumplimiento. Se ha hecho una sugerencia como ésta [por BRAMWELL B. en el caso *Gee v. Lancashire & Yorkshire Railway. Co. (1860)*]. Pero no ha sido aceptada como Derecho”.

La explicación jurídico-económica que acaba de ofrecerse impone completar el tenor de la norma que venimos analizando, en el sentido siguiente: para que un concreto resultado dañoso, vinculado a ciertas circunstancias especiales, entre dentro del “ámbito de protección del contrato”, no es suficiente que, al tiempo de contratar, el contratante incumplidor haya previsto o pudiera razonablemente haber previsto la posibilidad de que dicho resultado acaeciese, sino que es necesario, además, que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños* (23). Lo que, sensatamente, habrá que entender que no es el caso, cuando se constate que lo que le habría costado al incumplidor administrar el riesgo cuya realización ha causado los daños de cuya indemnización se trata, es una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener del contrato incumplido.

El caso *Hooks Smelting Co. v. Planter's Compress Co.*, decidido en 1904 por el Tribunal Supremo de Arkansas, nos suministra un buen ejemplo sobre esta importante precisión.

La compañía demandante reclamo 520,87 dólares como precio de dos tornillos sin fin de bronce que había fabricado para la compañía demandada. Esta se opuso, alegando, entre otras cosas: que la entidad demandante había sido informada de que los tornillos se necesitaban el día 1 de septiembre y de que, sin ellos, el compresor para el que estaban destinados no podría funcionar, con enormes perjuicios para la demandada; que la demandante no envió los tornillos hasta el día 30 de septiembre, y que, cuando se recibieron, se comprobó que eran demasiado grandes y, por ello, inútiles para la finalidad prevista, por lo que hubo que encargar otros nuevos; que por no haber realizado la demandante los tornillos según las instrucciones que se le dieron,

---

(23) Así, con gran precisión, D. R HARRIS, en *Chitty on Contracts*, 26ª edic., I (1989), §§ 1797 y ss.; también, TREITEL, *The Law of Contract*, 7ª edic. (1987), p. 749; MCGREGOR, *On Damages*, 15ª edic. (1988), §§ 262 y ss.; STOLL, en VON CAEMMERER-SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990). Art. 74, Rn. 28; *vid.*, en cambio, BEALE, *Remedies for Breach of Contract* (1980), ps. 183 y ss.; BURROWS, *Remedies for Tort and Breach of Contract* (1987), ps. 51 y ss.

y no haberlos entregado en el tiempo convenido, el compresor hubo de permanecer parada varios meses; y que ello causó a la demandada daños por valor de 7.322,50 dólares que reclamó en reconvencción.

El tribunal de instancia estimó parcialmente la reconvencción, y condenó a la demandante a pagar a la demandada una indemnización de 5.540 dólares. Pero el citado Tribunal Supremo revocó la sentencia y ordena la celebración de un nuevo proceso, en una decisión en la que leemos: “[...] 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 parte del realizador del molde o del mecánico empleados por ella, podría hacerla responsable del valor de uso del compresor durante el tiempo de cualquier retraso causado por tal error, nunca habría acertado el trabajo sin una contraprestación adicional por la asunción de un riesgo así” (24).

Además, nuestra explicación jurídico-económica concurre con los antecedentes históricos y el ejemplo del Derecho comparado (25) para no permitir duda alguna sobre lo acertado de negar que la proposi-

---

(24) Esta decisión se apoyó en el precedente constituido por la sentencia del Tribunal Supremo Federal en *Globe Refining Co. v. Landa Oil Co.* (1903), en la que O.W. HOLMES consagró las ideas que ya había defendido en su obra *The Common Law*, cit., ps. 236 y ss. Pero la doctrina sentada en éstas y otras decisiones jurisprudenciales norteamericanas de principios de siglo, que también juzgara con favor McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), §141, ha sido abandonada, tras su rechazo por los redactores del *Uniform Commercial Code* (vid. § 2-715, Com. 5), por la generalidad de las jurisdicciones estatales. Y con el aplauso de los autores, que la consideran un erróneo subproducto de la idea de que la regla *Hadley v. Baxendale* se fundamenta en un acuerdo implícito de las partes (vid. DOBBS, *Handbook all the Law of Remedies* [1973], § 12.3 p. 805, §12.6, p. 874; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, 3ª edic. [1987] § 14-5, ps. 595 y ss.; WHITE y SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 3ª edic. [1988], § 10-4, ps. 444 y ss.). Nos parece claro, sin embargo, que no es necesario suscribir esa falsa idea para justificar una decisión como la del Tribunal Supremo de Arkansas en *Hooks Smelting Co. v. Planter's Compress Co.*

(25) Elocuente es la no remisión al artículo 1225º del artículo 2056º del vigente Código Civil italiano, que sí se remite a los 1223, 1226 y 1227. Es un claro rechazo legislativo de las tesis de un influyente, aunque minoritario sector doctrinal que, bajo el imperio del Código Civil de 1865, sostuvo la aplicación analógica de su artículo 1228, traducción literal del artículo 1150º del Código Civil francés, al campo de la responsabilidad extracontractual (CARNELUTTI, “Appunti sulle obbligazioni”, *Riv. dir. comm.* 1915, I, ps. 627 y ss.; y especialmente VERGA, “Colpa aquilina e prevedibilità del danno”, *Riv. dir. priv.* 1938, ps. 237 y ss.).

ción primera del artículo 1107.I C.C. pueda ser aplicada por analogía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (26), y el tenor literal de dicha proposición también ayuda: un juicio de previsibilidad sólo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata.

La defensa, por parte de un muy autorizado sector doctrinal, de la aplicación de la proposición primera del artículo 1107.II C.C. en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, puede entenderse por el deseo de proporcionar un soporte normativo para el criterio de la “adecuación” (para la mal llamada “teoría de la causalidad adecuada”, a la que se cree, equivocadamente, necesaria superación de la teoría de la equivalencia de las condiciones), según el cual, no cabrá imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta causante del mismo, cuando su acaecimiento habría sido juzgado imprevisible, cuando su producción se habría descartado como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, si tal es el caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, al tiempo de realizarse la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.

Parece claro, sin embargo, que nunca cabría encontrar apoyo normativo para el criterio de la “adecuación” en una regla que sitúa temporalmente el juicio de previsibilidad “al tiempo de constituirse la obligación”, en vez de en el momento de producirse el incumplimiento (27).

---

Para el Derecho francés, por todos, H. L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6.a ed., III-1 (1978), núm., 2,370, ps. 721 y ss.

(26) En contra, DE COSSIO, *El dolo en el Derecho Civil* (1955), ps. 138 y ss., al que siguieron DE CASTRO, “La indemnización por causa de muerte”, ADC 1956, p. 478, nt. 108; GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual* (1968), p. 488. Como en el texto LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., ps. 543 y ss. nt. 2. Véase también, DE ANGEL, *La responsabilidad civil*, 2ª edic. (1988), ps. 262 y ss.

(27) *Vid.* RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 494; y asumiendo una idea que expuse en mi tesis doctoral, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 722, 740.



Y no debería caber tampoco duda alguna sobre la necesidad de restringir el ámbito de aplicación de la proposición primera del artículo 1107.I C.C. al campo de las obligaciones *nacidas de contrato*, mediante una reducción teleológica semejante a la que, para el artículo 1137º C.C. (presunción de no solidaridad), ha venido realizando desde hace años la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. Un rasgo característico de las obligaciones legales, es, por lo demás, que el deudor puede no tener conocimiento de la realización del supuesto de hecho constitutivo de su obligación, e ignorar, por tanto, su condición de tal: ¿qué daños prevé o puede prever, al tiempo de constituirse la obligación, como posibles consecuencias de la falta de incumplimiento de la misma, alguien que en dicho momento ni siquiera sabe que está obligado?

Más difícil es justificar, sin recurrir a la idea de “castigo” o a una vaga noción de “equidad”, que el criterio de imputación objetiva “previsibilidad del daño al tiempo de contratar” no resulte aplicable en caso de incumplimiento doloso (28); restricción que no conoce, ni el *common law*, ni el Derecho Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (29). Estimo satisfactoria la explicación que sigue, ajena a cualquier idea punitiva.

En los casos de incumplimiento doloso, la parte contratante que se plantea incumplir, dado que hacerlo o no depende inmediatamente de su voluntad, puede realizar y realiza un segundo cálculo de costes beneficios, relativo ahora a su decisión de incumplir. Si el criterio de imputación objetiva del daño que nos ocupa fuera también aplicable aquí, estaríamos permitiendo que aquella parte realizase ese segundo cálculo estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria —igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato— que utilizó, o debió razonablemente utilizar, cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su

---

(28) Son muy poco satisfactorias las explicaciones avanzadas por los juristas franceses e italianos: *vid.* H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Traité...*, cit., núm. 2376, ps. 731 y ss.; CHARTIER, *La réparation du préjudice* (1983), núm. 76, ps. 101, 55; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2ª edic. (1979), en el “Comentario del codice civile Scialoja-Branca”, p. 374. ss.

(29) Aunque en la Ley Uniforme de Venta de La Haya se incluyó un Artículo 89º del siguiente tenor: “En caso de dolo o fraude, la indemnización de daños se calcularán conforme a las reglas aplicables a los contratos no regidas por la presente Ley”. *Vid.* sobre esta norma, RIESE, “Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts”, *RabelsZ* 22 (1957) ps. 101 y ss.; WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 89 EKG, Rdnr, 1 y ss.

decisión de contratar. Lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles 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 (30). O dicho con mayor precisión, el incumplimiento doloso ineficiente podrá tener lugar, cuando los costes de transacción hagan inviable la alternativa de que el acreedor lo evite, pagando al deudor que se

---

(30) Tras indicar que la regla *Hadley v. Baxendale* limita la indemnización a los daños que fueran previsibles como probables al tiempo de contratar, y que posterior información sobre un riesgo inusual no incrementará la cuantía de la responsabilidad de la parte que incumple, aun cuando le fuera proporcionada antes del incumplimiento, ha escrito BEALE, *Remedies for Breach...*, cit., ps. 180 y ss.: “En algunos casos, esto es perfectamente sensato. Si una parte está estimando las precauciones que debe tomar (y, por tanto, el precio que debe cobrar) para precaver la entrega tardía de los bienes o los daños a los mismos, tendrá que tomar su decisión sobre la base de la información disponible cuando se celebra el contrato. No sería justo hacerle responsable de los riesgos que salen a la luz posteriormente, sin pagarle una cantidad extra, ya que él no ha incluido entre sus costes el de las precauciones que dichos riesgos reclaman. Es más eficiente tener una regla que requiera el desvelamiento [de los riesgos] desde el primer momento”.

Añadiendo a continuación: “La regla no funciona tan bien cuando se trata de un incumplimiento doloso. *A* puede negarse a entregar las mercancías a *B* porque ha encontrado un uso mas valioso para ellas que el que ordinariamente supuso que *B* haría de las mismas, aun cuando sabe ahora que el uso que en verdad pretende *B* sería el más valioso. En este tipo de casos, puede verse la fuerza de la propuesta de Bramwell B. en *Gee v. Lancas. & Yorks. Railway* (1860) de que una parte que persiste en incumplir el contrato, tras ser informada del daño probable, habría de ser responsable del mismo. Sin embargo, cabe pensar que el Derecho acierta al mantenerse en el conocimiento en el momento de celebración del contrato, porque es más sencillo tener una única regla, y porque sería muy difícil encontrar otro momento adecuado, incluso en el caso de incumplimiento doloso. La fecha del incumplimiento mismo no serviría, porque, en la práctica, a menudo *A* se habrá decidido irrevocablemente a dedicar las cosas a su uso alternativo mucho antes de que llegue la fecha de la entrega a *B*”.

Ya que las razones del citado jurista no resultan demasiado convincentes —ni es tan complicado tener una regla especial para los casos de incumplimiento doloso, ni la decisión de *A* podrá generalmente considerarse irrevocable hasta el momento en que llegue la fecha de la entrega a *B* (podrá, p. ej., recomprar a *C* la cosa que le vendió y entregó, pese habérsela vendido antes a *B*; y le convendrá hacerlo así si, como supo tras la venta y entrega a *C*, el interés de *B* en la cosa, medida de la indemnización que habrá de abonarle, es muy superior al de *C*)— habrá que aplaudir la solución de los Códigos Civiles francés, italiano y español de excluir los casos de incumplimiento doloso del campo de juego del criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

propone incumplir, al menos una suma igual al beneficio que a éste le reportaría hacerlo; alternativa ésta, por lo demás, repugnante en términos de justicia (31).

Un ejemplo numérico parece conveniente aquí. Supongamos que el daño previsible al tiempo de contratar sea 20; y el daño previsible por la parte que se plantea incumplir, al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, sea 50 (entre uno y otro momento, la otra parte le ha desvelado la oportuna información sobre un excelente negocio cuya realización depende del correcto cumplimiento). Si el criterio de imputación objetiva analizado fuera también aplicable al incumplimiento doloso, y el beneficio previsible del incumplimiento para quien se plantea no cumplir fuera superior a 20 e inferior a 50, digamos 48, el incumplimiento tendría lugar —pues el incumplidor ganaría 28 (la diferencia entre 48 y 20) con él—, pese a ser, como es, un incumplimiento ineficiente. Salvo que, siendo los costes de la re-negociación entre ambas partes menores que 2 (la diferencia entre 50 y 48), el acreedor se avenga a pagar al deudor una suma igual o un poco superior a 28, a fin de que éste no incumpla dolosamente. Pero si aquellos costes de transacción son mayores que 2, el incumplimiento ineficiente tendrá lugar, al no haber espacio para una re-negociación entre las partes que lo evite.

De esta explicación se deducen dos importantes consecuencias:

a) Los incumplimientos a los que puede aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1107º C.C. son sólo los incumplimientos dolosos *en sentido estricto* (conscientes y voluntarios), sin que quepa incluir los provocados por culpa lata del deudor (32).

---

(31) Aunque indiferente en términos de eficiencia: COASE, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, 3 (1960), ps. 1 y ss. Sobre el llamado "Teorema de Coase", por todos, PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC 1981, ps. 632 y ss., POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1983 trad. 1985); SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., ps. 84 y ss.

(32) Así la jurisprudencia y doctrina dominante en Italia: CLAN, "Lata culpa dolo aequiparatur", *Riv. dir. civ.* 1963, I, ps. 155 S.; BIANCA, *Inadempimento...*, cit., p. 377; en contra, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edic. (1979), I, p. 288, nt. 149. En Francia, por el contrario, se ha consagrado de modo aparentemente definitivo la equiparación entre dolo y culpa lata en la aplicación del artículo 1150º del *Code*: CHARTIER, *La réparation...*, cit., núms. 77 y ss., ps. 103 y ss.

Entre nosotros, coincide en la conclusión, aunque con una argumentación que no podemos compartir. MORALES, "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa". ADC 1982, ps. 599 y ss. La tesis de

Conviene advertir que el artículo 1107.II C.C. es también aplicable a los casos de dolo, engaño a fraude por parte del deudor en la *fase de formación del contrato* (v. arts. 1270. II, 1478.5.º, 1486.II, 1487, 1529. III C.C.).

A este respecto, la diferencia con el *common law* —que, como indicamos, no distingue entre incumplimientos dolosos y no dolosos en la aplicación de la regla *Hadley v. Baxendale*— desaparece.

En *Doyle v. 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 aquélla. 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. Planteándose el problema de si, en casos como éste, 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 el 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”.

---

reducir radicalmente el ámbito de aplicación del artículo 1107.II C.C. a los casos de dolo delictivo (art. 1185º C.C.) y dolo-fraude (art. 1298º C.C.), sostenida por CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 750 y ss., aunque pueda comprenderse ante el absurdo tenor literal del precepto, no puede compartirse: también en los casos de dolo-incumplimiento es jurídico-económicamente sensato, como hemos visto, prescindir de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsibles al tiempo de contratar. Lo que procede es realizar una interpretación correctora del artículo 1107.II, en el sentido que luego indicaremos.

Precedente del anterior fue el caso *Mullett v. Mason* (1866), en el que se condenó al vendedor de una vaca, que la sabía infectada de una enfermedad contagiosa, a indemnizar al comprador el valor de otras vacas de su propiedad que habían muerto a causa de la enfermedad transmitida por la 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.

Quien recuerde que POTHIER, en el texto del *Traité des Obligations* en que se consagró definitivamente la idea de que el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega en favor del deudor doloso, utilizó, tomándolo de D. 19, 1, 13 pr., un ejemplo igual al caso *Mullett v. Mason*, argumentando al respecto que, en un supuesto así, “*c’est le dol de ce marchand qui m’a causé tout ce dommage*”(33), puede que se pregunte si el ámbito de aplicación del artículo 1107.II C.C. no tendrá que restringirse, precisamente, a los casos de dolo en la fase de formación del contrato, en los que es patente lo razonable de excluir el juego del criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar: la pretensión indemnizatoria del contratante perjudicado no se fundamenta en el contrato mismo, sino en la conducta engañosa de la otra parte (la responsabilidad, si se me permite decirlo así, no es estrictamente contractual), ya que lo que el uno reprocha a la otra no es que no haya cumplido lo pactado, sino cabalmente, que le indujera dolosamente a celebrar un contrato en su propio perjuicio (34). La respuesta, empero, ha de ser negativa. La norma analizada es también aplicable en los casos de dolo en la fase de cumplimiento del contrato: la letra del artículo 1107.II C.C. no distingue y, como creemos haber demostrado, tiene buen sentido

---

(33) *Vid.* el núm. 166 del citado *Traité*, transcrito en el apartado 3 del Apéndice de este trabajo.

(34) Respecto del Artículo 1151º del Código Civil francés, escribió LAURENT, *Principes...*, cit., XVI, núm. 305, p. 354: “El deudor de la mala fe es responsable del daño, aun imprevisto, que sufre el acreedor, siempre que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato. Este es el principio formulado en el texto legal. Incluso así formulado, no muestra a las claras del pensamiento de la Ley. POTHIER es más preciso: el deudor, dice, es responsable de los daños y perjuicios a que el dolo da lugar. Es, pues, el dolo la causa de su responsabilidad, mientras que en el caso del deudor de buena fe lo es la voluntad de las partes contratantes. He aquí por qué, si el deudor es de buena fe, no se tiene en cuenta más que lo que ha sido previsto a lo que las partes han podido prever, mientras que, en el caso del dolo, importa poco lo que haya sido previsto, y el deudor responde de los daños y perjuicios, incluso imprevistos, que sean consecuencia de dolo”.

jurídico-económico no aplicar a los incumplimientos estrictamente dolosos el criterio de imputación objetiva del daño contenido en la proposición primera del artículo 1107.I C.C.

b) En materia de imputación objetiva del daño, el contratante que incumple dolosamente no debe ser tratado de distinta manera que un extraño que, sin relación contractual previa con el dañado, ocasionase intencionadamente un evento dañoso análogo. O dicho de otra forma: en la hipótesis de dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

Aunque con cierto apoyo en los antecedentes legislativos (35) y en la letra de la Ley, es, pues, inaceptable una interpretación del artículo 1107.II C.C. en el sentido de que el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben conectados causalmente, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, con la falta de cumplimiento. Dicho deudor no debe responder de los daños cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del “riesgo general de la vida”, la “prohibición de regreso”, la “provocación”, el “incremento del riesgo” o la “adecuación” (36).

Y si se tiene en cuenta que estos criterios de imputación objetiva han de jugar también, obviamente, en el ámbito de la responsabilidad contractual no dolosa, y que constituyen el más sensato contenido que cabe dar al requisito, establecido al final del artículo 1107.I, de que, para ser resarcibles, los daños y perjuicios han de ser “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento (37), parece lo más lógico concluir que este requisito —que debe emparentarse con el de que los daños han de ser “consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento, de los arts. 1151° C.C. francés y 1223° C.C. italiano— es aplicable, no sólo en el ámbito de la responsabilidad contractual no dolosa, sino también en el de la responsabilidad contractual por dolo;

---

(35) Especialmente en la glosa de GARCÍA GOYENA el artículo 1016° del Proyecto de 1851. *Vid.* el apartado 3 del Apéndice a este trabajo.

(36) Sobre estos criterios, PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva...”, *cit.*, ps. 1566 y ss. Se podría haber añadido el criterio del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, pero no en el sentido del “fin de protección del contrato” (previsibilidad del daño al tiempo de contratar), sino en el señalado en la nota 18: finalidad protectora del específico deber infringido, en su caso dolosamente.

(37) Así, de acuerdo con las ideas que expuse al respecto en mi tesis doctoral, CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, ps. 725 y ss.

sosteniendo que el tenor del artículo 1107.II C.C. únicamente pretende dejar claro que el límite de la previsibilidad de daño al tiempo de constituirse la obligación no juega en favor del deudor doloso (38).

Nada más habrá que añadir en favor de la procedencia de aplicar analógicamente el requisito de la “consecuencia necesaria” del artículo 1107.I *in fine* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (39).

3.3. En las páginas precedentes creemos haber demostrado que nada de lo dispuesto en el artículo 1107° C.C. puede justificar el atribuir a las normas de responsabilidad contractual una función preventiva punitiva: nada hay en dicho precepto que respalde la tesis de que la responsabilidad contractual se gradúa, en su cuantía, con arreglo a la gravedad de la culpa del deudor. Lo mismo cabe afirmar respecto de la proposición final de artículo 1103° C.C.

Si no me equivoco, la acogida por el legislador español (desde el art. 1120° del Anteproyecto de 1882-1888) de la facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa, no tuvo otra finalidad que la de solucionar en nuestro ordenamiento, por una vía intermedia, la polémica existente entre los exégetas franceses sobre si la previsibilidad al tiempo de contratar del artículo 1150° del Code se refería únicamente a la “causa” de los daños, o también a su cuantía (40). Nuestro Código Civil se habría decidido por una solución in-

---

(38) De acuerdo, CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., ps. 292 y ss., que responde adecuadamente a la objeción de DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 288, a las ideas, iguales a las del texto, que expuse en mi tesis *Del concepto de daño...*, cit., ps. 438 y ss.

(39) PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, ps. 573 y ss.; de acuerdo CARRASCO, *Comentarios...*, p. 725. El artículo 2056° del Código Civil italiano sí que se remite a su artículo 1223.

(40) En favor de la primera solución, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 3ª edic., I (S. d.), núms. 591 y ss., ps. 591 y ss.; LAURENT, *Principes...*, cit., XVI, núms. 289 y ss., ps. 348 y ss. Favorables a la segunda, AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, 6ª edic. (Por BARTIN), § 308, p. 159 nt. 41. Esta explicación del origen de la norma no ha convencido a DÍAZ ALABART, *Comentarios of Código Civil y las Compilaciones Forales EDERSA*, XV-1 (1989), ps. 485 y ss. Pero para terminar escribiendo: “Opto pues, finalmente, por la idea de que probablemente el Artículo 1103° procede de una suma de influencias del Código Civil francés y los Códigos Civiles portugués y argentino. Esta tesis, aunque tampoco se puede probar, tiene la ventaja frente a otras de que no hay argumentos en contra y que además no condena al precepto de una práctica ineficacia”. Ahora bien, en ninguno de los citados Códigos existe nada parecido a una facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa. No existe tampoco, por cierto, en el BGB, del que se excluyó al confesado efecto de no contaminar la responsabilidad contractual de ideas punitivas extraviadas a ella: *Motive Zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsche Reich* (1888), II, ps. 17 y ss.

termedia, ya preconizada por POTHIER(41): se exige únicamente la previsibilidad, en el momento de la celebración del contrato, de las “causas” de daño o, dicho con más precisión, de los *tipos o clases* de eventos dañosos de cuya indemnización se trate. Un daño de una clase que, al tiempo de contratar, aparezca como previsible consecuencia del incumplimiento, será indemnizable, aunque la cuantía del mismo sobrepase en mucho la suma que racionalmente pudieron prever las partes al tiempo de contratar. Ahora bien, cuando esto ocurra, el Tribunal podrá moderar *quantum respondatur* al amparo de lo dispuesto en la proposición final del artículo 1103º C.C.(42).

La postura que finalmente ha triunfado en Francia es la de que, en principio, no basta la previsibilidad al tiempo de contratar del tipo o clase de daño, sino que la cuantía de la indemnización a cargo del contratante incumplidor no doloso no debe exceder de la cuantía de daños previsible al tiempo de contratar. Pero dejando muy claro que la regla de la irresarcibilidad del daño imprevisible en su cuantía no es de aplicación en aquellos supuestos en que el valor del perjuicio causado es mayor del que podía razonablemente esperarse, a causa de un alza anormal de precios. Y que, en caso de daños de tipo previsible, pero imprevisibles en su cuantía, el contratante incumplidor no queda exonerado, sino que ha de indemnizar en la cuantía de daños previsible (43).

---

En fin, cuando DÍAZ ALABART achaca a mi interpretación de la proposición final del artículo 1103º C.C. “lo muy reducido de su campo de aplicación, pues el supuesto presuntamente contemplado se dará en muy pocas ocasiones”, y que “evidentemente, ley para un caso que no se presenta a menudo no es una ley útil”, parece desconocer la existencia de jurisprudencia y doctrina como la que se cita a continuación en el texto. Por lo demás, juzgue el lector si el dar “mayor utilidad” a la norma que nos ocupa puede justificar su empleo para solucionar problemas de *compensatio lucri cum damno*, de responsabilidad de los padres o tutores por los hechos dañosos de sus hijos o pupilos, cuando estos pertenezcan a la categoría de los “grandes menores”, etc. (*vid.* DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., ps. 575 y ss.).

(41) En los núms. 164 y 165 de su *Traité des Obligations: vid.* el apartado 1 del Apéndice a este trabajo.

(42) Esta idea, defendida en mi tesis *Del concepto de daño...*, cit., p. 713, ha sido aceptada, aunque sólo como una de las posibles aplicaciones de la norma en cuestión, por DELGADO ECHEVERRÍA. En LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., ps. 237 y 288, y DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 576. Parece en contra, desde la idea de que la proposición primera del artículo 1107.I C.C. exige también la previsibilidad de la cuantía de los daños, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 731 (pero *vid.* p. 75, nt. 30).

(43) *Vid.* H., L. y J, MAZEAUD, *Traité...*, cit. núms. 2379, 2389 y ss. y 2420-25, ps. 734 y ss., 742 y ss. y 807 S.; CHARTIER, *La réparation...*, cit., núm. 63, ps. 87 y ss.; WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*, 4ª ed. (1986), núm. 393, ps. 396 y ss.



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 aquél 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 4,000 libras, Se condenó a la demanda a pagar una indemnización de sólo 420 libras.

De casos como éste, y como *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (44), al que aquél sirvió de precedente, parece deducirse que, según la jurisprudencia inglesa, lo que ha de poder 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 6.000 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 habrá ascendido a 7.500 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 forma 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 punta de casarse, que compraban su primera casa, y que, como el vendedor sabía bien, no tenía otros recursos que los 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.

---

En Italia, doctrina y jurisprudencia mantienen posiciones discrepantes: *vid.* Por todos, BIANCA, *Inadempimento...*, cit., ps. 384 y ss., pero también ps. 383 y ss.; DE CUPIS, *Il danno...*, cit., I, ps. 384 y ss.

(44) Narrado en el apartado 2 del Apéndice este trabajo.

El demandado arguyó que no debía responder de la entera diferencia entre el precio actual de mercado y el precio pactado, porque si bien podía haber contemplado, al tiempo de contratar, algún alza en los precios de las casas, nunca una tan fuerte como la que tuvo lugar entre 1971 y 1973. Argumento que rechazó Megarry J. afirmando que el demandado únicamente podía eludir la responsabilidad respecto de un “*type or kind of loss*” que no pudiera haber contemplado al tiempo de contratar; y que “ningún precedente se me ha presentado que parezca proporcionar apoyo al alegado requisito de que el *quantum* habrá de ser contemplado” (45).

La doctrina inglesa acepta también el principio de que sólo es precisa la previsibilidad del tipo o clase de daño; pero para indicar de inmediato que la diferenciación entre “tipo” y “*quantum*” carece de contornos precisos —porque los tipos de daños puede definirse con mayor o menor detalle—, y que existen casos, como los antes citados, en que, tratándose de ganancias dejadas de obtener, la jurisprudencia parecen haber seguido la tesis opuesta (46). Es cierto que las sentencias inglesas citadas hasta aquí son también perfectamente compatibles con las posiciones de la doctrina francesa, aunque parte del principio opuesto a la inglesa. Pero no parece posible decir lo mismo de otro grupo de decisiones representadas por el caso *Vacwell Engineering Co. Ltd. v. B.D.H. Chemicals Ltd.* (1971), en el cual la compañía demandada, al suministrar a la entidad demandante un determinado producto químico, no le advirtió, incumpliendo su deber contractual de información, del riesgo de explosión que existía, si el compuesto entraba en contacto con agua. Así ocurrió, sufriendo la propiedad de la entidad demandante muy graves daños por efecto de una violenta explosión, pese a que lo razonablemente previsible era una pequeña explosión con daños de escasa consideración, Rees J. mantuvo que, cuando algún daño a la propiedad es razonablemente previsible como un resultado que no es improbable que se derive del incumplimiento de un contrato, el contratante incumplidor es responsable de toda la

---

(45) A efectos comparativos pueden consultarse las sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 16 de junio de 1953, 5 de diciembre de 1959, 14 de febrero de 1985, 3 de octubre de 1985, 15 de julio de 1987 y la verdaderamente pasmosa de 3 de noviembre de 1988.

(46) BEALE, *Remedies for Breach*, págs 181 y ss.; BURROWS *Remedies for Tort and Breach...*, cit., ps. 46 y ss. TREITEL, *The Law of Contract...*, cit., ps. 751 y ss. MCGREGOR, *On Damages*, cit. § 254, HARRIS, *Chitty on Contracts...*, cit., §§ 1794 y 1797.

cuantía del efectivo daño a la propiedad, aun cuando dicha cuantía no fuera razonablemente previsible (47).

Seguramente queda ahora más claro el buen sentido del sistema adoptado por el Código Civil español (48): la proposición primera del artículo 1107.1 C.C. exige sólo la previsibilidad, al tiempo de contratar del tipo o clase de daño de cuya indemnización se trate; pero, cuando la cuantía del daño en cuestión sobrepase de modo sustancial la suma que razonablemente pudo prever el responsable no doloso en aquel momento, el Tribunal *podrá* moderar la cuantía de la indemnización *según el caso*. Debiendo añadirse aquí que sólo en supuestos muy excepcionales cabrá dicha moderación cuando la imprevisibilidad de la cuantía obedezca a un alza anormal de los precios (49).

Si mi tesis es correcta, la facultad judicial de moderación prevista en la proposición final del artículo 1103º podrá ser ejercitada por los Tribunales en aquellos casos de responsabilidad contractual no dolosa en que la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, de tipos o clases que, en el momento de contratar, aparecían como previsible consecuencia de la falta de cumplimiento, resulte significativamente superior a la cuantía de daño previsto o previsible en aquel momento. *Y solo en tales casos*: atribuir a aquella facultad de moderación un mayor ámbito de aplicación (50) supondría dejar el arbitrio judicial la posibilidad de hacer injustificada “equidad” en contra de los legítimos intereses de los acreedores, cuya causa no tiene por qué ser mirada con desfavor en un ordenamiento como el nuestro, en el

---

(47) Conviene advertir, empero, que la jurisprudencia francesa, en materia de responsabilidad por vicios ocultos de la cosa vendida, equipara al vendedor profesional y al fabricante al vendedor doloso (*vid.*, CHARTIER, *La réparation...*, cit., núm. 82, p. 109). Y que, a nuestro juicio, el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, dentro del ámbito de aplicación a la Directiva del Consejo de la CEE de 25 de julio de 1985, a la que aún no se ha adaptado el ordenamiento jurídico español.

(48) Sobre el tema estudiado, respecto del artículo 74º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos compraventa internacional de mercancías, KNAPP. En BIANCA BONELL, *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), p. 541; STOLL, en VON CAEMMERER-SCHLECHTRLEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 74º, Rn, 30.

(49) Aunque véase la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1º de diciembre 1986, a comparar con la más correcta, en mi opinión, de 17 de enero de 1986.

(50) Como parecen preconizar, sin llegar a los extremos de DÍAZ ALABART. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 237; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 74 y ss.

que ni siquiera puede afirmarse la existencia de un principio general de *favor debitoris* (cfr. arts. 1127º ó 1289º C.C.).

Desde mis premisas, resulta indudable que la facultad judicial de moderación que nos ocupa —al igual que sucede con el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar del artículo 1107.I C.C., con el que comparte identidad de razón— no es aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: sostener lo contrario con base en las palabras “en toda clase de obligaciones” del artículo 1103º C.C. (51), implica confundir la responsabilidad extracontractual y la obligación resarcitoria que nace de ella. Y que tampoco es aplicable en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación no nacida de contrato. De ahí, entre otras cosas, que en el artículo 1889.11 C.C. no pueda considerarse una norma superflua (52). Ni el artículo 1726º C.C., relativo a un problema, no de *quantum respondatur*; sino de *an respondatur* exclusivamente: si el mandato es gratuito, el Tribunal *deberá* (no se trata ahora de una facultad) requerir, para considerar responsable al mandatario, una culpa o negligencia más grave que la requerida para hacer responsable al mandatario retribuido (53).

Evidentemente, nada de lo anterior obsta a la procedencia de reducir la cuantía indemnizatoria en los casos, ya de responsabilidad contractual ya de responsabilidad extracontractual, en que concurra culpa del perjudicado en la causación de los daños. Sí, en cambio, a la utilización al efecto, por la jurisprudencia mayoritaria, del artículo 1103º *in fine* C.C. porque este precepto, como demuestran su historia y tenor literal, es por completo ajeno al problema de la concurrencia de culpas, que, por otra parte, no hay por qué reducir a los supuestos de responsabilidad culposa (54).

Fuera del ámbito de la concurrencia de culpas, es especialmente criticable la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, en la que, no sólo se ha afirmado que la facultad de moderación judicial de la responsabilidad no dolosa prevista en el artículo 1103º es también aplicable en el ámbito de la responsabi-

---

(51) Como lo han hecho DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 510, y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1989.

(52) *Vid.* en cambio DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., ps. 571 y ss.

(53) *Vid.* en cambia DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., ps. 568 y ss.; y comp. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 641 y ss.

(54) Información abundante sobre el artículo 1103º C.C. Y la concurrencia de culpas en DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., ps. 512 y ss.

lidad extracontractual (en contra, STS 1ª del 5 de diciembre de 1983), sino que además, y contra el criterio, entre otras, de la sentencia de la misma Sala de 6 de abril de 1987, se llega a sostener que la facultad moderadora podrá entrar en juego en dicho ámbito siempre que el Juez lo considere equitativo; y más concretamente, cuando se estime “que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente la que sería previsible para el grado de negligencia observado”, o, en los casos en que se admita una responsabilidad objetiva, siempre que así la requieran “las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto” (55).

#### **4. ¿FUNCIÓN REINTEGRADORA DEL DERECHO DE CRÉDITO LESIONADO?: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**

La afirmación de que la responsabilidad contractual no tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de “reintegración de derecho de crédito lesionado” está ligada a las tesis siguientes:

4.1. Es preciso distinguir con toda claridad, entre los medios de defensa del acreedor frente al incumplimiento o lesión del derecho de crédito por parte del deudor, el remedio *responsabilidad contractual* de los remedios *pretensión de cumplimiento* (arts. 1096.1-II, 1098º y 1099º C.C.; y 924.1 y 926º LEC) (56); y *resolución por incumplimiento* (art. 1124º C.C.).

Los supuestos de hecho de los tres remedios citados, aunque con el elemento común del incumplimiento o lesión del derecho de crédito, son radicalmente diferentes:

a) El de la responsabilidad contractual requiere, primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor, esto es, que el suceso generador del mismo haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de los riesgos de incumplimiento expresamente pactada o deducible de las reglas contractuales, o a la supletoriamente prevista por el legislador,

---

(55) El ponente, señor LÓPEZ VILAS, ha seguido claramente la opinión de DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 576.

(56) No decimos pretensión de cumplimiento “en forma específica” porque, para nosotros, no hay otra pretensión de cumplimiento que esa.

ya de modo especial, ya en las normas generales de los artículos 1102° a 1105° C.C. (57).

Ya que, en nuestro Derecho, nada nos obliga a englobar bajo las palabras “responsabilidad contractual” todos los medios de tutela del acreedor ante una lesión del derecho de crédito por parte del deudor, no vemos ninguna razón de peso para sostener, con JORDANO FRAGA (58), que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento, sin más, de una obligación posible de cumplir, en cuanto no extinguida ni suspendida por imposibilidad sobrevenida de la prestación, definitiva o transitoria, no imputable al deudor.

Para fundamentar su importación de las ideas que procedentes de OSTI, ha acogido el Código Civil italiano de 1942, JORDANO FRAGA ha repetido insistentemente que existe una conexión sistemática entre los artículos 1105° y 1182°-1184° C.C., que obliga a identificar plenamente el hecho liberatorio de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento con el hecho extintivo de la obligación originaria. Pero no ha llegado a demostrarlo. No hay, en mi opinión, base alguna para sostener que los artículos 1182° y 1184° C.C. agotan los supuestos en que el deudor no responde del daño derivado de la falta de cumplimiento: se limitan a indicar, *contrario sensu*, los casos en que el deudor (no queda liberado porque) ha de responder del daño provocado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Y con el artículo 1105° C.C. en la mano —cuyo tenor, a diferencia del de art. 1218° C.C. italiano, en modo alguno condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación—, creo obvio que, en nuestro Derecho, el deudor no responderá del daño causado por un incumplimiento que no le sea imputable, aunque, en el momento de tal incumplimiento, la prestación siga siendo objetivamente posible (59). Quien condicione la irresponsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se verá abocado, para evitar soluciones

---

(57) Espero que no será necesario insistir en que “imputación objetiva” no tiene nada que ver con “responsabilidad objetiva”, ni “imputación subjetiva” es igual a “responsabilidad subjetiva”: la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor puede fundarse en criterios diferentes de la culpa-negligencia, como lo prueba, por ejemplo, en la generalidad de los ordenamientos el régimen de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares en el cumplimiento.

(58) A lo largo y ancho de su ya citada obra *La responsabilidad contractual*.

(59) Teniendo en cuenta que es el BGB el modelo de Código que ha construido el sistema de responsabilidad contractual sobre la base de la imposibilidad de la prestación, es de enorme interés hacer notar que la afirmación del texto es hoy

absurdas, a “ampliar el concepto de imposibilidad según la buena fe”, o más sinceramente, a deformar el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible (60); que es lo que sistemáticamente ha venido haciendo la jurisprudencia italiana en la aplicación del artículo 1218° del *codice civile* (61).

Además, y respecto del que el citado autor considera el terreno idóneo para comprobar lo atinado de sus tesis (62), el artículo 1183° C.C. demuestra cabalmente que, en nuestro Derecho, la culpa del deudor (*rectius*, que el incumplimiento resulte subjetivamente imputable al deudor) es elemento constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual. En dicho artículo se establece una inversión de la carga de la prueba para aquellos casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación de dar, en los que, por haberse perdido la cosa “en poder del deudor”, es éste quien se halla en mejor situación para aclarar las circunstancias causantes de la pérdida (63). Del artículo 1183° C.C. (del que son aplicaciones concretas, p. ej., los arts. 1563°, 1602°, 1769. II C.C., y el art. 361.III CCom.) no puede extraerse la regla de que, en todo caso, corresponderá al deudor que quiera no responder la prueba del caso fortuito (porque se trata —nos diría JORDANO FRAGA— de un hecho extintivo o suspensivo de la obligación), sino solo que normalmente será así, porque normalmente será el deudor quien estará en mejor situación para aclarar las causas del incumplimiento (64).

---

moneda corriente en la más atenta doctrina alemana: *vid.* por todos, EMMERICH, *Leistungstönngen*, cit., § 2.IV.3 p. 15 § 6.II.2, p. 65 y § 28.II.2, ps. 299 y ss.

(60) Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 145 y ss., 181 y ss. Tan indudable me parece que no tiene que responder del daño causado a su acreedor el obligado a prestar un determinado servicio que incumple por tener que atender a su hijo moribundo, como que, en tal caso, la prestación del servicio sigue siendo objetivamente posible. Podríamos considerar desalmado al deudor y padre que, en una hipótesis así, prefiere cumplir a atender a su hijo; pero nadie dudaría de que su conducta es verdadero cumplimiento, y no pago de lo indebido. Y de no tratarse de un servicio personalísimo, el acreedor tendría derecho a exigir de inmediata la ejecución del mismo a costa del deudor que opta por atender a su hijo (art. 1098.1 C.C.).

(61) Para la crítica desde estos puntos de vista de las tesis de JORDANO FRAGA, *vid.* también CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 383 y ss., 592, 611 y ss., 650 y ss.

(62) Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 243 y ss.

(63) Así DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 238.

(64) Pero si, por ejemplo, *A* vende a *B* la cosa que el primero tiene dada en arrendamiento al segundo, para que, al finalizar el arrendamiento, *B* adquiera la propiedad *brevi manu*, y la cosa se pierde en poder de *B* durante la vigencia del arrendamiento, no será *A* quien deba probar que la cosa se perdió por causa a él no imputable para evitar tener que responder contractualmente frente a *B*. Será *B*

En fin, ¿es razonable esforzarse por encajar en nuestro Derecho las tesis de Jordano Fraga, hoy que autorizadas voces en la doctrina alemana han postulado la completa sustitución del régimen jurídico de la responsabilidad contractual en el BGB por uno como el acogido en las Convenciones de La Haya y de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías —muy semejante, por otra parte, al del Código Civil español, en la interpretación que del mismo se defiende en estas páginas—, en buena medida, ante los graves problemas que, por haber hecho de la imposibilidad su concepto central, el régimen del BGB plantea? (65). En materia de responsabilidad contractual, como, según se verá más adelante, en materia de resolución del contrato por incumplimiento, la idea de imposibilidad, fundamental en materia de extinción de la obligación y de la pretensión de cumplimiento, es un concepto inútil —si, por la vía de relativizarlo añadiéndole adjetivos, su función se acaba reduciendo a demostrar algo tan obvio como que deberá responder (por dolo) el deudor que incumpla una obligación que pueda cumplir sin dificultad sobrevenida alguna—, cuando no derechamente perjudicial.

b) Es por completo irrelevante, para que proceda la pretensión de cumplimiento, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor. El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales (66). Ahora bien, como excepción, el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión cuando, conforme a buena fe (art. 7.1 C.C.), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la “excesiva onerosidad de la prestación” (de la que los arts. 1575º y 1595.III C.C. y 44º LAR proporcionan ejemplos legales); o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.2 C.C.), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que

---

quien tendrá que probar, bien que la cosa se perdió por causa a él no imputable (si quiere liberarse de pagar, o recuperar el precio convenido para la venta), bien que la cosa se perdió por causa imputable a A, si pretende que éste le responda del daño derivado de la pérdida.

(65) Nos referimos, sobre todo, a la exhaustiva aportación de U. HUBER en los *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (1981), I, ps. 647 y ss.

(66) Parece en contra, sorprendentemente, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 257 y ss.



proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios (67).

El famoso caso de la jurisprudencia norteamericana *Jacobs & Youngs Inc. v. Kent* 1921) constituye un buen ejemplo de esta última hipótesis: la empresa contratista demandada, por un descuido de uno de sus subcontratistas, instaló en la vivienda que construía para el demandante cañerías de una concreta marca, cuando lo convenido en el contrato era instalarlas de otra marca específica. La equivocación se descubrió cuando las paredes ya estaban terminadas, de manera que el coste de sustitución de las cañerías era muy elevado; mientras que el valor de la vivienda con una y otra marca de cañerías era el mismo, porque ambas estaban consideradas en el mercado de igual calidad. El juez Cardozo, expresando el parecer de la mayoría, afirmó que en casos de este tipo, en los que el coste de corrección del defecto es exagerado e inequitativamente mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reporta el arreglo (y no ha existido dolo por parte del contratista), lo que ha de concederse al dueño de la obra no es aquel coste, sino el menor valor de lo construido a causa del defecto.

A soluciones análogas han llegado también nuestros Tribunales, pese a no disponer de normas como, por ejemplo, las contenidas en los §§ 633.II *in fine* y 251.II BGB. En el caso decidido por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987, una comunidad de propietarios demandó a una sociedad promotora, a un arquitecto y a unos aparejadores, solicitando que se declarase la responsabilidad solidaria de todos ellos por determinados defectos de construcción de un edificio, y que les condenase, en tal concepto, a realizar las obras pertinentes en orden a la reparación de los mismos o, alternativamente, a satisfacer el coste que importasen tales obras. En lo que aquí interesa, el Juzgado de Primera Instancia condenó a la promotora demandada a efectuar las obras precisas para reparar un defecto que afectaba a la colocación de los ladrillos “caravista” de las paredes del patio interior. La Audiencia Territorial de Zaragoza, en cambio, decidió que dicho defecto, en cuanto de imposible reparación, debía ser objeto de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble. Y la Sala Primera del Tribunal Supremo confirmó la sentencia en este punto.

---

(67) Esta es una matización que yo añadiría a las afirmaciones de DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., ps. 262 y ss.

Aunque el supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento sea por completo distinto al de la responsabilidad contractual, aunque la función o finalidad de una y otra sean radicalmente diferentes —la de la primera, reintegradora del derecho de crédito lesionado; la de la segunda, resarcitoria—, no cabe duda de que también la obligación de indemnizar en que esta última consiste tiene su fuente en el contrato (art. 1089° Ce). Por esta razón, las garantías de la obligación originaria aseguran también la indemnizatoria, y el plazo de prescripción de la pretensión de responsabilidad contractual es de igual duración que el de la pretensión de cumplimiento. Pero el plazo de prescripción de la pretensión de responsabilidad contractual es un plazo independiente, que no empieza a correr sino desde que, con la producción del evento dañoso (p. ej., al tiempo de devenir imposible la prestación, hallándose el deudor en mora), nace la obligación de indemnizar; no se trata del mismo plazo de prescripción de la pretensión de cumplimiento de la obligación originaria, que comenzó a correr el día en que legalmente pudo ésta ejercitarse (68).

c) Que el incumplimiento del contrato sinalagmático cause daño a la otra parte, o sea subjetivamente imputable a la parte incumplidora, no son tampoco elementos del supuesto de hecho de la resolución por

---

(68) MEINCKE, ACP 171 (1971), p. 29; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 22.1, p. 306; EMMERLICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 11.I, p. 113; PALANDT/HEINRICH, § 198, Rn. 9.

Me sorprende que el profesor, CARRASCO, que ha manejado cuidadosamente mi tesis doctoral, donde insistí con reiteración en la idea de que era necesario distinguir radicalmente entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria del daño contractual (como entre la pretensión reivindicatoria y la pretensión indemnizatoria del daño extracontractual), dado su diferente supuesto de hecho y función, así como en la idea de que en modo alguno cabía calificar a la indemnización por responsabilidad contractual de “cumplimiento por equivalente”, ideas una y otra que el citado profesor en principio comparte (CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 397 y ss.; pero *vid.*, luego ps. 407 y ss.), reproche mi afirmación de que la responsabilidad contractual tiene su fundamento o fuente de contrato, con el argumento de que “la responsabilidad contractual ni es efecto, ni contenido de la obligación preexistente, ni se desenvuelve como una ‘garantía’ de ésta” (idea con la que, por supuesto, estoy de acuerdo, o mejor dicho, CARRASCO esta de acuerdo conmigo), situándose al lado de autores, como SCOGNAMIGLIO, TORRALBA o BADOSA, que sostienen posiciones totalmente distintas de las mías (CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 403 y ss.). Cuando yo he afirmado que el contrato es la fuente a el fundamento de la responsabilidad contractual, no he pretendido más que, por un lado, ofrecer la única justificación que considero razonable de la extensión de las garantías y la identidad del plazo de prescripción; y por otro, dejar claro que todo el régimen de la responsabilidad contractual, tanto del *an* como del *quantum respondatur*, refleja la distribución de riesgos operada por las partes al tiempo de contratar.

incumplimiento (v. art. 1124º C.C.), que requiere sólo que la entidad y circunstancias del incumplimiento sean tales que razonablemente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual, no quepa seguir exigiendo a la parte cumplidora, o dispuesta a cumplir, que continúe vinculada por el contrato (y que no haya una norma específica, como la del art. 1452º C.C., que atribuya el riesgo el acreedor).

En concreto, y dejando la *emptio perfecta* al margen, me parece indiscutible que la facultad de resolución prevista en el artículo 1124º C.C., aunque no el resarcimiento de daños y perjuicios de que habla su párrafo segundo, también precede en caso imposibilidad sobrevenida fortuita de cualquiera de las prestaciones (69). Desde las posiciones de JORDANO FRAGA, esta afirmación es imposible porque, en tal hipótesis no podría hablarse de incumplimiento. Se ve por ella en la necesidad de construir al efecto, con pretendido apoyo en los artículos 1274º-1275º y 1460º C.C., la figura de la “resolución *ipso iure*” de los contratos sinalagmáticos (70). Olvidando entre otros casos que, en ocasiones, al acreedor de la prestación devenida imposible le interesará más no resolver el contrato y, a cambio de su prestación, ejercitar, al amparo del artículo 1186º C.C., su pretensión al *commodum representationis* (71).

Lo criticable de las posiciones de JORDANO FRAGA, por la que a la resolución por incumplimiento respecta, queda asimismo patente al comprobarse que, desde ellas, el retraso en el cumplimiento de una de las obligaciones sinalagmáticas, no imputable a su deudor, nunca podrá servir a causa a la otra parte, mientras objetivamente conserve interés en la prestación retrasada, para liberarse de su obligación, a recuperar prestación ya efectuada; ni *ipso iure* ni mediante el ejercicio de la facultad de resolución (72). Pero véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983.

---

(69) Así, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., ps. 272 y ss., DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, 2, cit., p. 271.

(70) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 313 y ss.

(71) Muy claro al respecto, por ejemplo, el § 323.III BGB [sobre el cual, *vid.* EMERLICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 8.11.2.a), ps. 93 y ss.]. Y en nuestro Derecho no hay razón alguna para limitar el ámbito de aplicación del artículo 1186º C.C. a las obligaciones unilaterales.

(72) *Vid.* JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 153, nt. 123. De que el autor citado se ha dado cuenta de la fuerza de este argumento en contra sus tesis, da fe el hecho de que sugiera *in extremis* la solución de una novedosa resolución por excesiva onerosidad de la prestación (¿También si ya realizada?), en caso de “contraprestación no retributiva del permanecer ligado por tiempo incierto a la espera de la posibilidad a imposibilidad definitiva —o a ella equiparada— de la prestación”.

Tanto la pretensión de cumplimiento como la resolución por incumplimiento, remedios incompatibles entre sí entre los que, en su caso, el acreedor puede optar, son perfectamente compatibles con la responsabilidad contractual (arts. 1096.I y 1124.II C.C.) (73). El acreedor que tenga a su disposición la pretensión de cumplimiento, en el caso de que concurra también el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual, no podrá optar exclusivamente por esta, liquidando como daño el valor del objeto de la obligación originaria, cuyo cumplimiento es aún posible, salvo que haya decaído su interés en la prestación (74).

---

(73) Me permito reenviar a mi trabajo "Resolución por incumplimiento e indemnización", ADC 1989, ps. 1143 y ss. La tesis en él sostenida queda claramente reforzada por el hecho que la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería sea ya Derecho vigente en España. El profesor JORDANO FRAGA ha vuelto sobre el tema en su comentario a la STS de 23 de octubre de 1990, en el núm. 24 de los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ps. 1102 y ss. Quiero únicamente precisar lo siguiente:

a) Puesto que el citado profesor define, muy personalmente, el interés contractual positivo como "la prestación, o su valor, inicialmente debida por la contraparte incumplidora", ha de advertirse que, quienes hemos sostenido que el contratante que resuelve por incumplimiento de la otra parte puede reclamar indemnización en la medida de interés contractual positivo, nunca hemos defendido que pueda seguir reclamando a la otra parte el cumplimiento de la prestación por esta prometida, o su valor, sino, sencillamente, una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante que le haya causado el no-cumplimiento de la otra parte; daño que, obviamente, será menor que el que habría sufrido de no optar por la resolución, por cuanto retendrá o recuperará el bien objeto de la prestación que le incumbía; y daño cuya cuantía puede, sin duda, ser inferior (o superior) al valor objetivo de la prestación prometida por la parte incumplidora.

Frente a la tesis de quienes, como el autor citado, opinan que el contratante que resuelve sólo puede reclamar indemnización en la medida del interés contractual negativo: por los gastos (y por la renuncia a beneficiosos contratos alternativos) provocados por la celebración del contrato resuelto. Es evidente que el contratante que resuelve no puede pedir la misma cuantía indemnizatoria que si no hubiera resuelto; pero no porque no pueda pedir en ambos casos indemnización en la medida de su interés contractual positivo (que sí puede es lo que, a mi juicio con toda claridad, dispone el art. 1124.II C.C.), sino sencillamente, porque el daño en que la lesión de dicho interés consiste es menor en el primer caso que en el segundo.

b) Me parece obvio que, sosteniendo que el contratante que resuelve puede reclamar a la otra parte indemnización en la medida del interés contractual positivo, no se convierte en superflua para aquél la opción entre resolver a no. Resolverá cuando, por la razón que sea, le interese más conservar el bien objeto de su prestación que obtener el bien objeto de la prestación incumplida a su valor en dinero, y no resolverá en el caso contrario.

(74) Sobre este asunto existe sustancial acuerdo en la doctrina: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1 (1983), p. 193; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos*, II-1 cit., p. 224; CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., ps. 91

En caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por ella debida imputable a una de las partes, la otra parte podrá optar por resolver o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual (75). Y optando por no resolver, podrá pretender, si existe, el *commodum representationis* (art. 1186º C.C.), más, en su caso, la indemnización que reste hasta alcanzar el valor de su íntegro interés en el cumplimiento.

d) Algo habrá que decir sobre las acciones de saneamiento, que no pueden despacharse con la escueta afirmación de que la entrega al comprador de cosa ajena, o de cosa con vicios, no es “incumplimiento” en sentido propio. No voy a discutir que esto sea cierto para nuestro Código Civil (76); pero, como bien nos demuestran los artículos 30º, 35º, 41º y 45º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, conservar un concepto de incumplimiento que no incluya aquellas hipótesis, y un régimen especial para ellas, no responde a ninguna necesidad lógica (77), ni es, en mi opinión, defendible de *lege ferenda*.

Además, no hay razones para restringir *a priori* el concepto de responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento “en sentido propio”. Se ha escrito que “según el artículo 1484º el saneamiento no es una forma de responsabilidad, ya que no persigue la indemnización de daños sino únicamente pretende compensar al acreedor a título oneroso de la cosa viciada por la falta de utilidad de la misma. Puede consistir en una rebaja proporcional de la contraprestación (acción *quantum minoris*) o en la resolución del contrato, con la consiguiente

---

y ss. CARRASCO, *Comentarios...*, p. 400; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., ps. 226 y ss.

(75) *Vid.* por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otras, *Elementos...* II-1, cit., ps. 274 y ss.

(76) Respecto de los vicios ocultos, *vid.* R. BERCOVITZ, “La naturaleza de las acciones, redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, ADC 1969, ps. 799 S.; MORALES, “El alcance protector de las acciones edilicias”, ADC 1980, ps. 662 y ss. La cuestión de si entregar al comprador cosa ajena sea o no incumplimiento esta ligada a la de si, en nuestro Derecho, el contrato de compraventa hace nacer o no a cargo del vendedor la obligación de transmitir la propiedad: *vid.* por todos, RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, 11-3, 2ª edic. (1986), ps. 13 y ss., y allí otras referencias. Este autor considera los casos de incumplimiento defectuoso que nos ocupan (*op. cit.*, p. 56).

(77) Cfr. HUBER YSTOLL en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 45º, Rn 5 y ss., el primero y art. 79º, Rn. 12, el segundo.

extinción retroactiva de ambas obligaciones (acción redhibitoria)". Y que "el saneamiento es totalmente ajeno a cualquier examen de la posición psicológica del deudor (art. 1485.1 'aunque los ignorase' tanto si debía conocerlos como si por sus características y profesión no debía conocerlos) y se funda exclusivamente en la causa onerosa de la obligación que tiene por objeto a la cosa viciada (art. 1274º)" (78). La única objeción que cabe plantear a esta autorizada opinión es la que se deriva de las palabras "abonándosele los gastos que pagó" que, respecto de la acción redhibitoria, contiene el 1486.I C.C., ya que hacen pensar en una verdadera responsabilidad por daños (objetiva), bien que limitada al interés contractual negativo (79).

Es difícil negar, por otra parte, que el saneamiento por evicción sea en nuestro Derecho una forma de responsabilidad contractual, objetiva, y no limitada al interés contractual negativo, cuando se constata que, siguiendo la pauta del Proyecto de 1851, que se separó en este punto del modelo francés, el número 1 del artículo 1478º C.C. menciona, no la restitución del precio pagado, sino "la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta".

Pero quizá no tiene demasiado sentido tratar de racionalizar en términos dogmáticos esa mezcla de arrastres históricos dogmáticos y originalidades de GARCÍA GOYENA, que son los artículos 1475º a 1499º C.C. Insisto en que lo único que me parece razonable de *lege ferenda* es someter los supuestos de entrega al comprador de cosa ajena o de cosa con vicios ocultos al régimen general del incumplimiento de contrato (lo que, por lo que al segundo grupo de casos respecta, no haría otra cosa que legalizar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo) (80), y conservar la acción *quanti minoris* como uno de los medios —no de carácter indemnizatorio, sino reinstaurador de la equivalencia de las prestaciones— de tutela del acreedor frente al incumplimiento (81).

---

(78) BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor*, cit., p. 227. Pero véase, en contraposición, las sugerencias reflexiones de MORALES, ADC 1980, ps. 667 y ss.; y "El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", ADC 1983, ps. 1539 y ss.

(79) Conviene releer en este punto a MORALES, ADC 1982, ps. 613 y ss.

(80) *Vid.* MORALES, ADC 1982, ps. 672 y ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 386.

(81) Cfr. los artículos 50 y 51.1 de la Convención de las Naciones Unidas; y sobre la naturaleza del remedio, HUBER, en VON CAEMMERER-SCHLECHTRIEM, *Kommen-*

4.2. El hecho de que en algunos preceptos del Código Civil (p. ej., arts. 1136.II, 1147.II, 1150° y 1185°) se mencione el “precio” de la cosa o del servicio, no es argumento suficiente para defender el ámbito de la responsabilidad contractual un concepto articulado de daño (82) que, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, distinga, por un lado, el daño consistente en la pérdida, en sí, del bien objeto de la prestación —que sería un daño “objetivo”, un equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible, *en todo caso* igual al valor de mercado del bien, aunque el “interés subjetivo” del acreedor en el mismo fuese menor o nulo—, y por otra parte, los demás daños y perjuicios sufridos por el acreedor, valorables conforme a su interés subjetivo en la prestación devenida imposible.

Ordinariamente, el acreedor tendrá un interés subjetivo en la prestación devenida imposible no evaluable en menos que el valor de mercado del bien objeto de la misma: puede por ello sostenerse que, *salvo prueba en contrario del deudor*, dicho valor de mercado habrá de considerarse “daño mínimo” sufrido por el acreedor a causa de la imposibilidad sobrevenida. Pero puede haber excepciones (acreedor que se propone destruir la cosa debida; acreedor que, a su vez, debe la cosa a un tercero a quien ya se ha transmitido el riesgo; acreedor de restitución, no propietario de la cosa a restituir), que no es razonable ignorar en aras de una indemostrada función “reintegradora” de la responsabilidad contractual, o de una tardío homenaje a la *perpetuatio obligationis* (83).

---

*tar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 50°, Rn. 2. También, WILL, en BIANCA/BO-NELL, *Commentary on the International Sales Law*, ps. 372 y ss.

(82) Para utilizar la plástica denominación que diera LARENZ, en su trabajo “Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriff” Versr 1963 pp, 1 y ss. a la concepción del daño patrimonial propuesta por NEUNER en su famoso artículo “Interesse und Vermögensschade”, AcP 133 (1931), ps. 277 y ss. Una exposición detallada de las ideas de NEUNER, junto a un detenido intento de demostración de lo criticable de aceptarlas en nuestro Derecho —*otra cosa es el Derecho alemán o el austriaco, donde han tenido autorizados seguidores*—, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como en el de la contractual, constituye buena parte de mi tesis doctoral sobre el concepto de daño, a la que me permito remitir al lector interesado. Véase también PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil M. Justicia*, art. 1902.1.4 y V. 1.

(83) La opinión combatida en el texto tiene su origen entre nosotros en las sugerentes anotaciones de PURO BRUTAU a la traducción de la obra de FULLER y PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* (1957), ps. 150 y ss. La acogió PINTO RUIZ en sus artículos “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957”, RJC. 1958, p. 205, e “incumplimiento de las obligaciones civiles”, RJC. 1964 y ss.

Cuando el legislador ha querido establecer un cálculo del daño “abstracto”, ajeno a las circunstancias del caso concreto, lo ha hecho claramente: p. ej. en el artículo 1108° C.C. Y no encontramos base normativa alguna que exija desmembrar la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación en dos obligaciones autónomas, con diferente supuesto de hecho, función y régimen jurídico, distinguiendo:

b) La pretensión para exigir la *aestimatio rei*, como subrogado de la prestación originaria devenida imposible, que sería una verdadera pretensión de cumplimiento —de cumplimiento por equivalente de la perpetuada obligación originaria—, cuyo régimen jurídico se hallaría en los artículos 1096.III y 1182°-1186° C.C., y frente a la que el deudor sólo podría defenderse con éxito, y no siempre, demostrando que la imposibilidad ocurrió por caso fortuito; expresión ésta, de significado más restrictivo y riguroso para con el deudor que la mera ausencia de culpa-negligencia por su parte.

La pretensión para exigir la indemnización de los demás daños y perjuicios objetivamente imputables al incumplimiento (del integro *id quod interest*), cuyo supuesto de hecho exigiría la culpa negligencia del deudor, que debería ser probada por el acreedor, y cuyo régimen jurídico se encontraría en los artículos 1094° y 1101°-1107° CC (84).

---

Y ha sido sostenida recientemente por DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 260; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 238 y ss. nt. 266 y BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor*, cit, p. 986.

En contra, a lo que parece (ya que la argumentación de ambos se desvía del núcleo de la cuestión), CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., 28, nt. 2; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 674.

(84) La primera versión acabada de la construcción criticada aquí se debió a DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., ps. 714 y ss., 726 y ss., 745 y ss.; quien seguramente se inspiró en las páginas de PUIG BRUTAU y PINTÓ RUIZ citadas en la nota anterior (no parece casual que, al igual que éste último, y abandonado la terminología históricamente correcta, el profesor DÍEZ-PICAZO denomine *id quod interest* a lo que aquí se ha llamado *aestimatio rei*). Le siguió TORRALBA, “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, ADC 1971, ps. 1155 y ss. Recibió luego el espaldarazo, especialmente por lo que a los antecedentes históricos se refiere, de la impresionante obra de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 661 y ss., 830 y ss., 863 y ss., 984 y ss., en la que se identifica, con la categoría de la “culpa-hecho propio”, el contrario del caso fortuito, que da lugar la *perpetuatio obligationis*. Y ha recibido finalmente la adhesión de CARRASCO, *Comentarios...*, ps. 407 y ss., 604 y ss. En mi trabajo *Del concepto de daño...*, cit., ps. 595 y ss. Expuse y critiqué con detenimiento las posiciones de PUIG BRUTAU, PINTO RUIZ y DÍEZ-PICAZO. Añadiendo las de BADOSA, han sido después rechazadas también por DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., ps. 257 y ss.,



Por lo que a los argumentos normativos se refiere, no veo por qué, a la hora de construir el sistema de responsabilidad contractual, haya de darse más importancia a las referencias al “precio de la cosa” de los artículos 1136.II y 1185° C.C. —la primera de las cuales bien puede justificarse en conexión con la proposición primera del art. 1107.I C.C.: correspondiendo al acreedor la facultad de elección, parece justa no considerar previsto o previsible en el momento de contratar más que el daño consistente en el precio de cada una de las cosas que el acreedor puede elegir—, que a las referencias a la “indemnización de daños y perjuicios” de los artículos 1122° y 1135° C.C. (85). Y el artículo 1147.II C.C. supone, comparado con sus antecedentes, un fuerte argumento en contra de la construcción que acabamos de esquematizar (86):

El artículo 1065.I del Proyecto de 1851 rezaba así: “Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados (87) o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses”. Si este precepto hubiera sido incorporado en sus términos al Código Civil, hubiera constituido un poderoso argumento en favor de la construcción combatida, sobre todo teniendo en cuenta que se deriva, a través del artículo 1205° del Código Civil francés, del siguiente texto del *Traité des Obligations*, núm. 273, de POTHIER:

“Obsérvese que el hecho propio [*Le fait*], la culpa a la mora de uno de los deudores solidarios perjudica, sin duda, a sus codeudores *ad conservandam et perpetuandam obligationem*, es decir, al efecto de que no

---

280; desde sus personales premisas, por JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 236 y ss., n. 266; y últimamente, por CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., ps. 106 y ss., nt. 9.

(85) El propio BADOSA reconoce que el artículo 1185° C.C., dada la peculiaridad de la fuente de la obligación, no proporciona un argumento determinante, y desde las premisas de dicho autor, los artículos 1122 y 1135 C.C. se convierten en una auténtica “comedia de errores” (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 891s., 972 y ss.). Sobre el pretendido diferente ámbito de aplicación de los artículos 1096, III y 1182, 1186 C.C., por un lado y 1101-1107 C.C., por otro, adviértase, como ha hecho notar DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 258, lo que dejamos escrito *supra*, en la nota 5. Y en cuanto a los antecedentes históricos, el propio BADOSA reconoce que las ideas de los juristas del Derecho Común en las que su construcción podría encontrar respaldo, fueron abandonadas a enturbias por POTHIER (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 879 y ss., 889).

(86) Sobre antecedentes del artículo 1147.II C.C., CAFFARENA, *Solidaridad de deudores* (1980), ps. 335 y ss.; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 959 y ss., 981 y ss.

(87) Como es bien conocido, así se denominaba a los deudores solidarios en el Proyecto de 1851.

sean liberados de su obligación por la pérdida de la cosa, y queden obligados a pagar su precio [...]. En cambio, la culpa, el hecho propio o la mora de uno de ellos no perjudica a los otros *ad augendam ipsorum obligationem*, es decir que sólo el que ha cometido la culpa o se encuentra en mora debe responder de los daños y perjuicios que puedan resultar del incumplimiento de la obligación por encima del valor de la cosa”.

Pues bien, en el artículo 1147.II C.C. se ha abandonado de manera clara y, sin duda, consciente, la diversidad de régimen que pretendía explicarse con la distinción “*ad conservandam et perpetuandam/ad augendam obligationem*”. Lo que consideramos un fuerte argumento en contra de la relevancia jurídica de dicha distinción.

Llevada a sus lógicas consecuencias, la construcción “articulada” de la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación que aquí se rechaza, obligaría a sostener que las garantías de la obligación originaria asegurarían sólo la pretensión que tuviera por objeto la *aestimatio rei*, y no la que tuviera por objeto los demás daños y perjuicios de que el deudor tuviera que responder. Así como que el plazo de prescripción de la primera de tales pretensiones sería el mismo que el de la pretensión de cumplimiento en forma específica de la obligación originaria, que habría comenzado a correr desde el día en que esta pretensión pudo legalmente ejercitarse; mientras que el plazo de prescripción de la pretensión dirigida al resto del *id quod interest* no comenzaría a correr sino desde el acaecimiento del evento dañoso “imposibilidad sobrevenida de la prestación”. Consecuencias ambas que, hasta ahora (88), nadie se ha atrevido a sostener.

Pero sería injusto no poner aquí de manifiesto la muy plausible intención que impulso a algunos de nuestros mejores juristas a defender la que aquí hemos denominado “construcción articulada de la responsabilidad contractual”: frente a la opinión, hasta entonces indiscutida, que, salvo en casos excepcionales, hacía de la culpa-negligencia el único criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, trataron de proporcionar un soporte normativo dogmático a una “objetivación” más general de la responsabilidad contractual, que se intuía necesaria en términos de justicia y de eficiencia económica (89). Sucede, sin embargo, que no hay motivo para limitar dicha “objetivación” al ámbito de la *aestimatio rei* y a los casos de la impo-

---

(88) Porqué véase CARRASCO, *Comentarios...*, cit, p. 409.

(89) Algo semejante puede decirse de JORDANO FRAGA, lamentando que optara por centrar su valiosa monografía en la “objetividad en la imposibilidad” en vez de en la “Objetividad en la imputación”, sobre la que, con todo, de la mano de la doctri-

sibilidad sobrevenida de la prestación: podrá estar igualmente justificada en hipótesis de mora o de cumplimiento defectuoso, y cuando lo esté, habrá de extenderse a todos los daños y perjuicios previstos o previsibles al tiempo de contratar, y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (art. 1107.I C.C.); a todo daño, esto es, objetivamente imputable al incumplimiento.

## 5. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE INCUMPLIMIENTO AL DEUDOR

No puede darse fin a este trabajo sin profundizar algo más en el problema de la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor; en el problema, si quiere decirse así, del “subjetivismo” u “objetivismo” del sistema español de responsabilidad contractual.

Es indudable, y plenamente congruente con nuestro rechazo de una función preventivo-punitiva de la responsabilidad contractual, que no es requisito de ésta la “culpabilidad” del deudor, en el sentido (penalista) de que el incumplimiento sea subjetivamente reprochable al mismo. Hay general acuerdo, apoyado en el tenor del artículo 1104º C.C., sobre que la culpa-negligencia, como criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ha de apreciarse conforme a patrones objetivos (modelo del buen padre de familia; *vid.* también art. 1094º C.C.), bien que concretados en atención a la naturaleza del contrato, y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (90). Aquí podría añadirse que la expresión “culpa objetiva”, salvo que se admita que la palabra “culpa” se emplea sólo como homenaje a la tradición histórica, tiene mucho de contradicción en los términos.

Pero además:

a) Cabe sostener que el “hecho propio” —entendiendo por tal la conducta del deudor que provoca el incumplimiento, y que habría de calificarse de “dolo”, si no fuera porque, en el momento de realizarla, era incapaz de entender y querer (no tratándose de una incapacidad transitoria autoprovocada), o desconocía (excusablemente) su condi-

---

na italiana más atenta, aporta suficiente información: *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 40 y ss., 57 y ss., 240 y ss., 298 y ss.

(90) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., ps. 721 55., DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., ps. 234/237; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 42, 118 55.; CARRASCO, *Comentarios*, cit., ps. 594, 607 55. Como la lectura de las páginas reseñadas revela, para un estudio profunda de la materia, es imprescindible la consulta detenida de la monografía de BADOSA, *La diligencia y La culpa del deudor...*, tantas veces citada.

ción de deudor— es, en nuestro Derecho, un criterio general de imputación de responsabilidad contractual, si bien sólo aplicable en el ámbito de los contratos onerosos, o de los contratos lucrativos para el deudor de cuya responsabilidad se trate (no jugará, esto es, contra los deudores a título gratuito; arg. art. 1778° C.C.).

Ya en mi tesis doctoral sostuve esta opinión (91), habida cuenta de los precedentes del Derecho romano y común y de las opiniones de los exégetas franceses (92), de la glosa de GARCÍA GOYENA al artículo 1013° de Proyecto de 1851 [“Puede haber negligencia, y de consiguiente culpa en hacer lo que no hace un buen padre de familia, o en no hacer lo que aquél haría; de todos modos *Factum cuique suum, non adversario nocere debet*”], y del argumento a *contrario* que puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 1778° C.C. sobre el heredero del depositario que de buena fe ha vendido la cosa que ignoraba ser depositada: pese a haber incumplido por hecho propio, no tiene que responder del daño causado, sino que “sólo está obligada a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en caso de que el precio no se le haya pagado”. En fin, me pareció que el hecho propio del deudor no podía considerarse “suceso”, en el sentido del artículo 1105° C.C. En el mismo lugar explicaba, a la luz los precedentes del citado artículo 778°, que la justificación histórica de tal excepción a la regla general de la responsabilidad por hecho propio se encontraba en el carácter esencialmente gratuito del contrato de depósito. Y por ello, y dado que, apartándose de todos sus precedentes (*vid.*, todavía el art. 3° del Título “Del Depósito” del Anteproyecto de 1882-1888), nuestro Código Civil configuró el depósito como contrato sólo naturalmente gratuito (art. 1760° C.C.), defendí una reducción teleológica del tenor del artículo 1778° C.C., negando su aplicabilidad a los casos de depósito oneroso. La aplicación analógica de este precepto nos conduce a negar el juego del riguroso criterio de imputación del hecho propio contra los deudores a título gratuito (93).

---

(91) PANTALEÓN, *Del concepto del daño...*, cit. ps. 710 y ss.; 722. Entonces en contra, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1 (1977), p. 107.

(92) Un excelente resumen de los mismos, ahora, en BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 877 y ss.

(93) Quien quiera sostener que el hecho propio es también criterio general de imputación de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones no contractuales, deberá explicar la *ratio* de la excepción que entonces supondría lo dispuesto en la proposición final del artículo 1897° CC. La gran complejidad del tema, que exigiría plantear una vez más la cuestión de si el pago de lo indebido de cosa cierta y determinada transmite a (como yo pienso) no la propiedad de la misma al

El deudor responsable por hecho propio es, obviamente, “deudor de fuera fe” a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1107.I C.C. (94).

b) El deudor que encomienda a otras personas el cumplimiento total o parcial de sus obligaciones responderá de todo incumplimiento provocado por ellas, que le hubiera sido subjetivamente imputable de haber actuado como sus auxiliares en el cumplimiento lo han hecho, aunque el deudor no haya incurrido en culpa-negligencia alguna en la elección, la dirección e instrucciones, o la vigilancia de los mismos. Y lo mismo cabe decir del deudor que legitima el acceso de otras personas a una situación respecto del bien objeto del programa de prestación, que incrementa sensiblemente el riesgo de que tales personas puedan frustrar o alterar en daño del acreedor dicho programa (arg. arts. 498º, 1550º, 1564º, 1596º, 1721º, 1601º, 1784º, 1890º C.C.: arts. 587º, 618.2. CCom; arts. 16º, 111º LAU; art. 79.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías) (95).

c) Independiente de la culpa-negligencia del deudor es también la responsabilidad del deudor moroso de una cosa determinada por la pérdida de la misma hasta que se realice la entrega (v. arts. 1096. III, 1182º, 1744º C.C.), ya que sólo podrá exonerarse probando que, de haber sido entregada tempestivamente, la cosa se hubiese perdido también el poder de acreedor por efecto del mismo caso fortuito: de

---

*accipiens*, y el alcance que me he propuesto dar a estas reflexiones, aconsejan detenerme aquí.

(94) PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., p. 710. En lo esencial, coincide plenamente con mis opiniones CARRASCO, *Comentarios*, cit., ps. 463, 629 y ss. Radicalmente distintas son las opiniones de BADOSA. Para él, la culpa-hecho propio únicamente obliga al deudor a pagar el precio de la cosa debida, objeto de la perpetuada obligación originaria, y no indemnización de ninguna clase. Y a su juicio, de los artículos 1778 y 1897 C.C. cabe extraer una excepción general en el sentido de que no produce la *perpetuatio obligationis* la culpa-hecho propio del deudor que ignora con justa causa su condición de tal (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor*, cit., ps. 863 y ss., 949 y ss.).

(95) ) Los tratamientos más completos del tema entre nosotros, coincidentes y compartibles en lo fundamental, son hoy los de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 769 y ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., 561 y ss.; y CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 435/55. Los defectos del pionero y sólido trabajo de TORRALBA, ADC, 1971, ps. 1143 y ss., provienen de haber acogido la construcción de la responsabilidad contractual esquematizada más arriba, en el texto correlativo a la nota 82 (ps. 1163 y ss.); crítica ésta, que procede extender a DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 726. Puede consultarse, en fin, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., ps. 135 y ss.

la misma forma, y en iguales circunstancias de tiempo y lugar (arg. art. 1896.II *in fine* C.C.) (96).

No puede objetarse que, en tales supuestos, la responsabilidad sí depende de la culpa-negligencia del deudor, ya que, sin ella, no existe mora (97). Dejando aparte la precisión, meramente conceptual, de que la culpa-negligencia del deudor no es un requisito de la mora (v. art. 1100° C.C.), sino, en todo caso, de la responsabilidad por mora (art. 1105° C.C.), es obvio, porque de otro modo los artículos 1096.III, 1182° y 1744° C.C. serían superfluos, que el deudor moroso responde del hecho dañoso “pérdida fortuita de la cosa” siempre que la mora haya incrementado el riesgo de que ese evento, en su configuración totalmente concreta, se produzca: responden, por tanto, de la pérdida fortuita de la cosa debida, aunque este evento dañoso no sea objetivamente imputable a la mora de acuerdo con los criterios del riesgo general de la vida, la prohibición de regreso a la adecuación; aunque dicho evento no sea “consecuencia necesaria” de la mora, en el sentido del art. 1107° C.C. (98).

---

(96) La generalidad de la doctrina defiende la aplicación analógica al deudor moroso de lo dispuesto en la proposición final del art. 1896.II C.C.: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-I, cit., ps. 188 y ss.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Formales EDESA*, XV-1 (1989) ps. 372 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, cit., II-I, p. 244; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 219, nt. 240; CARRASCO, *Comentarios...*, ps. 665 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., ps. 194 y ss.; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 207. En contra, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., ps. 925 y ss. Si bien limitando el efecto contra el deudor moroso a la *perpetuatio obligationis*, en congruencia con sus planteamientos generales.

Que la excepción prevista al final del artículo 1896. II C.C. exige que el caso fortuito que habría destruido la cosa en poder de quien pago por error sea *el mismo caso fortuito* que la destruyó en poder del *accipiens* mala fe, resulta del tenor literal de la norma —“No se presentará el caso fortuito cuando hubiese [éste, el caso fortuito] podido afectar *del mismo modo* a las cosas [...]—”, en conexión con los antecedentes legislativos reseñados en PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., ps. 638 y ss. en el seno de análisis global sobre la eficacia exoneradora o no, en nuestro Derecho, de las causas hipotéticas de daño (pg. 626 y ss.; sobre el tema, después, LACRUZ, en LACRUZ y otros, *“Elementos”* J II-I, cit., ps. 545 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 731 y ss.). Respecto del § 287 BGB, en cambio, la opinión unánime de los juristas alemanes es que resulta indiferente que se trate del mismo caso fortuito a de otro diferente: que estamos ante un supuesto legalmente previsto de relevancia exoneradora de las causas hipotéticas; *vid.* por todos, EMMERICH, *Leistungstiftungen*, cit., § 17 V.2.b), p. 166, donde explica, empero, que fue la contraria la primera intención de los redactores del BGB; PALANDT/HEINRICH, § 287, Rn. 3...

(97) Esta parece ser la opinión de CARRASCO, *Comentarios...* cit., p. 664, que sigue seguramente un apunte de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...* cit., ps. 840 y ss.

(98) En el mismo sentido sobre § 287 BGB, por todos, PALANDT/HEINRICH, § 287, Rn. 2

Lo mismo cabe afirmar del deudor de cosa determinada que se halla comprometido a entregarla a dos a más personas diversas (art. 1096.III C.C.); y del comodatario que destina la cosa a un uso distinto de aquél para que se prestó (art. 1744º C.C.), quien podrá exonerarse demostrando que, aun respetando el uso convenido, la cosa prestada se habría perdido también por efecto del mismo caso fortuito (99). Sobre si este elenco de responsabilidades contractuales objetivas podría ampliarse con el régimen del saneamiento por evicción o por vicios ocultos, recuérdese lo dicho al final del apartado 4.2 de este trabajo.

5.2. En la versión oficial aparecida en el B.O.E. de 30 de enero de 1991, el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hoy Derecho vigente en España, dispone: *“Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”*. Más correcto hubiera sido escribir “ajeno a su ámbito de control”, en lugar de “ajeno a su voluntad” [“beyond his control”, se lee en la versión inglesa] (100). Y debería existir una conjunción “o” antes de las palabras “que lo evitase o superase” [la versión inglesa reza “or to have avoided or overcame it or its consequences”].

Cuando el apartado 5 del mismo artículo 79º dice que “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una y otra de las partes ejer-

---

(99) A favor de la aplicación analógica de la proposición final el artículo 1896. II C.C. en esta sede, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit. ps. 860 y ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 589 y ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 665.

(100) Como se indica al final de la Convención que nos ocupa, hay seis textos de la misma, en árabe, chino, inglés, español, francés y rusa, igualmente auténticos. Según el artículo 33.4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Tratados, cuando la comparación entre distintos textos auténticos descubre una diferencia de significado que la aplicación de las reglas de interpretación no elimina, habrá de adoptarse el significado que mejor reconcilia los textos, habida cuenta del objeto y finalidad del tratado. Y parece claro que, por lo que al transcrito artículo 79.1 se refiere, la expresión “*beyond his control*” de la versión inglesa es más fiel a la finalidad perseguida por los redactores de la Convención que las expresiones “*in-dépendant de sa volonté*” y “ajeno a su voluntad” de las versiones francés y española (TALLON en BIANCA/BONELL, *Commentary the International Sales Law*, ps. 579 y ss.). En versión no oficial acordada por los Gobiernos de Austria, Alemania y Suiza se lee “*außerhalb ihres Einflusbereichs*”.

cer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención”, deja muy claro que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual es diferente tanto al de la pretensión de cumplimiento, como al de la resolución por incumplimiento (101).

Conforme a dicha norma, pues, para que la parte incumplidora no tenga que responder de los daños objetivamente imputables a la falta de cumplimiento, es necesario que demuestre tres extremos: i) que el incumplimiento se ha debido a un impedimento ajeno a su ámbito de control; ii) que no cabía razonablemente esperar que ella tuviera en cuenta tal impedimento en el momento de la celebración del contrato; y, iii) que no cabía razonablemente esperar que ella evitase o superase el impedimento, o que evitase o superase sus consecuencias (102).

El precedente fundamental del artículo 79.1 de la Convención de Naciones Unidas es el artículo 74.1 de la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (103), de la que España nunca fue parte; artículo que dice así: “Cuando una de las partes no haya cumplido una de sus obligaciones, no será responsable de tal incumplimiento si prueba que fue debido a circunstancias que, conforme a las intenciones de las partes al tiempo de contratar, no estaba obligado a tener en cuenta, o a evitar o superar; a falta de intención expresa de las partes, deberán tomarse como base las intenciones que tienen normalmente personas razonables en la misma situación”.

El origen de esta norma se encuentra en las opiniones de RABEL, quien, tras examinar las distintas soluciones del Derecho comparado escribió:

“Una solución de compromiso global es, sin embargo, difícil, y tanto más cuanto las opiniones sobre lo razonable de los concretos principios no sólo divergen según hábitos nacionales. Al tiempo de la promulgación del Código Civil alemán fue sostenida la llamada ‘teoría de las esferas’

---

(101) *Vid.* por todos, STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79º, Rn. 9, 57 y ss.

(102) HONNOLD. *Uniform Law for International Sales under de 1980 United Nations Convention* (1982), § 423; TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, p. 578; y comp. GUEST en *Chitty on Contracts*, cit., §§ 1035 y ss., 104.

(103) Sobre el proceso de derivación de uno a otro precepto, véase STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* art. 79º, Rn. 1 y ss.



[Sphärentheorie]. Tenía un núcleo excelente. Según la misma [...], se podría imputar a cada parte contractual los eventos que se originasen en su esfera —en su casa, en su empresa, por sus dependientes— culpable o inculpablemente; de los eventos, en fin, que proceden del exterior, el deudor habría de pechar con aquéllos con los que estaba obligado a contar. Porque esta última se presenta como la regla natural, cuando examinamos la atormentada práctica alemana sobre los períodos de huelga, la secularmente evolucionada jurisprudencia inglesa, o los variados formularios con sus cláusulas de lugar de entrega y de exoneración. En la vida de los negocios, a diferencia de en la vida cotidiana, decide el cálculo, que presupone una clara distribución de los riesgos de un decurso comercial anómalo y de unos mayores costes. La distribución del riesgo entre las partes según el concreto contrato y la situación típica ha de ser también decisiva para la norma jurídica de distribución. Un buen punto de partida legal preciso, por tanto, de la idea de que el deudor sólo se libera por impedimentos con los que no tenía que contar —en la más frecuente manera de hablar extranjera: que no tenía que prever— al tiempo de contratar. Pero los ordenamientos en vigor, desafortunadamente, no acogen la ‘teoría de las esferas’. Recientemente, tampoco en Francia ha encontrado hasta ahora ningún eco una propuesta análoga de JESSERAND, según la cual, incluso de *lege lata*, el deudor debe responder de todos los sucesos que actúan en la esfera del deudor no desde el exterior. Según el estado de los actuales ordenamientos, se llega, cuando más, a la síntesis de que liberan al vendedor aquellos sucesos con los que, en el momento de contratar *no tenía que contar, y no podía evitar con las medidas a él exigibles*” (104).

Ya sobre el artículo 74º de la Convención de la Haya, ha escrito su mejor comentarista (105):

“Fundamental para la comprensión del artículo 74º es el punto de partida en el contrato: en lugar de abandonarse a reglas inflexibles, el juzgador debe inferir del contenido y sentido del correspondiente contrato que circunstancias liberan al deudor de su deber de prestación, o le exoneran de la obligación de indemnizar. El contrato puede incluir disposiciones expresas al respecto. Precisamente en los contratos internacionales es frecuente que el deudor se exonere frente a ciertos riesgos. O puede que el deudor garantice el resultado de la prestación. Mucho más importante, aunque también con más problema, es, sin embargo, la fórmula heurística de la proposición final del apartado 1, según la cual,

---

(104) RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., ps. 342 y ss.

(105) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr. 18 y ss., 54.

a falta de intenciones expresas de las partes, han de tomarse como base las intenciones que tienen personas razonables en la misma situación.

“No hay aquí una remisión a la *hipotética voluntad de las partes*. Se alude, antes bien —como en el idéntico, en esto, art. 9.II y en los parecidos arts. 10º y 13º—, a un módulo objetivo. Con su ayuda, ha de determinarse la distribución de riesgos que es inmanente a cada contrato. Toda promesa contractual de prestación encierra en sí una asunción de riesgo. Pero, en la duda, no es el sentido de la promesa que el deudor asuma todos los riesgos imaginables y, así, garantice absolutamente el resultado. Antes bien, el deudor sólo asume, salvo pacto en contrario, aquellos riesgos con los que personas razonables al tiempo de contratar podían y debían contar, o que, conforme a un criterio razonable, pueden ser controlados por el deudor. Esos riesgos son expresión del normal riesgo contractual que debe determinarse atendiendo a los usos en el sentido del artículo 9º, y a la naturaleza general del contrato (106).

[...] En la duda, el deudor asume no sólo los riesgos por él concretamente previstos, sino todos los por él controlables. De ello se sigue, ante todo, que, como regla, el deudor ha de responder de su culpa, porque los incumplimientos provocados culposamente son siempre previsibles y evitables. Más allá, la responsabilidad típica del deudor ha de extenderse a los eventos que tienen su origen en la esfera del deudor —en su casa, en su empresa, por sus dependientes— y que, por tanto, pueden normalmente ser mantenidos bajo control mediante las medidas exigibles (la llamada ‘teoría de las esferas’). La controlabilidad de un evento, en el sentido en que aquí hablamos, se manifiesta en que, normalmente, de la producción del evento puede inducirse una culpa del deudor. Que excepcionalmente no exista una culpa en el caso concreto, es indiferente para la valoración típica y la correlativa distribución de riesgos en el sentido del artículo 74º EKG. La regla de interpretación aquí sostenida determina que el ámbito de las circunstancias de las que normalmente responde el deudor se alce ligera, pero perceptiblemente, sobre el umbral de la necesidad de culpa (107)”.

Y sobre el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, ha escrito también Hans STOLL:

“El deudor ya no se exonera con la prueba de que no ha tenido culpa alguna en el incumplimiento. Sólo le permite exonerarse la prueba de

---

(106) Al lector informado le habrá acudido a la mente la idea del “contrato perfecto” y su reconstrucción, utilizada por los juristas-economistas: SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., ps. 261 y ss.

(107) *Vid.* asimismo VON CAEMMERER, “Probleme des Haager Einheitlichen Kaufrecht”, AcP 178 (1978), ps. 143 y ss.; y comp. EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 6.IV.2, ps. 72 y ss.

que el incumplimiento es imputable a la actuación de un impedimento no controlable, sustraído a la influencia del deudor. El artículo 79° eleva la falta de controlabilidad de un riesgo a principio general de exoneración. Esta idea clave, que ya era fundamental para la comprensión de la correspondiente cláusula de exoneración del artículo 74° EKG, se manifiesta ahora claramente en la redacción del artículo 79° (*Hinderungsgrund 'außerhalb ihres Einflußbereichs'; impediment 'beyond his control'; empêchement 'independant de sa volonté'*).

“La controlabilidad de un riesgo por el deudor no debe, empero, ser juzgada en abstracto e independizada del contrato. Antes bien, la cláusula de exoneración del artículo 79° descansa en una razonable interpretación de la ordinaria voluntad de las partes: en la duda, corresponde al sentido y finalidad del contrato obligación al que el deudor sólo haya de responder de una promesa de prestación hasta el límite de los riesgos controlables. La controlabilidad de un riesgo es, por tanto, sólo un —refutable— indicio de que el deudor, al celebrar del contrato, ha asumido el responder del riesgo y de su superación. [...Como en el del art. 74° EKG,] también en el ámbito del artículo 79° predominan el sentido y finalidad del contrato, y su interpretación tiene preferencia frente a una aplicación rígida y literalista del precepto. Este ha de entenderse de modo que proporcione al juez un instrumento flexible de distribución del riesgo inmanente al contrato.

[...] El impedimento debe originarse en el ámbito que no esté bajo control del deudor: la expresión inglesa *'beyond control'* es más clara al respecto que la más genérica expresión alemana *'außerhalb ihres Einflußbereich'*. El tenor del artículo 79° parte atinadamente de la base de que existe un ámbito de responsabilidad con el que el deudor, en principio, debe pechar. Quiere decirse con ello un ámbito en que es objetivamente posible para el deudor, y donde cabe también esperar de él, que, con medidas organizativas y apropiados controles, asegure el curso sin perturbaciones de los procesos necesarios para la preparación y ejecución del contrato [...].

[...] Incluso de un impedimento ajeno a su ámbito de influencia debe el deudor responder, cuando razonablemente cabía esperar de él que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de encontrar. Pero la previsibilidad —tal vez lejana— del impedimento no excluye necesariamente la exoneración. Se trata, antes bien, de si, según las circunstancias, la más o menos cercana posibilidad del impedimento por ejemplo, el cierre de un canal a causa de complicaciones bélicas, había razonablemente de tenerse en cuenta al tiempo de contratar. Quien, ello no obstante, contrata sin reserva, asume de modo implícito el riesgo de que la prestación debida se frustre o se retrase a causa del impedimento.

“Finalmente, un impedimento, aunque tampoco haya de tenerse en cuenta al tiempo de contratar, sólo exonera cuando no puede ser supera-

do por el deudor de una manera a él exigible. Ha de aplicarse al respecto un módulo riguroso. Como regla, al deudor que le es exigible la superación de un obstáculo al cumplimiento del contrato, incluso cuando ello le obligue a importantes gastos suplementarios y a sufrir una pérdida de negocio [...]" (108).

Según el tenor literal del artículo 1105° C.C., para que el deudor no tenga que responder del daño objetivamente imputable a su falta de cumplimiento, es preciso que el incumplimiento haya sido provocado por un *suceso que no hubiera podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable*.

Resulta obvio que el muy deseable resultado de que lo dispuesto en el artículo 1105° C.C. coincida con lo dispuesto en el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, verdadero *ius commune* en la materia que nos ocupa, puede lograrse con sólo interpretar la palabra "suceso" de aquel artículo como "impedimento ajeno al ámbito control del deudor", sostener que la imprevisibilidad del suceso causante del incumplimiento es un requisito autónomo del caso fortuito (no el mero presupuesto lógico de su inevitabilidad), y referir la previsibilidad o imprevisibilidad al momento de celebración del contrato. Bastará leer así el artículo 1105° C.C.: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse *al tiempo de contratar* [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables".

Pues bien:

Interpretar que la palabra "suceso" del artículo 1105° C.C. significa "impedimento ajeno al ámbito de control del deudor", como ya lo ha hecho un autorizado sector doctrinal (109), es lo único valorativamente congruente con lo antes sostenido en las letras a) y b) del apartado 5.1 de este trabajo. A las hipótesis contempladas en la letra c) del mismo apartado se refiere el artículo 1105° cuando comienza diciendo "fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley".

Aunque no de modo explícito, también se ha mantenido ya entre nosotros, acertadamente, que la imprevisibilidad es un requisito au-

---

(108) STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRLEM, *Kommentar Zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79°, Rn. 6.s, 22, 26 y ss.

(109) TORRALBA, ADC 1971, ps. 1154 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I, cit., p. 725; Vid. también BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 415.

tónomo del caso fortuito (110), y no un mero presupuesto lógico de su inevitabilidad, lo que, obviamente, haría superfluas las palabras “que no hubieran podido preverse” del artículo 1105º C.C. (111).

Y parece perfectamente lógico que, si la previsibilidad relevante para la determinación del *quantum respondatur* es la previsibilidad al tiempo de contratar (art. 1107.I C.C.), lo mismo suceda con la relevante en el ámbito del *an respondatur*: para la determinación de los sucesos causantes de incumplimiento, de los que el deudor debe responder. Comentando el artículo 74º de la Convención de la Haya, antes transcrito, escribió Hans STOLL:

“La idea fundamental de la asunción contractual del riesgo, en la que el artículo 74º se basa, ilumina también la limitación de la indemnización al daño previsible al tiempo de contratar, establecida en los artículos 82-2a., 86 y 87. La responsabilidad del deudor, no sólo en cuanto a la materia, sino también en cuanto al contenido, ha de permanecer dentro de los límites de lo que las personas razonables pueden y deben prever al tiempo de contratar. Existe, a la vez, una conexión de valoración entre la estricta, hasta el límite del artículo 74º, responsabilidad por el resultado del deudor, y la significativa limitación de la responsabilidad al daño previsible; porque aquella responsabilidad únicamente es soportable cuando el contenido de la indemnización se limita razonablemente, y no se ponen a cargo del deudor todos los daños que sean consecuencia adecuada de la falta de cumplimiento (112).

Y el mismo autor ha escrito, sobre la Convención de las Naciones Unidas, que “la responsabilidad objetiva del deudor hasta el límite de los impedimentos no controlables según el artículo 79º, y la regla de la previsibilidad en el sentido de la proposición segunda del artículo 74º son facetas correlativas de un principio unitario, dominante en el Derecho uniforme de compraventa, de limitación de responsabilidad en la medida del riesgo inmanente al contrato, asumido por las partes al contratar” (113). Parafraseando al autor citado, podríamos escribir

---

(110) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 241; CARRASCO, *Comentarios*, cit., ps. 662 y ss.

(111) Esta parece ser la conclusión de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit. ps. 217 y ss.

(112) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar Zum Einheitlichen Kaufrechts*, art. 74 EKG, Rdnr. 20. *Vid.* también TILING “Haftungsbefreiung, Haftungsbegrenzung und Freizeichnung im Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen”, *RebelsZ* 32 (1968), p. 271.

(113) STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar Zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 74º, Rn. 4.

aquí que la responsabilidad objetiva del deudor hasta el límite del artículo 1105º C.C., y la regla de la previsibilidad en el sentido de la proposición primera del artículo 1107.I C.C. son facetas correlativas de un principio unitario, dominante en el Derecho español de contratos, de demarcación de la responsabilidad por los daños derivados de la falta de cumplimiento en la medida del riesgo inmanente al contrato, asumido por las partes al contratar.

¿No es, acaso, el momento de celebración de contrato, y según los datos y perspectivas que entonces tuvieran, aquel en que las partes, de haber quedado regular expresamente el tema, habrían distribuido entre ellas los riesgos de incumplimiento, fijando los sucesos de que habría, o no, de responderse y, correspondientemente, la cuantía de la contraprestación? ¿Por qué entonces la Ley, a la hora de establecer la regla dispositiva de distribución de los riesgos de incumplimiento, va a hacer referencia a un momento distinto? ¿Es lógico que el acreedor, manteniéndose invariada la contraprestación que él se comprometió pagar, haya de pechar con el hecho de que un suceso razonablemente previsible (con el que razonablemente había de contarse) al tiempo de contratar —y que, por ende, personas razonables en la situación de las partes habrían entendido, salvo inmediata protesta del deudor, que el riesgo de acaecimiento del suceso en cuestión quedaba a cargo de éste— se haya presentado luego como inevitable para el deudor? (114).

En el caso decidido por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1989, los litigantes suscribieron un contrato en virtud del cual el actor cedió un negocio de hostelería al demandado, asumiendo éste la obligación de reparar el tejado del complejo y realizar las obras necesarias para completar la reparación de todas las habitaciones, tenazas, pasillos y comedores en un cierto plazo, y estipulándose que, de no finalizarse las obras a tiempo, el arrendador habría de pagar el valor del precio de las habitaciones del hotel, según la categoría de éstas. El demandado, que incurrió en un retraso de varios meses en la realización de las obras y reparaciones, alegó

---

Ya el genial RABEL (*Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 495) había escrito: “Partimos de que el sentido y la finalidad del contrato dominan la total regulación del incumplimiento, de forma que no sólo repercuten en la cuestión de cuales son las faltas de cumplimiento de que responde el deudor, sino también en la cuestión de en que medida responde el deudor del incumplimiento”.

(114) Así, PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., ps. 578 y ss.; explícitamente de acuerdo, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., ps. 597, 660. Pero *vid.* también, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1, cit., p. 241.

que debía quedar exonerado de responsabilidad, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1105° C.C., atribuyendo la causa del retraso a intensos temporales de lluvia y nieve que impidieron el desarrollo normal de los trabajos. Pero fue condenado en las distintas instancias, con el exacto argumento de que la posibilidad de los temporales “*pudo ser fácilmente prevista por el arrendador; al celebrar el contrato, teniendo en cuenta el lugar en que se encontraba el establecimiento y la fecha en que se concluyó*” (115).

En suma, cabe afirmar que, para que el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar los daños objetivamente imputables a una falta de cumplimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1105° C.C., han de concurrir estos tres requisitos, definitorios de caso fortuito:

*i) La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor.*

Lo que parece plenamente congruente con las enseñanzas del análisis económico del Derecho de que precede asignar a cada parte los riesgos que puede administrar a un menor coste, previniéndolos, asegurándolos o soportándolos (auto asegurándolos) (116): cada parte es la que más barato puede prevenir, cuando evitables eficientemente, los impedimentos procedentes de su ámbito de control, y, en otro caso, quien mejor puede estimar la probabilidad de que tales impedimentos se produzcan y, en consecuencia, el *cheapest insurer* del riesgo de su acaecimiento, habida cuenta de que, como la proposición primera del artículo 1107.I C.C. excluye la resarcibilidad de los daños imprevisibles al tiempo de contratar, puede estimar la magnitud del

---

(115) En la sentencia de 10 de marzo de 1949, 1a Sala Primera del Tribunal Supremo casó 1a de instancia, que había considerado que el fallo del vendedor al compromiso contraído de comparecer en la notaria para otorgar en la fecha convenida la escritura de venta estaba justificado por dificultades de preparación de los títulos a causa de la desaparición de un archivo durante la guerra civil, argumentando que “tales causas de pretendida justificación no son jurídicamente constitutivas de fuerza mayor en su modalidad extintiva de la obligación contraída, por la sencilla razón de que los sucesos de guerra civil y desaparición del archivo ya habían acaecido y eran conocidos por el vendedor al tiempo de la celebración del contrato, carentes, por tanto, de lo nota de imprevisibles que exige el artículo 1105° del Código Civil para eximir de las responsabilidades de otorgar las escrituras de venta”.

(116) TRIMARCHI, “Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1970, ps. 512 y ss.; POSNER y ROSENFELD, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), ps. 83 y ss.; SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico..*, cit., ps. 264 y ss.

eventual perjuicio indemnizable cuando menos igual de bien que la otra parte.

ii) *Tiene que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contrato;*

Quizá cabría matizar, análogamente a como lo hicimos respecto del *quantum respondatur* en el apartado 3.1 de este trabajo, que no siempre bastará la previsibilidad del suceso al tiempo de contratar para excluir la exoneración: no será así cuando las circunstancias del caso revelen con claridad que la otra parte, al tiempo de contratar, no pudo contar razonablemente con que la parte incumplidora asumía el riesgo de que se trata. También a este respecto las aportaciones del análisis económico del Derecho podrán mostrarse útiles: en la duda, deberá concluirse que la otra parte no pudo contar con que la parte incumplidora asumió un riesgo que era obvio; al tiempo de contratar, que la otra parte podía administrar a menor coste.

iii) *Y ha de ser un suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; correspondería a un buen padre de familia.*

Las enseñanzas del análisis económico del Derecho sólo abogan a este respecto porque, aplicando la conocida fórmula LEARNED HAND (117), no se consideren exigidas por el patrón de diligencia medidas cuyo coste sea superior a su beneficia en términos de prevención de daños.

Se notará que sólo cuando falte, únicamente o también, el tercera de los requisitos citados podrá afirmarse, y aún entonces no con toda propiedad (dado el carácter objetivo del modelo de diligencia), que el deudor responde por culpa-negligencia. En las restantes hipótesis en que debe responder, el deudor responderá sin culpa a si se prefiere decirlo así: en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la “*esfera de control del deudor*” (que engloba los subcriterios del “hecho

---

(117) *Vid.* por todos, PAZ-ARES, ADC 1981, pp, 658 y ss. SCHÄFER y OTT *Manual de análisis económico...*, cit., ps. 109 y ss.



propio” y del “hecho de los auxiliares en el cumplimiento”) y del “riesgo implícitamente asumido al contratar”.

5.3. Con base en estos criterios, no cabe duda alguna de que el deudor responderá, sin necesidad de culpa-negligencia por su parte, no sólo de los hechos propios a de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento, sino también, como regla, del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial a profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma (118).

A diferencia de las huelgas generales, especialmente las políticas, las huelgas de sus propios trabajadores o las de los trabajadores de sus auxiliares en el cumplimiento no exonerarán al deudor, aunque se trate de huelgas ilícitas o abusivas (119).

Los proveedores del deudor no pueden ser equiparados, a efectos de la responsabilidad de éste, a sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento: exonerará al deudor el fallo, imprevisible al tiempo de contratar, de un proveedor monopolista, aunque obedezca a un suceso insuficiente para exonerar al propio proveedor (p. ej., una huelga de sus trabajadores). Pero, como regla, los fallos, incluso fortuitos, de sus proveedores no monopolistas, aun si elegidos con el máximo cuidado, no servirán para exonerar al deudor: han de considerarse típicamente pertenecientes a su esfera de control, porque, típicamente, el deudor selecciona con total libertad a sus proveedores (120).

Como regla general, el deudor, y no sólo el deudor de dinero, ha de responder de su capacidad financiera para realizar la prestación. El embargo o la confiscación de todo o la mayor parte del patrimonio del deudor por guerra, represalia política, etc., imprevisibles al tiem-

---

(118) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar Zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr. 68, y en VON CAEMERER/SCHLECHTRLEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79º, Rn. 30.

(119) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar Zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG.

Rdnr. 90 y ss.; Y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79º, Rn. 41 y ss. De la misma opinión entre nosotros, CARRASCO, *Comentarios.*, cit., p. 649, lo que es sorprendente en un autor que ha escrito (*op. cit.*, ps. 637 y ss.) que “hay caso fortuito siempre que el deudor no esté en culpa. Caso fortuito es la negación de culpa, como entiende la jurisprudencia y la doctrina”. De cualquier forma, cuál sea realmente la opinión de dicha autor al respecto, no es fácil de saber (*op. cit.*, ps. 592, 602 y ss.).

(120) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr. 69, 95; Y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar Zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79º, Rn. 38, 44.

po de contratar, serían excepciones a dicha regla; pero no por más que imprevisible e inevitable, la mala marcha de los negocios que proporcionaban liquidez, la quiebra de un importante cliente, etc. (121)

El deudor de cosas genéricas corre con el riesgo de obtenerlas en el mercado: no puede exonerarse probando que su proveedor le falló, los precios subieron y, por ello, suministrar las mercaderías debidas le suponía un sacrificio patrimonial imprevisto; ni que las mercaderías con que había planeado cumplir se perdieron fortuitamente, y carecía de medios financieros para obtener otras sustitutorias. Ciertamente le exonerará la desaparición del mercado de las mercaderías en cuestión por un hecho imprevisible al tiempo de contratar. Pero también, en lo que respecta a la responsabilidad por mora, cualquier otro suceso que, por cumplir los requisitos antes enumerados, pueda considerarse caso fortuito (p. ej., un temporal imprevisible provoca el hundimiento, un día antes de la fecha de cumplimiento, del barco que transportaba al comprador sueco un cargamento de fruta sólo obtenible en países tropicales) (122). No hay un régimen especial de responsabilidad para el incumplimiento de las obligaciones genéricas: “genus nunquam perit” no es una regla de responsabilidad por daños (123), sino sobre el alcance del deber de prestación y, quizá, una regla de riesgos (124). Se trata sólo de que, en general, no puede considerarse caso fortuito, como regla, ni la impotencia financiera del deudor, ni los fallos de sus proveedores; pero sí, por poner otro ejemplo, que el deudor no pueda ocuparse de sus negocios porque, habiendo estallado una guerra en el país sede de los mismos, debe abandonarlos para huir del enemigo (125).

---

(121) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar Zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr. 78 y ss.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrech*, art. 79º, Ro. 29. Coinciden en el resultado, entre nosotros, al menos parcialmente, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., ps. 712 S.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 438 y ss.; CARRASCO, *Comentarios*, cit., ps. 601, 649.

(122) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr. 71 y ss.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrech*, art. 79º, Rn. 31.

(123) En contra de esta última afirmación —si bien, desde su premisa de que el deudor debe responder hasta el límite de la imposibilidad, ella no significa ningún especial régimen de responsabilidad—; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 713; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., ps. 426 y ss.

(124) Me remito al riguroso trabajo de CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, ADC 1982, ps. 291 y ss.

(125) Aludo al peculiar “Eierfall” (RGZ 99, 1), narrado, al final de su análisis sobre la responsabilidad por mora en las obligaciones genéricas, por LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 23.I.b), ps. 320 y ss.

El arrendador de obra y el vendedor-fabricante responderán de los defectos de sus obras o productos, incluso de los que provengan de materiales suministrados o partes integrantes fabricadas por terceros (no, si procedentes del dueño de la obra o del comprador) y de los que fueran inevitables con todas las medidas de cuidado económicamente eficientes, a excepción de aquellos defectos cuya existencia no pudiera descubrirse, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos al tiempo de la entrega [los llamados “riesgos de desarrollo”; cfr. art. 7.e) de la Directiva CEE de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos], o de los que sean imputables al diseño impuesto o las instrucciones dadas por el dueño de la obra o el comprador, o también, probablemente, de los que sean producto de actos de sabotaje (126).

La responsabilidad del simple vendedor-intermediario no puede llegar tan lejos como la del vendedor-fabricante, porque el defecto no se origina en su ámbito de control. Pero es discutible que baste para exonerarle la demostración de que el proveedor de la cosa defectuosa, libremente elegido por él, es una firma acreditada, y él mismo, por su parte, adoptó las medidas usuales, o razonablemente exigibles en el caso concreto, para la detección de posibles defectos. Cabría sostener que la libertad del vendedor de elección de sus proveedores justifica que soporte, más allá de su culpa, el riesgo de los defectos imputables a aquéllos. No, con certeza, cuando el proveedor de la cosa defectuosa sea una monopolista, o haya sido por impuesto el comprador (127).

Los tópicos precedentes precisan de una mayor concreción, que ha de ser producto de su cotejo con la praxis jurisprudencial; pero ésta es tarea que debe quedar para otra ocasión.

---

(126) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar Zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr.68, 102; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar Zum Einheitlichen UN-Kaufrech*, art. 79º, Rn. 22, 30, 46. Entre nosotros, MORALES ADC 1982, ps. 656 y ss.

(127) Esta es, probablemente, la cuestión más discutible en la interpretación del Artículo 79º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos compraventa internacional de mercaderías: por un lado, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales...*, cit. § 427; por otro, TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, ps. 579 y ss.; en fin, STOLL, en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrech*, art. 79º, Ro. 38, 45, 47 (*vid.* también, respecto del art. 74 de la Ley Uniforme de la Haya, STOLL, en DÖLLE, *Kommentar Zum Einheitlichen Kaufrecht*, art. 74 EKG, Rdnr. 103). Entre nosotros, comp. por un lado, MORALES, ADC 1982, ps. 654 y ss.; y por otro, CARRASCO, *Comentarios*”, cit., ps. 625 y ss.

## APÉNDICE

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL DAÑO CONTRACTUAL

1. El criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, como límite del *quantum respondatur* en materia de responsabilidad contractual, se apunta ya en la parte final de un conocido paso del Digesto:

PAUL. D. 19, 1,43 (5. quaest.): “[...] *de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci, plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta suma (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse meum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligare venditorem*” (128).

En las fuentes romanas, sin embargo, aquel criterio comparte su puesto con otros también de carácter aparentemente general. En primer lugar, con la distinción entre daños intrínsecos (*circa ipsam rem*) indemnizables y daños extrínsecos no indemnizables, insinuada en otro conocido paso del Digesto, también atribuido al jurista PAULO:

PAUL. D. 19, 1,21,3 (33. ed): “*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob ea rem, quod si non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur [...]*” (129).

En segundo lugar, con la limitación de la indemnización al doble del valor o la cuantía en aquellos casos *qui certam habent quantitatem vel naturam*, que, junto a una exhortación a que, en los demás supuestos, se evalúe el *damnum quod re vera inducitur*; y se haga *cum competenti moderatione* se encuentra en la Constitución “*De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*” del emperador JUSTINIANO.

---

(128) Sobre este *texto* y, en general, sobre el criterio de la previsibilidad del daño en el Derecho romano MEDICUS *Id quod interest. Studiem zum römischen Recht des Schadensersatzes* (1962), ps. 81 y ss., 95, 320 y ss.; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei iudicium. Studiem zum römischen Schadensersatzrecht* (1969), ps. 51 y ss.

(129) Análisis de este paso y del criterio en él sugerido en MEDICUS, *Id quod interest...*, cit., ps. 35 y ss., 321 y ss.; HONSELL. *Quod interest*, cit., ps. 7 SS.

Límite aquel del *duplum*, que aparece también en el paso del Digesto inmediatamente subsiguiente al primero de los aquí transcritos.

*Imp. Iustinianus C. 7, 47, I: "Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi proxilitatem prout possibile est in angustum coartare. § 1 Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus in circuitu inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. § 2 Et hoc non solum in damno, vel etiam in lucro nostra amplecitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae proxilitatis huius constitutionis recitacio".*

AFRIC. D. 19, 1,44 (8 quaest): "(cum et forte idem mediocrium facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet)" (130).

En fin, de los varios pasos de Digesto de los que podría deducirse el criterio de que la extensión de la responsabilidad del deudor era más extensa en caso de haber éste actuado con dolo, es, sin duda, el más famoso el relativo a la venta de una res afectada por una enfermedad contagiosa.

Ulp. D, 19, 1, 13 pr. (32 ed.) "*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrómenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagiose morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum"* (131).

(130) Sobre ambos textos, MEDICUS, *Id quod interest...*, cit., ps. 89 y ss., 288 y ss., 339 y ss.; HONSELL, *Quod interest...*, cit., ps. 83 y ss.

(131) Cfr. MEDICUS, *Id quod interest...*, cit., ps. 128 y ss.; HONSELL, *Quod interest...*, cit., p. 83.ss.

No es este lugar adecuado, ni yo la persona, para desarrollar las diferentes interpretaciones e intentos de armonización de los textos romanos transcritos por parte de los juristas del Derecho Común; una tarea que, por lo demás, ya ha sido hecha con esmero (132). Bastará mostrar la manera en que POTHIER llevó a cabo esta tarea en su *Traité des Obligations*, pues no cabe la menor duda sobre el carácter decisivo de su opiniones en la materia que nos ocupa (133).

Tras afirmar que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (núm. 159), el jurista francés propone el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar como límite general del *quantum respondatur* del deudor no doloso.

Núm. 160: “No debe, sin embargo, obligarse al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le ha ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos aún, todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiese cumplido su obligación. Es necesario distinguir al respecto diferentes casos y diferentes tipos de daños y perjuicios; y es necesario también, según los distintos casos, emplear una cierta moderación en la tasación y estimación de aquéllos de los que se le hace responder.

Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, sea por que se ha comprometido temerariamente a algo que no podía cumplir, sea porque se ha puesto luego, por su culpa, en situación de no poder cumplir su compromiso, el deudor no responde más que de los daños y perjuicios que se ha podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa del incumplimiento de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos”.

La tarea inmediata era la de armonizar el criterio de la previsibilidad con el de la distinción entre daños intrínsecos y daños extrínsecos, en la

---

(132) Por H. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterliche Rechtstheorie* (1955), ps. 17 y ss., 56 y ss. y *passim*; y DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* (1960), ps. 120 y ss. Entre nosotros aporta algunos datos CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales EDERSA, XV-I* (1989), págs 712 y ss.

(133) Como veremos de inmediato, POTHIER confiesa paladinamente su deuda con el *Tractatus de eo quod interest* de DUMOULIN. Pero sin querer negar a éste la paternidad del criterio la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, lo cierto es que sus textos son mucho menos claros que los de POTHIER en el sentido de consagrarlo como criterio general de imputación objetiva del daño contractual. Sobre el pensamiento de DUMOULIN y sus diferencias con el de POTHIER, LEONE, “Nesso causale tra colpa e danno”, *Riv. dir. civ.* 1913, ps. 595 y ss.

forma en que POTHIER la entendió: traduciendo “*rem*” por “cosa”, en el sentido de daños relativos, o no, a la cosa objeto de la obligación (134).

Núm. 161: “Normalmente, se considera que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación, podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquélla, y no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino solamente de los sufridos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*”.

A continuación, el jurista francés ilustra sus anteriores ideas con los ejemplos siguientes. Quien vende un caballo y no lo entrega, deberá indemnizar al comprador el mayor precio que le haya costado adquirir un caballo semejante: se trata de un daño relacionado sólo con la cosa objeto del contrato, y que pudo prever, al estar el precio de los caballos, como el del resto de los bienes, sujeto a variaciones; pero si el comprador fue un canónigo, al que la no entrega del caballo hizo imposible llegar a tiempo a obtener los grandes rendimientos de su canonjía, no responderá al vendedor, en principio, de tales perjuicios. Quien alquila una casa que creía suya por 18 años, si a los 10 ó 12 años el arrendatario es vencido en evicción por el verdadero propietario, deberá indemnizar al arrendatario los gastos de mudanza y el mayor precio que haya que pagar por alquilar otra casa durante el período de tiempo restante; pero no, en principio, los que le haya reportado el cierre del negocio que hubiera instalado en la casa tras el arrendamiento, ni mucho menos los derivados de la rotura de algunos muebles preciosos durante la mudanza.

Pero teniendo perfectamente claro cuál de los criterios ha de prevalecer en caso de contradicción.

Núm. 162: “A veces, el deudor es responsable de daños y perjuicios sufridos por el acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece

---

(134) Diferente a la forma en que la entendieron los redactores del Código prusiano, traduciendo “*rem*” por “hecho” generador del daño, al establecer la distinción entre daño inmediato y daño mediato:

I, 6 § 2 A.L.R.: “*Wird ein solcher Nachteil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt*”.

I, 6 § 3 A.L.R.: “*Entsteht der Nachteil zwar aus der Handlung oder Unterlassung jedoch nur in Verbindung derselben mit einen anderen von ihr verschiedenen Ereignisse oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder der Sache, so ist eine mittelbarer Schaden vorhanden*”. Véanse también I, 6, §§ 15, 18 y 19; I, 15 §§ 362 y 363; y I, 16. § 17. donde se concreta la relevancia normativa de la distinción.

que han sido contemplados en el contrato, y que el deudor los ha asumido, expresa o tácitamente, para el caso de incumplimiento de su obligación”.

Añade POTHIER que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si en el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llegar a tiempo a la canonjía. Y que habría que indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados del cierre del negocio, si la casa le hubiese sido alquilada en su condición de comerciante, o para hacer una posada.

En el núm. 163, se proponen nuevos ejemplos, siempre tras las huellas de DUMOULIN. Quien vende de buena fe unas vigas de madera defectuosas, provocando así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquéllas, no responde de los daños consistentes en la destrucción del edificio, salvo que (se trate de persona a quien, por su profesión de carpintero, no quepa excusar el desconocimiento de los vicios de las vigas, y que) la finalidad de las vigas compradas hubiese quedado clara al contratar. Aún en tal caso, si el comprador las utiliza para apuntalar un edificio diferente y mayor que el contemplado al tiempo de la celebración del contrato, el vendedor responderá, como máximo, hasta una suma igual al valor del edificio más pequeño, que fuera el contemplado. Salvo que otra cosa se pacte expresamente, la responsabilidad del vendedor de las vigas se extenderá sólo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquél, porque lo normal es desamueblar las casas que se apuntalan. Por el contrario, cuando una vivienda se derrumba por vicio de construcción, el constructor no sólo habrá de indemnizar al propietario el valor de la casa, sino también el de los muebles que hubiera en su interior y no se hubiesen podido salvar.

El objetivo siguiente del jurista francés es armonizar lo dispuesto en C. 7. 47. 1, modificándolo en lo necesario, con el criterio general de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

Núm. 164: “Por la que respecta a los daños y perjuicios de los que tiene que responder el deudor que no ha cumplido su obligación, caso de no podersele reprochar dolo alguno, nos resta advertir que, cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben ser evaluados y liquidados con rigor, sino con una cierta moderación”.

“Con base en este principio, ordena Justiniano en la Ley única, *Cod. de sentent. quae pro eo quod interest*, que los daños y perjuicios, *in casibus certibus*, es decir, como explica Dumoulin [...], cuando no se relacio-



nan sino con la cosa objeto de la obligación, no puedan ser evaluados en más del doble del valor de esta cosa, comprendido dicho valor”.

Aquí propone POTHIER el ejemplo de la evicción de un viñedo, comprado en 4.000 libras, pero que valía 16.000 en el momento de la evicción, por haber abierto el Rey, con posterioridad a la venta, un canal que hacía posible la exportación del vino. Conforme a la Ley de JUSTINIANO, la indemnización no podría superar las 8.000 libras.

“El principio sobre el que reposa tal decisión —añadía el jurista francés— es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que con el consentimiento y la voluntad de las partes. Luego se estima que el deudor, al obligarse a la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento de la obligación, no ha pretendido ni querido obligarse más que hasta la suma a que ha podido razonablemente prever que podría ascender, como máximo, dicha indemnización, y no más allá; por tanto, cuando resulta que esta indemnización asciende a una suma excesiva, en la que el deudor jamás ha podido pensar, debe ser reducida y moderada hasta la suma a la que se podía razonablemente pensar que, como máximo, ascendería, considerando que el deudor no ha consentido en obligarse a más. *Molín. tract. eo quod interest*, núm. 60.

“Esta ley de Justiniano, en tanto en cuanto limita la moderación de las indemnizaciones excesivas *precisamente* al doble del valor de la cosa, es una ley arbitraria, que carece de autoridad de ley en nuestras Provincias. Pero el principio en el que está fundada, que no permite que un deudor al que no pueda reprochársele dolo alguno responda mas allá de la suma hasta la que ha podido pensar que podrían como máximo elevarse, al ser un principio fundado en la razón y la equidad natural, debemos seguirlo, y moderar conforme a dicho principio la indemnización de los daños y perjuicios, cuando sea excesiva, dejando esta moderación al arbitrio del juez”.

Y en el núm. 165, tras afirmar que el uso de tal moderación de la indemnización será también aplicable a los daños extrínsecos, a los que no cabía aplicar, en cambio, la citada ley de JUSTINIANO, POTHIER nos ilustra con los ejemplos siguientes. El tonelero que vende un tonel defectuoso, provocando con ello que se estropee el vino extranjero u otro licor de extraordinario valor introducido en dicho tonel por el comprador, no debe ser condenado a indemnizar todo el daño causado, sino sólo hasta el valor de un tonel del mejor vino del país (aunque valga mucho más del doble que el tonel vendido), porque, al vender el tonel, no ha creído cargar con otro riesgo, al no haber podido prever que se introduciría en él un licor de mayor precio. De igual manera, el constructor que antes veíamos que había de responder también de

la pérdida de los muebles que se encontraban en la vivienda derruida por el vicio de construcción, si resultaran ser joyas o manuscritos de inmenso valor, no responderá sino hasta el valor que ordinariamente alcanzan los muebles de una persona de la condición del comprador.

En lo fundamental, las ideas de POTHIER fueron recogidas en el artículo 1150° del Código Civil francés: *“Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est pas exécutée”*. Ha de destacarse, sin embargo que el que era el artículo 47° del título *“Des obligations”* del Proyecto de Código Civil del año VIII de la Comisión de Gobierno: *“Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération lorsqu’il n’y a point dol de la part du débiteur”* (135), fue finalmente rechazado por los legisladores franceses, muy poco amigos de dejar terrenos de juego al arbitrio judicial (136).

Entre nosotros, criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar fue conscientemente rechazado por los autores del Proyecto de 1851 (tampoco aparecía en el Proyecto de 1836; véase su art. 1008°), aunque por razones no demasiado poderosas. En el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1016° del Proyecto isabelino, podemos leer: *“La dificultad de estimar el cuanto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó o pudo preverse? Cada contrayente dirá que el previó los daños de diferente manera”*.

Aquel criterio volverá a aparecer en el artículo 1124.I del Anteproyecto de 1882-1888: *“Los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación”*; citándose como fuentes del mismo el artículo 1016° del Proyecto de 1851, el artículo 1128° del Código Civil italiano de 1865 (se trata de una errata; debió citarse el art. 1228°, idéntico al art. 1150° C.C. francés) y el artículo 1154° del Anteproyecto del Código Civil belga de LAURENT. Es asimismo en el Anteproyecto de 1882-1888, en concreto al final de su artículo 1120, donde va a aparecer por primera vez en nuestra codificación la facul-

---

(135) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (1827, reimpr. 1968). II, p. 166.

(136) Véanse las palabras de BIGOT-PRÉAMENEU en FENET, *Recueil...*, cit., XIII, p. 233, temeroso de que un artículo así condujera a una injustificada equidad contra los intereses del acreedor, cuya causa no hay por que mirar con desfavor.

tad de moderación judicial de la responsabilidad contractual no dolosa, prevista hoy al final del artículo 1103° C.C.

2. A la hora de trazar un panorama de Derecho comparado (137), cabe afirmar que el criterio de la previsibilidad de daño al tiempo de contratar, como criterio de imputación objetiva del daño contractual, ha sido acogido por los Códigos latinos más significativos. A los ya mencionados anteriormente, puede añadirse el artículo 1225° del Código Civil italiano de 1942: “*Se l’inadempimento a il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui e sorta l’obbligazione*”.

Impera también dicho criterio en el Derecho anglosajón desde el famoso caso *Hadley v. Baxendale*, decidido en 1854 para la *Court of Exchequer*.

La parte demandante era propietaria de un molino en Gloucester cuyas operaciones quedaron paralizadas por la rotura de un eje. Entregó el eje roto a la parte demandada, que se había comprometido a transportarlo hasta la fábrica de Greenwich que tenía que construir un eje nuevo, utilizando el roto como modelo. La parte demandada retraso negligentemente el transporte varios días, y la parte demandante le reclamó 300 libras, en concepto de beneficios dejados de obtener con el molino a causa del retraso. En primera instancia, el juez dejó la cuestión al arbitrio del jurado, que estimó en parte la pretensión; pero los demandados apelaron con éxito, en reclamación de un nuevo juicio por falta de adecuadas instrucciones al jurado. ALDERSON B. fijó así los principios en los que el juez tendría que instruir al jurado en el nuevo juicio.

“Pensamos que la regla apropiada en un caso como el presente es ésta: cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados equitativa y razonablemente, consecuencia natural —i. e., con arreglo al normal discurrir de las cosas— de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo.

---

(137) Otros datos en TREITEL, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII (*Contracts in General*), cap. XVI (*Remedies for the Breach of Contract*) (1976). núms. 82 y ss., ps. 59 y ss.

Así pues, si las especiales circunstancias bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado fueron comunicadas por la parte demandante a la parte demandada, y conocidas de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato, que razonablemente contemplarían, sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato bajo esas especiales circunstancias, así conocidas y comunicadas.

Pero; si esas especiales circunstancias fueron, en cambio, completamente desconocidas por la parte que incumplió el contrato, sólo podría suponerse que, como máximo, ha contemplado la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente, y en la gran mayoría de los casos no caracterizados por ninguna circunstancia especial, de un tal incumplimiento de contrato. Porque, si las especiales circunstancias hubieran sido conocidas, las partes podrían haber proveído específicamente para el incumplimiento del contrato, mediante una cláusula especial relativa a la indemnización en tal caso; y sería muy injusto privarlas de esta oportunidad” (138).

---

(138) “Si hemos de aplicar los principios sentados más arriba al presente caso —continuó diciendo ALDERSON B.— encontramos que las únicas circunstancias comunicadas por la parte demandante a la parte demandada en el momento de contratar fueron que el objeto a transportar era el eje roto de un molino, y que la parte demandante era el molinero de dicho molino. Pero ¿hasta qué punto mostraban razonablemente esas circunstancias que los beneficios del molino iban a resultar impedidos por un retraso irrazonable en la entrega del eje roto por el transportista a un tercero? Supóngase que la parte demandante tuviera otro eje en su poder, instalado ya o instalándose en ese momento, y que sólo deseara reenviar el eje roto al ingeniero que lo fabricó; es claro que ello sería plenamente congruente con las mencionadas circunstancias y, sin embargo, el retraso irrazonable en la entrega no tendría efectos sobre los correspondientes beneficios del molino. O también, supóngase que, en el momento de la entrega al transportista, la maquinaria del molino hubiese fallado en otros extremos, porque, entonces, se seguirían los mismos resultados. Es cierto que, aquí, el eje fue enviado, efectivamente, para servir de modelo de uno nuevo, que la falta de uno nuevo fue la única causa del paro del molino, que la pérdida de beneficios se derivó efectivamente del no envío del nuevo eje en tiempo oportuno, y que esto se derivó del retraso en la entrega del roto para servir como modelo. Pero es obvio que, en la gran multitud de casos de molineros que envían ejes rotos a terceros en circunstancias normales, con toda probabilidad tales consecuencias no se habrían producido. Se sigue, por tanto, que la pérdida de beneficios que nos ocupa no puede ser considerada razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido contemplada equitativa y razonablemente por ambas partes, cuando celebraron su contrato. Porque esa pérdida, ni había derivado naturalmente del incumplimiento de este contrato en la gran multitud de tales casos que ocurren en circunstancias normales, ni las especiales circunstancias que, quizás, la habrían hecho una consecuencia natural y razonable de dicho incumplimiento de contrato fueron comunicadas a la parte demandada o conocidas por ella”.

No se trata de una casualidad. El proceso de derivación existente entre el artículo 1150° del Código Civil francés y las reglas establecidas en *Hadley v. Baxendale* ha sido explicado de manera convincente (139). El artículo 1150° francés fue el modelo del apartado primero del Artículo 1928° del Código Civil de Luisiana, del siguiente tenor (rev. 1825): “*When the debtor has been guilty of no fraud or bad faith, he is liable only for such damages as were contemplated, or may reasonably be supposed to have entered into contemplation of the parties at the time of the contract*” [*Lorsque le debiteur n’a été coupable d’aucune fraude ou mauvaise foi, il n’est sujet qu’aux dommages que les parties ont eu peuvent raisonnablement être supposés avoir eu en vue, au temps du contrat*]. En la página 67 de la segunda edición de la obra de Theodore SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages* (1852), de extraordinaria influencia en la doctrina y la jurisprudencia del *common law*, puede leerse: “En un reciente caso en Luisiana se dice, reconociendo la autoridad de POTHIER y TOULLIER, que la indemnización que una parte puede obtener a consecuencia del incumplimiento del contrato es la de aquellos daños que [...] puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por las partes al tiempo de contratar; y ésta es, quizá, la línea más definida que puede trazarse en la materia”. Sin olvidar que en 1806 se publicó en Londres una traducción de Evans del *Traité des Obligations* de POTHIER bajo el título *A Treatise on the Law of Obligations and Contracts*; que, desde 1802, existía una traducción de dicho *Traité*, realizada por F. Martín, editada en USA bajo el título *A Treatise on Obligations Considered in a Moral and Legal View*; que, en 1822, Best J. afirmó, en *Cox v. Troy*, que la autoridad del Tratado de POTHIER era “lo más elevada posible, cercana a la decisión de un tribunal de justicia en este país”; que, en 1835, fue “encarecidamente recomendado”, como manual para estudiantes, en la muy exitosa obra de Samuel WARREN, *A Popular and Practical Introduction to Law Studies*; y que fue reiteradamente citado por BLACKBURN en su clásica monografía sobre la compraventa en 1845. Todo lo cual nos da una buena imagen de lo extendido de las opiniones del jurista francés en el mundo anglosajón (140).

---

(139) Por KÖNIG, “Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung - zu Art. 82, 86, 87 EKG”, en LESER/VON MARSCHALL, *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer* (1973), ps. 80 y ss.; *vid.* también DANZING, “Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law”, *Journal of Legal Studies* 2 (1975), ps. 249 y ss.; SIMPSON, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law” *Law Quarterly Review* 91 (1975), ps. 273 y ss.

(140) Los últimos datos se han tomado de SIMPSON, “The Horwitz Thesis and the History of Contracts”, *University of Chicago Law Review* 46 (1979), p. 590;

Y tampoco fue causal el momento en que la “importación” por parte de la jurisprudencia anglosajona del criterio de imputación objetiva que nos ocupa tuvo lugar. Un momento en el que la nueva clase dominante precisaba de un Derecho cierto y previsible, que funcionase como un mecanismo de relojería. Un Derecho libre del arbitrio de los jurados, que permitiera a la ascendente clase empresarial calcular con la mayor exactitud posible las consecuencias jurídicas de sus decisiones económicas, y disponer así de una información necesaria para realizar certeramente sus análisis de costes-beneficios. Y un Derecho, también, que subsidiase indirectamente a las nacientes empresas de bienes y servicios, de finanzas todavía poco sólidas, limitando sus costes de responsabilidad contractual (141).

El criterio de imputación objetiva establecido en *Hadley v. Baxendale* ha sido confirmado, precisándolo, por la jurisprudencia posterior. Justamente se considera clásica la reformulación realizada por ASQUITH L. J. en el caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (1949) (142).

“1. Está bien establecido que la finalidad que gobierna a la indemnización de daños es la de poner a la parte cuyos derechos han sido violados en la misma situación, en la medida en que el dinero pueda hacerlo,

---

y CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON, *Law of Contract*, 11ª edic. (1986), p. 17.

(141) Además de los trabajos de DANZING y SIMPSON que acabamos de citar, *vid.* PATTERSON, “The Apportionment of Business Risks through Legal Devices” *Columbia Law Review* 24 (1924), p. 324, MCCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 138, ps. 564 y ss.; ATLYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), ps. 431 y ss.

(142) En este caso, la compañía demandante, titular de una empresa de lavandería y tintorería, decidió extender su negocio. A este efecto, y también al de poder obtener unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración, precisaba de una caldera para hervir el agua de dimensiones mayores que las de aquella que venía utilizando; algo nada fácil de conseguir a consecuencia de la guerra. La compañía demandada, una firma de ingenieros, se comprometió a conseguir para la demanda, y a poner a su disposición el día 5 de junio, una cierta caldera de las dimensiones requeridas, instalada en otro lugar; pero ésta caldera resultó dañada durante el traslado, y la entrega no pudo efectuarse hasta el 8 de noviembre. La demanda conocía la naturaleza de los negocios de la demandante, y que pretendía hacer uso inmediato de la caldera; pero ignoraba que esta tenía en perspectiva los mencionados contratos con la Administración. Se reclamó una indemnización por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra por la pérdida de los extraordinarios beneficios que habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que razonablemente podrían haberse obtenido desde junio a noviembre, de haberse dispuesto de una caldera mayor, por contratos de carácter ordinario.

que si sus derechos hubiesen sido respetados [...]. Esta finalidad, si implacablemente perseguida, le proporcionaría un completo resarcimiento de todo el perjuicio derivado *de facto* de un concreto incumplimiento, por más que improbable, por más que impredecible. Esto, al menos en materia de contratos, es considerado una regla demasiado dura. Por ello:

“2. En los casos de incumplimiento de contrato, la parte dañada sólo tiene derecho al resarcimiento de aquélla parte del perjuicio efectivamente causado que era razonablemente previsible, al tiempo de contratar, como susceptible de derivarse del incumplimiento.

“3. Que era, en ese momento, razonablemente previsible, depende de la información entonces poseída por las partes, o, en todo caso, por la parte que posteriormente incumple.

“4. A estos efectos, la información ‘poseída’ es de dos clases: una, imputada; la otra, efectiva. Se considera que cualquiera, como persona razonable, conoce el ‘ordinario discurrir de las cosas’ y, consecuentemente, qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la ‘primera regla’ de *Hadley v. Baxendale* (143). Pero a esa información, que quien incumple un contrato se entiende que posee, tanto si efectivamente es así como si no, puede tener que añadirse en un caso concreto la información que aquél realmente posea sobre circunstancias especiales fuera del ‘ordinario discurrir de las cosas’, de tal clase, que un incumplimiento en esas especiales circunstancias sería susceptible de producir un perjuicio mayor. Esa hipótesis hace que entre en juego la ‘segunda regla’, a fin de hacer también indemnizable el perjuicio adicional.

“5. Al efecto de que quien incumple el contrato sea responsable bajo cualquiera de las reglas, no es necesario que efectivamente se haya preguntado qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento. Como con frecuencia se ha hecho notar, en el momento de contratar las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Basta que, si hubiera considerado la cuestión, hubiese concluido, como una persona razonable, que el perjuicio en cuestión era susceptible de producirse [...].

“6. Ni, finalmente, para hacer un concreto perjuicio resarcible, necesita ser demostrado que, dado un nivel de información, la parte demandada, actuando como una persona razonable, pudiera prever que un incumplimiento conduciría necesariamente a ese perjuicio. Basta [...]

---

(143) Se habrá notado que la llamada “primera regla” de *Hadley v. Baxendale* coincide con la afirmación de POTHIER (múm. 161 de su *Traité des Obligations*) de que los daños intrínsecos, en cuanto ordinariamente previsibles, son, por principio, los indemnizables.

con que el perjuicio (o algún factor sin el cual no habría ocurrido) sea una 'seria posibilidad' o un 'riesgo real'. Por brevedad hemos empleado la palabra 'susceptible' ['liable'] de producirse. Posiblemente la expresión coloquial 'on the cards' indica el matiz de significado con alguna proximidad a la precisión".

El criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar ha triunfado también, en fin, en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. El artículo 82º de la *Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, dispone: "Si el contrato no se resuelve, la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato en que haya incurrido una de las partes comprende la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por la otra parte. Esa indemnización no excederá de la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener que la parte que haya incurrido en incumplimiento debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tenía o debiera haber tenido conocimiento, como posible consecuencia del incumplimiento de contrato" (144).

Y el artículo 74º de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, y a la que España se ha adherido por Instrumento de 17 de julio de 1990 (B.O.E. de 30 de enero de 1991), dispone, en la versión oficial en castellano: "La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo a debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrario" (145).

---

(144) Vid. también los artículos 86 y 87, y WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1976), Vor Artt. 82-89 EKG, Rdnr. 1. ss., esp. 53 y ss.

(145) Vid. también los artículos 75, 76.1 y 78, y HONNOLD. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (1982), §§ 403 y ss.; KNAPP, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), ps. 538 y ss.; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRLEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990), art. 74º, Rn. 1 y ss.



3. En el núm. 166 de su *Traité des Obligations*, se ocupó finalmente Pothier de la responsabilidad del deudor doloso:

“Los principios que hemos establecido hasta ahora no son de aplicación cuando es el dolo de mi deudor lo que ha dado origen a mis daños y perjuicios. En esta hipótesis, el deudor es responsable, sin distinción, de todos los daños y perjuicios que he sufrido, a los que su dolo ha dado lugar, no sólo los que he sufrido en relación con la cosa objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños y perjuicios que he sufrido en relación con mis demás bienes, sin que haya lugar a distinguir y discutir en este caso si cabe considerar o no que el deudor los asumió: porque aquél que incurre en dolo se obliga, *velit, nolit*, a la reparación de todo el mal que ese dolo causará, *Molin. Ibíd.* núm. 155.

“Por ejemplo, si un tratante me ha vendido una vaca que sabía estaba infectada de una enfermedad contagiosa, y me ha ocultado ese vicio, este ocultamiento constituye dolo por su parte, que le hace responsable del daño que he sufrido, no sólo en la vaca misma, sino también en todos mis otros animales a los que esta vaca ha contagiado; 1. 13 ff. *de act. empt.*: porque es el dolo de ese tratante lo que me ha causado todo ese daño”.

Pero, tras dejar patente con las citadas palabras que, en los supuestos de incumplimiento doloso, no cabe aplicar la distinción entre daños previsibles al tiempo de contratar (de ordinario, sólo los intrínsecos), y daños imprevisibles en dicho momento, no resarcibles éstos en caso de incumplimiento no doloso, escribió POTHIER:

Núm. 167: “Por lo que se refiere a otros daños que he sufrido, que son una consecuencia más alejada e indirecta del dolo de mi deudor, ¿será este responsable? Por ejemplo, si, continuando con el mismo supuesto, el contagio que se ha comunicado a mis bueyes por la vaca que me he sido vendida me ha impedido cultivar mis tierras, el daño que he sufrido por el hecho de que mis tierras han permanecido sin cultivar parece también una consecuencia del dolo del tratante que me ha vendido la vaca apestada; pero se trata de una consecuencia más alejada que la que he sufrido en mis animales por efecto del contagio: ¿responderá al tratante de este daño? ¿*Quid*, si la pérdida que he sufrido en mis animales, y el daño que me ha causado por la falta de cultivo de mis tierras, me han impedido pagar mis deudas, y mis acreedores han embargado y vendido mis bienes a bajo precio? ¿responderá también el tratante de este daño? La regla que creo que debe seguirse en esta hipótesis es que no deben comprenderse, entre los daños y perjuicios de los que el deudor es responsable por razón de dolo, los que además de consecuencia alejada, no son consecuencia necesaria de aquél, y pueden tener otras causas [...]”.

No puede caber la menor duda de que fue la opinión de POTHIER en el texto que acabamos de transcribir la que quiso consagrarse al

disponer en el artículo 1151º del Código Civil francés que, incluso en el caso de dolo, el deudor sólo responderá de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por el acreedor, en la medida que sean “*une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention*”. Y no puede haber ninguna duda, por consiguiente, de que, a la luz de sus antecedentes, la distinción entre daños “inmediatos y directos” y daños “mediatos o indirectos” en modo alguno puede ponerse en relación con la distinción entre daños intrínsecos —categoría mucho más restringida que la de los daños inmediatos y directos— y daños extrínsecos.

Así lo explicaron, con toda claridad, los exégetas franceses (146), criticando con los textos de POTHIER en mano el desliz en que incurrió BIGOT-PRÉAMENEU cuando, al exponer los motivos del citado artículo 1151, dijo, confundiendo los daños directos con los daños intrínsecos: “No sería justo extenderla [la indemnización de daños y perjuicios] a pérdidas o ganancias que no fuesen una consecuencia inmediata y directa de dicho incumplimiento. Así, no se debe tener en cuenta más que el daño sufrido en relación con la cosa o hecho que era objeto de la obligación, y no aquéllos que el incumplimiento de esta obligación hubiera causado además al acreedor en sus otros negocios u otros bienes” (147).

Lo que conviene tener claro, al menos por estas razones:

a) Probablemente bajo la influencia del ALR prusiano, los pandectistas alemanes entendieron la distinción entre daño inmediato y daño mediato como un trasunto de la distinción romanista entre daños *circa rem* y *extra rem* (148); no pudiendo extrañar, entonces, que los redactores del BGB rechazasen un criterio de imputación como el de “lo inmediato o no” de los resultados dañosos (149), que, en el sentido en que ellos lo entendían (que no como lo entendió POTHIER, y debe entenderse en el Código Civil francés), limitaba excesiva e injustificadamente la responsabilidad del deudor.

---

(146) Por todos, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon Traité des contracts ou des obligations conventionnelles en général*, 3ª edic. (1878), XVI, núms. 295 y ss., ps. 354 y ss.

(147) Vid. FENET, *Recueil...*, XIII (1827, reimp. 1968), p. 233.

(148) Véase la nota 7 de éste Apéndice; WINDSCHELD-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª edic. (1906), II, § 258, ps. 60 y ss.; DERNBURG, *Pandekten*, 3ª edic. (1892), § 45, ps. 122 y ss.

(149) Vid. los *Motive zum Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich*, II (1888), p. 18.

b) En la doctrina italiana se ha escrito, con error de bulto: “No me parece que pueda dudarse en reconocer en la distinción romanística entre daños *circa rem* y daños *extra rem* la raíz histórica y a la vez racional de la moderna distinción entre daños directos e indirectos, acogida por primera vez *expressis verbis* en el artículo 1151º del Code Napoleón” (150). Desde esta premisa, no puede sorprendernos que un importante sector de la doctrina italiana, y en general la jurisprudencia, hayan sentido la necesidad de corregir la letra del artículo 1223º del Código Civil italiano (con precedente en el art. 1229º C.C. de 1865, traducción literal del art. 1151º francés), a fin de evitar la exagerada limitación de la cuantía indemnizatoria a la que erróneamente se cree que conducen las palabras “in quanta ne siano conseguenza immediata e diretta” (151).

c) Y sobre todo, porque quizá pueda servirnos de ayuda para tratar de entender la historia de una norma literalmente tan absurda como la del párrafo segundo del artículo 1107º C.C., y en la búsqueda de una sensata interpretación correctora de la misma.

Si comparamos el sistema de criterios de imputación objetiva del daño contractual de los Códigos Civiles francés y español, veremos que, en aquél, el deudor no doloso únicamente responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1150º), que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato (art. 1151º); y el deudor doloso responde de todos los daños que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (art. 1151º). Mientras que, en nuestro Código, el deudor no doloso únicamente responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1107.I.1.ª), que sean consecuencia necesaria del incumplimiento (art. 1107.I.2.ª); y el deudor doloso responde de todos los daños que “conocidamente se deriven” del incumplimiento (art. 1107.II).

Si se acepta que la expresión “consecuencia necesaria” de nuestro artículo 1107. I es equivalente a la expresión “consecuencia inmediata y directa” de los Códigos francés e italiano, no existe diferencia por lo que a la responsabilidad del deudor no doloso respecta. Pero la regla que, literalmente interpretado, parece sentar el artículo 1107.II —la de que el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben

---

(150) Así, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile* (1960), p. 43. En el mismo sentido, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª edic. (1979), I, ps. 220 y 233 y ss.

(151) *Vid.* por todos DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, en “Giurisprudenza sistematica civile e commerciale UTET” (1970), ps. 419 y ss.

conectados causalmente con la falta de cumplimiento, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones—, es un despropósito injustificable y sin parangón alguno en el Derecho comparado; porque no de otro modo cabe calificar el poner a cargo del deudor doloso daños que, conforme a los criterios de la “adecuación”, el “riesgo general de la vida”, la “prohibición de regreso”, la “provocación”, etc., no puedan ser considerados objetivamente imputables al incumplimiento doloso, por más que este haya sido “condición contingentemente necesaria (*condicio sine qua non*)” del acaecimiento de los mismos.

El origen del artículo 11° 07.II C.C. se halla en el artículo 1016° del Proyecto de 1851, donde, tras disponerse que “en el resarcimiento de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que fueren *consecuencia inmediata y necesaria* de la falta de cumplimiento del contrato”, se añadía que “en caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido *conocidamente ocasionados* por él”.

Dos cambios fundamentales, por tanto, respecto las normas del Código Civil francés. Uno, al que ya nos hemos referido, así como al muy débil argumento ofrecido para él por GARCÍA GOYENA, la eliminación de la limitación del *quantum respondatur* del deudor no doloso a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar. Y otro, la supresión, para el caso de incumplimiento doloso, del límite de las consecuencias inmediatas y directas. Sobre el que escribió GARCÍA GOYENA:

“En este segundo párrafo nos apartamos también del art. 1151° francés, y damos mayor extensión a la responsabilidad; la citada ley del Código [se refiere a la Ley única, C. 7, 47, 1, más arriba transcrita] no ponía tasa o coto a ella en los delitos.

“Bastará, pues, que el daño haya sido *conocidamente ocasionado* por el dolo, y que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata e inevitable”.

Naturalmente, el hecho de que la citada ley de *Codex*, que fijaba para el *id quod interest* el límite máximo del doble del valor de la prestación, no fuese aplicable a los incumplimiento dolosos, en modo alguno implica que en éstos tuviera el deudor que responder de todos los daños de los que el incumplimiento fuese condición *sine qua non*.

A mi juicio, el despropósito de GARCÍA GOYENA sólo puede comprenderse desde una de estas dos hipótesis, o desde una combinación de ambas:

Dicho autor interpretó erróneamente las palabras “*une suite immédiate et directe*” del artículo 1151° del Código Napoleón, por creer

que conllevaban considerar indemnizables sólo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19, 1, 21, 3. En efecto, en sus glosa al artículo 1016° del Proyecto del 1851, escribió GARCÍA GOYENA que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés “se hallan reemplazadas por la de “consecuencia inmediata y necesaria” que parecen equivaler a las de la Ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*” (¿leería GARCÍA GOYENA la exposición de motivos del Código Civil francés de BIGOT-PRÉAMENEU, cometiendo el mismo error que éste?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanas les pareció tal, incluso para el deudor no doloso.

GARCÍA GOYENA partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado peor que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código Civil francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate et directe* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso).

Como ya indicamos, en el artículo 1124.I del Anteproyecto 1882-1888 volvió a acogerse, para el deudor no doloso, el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar. Pero el artículo 1124.II rezaba así: “En caso de dolo le serán exigibles todas las (*sic*) (152) que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación”. Se mantenía, por tanto, la absurda regla del Proyecto de 1851, remachándola, incluso, con el adjetivo “todas”. ¿Por qué no se volvió también a este respecto al sensato criterio de los artículos 1151° del *Code* y 1129° del Código Civil italiano de 1865? ¿Seguiría acaso pesando el error que atribuimos a GARCÍA GOYENA en la primera de las hipótesis antes avanzadas?

El artículo 1107° C.C. sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras “y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”.

---

(152) El sujeto implícito de esta oración parecer ser “consecuencias dañosas”; pero el párrafo primero del artículo hablaba de “los daños y perjuicios”.

Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

Partir de que la expresión “consecuencia necesaria” del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras “todos los que conocidamente se deriven” del párrafo segundo del artículo 1107º como “todos los que sean consecuencia inmediata y directa”, en el sentido de los artículos 1151º del Código Civil francés y 1223º del vigente Código Civil italiano.

O mantener que, cuando el artículo 1107.II C.C. dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que “conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”, no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento, entendida ahora esta expresión como equivalente a la “consecuencia inmediata y directa” de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es sólo porque armoniza nuestro Código con las más características de la “familia latina”, también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso.

# INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Jorge MOSSET ITURRASPE (1)

1. Nuestro tema, el de la responsabilidad contractual, brinda una primera sorpresa, o si se quiere una paradoja: no es para la mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera, (2) una cuestión “propia de los contratos”, sino de “las obligaciones”; (3) es allí donde la mayoría de los Códigos se ocupan del “incumplimiento” y de la responsabilidad por los daños originados (4). Es también lo que acontece en nuestro de-

---

(1) Profesor de Derecho Civil en las Universidades Nacional de Buenos Aires y en la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

(2) VISINTINI, G., *Tratado de la responsabilidad civil*, C.I. Ed. Astrea, Bs. As. 1999, p. 87— recuerda que en Italia “la regla general se lee en el artículo 1218° del Código Civil, bajo el acápite “Responsabilidad del deudor”, inserto en el Libro IV, en la parte dedicada a las “Obligaciones en general”. Lo mismo ocurre en el Código Civil uruguayo, artículo 1342, ubicado en la Sección II: “De las obligaciones de hacer o de no hacer”. No es igual la solución francesa, puesto que la disciplina correspondiente está inserta en el contexto del *Titre III, “Descontrats ou des obligations conventionnelles”* y de ahí que para la doctrina de aquél país la responsabilidad contractual se restringe al incumplimiento de una obligación nacida de un contrato (STARCK, CARBONNIER, MALAURIE-AYNES, entre otros). En el *Common Law* falta una parte general dedicada a las obligaciones y el sistema se basa en la distinción entre *Law of Contract* y *Law of Torts*.

(3) Ello explica que buena parte de la doctrina nacional analice la cuestión en las obras dedicadas “a las obligaciones” (LLAMBÍAS, TRIGO REPRESAS, PIZARRO-VALLESPINOS, entre otros) en ocasión de tratar el incumplimiento obligacional; y que, por lo demás, las obras sobre “contratos” se limiten a una escueta referencia (MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 418; ALTERINI, *Contratos*, ps. 591 y ss.).

(4) Sin embargo otro sector de la doctrina reivindica el ámbito contractual para el tratamiento de la responsabilidad nacida de su incumplimiento y esas obras incluyen un estudio detenido del negocio jurídico —contrato y de sus efectos (JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid 1987; GAMARRA, J., *Responsabilidad Contractual*, 2 tomos, Ed. Fundación de la cultura universitaria, Montevideo 1996; BESSONE, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1975;

recho, a partir del artículo 511° del Código Civil, siguientes y concordantes. En la parte de los contratos, en general, nos encontramos con los artículos 1197° y 1198°, que se ocupan de los “efectos” del contrato, más que de la responsabilidad por el incumplimiento; y algo similar ocurre en el tratamiento de los contratos en particular. En cambio, al ocuparse de las especies de obligaciones: de dar, hacer y no hacer, se reiteran normas que sí son propias de la cuestión que nos preocupa (5).

Y una segunda sorpresa se desprende de la inclusión “dentro de la responsabilidad contractual”, de las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación, sea cual fuere su causa fuente: la Ley, las costumbres, la voluntad unilateral. Incumplir una obligación legal no hace nacer los efectos de la responsabilidad aquiliana o por los ilícitos, sino los propios de la denominada “responsabilidad contractual” (6).

De donde, es dable afirmar con GAMARRA: “que la responsabilidad contractual se genera por el incumplimiento de una obligación” (7).

Para otro sector de la doctrina, la calificación más correcta para aludir a las consecuencias del incumplimiento es la de “responsabilidad del deudor” (8).

---

BUERES, J., *La responsabilidad contractual objetiva*, JA, 1989-II-964; GLARDINA, F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano 1993; VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli 1979; SANTORO, H., *La responsabilità contrattuale*, Padova 1992; RODIERE, R., *Responsabilité contractuelle*, Ed. Dalloz, París 1975, entre otros).

(5) En las obligaciones de dar, el artículo 576° y conchs. En las de hacer, el artículo 628°, siguientes y concordantes; y en las de no hacer, el artículo 633.

(6) En la doctrina mayoritaria hay coincidencia en el sentido de la impropiedad o inexactitud que implica hablar de “responsabilidad contractual” cuando abarcamos o comprendemos todas las obligaciones, cualquiera sea su fuente, aunque no hayan nacido de un contrato. Se justifica, dice VISINTINI, “por considerar que la problemática más rica se refiere a la violación de las obligaciones que derivan del contrato, sea por un proceso de imitación del derecho francés...”. Empero, nos parece razonable distinguir, como consecuencia de lo apuntado, una responsabilidad contractual “propia” —por existir contrato— de otra “impropia”, por tratarse de una obligación emanada de otra fuente. Remitimos a MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños*, t. I, Parte General, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 500 y ss.

(7) Desde nuestra óptica la fuente contractual de la obligación incumplida le otorga particularidades que son de mucha importancia y trascendencia. No se trata de una “obligación aislada”, sino de otra, que integra un negocio, que se interpreta contextualmente, etc. Volveremos sobre esta cuestión acerca de la relevancia del “marco contractual”.

(8) VISINTINI, ob. cit., *Tratado de la responsabilidad*, t. I p. 89; recuerda la opinión coincidente de MENGONI, para quien lo más importante es el incumplimiento de la obligación derivada del contrato. En el “trattato” de RESCIGNO —*Trattato di*



También es dable recordar, en esta primera aproximación, que para una “antigua doctrina” —que aún concita adherentes— con fuerte vigencia en el siglo XIX, la responsabilidad contractual carece de “autonomía”: se la concibe como un mero “efecto” de la obligación primitiva, generada por el contrato; el incumplimiento no es fuente de obligación, ya que la obligación existía previamente y se originaba en el contrato. De donde, afirman, “cuando el deudor resarce los daños no hace otra cosa que cumplir la obligación primitiva” (9). Por esta vía explicativa “el incumplimiento viene a perder relevancia: no origina una situación distinta de la obligación primitiva y ni siquiera es un hecho ilícito” (10).

Pensamos que no es así: que la responsabilidad contractual es fuente de obligaciones: que el incumplimiento tiene un protagonismo central; que ese incumplimiento genera un hecho ilícito y que se sanciona con el nacimiento de la obligación *indemnizatoria* (11).

Lo más grave de la tesis “tradicional” es que distancia o separa los dos regímenes de responsabilidad —dentro de una responsabilidad única; (12) como afirma GAMARRA, con todo acierto, “la secuencia “incumplimiento-obligación resarcitoria” inaugura un fenómeno de responsabilidad en términos paralelos al que se presenta en la esfera extracontractual” (13).

---

*Diritto Privato*— t. 9, Ed. UTET, Torino 1984—, el tema de la responsabilidad contractual está considerado en la parte dedicada a “las obligaciones”, bajo el título “*l’inadempimento delle obbligazioni*”, ps. 153 y ss.

(9) Han sido sus defensores: BAUDRY, PLANIOL-RIPERT, entre otros; en esa misma doctrina francesa, la tesis de la “obligación nueva”, nacida del incumplimiento del débito, es sostenida por BRUN, MAZEAUD-TUNC, CHABAS, MARTY-RAYNAUD, entre otros.

(10) En la doctrina uruguaya, el debate enfrenta a GAMARRA, partidario de la obligación nacida del ilícito, con PEIRANO FACIO, que adhiere a la tesis clásica.

(11) GAMARRA, ob. cit., t. I, ps. 11 y ss.

(12) Desde siempre hemos bregado por la “unidad de la responsabilidad civil por daños”; en el t. I, Parte General, de Responsabilidad por Daños, p. 499, mencionamos como “nuestra conclusión”: “Volvemos al principio. La simplificación de los Códigos está en el signo de los tiempos. La claridad de las leyes, para asegurar su eficiencia, su aplicación a la vida real, es otra aspiración que logra consenso. Con una y otra comulga la clasificación de los ámbitos de responsabilidad: igual indemnización por un daño igual; similar facultad judicial moderadora; prescripción única y tribunales únicos; automaticidad de la mora; tratamiento parejo de las cláusulas limitativas; avance de los factores objetivos sobre los subjetivos, etc.”.

(13) GAMARRA, ob. cit., t. I, ps. 12 y ss. Vale decir que se dejan de lado supuestas diferencias que son en rigor inexistentes y, por ése camino, se trabaja por el acercamiento de los ámbitos y, además, por una mejor comprensión del fenómeno.

La ilicitud, la imputación, el perjuicio, y la relación de causalidad, son elementos comunes, persiguen un mismo fin y cumplen la misma función (14).

Empero, la “responsabilidad contractual”, que denominamos propia, nace de un contrato, aunque no solo de él; no es simplemente un efecto del contrato, ha menester del incumplimiento; incumplimiento de una relación de deuda, que impide la satisfacción del contratante — acreedor (15).

Ese contrato, que incumplido origina la responsabilidad, debe ser:

1. un negocio existente, celebrado, provisto del “*animus negotii contrahendi*” (16);
2. acuerdo válido, perfeccionado conforme a derecho, provisto de todos los elementos esenciales (17);
3. del cual nace la obligación, una o varias, expresamente pactadas o implícitas o virtuales (18);

---

(14) Lo iremos viendo a lo largo del estudio, dedicada precisamente al examen de éstas cuestiones; nosotros hemos agregado siempre el elemento “autoría”, por entender que se parte de allí, del causante del hecho ilícito; la imputación — que buena parte identifica con la autoría— es un “plus”, que lleva a la doctrina nacional a hablar de los “factores” subjetivos y objetivos, se puede ser “autor” y no ser imputable y, por lo demás, ser imputable de un daño —como acontece por el principal— sin haber sido el autor.

(15) Y a partir del incumplimiento se abren las vías: para perseguir el cumplimiento forzado por sentencia judicial; para reclamar la resolución del contrato incumplido y, sin perjuicio, de la resolución, accionar por los daños del incumplimiento definitivo o del incumplimiento temporal, desprendido de la situación de morosidad.

(16) MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, ob. cit., p. 418; la doctrina discute si el transporte benévolo o desinteresado es configurativo de un contrato, por mediar acuerdo de partes, o no lo es, por faltar ese ánimo negocial, creador de obligaciones. Piedecabras, M., “Transporte benévolo”, en *Revista de Derecho de Daños*, núm. 2, p. 137 T. ss., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1998.

(17) Un contrato nulo origina solo responsabilidad precontractual o aquiliana.

(18) El contrato es fuente de obligaciones: dar, hacer y no hacer; ellas pueden estar expresamente pactadas o desprenderse implícitas o virtuales de las bases negociales, objetiva y subjetiva, artículo 1198° del Código Civil, que alude a la buena fe y reemplaza al artículo 1198, de la redacción originaria que mencionaba: “a qué obligan los contratos”.

4. incumplida o insatisfecha, por el contratante deudor, con daño para el cocontratante acreedor (19).

Insistiendo en una visión de la responsabilidad desde la obligación, GAMARRA “deslinda tres fases en su desenvolvimiento: a) relación de deuda, que puede terminar por el cumplimiento voluntario; (20) b) fase del incumplimiento, que genera la obligación de resarcir los daños que cause éste acto ilícito e inicia, a la vez, la relación de responsabilidad; (21) y, dentro de ésta relación pueden ocurrir: la “reintegración en forma específica y coactiva, mediante la ejecución forzada”, o la reparación por medio de una suma de dinero (22).

Se trata entonces de un ámbito de responsabilidad específico, donde campean el débito o relación de duda, y la relación de la responsabilidad. En lo “aquiliano” se tiene solamente la relación de responsabilidad (23).

Los contratos nulos quedan afuera de este ámbito y regidos por la responsabilidad extracontractual; los anulables, a partir de la sentencia que los invalida (24).

---

(19) El incumplimiento, sobre el cual nos detendremos con largueza, constituye un obrar antijurídico, un ilícito; el artículo 1197º manda respetar los contratos como la Ley misma; de donde faltar a la palabra empeñada en el negocio es, a la vez, violación de la norma legal y del compromiso obligacional. Empero, ese incumplimiento debe ser dañoso y ese perjuicio demostrarse, de lo contrario no se configura responsabilidad.

(20) Denominado “pago”: “[...] es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar”, artículo 725º Código Civil.

(21) GAMARRA, ob. cit., p. 18, con cita de GIORGLANNI: la responsabilidad “es la inmediata y automática consecuencia del incumplimiento del deudor e importa el nacimiento de una nueva obligación”.

(22) JORDANO FRAGA alude “a las reglas de la responsabilidad-exoneración”, como las “dos caras de una misma moneda que se explican recíprocamente una por la otra”. Es interesante, en su “Introducción”, la referencia a “que la responsabilidad del deudor no cumplidor se conecte, verificada la infracción de su deber, a la estricta subsistencia de la obligación que es su fundamento último”, ob. cit., p. 21.

(23) Agrega JORDANO FRAGA: “De éste modo, la técnica garantista (responsabilidad con conjunto de garantías para el acreedor) nacida en el ámbito contractual, se extiende en un área de la responsabilidad extracontractual cada vez más importante...”; antes nos ha dicho que “se ha pasado de la técnica legislativa de la prohibición y de la sanción, que postulaban, como necesario presupuesto de la afirmación de la responsabilidad, la culpa, a una técnica legislativa de permisión, más adecuada a las nuevas exigencias económico-sociales, que tiene como lógica contrapartida la afirmación de la responsabilidad objetiva unida a la idea de riesgo”.

(24) MANZINI, en la doctrina italiana, anticipa que el resultado de la evolución, hacia la unificación de los ámbitos pasando por la ampliación “de lo contractual”,

La función de “defensa del crédito” aparece como innegable y de rasgos fuertes. Los contratos “se hacen para ser cumplidos”, lo cual equivale a decir “satisfechas las prestaciones prometidas: dar, hacer o no hacer” (25).

El contrato válido debe producir sus efectos —ser eficaz; lo prometido debe ser exigible, puesto que de no serlo no podría hablarse de incumplimiento (26).

Y, finalmente, la relación negocial o contractual, no obsta a que durante su vigencia una o ambas partes sufran daños y que éstos perjuicios padecidos no se vinculen al contrato, sean ajenos al mismo, causados con motivo o en ocasión de semejante relación (27).

Cerramos el párrafo con una cita de JOSSEAND: “el contrato desarrolla efectos antiguamente insospechados y su dinamismo se acrecienta sin cesar; se ven hoy contratos allí donde antes, y en lo que concierne a una relación determinada, no se veían más que terceros”. Basta pensar, para darle la razón al jurista francés, en los denominados contratos vinculados, relacionados o conexos, sin perjuicio de la contratación “de hecho” o a partir de una conducta social típica (28).

2. Esta segunda parte, apunta a enriquecer la visión inicial o introductoria, con la mirada puesta en el enfoque “tradicional”, que se ha hecho de la “responsabilidad contractual” desde el derecho de las obligaciones.

---

lleva a incluir dentro de lo contractual “la violación de los deberes de protección o seguridad, y, además, el apartamiento de los deberes impuestos por la buena fe, en la etapa de las tratativas, pues se trata, afirma, de “una obligación legal” —artículo 1198° Código argentino— preexistente.

(25) Mientras la exposición clásica del tema, desde el “Derecho de las obligaciones”, contemplaba la situación del deudor —y de ahí la exigencia de la culpa más reciente lo observa desde la situación del acreedor, desde su derecho a la satisfacción de la acreencia.

(26) Tanto el “incumplimiento material” como el “incumplimiento imputable” se predicen desde el deudor, desde su obrar; es, en nuestra opinión, el tema “de la autoría”. Mientras el contrato tenga detenidos o suspendidos sus efectos, por la condición o el plazo, no puede hablarse de incumplimiento en sentido técnico.

(27) La relación o vinculación contractual no “absorbe” o permite calificar como contractuales a todos los daños que en ese lapso y en ocasión del negocio pueda causar una parte a la otra. Un ejemplo clásico es el de las lesiones nacida de disputas entre los celebrantes del acuerdo.

(28) JOSSEAND, L., *Le contrat dirigé*, Ed. Dalloz, París 1933; del mismo jurista: *Tendances actuelles de la theorie des contrats*, Ed. Dalloz, París 1937.

LLAMBÍAS, en su conocido *Tratado* —T. I, Capítulo VI— (29) se ocupa de los “efectos anormales de las obligaciones”, efectos subsidiarios o accidentales, que “son las consecuencias de éstas que conciernen a la satisfacción del derecho del acreedor por vía de sucedáneo. En defecto de la prestación debida, el ordenamiento jurídico provee al acreedor de los medios de agresión patrimonial contra el deudor, conducentes al restablecimiento del equilibrio que el proceder indebido de éste ha venido a romper. Mientras la ejecución de la obligación estaba pendiente, el acreedor contaba en su patrimonio con un valor X correspondiente al beneficio de la prestación esperada. Pero la inejecución del deudor ha hecho fracasar esa expectativa y con ello ha menoscabado el patrimonio del acreedor que no solo no se ha beneficiado con el incremento que representa el valor de la prestación incumplida, sino que hasta ha podido incrementar un perjuicio adicional, consistente en la frustración de una ganancia que él habría concretado si el deudor hubiera cumplido en tiempo propio”.

Luego de esta introducción —con la cual no podemos discrepar— el eminente jurista capitalino avanza —además de citar los artículos 505, inc. 3ro y 519 (30)— con la afirmación del “carácter subsidiario” de los daños y perjuicios. Y aquí comienzan las diferencias:

1. “carácter subsidiario” significa tanto como que el indemnizar los daños forma parte de la “obligación originaria”, nacida del contrato; es un “sucedáneo” de la misma (31);

---

(29) Comenzamos con el comentario de la obra de LLAMBÍAS por ser éste un jurista de gran prestigio que ha orientado a generaciones de abogados. Nuestras disidencias no empecen el respeto que sentimos por su obra. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Obligaciones, t. I, ps. 109 y ss., Ed. Perrot, Bs. As., 1967.

(30) Artículo 505º, inc. 1ro.: “Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 1. Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado...”. Artículo 519: “Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya causado y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo”. Antes, el inc. 3ro del 505 nos ha dicho que: “Para obtener el deudor las indemnizaciones correspondientes”; aparece como un efecto de la obligación incumplida.

(31) La más moderna doctrina, tanto en Francia (VINEY) como en Italia (NICOLÓ, FORCHIELLI, GIORGLANNI) considera que en el presente se entiende que la responsabilidad contractual no es simplemente un efecto del contrato, ya que, como en la extracontractual, nace una nueva obligación, la de reparar el perjuicio. Para ROPPO, lo que se realiza en el patrimonio del deudor no es la prestación originariamente debida ni su equivalente económico, sino el equivalente económico del daño producido por el incumplimiento, que constituye el objeto de la diversa obligación resarcitoria. ROPPO, “Responsabilità patrimoniale”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, Milano, 1988. También CARNELUTTI ha terciado en el debate, afirmando

2. no hay, por ende, una obligación nueva, frente al incumplimiento contractual y nacida de ese hecho (32);
3. se deja de lado que la fuente del daño a reparar sea un ilícito, del cual se origina una obligación nueva o distinta (33);
4. y todo ello “minimiza” el incumplimiento, le quita relevancia y conduce a efectos inconvenientes (34);
5. es, en suma, la tesis “tradicional”, propia de la doctrina francesa mayoritaria, que la doctrina moderna tiende a superar (35).

Y de ese carácter “subsidiario”, que impugnamos, desprende una serie de consecuencias:

---

que “la obligación indemnizatoria es una especie de obligación con caracteres propios, diversa de la obligación originaria, de la cual se puede distinguir por su causa y objeto”. CARNELUTTI, *Diritti e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova 1927. Se trata de una “deuda de valor”.

(32) Se señala, en consecuencia (GAMARRA), que la tesis tradicional, “oscurece un fenómeno capital en el desenvolvimiento dinámico del vínculo obligatorio”. Y, además, que “por ésa vía, el incumplimiento pierde la posición relevante que legítimamente le corresponde, y es confundido con la culpa o absorbido por ella. Se recuerda que LAURENT se pregunta: ¿Cuándo el deudor incurre en daños y perjuicios?. Y contesta “cuando hay culpa”. Observamos algo similar en LLAMBÍAS, que centra la responsabilidad contractual en la culpa.

(33) El ilícito aparece desconocido, poco menos que ignorado. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS —*Derecho de las Obligaciones*, t. I, p. 139, Ed. Platense, 1969— señalan como “requisitos para la ejecución indirecta” (así al denominan): a) Inejecución absoluta o relativa de la prestación; b) mora, para el caso de inejecución relativa; c) imputabilidad, o sea que el incumplimiento se deba a culpa o dolo del obligado; y, d) daño causado. Más adelante, al mencionar el “fundamento jurídico de la indemnización de daños”, aluden a un “pacto accesorio tácito” (COLMO y “la mayoría de los autores”) y a la justicia (LARENZ y LAFAILLE). En nota, como opinión aislada (GIORGI) recuerdan “la ilicitud que importa la inejecución imputable”.

(34) No sería ya el incumplimiento la base de la responsabilidad; la razón de ser se busca en la culpabilidad y la eximente o exoneración en la “falta de culpa”. Lo reiteramos.

(35) Son muy interesantes las apreciaciones que sobre el particular se encuentran en la obra de MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, T. I, Teoría General del Incumplimiento, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1967; luego de recordar el debate, en particular la opinión de los MAZEAUD —fervientes defensores de la unidad contractual y delictual de la responsabilidad civil, sea “que derive de un acto ilícito o del incumplimiento de un contrato”— concluye: “Nosotros no pensamos así la transformación o conversión de la relación obligatoria inicial en el pago de daños y perjuicios por incumplimiento está, desde el origen, dentro de la relación contractual”. Comparte la opinión de PEIRANO FACIO, en la doctrina uruguaya.

a) “el acreedor no puede optar por la indemnización si es factible el cumplimiento específico de la obligación” (36). Es otra conclusión tradicional. Devenida del carácter subsidiario de la reparación de daños (37). La excepción para LLAMBÍAS —su obra es anterior a la reforma de la Ley 17.711, al art. 1204° sobre la resolución del contrato o pacto comisorio implícito —está dada “solo cuando la ejecución ‘in natura’ de la obligación carezca ya de interés para el acreedor”. Extremo que deberá demostrar. En cambio, para CAZEAUX TRIGO REPRESAS (38) las excepciones son plurales, numerosas, luego de la reforma e incluso en el Código originario.

Ocurre, en nuestra opinión, que mientras la solución criticada parte del efecto de la obligación, la ahora propuesta parte del efecto del contrato incumplido, la ilicitud. No caben dudas que es previo al reclamo de los daños “el salir del contrato”, lograr su extinción por la vía resolutive, pero ello no significa que la opción no exista: entre demandar por el cumplimiento específico o declarar o accionar por la resolución más los daños causados.

b) Continúa diciendo LLAMBÍAS: “En segundo lugar, lo que le está impedido al acreedor no puede ser impuesto por los tribunales contra

---

(36) Le niega el derecho, frente a la ilicitud, a optar: a elegir entre demandar cumplimiento forzado o demandar la reparación de los daños.

(37) En la doctrina tradicional, además de las posiciones ya mencionadas, encontramos la de BORDA: su criterio no está claramente expuesto, aunque parece coincidir con la tesis tradicional —*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* T. I, p. 53, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1998. Titula: “efectos anormales o subsidiarios”. Indemnización de daños. Y precisa: “En tales casos el acreedor tiene derecho a reclamar del deudor la indemnización de los daños, la que tiene carácter de subsidiario...”. Para ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA —*Derecho de Obligaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1995— en la “responsabilidad contractual se sustituye o se adiciona a la obligación preexistente, el deber de resarcir daños y perjuicios...”; alude al hecho ilícito y a la “obligación nueva”, solamente en la responsabilidad aquiliana. Vemos mucha diferencia con la tesis de la ilicitud contractual, defendida por WAYAR —*Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, p. 487, Ed. Depalma 1989: “Se deja a un lado, así, la concepción tradicional, que solo se ocupa del incumplimiento “culpable”, considerándolo como un aspecto parcial de la teoría de los “efectos anormales” de las obligaciones, haciendo depender de él las más graves consecuencias para el deudor, comprensivas tanto de la ejecución forzada como de la indemnización compensatoria de los daños y perjuicios. Pero ésta concepción olvida que el “incumplimiento”, sin adjetivación alguna, es un concepto objetivo, encuadrado en la teoría de la ilicitud... considerándolo con sustantividad y autonomía, se puede elaborar sobre él —incumplimiento— una teoría integral que con criterios y principios autónomos, permita una correcta descripción de esta figura y de sus consecuencias...”. Adherimos a estas afortunadas expresiones del jurista jujeño.

(38) Ob. cit., T. I, ps. 213 y ss.

la voluntad de aquel”. Se refiere a que si el acreedor opta por demandar cumplimiento forzado, no puede el tribunal imponerle solo una condena en subsidio. Pero lo grave es que se insiste, como argumento, en decir: “[...] no es legítimo sustituirle el objeto de la obligación por el resarcimiento correspondiente. Se olvida, insistimos, hablar de la ilicitud del incumplimiento, como fuente (39).

Finalmente, se agrega: “c) En tercer lugar, tampoco el deudor podrá sustituir la prestación debida mediante el pago de los daños y perjuicios, a menos de haberse reservado tal facultad...”. Coincidimos, pero discrepamos en las razones: el deudor que obró de manera contraria al Derecho, violando la Ley y el contrato, no puede, por sí y ante sí, “volviendo sobre sus actos”, contradiciéndose, pagar daños, cuya cuantía, por lo demás, desconoce (40).

Como “presupuestos” de la responsabilidad del deudor —para nosotros “contratante incumplidor”— menciona LLAMBÍAS:

1. incumplimiento del deudor (41);
2. imputabilidad del incumplimiento al deudor en razón de su culpa o dolo (42);
3. daño sufrido por el acreedor; y,
4. relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor.

---

(39) LLAMBÍAS menciona, más adelante, el “incumplimiento material” —el mero no cumplir con la prestación debida y el “incumplimiento imputable a culpa o dolo”; y la responsabilidad la hace depender exclusivamente de este incumplimiento imputable; al material lo califica como “materia de conducta en contravención a la exigida por la existencia de la obligación”. Su preocupación no se encuentra en la “defensa del crédito” o del derecho del acreedor, sino en que no se responsabilice a quien no merece un “reproche moral” o de conciencia.

(40) No se trata de dos vías expeditas; otra puede ser la situación, si se hubiera pactado una “cláusula penal”, como resarcimiento exclusivo o bien un pacto por el cual se cuantificaban los daños y se otorgaba la opción.

(41) Este presupuesto no tiene, en la versión de LLAMBÍAS —y de un sector importante de la doctrina nacional, que sigue sus huellas, de manera confesada o no— la importancia que otro sector de la doctrina, más reciente y menos atado a la “preocupación moral”, al reproche de la conciencia, que tanto atrae al jurista capitalino, le asigna.

(42) Y aquí, en este extremo o presupuesto estaba puesto el énfasis: la responsabilidad nacía de la culpa y sin culpa no había responsabilidad alguna; fuere cual fuese la prestación adeudada.



Para BUERES: (43) “En materia de incumplimiento de las obligaciones reina una llamativa anarquía —situación que parece absurda a esta altura del conocimiento jurídico— puesto que no se capta con claridad el objeto de las relaciones obligatorias (o, en todo caso, su contenido); el quid que conforma y el límite de la responsabilidad del deudor cuando se infringe el deber de prestación”. Y agrega: “Durante largo tiempo se entendió que la responsabilidad contractual descansaba en la culpa, como factor de atribución exclusivo. Sin embargo, hoy en día en nuestro país se acepta con mayores o menos alcances —según los diversos criterios— que la responsabilidad objetiva ocupa un sector significativo... (44)”. Y concluyendo su exposición agrega: “Un calificado sector de la opinión doctrinal entiende que el deudor responde por el simple hecho del incumplimiento o por el incumplimiento a secas (“tout-court”)(45).

Dejamos en este punto la exposición inicial o introductoria. Queda muy en claro, para nosotros, que:

A) Estudiar la responsabilidad contractual o nacida de un negocio jurídico, creador de derechos y deberes, no es lo mismo que considerar la mera o sola responsabilidad del deudor por el no pago del acreedor;

B) Sin perjuicio de ello, el análisis de la relación acreedor-deudor, propio del derecho de las obligaciones, y de cada una de las prestaciones, en particular: dar, hacer y no hacer; es básico en la materia;

C) El enfoque más reciente, de los últimos años, pone el acento en el elemento o presupuesto “incumplimiento”, desplazando al factor de

---

(43) BUERES, A. J., *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA, 1989-II-964; del mismo jurista: “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 7, “Responsabilidad contractual”, t. I, ps. 95 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

(44) BUERES, *El incumplimiento...*, ob. cit., p. 95; con cita de autores coincidentes y discrepantes.

(45) BUERES, ob. cit., p. 118, con cita en coincidencia de VISINTINI y FRANZONI. Comentando esta afirmación expresa BUERES: “Es cierto que en una primera aproximación y en un sentido alto es factible admitir que el deudor responde por cuanto es incumplidor. No obstante esto no explica la razón por la cual el ordenamiento adjudica el incumplimiento o el daño al infractor. Vale decir que la sola afirmación de que el incumplimiento es el único fundamento de la responsabilidad contractual deja imprejuizado el asunto del factor de atribución...”. Nos limitamos a anticipar que en nuestra opinión, ese factor es “el riesgo”, que el deudor contractual asume, al prometer la prestación; y siempre que no medien razones para interpretar que ese riesgo no ha sido asumido; que es lo que nos parece ocurre cuando el deudor contractual informa sobre dificultades y posibilidades de frustración.

imputación subjetivo, la culpabilidad, que era la preocupación central decimonónica y de la primera mitad del siglo XX;

A) Lo expuesto significa tanto como resaltar la trascendencia de la “autoría” —el hecho de incumplir— respecto de la “imputabilidad” —un posterior factor de atribución o plus respecto de ésta autoría;

B) Ocurre que la doctrina, autoral y judicial, tanto nacional como extranjera, muestra ahora su preocupación por la “defensa del crédito”, por la situación de quien tiene un derecho a ser satisfecho, y deja de lado la “mirada obsesiva” respecto del deudor;

C) Hay una marcada semejanza, sobre la base de éstos enfoques, entre la responsabilidad por los ilícitos y la responsabilidad contractual; también en materia de “ilícitos” el Derecho ha dejado de lado la consideración casi única del victimario y sus circunstancias, para atender a la víctima;

D) El incumplimiento, que es ahora el tema central, se considera un “ilícito” y ese hecho antijurídico es la fuente creadora de un deber de indemnizar los daños causados;

E) Y las eximentes o causas de justificación —insistimos— debe demostrarlas el contratante incumplidor, autor del ilícito;

F) Y, al menos en principio, no se ha de liberar, de su antijuricidad objetiva, con la pretensión de probar diligencia, actividad o esfuerzo (46);

G) Y su responsabilidad se deberá sancionar con una reparación integral o plena, de todas las consecuencias en relación de causalidad adecuada.

---

(46) Porque siempre hay de por medio, en la relación acreedor-deudor, la promesa de un “cierto resultado”: en un caso el llevar al pasajero al destino; en otro, procurar el bien prometido.

# RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: PARTES Y TERCEROS EN LA DOCTRINA JUDICIAL

Miguel PIEDECASAS (1)

**SUMARIO: 1. PARTES Y TERCEROS.— 2. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL ART. 1195º DEL CÓDIGO CIVIL.— 3. EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL Y EL ARTÍCULO 1195º DEL CÓDIGO CIVIL.— 4. EL FISCO COMO TERCERO.— 5. EL DERECHO LABORAL Y EL 1195 CÓDIGO CIVIL.— 6. TRANSACCIÓN Y ARTÍCULO 1195º DEL CÓDIGO CIVIL.— 7. EL DOMICILIO CONSTITUIDO Y EL ARTÍCULO 1195º DEL CÓDIGO CIVIL.— 8. ALGUNOS CASOS ESPECIALES.- 9. INOPONIBILIDAD Y FALTA DE ACCIÓN.— 10. COMPETENCIA.— 11. LAS “NUEVAS” PARTES Y EL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 24.240.— 12. LOS CONTRATOS CONEXOS.— 13. RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE TERCEROS.**

## 1. PARTES Y TERCEROS

La regulación de los efectos de los contratos, respecto de las partes y de los terceros, encuentra su norma fundamental en el art. 1195º del Código Civil. De esta norma se derivan una serie de principios y pautas que a continuación intentaremos sintetizar.

### a. Principios

- El presente artículo establece una serie de principios que son de aplicación general a toda clase de contratos, sin que ello signifique, que no puedan existir normas y situaciones especiales, que los excepcionen o modifiquen.
- El contrato produce efectos entre las partes (2).

---

(1) Profesor de Derecho Comercial en la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, Socio del Estudio Jurídico Miguel Piedecasas.

(2) CNCiv., Sala A, 25/11/2002, LA LEY del 11/12/2002; CNCiv., Sala E, 29/02/1996, LA LEY 1996-C, 608; CNCiv., Sala E, 13/12/1995, LA LEY 1997-D, 828; CNCiv., Sala E, 21/06/1995, LA LEY 1996-C, 771.

- El contrato en principio es inoponible respecto de terceros, consagrándose lo que se ha denominado el principio de “relatividad” de las convenciones, por aplicación de la máxima “*res inter alios acta*” (3).
- Los efectos activos y pasivos patrimoniales de los contratos se extienden a sus herederos y sucesores universales quienes deben respetar los deberes que surgen de tales actos jurídicos (4).
- Estos principios se aplican a toda clase de relaciones contractuales, alcanzando a algunas más complejas que las tradicionales como el seguro, las cláusulas de las compraventas internacionales, el transporte, entre otras, pero sin dejar de reiterar que en muchos casos existen normas especiales que los desplazan (5).
- Sin embargo debe considerarse que en la esfera de aplicación de la Ley de defensa del consumidor y frente a relaciones contractuales complejas o redes contractuales o contratos normativos, parece una materialización más flexible de estos principios, haciendo responsable frente al consumidor, según los casos, a la organizadora del plan, o del servicio de tarjeta, a la aseguradora, al productor, al concedente, al intermediario, al

---

(3) CS, 14/03/2000, DT 2000-B, 1421; CS, 20/04/1994, JA 1994-I, 534; CNCiv., Sala A, 16/11/1995, LA LEY 1997-A, 160; CNCiv., Sala B, 24/08/1994, LA LEY 1995-A, 311; CNCiv., Sala C, 26/04/1984, en ED del 16/07/1984; CNCiv., Sala C, 21/11/1978, ED 83-298; CNCiv., Sala E, 27/08/1979, ED 87-252; CNCom. Sala D, 30/07/1982, LA LEY 1982-D, 465; CNCom. Sala D, 04/09/1984, LA LEY 1985-C, 647; CNCom. Sala D, 07/09/1982, ED 103-392; CNTrab., Sala VIII, 31/03/1998, DT 1998-B, 2083; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 16/12/1997, LA LEY 1998-F, 486 SC Buenos Aires 15/11/1994, LL Buenos Aires 1995-486; SC Buenos Aires 20/08/1991, ED 145-660; TS Jujuy, 03/04/1998, LLNOA 1999-143; SC Santa Fe, 08/05/2002, LLLitoral 2002-1207; CCiv. y Com. Santa Fe, Sala I, 20/04/1998, LLLitoral 1999-735; SC Tucumán, 12/04/1996, LA LEY 1996-E, 43.

(4) CNCiv., Sala D, 27/10/1997, LA LEY 1998-B, 763; CNCiv., Sala F, 25/06/1982, LA LEY 1983-B, 568; CNCiv., Sala G, 13/11/1984, LA LEY 1985-D, 571; CNCom. Sala E, 30/08/1991, LA LEY 1992-A, 243; CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 28/08/1997, LA LEY 1998-B, 749; CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, 12/11/1996, LL Buenos Aires 1997-625; CCiv. y Com. 5aNom. Córdoba, 19/02/2001, LLC 2001-1028; CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 24/11/1998, LA LEY 2000-B, 860)

(5) CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 29/06/1996, LA LEY 1997-C, 947; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 10/08/2000, LA LEY 2001-B, 650; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 19/02/1998, LA LEY 1998-E, 422.

banco, y así muchos más casos, que abren las puertas de una aplicación diferenciada de estos principios a estos casos (6).

La norma que acabamos de reseñar, o sea el art. 1195° del Código Civil, da lugar al art. 1196° del mismo cuerpo normativo, donde se deja en claro que los acreedores de las partes pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona.

Esta norma abre las puertas para que participen de los efectos del contrato, o sea se involucren en el camino de la responsabilidad contractual los acreedores del deudor que vienen a sustituir o reemplazar al acreedor contractual originario.

Claro está que esto también da lugar a distintas situaciones que la jurisprudencia a tratado y que a continuación se sistematizan.

La acción subrogatoria, oblicua o indirecta, es una facultad conferida a los acreedores, en virtud de la cual ellos pueden gestionar los derechos del deudor que éste deja abandonados; supone la existencia de un crédito a favor del deudor y su incuria o negligencia para hacerlo efectivo, provocando un perjuicio para su acreedor, en la medida que impide con su actitud, la incorporación de bienes a su patrimonio. Es requisito de admisibilidad de la acción, entre otros, que el acreedor demuestre que su deudor ha sido negligente en el ejercicio de sus derechos. Cumplidas dichas condiciones, se autoriza al acreedor a ejercer en nombre de su deudor las acciones que a éste competen (7).

Para la procedencia de la acción se requiere que el actor sea acreedor y que su deudor sea a su vez acreedor también del tercero contra quién la acción se dirige (8).

La acción contemplada en el art. 1196° C.C. puede ser ejercida por los acreedores cuando el deudor es remiso en ejercer por sí mismo todos los derechos y acciones que le asisten, con la finalidad de hacerlos entrar en el patrimonio de éste (9).

Se les requiere entonces un interés legítimo, pero esto no implica que se les pueda exigir la prueba de la utilidad inmediata que obten-

---

(6) CNCom. Sala B, 25/09/1985, LA LEY, 1986-C, 6; DJ, 1998-1-889; LA LEY 2001-D, 602; DJ, 2000-3-1177; LA LEY 1997-F, 42; JA 1999-I, 866; JA 2002-I, 866; JA 08/01/2003.

(7) CNEspecial Civ. y Com., Sala II, 05/05/1980, BCECyC núm. 10.333.

(8) CFApel. Tucumán, 04/03/1977, JA 1979-IV-486.

(9) CNCiv., Sala E, 11/12/1995, LA LEY 1997-C, 971.

drían con su ejercicio, pues basta con que tienda a mejorar la situación patrimonial de su deudor, lo cual deberá apreciarse según las circunstancias del caso (10).

Pero queda claro que no necesita el acreedor, ningún tipo de subrogación judicial. Por tanto al desempeñar así un derecho del deudor, no puede ir más allá de los límites a los que se circunscribe el derecho de éste y en la forma en que puede desempeñarlo (11).

## **b. Articulación Procesal**

Conforme a la regulación procesal de la acción subrogatoria, a que alude el art. 1196° C.C. es preciso como requisito previo al traslado de la demanda, dar intervención al deudor, quién podrá interponerla como actor si lo hace dentro de los plazos procesales (12).

Si bien no es obligatorio que el acreedor que ejerce una subrogación patrimonial en los términos del art. 1196° C.C. lo haga en juicio ordinario, para su procedencia debe actuar en nombre de su deudor y no en el propio y tener interés en hacerlo. Asimismo el deudor debe ser negligente en el ejercicio de su derecho y el crédito invocado debe ser cierto, exigible y líquido. Sin embargo, debe aclararse que se trata de un caso típico de sustitución procesal, por la cual el acreedor comparece a juicio en nombre propio y por un derecho ajeno (13).

## **c. Supuestos ejemplificativos**

Se ha reconocido jurisprudencialmente la legitimación para ejercer la acción subrogatoria a diversas personas, entre ellos, los acreedores de la actora en un pacto de cuota litis, en supuestos de expropiación, los acreedores del causante, los acreedores de los herederos, los compradores por boleto, los poseedores, los herederos, los cesionarios, el que pagó la deuda de otro, el acreedor que se subroga en los derechos del marido, el acreedor embargante, todas estas situaciones responden a casos concretos, donde se cumplen los principios antes enunciados y la debida articulación procesal pero sirven para identificar supuestos concretos de acción subrogatoria (14).

---

(10) CNCiv., Sala E, 11/12/1995, LA LEY 1997-C, 971.

(11) CCiv. y Com. L Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, 07/02/1996, DJ 1996-2-851.

(12) CNCiv., Sala E, 28/09/1978, LA LEY 1979-B, 670.

(13) CCiv. y Com. Paz Letrada Curuzú Cuatiá, 07/02/1996, DJ 1996-2-851.

(14) (CS, 05/03/81 LA LEY 1981-C, 3; CS, 16/08/78, ED 80-688; CS, 15/05/79, ED 84-596; CNCiv., Sala a, 19/06/96, DJ 1999-2-510; CNCiv., Sala b, 30/10/79, ED 88-

Los arts. 1195° y 1196° se terminan de cerrar con el contenido del art. 1199° del Código Civil, que establece que los contrato no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos, salvo las excepciones por supuesto que la norma expresamente puede prevenir o regular.

Esta norma que reitera el principio del art. 1195° del Código Civil, ha sido analizada por la jurisprudencia de la siguiente manera:

### *1. Principio*

Esta norma ha sido señalada como reiterativa del art. 851° y del 1195 del C.C., reiterando el principio de que el contrato produce efectos entre las partes y no puede afectar a terceros ni puede ser invocado por estos.

El art. 851° no hace más que reiterar de modo sobreabundante el principio general que surge de los arts. 1195° y 1199°, consagrando el efecto relativo de los contratos, con relación a las partes, sus herederos y sucesores universales, siendo inoponible a los terceros, para quienes la transacción es un acto ajeno, que no los puede perjudicar ni lo pueden invocar, salvo los casos de los arts. 1161° y 1162° C.C. Pero en aplicación del axioma “res inter alios acta allis norere neque prodesse potest” debe distinguirse entre los efectos directos y los efectos indirectos del contrato, porque de lo contrario pueden producirse errores de graves consecuencias (15)

### *2. Aplicaciones*

En aplicación del principio que contempla el artículo en análisis se ha dicho por el máximo Tribunal del país, que no es oponible al perito interviniente, un convenio procesal en el que no tuvo intervención, pues importaría un apartamiento de las normas expresas del derecho sustancial y un menoscabo al art 14 bis de la CN (16).

---

203; CNAC sala d, 18/05/84, LA LEY 1985-A, 352; CNAC sala e, 29/04/97, LA LEY 1998-E, 774; CNAC sala e, 11/12/95, LA LEY 1997-C, 971; CNAC sala e, 30/08/82, LA LEY 1983-A, 473; CNCom. Sala b, 15/11/83, LA LEY 1986-B, 348; CNCom. Sala b 15/11/83, LA LEY 1986-B, 348; CNCom. Sala b, 24/09/79, JA 980-4-279; CCiv. y Com. Azul 02/05/96, DJBA 151-4881; CCiv. y Com. Azul, 25/02/99, ED 184-105; C2da.ACC La Plata sala III, 01/04/80, DJBA 118-392; CCiv. y Com. Morón sala 1, 12/08/97, LL Buenos Aires 1998-95; CCiv. y Com. Morón sala 1, 14/05/81, ED 95-591; JA 981-III-440; DJ 1996-2-851; ED 147-437; JURIS 78-130)

(15) SC Buenos Aires 15/11/1994, LL Buenos Aires 1995-486; SC Buenos Aires 20/08/1991, ED 145-660.

(16) CS, 14/03/2000, DT 2000-B, 1421; CS, 20/04/1993, JA 1994-I, 534.

En el contrato de garaje, el cobro del canon, solo puede exigirse a quién ha sido parte en el contrato (17).

En las compraventas internacionales sujetas a cláusulas FOB, carece esta de virtualidad para modificar la responsabilidad del transportista y solo vale entre comprador y vendedor (18).

A los efectos de la oponibilidad de un contrato respecto de terceros adquirentes, cuando la autorización y la exclusividad pactadas en ese contrato, en el caso, entre el enajenante del fondo de comercio y la proveedora de los productos que se comercializan, responden a un compromiso personal asumido por las partes, la situación se rige por el principio general establecido en el art. 1199° del C.C. En consecuencia, ese contrato no puede generar obligaciones a cargo del adquirente del fondo de comercio (19).

Las transacciones no son oponibles a las partes codemandadas que no han sido parte del acuerdo (20).

Son nulos los instrumentos por el que los clubes convinieron el pase del jugador habiéndose prescindido de su intervención, en sí le son inoponibles no sólo por aplicación de los viejos y elementales principios del art. 1199° C.C. que incorpora la regla “res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest”, sino porque la transacción sin la anuencia del principal interesado deja de ser un convenio multilateral en beneficio común de las entidades y el jugador, para convertirse en una verdadera “trata de gentes”, negocio obviamente fulminado por inmoral en los términos del art. 953° C.C. (21).

La obligación de transferir, derivada de la compraventa, es inoponible frente al derecho real de dominio del “vero dominio” ajeno al contrato (22).

De esta manera, y en forma inicial, queda descripta la interpretación jurisprudencial que se ha realizado del concepto de partes y terceros frente al contrato.

---

(17) CNCom. Sala A, 08/02/1983, LA LEY 1983-C, 468.

(18) CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 29/02/1996, LA LEY 1997-C, 947.

(19) CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 02/04/1998, DJ 1999-1-616; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 13/08/1996, LA LEY 1997-B, 498; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 20/04/1999, LA LEY 1999-E, 409.

(20) CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 16/12/1997, LA LEY 1998-F, 486.

(21) C1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, 23/11/1978, SESUS 980-XXVI-717.

(22) CCiv. y Com. Junín, 16/05/1995, LL Buenos Aires 1995-709.



La responsabilidad contractual involucra estos conceptos, los problematiza, y da lugar a supuestos particulares.

El análisis jurisprudencial permite referirnos a distintas situaciones, complejas, problemáticas, pero que en definitiva son la aplicación en la práctica de estos principios normativos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en distintos casos sobre la inoponibilidad de determinados acuerdos a aquellas personas que no han sido partes del mismo.

A modo de ejemplo el precedente "Altamirano, Pedro y otros c. LS 82 Canal 7 - Argentina Televisora Color", del 14/03/2000, publicado en DT 2000-B, 1421, se aplicaron dichos principios que hasta ahora venimos mencionando.

Se trata de un caso judicial donde una contadora había resultado designada perito en dicha causa.

Se dicta sentencia y se difiere para el momento de practicarse la liquidación correspondiente la regulación de honorarios de la perito.

Posteriormente, o sea con la sentencia ya firme las partes llegan a un acuerdo transaccional sin intervención de la perito actuante.

En esta transacción se modifica el resultado de la sentencia al establecer el monto del pleito en una suma sensiblemente inferior al estipulado en esta.

Nadie la consultó ni le ofreció la posibilidad de participar en dicho acuerdo, por lo tanto ella es un tercero frente a este acuerdo.

Sin perjuicio de ello el acuerdo con posterioridad se homologó y la regulación de honorarios se realizó tomando el monto de la transacción, que recordamos había sido sensiblemente inferior al monto de la sentencia.

Aquí se deja en claro que la base patrimonial fue establecida por la voluntad de quienes fueron las partes y sus letrados pero estarían disponiendo de un derecho ajeno, el de la perito no interviniente en el contrato.

La perito llega a la instancia de la Corte señalando que se han violando los preceptos contenidos en los art. 851º, 1195 y 1199 del Código Civil toda vez que se hizo oponible a su persona un pacto realizado entre terceros.

La Corte hace suyo el dictamen del procurador y en definitiva le da la razón a la perito impugnante siguiendo anteriores precedentes reiterados en distintas oportunidades del máximo tribunal y señala que la Cámara ha desconocido la aplicación de normas expresas del derecho sustancial, justamente estos artículos antes señalados y de esa manera a menoscabado el derecho a una justa retribución y de propiedad garantizados por la Constitución Nacional.

Vemos aquí claramente el límite a los efectos o consecuencias de los acuerdos contractuales y que en determinados casos no es posible que los mismos se propaguen respecto de terceros ya que los principios antes indicados ponen un límite que no puede ser alterado.

## **2. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL ARTÍCULO 1195º DEL CÓDIGO CIVIL**

Este contrato plantea una serie de problemas, fundamentalmente relacionados con la “franquicia” y con la “culpa grave del asegurado” y su oponibilidad o inoponibilidad a los terceros damnificados.

En principio, ambos institutos resultan oponibles, conforme lo sostiene la mayoría de la doctrina nacional y ello reflejaría la aplicación del principio que contiene el art. 1195º del Código Civil en el seguro.

Para ello se tienen en cuenta, entre otros artículos 70º, 114º y 118º de la Ley 17.418.

“Art. 70º. El asegurador queda liberado sí el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado”.

“Art. 114º. El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad”. [¿Es oponible al tercero damnificado o al beneficiario?]

“Art. 118º. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil”.

### *“Citación del asegurador*

El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador”.

*“Cosa juzgada*

La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro.

También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos”.

En principio el límite constituido por “la medida del seguro” es oponible a los damnificados y ello lleva a que las Franquicias que se pacten sean oponibles a los damnificados.

La cuestión no resulta tan clara, cuando nos encontramos en el ámbito de los seguros obligatorios.

En este segmento la Franquicia ha sido declarada inoponible cuando resulta irrazonable.

Sin perjuicio de ello, debe sostenerse como principio, que en este caso el artículo 1195° es en principio desplazado relativamente o complementado por las normas especiales de la legislación del seguro, las que deben ser interpretadas adecuadamente frente a cada caso concreto y en este sentido la jurisprudencia ha expresado:

“La expresión ‘ejecutable en la medida del seguro’ prevista en el texto del art. 118° de la Ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677), no excluye ni impide ejecutar la sentencia contra la aseguradora debido a que no puede interpretarse como habilitante de la desmesura que importa una cláusula de descubierto obligatorio o franquicia, siendo que una interpretación opuesta consagraría la transgresión a la norma de orden público, a lo que se suma la directiva que se extrae del art. 1195° del Cód. Civil, cuyo último apartado impone que los contratos no pueden perjudicar a terceros” (23).

“Resulta improcedente declarar la inconstitucionalidad de la cláusula del art. 118° de la Ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677) solicitada por el damnificado de un accidente de tránsito ya que la expresión ‘ejecutable en la medida del seguro’ no excluye ni impide ejecutar la sentencia contra la aseguradora debido a que no puede interpretarse como habilitante de la desmesura que importa una cláusula de descubierto obligatorio o franquicia, siendo que una interpretación opuesta consagraría la transgresión a la norma de orden público, a lo que se suma la directiva que se

---

(23) CNCiv., Sala B - 12/05/2005 - W., C. c. Empresa de Transporte Pedro de Mendoza Cisa Línea 29 - RCyS 2005-X, 89.

extrae del art. 1195° del Cód. Civil, cuyo último apartado impone que los contratos no pueden perjudicar a terceros” (24).

### 3. EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL Y EL ARTÍCULO 1195° DEL CÓDIGO CIVIL

La Ley 24.522 trajo como novedad legislativa, el denominado “acuerdo preventivo extrajudicial” regulado en los arts. 69° y ss. y concordantes de la Ley 24.522.

Entre otras, las normas que más nos interesan para este apartado se pueden citar las siguientes:

**“Art. 69°:** [Partes] El deudor que se encontrare en cesación de pago o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Los acreedores que no suscriban el acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo, salvo lo previsto por el art. 76°”.

**“Art. 70°:** [Forma] El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes, o copia autenticada de ellos, deberán agregarse al instrumento. No es necesario que la firma de los acreedores sea puesta en el mismo día”.

**“Art. 71°:** [Libertad de contenido] Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtengan homologación judicial, salvo convención expresa en contrario”.

**“Art. 73°:** [Mayorías] Para solicitar homologación judicial es necesario que el acuerdo esté firmado por mayoría absoluta de acreedores que representen las dos terceras partes del pasivo total, quirografario y privilegiado, con exclusión del cómputo de los acreedores enumerados a ese efecto en el art. 45°”.

**“Art. 76°:** [Efecto de la homologación] Homologado el acuerdo, los actos que en su consecuencia se otorguen serán oponibles a los acreedores que no participaron de él, aun cuando posteriormente se decretare la quiebra del deudor”.

---

(24) CNCiv., Sala B, 17/02/2005, Coulon, Federico c. Monsa, DJ, 10/08/2005, 1085; ED, 21/07/2005, 5.

Este instituto, a modo ilustrativo, ha sido definido y caracterizado por la doctrina, de la siguiente manera:

“Los *acuerdos preconcursales* son creación de la iniciativa privada. La práctica empresarial los conoció mucho antes de su consagración legislativa. La regulación normativa de estos acuerdos fue una de las novedades introducidas —por vez primera— en la legislación concursal argentina, el año 1983 (Ley 22.917).

Se trata de intentos negociales privados, extrajudiciales, de solucionar las dificultades económico-financieras o la misma insolvencia, muy difundidos en nuestro país durante las grandes crisis de los años 1890, 1930 y 1980.

La naturaleza de estos acuerdos es contractual. Son verdaderos contratos, celebrados por el deudor con *todos* o *parte de los acreedores* (no requiere unanimidad, ni mayorías predeterminadas legalmente), pudiendo convenirse las prestaciones más variadas (quitas, esperas, reorganización de la empresa, redimensionamiento de ella, etc.), *tendientes a superar dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general o su cesación de pagos*.

No exige que estos acuerdos respeten igualdad de trata entre acreedores —ni siquiera dentro de la misma categoría o clase—, siendo lícito acordar condiciones diferentes con cada uno de los partícipes.

Las ventajas prácticas de estos medios no judiciales de solución de las dificultades empresariales, son su informalidad, rapidez, economía y discreción, frente a la mayor lentitud, formalismo, repercusión pública y onerosidad de los procedimientos judiciales. Al carecer, sin embargo, de efecto suspensivo de las acciones individuales contra el deudor, y del curso de los intereses de sus deudas, compiten en desventaja con el concurso preventivo (ver. arts. 19º y 21º, LCQ), cuando el contexto económico general es de alta inflación o muy inestable. Por ello, pensamos que en una economía apaciguada y con una moneda estable que impide la licuación automática de los créditos por efecto de los concursos judiciales, puede augurarse un buen pronóstico a la expansión y éxito de estos acuerdos.

De toda suerte, el acreedor que se incorpora a un acuerdo de este tipo, bien puede afirmarse que nada pierde (salvo que renuncie voluntariamente a parte de su acreencia), y que, en casi todos los casos, mejora su situación con respecto a los acreedores que no acuerdan en caso de quiebra ulterior del mismo deudor.

Bajo el nombre de “acuerdo preventivo extrajudicial”, al Ley 24.522 regula una clase de acuerdos preconcursal: el *acuerdo preconcursal “regulado”* o *“formal” homologado judicialmente*. Sólo para esta clase de acuerdo es menester cumplir los requisitos formales de instrumenta-

ción y de presentación, mayorías, publicidad, etcétera. Por otra parte, sólo el *acuerdo preventivo extrajudicial homologado* tiene legalmente mejorada la oponibilidad de los actos otorgados como consecuencia del mismo, frente a los acreedores no participantes, en caso de ulterior quiebra del deudor (art. 76º, LCQ)” (25).

Se ubica, en el campo de los acuerdos y por ende le resultarían aplicables las normas y principios de los contratos en general.

Sin embargo, como hemos observado, sus efectos se imponen a partes no intervinientes en el acuerdo y ello excepciona el artículo 1195º del Código Civil, lo que resulta posible, por la existencia de una norma jurídica expresa que así lo autoriza; hecho este que es reconocido por la doctrina como por la jurisprudencia.

“En los acuerdos preventivos extrajudiciales cabe exigir mayor exactitud y completitud en la información que debe proporcionar el interesado que la que se pide al concursado en sede judicial, reconociendo al juez amplias facultades para homologar o no lo pactado según sus modalidades expansivas, pues se trata de un régimen que vulnera la inoponibilidad contractual consagrada por los arts. 1195º *in fine* y 1199º del Cód. Civil, imponiendo los efectos de un contrato a terceros que no participaron en el mismo sin el sistema de convocatoria colectiva bajo las salvaguardas y controles propios del concurso preventivo, máxime si se considera que la no homologación no produce la quiebra” (26).

#### 4. EL FISCO COMO TERCERO

El Fisco resulta ser un permanente “interesado” y afectado por el contenido económico de los contratos.

Pero ello no lo convierte en parte.

La jurisprudencia lo ha dejado en claro:

“El Fisco no puede invocar la solvencia del letrado que suscribió un pacto de cuota litis con su cliente para exigirle que pague la tasa de justicia, pues dicho tributo conforme a la Ley, es debido por las partes según la imposición de costas —art. 9º, ley 23.898 (Adla, L-D, 3751)—, máxime si del citado convenio se infiere que el profesional fue exonerado de los gastos del juicio, en ejercicio de una prerrogativa reconocida legalmente, importando lo contrario tener por no escrita dicha salve-

---

(25) ROUILLÓN, Adolfo A., *Régimen de Concursos y Quiebras*. Ley 24.522, 7ª edic. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, 1997, ps. 113/114.

(26) JNac. 1a Inst. Com. Nro. 9, 08/10/2003, Servicios y Calidad S. A., LA LEY 2004-A, 528, con nota de Juan A. Anich.

dad y permitir que un tercero extraño al acuerdo cuestione su alcance, en violación al principio de relatividad de las convenciones —art. 1195º, Cód. Civil—” (27).

“El boleto de compraventa en virtud del cual se acordó que el comprador del vehículo se haría cargo de las patentes adeudadas es inoponible al Fisco, habida cuenta del efecto relativo de los contratos —conforme arts. 1195º y 1199º, Cód. Civil—” (28).

## 5. EL DERECHO LABORAL Y EL ARTÍCULO 1195º DEL CÓDIGO CIVIL

La solidaridad que establece para ciertos casos el derecho laboral, en principio en base a los artículos 29º y 30º LCT, no siempre es compatible con el artículo 1195º del Código Civil:

**“Art. 29º:** [Interposición y mediación. Solidaridad] Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicio responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los arts. 99º de la presente y 77º a 80º de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas. [Párrafo agregado por ley 24.013, art. 75º]” (29).

**“Art. 30º:** [Subcontratación y delegación. - Solidaridad] Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajadores o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado

---

(27) CNCiv., Sala A - 25/11/2002 - González, Ramón y otros c. Villalba, Selma y otros - LA LEY 2003-A, 371.

(28) CApel. Contenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II - 02/10/2001 - G.C.B.A. c. Servian, Eduardo M. - LA LEY 27/03/2002, 12 - LA LEY 2002-B, 557.

(29) ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Ed. Astrea, 2000, ps. 109/110)

cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del código único de identificación laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, en cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el incumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. [Párrs. 2º a 4º, según Ley 25.013, art. 17º] (30).

Los Tribunales reconocen que estos artículos generan situaciones especiales fundadas en principios distintos que excepcionan los principios y pautas contenidos en el art. 1195º C.C.

“Para aplicar la solidaridad laboral —art. 30º, ley de contrato de trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175)—, cabe efectuar el escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero —en el caso, el actor trabajaba en el bar ubicado en la estación de servicio explotada por la codemandada—, en razón de la fuerte presunción de inconstitucionalidad que surge de toda norma que obligue al pago de una deuda en principio ajena, en cuanto se aparta de la regla general de los arts. 1195º y 1713º del Cód. Civil y 56º de la Ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760) vinculados, en este aspecto, con el art. 17º de la Constitución Nacional” (31).

“La extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial que deriva del contrato de trabajo, de conformidad con las prescripciones del art. 30º de la Ley 20.744, requiere

---

(30) ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Editorial Astrea, 2000, ps. 122/123.

(31) SC Santa Fe, 08/05/2002, González, Itatí C. c. Gómez, Oscar A. y/u otros, LLLitoral, 2002, 1207.



la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en la normativa citada. La solución expuesta se fundamenta en la presunción de inconstitucionalidad que supone toda norma que obligue al pago de una deuda en principio ajena, en un claro apartamiento de los arts. 1195° y 1713° del Cód. Civil y 56° de la Ley 19.550 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXX-VI-B, 1175; XLIV-B, 1310) (Del voto en disidencia del doctor Solari)” (32).

Sin embargo, debe partirse de la base de que en esta área del derecho, si bien estamos frente a un contrato de trabajo, rigen normas imperativas que buscan proteger al trabajador y garantizar la primacía de la realidad y por ende estamos fuera del ámbito puramente dispositivo del art. 1195° del Código Civil.

## 6. TRANSACCIÓN Y ARTÍCULO 1195° DEL CÓDIGO CIVIL

La transacción es en principio inoponible a los no intervinientes en ella.

Este es un principio reiterado, que tienen su base normativa en el artículo 851° del Código Civil.

“**Art. 851°:** La transacción hecha por uno de los interesados, ni perjudica ni aprovecha a tercero ni a los demás interesados, aun cuando las obligaciones sean indivisibles”.

Sin embargo, la jurisprudencia lo ha reiterado y precisado para determinados casos concretos.

“Sin perjuicio de que el mero reconocimiento de deuda y el otorgamiento de un plan de facilidades de pago por parte de la demandada, no importa propiamente una transacción en los términos del art. 832° del Cód. Civil, basta para desestimar la excepción de cosa juzgada interpuesta por la codemandada la circunstancia de que la misma no fue parte en dicho acuerdo, de manera que sus efectos no le son oponibles (arts. 1195° y 1199°, Cód. Civil), no pudiendo, consecuentemente, fundar ningún derecho en él” (33).

“El monto al cual asciende la transacción acordada entre actor y demandado no puede tomarse como base regulatoria de los honorarios de los peritos que han intervenido en el proceso. Una solución contraria significaría otorgar eficacia vinculante a un convenio en el cual el profesional no tuvo intervención alguna, en desmedro de la aplicación de

---

(32) SC Entre Ríos, Sala Penal y del Trabajo, 05/06/1996, Lencina, Juan F. c. Expas S.R.L. y otro, LLLitoral, 1997-590; DJ 1998-1, 960; DT 1997-B, 2044.

(33) CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 16/12/1997, Clínica Estrada S. A. c. Amel S.R.L. Medicina Integral y otros, LA LEY 1998-F, 486.

normas expresas del derecho sustancial (arts. 851º, 1195º y 1199º, Cód. Civil) y con menoscabo del derecho a la justa retribución” (34).

“La transacción realizada por las partes es, en principio, inoponible a los peritos que han intervenido en la causa (arts. 50º y 51º, Ley 6204 —Adla, LI-C, 3802—), pues no corresponde acordar eficacia vinculante respecto de aquéllos a un convenio en el cual no tuvieron intervención, en desmedro de normas expresas del derecho sustancial (arts. 851º, 1195º y 1198º, Cód. Civil) y con menoscabo a la justa retribución consagrada en el art. 14º de la Constitución Nacional” (35).

“El art. 851º no hace más que reiterar, de modo sobreabundante, el principio general que surge de los arts. 1195º y 1199º, consagrando el efecto relativo de los contratos, con relación a las partes, sus herederos y sucesores universales, siendo inoponible a los terceros, para quienes la transacción es un acto ajeno, que no los puede perjudicar ni lo pueden invocar, salvo los casos de los arts. 1161º y 1162º todos del Cód. Civil. Pero en la aplicación del axioma *res inter alios acta allis norere neque prodesse potest*, debe distinguirse entre los efectos directos y los efectos indirectos del contrato, porque de lo contrario pueden producirse errores de graves consecuencias (Del voto de la mayoría)” (36).

“La transacción a la que arribaron las partes en el juicio de rendición de cuentas es inoponible, en principio, a los peritos intervinientes, ya que no puede acordarse eficacia vinculante respecto de ellos, a un convenio en el cual no tuvieron intervención. Ello iría en desmedro de normas expresas del derecho sustancial (arts. 851º, 1195º y 1196º, Cód. Civil) y en menoscabo del derecho a la justa retribución consagrado en el art. 14º de la Carta Fundamental” (37).

“El acuerdo transaccional labrado sin participación del o los profesionales que las asistieron, los convierte a éstos en terceros (arts. 1195º y 1199º, Cód. Civil). Es que si bien es asimilable a la sentencia por sus efectos, el valor establecido en la transacción a los fines regulatorios sólo tiene vigencia con respecto a los profesionales que han intervenido en

---

(34) CApel. Civ. y Com. Rosario, Sala II, 22/08/1996, Faerman, Héctor J. c. Capozzi de Formentín, Noemí, LLLitoral 1998-1, 380.

(35) SC Tucumán, Sala Laboral y Contenciosoadministrativa, 12/04/1996, Barrionuevo, Pedro L. y otros c. Cervecería de Cuyo y Norte Argentino S. A., LA LEY 1996-E, 43, DJ 1996-2, 1155.

(36) SC Buenos Aires, 15/11/1994, M. R. A. y otro, LL Buenos Aires 1995-486; DJBA 148-931.

(37) CNCiv., Sala I, 24/08/1994, Szyolowichi, Giliberto c. Privato, Pedro, LA LEY, 1995-A, 311; DJ, 1995-1, 1067.

ese acto. De lo contrario, dichos terceros podrían verse afectados en sus derechos por el convenio realizado” (38).

“-El art. 851º del Cód. Civil no hace más que reiterar, de modo sobreabundante, el principio general que surge de los arts. 1195º y 1199º, consagrando el efecto relativo de los contratos, con relación a las partes, sus herederos y sus sucesores universales, siendo inoponible a los terceros, para quienes la transacción es un acto ajeno, que no los puede perjudicar ni lo pueden invocar salvo los casos de los arts. 1161º y 1162º (Por mayoría)” (39).

“La inoponibilidad al letrado, a los fines regulatorios, de la parte que no participó del acuerdo con otro demandado que puso fin al pleito, no implica la nulidad de aquél ni afecta la transacción en sí, sino solo la aplicación de los arts. 851º, 1195º y 1199º del Cód. Civil en tanto que, en lo que respecta al monto del juicio como a la distribución de costas, lo acordado por la actora con otras codemandadas no resulta oponible a la parte que no intervino en el referido pacto” (40).

“Corresponde acoger la vía prevista en el art. 14º de la Ley 48 si se otorgó eficacia vinculante a un acuerdo conciliatorio al que habían llegado las partes —luego de dictada sentencia de segunda instancia y pendiente de consideración una queja incoada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación— cuando a través de tal decisión, se impidió a un perito ejecutar los honorarios que le habían sido regulados en la sentencia y se le opuso un acuerdo en el que no tuvo participación, mientras de tal modo sus honorarios se redujeron notoriamente al calcularse sobre la base del acuerdo y no sobre el monto reclamado como se había resuelto en el pronunciamiento aludido. Ello así porque, en tal contexto, se ha desconocido la aplicación de normas expresas de derecho sustancial (arts. 851º, 1195º y 1199º, Cód. Civil) y se ha menoscabado el derecho a una justa retribución consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, máxime, cuanto tampoco se ha invocado la facultad excepcional que prevé el art. 38º de la Ley 18.345 (t. o. DT, 1998-A, 333)” (41).

“La base regulatoria para fijar los honorarios de un profesional, no puede ser el monto del acuerdo o transacción, cuando éste fue llevado a cabo sin intervención del interesado en el crédito, pues le es imposible

---

(38) CNCiv., Sala A, 12/08/1994, *Messing, Guillermo c. Ferrari Hardoy, Jorge A.*

(39) SC Buenos Aires, 20/08/1991, *Provincia de Buenos Aires c. Carluccio, Jorge A.*, LA LEY 1992-A, 108; DJ, 1992-1, 610; ED, 145-660.

(40) CS, 24/12/1987, *Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c. Iglys y Nerypic SA*, LA LEY 1989-D, 604.

(41) CS, 14/03/2000, *Altamirano, Pedro N. y otros c. LS 82 Canal 7 —Argentina Televisora Color—*, DT 2000-B, 1421.

por la calidad de tercero que reviste frente a aquél la convención (arg. arts. 1195º y 1199º, Cód. Civil)” (42).

“La base regulatoria en los juicios está dada por la suma que resulta de la sentencia o de la transacción, debidamente actualizada. Ni las normas de Derecho común que suelen ser citadas (arts. 1195º y 1199º, Cód. Civil), ni ciertas reglas arancelarias concretas (arts. 77º y 88º, Decreto-Ley 788/55 —Adla, XVI-A, 67—), autorizan a apartar la aplicación de este principio general, porque ninguna de ellas computa la especificidad que supone la circunstancia de que el acto (sentencia o transacción y pericia), haya sido realizado en el proceso” (43).

“El monto a tomar como base de la regulación de los honorarios del perito no puede ser el de la transacción puesto que el haber sido llevado a cabo sin la intervención del perito, le es inoponible por la calidad de tercero que reviste frente a ese acuerdo (arts. 1195º y 1191º, Cód. Civil). Pero tampoco corresponde la valuación fiscal del inmueble, pues la misma no refleja su valor real. Dado que en el caso resulta inaplicable el arancel de abogados y procuradores —art. 23º—, el modo más adecuado es establecer el monto del contrato actualizado” (44).

## **7. EL DOMICILIO CONSTITUIDO Y EL ARTÍCULO 1195º DEL CÓDIGO CIVIL**

Por efecto de la aplicación del artículo 1195º C.C., se ha resuelto reiteradamente que el domicilio constituido en un contrato solo tiene efectos entre las partes del acuerdo, pero a su vez se sostiene (lo que no resulta tan claro) que frente a la contraparte, este subsiste hasta que se notifique fehacientemente su cambio.

En este caso, afirmamos que más allá de lo formal, prevalece el derecho de defensa, de raíz y base constitucional y por ende la cuestión debe ser adecuadamente resuelta contemplando este principio.

“-Los efectos de los contratos se producen entre partes (conf. art. 1195º, Cód. Civil) y es justamente entre ellas que sólo tiene eficacia el domicilio constituido en instrumento público. Sentado ello, puede concluirse que sólo quien comunica fehacientemente al acreedor la consti-

---

(42) CNCiv., Sala C, 12/02/1987, García Quintana, Cesareo J. c. Novoa Rodríguez Elías, LA LEY 1987-B, 421; DJ 1987-2, 487.

(43) CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 12/09/1986, Neuberger, Ricardo c. Gobierno nacional y otros, LA LEY 1987-D, 628 (37.689-S).

(44) CNCiv., Sala C, 26/04/1984, Macchi, Oscar A. y otro c. Hoberman, Oscar A.

tución de uno nuevo, puede solicitar la nulidad de la intimación de pago efectuada en el domicilio constituido” (45).

“-Los efectos de los contratos se producen entre partes, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1195º del Cód. Civil, y es por ello que sólo entre ellas tiene eficacia el domicilio constituido en un instrumento público” (46).

“-El domicilio constituido en un instrumento público sólo tiene eficacia entre las partes (arg. art. 1195º, Cód. Civil). En consecuencia, sólo quien ha comunicado al acreedor de modo fehaciente la constitución de uno nuevo, puede requerir la nulidad de la intimación de pago efectuada en el domicilio que consta en la escritura” (47).

“-Por aplicación de lo dispuesto por el art. 1195º del Cód. Civil, los efectos de los contratos se producen entre partes, y es justamente entre ellas que tiene eficacia el domicilio constituido en un instrumento público” (48).

## 8. ALGUNOS CASOS ESPECIALES

A los anteriores supuestos problemáticos se pueden sumar distintos casos especiales como el Pacto de Sindicación de Acciones y la situación del titular registral de un automotor o aquellas situaciones que guardan relación con el principio del art. 1195º pero están contempladas en normas especiales.

*a) El pacto de sindicación de acciones:*

“La naturaleza de contrato plurilateral asignado al pacto de sindicación de acciones determina la aplicabilidad a su respecto del art. 1195º del Cód. Civil en virtud del cual los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, salvo que las obligaciones que naciera de ellos fueren inherentes a la persona” (49).

---

(45) (CNCiv., Sala E, 29/02/1996, Goumaz, Ricardo E. c. Mignone, Tomás, LA LEY 1996-C, 608; DJ, 1996-2, 437

(46) CNCiv., Sala E, 13/12/1995, Serra, Aurelio c. Pezzi, Pascual y otro, LA LEY 1997-D, 828 (39.615-S).

(47) CNCiv., Sala E, 31/08/1995, Mazzei, Osvaldo A. y otros c. Alvarez, Juan R., DJ 1995-2, 929, LA LEY 1996-B, 732, (38.594-S).

(48) CNCiv., Sala E, 21/06/1995, Stany, Juan J. y otro c. Muñiz, Francisco N. y otro, LA LEY, 1996-C, 77 (138.690-S).

(49) JNac. 1aCiv. Nro.11, 09/08/1998, Waroquiers, Juan Pedro y otros c. Quintanilla de Madanes, Dolores y otros, ED 194-91.

*b)* El titular registral como tercero:

“Si la actora demandó directamente el cumplimiento del contrato de compraventa de un vehículo —y los daños y perjuicios por el incumplimiento— al titular registral, el accionado resulta ser un tercero respecto del cumplimiento reclamado, al que no pueden afectar los efectos de una relación jurídica en la que no participó (art. 1195º, Cód. Civil)” (50).

*c)* Las normas especiales:

“En el contrato de transporte aéreo celebrado con un transportador y ejecutado por otro, la guía de transporte es oponible tanto al transportista efectivo o de hecho como al transportador contractual, ya que no es aplicable el principio general del art. 1195º del Cód. Civil, sino el particular previsto en el art. 153º del Cód. Aeronáutico, sin que pueda oponerse la circunstancia que la Convención de Varsovia de 1929 (Adla, XXVII-A, 326; XI-A, 188) carezca de previsión alguna” (51).

## 9. INOPONIBILIDAD Y FALTA DE ACCIÓN

Resulta útil agregar que el tercero que no participó en el acto, cuyos efectos se le pretenden propagar, debe ubicar su análisis, en el ámbito de la *inoponibilidad* y plantear desde el punto de vista procesal, la falta de *legitimación pasiva*.

“El art. 1051º del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), se ocupa de los actos que ingresan en las dimensiones conceptuales de la nulidad o de la anulabilidad, pero no de los actos inoponibles, o sea de aquellos actos que los terceros pueden considerarlos irrelevantes, pues ninguna intervención han tenido en ellos, por aplicación de la máxima ‘res inter alios acta’ reflejada en el art. 1195º del Cód. Civil” (52).

“Resulta procedente la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada, a fin de evitar un inútil dispendio de actividad jurisdiccional, si ella no ha sido quien contrató con el actor desde que las obligaciones sólo producen efectos entre acreedor y deudor —y los sucesores a quienes se transmitiesen— según expresas normas legales —arts. 503, 1161 y 1195 Cód. Civil—” (53).

---

(50) TS Jujuy, 03/04/1998, Astorga, Santos F. c. Zeballos, Carlos L., LA LEY 1999-D, 788, (41.779S), LLNOA, 2000-143.

(51) CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 19/02/1998, Elea S.R.L. c. Millon Air, LA LEY 1998-E, 422.

(52) CNCiv., Sala C, 21/11/1978, Todros, José R. y otros c. Todros, Fraser, Jorge, LA LEY 1979-B, 259, ED 83, 298.

(53) CNCom., Sala A, 11/08/2003, Enríquez, Leonardo D. c. Lua Seguros La Porteña S. A., DJ 28/01/2004, 167.

## 10. COMPETENCIA

En materia de competencia, ante la eventualidad de tener varios demandados por incumplimiento, la jurisprudencia se inclina en afirmar un criterio flexible, salvo que exista algún imperativo legal.

“Tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual, si son varios los legitimados pasivos, la opción por la competencia del juez del domicilio del demandado puede recaer sobre el de cualquiera de ellos. Así, si se cita en garantía al asegurador del demandado responsable civil, puede elegirse la competencia del juez del lugar del domicilio del asegurador, pudiendo demandarse, incluso, en la jurisdicción de la sede de una sucursal de la aseguradora si la acción está referida a la ejecución de obligaciones por ella contraídas en el ámbito de su competencia” (54).

Frente a la posibilidad de que existan varios legitimados activos, deberá analizarse cada caso en particular y determinar si el ejercicio resulta de tipo excluyente, sucesivo o simultáneo.

Así por ejemplo se resolvió en un caso concreto que:

“La acción por incumplimiento del contrato de transporte —en el caso, por robo a mano armada al camión transportador— compete, en principio, al cargador primero y al destinatario después, ya que este último se hace parte en el contrato, aunque no lo hubiera convenido originariamente, cuando reclama o recibe los efectos compitiéndole sólo a él a partir de ese momento el ejercicio de la acción resarcitoria, independientemente de quién fuera el propietario de la mercadería transportada” (55).

## 11. LAS “NUEVAS” PARTES Y EL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 24.240

Es interesante comenzar a analizar la inserción y recíproca relación de la Ley 24.240 con el mundo de los contratos regulados en el ámbito de la teoría general del contrato del Código Civil.

La Ley 24.240 se refiere a un ámbito contractual específico, aquellos contratos que en principio involucren a una empresa con un usuario o consumidor.

Sin embargo no escapa al campo normativo de los contratos.

---

(54) CNCiv., Sala A, 17/11/1992, Novello, Jorge A. c. Intano, Marcelo.

(55) CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 13/02/2001, Tyresoles Argentina de Neumáticos S. A. c. Ricardo A. L. Pelolio S.A.C.I.F., LA LEY 2001-C, 646 - DJ 2001-2, 759.

Por ello es absolutamente imprescindible interiorizarse acerca de las nuevas pautas conceptuales que trae la Ley 24.240 tanto respecto a la conceptualización del consumidor o usuario como a los contratos a los que ella, esta ley especial, se refiere.

Es interesante porque avanza sobre el concepto clásico de parte, para extenderlo o modificarlo según sea la interpretación que se utilice ya que podemos hablar de un consumidor final, un beneficiario directo o los beneficiarios indirectos como son los grupos familiares o sociales.

A continuación señalaremos e intentaremos interpretar alguno de los puntos más importantes que llevan a la modificación de la interpretación del principio contenido en el art. 1195º del Código Civil y de las demás normas concordantes con ésta.

#### *a. Consumidores y usuarios:*

Se consideran consumidores o usuarios, las “personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

La jurisprudencia se ha expedido también sobre este concepto:

A los fines de la aplicación de la Ley 24.240, son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios como destinatarios finales —en el caso, persona jurídica que adquirió un rodado, para traslado de sus miembros y empleados—, ya sea a título personal, familiar, social o de su círculo íntimo (56).

Por supuesto que la doctrina se ha ocupado extensamente de definir al consumidor.

Sin embargo, bien vale replantear la reflexión para seguir determinado alcance:

*a)* Pueden ser personas físicas o jurídicas: ésta es una cuestión llamativa, atento a la estructura técnica compleja y autosuficiente que caracteriza a las personas jurídicas, y que son justamente los elementos de los cuales carece el consumidor.

---

(56) CNCom., Sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones SA c/ Diyón S.A y otro”, LA LEY 2001-B, 839, DJ 2001-2-345.



b) Debe existir un contrato, de lo contrario no entramos en el ámbito del “consumo” regulado legalmente.

c) La contratación debe ser onerosa, con lo cual quedan excluidas las contrataciones gratuitas, que por ser tales quedan fuera de la protección legal especial (salvo las excepciones reglamentarias)

d) Esta “adquisición” debe serlo para su consumo natural (según la concepción de Rocco), que trae el art. 8º, incisos 1, 2 y 3 del Código de Comercio, que supone una adquisición para lucrar con su posterior venta o locación. Ahora bien, ¿qué es lo que se entiende por consumo final? Consumo equivalente a destruir, extinguir, agotar y éste no puede ser el único sentido de la norma.

e) O bien la adquisición debe serlo en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Ello permite comprender las situaciones que no se identifican con el hecho de “consumirse” sino con el “disfrute” o “contemplación” de lo adquirido. Abarca a diferencia del consumidor final al grupo familiar, que puede ser en este caso el “beneficiario” de lo adquirido. Beneficio equivalente a aprovechamiento, provecho, utilidad. ¿Hasta dónde se extiende el concepto de “grupo familiar”? Puede darse la situación de que quien disfrute de lo adquirido sea un “grupo social”. Ello lleva a preguntarse qué se entiende por grupo social. Aquí cabe integrar en el concepto a la “organización” social con fines determinados o al mero conjunto de personas, material e intelectualmente considerado como tal.

#### *b. Los contratos comprendidos:*

a) Parte de la base de comprender a los “onerosos” y excluir a los “gratuitos”: Claro que ellos nos colocan en una situación que no siempre resulta clara y contundente, ya que las relaciones económico-jurídicas admiten manifestaciones entremezcladas de lo “oneroso” y lo “gratuito”, que ante la duda deben considerarse comprendidas en el ámbito de protección legal.

b) Debe referirse a la adquisición o locación de cosas muebles. Ésta es una caracterización limitante ya que hay supuestos donde no se da la situación clara de “adquisición” o “locación” y sí enfrenta a un empresario con un consumidor y, por ende, la situación debe quedar comprendida en la normativa legal. ¿Por qué limita la adquisición? ¿Qué se debe entender por adquisición? ¿Por qué limitarla a la locación?

A ello se agrega que tanto la adquisición como lo locación deben referirse a “cosas muebles”, lo que nos enfrenta a dos dilemas: ¿Qué

se debe entender por cosas muebles? ¿Por qué limitarla a las cosas muebles?

*c)* Comprender la Ley, la contratación onerosa para su beneficio o del grupo familiar o social: La incorporación de los servicios es una nota positiva y extensiva del régimen legal.

¿Qué comprende e implica (jurídicamente) la noción de servicios? “La ley argentina alude a ‘servicio’ sin definirlo. La Ley 8078 de Brasil lo conceptúa como cualquier actividad apreciada en el mercado de consumo, mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y seguridad, salvo las provenientes de las relaciones de carácter laboral”.

*d)* Comprender a los “inmuebles nuevos destinados a vivienda”. O sea que para quedar dentro del ámbito de protección legal debe cumplir con ambos requisitos.

¿Cuándo un inmueble es nuevo? ¿Existen los inmuebles “nuevos”? ¿Por qué razón deben quedar excluidos los “no nuevos” o “usados”?

El decreto reglamentario señala que: “Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado”.

A lo expuesto se agrega que deben estar destinados a vivienda, con lo cual quedan fuera de la protección los destinados al comercio o a cualquier otra actividad o destino que no sea el de “vivienda”.

Ello obliga a definir qué es lo que se entiende por vivienda.

*e)* También comprende los lotes (como si no fueran igualmente inmuebles) de terrenos adquiridos para viviendas, o mejor, destinados a construir sobre ellos una vivienda.

¿Cómo se demuestra este fin? ¿Y si luego este fin no se materializa? ¿Cómo se prueba el fin de vivienda?

*f)* Pero ambos casos exigen el “tipo” legal que estos inmuebles (los “nuevos” y los lotes para viviendas futuras) sean ofrecidos públicamente y a personas indeterminadas, o sea que se refiere al sistema de corretaje o remate, excluyendo cualquier otra compraventa.

¿Es razonable esta exclusión? ¿cuál es el fundamento? Seguramente porque se considera que esta modalidad es la única que se realiza a través de un empresario en la materia, pero ello choca con la exclusión de los profesionales con título universitario y poder co-

legal sobre él, como lo son el martillero y el corredor, luego de la Ley 25.028?

*c. Exclusión de los contratos sobre cosas “usadas”*

Quedan excluidos del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean “cosas usadas”.

¿Cuál es la razón? La ruptura de la ecuación empresario-consumidor.

Las condiciones de la exclusión son dos:

a) Debe ser un contrato entre consumidores, o sea, ambas partes deben ser sujetos considerados por la Ley como consumidores.

b) Deben ser cosas “usadas”.

Ahora bien, ¿esto significa que la prestación de un servicio de un consumidor a otro cae en el ámbito de la Ley? ¿No debe ser un ejercicio profesional? Y si la cosa que le vende un consumidor a otro es nueva y no usada, ¿cae en el ámbito de la Ley?

*d. Sujetos obligados*

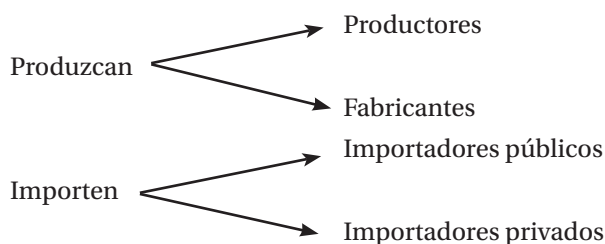
a) Todas las personas, físicas o jurídicas.

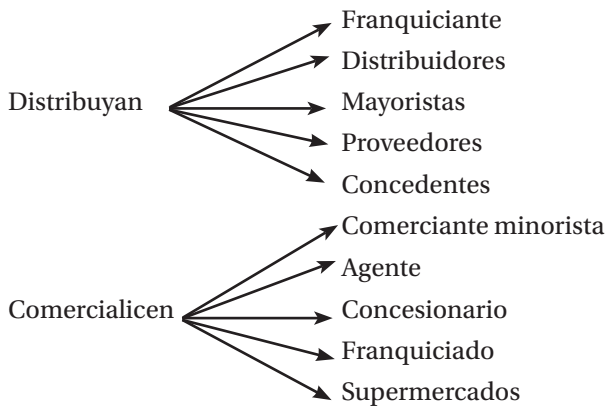
b) Públicas o privadas (o sea que el Estado queda comprendido).

c) Que en forma profesional, es decir, que haya asumido esa calidad o condición social (de la forma que fuere), aunque lo ejecuten ocasionalmente (lo que contradice el art. 6º del Cód. de Com.), con lo cual el concepto de la Ley es más amplio que el que trae el artículo 1º del Código de Comercio para definir al comerciante, y se emparente con una amplia noción de empresario.

¿Qué se entiende por profesional?

d) Quedan comprendidos, entre otros:





*e)* Cosas o servicios.

*f)* A consumidores o usuarios.

De manera tal que queda fuera del marco legal lo que no pueda ser conceptualizado como “cosa” o “servicio” o que la cosa o servicio no sea destinada a un consumidor o usuario.

Debe conceptualizarse, en sentido amplio, lo que se entiende por:

Comercializar.

Producir.

Importar.

Distribuir.

Estos términos deben ser adecuados (con amplitud) al tema de los servicios.

### *e. Sujetos excluidos*

La ley realiza una doble exclusión subjetiva:

*a)* No serán considerados consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

El decreto reglamentario señala que: “Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica”.

La jurisprudencia ha señalado algún supuesto que refiere a esta causal de exclusión:

“Quién adquiere un rodado para continuar su vida económica en un proceso productivo que habría de culminar con una ulterior comercialización a terceros del servicio de transporte, realiza un acto profesional que resulta incompatible con el acto de consumo, por lo que ante los inconvenientes que se susciten con la unidad —en el caso, fue habilitada por la autoridad administrativa para transportar una cantidad de personas menor a la esperada por el actor— no reviste la calidad de consumidor a los fines de la protección instituida por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (modif. por Ley 24.499)” (57).

De manera tal que aquí hay que determinar ¿qué se entiende por integración?, lo que dependerá de cada caso concreto, y observar si ello desplaza el consumo final o el beneficio propio, del grupo familiar o social.

b) La segunda exclusión es inversa, o sea, no serán considerados contraparte del consumidor (empresario, proveedor o prestador) los profesionales liberales que presten servicios siempre que: 1) tengan título universitario, y 2) matrícula profesional.

Ésta es una norma claramente inconstitucional porque genera un privilegio sin razón para un sector o grupo, en desmedro de los consumidores y de la sociedad toda, violando el artículo 16° de la Constitución Nacional, y enerva en gran parte los efectos propios de la Ley.

Aunque deja (paradójicamente) dentro del marco legal a la publicidad de estos servicios.

#### *f. Los servicios comprendidos*

Según el artículo 11° de la Ley 24.240, están comprendidos en su ámbito aquellos servicios, o mejor, la prestación de servicios, que hayan sido ¿adquiridos? o ¿usados? por una persona física o jurídica que los hubiere contratado a título oneroso para su ¿consumo o uso? final o en ¿beneficio? propio o de su grupo familiar o social.

Ello deja en claro que en principio se trataría de cualquier servicio contratado a título oneroso, con la amplitud que luego la reglamentación o la jurisprudencia le han dado a este término.

---

(57) CNCom., Sala A, 03/07/2003, “Aman, Juan C. c/ Príncipe Automotores y otro”, LA LEY 2033-F, 1048.

Entendemos que se refiere a “toda prestación humana que satisface alguna necesidad del individuo, de su familia o de un grupo social”.

*g. La prestación “profesional” de servicios.*

Sin perjuicio del principio amplio que hemos señalado, donde el único recaudo es que estemos frente a un consumidor (o usuario) y a una contratación del servicio, debe advertirse sobre condicionantes subjetivos para la aplicabilidad de la Ley 24.240.

El prestador del servicio debe ser profesional. Ello surge del artículo 22º de la Ley 24.240.

¿A quiénes se refiere la norma cuando habla de que presten servicios “en forma profesional”?

En nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia la citada referencia debe ser ubicada en directa relación con el concepto actual de empresario o con el más tradicional de comerciante, que hace base en el artículo 1º del Código de Comercio y le artículo 8º, inciso 5º del mismo cuerpo legal.

Incluso en esta construcción se pueden utilizar las presunciones señaladas por el artículo 5º y eliminar la exclusión del artículo 6º del Código de Comercio.

De esta manera llegamos al comerciante o empresario del servicio, que es la contraparte lógica del consumidor o usuario del servicio y que da sentido a la normativa protectora de la Ley 24.240.

*h. Exclusión de servicios “de consumidor a consumidor”*

¿Es posible que un consumidor pueda prestarle un servicio, aun ocasional, a otro consumidor? Por supuesto que es probable, utilizando una noción amplia del servicio.

Sin embargo, esta situación no quedaría encuadrada en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor, al carecer el prestador - consumidor del carácter profesional en la prestación del servicio.

*i. Exclusión de los servicios concretos integrados a procesos productivos o comerciales*

Esta limitante surge del artículo 2º, segundo párrafo de la Ley 24.240.

El servicio adquirido en forma onerosa es incorporado a un proceso de: a.-) producción; b.-) transformación; c.-) comercialización, y d.-) prestación de bienes y servicios a terceros.

De manera tal que no se realiza el “consumo final” que caracteriza a las adquisiciones o usos de servicios, conforme a la norma básica del artículo 1º de la Ley.

Aquí es otra empresa (o empresario) la que adquiere el derecho al servicio, pero lo hace para producir, transformar, comercializar o prestar bienes o servicios a terceros y no para usarlos finalmente” (58).

*El caso Ferreyra c/ V.I.C.O.V S.A de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

Este interesante precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 21/03/2006, publicado en RCyS 2006-VI-50 nos muestra claramente como se han ampliado los marcos conceptuales referidos a las partes de los contratos y a las figuras contractuales más novedosas.

Se trata del típico accidente ocurrido en una ruta concesionada explotada por una empresa privada que cobra un peaje, donde el actor había colisionado con un animal suelto en la ruta.

Aquí recordemos que los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular “Colavita”, eximían de responsabilidad a la concesionaria y al Estado por los daños causados por la colisión con un animal suelto en la ruta y solamente hacían responsable al dueño del animal en virtud del art. 1124º del Código Civil.

Con el agravante de que nunca se ubicaba al dueño del animal.

Por lo tanto teníamos a una persona dañada y a ningún responsable.

El procurador dictamina conforme “Colavita” y aconseja conceder el recurso extraordinario y dejar sin efecto el decisorio condenatorio mandando a dictar nueva sentencia.

Este dictamen es del 30 de noviembre de 2004 firmado por Felipe Obarrio.

La Corte se pronuncia el 21 de marzo de 2006 y la mayoría señala que el recurso extraordinario es inadmisibile en virtud del art. 280º del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, con lo cual la sentencia condenatoria de la empresa de peaje queda firme.

---

(58) ALEGRÍA, Héctor y MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Revista de Derecho Privado y Comunitario - Contratos de servicios II - 2005-2”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, ps. 299/306.

Recordemos el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco fue el que condenó a la empresa concesionaria considerando que la responsabilidad se encuadra en el régimen contractual y aplicó la Ley 24.240 y el art. 42° de la Constitución Nacional.

Resultan interesantes para ilustrar este caso los votos del Dr. Zaffaroni y el Dr. Lorenzetti.

El Dr. Zaffaroni señala que no resulta adecuada la defensa de la concesionaria al sostener que la relación de la empresa de peaje con el usuario sea de naturaleza extracontractual y de Derecho público.

En este sentido el Dr. Zaffaroni considera que estamos frente a un contrato y que el peaje tiene la calidad de precio porque se encuentra gravado con el impuesto al valor agregado IVA.

Que además la relación de la concesionaria con el usuario es una relación de consumo que se encuentra contemplada por la Ley 24.240, particularmente su artículo 40° y el artículo 42° de la Constitución Nacional reformada en 1994.

Considera que en el caso hay derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad y que la empresa asume por su propia cuenta y riesgo la explotación de la ruta concesionada; en consecuencia la responsabilidad que tiene por el riesgo asumido es directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario.

Afirma este ministro que la relación resulta de naturaleza contractual de derecho privado y hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo de la concesionaria, pues se trata de prestar un servicio de carácter continuado, modalmente reflejado por el ingreso a las rutas en forma masiva y de uso simultáneo, sin que puede existir una deliberación previa de forma que le permita al usuario modificar la condición de la prestación.

Resulta muy importante la afirmación de Zaffaroni que considera que la responsabilidad de la concesionaria es objetiva y que asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquel debe llegar sano y salvo al final del recorrido en consonancia con el principio de buena fe y el deber de custodia que sobre ella recae.

Dentro del cumplimiento de este deber de seguridad se encuentra a cargo de la concesionaria, dice Zaffaroni, la vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos y alejar a



los animales que invadan la ruta dando aviso de inmediato a la autoridad pública correspondiente.

Por su parte el Dr. Lorenzetti señala tres o cuatro cuestiones que se suman desde nuestra perspectiva a la fundamentación realizada por Zaffaroni.

En este sentido Lorenzetti interpreta que cuando se habla de seguridad debe ser entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que directa o indirectamente se vinculen con la vida y la salud de las personas.

También rescata Lorenzetti que el usuario o el ciudadano común traslada su confianza hacia la empresa organizadora de este servicio.

Correspondientemente debe actuar dicha empresa con buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones de manera tal que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte.

Afirma con certeza que un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes.

Esta afirmación del citado ministro resulta de notoria importancia.

Rescata Lorenzetti que el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y al concesionario de la misma es una relación de consumo y por ende reglamentada por la Ley 24.240.

Además señala que el concesionario asume la obligación de prestar un servicio o sea que hay una obligación nuclear del contrato constituida por la relación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y también deberes colaterales con fundamentos en la buen fe y entre estos deberes colaterales existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual.

Y afirma con énfasis que una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad de fuente constitucional.

Señala desde otro punto de vista la necesaria previsibilidad del siniestro que ocupa al caso y esta previsibilidad debe ser analizada en congruencia con el art. 902º del Código Civil, máxime tratándose de una

empresa con carácter profesional y objeto exclusivo agregamos nosotros.

Por último señala la importancia de la información en la relación contractual señalando que es el explotador del servicio quién está en mejor posición para recolectar información sobre la circulación de los animales y sus riesgos y por el contrario, el usuario es quién está una posición desventajosa para obtener esos datos.

Por último y con inteligencia señala Lorenzetti que la carga indemnizatoria puede ser distribuida por el prestador, tanto disminuyendo los accidentes (con mayor prevención agregamos nosotros) como contratando un seguro, que es el sistema adecuado, en la actual configuración de la responsabilidad civil, para trasladar las consecuencias económicas del siniestro a una estructura técnico económica como la empresa de seguro creada para estos fines.

## 12. LOS CONTRATOS CONEXOS

También en relación con la problemática de “las partes y los terceros” en relación con el contrato, se plantea el supuesto de la conexidad contractual.

Este fenómeno se muestra en la realidad, con variadas características:

- a) Multiplicidad de sujetos involucrados;
- b) Negocios vinculados;
- c) Unidad económica (en cuanto al fin perseguido);
- d) Publicidad integradora.

La problemática está dada por quién responde frente a la contraparte, que puede ser un consumidor o no.

Si resulta ser un consumidor, la cuestión se simplifica por la aplicación de los arts. 65º, 1º, 3º, 4º, 5º, 8º, 9º, 37º, 40º entre otros y en ese orden.

Si no resulta ser un consumidor la cuestión ha de resultar más compleja y debe resolverse conforme a los principios clásicos que se extraen de las normas comentadas de la legislación civil, salvo que exista para el caso legislación especial.

En los autos “González, Ignacia c/ Intervac S.R.L” resuelto por la C.N.A en lo Comercial, Sala “B”, con nota de la Dra. Piaggi se trató bajo el encuadre de los contratos conexos a un supuesto de “tiempo

compartido” y se dictaminó con certeza sobre la responsabilidad que correspondía a cada parte interviniente.

“a) A fs. 16/20 Ignacia del Pilar González demandó a Intervac S.R.L. (en adelante “Intervac”), Andina S. A. (en adelante “Andina”), Intersol S. A. (en adelante “Intersol”) e Interval International (en adelante “Interval International”) reclamándoles: a) el cumplimiento de un contrato mediante el cual debían adjudicarle el uso exclusivo de dos “semanas altas” en un inmueble ubicado en San Martín de los Andes, con derecho a “intercambio regional e internacional” (“tiempo compartido”) y, b) \$ 24.400 más los intereses —devengados desde la interposición de la demanda— como indemnización por daño material y moral; con costas. Reserva su derecho de aumentar el monto reclamado y resolver el contrato en los términos del art. 1204º del Cód. Civil y, a fs. 152 amplía demanda a \$ 27.600.

Sostiene que en 1987 suscribió un boleto de compraventa con el socio-gerente de “Intervac” —José A. Conti— mediante el cual adquirió por A 4.908 el 3,836% indiviso de la unidad funcional 02-04 (del complejo turístico “Intervac-I”) sita en la calle C.C. que Curruinca, parcela 9180, San Martín de los Andes (Pcia. de Neuquén) con uso exclusivo durante las semanas 4 y 5 de cada año, a partir del 23/01/88.

Añade que la decisión de contratar se debió principalmente a la posibilidad de intercambiar las semanas de uso del inmueble, dentro del país y en el exterior. Por ello el 15/5/87 abonó una membresía internacional a “Intersol” (u\$s 50) con el fin de adherir al “intercambio internacional” otorgado por “Interval International”, confiando en la seguridad que significaba la inclusión del complejo “Intervac-I” en la p. 248 de la revista “Interval International” (sección “Argentina mountains & countryside”), es el miembro 6412 ARS de “Intersol” y el socio 6000231 de la cadena de intercambio.

En octubre de 1987 solicitó a “Intersol” el intercambio de las semanas 4 y 5 de enero/febrero de 1988 que le correspondían, pero su pedido fue denegado. Por ello el 22/12/87 intimó (CD 8519) el cumplimiento de lo pactado, infructuosamente. Aduce que el complejo perdió la categoría de “internacional”, más tarde la de “regional” y actualmente ni siquiera está comprendida dentro del segmento de “tiempo compartido”.

Finalmente denunció el incumplimiento ante la Cámara de Tiempo Compartido (21/12/87) pero su reclamo nuevamente resultó estéril.

Funda su derecho en los arts. 506º, 511º, 512º, 1098º, 1109º, 1137º, 1144º/1147º, 1156º, 1162º, 1168º, 1197º, 1204º y conc. del CC y art. 320 inc. f del Cód. Procesal y ofrece prueba (v. fs. 130/131 y 154/155).

a) El “tiempo compartido” es una relación bilateral atípica y compleja que recae sobre bienes muebles (yates, veleros, casas rodantes, etc.) inmuebles (casas, departamentos, cabañas, etc.) o inmateriales (software, marcas, patentes, etc.).

Como recuerda López Cabana, el origen del instituto se ubica en Francia, con la creación de la Société de Grands Travaux de Marseille que obtuvo el registro del nombre Multipropriété en el año 1967, aplicándolo a una estación hotelera ubicada en los Alpes franceses.

Ahora bien, sea cual fuere la forma en que se encuentre estructurado jurídicamente el sistema de tiempo compartido (derechos reales o personales) surgirán tres relaciones contractuales relacionadas entre sí: a) el contrato de entrega del bien; b) el contrato entre el usuario y el administrador, y c) el contrato que vincula al usuario con la cadena de intercambio. Ello constituirá uniones de contratos o contratos conexos.

En este caso los diversos contratos individuales que conforman el sistema son celebrados entre:

(i) un grupo de personas que adquieren conjuntamente una cosa, dividiendo su uso alternativamente en períodos de tiempo prefijados (confr. Lorenzetti, Ricardo, “Tratado de los contratos”, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 460);

(ii) una persona que comercializa, administra y/o gestiona los bienes afectados al negocio, que generalmente es un comerciante profesional; y, eventualmente,

(iii) una empresa de “intercambio vacacional” que concerta con los multipropietarios del bien un “trueque” de semanas de uso o de la unidad adquirida (sobre ello volveré *infra*).

En autos “Intervac” vendió a la actora el 3,836% indiviso de la unidad funcional 02/04 del complejo, asignándole el derecho a uso exclusivo de las semanas 4 y 5 de cada año (v. boleto de compraventa, fs. 85/86). Al tiempo de concretarse la venta, el complejo estaba adherido al sistema de intercambio vacacional, el que —como referí supra— permite a los usuarios entregar sus semanas a la cadena turística, a cambio de otras de similar calidad y confort en un lugar geográfico distinto y/o en una etapa diferente del año.

Juzgo que debe condenarse a las codemandadas a resarcir los daños causados a la actora; responderán solidariamente, sin perjuicio de las acciones de repetición que estimen corresponder. Ello, por cuanto en la cadena de contratos destinados a instrumentar un único negocio frente al consumidor, existen deberes secundarios de conducta respecto del

funcionamiento del sistema en su conjunto, que —*prima facie*— quedan soslayados del negocio individual. En tal contexto, el deslinde de la responsabilidad debe apreciarse con estrictez, pues el incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que repercute en todo el sistema. Los contratos vinculados entre sí celebrados en cumplimiento de una operación económica global, deben interpretarse conjunta y coherentemente sin soslayar la finalidad que puede emerger de la red de vínculos.

Sentado lo anterior diré que en el “sub examine” no existe margen conceptual ni fáctico que escinda y delimite la responsabilidad de cada defendida. Si el incumplimiento en las obligaciones emergentes del negocio complejo resultó de una concatenación de actos negligentes realizados por los distintos sujetos; la impericia de cada uno no apunta al grado de responsabilidad, sino a la existencia de la responsabilidad misma.

La co-responsabilidad no importa semi-responsabilidad, sino una responsabilidad plena atribuible a cada sujeto que con su acción u omisión co-originó el incumplimiento; en el caso, la condena solidaria apoya en la propia naturaleza del hecho generador (59).

### **13. RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE TERCEROS**

Es necesario también integrar en este análisis al principio contenido en el art. 1163° del Código Civil.

La norma señalada nos recuerda que el que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de este debe satisfacer las pérdidas o intereses si el tercero se negare a cumplir el contrato.

Esta es una situación especial donde una de las partes del contrato involucra a un tercero que no lo ha celebrado, pero cuyos efectos pretenden integrarlo al contrato o al cumplimiento de las prestaciones que surgen del contrato.

La jurisprudencia nos ha llevado a recoger distintas situaciones generadas a partir de la aplicación de la presente norma.

En este sentido algunos de los supuestos de importancia son los que a continuación se transcriben:

---

(59) *Vid.* mi voto, CNCom., Sala B, “in re” “Frigorífico Riosma c. Argencard S. A. y otro s/ ordinario”, del 02/12/2003, publ. en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) el 9/2/2004). CNCom., Sala B, 30/06/2004, González, Ignacia c. Intervac S.R.L. - LA LEY 23/09/2004, 5 - RCyS 2004-VIII, 108 23/09/2004)

La inexistencia de ratificación del contrato por el tercero lleva a la responsabilidad por parte del gestor, por las pérdidas e intereses.

Que los artículos 1161º y 1162º del Código Civil digan que un contrato en las condiciones allí supuestas es de ningún valor y no obliga ni al que lo hizo es óbice para que exista reparación si hubo un atentado al principio de buena fe (60).

La inexistencia de ratificación entonces determina la admisibilidad formal de la demanda contra el gestor que queda personalmente obligado ante la falta de ratificación de la gestión (61).

Debemos recordar que estamos en presencia de un caso de promesa por tercero o promesa del hecho de un tercero, previsto por el artículo 1163º del Código Civil, según el cual el que se obliga por un tercero ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negara a cumplir el contrato (62).

Sin embargo, no procede reclamar la reparación en virtud de la cláusula penal pactada en un contrato ad referendum, pues ésta resulta eficaz si el contrato finalmente claudica (63).

Permanece vigente la doctrina tribunalicia que señala que la indemnización de los daños sufridos por el acreedor debe liquidarse después de que el promitente ha sido intimado por la sentencia para que obtenga del tercero el hecho prometido, pues en tal oportunidad podrá saberse si la obligación será o no cumplida (64).

Siempre cabe distinguir la promesa del hecho de un tercero del compromiso de gestionar ante él la realización de ese mismo hecho, siendo el primer caso el que genera responsabilidad ante la negativa del tercero (65).

Así se ha decidido que queda comprometida la responsabilidad de una productora que prometió a un distribuidor la comercialización de una película luego no aprobada por los directores y productores de ésta (66).

---

(60) CNCiv., Sala D, 25/02/86, LA LEY 1986-D, 71.

(61) CNCiv., Sala F, 16/12/97, LA LEY 1998-D, 293.

(62) CCiv. y Com., 5ªNom., Córdoba, 14/05/2002, LLCórdoba, 2002-1312.

(63) SC Mendoza, Sala 1ª, 26/03/92, LA LEY 1992-E, 256.

(64) CCF, 31/03/64, LA LEY 116-959.

(65) LA LEY, 116-689; JA 51-959.

(66) CNCom., Sala C, 05/05/2000, ED del 05/10/2000.

# EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO FRANCÉS

Christian LARROUMET (1)

**SUMARIO: I. LA CONTROVERSIA SOBRE LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.— II. EL PRINCIPIO DE LA NO ACUMULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.— III. EL RÉGIMEN DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO.**

En el caso de incumplimiento de una obligación contractual existen varias sanciones en todos los sistemas jurídicos del mundo. En el derecho francés, como en los sistemas de derecho continental, se puede considerar que hay tres sanciones del incumplimiento.

En primer lugar, se trata del cumplimiento forzoso de la obligación, es decir que el acreedor logra una sentencia que condena el deudor al cumplimiento y hace lo necesario para la ejecución forzosa de esa condenación. Sin embargo, no se puede siempre admitir un tal cumplimiento forzoso. En efecto, el cumplimiento debe ser posible y sin apremio físico contra el deudor. Además, en algunos casos, la jurisprudencia francesa, por motivos oscuros y que no son convincentes, rechaza la ejecución forzosa. Es el caso del incumplimiento de una promesa de venta o de un pacto de preferencia, aunque, en una época muy reciente, puede ser que una evolución se destaque a favor de un cumplimiento forzoso de los pactos de preferencia y que algunas sentencias admiten el cumplimiento forzoso de la promesa de venta cuando el deudor no cumplió con su obligación.

En segundo lugar, el acreedor puede invocar la resolución del contrato que tiene como efecto la desaparición del contrato, retroactiva-

---

(1) Profesor en la Universidad Panthéon-Assas (París II). Presidente de la Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains.

mente o solo para el futuro cuando no se puede rayar 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 de demandar al juez que condene el deudor a pagar daños y perjuicios. Se trata de la responsabilidad contractual cuyo objeto es el resarcimiento del daño que resulta del incumplimiento de la obligación.

La cuestión que se debe tratar es saber que son las características esenciales de la responsabilidad contractual en Derecho francés. Debemos considerar esta cuestión desde tres puntos de vista.

El primero es que, en una época reciente, una parte de la doctrina francesa denegó la existencia de la responsabilidad contractual.

Si la responsabilidad contractual existe, no debemos confundirla con la responsabilidad extracontractual y el derecho francés consagra un principio de no acumulación de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual.

Desde el tercer punto de vista, se necesita precisar los elementos fundamentales del régimen de la responsabilidad contractual.

### **I. LA CONTROVERSIA SOBRE LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

En los años 1990, una parte de la doctrina ha considerado que no existía la responsabilidad contractual. Para esa doctrina, el concepto de daños y perjuicios no correspondería al resarcimiento de un daño en materia contractual sino a una ejecución por equivalencia de la obligación contractual. Se puede considerar la ejecución por equivalencia como el pago de un importe de dinero en lugar de la satisfacción del acreedor como la habían previsto las partes en el contrato. La consecuencia de este sistema es que la prueba de la existencia de un daño sufrido por el acreedor no sería un requisito de la obtención de daños y perjuicios en virtud de la ejecución por equivalencia puesto que no se trata de responsabilidad civil. Sin embargo, en el caso de que el incumplimiento de la obligación contractual hubiese sido también la fuente de un daño, el acreedor podría obtener el resarcimiento



de este daño sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual en la medida en que no existe la responsabilidad contractual.

Sin embargo, no se puede admitir el sistema de la ejecución por equivalencia distinto de la responsabilidad civil. ¿En efecto, como valorar el importe de los daños y perjuicios al no tomar en cuenta el daño sufrido por el acreedor cuando el deudor no cumple con su obligación? Es imposible. 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.

Es cierto que los redactores del Código Civil francés no han afirmado de una manera expresa que el incumplimiento de una obligación contractual era la fuente de una responsabilidad civil y, a partir de esa posición, algunos autores han considerado que el concepto de responsabilidad contractual no existía verdaderamente al principio del siglo XIX. Sin embargo, desde esa época, la jurisprudencia francesa ha decidido que los textos del Código Civil eran la fuente de una verdadera responsabilidad civil en materia contractual. Más especialmente, algunos artículos del Código no pueden tener sentido si no se puede admitir que corresponden al concepto de responsabilidad civil.

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 un causal extraño 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 ningunos daños y perjuicios cuando, por motivo de una fuerza mayor, un acontecimiento impidió al deudor que éste cumpliera con su obligación”*. La fuerza mayor y, de manera general, los causales extraños de exoneración son propios a la responsabilidad civil y eso 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.

En conclusión, hoy en día, no se puede denegar la existencia de la responsabilidad contractual.

## II. EL PRINCIPIO DE LA NO ACUMULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Al considerar que no existe la responsabilidad contractual, se debe también admitir que, en el caso de que el incumplimiento de la obligación contractual sea la fuente de un daño sufrido por el acreedor, el resarcimiento de este daño puede dar lugar solamente a la responsabilidad extracontractual. Es la solución postulada por la doctrina que deniega la existencia de la responsabilidad contractual. En esa medida, se necesita compaginar la ejecución por equivalencia y la responsabilidad extracontractual.

Al revés, al admitir que existe una verdadera responsabilidad contractual, se plantea el problema de saber si se puede concebir la intervención de la responsabilidad extracontractual en materia contractual. El derecho comparado demuestra que, en algunos sistemas jurídicos, la responsabilidad extracontractual tiene vocación al resarcimiento de un daño contractual. Es la solución de la *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 prohíbe 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 extracontractual.

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.

La justificación del principio de no acumulación se encuentra en la necesidad de proteger la responsabilidad contractual y más especialmente su ámbito así como su régimen. En efecto, sirve para nada admitir que existe una responsabilidad contractual específica y en el

mismo tiempo permitir al demandante rechazarla para gozar de la ventaja de la responsabilidad extracontractual de tal manera que esa podría completar la contractual o reemplazarla. En realidad, la responsabilidad contractual, dentro de su propio ámbito, tiene que excluir la extracontractual. La existencia de la responsabilidad contractual exige el principio de no acumulación. Así, el acreedor no puede rechazar la aplicación de una cláusula penal, de una cláusula de no responsabilidad o una cláusula limitativa de responsabilidad al pretender que se debe aplicar la responsabilidad extracontractual para el resarcimiento de un daño contractual. De la misma manera, cuando la responsabilidad contractual tiene como requisito de la reparación la prueba de una culpa por el demandante, éste no puede eludir un tal requisito al invocar una responsabilidad extracontractual de pleno derecho.

El principio de no acumulación se aplica solamente en las relaciones entre el acreedor contractual y su deudor en virtud del contrato. Cuando se trata de un daño sufrido por un tercero en razón del incumplimiento de una obligación contractual por el deudor, lo que puede ser, se aplica la responsabilidad extracontractual del deudor en su relación con el tercero. En una tal situación, la intervención de la responsabilidad contractual sería contraria al principio del efecto relativo de los contratos. Sin embargo, en el caso de una transmisión de los derechos generados por el contrato, el cesionario puede invocar solamente la responsabilidad contractual, lo que parece lógico puesto que se trata de la transmisión de la posición del contratante originario, que esa transmisión sea expresa o implícita, así como es el caso de un subadquiriente.

Se puede considerar que la distinción de la responsabilidad contractual y de la extracontractual no es satisfactoria en algunos casos en los cuales el régimen del resarcimiento del daño debería ser el mismo porque el acreedor contractual así como un tercero que sufrido también un daño por incumplimiento de la obligación por el deudor están en la misma situación, es decir que ambos son expuestos al mismo riesgo. Así es el caso del riesgo del tránsito automóvil o del defecto de un producto. Un pasajero del automóvil y un peatón son expuestos al mismo riesgo de la misma manera que el producto defectuoso puede ser peligroso para el comprador y también para un tercero. Eso explica que el legislador haya decidido realizar una unificación de ambas responsabilidades en estas situaciones. No se trata, en realidad, de la desaparición de la distinción entre ambas responsabilidades, sino de la unificación de los regímenes de cada una.

### III. EL RÉGIMEN DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

La responsabilidad contractual exige, en primer lugar, un incumplimiento de la obligación imputable al deudor y, en segundo lugar, un daño. En otros términos, sin imputabilidad y sin daño, no se puede concebir la responsabilidad. Tales son los dos elementos esenciales del régimen de la responsabilidad contractual.

#### 1. La imputabilidad

Este requisito de la responsabilidad supone que el deudor debe ser responsable solamente del daño que es imputable a su actividad o a su hecho. El deudor no puede ser responsable si el daño no es vinculado a su actividad. Eso plantea dos problemas.

El primer problema es **saber si la culpa del deudor es una necesidad para que el daño sea imputable a éste**. En realidad, no se puede confundir imputabilidad y culpa. La imputabilidad no exige la culpa. Basta con la vinculación del daño a la actividad del deudor. Sin embargo, eso no significa que la culpa nunca es un requisito de la responsabilidad contractual. En Derecho francés, se admite la distinción de las obligaciones de medio y de resultado.

Si se trata de una obligación de medio, la existencia de la culpa es un requisito de la responsabilidad, porque se necesita buscar si el comportamiento del deudor es intachable o no. En efecto, el incumplimiento de una obligación de medio supone que el deudor no hizo lo que debía hacer para satisfacer al acreedor y eso quiere decir que se trata de una culpa. Sin embargo, hay situaciones en las cuales el acreedor tiene que probar la culpa y otras en las cuales la culpa es presumida salvo prueba contraria.

Cuando la obligación es de resultado, la culpa no es un requisito de la responsabilidad. En efecto, cuando se trata de una tal obligación, el deudor promete al acreedor un resultado sin necesidad de apreciar si el deudor hizo todo lo que debía hacer para procurar el resultado. Al no procurar el resultado, el deudor es responsable. Cuando el deudor no alcanzó el resultado que prometió, éste es responsable sin culpa. En realidad, se trata de una responsabilidad de pleno derecho, mientras que cuando la obligación es de medio, se trata de una responsabilidad por culpa.

El segundo problema que plantea la imputabilidad es la existencia de un **causal extraño de exoneración de responsabilidad**, así como la fuerza mayor, el hecho o la culpa de un tercero o del acreedor. El objeto de la prueba de un causal extraño por el deudor es suprimir un

nexo de causalidad entre su actividad y el daño. Por eso, esta prueba destruye la imputabilidad. La jurisprudencia francesa ha evolucionado respecto a la exoneración de responsabilidad. Hoy día hay sentencias de la Corte Suprema que consideran que el único requisito de un causal extraño es la índole irresistible para el deudor del acontecimiento que constituye el causal extraño, mientras que tradicionalmente había otros requisitos. Sin embargo, hay hesitaciones.

La prueba de un causal extraño es el único medio para el deudor de una obligación de resultado evitar su obligación de resarcimiento del daño, puesto que su responsabilidad es de pleno derecho y que sirve para nada probar la falta de culpa. Sin embargo, también cuando se trata de una obligación de medio, la prueba de un causal extraño destruye el nexo de causalidad entre la culpa del deudor y el daño.

## **2. El daño**

Sin daño, no hay responsabilidad. En efecto, el objeto de la responsabilidad es el resarcimiento de los daños. Se puede resarcir todos los daños, los puramente económicos, así como los daños a los bienes y las ganancias perdidas, como los daños a la persona incluso los daños morales. En otro tiempo, hubo dudas respecto al resarcimiento del daño moral en materia contractual, porque el contrato establece una relación económica entre las partes. Sin embargo, se admitió el daño moral hace muchos años. Es evidente que, en varios contratos, hay una obligación de seguridad cuyo incumplimiento puede ser la fuente de un daño moral. De todas maneras, no es solamente cuando hay una obligación de seguridad para con la persona que se puede considerar un daño moral. Se puede tomar en consideración cualquier daño moral.

En presencia de una cláusula particular, no se necesita la existencia de un daño. Se trata de la cláusula penal, en virtud de la cual el deudor debe pagar un importe de daños y perjuicios determinado por el acuerdo de las partes en el contrato. En una tal situación, todos los requisitos de la responsabilidad contractual deben ser cumplidos salvo la prueba de un daño. La razón es que la cláusula penal constituye una medida para apremiar al deudor al cumplimiento de la obligación. Al exigir la prueba de un daño, cuando el deudor no cumplió, la cláusula no podría ser un verdadero apremio. Sin embargo, el derecho francés de la cláusula penal es un poco confuso, porque se admite también que la cláusula penal puede ser favorable al deudor, por ejemplo cuando el importe es inferior a la valoración del daño. Hay controversias sobre la verdadera naturaleza de la cláusula penal.



# LA EQUIDAD Y SU FUNCIÓN CUANTIFICADORA DE LOS DAÑOS DE IMPOSIBLE PROBANZA, A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 1332º DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Felipe OSTERLING PARODI (1)  
y Alfonso REBAZA GONZÁLEZ (2)

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. ALCANCES DEL ARTÍCULO 1332º DEL CÓDIGO CIVIL. III.— EL PROBLEMA DE LA FALTA DE PREDICTIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES. IV.— DOS CASOS SINGULARES: PÉRDIDA DE CHANCE Y DAÑO MORAL. 4.1. LA CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE. 4.2. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.**

## I. INTRODUCCIÓN

Si el principio general en materia de responsabilidad civil es que aquel que causa un daño debe indemnizarlo, la derivación inmediata del citado principio es que dicha indemnización debe ser de una cuantía adecuada. En efecto, ninguna pretensión indemnizatoria se agota con la sola determinación de responsabilidad del agresor, sino que precisa del establecimiento de una cuantía idónea para reparar el daño. La responsabilidad civil, entonces, encuentra en la cuantía de la indemnización a la materialización de sus principios ontológicos.

La mayoría de normas de responsabilidad civil establecen los parámetros para la configuración de responsabilidad. El artículo 1332º,

---

(1) Profesor de Derecho de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Osterling Abogados.

(2) Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Osterling Abogados.

en cambio, tiene como supuesto de hecho la existencia de responsabilidad civil y se aplica a una segunda etapa, cual es la determinación del monto reparatorio.

Esta norma pone sobre el tapete un problema de importancia económica y jurídica sustancial, esto es la cuantificación de las indemnizaciones por daños. Es frecuente que las indemnizaciones que se otorgan en nuestro país se encuentren por debajo de los estimados más conservadores que podría haber hecho el agraviado, temperamento que se complica aún más cuando la naturaleza del daño no le permite al agraviado contar con los medios probatorios necesarios a efectos de acreditar su cuantía. Por ello, si entendemos al monto de la indemnización como la manifestación más concreta del resarcimiento a que tiene derecho la víctima, su determinación resulta preponderante.

En tal sentido, una vez configurado el daño indemnizable, su efectivo resarcimiento podría tropezar con la imposibilidad de establecer un monto por defecto de prueba. Nos referimos al caso en que quede claro a ojos del juez que el demandante ha sufrido un daño que merece ser indemnizado, pero que en el proceso no ha estado en aptitud de aportar medios de prueba que le permitan establecer con precisión la cuantía. Ante esta eventualidad, partiendo de la premisa de que un daño que genera responsabilidad civil y no puede dejar de ser indemnizado, el artículo 1332º instituye a la valoración equitativa del juez como la herramienta que permitirá la liquidación del daño.

En el presente artículo nos proponemos abordar esta norma con una doble perspectiva: identificar a la equidad como la base de la cuantificación, estableciendo sus alcances y presupuestos; y, de otro lado, definir los criterios que deberán regir la actuación del órgano jurisdiccional para cuantificar los daños con equidad.

## II. ALCANCES DEL ARTÍCULO 1332º DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1332º del Código Civil introduce un mecanismo para cuantificar el resarcimiento de los daños de difícil probanza. De acuerdo con dicha norma, *“si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”*.

Al respecto se ha señalado que “la evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso, tales como precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón



de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir pues la prueba directa se hace más difícil; ya que se trata de hechos futuros, el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones” (3). En tal sentido, el artículo 1332° del Código Civil “*obliga al juez a liquidar con valoración equitativa*” (4) cuando el daño no pudiera ser probado en su monto preciso.

Esta norma encuentra su precedente inmediato en el artículo 1226° del Código Civil italiano de 1942, el cual establece que “*si el daño no puede ser probado en su monto preciso, el juez lo liquida mediante una valoración equitativa*”.

Comentando el dispositivo del Código italiano, Adriano DE CUPIS (5) señala que esta norma presupone la imposibilidad de probar la magnitud real y efectiva del daño, por lo que es una institución que, como remedio sucedáneo, viene a suplir la prueba imposible. No obstante, “la valoración equitativa puede también prescindir en casos excepcionales de la imposibilidad, valga decir, no actúa como remedio sino que adquiere la función de instrumento del daño preferido por el legislador a cualquier otra prueba posible”.

En este caso, se ha dejado a la libre y prudente determinación del juez el monto del daño resarcible, y por ello deberá aplicar su criterio discrecional atendiendo tanto a las peculiares circunstancias de la naturaleza jurídica del daño, como a lo que pudiera requerir el caso concreto.

Ahora bien, el análisis de la responsabilidad civil se estructura usualmente en dos etapas: i) la determinación de responsabilidad, donde se analizan los elementos de la responsabilidad civil (a saber, daño, antijuridicidad, culpa y causalidad) y, solo en caso que se logre establecer responsabilidad, ii) la cuantificación de los daños.

Indudablemente el artículo 1332° se aplica solo en la segunda etapa. Es decir que la facultad discrecional que se otorga al juez no está

---

(3) OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, ps. 217/218.

(4) *Ibíd.* p. 218. Subrayado añadido.

(5) DE CUPIS, Adriano, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Traducción de la Segunda Edición Italiana, Barcelona, BOSCH, 1975, p. 559.

destinada a acreditar los elementos que configuran responsabilidad. Bajo este razonamiento, la aplicación del criterio de equidad solo incide en la cuantificación y, por ende, tiene como presupuesto la configuración de responsabilidad civil.

Es claro, entonces, que solo puede apelarse al artículo 1332° cuando no es posible acreditar la cuantía del daño, mas no cuando la probanza se refiere a la existencia de un daño indemnizable.

Pero, ¿en qué momento se activa la facultad que confiere el artículo 1332°? Es decir, ¿cuándo nos encontramos verdaderamente ante un daño que no puede ser probado en su monto preciso y requiere por tanto de la equidad?; y, adicionalmente, ¿es el agraviado quien debe probar la imposibilidad o la norma citada también faculta al juez para emplear su criterio discrecional a efectos de determinar si efectivamente el daño no puede ser probado?

Tales interrogantes se orientan a evitar el uso abusivo e injustificado del criterio discrecional del juez a fin de impedir su aplicación en los casos en que la ausencia de pruebas obedezca a la desidia de las partes o a una deficiente argumentación.

Sobre este punto BONASI BENUCCI (6), refiriéndose a una casación italiana, afirma que “el magistrado de instancia puede recurrir al criterio de liquidar equitativamente el daño cuando no considere atendibles o exactos los datos facilitados por la parte acreedora y no tenga otros medios a su disposición para concretar con exactitud la verdad y cuantía precisa del daño sufrido por la víctima del hecho ilícito de un tercero [...]”.

Agrega el autor citado que “no puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los cuales fundó su apreciación. Su facultad discrecional, encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles” (7).

---

(6) Citado por BELTRÁN, Jorge, “Comentario al artículo 1332° del Código Civil”. En: *Código Civil Comentado*, Tomo V, *Las Obligaciones*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 997.

(7) *Ibidem*.

No es objeto del presente artículo definir si el artículo 1332º del Código Civil tiene como presupuesto la existencia de una prueba imposible en términos procesales. Sin embargo, consideramos que la diligencia observada por el agraviado en el ámbito del derecho civil cobra un papel preponderante a fin de establecer el momento en que la probanza del daño deviene en imposible y se da pase al criterio de equidad del juez.

El concepto de diligencia que asume nuestro Código Civil presupone el comportamiento según la buena fe (8). En efecto, el Código ha optado por privilegiar el esfuerzo de voluntad y el desarrollo de energía del trabajo como criterios para definir el límite de responsabilidad.

La diligencia constituye el parámetro de referencia fundamental de la imposibilidad, pues será en atención a las características personales y al esfuerzo desplegado por el sujeto obligado que se determine si la probanza del daño es de difícil realización. La imposibilidad, entonces, debe ser medida “en función a un impedimento que no pueda ser vencido sino con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia, superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio” (9), referida concretamente a la posición del agraviado, pese a que podía ser ejecutado por otros (10) (11). La regla que podemos establecer en este punto es que **la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad** (12).

---

(8) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Lima, Grijley, 2004, p. 380.

(9) OSTI, Giuseppe. cit. en: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias”. En: *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Libro en memoria de Lizardo Taboada*, Lima, Grijley, 2004, ps. 607 y 608.

(10) BIANCA, Massimo, *Diritto Civile*. Tomo IV. *L'obligazione*. Milano, Dott A. Giuffrè, 1990, p. 534.

(11) Esta interpretación abandona la tesis de la imposibilidad absoluta y objetiva. Absoluta significa que, en función a la intensidad del impedimento, éste se presenta de modo tal que no puede ser vencido de ningún modo por las fuerzas humanas; esto es, que el impedimento sea de tal naturaleza que no pueda ser superado de ningún modo cualquiera que sea el esfuerzo aplicado. Es objetiva cuando no es susceptible de ser ejecutada por ninguna persona y no solo por el deudor. En consecuencia, cuando se dice que la imposibilidad debe ser objetiva y absoluta, ello implica que la prestación no pueda ser ejecutada, pese al esfuerzo que se despliegue, por ningún sujeto y no solo por quien está en posición de cumplir.

(12) BIANCA, Massimo, *op. cit.*, p. 619. Es importante precisar que la imposibilidad objetiva, según una tradicional definición, es aquella que concierne a las prestaciones en sí, mientras aquellas subjetivas conciernen a la persona del deudor o a su economía. La prestación objetivamente imposible es aquella que ningún

En esta línea se ha pronunciado la Tercera Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima, al establecer en el fallo recaído en el Expediente N° 1980-98 que *“siendo las pruebas aportadas no determinantes para orientar sobre la cuantía de la inejecución de la obligación, el magistrado judicial deberá hacer uso del principio previsto en el artículo 1332° de Código Civil”* (13).

Bajo este razonamiento, consideramos que el juez deberá dar pase al criterio de equidad cuando advierte que aun empleando toda su diligencia, el agraviado no ha estado en condiciones de acreditar la cuantía del daño. En caso contrario, es decir, si a criterio del juez existían medios de prueba idóneos y no fueron aportados por negligencia del agraviado, su pretensión en cuanto a la cuantía deberá ser desestimada.

Finalmente, la circunstancia de que el artículo 1332° se encuentre en la parte de inejecución de obligaciones del Código Civil, no determina que la regla que contiene no pueda ser aplicada a los casos de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, no debe escapar a nuestra comprensión que la equidad que consagra esta norma se aplica solo una vez establecida la responsabilidad. En tal sentido, resulta indistinto que la responsabilidad del agresor tenga origen contractual o extracontractual, pues ello no es contradictorio con la facultad discrecional que la norma citada confiere al juez para cuantificar el daño.

### **III. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE PREDICTIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES**

La equidad que recoge el artículo 1332° del Código Civil puede resultar una herramienta que ofrezca consecuencias disímiles dependiendo del juez que la aplique. Si el criterio discrecional del juez es el elemento de juicio determinante para cuantificar el daño, entonces se admite la posibilidad de que un mismo daño pueda ser indemnizado con distintos montos, dependiendo del magistrado que conozca la causa. Bajo esta perspectiva, la norma bajo análisis podría convertirse en fuente de fallos judiciales heterogéneos y en promotora de la indeseable falta de predictibilidad de las decisiones judiciales.

---

deudor podría conseguir; en cambio es subjetivamente imposible si no puede ser conseguida por el deudor mientras que abstractamente podría ser conseguida por otros. (Traducción libre).

(13) Fuente: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo N° 2, N° 91.

Sin embargo, el amplio margen de discrecionalidad que la norma bajo análisis otorga al juez deja muy poco espacio para establecer uniformidad en los fallos. En efecto, la herramienta de cuantificación de daños que venimos analizando no permite definiciones, pues se basa, precisamente, en la apreciación personal del juez. En tal sentido, no resulta conveniente orientar los esfuerzos de la jurisprudencia a la búsqueda de criterios definitivos para la cuantificación de los daños, sino de parámetros a los que deberá ceñirse la aplicación del criterio de equidad a que faculta el artículo 1332º.

Bajo esta óptica, los alcances del artículo en mención no se agotan con la definición y aplicación del criterio de equidad, pues el espacio de discrecionalidad que se otorga al juez debe ser complementado con parámetros desarrollados por la doctrina y jurisprudencia para, siempre con el objetivo de cuantificar daños de probanza compleja, delimitar la aplicación de dicho criterio.

Cabe recordar que la unificación de los criterios jurisprudenciales, al generar predictibilidad, tiene una incidencia directa en el porcentaje de litigios que se inicien en determinada comunidad. La predictibilidad que pueden generar las resoluciones judiciales en este caso es solo relativa, pues el criterio de equidad puede presentar diferentes facetas dependiendo de quién lo aplique; sin embargo, resulta deseable establecer puntos de referencia vinculantes que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de cuantificar daños de probanza compleja.

En este espíritu, a continuación damos cuenta de dos tipos de daño cuya cuantificación requiere de la equidad del juez. En estos casos, a partir de desarrollos jurisprudenciales y aportes de la doctrina, se han podido establecer parámetros para delimitar el criterio de equidad del órgano jurisdiccional.

#### **IV. DOS CASOS SINGULARES: PÉRDIDA DE CHANCE Y DAÑO MORAL**

La utilidad del criterio de cuantificación previsto por el artículo 1332º se refleja de modo especialmente interesante en los casos de pérdida de una chance y en el daño moral.

##### **4.1. La cuantificación de la pérdida de una chance**

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que la complejidad de la evaluación de la pérdida de una chance radica en su carácter variable, susceptible de aumentar o de disminuir a partir del momento en que se ha afectado a la víctima, habida cuenta que las probabilida-

des de obtener beneficios o evitar pérdidas pueden ser más cercanas o lejanas atendiendo al punto de vista desde el cual son analizadas y a las circunstancias existentes al momento de su valuación. No obstante, es posible adoptar como criterio general que la reparación de una pérdida de chance deberá ser cuantificada de acuerdo al valor de la oportunidad que ha sido frustrada, no pudiendo ser igualada a la ventaja que habría procurado la chance perdida si ésta se hubiese verificado (14). En esta línea, BUSTAMANTE ALSINA (15) sostiene que “la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad”.

La aplicación del principio de cálculo de probabilidades resulta bastante útil en este sentido (16). Bajo este razonamiento, la cuantía de la indemnización estará dada por la comparación entre las probabilidades de aprovechar una chance y las probabilidades de la misma de no presentarse.

En algunos casos, un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría ayudar a determinar el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia a fin de establecer el monto de la indemnización: el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de conseguir esa ganancia. En el ejemplo clásico, si el premio al propietario del caballo ganador de la carrera es de 100 y al caballo que no pudo llegar a tiempo se le reconoce el 50% de probabilidades de ganar, el valor de esa chance podría ser, eventualmente, 50 (17). Asimismo, en caso de que una rifa se realizara solamente entre dos personas, y el premio mayor fuera como 100, la probabilidad de ganar de cada una de ellas podría valer como 50.

---

(14) Casación emitida por la Corte de Casación Francesa el 9 de abril de 2002, expediente N° 00-13.314. Ver también: CAZEAUX, Pedro, “Daño Actual. Daño Futuro. Daño Eventual o Hipotético. Pérdida de Chance”. En: *Temas de Responsabilidad Civil en Honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1981, p. 24; y DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 319.

(15) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 176.

(16) ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño*, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 234.

(17) DE TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 49.

Sin embargo, la cuantificación de una chance no solamente se basa en elementos de tipo cuantitativo, determinables mediante cálculo matemático como en este último ejemplo, sino en elementos de tipo cualitativo (agilidad del caballo, sus condiciones físicas el día de la carrera, condiciones de los demás competidores, etc.), en cuyo caso las matemáticas pueden ayudar a ordenar los elementos a tomar en consideración, pero no bastan por sí solas (18).

Otro elemento a tener en cuenta para la cuantificación del daño es el carácter aleatorio de la chance. Sobre este punto, cabe mencionar el caso en que como consecuencia de la negligencia de un abogado que dejó perimir la instancia, su cliente (acreedor en una relación obligacional) perdió la oportunidad de obtener una resolución judicial que le habría permitido acceder a un título de ejecución para cobrar sus acreencias. En el caso descrito, mediante Sentencia de fecha 18 de octubre de 1999, la Corte de Casación francesa (19) resolvió que “la reparación de la privación de una decisión condenatoria debe ser cuantificada de acuerdo a la pérdida efectiva de la chance que de ello resulta”. Para estos efectos, la resolución de la Corte tuvo en cuenta que la posibilidad de obtener una sentencia a favor por parte del perjudicado contenía un fuerte componente aleatorio, pues no era seguro que el órgano superior le diera la razón. Asimismo, la Corte tuvo en cuenta que aun cuando el fallo hubiese sido a favor, dicha sentencia era susceptible de ser apelada.

---

(18) *Ibíd.* p. 50.

(19) Fuente: [http:// www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). Traducción libre.

En este mismo sentido, en la demanda de rescisión de un contrato de locación de un centro comercial, administrado por la locadora, quien fue declarada responsable de la caída de ventas del centro comercial por cumplimiento defectuoso en la prestación de los servicios asumidos contractualmente (promoción comercial, seguridad a los usuarios, etc.), la CNCiv argentina, Sala I, causa “Carrefour Argentina SA c/James Smart SA y otro s/cobro de sumas de dinero”, ED, 163-208 consideró que “para resarcir la pérdida de chances de venta no es imprescindible la demostración de las ganancias obtenidas en el período anterior, propio de un reclamo de lucro cesante; basta con la demostración de la probabilidad objetiva, que surge de la existencia de la boca de expendio, el reconocido éxito que tenía el centro comercial en los primeros tiempos y la frustración de la continuidad en la actividad comercial derivada de la rescisión anticipada. **Claro está que no acreditada en forma fehaciente una cuantía, de difícil determinación por la naturaleza del perjuicio, deberá aquélla ser prudentemente fijada...** considerando el cese de la actividad que también supuso para la reclamante dejar de efectuar erogaciones propias del funcionamiento del local ocupado por la demandada” (resaltado agregado). En: GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 402.

Ahora bien, se ha dejado sentado que en materia de chance lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio. Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, lo que se busca reparar es la pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios. En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado.

En adición a este criterio, nuestro Código Civil obliga al órgano jurisdiccional a tener en cuenta el factor de atribución, a efectos de determinar si el daño se produjo por culpa leve, culpa inexcusable o dolo. Este criterio orientará al órgano jurisdiccional en los casos de responsabilidad contractual, a efectos de determinar si el agente dañoso deberá responder por las oportunidades frustradas que podían preverse al tiempo en que la obligación fue contraída, en los casos de culpa leve, o si el resarcimiento deberá extenderse inclusive a las oportunidades frustradas cuya generación era imprevisible, para los casos de dolo o culpa inexcusable (20).

De otro lado, como se ha señalado, se deberá examinar el supuesto —sumamente complejo, por cierto— de que el perjuicio haya variado desde el instante en que afectó a la víctima, respecto del momento en que se dicta la sentencia. En estos casos, tratándose de beneficios futuros, el órgano jurisdiccional deberá evaluar la variación en la gravedad del daño a efectos de realizar una proyección de las probabilidades de que la chance en verdad se hubiera realizado en el futuro.

---

(20) Código Civil, "Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución*

*Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".*



Este criterio adquiere una relevancia singular, ya que si bien la cuantía de la pérdida de la chance no debe confundirse con los beneficios dejados de percibir, es indudable que la indemnización por la pérdida de la oportunidad de que estos beneficios se generen deberá tener en cuenta el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida.

Este temperamento determina que la reparación de la chance perdida se encuentre indirectamente influenciada por el lucro cesante dejado de percibir. De este modo, si bien el lucro cesante no interviene para configurar la naturaleza jurídica de la chance —que es un daño emergente—, sí se hace presente al momento de la determinación de su valor indemnizatorio como uno de los criterios que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de fijar el monto indemnizatorio correspondiente.

Asimismo, dicho órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta la situación personal de la víctima al momento del daño y si se produjo un supuesto de concurrencia de culpa del propio agraviado en la generación de la pérdida de la chance infringida. De igual modo, deberá apreciarse la concurrencia parcial de un tercero o de caso fortuito o fuerza mayor, o en general de causa no imputable, en el origen del daño cuya indemnización se reclama.

Una de las virtudes de la regla del artículo 1332º es que otorga flexibilidad para aplicar los criterios anotados. En efecto, en relación con los daños “cuando el legislador los estima oportuno, respecto a algunos supuestos de daños de carácter especial, [...], remite la liquidación, por considerarlo preferible, al arbitrio discrecional del juez, a su valoración equitativa, que puede adaptarse mejor a la naturaleza de tales supuestos. El legislador sostiene ahora que la justicia mejor, tomada en cuenta la peculiaridad del supuesto, se ha de efectuar gracias a la función prudente del juez” (21). De este modo, el juez encuentra en el criterio equitativo al mejor vehículo para analizar la pérdida de una chance y cuantificarla con base en los elementos de juicio que hemos desarrollado.

#### **4.2. La cuantificación del daño moral**

Para los efectos del presente artículo, hemos decidido adoptar la noción de daño moral en sentido amplio, entendiéndolo como toda

---

(21) DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 560.

**lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona.**

De acuerdo con este concepto, “son *derechos extrapatrimoniales o morales* aquellos que tienen por objeto la protección de *bienes o presupuestos personales*, que componen lo que la persona *es*”. (22) Esta acepción de daño moral abandona el anquilosado concepto que entiende a esta institución como la repercusión psicológica producida en el sujeto pasivo por un hecho ilícito, la cual se manifiesta como dolor y sufrimiento (*pretium doloris*), humillación, el “*pain and suffer*” del derecho anglosajón, etc.; con lo cual, de acuerdo con la posición asumida, “**los daños morales surgirán en la violación de un derecho extrapatrimonial, sin necesidad de entrar a indagar la existencia de un particular estado emotivo del sujeto pasivo**”. (23)

La posibilidad de que una persona jurídica sea indemnizada por este concepto ha sido analizada por diversos autores; así, Renato SCOGNAMIGLIO (24) admite la posibilidad de que la persona jurídica posea derechos extrapatrimoniales, tales como el honor, reputación, prestigio, y otros atributos similares, los cuales merecen la tutela del ordenamiento legal. Tomando en cuenta la acepción de daño moral adoptada, de entenderla en sentido amplio, estos derechos serían susceptibles de ser tutelados en cuanto derechos de la personalidad, frente a los cuales subsistirían todos los requisitos exigidos para la reparación del daño moral. A su turno BREBBIA (25), siguiendo a la doctrina francesa, señala que “las personas morales pueden constituirse en sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra bienes o presupuestos personales de las mismas, de acuerdo a la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de sustrato a su personalidad”.

---

(22) BREBBIA, Roberto H., “La Persona Jurídica como Sujeto Pasivo de Agravio Moral”. En: *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto Morello*. La Plata, Librería Editorial Platense S.R.L., 1981, p. 55.

(23) *Ibíd.*, p. 59.

(24) SCOGNAMIGLIO, Renato, *El Daño Moral. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962, ps. 81/84. Debe tenerse presente que si bien el autor concluye que la persona jurídica no es susceptible de ser resarcida por concepto de daño moral, el punto de partida de su razonamiento es idéntico al nuestro (que la persona jurídica goza de derechos extrapatrimoniales, los cuales merecen la tutela del ordenamiento), razón por la cual hemos considerado pertinente citarlo.

(25) BREBBIA, Roberto, *El Daño Moral*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, p. 217.

Esta posición fue consagrada legislativamente por la Constitución Política del Perú de 1979, la cual en su artículo 3° disponía que los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2° de dicha Constitución, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto le fueran aplicables. Si bien dicho principio no ha sido recogido por la Constitución Política de 1993, de ello no se desprende que el ordenamiento jurídico peruano vigente haya optado por la desprotección de la persona jurídica, respecto de sus derechos extrapatrimoniales. El silencio de la Carta Política que nos rige determina que cuando el artículo 2° hace referencia a los derechos de la persona, estos deben entenderse en el sentido amplio del término, es decir, que también se incorpora a las personas jurídicas (26).

Identificado el daño moral, el primer paso para su cuantificación será determinar si la afectación de los derechos morales agraviados tiene consecuencias patrimoniales o no; es decir, **lo que el órgano jurisdiccional deberá buscar, en principio, es la posibilidad de “volver las cosas al estado anterior” mediante una reparación simbólica o “in natura”** (publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos, rectificaciones, etc.) y solo en caso de que esto no fuera posible, condenar al agresor al pago de una suma de dinero.

---

(26) Nuestro Código Civil ha consagrado expresamente la posibilidad de indemnizar el daño moral. En este sentido, el artículo 1322° admite el resarcimiento del daño moral inferido dentro del ámbito de la responsabilidad contractual. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1984° dispone el deber de indemnizar el daño moral atendiendo al menoscabo producido en la víctima o en su familia. Lo propio ocurre con el artículo 1985° del acotado Código, el cual distingue al daño moral como uno de los conceptos indemnizatorios, estableciendo como requisito la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el daño producido.

Una interpretación literal de estas normas nos llevaría a la conclusión de que, atendiendo al concepto amplio de daño moral adoptado para efectos del presente artículo (entendido como la afectación a derechos extrapatrimoniales), sería perfectamente válido indemnizar a la persona jurídica por este concepto. En efecto, en lo que toca al daño moral, la interpretación de la legislación peruana debe ser extensiva, pues solo de esta manera se estaría protegiendo los derechos constitucionales consagrados en el artículo 2° de la Constitución Política, los mismos que resultan aplicables a las personas jurídicas atendiendo al precedente del artículo 3° de la Constitución de 1979.

Asimismo, esta interpretación debe atender a la “*ratio legis*” de la norma, la cual se inspira en el deber general de no dañar, así como en el derecho de una persona, ya sea natural o jurídica, a que se le indemnice por los daños que pudiera infringirse. En este sentido, debemos tomar como punto de partida que *todo daño, para ser tal, debe ser atentatorio contra un derecho*, y que en este caso se trata de la afectación a los derechos extrapatrimoniales de la persona jurídica.

Sin perjuicio del espíritu de búsqueda de la reparación "*in natura*" que debe inspirar la decisión del órgano jurisdiccional, **no deben dejarse de lado las eventuales repercusiones patrimoniales que pueda originar el daño moral infringido.** Aquí interviene el artículo 1332º del Código Civil que permite asignar un monto de acuerdo al criterio prudencial del juzgador, debiéndose tener en cuenta que la función asignada al dinero no pretende que el daño desaparezca, ni tampoco formar en la víctima la convicción de que éste nunca se ha producido; por el contrario, la finalidad perseguida busca aliviar las repercusiones dinerarias que haya podido causar el agravio.

# CLÁUSULA PENAL: FUNCIÓN E INMUTABILIDAD DE LAS PENALIDADES LIBREMENTE PACTADAS

Carlos A. SOTO COAGUILA (1)

**SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUANDO EL LEGISLADOR BORRA CON UNA MANO LO QUE ESCRIBIÓ CON LA OTRA. — 2. LA CLÁUSULA PENAL: CONCEPTO Y FUNCIONES. 2.1. CONCEPTO. 2.2. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL. 2.3. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA CLÁUSULA PENAL. 2.4. LA CLÁUSULA PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. — 3. INMUTABILIDAD DE LAS PENAS CONVENCIONALES. — 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUANDO EL LEGISLADOR BORRA CON UNA MANO LO QUE ESCRIBIÓ CON LA OTRA**

En las transacciones comerciales es muy frecuente y hasta natural que las personas se preocupen de la forma cómo proteger mejor sus intereses que se encuentran en juego durante la negociación de un contrato. En este contexto, generalmente y en forma recíproca, se exigen garantías reales o personales, o se incorporan medios compulsivos destinados a respaldar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Estas exigencias no se fundan necesariamente en la desconfianza de un contratante respecto del otro, ya que puede ocurrir que ambos contratantes sean muy buenos amigos. Lo que sucede es que simplemente las personas —tal vez hoy más que nunca— son conscientes de que la posibilidad de un incumplimiento contractual es un factor

---

(1) Profesor de Derecho Civil. Consejero, Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

a tomar en consideración al momento de celebrar un contrato, por lo que muchas veces optan por reforzar el cumplimiento del contrato y, en la medida de lo posible, anticipar la indemnización de los daños y perjuicios (2) mediante la inclusión de una cláusula penal.

La penalidad pactada tendrá la finalidad —entre otras funciones que veremos más adelante— de evitar que el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro tenga que acudir al Poder Judicial para solicitar el cumplimiento del contrato o reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, todo ello con la consecuente pérdida de tiempo y la incertidumbre del resultado del proceso, además de los múltiples costos que deberá invertir en el proceso judicial correspondiente, tales como los costos de abogados, aranceles judiciales, peritos, entre otros.

De otro lado, la inclusión de una cláusula penal en un contrato tiene la función de reforzar el cumplimiento de los acuerdos contractuales y desincentivar el incumplimiento mediante la aplicación de la pena convencional al contratante que no cumpla con su palabra empeñada. Esta la función que destacaremos en el presente trabajo.

Consiguientemente, para ambos contratantes resultará mucho más conveniente —en muchos casos, sumamente idóneo— pactar anticipadamente una solución al posible incumplimiento de alguno de ellos y de esa manera evitar los complicados procesos judiciales.

Sin embargo, esta solución —razonable y jurídicamente viable—, que se puede lograr mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, no cumple su cabal cometido en el derecho peruano. Veamos que sucede.

El Código Civil peruano de 1984 permite que las personas puedan pactar penalidades mediante la inclusión de cláusulas penales, con la finalidad de anticipar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de alguno de ellos (artículo 1341<sup>o</sup>) y con ello evitar —en el futuro— su discusión en los tribunales judiciales. Sin embar-

---

(2) Tradicionalmente, y hasta en forma inconsciente, nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, como si los daños fuesen distintos de los perjuicios; empero, si recurrimos al *Diccionario de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española* (Valencia: Editorial Alfredo Ortells, S.L., 1995, ps. 310 y 748), veremos que daño y perjuicio son sinónimos. Por consiguiente, se puede concluir que daño es sinónimo de perjuicio y a su vez todo perjuicio es un daño. En tal sentido, impropriamente nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, cuando lo correcto es aludir únicamente a la “indemnización de daños”.

go, el propio *legislador permite que las penalidades puedan ser revisadas judicialmente y, por ende, reducidas por el juez cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida* (artículo 1346°).

Frente a ello, podemos afirmar que el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra, ya que por un lado permite que se pacten penalidades convencionales y, por otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función compulsiva de la cláusula penal se desnaturaliza.

A lo largo del presente trabajo analizaremos la regulación de la cláusula penal en el Código Civil y las funciones jurídico-económicas que cumple. Una vez delimitadas las funciones y la utilidad de las cláusulas penales en los contratos cuestionaremos críticamente, y en forma positiva, la revisión de las penalidades libre y voluntariamente pactadas, anticipando desde ahora la necesidad de una reforma legislativa tendiente a dotar de plena eficacia a las penalidades contractuales con la finalidad de contribuir al fortalecimiento de la libertad de contratación en las transacciones comerciales.

## 2. LA CLÁUSULA PENAL: (3) CONCEPTO Y FUNCIONES

### 2.1. Concepto

Con relación al concepto de la cláusula penal, Jorge PEIRANO FACIO (4) ha escrito que “[...] no existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de *qué* debe entenderse a ciencia cierta por cláusula penal y de *cuál* sea la naturaleza de la misma”. Este autor afirma que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que “[...] la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas”.

La cláusula penal nace en el primitivo Derecho romano con una finalidad *conminatoria*. Luego de ello, la cláusula penal cumpliría una función *indemnizatoria o reparadora*.

---

(3) La expresión “cláusula” alude a un pacto o estipulación de un contrato; sin embargo, la expresión más idónea, desde nuestra perspectiva, es la de “pena o penalidad convencional”.

(4) Cfr. PEIRANO FACIO, Jorge, *La cláusula penal*. 2ª edic. Bogotá, Editorial Temis Librería, 1982, p. 105.

Esto puede explicar las diversas orientaciones conceptuales planteadas por la doctrina.

En el derecho alemán, Ludwing ENNECCERUS, denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es “[...] una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que *el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente*” (5).

En el Derecho francés, Louis JOSSERAND sostiene que: “La *cláusula penal* es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente” (6).

En la doctrina española, Luis DÍEZ-PICAZO menciona que: “Se denomina “pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal” (7).

Francesco MESSINEO comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que: “La *cláusula penal* es una *promesa accesorio* de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a *título de pena (o multa)* para el caso de *incumplimiento injustificado* de la obligación que nace del contrato [...]” (8).

Aída KEMELMAJER, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal “[...] es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesorio por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o

---

(5) Cfr. ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Traducción de 35.<sup>a</sup> edic. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 187.

(6) Cfr. JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 518.

(7) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II: Las relaciones obligatorias, 5<sup>a</sup> edic., Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1996, ps. 397/398.

(8) Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Traducción de FONTANARROSA, Sentís Melendo y Volterra, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 218.



irregularmente” (9). En el mismo sentido, Jorge MOSSET ITURRASPE AFIRMA que: “La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una ‘pena’ de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber” (10).

En el Derecho peruano, Felipe OSTERLING PARODI, sostiene que por medio de la cláusula penal “Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación” (11). Para Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, la cláusula penal —cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional—, es el “[...] mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —si el acreedor contraviene el deber de colaboración—) en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal” (12).

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que: “La cláusula penal, legislada en los artículos 1341° a 1350°, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento” (13).

---

(9) Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 17.

(10) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires, EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1978, p. 71.

(11) Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe, “Obligaciones con cláusula penal”. En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998, p. 301.

(12) Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Estudios de Derecho Privado I*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 349, nota a pie de página 1.

(13) Cfr. la *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, realizada por Felipe OSTERLING PARODI con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, contenida en la obra *La exposición de motivos y comentarios del Código Civil*, compilada por Delia Revoredo, Lima, OKURA S.A., 1985, p. 463. También puede consultarse OSTERLING PARODI, Felipe. *Obligaciones*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 224.

Sin perjuicio de lo expresado por Felipe OSTERLING PARODI en la Exposición de Motivos del Código Civil, consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341° que: “El pacto por el que se acuerda que, en caso incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Como podemos apreciar, las definiciones y conceptos esbozados están íntimamente ligados a las funciones que cumple o puede cumplir la cláusula penal, por lo que resulta necesario analizar tales funciones, a efecto de poder comprender la esencia y la razón de ser de la cláusula penal.

## 2.2. Funciones de la cláusula penal

Desde el ámbito jurídico, la cláusula penal puede cumplir las siguientes funciones:

- (i) punitoria o compulsiva,
- (ii) indemnizatoria o resarcitoria,
- (iii) resolutoria, y
- (iv) preventiva o disuasiva.

Veamos cada una de ellas.

### 2.2.1. Función punitoria o compulsiva

Según esta función la penalidad pactada constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación.

Esta función —concebida en el derecho romano (*stipulatio poenae*)—, en palabras de Jorge MOSSET ITURRASPE, (14) ha recobrado vigencia en el derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126° que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones. Sin embargo, la doctrina francesa ha relegado

---

(14) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, p. 78.

está función sosteniendo que por regla general en el derecho moderno todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está garantizada por la Ley (15).

Un importante sector de la doctrina denomina *compulsiva* a esta función, tal es el caso del recordado maestro Guillermo A. BORDA cuando escribe que la cláusula penal tiene la función de “[...] compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa [...]” (16). Por su parte, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que la cláusula penal “Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación” (17).

### 2.2.2. Función indemnizatoria o resarcitoria

De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, “[...] la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación” (18). No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor. El hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba la indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho de daños, donde se afirma que no hay responsabilidad —y por ende indemnización— sin daño. Por ello la cláusula penal no siempre cumpliría con esta función.

Al respecto, el maestro Guillermo A. BORDA ha escrito que considerar a la cláusula penal como una indemnización propiamente dicha es un error, ya que “[...] la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente, se debe, aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento” (19).

De alguna manera, la función indemnizatoria o resarcitoria de la cláusula penal se encuentra en el artículo 1341° del Código Civil peruano, cuando dispone que la cláusula penal es el pacto por el que

(15) Cfr. *Ibíd.*, *loc. cit.*

(16) Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I*, 5ª edic. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1983, p. 197.

(17) Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *op. cit.*, p. 3.

(18) Cfr. *Ibíd.*, p. 6.

(19) Cfr. BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 197.

se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad y que *dicha penalidad tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación* y a que se le devuelva la contraprestación. Nótese que la penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor.

### 2.2.3. Función resolutoria

Es sabido que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato. En efecto, el artículo 1428° del Código Civil peruano refiriéndose al supuesto de los contratos con prestaciones recíprocas prescribe que *cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios*.

Según el Código Civil peruano, mediante la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, causal que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor.

Sin perjuicio de la facultad que tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la ejecución de la cláusula penal (20).

Comentando la legislación argentina, Jorge MOSSET ITURRASPE, señala que “[...] la posibilidad de extinguir el contrato, como resultas de la ocurrencia de un hecho, el incumplimiento, aparece acordada al acreedor bajo la forma de una ‘opción’; el art. 659° (del Código Civil argentino) nos dice que, “a su arbitrio”, podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, “una de las dos cosas”; y agrega, interpretando *a contrario sensu*, que con el pago de la pena se entiende extinguida la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente” (21). En consecuencia, en virtud de la exigibilidad que tiene el acreedor de la penalidad pactada en caso de incumplimiento del deudor, la relación contractual se extingue, por lo que la cláusula penal encierra implícitamente la función resolutoria.

---

(20) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, p. 81.

(21) Cfr. *Ibíd.*, ps. 81/82.

Tal función no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, pues *no existe el derecho de opción* a que alude el artículo 659° (22) del Código Civil argentino. Por el contrario, el artículo 1342° del Código Civil peruano permite que en las *penalidades pactadas para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación*. Así, podemos concluir que la solicitud de la penalidad pactada no resuelve el contrato, ya que conforme lo dispone el artículo 1342° está permitido que el contratante fiel —el que ha cumplido— exija a su contraparte infiel el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo, también exija el pago de la penalidad que ya se ha generado por causa de dicho incumplimiento.

No obstante, la solución en nuestro Código de Comercio, vigente desde 1902, es distinta. El artículo 56° (23) del vetusto texto legislativo dispone que en los contratos mercantiles que contengan cláusulas penales que fijen pena de indemnización contra el que no cumpliera con sus obligaciones; la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena pactada; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario. Por consiguiente, realizando una interpretación *a contrario sensu*, como lo advierte Jorge MOSSET ITURRASPE, con el pago de la penalidad se extingue la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente. Así, la penalidad podría cumplir una función resolutoria, pero únicamente en los contratos mercantiles regulados por el Código de Comercio peruano; salvo que los contratantes hayan pactado lo contrario, es decir, que el ejercicio de cualquiera de las acciones contempladas en el artículo 56° del Código de Comercio no extinguirá la otra acción.

Nosotros somos de la opinión que la cláusula penal no cumple una función resolutoria, ya que el acreedor podría solicitar tanto el cumplimiento de la obligación como el pago de la penalidad pactada.

---

(22) “Artículo 659°.- Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

(23) “Artículo 56°.-Contratos con cláusula penal.

En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o pena prescrita; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario”.

#### 2.2.4. *Función preventiva o disuasiva*

Esta función no ha sido desarrollada explícitamente por la doctrina civilista, pero desde nuestro punto de vista es la más importante de todas.

Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la *finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos*, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones.

El uso de las cláusulas penales en el ejercicio y práctica profesional confirman lo expresado.

Con una visión realista, y cuya opinión compartimos plenamente, José PUIG BRUTAU ha escrito en la década de los cincuenta lo siguiente:

“Aunque la cláusula penal puede responder a más de una finalidad, su función más peculiar es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. Puede parecer contradictorio que el deudor prometa una ampliación de su deuda para el caso de incumplimiento; es decir, podría afirmarse que es incongruente cifrar la sanción de no cumplir lo menos en la obligación de tener que cumplir lo más, pues con ello tal vez aumentarán las probabilidades del incumplimiento. Pero ello tiene una explicación perfectamente natural. Precisamente la posibilidad de ser ejecutado por más de lo originariamente debido puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Incluso puede lograrse que el procedimiento sea proporcionalmente menos costoso. La cláusula penal ha de usarse de manera que aumente el interés del deudor en evitar la ejecución porque ésta tendría un alcance superior al que normalmente correspondería al incumplimiento de la obligación principal sin dicha garantía.

Toda responsabilidad por incumplimiento sobre el patrimonio del obligado ejerce una presión superior al importe estricto de la prestación debida, pues al mismo deben sumarse los posibles daños y perjuicios, los intereses de demora, las costas judiciales, etc. Si esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento, cabe preguntar si las partes pueden haberla convenido de

antemano para que se exija como una obligación accesoria al sobrevenir el incumplimiento” (24).

Al respecto, reiteramos que cuando se pacta una cláusula penal no se busca el enriquecimiento de uno de los contratantes o el empobrecimiento del otro, ni menos se piensa en función de anticipación de daños y perjuicios. *Lo que persiguen los contratantes, las personas de carne y hueso, es reforzar el cumplimiento del contrato, evitar el incumplimiento.* Su preocupación está centrada en ver la forma de cómo se incentiva, jurídicamente, al cumplimiento de los acuerdos contractuales, y la cláusula penal es una forma idónea para tal cometido.

Dentro de esta perspectiva, Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA advierte que: “La *cláusula penal* sirve para acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal” (25).

A modo de ejemplo analicemos las cláusulas penales en un contrato de arrendamiento:

Cuando se celebra un contrato de arrendamiento, el arrendador —normalmente el contratante que se ve perjudicado por el incumplimiento del arrendatario— busca la forma de que al vencimiento del contrato de arrendamiento el arrendatario le devuelva inmediatamente el bien arrendado y que este, desde luego, se encuentre en buen estado.

¿Cómo se puede lograr que los arrendatarios cumplan con entregar los bienes recibidos en arrendamiento al vencimiento del contrato?

Una forma es la solicitud, al momento de contratar, de sumas de dinero al arrendatario en calidad de garantía que serán devueltos por el arrendador al momento de recibir el departamento. Estos montos, generalmente, sirven para cubrir posibles deterioros que haya sufrido el bien por culpa del arrendatario. La solicitud de sumas de dinero se conocen en el medio inmobiliario como el 2 por 1, 3 por 1, etc., que significa: si usted toma en arrendamiento un bien, por ejemplo un departamento, tiene que dar en garantía el equivalente a 2 ó 3 meses de la renta pactada. Sin embargo, este mecanismo no funciona,

---

(24) Cfr. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*, Tomo I, vol. II, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 472.

(25) Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Obligaciones y contratos frente a la inflación*. Segunda edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 69.

ya que normalmente sucede que durante la ejecución del contrato de arrendamiento el arrendatario incumple o se retrasa en el pago de la renta, con lo cual se pide al arrendador que se haga pago con la garantía entregada al momento de celebrar el contrato, y por lo que, en la práctica, al finalizar el contrato de arrendamiento ya no existe la mencionada garantía.

El otro mecanismo para presionar a los arrendatarios a que cumplan con devolver el bien arrendado es la inclusión de cláusulas penales. Normalmente las penalidades pactadas están referidas a los casos en que el arrendatario no cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha del vencimiento del contrato de arrendamiento o cuando este se resuelva; en tales supuestos el arrendatario estará sujeto al pago de una penalidad al arrendador de una determinada obligación, generalmente una suma de dinero, asumamos que se pacta US\$ 20.00 como penalidad por cada día de retraso, en la devolución del bien arrendado.

Si por ejemplo, la renta mensual pactada por el arrendamiento es de US\$ 250.00, y el arrendatario —al vencimiento del contrato— no cumple con devolver el bien y solo transcurrido un mes lo devuelve al arrendador, en aplicación estricta de la cláusula penal el arrendatario estaría obligado al pago de una penalidad de US\$ 20.00 por cada día de retraso lo que multiplicado por un mes nos da un total de US\$ 600.00 como penalidad. Como se puede apreciar, la penalidad que debe pagar el arrendatario infiel es más del doble de la renta pactada.

En este contexto, tal vez algunas personas —con muy buena intención— dirán que si el arrendatario se demoró un mes en entregar el bien, lo justo es que pague el importe de un mes de renta, es decir US\$ 250.00, pues resulta injusto y excesivo que pague US\$ 600.00. Sin embargo, no compartimos tal razonamiento.

Cuando el arrendador pacta una cláusula penal lo que desea y busca es que el arrendatario cumpla con sus obligaciones, en este caso, que cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha convenida. El arrendador, no piensa ni desea beneficiarse con la penalidad, tampoco desea que el arrendatario se perjudique, lo que busca es recuperar la posesión del bien de su propiedad; todo lo cual se va a lograr en forma eficiente si se pacta una cláusula penal que desanime a los arrendatarios inescrupulosos a que permanezcan en posesión del bien más allá del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.

En este ejemplo, puede observarse claramente la función preventiva de la cláusula penal, la cual consideramos es una función esen-



cial. Prevenir el incumplimiento del contrato e incentivar su cumplimiento es algo casi natural que buscan los contratantes cuando se vinculan jurídicamente.

### 2.3. Función económica de la cláusula penal

La cláusula penal no solo cumple funciones jurídicas, sino que también cumple una importante función económica. Mediante la estipulación de penalidades los contratantes disminuyen los costos de transacción o los costos de contratar, es decir, los costos de tener que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, ya que por la vía de la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes pueden pactar anticipadamente los daños y perjuicios que deberá pagar el contratante infiel. Debemos precisar que la función indemnizatoria, si bien no es esencial de la cláusula penal, resulta un mecanismo útil para evitar demandas de daños y perjuicios.

Por otro lado, el acreedor se ve liberado de la carga probatoria de los daños y perjuicios sufridos, ya que frente al incumplimiento lo único que solicitará es la ejecución de la penalidad, lo cual desde luego es más beneficioso y menos costoso para el acreedor.

Del mismo modo, las penalidades convencionales generan un mecanismo de autocumplimiento, aunque sea forzado por la pena convenida, de los acuerdos contractuales, lo cual es altamente beneficioso para el tráfico patrimonial.

### 2.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano

#### 2.4.1. Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional

Antes de analizar la forma cómo el legislador peruano ha regulado la cláusula penal, debemos definirla. Como hemos podido apreciar, en doctrina no existe un concepto uniforme de la cláusula penal y ello se debe fundamentalmente a que cada autor pone de relieve en su concepto alguna de las funciones de la cláusula penal, es decir, define a esta figura tomando como base la función que ella cumple.

El Código Civil peruano tampoco define a la cláusula penal. El artículo 1341° del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce, estableciendo que *el pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere [...]*.

Desde nuestra perspectiva, la cláusula penal debe cumplir *esencialmente* las siguientes funciones:

- (i) preventiva o disuasiva, y
- (ii) punitiva o sancionadora.

Partiendo de las funciones esenciales podemos afirmar que la cláusula penal *es la prestación —de dar, de hacer o de no hacer— libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, el deudor estará obligado al pago de la penalidad pactada.*

Adicionalmente, la cláusula penal *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con las complicaciones y costos que ello implica, pues únicamente estará obligado a probar los daños y determinar la cuantía de los mismos. Mediante la estipulación de penas convencionales, si el acreedor sufre daños como consecuencia del incumplimiento de su deudor, la penalidad pactada será la indemnización de los daños causados.

Respecto a la función indemnizatoria o resarcitoria, debemos precisar que ella no es una función esencial de la cláusula penal, ya que de serlo tendríamos que concluir que todo incumplimiento por parte del deudor ocasiona un daño y consecuentemente la cláusula penal sirve para anticipar los daños y perjuicios. Tal afirmación no es del todo cierta, ya que un incumplimiento puede que no ocasione ningún daño o que el *quántum* del daño sea mínimo frente a la penalidad pactada. En estos casos, la cláusula penal no está orientada fundamentalmente a indemnizar los daños y perjuicios.

Recordemos que los daños que se pueden causar son daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales están constituidos por el daño emergente y el lucro cesante; y los extrapatrimoniales por el daño a la persona o daño moral. Bajo este criterio de clasificación de los daños ¿es posible calcular los daños extrapatrimoniales?, ¿es posible calcular anticipadamente los daños morales que puede sufrir una persona y, por tanto, pactar una pena convencional que cumpla una función indemnizatoria para el caso de incumplimiento? Sin lugar a dudas, ello es imposible. Si una vez ocurrido un daño es bastante complicado calcular los daños, ¿cómo realizar un cálculo anticipado?

Este breve análisis, nos permite concluir que definitivamente la cláusula penal no cumple una función indemnizatoria o resarcitoria.

En conclusión, *la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.*

#### 2.4.2. Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984

La legislación peruana no sólo regula el uso de la cláusula penal para los supuestos de incumplimiento total de la obligación (artículo 1341°), sino también para convenir los daños y perjuicios en caso de mora o de incumplimiento de un pacto determinado. Cuando se pacta cláusulas penales en casos de mora o de seguridad de un pacto determinado, si el deudor incurre en mora o incumple una determinada obligación, el acreedor tiene derecho para exigir tanto la penalidad pactada como el cumplimiento de la obligación (artículo 1342°).

La estipulación de cláusulas penales puede realizarse conjuntamente con la obligación principal o en acto posterior; es decir, la penalidad puede pactarse al momento de celebrar el contrato o durante su ejecución.

En este contexto, *es posible pactar una cláusula penal con anterioridad a la realización de un contrato?* Creemos que ello no es posible, debido al *carácter accesorio* de la cláusula penal. Según el artículo 1345° del Código Civil peruano la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal. De esta norma se puede deducir que la cláusula penal tiene una naturaleza de *accesoriedad*, ya que existe en razón de una obligación principal. Esta característica ha sido precisada por la jurisprudencia peruana al disponer que: “La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal” (26).

A este carácter accesorio, Felipe OSTERLING PARODI agrega que la cláusula penal también es una estipulación subsidiaria y condicional. Según este autor, “La cláusula penal es subsidiaria porque no susti-

---

(26) Cfr. Expediente 272-97 de la Corte Superior de Justicia de Lima.

tuye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación prometiendo cumplir la pena. [...] Se trata de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña no la reemplaza”. Respecto al carácter condicional, OSTERLING afirma que “[...] para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad” (27). Respecto al carácter condicional, debemos precisar que ello no debe entenderse como que la cláusula penal al ser condicional es una modalidad del acto jurídico, (28) sino únicamente de que el pago de la penalidad pactada está supeditada al incumplimiento de la obligación o a mora del deudor, según se haya pactado.

Coincidimos con OSTERLING que la cláusula penal no puede pactarse con posterioridad al incumplimiento de la obligación, (29) empero nuestras razones son distintas. Para OSTERLING, si se produce el incumplimiento de la obligación y las partes acuerdan el monto de la indemnización de los daños y perjuicios, este acuerdo no revestirá las características de una cláusula penal, sino de una transacción. En nuestra opinión, como la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, el pacto de una penalidad con posterioridad al incumplimiento resulta absurdo, pues si la cláusula penal tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, no tendría ningún sentido pactarla cuando ya se produjo el incumplimiento.

Cabe precisar que la cláusula penal será exigible cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, para lo cual se requiere que la causa de incumplimiento sea imputable al deudor, bien porque actuó con dolo o culpa, o porque la Ley le atribuye tal imputabilidad objetivamente como puede ocurrir en los casos de que el deudor se valga de terceros para ejecutar su prestación, en tales casos, según el artículo 1325º del Código Civil, el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los terceros que haya utilizado para ejecutar su prestación.

Si en un contrato se pacta una cláusula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable, el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que pruebe los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incum-

---

(27) Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe, *op. cit.*, p. 303.

(28) Recordemos que las impropias llamadas modalidades del acto jurídico son el plazo, la condición y el cargo.

(29) Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe, *op. cit.*, ps. 303/304.

plimiento del deudor (artículo 1344°). Esta es una excepción a la regla general de que todo sujeto que exija el pago de una indemnización está obligado a acreditar los daños sufridos y determinar la cuantía de los mismos. Tratándose de una penalidad contractual, no se requiere demostrar ni probar los daños, ya que los sujetos, al momento de obligarse, han convenido por anticipado el monto de los daños y perjuicios limitando el resarcimiento a esta prestación.

Respecto al carácter de la indemnización, Felipe OSTERLING PARODI señala que cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de inejecución total de la obligación o para el caso de asegurar una obligación determinada, la penalidad es el *resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios*; en cambio, cuando se estipula una cláusula penal para el caso de mora, la indemnización *resarcirá los daños y perjuicios moratorios* (30).

Con relación a la función indemnizatoria y resarcitoria de la cláusula penal ya hemos precisado que ella no es su función esencial, ya que puede ocurrir que en algunos casos de incumplimiento de obligaciones no se cause daño al acreedor con lo cual la penalidad pactada no tendría la función de resarcir los daños. Sin embargo, nuestro Código Civil ha optado por atribuir a la cláusula penal una función de resarcimiento al señalar en el artículo 1341° que el pago de la penalidad pactada tiene el efecto de limitar el resarcimiento.

Tratándose varios deudores se debe tener en cuenta si la obligación de la cláusula penal es solidaria o mancomunada. Si la cláusula penal es solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores está obligado al pago íntegro de la penalidad; en caso de muerte de algún codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia (artículo 1349). Empero, si la obligación es mancomunada, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor, según sea el caso, está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible (artículo 1347°).

Cuando la cláusula penal fuera indivisible, cada uno de los deudores o, en su caso, sus herederos, está obligado al pago íntegro de la penalidad (artículo 1348°).

El Código Civil también prevé la facultad de los codeudores que no fuesen culpables del incumplimiento de la obligación, pero que

---

(30) Cfr. *Ibid.*, ps. 301/302.

fueron conminados al pago de la penalidad, el derecho de exigir el pago contra el codeudor o codeudores culpables que dieron lugar a la aplicación de la penalidad (artículo 1350°).

### 3. INMUTABILIDAD DE LAS PENAS CONVENCIONALES

El artículo 1346° del Código Civil peruano prescribe lo siguiente:

*“Artículo 1346°.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.*

Anteriormente hemos advertido de las funciones de la cláusula penal, colocando el acento en la función preventiva o disuasiva en el sentido de que mediante la estipulación de penalidades, libre y voluntariamente acordadas por los contratantes en ejercicio de su libertad de contratación, se refuerza el cumplimiento del contrato. También hemos manifestado que las cláusulas penales pueden cumplir funciones indemnizatorias, ya que por medio de ellas se pueden anticipar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, no teniendo el acreedor que acudir a los tribunales judiciales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, y evitando afrontar un largo proceso donde mediarán pruebas, excepciones, etc., con los respectivos costos que ello importa, pues ambos contratantes han acordado que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente solicitará el pago de la penalidad pactada.

Empero, resulta ilógico, por decir lo menos, que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. En el fondo, este hecho no es otro que la *revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados*, máxime en caso de haber negociado y celebrado *paritariamente* el contrato.

La inmutabilidad o revisión de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina, por lo que un breve recuento histórico nos permitirá comprender mejor sus alcances.

En el derecho romano una nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. El gran POTHIER, cuyas ideas inspiraron al Código Civil francés, sostenía que la pena estipulada podía “ser redu-

cida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva” (31). Para POTHIER “[...] la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación” (32). Para este tratadista, cuando la pena exceda los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ha ocasionado al acreedor debe reducirse, pues lo contrario atentaría contra su naturaleza. No cabe la menor duda que para POTHIER la cláusula penal cumple una función indemnizatoria. Pese a la gran influencia de las ideas de POTHIER en la elaboración del Código francés, su opinión sobre la reducción de la cláusula penal no fue aceptada, y ello se debe al carácter liberal y el respeto casi absoluto de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, el Código francés no concedió a los jueces la facultad de revisar y, en su caso, reducir la cláusula penal (33).

El Código Civil alemán, conocido también como el BGB, siguió un camino distinto al Código francés, pues permitió la modificación de la pena a petición del deudor. Al respecto, ENNECCERUS sostiene que: “Como quiera que no es raro que las penas convencionales desproporcionadamente elevadas lleven a una injusta opresión del deudor, el C. c., ha dispuesto que *la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aun no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial* a petición del deudor (§ 343)” (34). Esta facultad de modificación concedida a los jueces por el Código Civil alemán, no se aplica para las penas convencionales que un comerciante haya prometido en la explotación de su comercio (Código de Comercio, § 348). El Código Civil alemán no solo faculta a los jueces para disminuir la pena, sino también para aumentarla cuando sea diminuta.

Por su parte, el Código Civil italiano dispone en su artículo 1384º que: “El monto de la pena puede ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte, o si es manifiestamente excesivo, siempre teniendo en cuenta el interés que

---

(31) Cfr. POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Helias S.R.L., 1978, p. 212.

(32) Cfr. *Ibid.*, loc. cit.

(33) Cabe precisar que desde 1804 hasta 1975, el Código francés respetó las penalidades contractuales, pero el 9 de julio de 1975 mediante la Ley 75-597 se modificó el Código Civil francés para permitir que los jueces modifiquen las penas cuando su importe sea excesivo o insignificante.

(34) Cfr. ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, Doctrina General. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 191.

el acreedor tenía en el cumplimiento”. Como explica MESSINEO, (35) “[...] el deudor no puede exigir una reducción de la penal; sólo el juez —y *únicamente* en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea *manifiestamente excesivo* (es decir, adquiera un carácter usurario), tiene la facultad de reducirla *equitativamente*, tomando, sin embargo, en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento”. El propio MESSINEO, agrega que al “[...] juez no se le atribuye ningún poder en el caso de *penal insuficiente*”.

Con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico, podemos señalar que todas permiten la revisión de las penalidades convencionales.

Una solución distinta es la que adoptó el Código Civil brasileño de 1916, que en su artículo 920° atribuyó el carácter de intangible de la cláusula penal, pero siempre y cuando la pena no exceda a la obligación principal. El Código de Brasil impuso un límite a la estipulación de las penas convencionales: la obligación principal. Pero, éste Código fue derogado por un nuevo Código Civil vigente desde enero de 2003. El novísimo texto dispone en su artículo 412° que el valor de la pena convencional no podrá exceder a la obligación principal; del mismo modo mediante el artículo 413° dispone que la penalidad sea reducida equitativamente por el juez cuando la obligación haya sido cumplida en parte o cuando la pena sea manifiestamente excesiva, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza y la finalidad del negocio jurídico. El moderno Código brasileño permite la reducción de la pena.

La mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal en la codificación peruana no ha sido uniforme en uno u otro sentido. El Código Civil de 1852 siguió los lineamientos y principios del Código Civil francés y contempló la inmutabilidad de la cláusula penal y el respeto de los acuerdos contractuales de la siguiente manera:

*“Artículo 1275°.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado”.*

Respecto al Código Civil de 1936, este facultó, mejor dicho impuso la obligación, a los jueces de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregu-

---

(35) Cfr. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1986, p. 220.



larmente cumplida por el deudor (artículo 1227º). Esta norma, hay que decirlo, no fue propuesta por la Comisión que redactó el Código Civil de 1936, sino que fue introducida por la Comisión Revisora —como es costumbre en nuestro país—. La propuesta original de la Comisión Reformadora consignaba en el proyecto los siguientes artículos:

*“Artículo 1213º.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.*

*Artículo 1214º.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.*

*El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva.*

*Artículo 1217º.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal”.*

El codificador de 1936, tomando en cuenta los avances de la doctrina y de la legislación de entonces, esbozó un proyecto que, en primer lugar, imponía un límite legal a las penas convencionales: la obligación principal; del mismo modo precisaba el carácter intangible de la pena, señalando que el deudor no podía negarse a su cumplimiento alegando que la pena era excesiva. Excepcionalmente, el codificador de 1936 permitió la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o cuando se haya cumplido irregularmente.

Debemos advertir que para los codificadores de 1936 la cláusula penal sigue cumpliendo una función indemnizatoria. El maestro León BARANDIARÁN, comentando el artículo 1227º del Código Civil de 1936, expresaba: “En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de la utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien, no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una existencia precaria y de fortuita eficacia” (36).

Por su parte, el vigente Código Civil de 1984 permite que los deudores puedan solicitar al juez la revisión y consecuente reducción de las penas convencionales cuando la pena sea manifiestamente exce-

---

(36) Citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, en *Estudios de Derecho privado I, op. cit.*, ps. 411/412.

siva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (artículo 1346). Como en la redacción del Código Civil de 1936, el Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 fue modificado por la Comisión Revisora. La Comisión Reformadora, adoptando el principio del Código brasileño de 1916, diseñó el siguiente texto:

*“Artículo 1364º.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.*

*Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.*

*En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder el monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.*

*Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.*

*Artículo 1365º.- El juez sólo podrá reducir la pena en caso de incumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor”.*

Según anota Felipe OSTERLING, la Comisión Revisora “consideró que la regla contenida en el artículo 1227º del Código Civil de 1936 había operado idóneamente y que, por tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio —como ocurría en el Código Civil de 1936— sino tan sólo a solicitud del deudor” (37).

Luego de este breve recuento histórico, donde advertimos que la cláusula penal se debate entre la inmutabilidad y la mutabilidad, es conveniente preguntarnos si *la cláusula penal, o mejor dicho, si las penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena.*

Partiendo de la función esencial de la cláusula penal: su carácter preventivo, respondemos negativamente la pregunta formulada; es decir, somos partidarios del respeto de los acuerdos contractuales y contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

Si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que

---

(37) Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe, *op. cit.*, ps. 312/313.

el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

(i) Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.

(ii) Que la pena sea manifiestamente excesiva.

(iii) Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.

(iv) Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

La premisa de que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito, pero no una realidad. La idea de la “parte débil” en la relación contractual, denominada también como el “débil jurídico”, es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el *Digesto*, LABEÓN y PAULO sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor (38). De este axioma, convertido en casi todo un principio general del Derecho que ha influido en la doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos sub-principios: el *interpretatio contra stipulatorem* (39) y el *favor debitoris* (40).

---

(38) LABEÓN, en el D. 18,1,21 escribe que “[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento” y PAULO, en el D. 50, 17,172 afirma que: “En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor”.

(39) El principio *interpretatio contra stipulatorem* sentencia que “[...] cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante” (Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Tomo III, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 252).

(40) Por el principio *favor debitoris* se entiende que cuando la cláusula o convención sea ambigua o dudosa, entonces deberá interpretarse en favor del deudor o quién haya contraído la obligación. En suma, esta regla “[...] tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad” y aplicándola, la interpretación de las cláusulas dudosas en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación (CGC)

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil, nada más absurdo. Si una persona natural acude a comprar panetones a un supermercado, entonces será la parte débil frente al fuerte empresario; pero si el que acude a comprar los panetones es una empresa minera, ¿podemos decir que es una parte débil? Desde luego que no. Entonces, el deudor no puede ser calificado *per se* como la parte débil.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes —productores o empresarios— que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser un campesino como un reconocido abogado.

Creemos que no podemos seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata hay personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

El rol del Derecho, en nuestra sociedad, debe estar orientado a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces el Estado debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo sean iguales ante la Ley sino que, además, su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que celebren sean equilibrados. En el Derecho ya existe un conjunto de figuras jurídicas tendientes a moderar la falta equidad o injusticias, tales como la buena fe, la equidad, la lesión, el abuso de derecho, entre otras.

Por tanto, el deudor no puede ser tratado con privilegios frente a su acreedor. La Ley debe tratar a todos por igual.

---

deben favorecer al deudor o débil jurídico que no ha elaborado las CGC (Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *op. cit.*, tomo III, p. 254).

Ahora, respecto a la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal, debemos decir que ello es natural. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, no serviría para nada, pues no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Si, por ejemplo, los contratantes celebran un contrato de arrendamiento con una renta mensual de US\$ 200.00 e incorporan una cláusula penal de una US\$ 1.00 por cada día de retraso en el caso de que el arrendatario no devuelva el bien al finalizar el contrato, es natural que el arrendatario no tendrá ningún incentivo para devolver el departamento, por el contrario podría optar por quedarse más tiempo en el departamento ya que si se demora 30 días en devolver el inmueble arrendado, la pena que deberá pagar será de US\$ 30.00. Indudablemente esto es una injusticia para el acreedor. ¿Podría afirmarse que el pobre deudor (arrendatario infiel) es una parte débil? Claro que no. Tampoco se podría pactar como pena un monto no superior a la obligación principal —en este caso sería la renta mensual que es de US\$ 200.00—, ya que al arrendatario le dará igual quedarse en posesión del bien y pagar al finalizar el mes la suma de US\$ 200.00 como penalidad y a la vez como renta mensual. Nada más ilógico. En consecuencia, las penalidades que se pacten siempre serán enormes, y ello porque la naturaleza de la pena convencional es reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar el incumplimiento de parte del deudor.

Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad de que exista una cláusula penal. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin necesidad de que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin necesidad de que exista una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Sin embargo, la realidad es distinta. La realidad comercial nos demuestra que en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento y que por el contrario, se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos, existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como *medios compulsivos*, que permiten reforzar el cum-

plimiento de las obligaciones y los contratos. Estos medios compulsivos son las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar las garantías reales (prenda, hipoteca) y las garantías personales (fianza, aval).

Con relación a las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, ya que teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena —que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo— debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento (que en principio debiera ser espontáneo) para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas siempre serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen casi siempre la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello: ¿es el acreedor el que ha decidido que la penalidad se aplique, o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación? Dicho de otra forma, ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas el deudor, ya que si él cumple con sus obligaciones en forma diligente y oportuna el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor ha cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe OSTERLING, escribe que “[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello” (41).

Al respecto, creo que debemos enfocar el problema desde otra perspectiva.

Si el acreedor acepta que el deudor cumpla parcialmente su obligación, por ejemplo, en un arrendamiento el arrendatario está obliga-

---

(41) Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe, *op. cit.*, p. 319.

do al pago de la renta de US\$ 200.00 el 15 de cada mes, pero el 15 sólo paga US\$ 150.00 y le dice al arrendador que el saldo se lo entregará en una semana, en este caso, lo que hay es una modificación al contrato original de arrendamiento en lo que respecta al pago de la merced conductiva de ese mes. Si luego de este pago parcial, aceptado por el acreedor (arrendador), éste intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no sólo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución. El contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado, para lo cual cada uno de los contratantes debe colaborar con el otro a fin de lograr que el contrato surta todos sus efectos. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar.

Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación. Por ejemplo, si la renta debía pagarse mediante abono en una cuenta bancaria y el deudor arrendatario sólo abona el 50%, es decir, abona la suma de US\$ 100.00, no hay duda de que el deudor cumplió parcialmente su obligación, pero en ningún momento hay una aceptación de parte del acreedor arrendador. Y tal rechazo de cumplimiento parcial se va a demostrar cuando el acreedor exija el pago de la penalidad convenida.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y en caso de hacerlo con cargo al cambio de la mercadería, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse. Lo normal que puede ocurrir es que el acreedor reciba el bien y luego se entere de los defectos, por ejemplo, si el deudor debe entregar 100 galones de combustible de 97 octanos y estos están adulterados con kerosene, pero son entregados oportunamente en los almacenes del acreedor, el rechazo del acreedor al cumplimiento defectuoso del deudor se hará evidente cuando le exija el cambio del producto o, en su caso, el pago de la penalidad convenida.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones, impropriamente denominadas por el Código Civil peruano como inejecución de obligaciones, no se está refiriendo única y exclusivamente al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En todos estos supuestos, se

está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria, por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, esta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Si el deudor incumple sus obligaciones y causa un daño de US\$ 100.00 y se pactó una pena de US\$ 1,000.00, ésta debe reducirse ya que el acreedor no puede ni debe enriquecerse a costa del deudor. Ello en razón de que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento y no el enriquecimiento del acreedor.

Cuando desarrollamos las funciones de la cláusula penal hemos puesto de manifiesto que la cláusula penal no tiene ni cumple esencialmente una función indemnizatoria o resarcitoria. La función esencial de cláusulas penal es la función preventiva, junto con la función punitiva. Por consiguiente, cuando el deudor incumple con sus obligaciones, que dicho sea de paso tal incumplimiento es imputable a él por dolo o culpa, debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada. Ello es similar al insulto que profiere un sujeto a otro y luego de ello le dice “pero que te he hecho, acaso te he causado daño”. O que el deudor diga al acreedor: “he cumplido tardíamente, pero he cumplido, cómo vas a exigirme el pago de la penalidad si he cumplido. Más vale tarde que nunca. En todo caso pídemelo algunos intereses moratorios”. En este supuesto, la obligatoriedad de los acuerdos contractuales se relativiza, generándose, desde nuestro punto de vista, una falta de respeto a la palabra empeñada.

La penalidad convencional, como su nombre lo indica es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna.

Nos ratificamos, pues, en nuestra postura de considerar inmutable e intangible la pena convencional y libremente pactada.



#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos manifestado que la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.

Dentro de este contexto, la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, y en forma secundaria, *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause daños al acreedor.

Si los contratantes pactan una penalidad con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar su incumplimiento, resulta natural que si el deudor incumple por causas imputables a él (dolo o culpa), esté en la obligación de pagar la penalidad libremente convenida y el acreedor tenga el derecho de solicitar su ejecución. Por tanto, resulta inequitativo, además de ineficiente, que precisamente el sujeto que incumple con sus obligaciones acuda a un Juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que él mismo aceptó. No olvidemos que este deudor también pudo convertirse en acreedor en el caso de que el otro contratante incumpliese. Ello suele ocurrir, pues normalmente se pactan cláusulas penales recíprocas.

Por consiguiente, no aceptamos la postura de los que sostienen que cuando se pacta una penalidad un contratante se aprovecha del otro. Recordemos que en muchos contratos, como por ejemplo los contratos de obra, no sólo se pactan penalidades sino también premios cuando un contratante cumple con sus obligaciones en forma anticipada.

Las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, por lo que no participamos de la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el Juez.

Urge una reforma legislativa del artículo 1341º y la derogatoria del artículo 1346º del Código Civil de 1984, en el sentido de precisar la función de la cláusula penal y de otro lado garantizar la libertad de contratación dotando de plena eficacia a los acuerdos contractuales y especialmente, en este caso, a las penalidades libremente pactadas.



# EL DERECHO COMPARADO EN ACCIÓN: LA DOCTRINA DE LAS “PENALTY CLAUSES” COMO GUÍA PARA LA REDUCCIÓN (Y COMPRENSIÓN) DE LAS CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS

Roberto MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ (1)

“I think it is fair to say that comparative law has been a somewhat disappointing field. For the most part it has consisted of showing that a certain law of one country is similar to or different from that of another. Having made this showing, *no one knows quite what to do next*” (2).

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. BREVE PANORAMA DE LA SITUACIÓN EN LOS SISTEMAS DEL CIVIL LAW: DE LA INMUTABILIDAD ABSOLUTA A LA RELATIVA.— 3. MODELOS DE REDUCCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS. 4.— PROBLEMA QUE PLANTEA LA REDUCCIÓN JUDICIAL: UNA PARADÓJICA INCERTIDUMBRE Y EL FANTASMA DE LA ARBITRARIEDAD JURISDICCIONAL. 5.— LIQUIDATED DAMAGES Y PENALTY CLAUSES: UNA SABIA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO JUDICIAL INGLÉS. 6.— UNA OJEADA A LOS LEADING CASES. 7.— UN RESUMEN DE LAS REGLAS PRINCIPALES PARA INVÁLIDAR PENALTY CLAUSES Y SU UTILIDAD PARA EL JUEZ CIVILISTA. 8. HACIA UNA CONCLUSIÓN. 9.— CODA: YA QUE ESTAMOS EN TEMA.**

## 1. INTRODUCCIÓN

He aquí el *cliché* por excelencia del derecho comparado: es una herramienta única para guiar al operador jurídico en la interpretación

---

(1) Profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica de Asunción. Socio del Estudio Jurídico Moreno Ruffinelli & Asociados.

(2) “Creo que puede decirse, con justicia, que el derecho comparado ha sido un campo de estudio relativamente decepcionante. En gran parte, se ha dedicado a demostrar que cierta ley de un país es similar o distinta a la de otro. Una vez que se ha hecho esta demostración, *nadie sabe muy bien qué hacer después*.” SHAPIRO, *Courts*, p. vii, citado por Jonathan HILL, *Comparative Law, Law Reform and Legal Theory*, 9 (1989) Oxford J. of Legal Studies, 101.

y aplicación de su propio derecho. En palabras de los autores del más prestigioso libro introductorio a la disciplina: “El derecho comparado es una *“école de vérité”* que extiende y enriquece el “suministro de soluciones” y ofrece al estudioso la oportunidad de encontrar “las mejores soluciones” para su problema” (3).

¿Cuántas veces hemos escuchado este tipo de frases? Por supuesto que contienen una gran verdad. Pero, dicho esto, cabe otra pregunta inmediata: ¿cuántas veces vemos que se la ponga en práctica? Y aquí sin dudas se complica más la cuestión. Es que, como acertadamente dijera Roscoe POUND, una cosa es el derecho “en los libros”, y otra, muy distinta, el derecho “en acción” (4). Pues bien: la idea de este ensayo es precisamente que el *cliché* según el cual el derecho comparado es una herramienta imprescindible para pilotar al jurista en la aplicación e interpretación de su propio derecho pase de ser una frase jurídica “en los libros” a una más “en acción”.

Es decir, no me voy a contentar — como diría el epígrafe de este trabajo — con señalar que existe una similitud o diferencia entre una doctrina de un sistema y otro. Más bien, argumentaré que una doctrina en particular de una familia jurídica — en este caso, del *common law* — puede ser muy bien utilizada como guía en otra extraña: el derecho continental o *civil law*.

En este sentido, voy a tomar una figura bien conocida del *common law* inglés, la doctrina de los *penalty clauses*, y conjeturaré que la misma puede ser útil como parámetro a la hora de especificar y concretizar la borrosa noción de la “reducción o modificación equitativa” de las cláusulas penales “excesivas” (5). Sabido es que en buena parte del

---

(3) ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 15 (cita interna a ZITTELMAN omitida).

(4) ROSCOE POUND, “Law in Books and Law in Action”, (1910) *American Law Review*, reimpresso en William W. FISHER, Morton J. HORWITZ and Thomas A. REED (eds.) *American Legal Realism*, Oxford Univ. Press, 1993.

(5) No se me escapa el hecho que a muchos autores puede parecerle erróneo comparar a ambas doctrinas. Incluso, la autoridad indiscutida de FARNSWORTH señala que en el *civil law* no puede encontrarse una figura similar a la de los *penalty clauses* (E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3rd Edition, Aspen, Nueva York, 1999, p. 841, pero ver la nota 5 *in fine*). Esta afirmación, respetuosamente, es acertada solo en parte. La diferencia es que en el caso de la *penalty clause* estamos ante la invalidez total de la cláusula, y no de una reducción. Pero la idea de fondo, intuyo, es la misma, y de hecho el propio FARNSWORTH recuerda que los Principios UNIDROIT (que combinan ambos sistemas) contienen la posibilidad de la reducción en caso de que sean excesivas las mismas (lo mismo ocurre con los *Principios de Derecho Contrac-*

ámbito del *civil law* el juez tiene la facultad de reducir una cláusula penal cuando la misma se presenta como “excesiva” o “abusiva”. Pero el problema es que estamos ante conceptos tremendamente vagos e imprecisos: ¿Cuál es el límite de lo excesivo? ¿Cuándo es abusiva o inequitativa una cláusula penal? ¿Cuándo puede decirse que la reducción es necesaria? Etcétera. Se impone la necesidad de recurrir a una doctrina que, si bien no dará nunca soluciones matemáticas o algoritmos exactos, proponga guías *razonables* para que el juez reduzca una cláusula penal. La doctrina desarrollada por los jueces ingleses en torno a los “*penalty clauses*”, intimo, puede precisamente servir como esa guía. Y, lo que es más, el camino trajinado en el análisis de esta doctrina plantea paralelamente problemas que llevan al intérprete a preguntarse por la esencia misma del fenómeno contractual.

A efectos expositivos, he dividido este ensayo en los siguientes momentos: (i) primero, efectuaré una visión panorámica de las regulaciones en el *civil law* de la mutabilidad de la cláusula penal, para detenerme después en (ii) dos modelos concretos, el de la Argentina y el de Paraguay, para una mejor ilustración; (iii) luego, plantearé en forma concreta el problema teórico-práctico que supone la existencia de la potestad de reducción de una cláusula penal, para (iv) pasar a introducir la doctrina inglesa de las *penalty clauses* y los (v) *leading cases* del derecho inglés (6); finalmente (vi) daré una mirada conclusiva de la doctrina. Pero no terminaré ahí: (vii) el ensayo concluirá con algunas reflexiones de fondo que suscitan las cláusulas penales (y sobre todo la posibilidad de su reducción *contra voluntatem partes*), y que dejan valiosas enseñanzas sobre la *verdadera* esencia del fenómeno contractual y la idea misma del contrato.

## 2. BREVE PANORAMA DE LA SITUACIÓN EN LOS SISTEMAS DEL CIVIL LAW: DE LA INMUTABILIDAD ABSOLUTA A LA RELATIVA

La cláusula penal es, en cierto sentido, el remedio contractual más “simpático”. Evita que el acreedor tenga que pasar por todos los dolores de cabeza propios de los demás instrumentos de tutela de su crédito —litigios interminables, imprecisión en la fijación del *quantum*

---

*tual Europeo* dirigidos por Ole LANDO y Hugh BEALE), por lo que en este ensayo trabajaré sobre esta base.

(6) Si bien en el ensayo se hace referencia al *common law in totum*, en puridad en este ensayo me limitaré al tronco oficial de la familia, que es el derecho judicial inglés (si bien la doctrina se aplica en forma casi idéntica en otros sistemas como los Estados Unidos. Ver en este sentido E. A. Farnsworth, *ob. cit.*, p. 841 y sigs.)

indemnizatorio, prueba de la culpa cuando corresponde, etc. Y, si el monto fue fijado correctamente y con prudencia, logra o se acerca a alcanzar lo que normalmente se conoce como “indemnización perfecta”.

Prácticamente la totalidad de los sistemas del *civil law* han acogido esta figura, como elemento accidental de los contratos (u obligaciones convencionales) (7). A pesar de haber sido recibida en el primer gran código, el *Code*, los codificadores franceses no siguieron aquí como en otros lugares a POTHIER a rajatabla, pues no permitieron la reducción de la “obligación penal” (así se la llamaba) para el caso que la misma resultara excesiva. POTHIER, siguiendo a DUMOULIN y en contra de AZON, decía que “*La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva*.” (8) Es decir, en la tradición de la escuela del derecho natural moderno, la regla era la posibilidad de reducción de la cláusula penal.

Sin embargo, esta regla fue revertida a la hora de la codificación. En efecto, el *Code* no establecía la posibilidad de revisión de la cláusula penal por el juez, razón por la cual, una vez establecida por las partes, la estimación de los daños era tenida por “ley para las partes”. Se siguió así la doctrina de AZON en el sentido de que

“[...] por excesiva que sea la suma estipulada para formar la pena, en caso de inejecución de la convención, el deudor no puede oponer que él ha entendido obligarse por ella, cuando la cláusula del contrato es expresa” (9).

Ello respondió, por un término “al predicamento que en ese Código gozaba la libertad individual: *‘volenti non fit injuria’*”. (10) No podía entenderse, en este sentido, que el consentimiento pueda causar un daño, pues en palabras de FOUILLÉ, quién dice contractual dice justo. Las semillas de una concepción puramente voluntarista del contrato estaban en pleno crecimiento.

---

(7) La bibliografía sobre el tema es amplísima: por ello, prefiero remitir al exhaustivo estudio de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1981, que contiene una bibliografía completa.

(8) POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1993, N° 346.

(9) *Ídem* anterior.

(10) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Tomo I, p. 438.

A partir de la sanción del *Code*, se siguieron dos grandes tendencias en la familia del *civil law* en cuanto a la inmutabilidad o no de la pena convencional. Así (11):

(i) *Inmutabilidad absoluta*: un primer grupo siguió al *Code* en establecer la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal como regla (12). Entre estos, cabe citar al Código español, al primer Código italiano y al Código de VÉLEZ SANSFIELD, que también estipuló el principio de independencia total de la pena.

Sin embargo, y como indicaré más abajo, en este grupo de países de inmutabilidad absoluta, en muchas oportunidades la jurisprudencia optó por no acatar ciegamente el principio, llegando incluso a liderar posteriores reformas legislativas que morigeraran la regla original. En este sentido, la posición de POTHIER, desechada en un principio, terminó entrando “por la ventana” en última instancia.

(ii) *Inmutabilidad relativa*: un segundo grupo de países optó por mantener la inmutabilidad como principio, pero establecer excepciones en ciertos casos extremos. Es decir, se relativizó el principio general. Este grupo se dividió a su vez en dos:

a) Un grupo de códigos optó por seguir al Código suizo y apelar a la “equidad” como pauta de reducción de la pena excesiva (el BGB alemán, el Código Italiano de 1942, *inter alia*).

b) Un segundo grupo aceptó la inmutabilidad relativa, basada no en apelaciones a la “equidad” sino en un tope prefijado en el texto legal, una suerte de baremo. Así, por ejemplo, el Código chileno aceptó que la pena puede llegar hasta el doble de la cantidad debida en el contrato principal, mientras que el antiguo Código brasileño establecía como máximo el valor de la prestación principal. Este grupo gana en seguridad lo que pierde en elasticidad, razón por la cual es minori-

---

(11) Una excelente perspectiva general es la de Hugo BEALE, art.ur HARTKAMP, Hein KÖTZ, Denis TALLON, *Contract Law, Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2002, ps. 864 y ss.; asimismo, Oscar J. AMEAL en Augusto C. BELLUSCIO-E. ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 215 y ss.; LLAMBÍAS, ob. cit., 439 y ss.

(12) Debe notarse, sin embargo, que en estos sistemas —como el caso del art. 1154° del Código Español, se permite al juez modificar equitativamente la pena, pero sólo cuando el cumplimiento haya sido irregular o en parte. Como aclara Díez-PICAZO, se trata más de un problema de ajuste que de equitativa reducción (si bien hay algunos fallos españoles que interpretaron la norma en este segundo sentido). Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Edit. Civitas, Madrid, 1996, p. 402.

tario con relación a los que apelan a la más plástica noción de equidad que deja un mayor margen para la justicia de ese caso concreto.

La posición que fue tildándose de una inmutabilidad absoluta hacia una relativa respondió, sin dudas, a los embates que sufrió la concepción puramente voluntarista de la obligación contractual, hija del decimonónico. Como el contrato mismo era equiparado con la voluntad de las partes (13), parecía absurdo —*rectius*, imposible— que un juez pudiera reducir una cláusula penal *voluntariamente* fijada por las partes. Pero el abandono o matización de esa posición hizo posible que se aceptara la reducción razonable de las cláusulas penales cuando las mismas resultaban ser exageradas. Por ello, en países en donde se adoptó la inmutabilidad absoluta, no era difícil encontrar que la jurisprudencia se escapaba del texto legal en búsqueda de soluciones más equitativas, invocando todo tipo de ideas o principios en su defensa. Lo que ocurrió fue que luego del trabajo de la jurisprudencia, el legislador tomó cartas en el asunto e introdujo reformas que permitían la mutación o reducción de la cláusula penal.

En este sentido, el caso paradigmático es el de Francia, cuna de la concepción de la intangibilidad absoluta de la cláusula. En el año 1975 se sancionó en este país una ley que modificó la casi bicentenaria regla de la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal. Igualmente, el caso argentino es especialmente ilustrativo de la evolución sufrida por los diversos países en esta materia. VÉLEZ había optado por una inmutabilidad absoluta, dentro de su conocida tesis liberal del contrato; la jurisprudencia se rebeló contra la rigidez del texto, en numerosos fallos que fueron aplaudidos por la doctrina (14). Finalmente, la solución jurisprudencial de optar por la inmutabilidad relativa fue acogida legislativamente, en este caso, con el decreto-ley 17.711 de 1968.

Esta revisión breve de los sistemas del *civil law* permite obtener una conclusión provisoria: de la posición inicial del *Code* que establecía la inmutabilidad de las cláusulas penales, se pasó a una relativización tenue. A la pauta general de la inmutabilidad de las cláusulas penales estipuladas libremente por las partes, se agregó hoy día una importante excepción, que es la potestad judicial de reducirlas cuan-

---

(13) Ver el excelente ensayo de GORDLEY, James, "The Moral Foundations of Private Law", 47 Am. J. Juris. 21 (2002), p. 21, y las esclarecedoras citas a Veronique RANOUIL y Eduard GOUNOT.

(14) BORDA, Guillermo A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 312. y los fallos ahí citados.



do las mismas son exageradas o abusivas (15). En el próximo apartado, pasaré revista de dos modelos —el argentino y el paraguayo— de regulación de esta potestad reductiva, que permitirá dejar en evidencia los problemas que plantea esta discreción judicial.

### 3. MODELOS DE REDUCCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS

En este punto, me ocuparé muy escuetamente de dos modelos de la inmutabilidad relativa, pues ambos dejan en evidencia las dificultades y problemas que plantea la posibilidad de reducción a nivel judicial de las mismas, dificultades y problemas que figuras del derecho comparado pueden ayudar a entender o dar mejor solución.

El primer caso es el de la legislación argentina, al que acabo de referirme. Como se ha recordado, la mutabilidad relativa fue capturada por la Reforma de 1968 al Código de VÉLEZ, en la cual se incorporó al art. 656° la posibilidad de que el juez reduzca la cláusula penal, en los siguientes términos:

*“[...] Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando por su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.*

Si bien el artículo agregado significó que el diálogo entre la jurisprudencia y la doctrina fue escuchado a nivel legislativo, la norma

---

(15) En otros términos, la regla casi generalizada hoy día es la posibilidad de revisar judicialmente la cláusula. En este ensayo, he tomado más bien por sentada esta nueva regla, ya que antes que someterla a una evaluación o crítica a fondo, mi objetivo es guiar su correcta y prudente aplicación, asumiendo su validez. Una crítica poderosa a la facultad de revisar la cláusula penal es la del Prof. Carlos SOTO COAGUILA en su artículo “La inmutabilidad de las penas convencionales” (cuya versión *pro manuscrito* lastimosamente recién pude leerla cuando el presente ensayo estaba ya terminado). Hay mucho que aplaudir en el excelente trabajo del Prof. SOTO COAGUILA, como por ejemplo, su contundente y mordaz crítica a quienes acuden a la peligrosa noción de la “parte débil” en la contratación para reducir la cláusula penal. A pesar de que los dos trabajos no tienen el mismo objeto, creo que mi ensayo puede ser leído en paralelo con el suyo, ya que ambos comparten el temor que en los sistemas como el peruano y el paraguayo que acogieron la facultad morigeradora, ella se convierta a su vez en una herramienta de injusticia e imprevisibilidad. Es esto lo que me lleva a proponer guías para los jueces: evitar distorsiones indebidas en los países que han acogido la figura de la reducción. En cuanto a la proposición de *lege ferenda* del Prof. SOTO COAGUILA de eliminar esta facultad de reducción en el futuro, si bien la misma escapa al ámbito de este ensayo, las razones expresadas en la *Coda, infra*, me inducen a intuir que es improbable que la regla sea cambiada en un futuro próximo.

agregada por BORDA no está exenta de problemas, tanto en su redacción (16) como en su concepción (17).

El principal problema, sin dudas, es que no capta la esencia de la cláusula penal: el artículo se refiere a la “gravedad de la falta” y al “abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”. En este sentido, este artículo agregado por BORDA toma demasiado en serio a la palabra “pena” (sin dudas en parte debido al impreciso *nomen* clásico de la figura): al fijar su atención sobre el deudor y su conducta antes que en la entidad del daño a ser resarcido, desnaturaliza en sí el objeto del instituto. Este no es el eje de la cláusula penal, como volveré a insistir hacia el final de este ensayo. Su esencia —incluso comercial— no radica ni en el abuso del acreedor al deudor (18) (puede darse una cláusula penal excesiva entre dos empresas multinacionales con iguales poderes de negociación) ni en la gravedad de la falta o del incumplimiento del incumplidor (ésta conducta es generalmente indiferente a la hora de determinar los daños y perjuicios) (19), sino en otra cosa: la previsibilidad de los daños que resarcen. Me estoy adelantando aquí, pero lo que quería dejar sentado es la crítica al artículo: tiene una concepción punitiva, no compensatoria, de la cláusula penal (20).

---

(16) Notados por LLAMBÍAS en sus *Estudios de la Reforma de 1968*, Edit. Perrot, Buenos Aires, p. 185.

(17) Como se sabe, las críticas a la reforma de BORDA generalmente son mordaces; pero en este caso, las mismas se encuentran sobradamente justificadas. Ver por ejemplo BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 2, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 410 y sigts. quien refiere que la reforma “ha incorporado con imprecisión y estrechez lo que extendidas y cautas jurisprudencia y doctrina habían conseguido establecer mediante la armonización de textos generales”.

(18) Abuso que de haber resultado de deficiencias en el proceso de formación del contrato encontrará otros remedios, como la ineficacia de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión, vicios del consentimiento, etc.

(19) AMEAL indica que “indudablemente el aspecto subjetivo del obrar del deudor incide en la consideración acerca de si es o no desmesurada la pena pactada” (en BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, p. 219). Por las razones que expongo en el texto, y luego, hacia el final de este artículo, esta cita resulta impropia desde todo punto de vista. Lo importante en la cláusula penal es que la estimación del daño haya sido razonable, no si el deudor incumplió por tal o cual motivo. Pero aquí voy a agregar otra. Esta postura de la Reforma del 68 es absolutamente contradictoria: la cláusula penal constituye una predeterminación *a priori* de los daños; modificar la cláusula por una conducta *a posteriori* del deudor desnaturaliza patentemente la institución.

(20) Sobre la función de la responsabilidad civil en general, siempre es bueno recurrir a Fernando Pantaleón PRIETO, “Comentario al art. 1902° del C.C.”, en *Co-*

Por otro lado, el texto argentino deja abierta la puerta a una importante cuota de discreción judicial, lo que ha llevado a que algún jurista pregunte con justeza: “¿qué significa esa disminución proporcional de la pena? Más precisamente, ¿qué es proporcional y qué no lo es?” (21) El término “desproporcionado” ciertamente echa muy poca luz sobre las funciones del juez, y abre el camino hacia una inseguridad indebida de las partes al celebrar el contrato, pues no podrán saber cuándo al juez le parecerá “desproporcionada” la pena.

Puede conjeturarse que las deficiencias de esta norma llevaron a que, al redactar el Código que reemplazaría al Código de VÉLEZ en el Paraguay, los redactores del Código Civil paraguayo no la incorporaran a su texto definitivo, a pesar de que generalmente siguieron de cerca a las modificaciones del Decreto Ley 17.711 en otros casos (22). Por ello, en cuanto a la inmutabilidad de la cláusula penal, si bien se siguió el espíritu de la reforma BORDA —permitir su reducción en algunos casos— no se optó por su confuso texto, sino por el del Código italiano de 1942.

En este sentido, el art. 459° del Código Civil paraguayo dispone que

*“[...] El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.*

Esta disposición puede — debe — ser aplaudida. Evita el rigor de las legislaciones que disponen la inmutabilidad absoluta y que puede llevar a soluciones impalatables desde la óptica de la estricta justicia; también evita la posibilidad de reducción mediante “topes” o baremos prefijados por el legislador (y que terminan siendo tan rigurosas como la doctrina que pretendieron corregir). Sorteá, asimismo, los errores del texto argentino, especialmente, en la desnaturalización de la institución, pues no se refiere a la conducta *ex post facto* del deudor, ni sobresalta un carácter punitivo que la figura no tiene. Y al hacer todo esto, apela a la equidad, que no es sino la forma más radical de la justicia (23), y en cuya causa se dio quizás la más famosa modificación

---

*mentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993; y ver también las reflexiones conclusivas de este ensayo, *infra*.

(21) BOFFI BOGERO, *ob. cit.* p. 415.

(22) Notablemente, en la incorporación de la imprevisión y la lesión; pero, en general, su influencia fue decisiva.

(23) FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, OUP, Oxford, 1998, p. 216.

de una cláusula penal, la del *Mercader de Venecia*. (24) Por ello, la disposición es en términos generales bienvenida.

Pero inmediatamente salta a la luz el problema que supone esta disposición: ¿Qué significa “manifiestamente excesiva”? ¿Y cómo delimitar un término tan poroso como “equitativamente”? ¿No caemos en el mismo problema que tenemos cuando hablamos de “desproporción”, es decir, de términos tan elásticos que permiten desfigurar la voluntad de las partes, o abrir la puerta a una discreción judicial inagotable? ¿No tenemos una instrucción más específica o concreta que la de decirle a un juez que puede reducir “equitativamente” una cláusula penal? Y, más profundamente, ¿cuál es la lógica detrás de esta facultad de reducción? ¿Por qué permitirla en un primer lugar?

Como se ve, estos dos modelos repasados demuestran que, si bien es opinión casi universal que las cláusulas penales deben reducirse cuando son excesivas, no existen parámetros básicos para guiar —aunque sea en un alto grado de abstracción— esta facultad. Ni tampoco, porqué está bien (o mal) hacer esto.

#### 4. PROBLEMA QUE PLANTEA LA REDUCCIÓN JUDICIAL: UNA PARADÓJICA INCERTIDUMBRE Y EL FANTASMA DE LA ARBITRARIEDAD JURISDICCIONAL

Como se ha indicado, las legislaciones del *civil law* que permiten que el juez reduzca la cláusula penal excesiva, ganan en términos de justicia particular lo que pierden en la seguridad y certidumbre negociales — factores que precisamente prometía la cláusula penal en un primer término. Se abre un hueco en la esencia misma de la cláusula penal; se produce una paradoja.

Esta paradoja la captó bien la mente aguda de LLAMBÍAS. Por un lado, la cláusula penal tiene una ventaja inestimable: proveer seguridad a los contratantes. Esta es una ruta de doble vía, pues

*[...] la cláusula penal tiene ventajas para ambas partes: introduce en la relación jurídica que las vincula una gran dosis de seguridad, permitiéndoles precaverse de antemano contra las derivaciones del incumplimiento de la obligación”. (25)*

---

(24) Quizás se trate de la cláusula penal más célebre de la literatura universal, aunque no siempre se la estudie bajo este supuesto. La promesa a Shylock había sido que en caso de no abonar su dinero con intereses, Antonio debería dar una libra de su cuerpo.

(25) LLAMBÍAS, *ob. cit.*, p. 425.

La cláusula penal es sinónimo de certeza, ya que funciona casi como una “suerte de seguro” (26); las partes —tanto la potencial incumplidora como la acreedora— pueden saber de antemano cuánto es el máximo que van a gastar en el contrato en cuestión. Viene a cumplir una función clara de distribución de los riesgos y costes y de planificación de la economía empresarial.

Pero he aquí que la facultad moderadora viene a chocar directamente con esta función de seguridad. Si el juez puede modificar “equitativamente” el monto de la obligación resarcitoria, entonces se introduce nuevamente lo que en un principio se quería evitar: la imprevisibilidad, la inseguridad, la imposibilidad de saber a ciencia cierta cuánto deberá pagarse. Nuevamente, escuchemos las palabras de LLAMBÍAS:

*[...] Si la cláusula penal comunica al negocio una gran seguridad en cuanto a sus perspectivas futuras, por eximir al acreedor de la necesidad de una prueba, a veces incierta, del daño sufrido, que ya está dosificado convencionalmente, se comprende que la inmutabilidad de la pena tiene que ser el eje sobre el cual gira la institución” (27).*

Pero no lo es, como hemos visto. Existe, por consecuencia, la paradoja que lo que debía prometer la seguridad máxima para las partes (pues por eso pactaron la cláusula penal), en virtud a esta facultad morigeradora se convierte a su vez en incierto, con lo cual estamos ante un círculo vicioso de incertidumbre. Para peor, las palabras que utilizan las legislaciones del derecho continental — “desproporcionado”, “equitativamente”, “excesiva”— se ven afectadas de una ambigüedad radical, que agrega dicha incertidumbre y abre el camino para la arbitrariedad por parte del juzgador, quien puede decidir que una cláusula penal es excesiva sin tener ningún parámetro más o menos objetivo para decir o justificar *la razón por la cual la han reducido*.

La conclusión es imperativa: por noble y venerable que sea la apelación a la “equidad” de Códigos como el italiano o el paraguayo, o su reducción cuando la misma es “desproporcionada”, estos términos pueden —y deben— ser precisados en el ámbito de la cláusula penal. En caso contrario, el juez puede sencillamente fallar conforme a su capricho, o su visión de lo que es equitativo para el caso concreto, o de lo que para él es desproporcionado, etc. Esto abre una puerta

---

(26) MAULER, citado por DEMOGUE, René, *Traité des obligations en general*, París, 1923, t. VI, p. 480, N° 443.

(27) LLAMBÍAS, *ob. cit.*, p. 437.

discrecional excesiva, que en el ámbito de los contratos comerciales resulta totalmente mal-venida. Si no precisamos qué significa la apelación a nociones elásticas como “desproporcionado” o “equitativamente” o “excesiva”, podemos terminar por aceptar que su noble misión sea subvertida por una *praxis* judicial que no sea rigurosa, o que sencillamente le falte una guía más precisa para hacer su trabajo.

Para que se entienda bien. La idea no es: rechazar la reducción de la cláusula penal. La idea es más bien preguntarse: *¿podemos tener parámetros más precisos, menos borrosos, que ayuden a disminuir la arbitrariedad o discreción judicial inevitable en el contexto de la reducción de una cláusula penal?*

Y aquí, sugiero, el “agujero discrecional” que se crea en sistemas del *civil law*, puede ser llenado provechosamente con la doctrina desarrollada por los jueces ingleses para la pre-fijación convencional de los daños y perjuicios. Hagamos un poco de derecho comparado.

##### **5. LIQUIDATED DAMAGES Y PENALTY CLAUSES: UNA SABIA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO JUDICIAL INGLÉS**

Que una jurisprudencia creativa y activa no choca *ex definitione* con la seguridad jurídica es una proposición demostrada en amplitud por el modelo inglés del *common law*. Lo primero que a uno sorprende (y mucho, al menos en el caso de este autor) al caer inmerso en el derecho inglés es precisamente este dato: la actividad creadora de los jueces ingleses va de la mano con la más férrea defensa posible del principio de seguridad jurídica, a un grado desconocido en el ámbito del *civil law* (28), lo que demuestra que es un mito sostener que sólo la legislación puede conseguir el *rule of law* (29) (o, al menos, cuando los jueces tienen la calidad que usualmente acompaña a los *law lords* y demás magistrados ingleses).

La construcción de la doctrina consiste en distinguir dos supuestos bien determinados ante una indemnización contractual pre-fijada convencionalmente: se diferencia así a las cláusulas penales que

---

(28) Genial en este sentido resulta el librito de RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001, y en particular en la p. 57, con exactas palabras: “a pesar del monopolio creador de la magistratura, el juez individual está no obstante mucho más comprometido que el juez continental”.

(29) De hecho, autores como HAYEK en su *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres, 1998, han sostenido que precisamente sistemas centrados en el *judge-made law* o derecho creado por jueces, como el inglés, serán más respetuosos de la libertad y demás valores asociados con la seguridad jurídica.

son “*penalty clauses*” de las que son “*liquidated damages*”(30). En el primer caso, estamos ante una verdadera cláusula abusiva —estipulada *in terrorem*— y la misma será invalidada (*striked-down*) por el tribunal inglés; mientras que en el segundo, estamos ante una pre-estimación razonable de los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento, y por tanto, la misma será “*enforceable*” o jurídicamente reforzada. En síntesis: si el tribunal estima que la cláusula es excesiva y no configura una genuina pre-estimación de los daños y perjuicios, la declarará una “*penalty*”, y por ende, inválida. He aquí una diferencia importante (la más importante) entre esta figura y la reducción de la cláusula penal excesiva: en el caso de la *penalty clause*, la sanción es la nulidad y no la reducción, por lo que, de declararse a la cláusula como una “*penalty*”, se aplicarán los parámetros normales de daños y perjuicios. A pesar de esta diferencia importante, los principios que están detrás de ambas figuras son los mismos (31).

Esta doctrina, como siempre ocurre en el *common law*, es de larga data y proviene de la añeja tradición del derecho judicial inglés o *judge-made law*. Todo indica que la facultad de los tribunales de establecer que una cláusula penal es una “*penalty clause*” es bastante antigua, y de hecho se remonta a la aplicación de las *equity courts* (32) de su poder de invalidar ciertas cláusulas contractuales en base a la aplicación de criterios de justicia del caso concreto (33). Se trata de un caso de “interferencia equitativa” en los acuerdos particulares, desarrollada en el siglo XV para evitar cláusulas penales que hacían presumir la existencia de opresión o extorsión —de ahí la calificación de *in terrorem*— por lo que si bien los tribunales comunes o del *common law* ejecutarían tales disposiciones, los *equity courts* o tribunales de

---

(30) *Caveat lector*: Existe una paradoja en el sentido que la frase “*penalty clause*” parece asimilarse a nuestra cláusula penal, cuando que en realidad se trata de una cláusula punitiva, o cláusula penal abusiva. Es el “*liquidated damage*” el que verdaderamente ocupa el lugar de la cláusula penal.

(31) Ver *supra* n. 4.

(32) Hasta que se dictaron los *Judicature Acts* (1873-75), en Inglaterra existían “dos” sistemas jurídicos separados, uno el de *common law* y otro el de la *equity*, por razones mayormente históricas. Ambos tenían soluciones y doctrinas distintas, siendo las de *equity* menos rigurosas (por ej. la *unconscionability* que puede asemejarse en algo a nuestra lesión y la *specific performance*, o cumplimiento *in natura* o forzoso de los contratos, eran remedios exclusivos de la *equity* y no podían ser solicitados a un *common law court*). A partir de los *Judicature Acts* se abolió el *Court of Chancery* (que aplicaba *equity*), unificándose las reglas, y disponiéndose que en caso de conflicto, debían prevalecer las reglas de la *equity*.

(33) ATIYAH, Patrick S., *An Introduction to the Law of Contract*, OUP, Oxford, 1995 (Quinta Edición).

equidad negarían el respaldo jurídico por razones de “conciencia y equidad” (34). Sin embargo, la doctrina tuvo la suficiente respetabilidad como para ser recogida por el *common law*, e incluso, algo que es raro para el Derecho contractual inglés, fue receptada por alguna ley (o *statute*) del parlamento (35).

A pesar de su rancio abolengo y sus más de cinco siglos de aplicación, la doctrina de los *penalty clauses* no ha estado exenta de críticas. Es que, como ha apuntado ATIYAH, se trata de un “raro caso de poder judicial para dejar sin efecto los términos expresamente acordados del contrato” (36). Por ello, especialmente en el apogeo de la “*freedom of contract*” o libertad contractual, los embates contra la doctrina fueron comunes; incluso, hoy día, la literatura del análisis económico del derecho se muestra contraria a esta figura, por contradecir principios de eficiencia económica: “el análisis costo-beneficio sugiere que la regla tradicional de la *penalty* es anacrónica” (37). Pero, y no obstante las críticas, la regla sigue tan o más vigente que nunca (38).

En cuanto a la regla en sí, puede afirmarse que la norma básica de las *penalties* y *liquidated damages* del derecho inglés es la siguiente:

*Un tribunal aceptará que la suma fijada por las partes constituye una liquidated damages y, por ende, será válida, si la misma constituye una pre-estimación genuina del daño que sería previsiblemente causado si ocurriese el incumplimiento contractual; de lo contrario, el tribunal la tratará como una penalty y la invalidará. (39)*

(34) HOLDSWORTH, William, *A History of English Law*, p. 293, citado por Charles GOETZ y Robert SCOTT, “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, 77 *Colum. L. Rev.* 554 (1977), ps. 554/56.

(35) Así lo relata Jack BEATSON, *Anson's Law of Contract*, OUP, Oxford 2002 (28va. Edición), p. 624. El *statute* en cuestión ya no está vigente, razón por la cual la doctrina es puramente judicial hoy en día.

(36) ATIYAH, *ob. cit.* p. 435.

(37) GOETZ y SCOTT, *ob. cit.* p. 556. Véase también el posterior intento de reconciliar a la eficiencia con esta regla de Paul H. RUBIN, “Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance” 10 *J. Legal Stud.* 237 (1981).

(38) En palabras de Richard POSNER (como juez): “los jueces no se molestan con el escepticismo académico de las *penalty clauses* y con perseverancia siguen aplicando la distinción entre las *penalties* y los *liquidated damages*”. Ver *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).

(39) Esta formulación sigue básicamente las palabras de Lord DUNEDIN en *Dunlop Pneumatic*, al cual me referiré *infra*. Para otra de las muchas formulaciones, ver Beatson, *ob. cit.* p. 625.



Lo fundamental, en consecuencia, es determinar si la cláusula prevista por las partes es una verdadera pre-estimación de los daños previsibles para que sea válida. Pasaré a revisar rápidamente el *case-law* relevante sobre la materia, para luego detenerme en particular sobre un resumen de los criterios o parámetros de aplicación de la doctrina, que servirán como guía —o eso voy a sostener— para que los jueces de nuestros sistemas reduzcan equitativamente las cláusulas penales excesivas.

## 6. UNA OJEADA A LOS LEADING CASES

Como se sabe, el Derecho inglés generalmente se desarrolla en base a casos resueltos que resultan clásicos —los *leading cases*. Son esos casos que capturan la imaginación de los juristas y jueces ingleses y se convierten en el punto de referencia obligado para el futuro; parafraseando a Borges, son aquellos a los cuales los operadores jurídicos del *common law* recurren “con fervor y una misteriosa lealtad” (40).

Pues bien: en el caso de las *penalty clauses* y los *liquidated damages*, tenemos la facilidad que existe una unanimidad respecto de cuál es el *leading case* en la materia. En este sentido, puede afirmarse que el caso más citado y relevante en la materia es un caso resuelto en el año 1915: *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.* (41). Antes de entrar a revisar este caso —que es el que desarrolla en forma sintética la doctrina— conviene repasar sin embargo otros antecedentes del mismo, que permitirán visualizar mejor la conceptualización del *common law* de esta figura.

### (a) *Willson v. Love*

En primer lugar, tenemos a *Willson v. Love* (42), un caso de fines del siglo XIX sobre una cláusula penal en un contrato de *lease* (o alquiler) de una granja. El contrato contenía una cláusula que establecía que el locatario se comprometía a no disponer, vender o transportar, heno, paja, pasto, u otros productos de la tierra alquilada, sino que debía consumirlos personalmente. En caso que decidiera vender heno o paja, debería pagar una suma de 3 libras por cada tonelada que vendiera. El valor por tonelada del heno, sin embargo, llegaba solo a 1 libra por tonelada, y el de paja a 5 *schillings* por tonelada. Es decir,

---

(40) En la nota “Sobre los Clásicos”, en Jorge Luis BORGES, *Obras Completas*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1974, p. 773.

(41) Reportado en (1915) AC 79.

(42) (1896) 1 QB 626.

existía una diferencia importante entre la cláusula penal acordada y el daño real (más del 300% en el caso de heno).

Producido el incumplimiento (por la venta a terceros), el locador decidió solicitar el pago de la cláusula penal, mientras que el demandado alegó que se trataba de una verdadera *penalty* y no de una *liquidated damages*. La Cámara de Apelación concordó con el demandado. Lord ESHER, en primer lugar, señaló que para determinar si una cláusula es *penalty* (y por ende inválida) debe realizarse una “*construction*” —término técnico al que me referiré con más detenimiento más abajo, pero que se refiere a una interpretación contextual y global del contrato, las circunstancias del caso y las partes. En segundo lugar, señaló efectivamente existía una diferencia sustancial entre el valor real de la tonelada de heno o paja y el valor de la cláusula penal. En tercer lugar, y citando la frase de Lord WATSON en un caso anterior, *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.* (43), Lord ESHER refirió una regla para establecer si la cláusula es o no inválida:

“[...] Cuando se establece un monto global (*lump sum*) para el caso que ocurra uno o más eventos de incumplimiento, algunos de los cuales causan daños serios pero otros más bien daños nimios o insignificantes, debe presumirse que las partes tenían la intención de considerarlo una pena, sujeta a modificación”. (44)

La idea detrás de esta presunción —que es sólo *iuris tantum*, si bien los jueces ingleses no utilizan este término— es la siguiente: si las partes establecieron una suma global (*lump sum*), ello quiere decir que no realizaron una verdadera pre-estimación de los posibles daños y perjuicios, sino solo establecieron una pena *in terrorem*. Por ello, cuando sean varios los incumplimientos, una suma global no puede configurar como una genuina pre-fijación de los daños y es por tanto inválida. En este caso, ello, sumado a lo elevado de la suma pactada, tildaron la balanza a favor del locatario, y la cláusula fue declarada una verdadera *penalty clause* e invalidada.

(b) *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda*

El segundo caso importante que referiré es un poco más colorido en cuanto a los hechos que lo rodearon: *Clydebank Engineering and*

---

(43) 11 App.Cas. 332.

(44) Idem.

*Shipbuilding Co. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda* (45), resuelto por la *House of Lords* a principios del siglo XX.

Los hechos fueron los siguientes. En el curso de la guerra española-americana de 1898 en Cuba, el Gobierno español (representado por su Ministro de la Marina, YZQUIERDO) había contratado con la empresa *Clydebank*, un armador inglés, a fin de que le construya y entregue 4 destructores de barcos-torpederos (*torpedo-boat destroyers*): *Audaz*, *Osado*, *Plutón* y *Proserpina*. Los contratos preveían una cláusula que señalaba una penalidad por retraso en la entrega:

“[...] La penalidad para la entrega atrasada será de 500 libras por semana que no sea entregado el barco”.

Todos los barcos fueron entregados con retraso, el menor de 5 meses y el mayor de 11 meses. El Gobierno español pagó el precio de los mismos, y luego reclamó las sumas previstas en el contrato por retraso en el cumplimiento, en concepto de *liquidated damages*. La empresa inglesa retrucó señalando que se trataba no de una cláusula válida, sino de una verdadera *penalty* y por tanto debía ser invalidada por los jueces.

El *Earl of Halsbury* (46) señaló en primer lugar que si bien la cláusula literalmente decía “*penalty*”, ello no impide que el tribunal interprete si realmente se trata de una pena o de una *liquidated damages*; estamos ante un problema de calificación jurídica. En forma similar Lord DAVEY expresó que no se trata de un asunto de “palabras o formas de expresarse, sino de la naturaleza de las cosas”.

En segundo lugar, el *Earl of Halsbury* señaló que es imposible establecer una regla abstracta “sin hacer referencia a los hechos y circunstancias particulares del caso individual”, lo que no es sino una expresión del particularismo jurídico propio del *common law*. Es decir, lo que un caso puede ser considerado una *penalty*, en otro no lo será, de existir alguna circunstancia que haga que ello sea así.

En tercer lugar, Lord DAVEY expresó otro principio elemental: la consideración de si la cláusula es exorbitante debe ser efectuada “al

---

(45) (1905) AC 6.

(46) Se trata de un título de la nobleza inglesa creado en 1898 y vigente hasta la fecha; fue ocupado en primer lugar por Hardinge GIFFARD, en cuyo honor se estatuyó el título y cuyo voto se cita arriba. El primer *Earl of Halsbury* fue un destacado jurista y político inglés, compilador del famoso *Halsbury's Laws* que es la fuente autoritativa de *statutes* o leyes del parlamento inglés.

momento de haberse realizado la estipulación”, para poder determinar si el monto de los daños posibles podían haber sido contemplados por las partes cuando celebraron el contrato. De lo contrario, no sería una pre-estimación legítima de los daños eventuales del incumplimiento del contrato.

Por último, Lord ROBERTSON expresó el principio fundamental para determinar si es o no una *penalty* la cláusula: debe determinarse si la cláusula fue “meramente estipulada *in terrorem* o si era una verdadera y legítima pre-estimación del probable o posible interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación principal”.

En base a todos estos principios, los lores decidieron en forma unánime que la suma prevista no podía ser estimada como “exorbitante” o “*unconscionable*” (que conmueve la conciencia del tribunal), sino que guardaba una estrecha relación con la pérdida que significaría para el gobierno español verse privado por tantos meses de estos barcos - ¡para colmo, en plena guerra! Consideró la *House* que realidad existía un pre-estimación genuina de los daños provenientes del incumplimiento, y falló señalando que se trataba de una *liquidated damages clause*.

(c) *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*

Este último caso, como referí, es el más citado en la materia, por la claridad de los parámetros establecidos por la *House of Lords*. Los hechos del caso fueron los siguientes. *Dunlop Pneumatic* era una empresa importante dedicada a la fabricación de cubiertas, y había contratado con la empresa *New Garage & Motor* a fin de que ésta revendiera y distribuyera sus productos al mercado minorista. El contrato contenía una disposición en virtud de la cual *New Garage* se obligaba a no vender u ofrecer las cubiertas y productos a un precio inferior al precio de lista de *Dunlop*; para cada incumplimiento de esta cláusula, las partes habían establecido como pago en concepto de *liquidated damages* el monto de 5 libras. Es decir, cada vez que *New Garage* vendiera la cubierta a un precio inferior al establecido por *Dunlop* debía abonar la suma de 5 libras como cláusula penal. Con el tiempo, *Dunlop* descubrió que la *New Garage Company* había vendido cubiertas a un precio inferior al de su lista, y le demandó por incumplimiento de contrato e indemnización de daños, reclamando precisamente la cláusula de *liquidated damages*.

El juez inglés Lord DUNEDIN tomó la batuta en la *House of Lords* unánime, señalando que existen tres principios básicos de la regla inglesa de los *penalty clauses*.

(i) En primer lugar, reiteró la regla que el nombre que utilicen las partes para designar a su cláusula es indiferente al resultado final; es decir, la mera utilización del término “*liquidated damages*” por las partes no es suficiente para escudar a la misma de una revisión en sede judicial por su carácter excesivo o abusivo (47).

(ii) En segundo lugar, señaló que “la esencia de una *penalty* es el pago de una suma de dinero estipulada *in terrorem*; la esencia de una *liquidated damages* es que se trata de una verdadera pre-estimación de los daños”. Este es el principio general del sistema, como ya he adelantado más arriba.

(iii) En tercer lugar, expresó que la cuestión de si una suma estipulada es una *penalty* —y por ende, inválida— o una *liquidated damages* es una cuestión de “*construction*”, término inglés sin traducción exacta al español, pero que podría sustituirse por “*interpretación de acuerdo al caso concreto, las partes y los hechos*” (o, como dice Lord DUNEDIN, de “acuerdo a los términos y circunstancias inherentes de cada contrato particular”). Esta “*construction*” debe realizarse en base al momento de la celebración del contrato, y no del incumplimiento del mismo.

A su vez, Lord DUNEDIN desarrolló lo que consideraba eran los cuatro “*tests*” para hacer la “*construction*” de la cláusula y determinar si la misma era una cláusula válida o inválida:

(iii.a) Si la suma estipulada es extravagante o *unconscionable* (“que ofende la conciencia del tribunal”) en comparación con la más grande pérdida que pudiese concebiblemente ser probada a seguir del incumplimiento contractual en cuestión, la misma es una *penalty*. (48)

(iii.b) Si el incumplimiento consiste en una obligación de dar suma de dinero, la cláusula será una *penalty* toda vez que el monto establecido en la misma sea superior al monto que debía abonarse originalmente (incluyendo los intereses) (49).

(iii.c) Existe (citando a Lord WATSON en *Lord Elphinstone vid. Monkland Iron and Coal Co.*) una “presunción (pero nada más que esto) que se trata de una *penalty* toda vez que se establece una *lump sum* (o monto global) para la ocurrencia de uno o más eventos de in-

---

(47) *Ídem*, anterior, ver p. 865.

(48) Esta regla está establecida en el caso *Clydebank*, ya citado arriba.

(49) Esta es la regla más antigua, puede encontrarse en el caso *Kemble v. Farrer*, 6 Bing. 141.

cumplimiento, algunos de los cuales causan daños serios pero otros más bien daños nimios o insignificantes” (50).

(iii.d) Por el contrario, la cláusula será una *liquidated damages* toda vez que las consecuencias del incumplimiento sean tales a que hagan casi imposible realizar una pre-estimación precisa.

En el caso particular de *Dunlop*, una primera aproximación al mismo parecería establecer que verdaderamente se trataba de una *penalty* y no de una *liquidated damages*. En efecto, la misma parecía establecer el *lump sum* o monto global, pero para una serie de incumplimientos, y esto se ajustaría en consecuencia a lo estipulado en el criterio (iii.c.) citado más arriba.

Sin embargo, la *House of Lords* no llegó a dicha solución. En este sentido, Lord DUNEDIN señaló que existía en el caso un daño “directo” y uno “indirecto”. Hasta el punto que *Dunlop* recibía el precio verdadero por las cubiertas de la *New Garage*, no existía un daño obviamente (pues se compraba al precio justo). Sin embargo, existía un daño “indirecto” que se producía de la venta a terceros a precios inferiores a los vendidos por *Dunlop*, y este hecho no fue cuestionado por los abogados de la *New Garage*. Y aquí viene el juicio clave de Lord DUNEDIN en este caso: “si bien el daño total que esta práctica violatoria (de *New Garage*) podría ser cierto, sin embargo el daño derivado de una venta en particular es imposible de prever”. Por ello, concluyó que

“[...] se trata justamente de uno de esos casos en los cuales parece bastante razonable que las partes establezcan que estimarán dicho daño en base a un número determinado, siempre y cuando dicho número no es extravagante y por lo tanto puede presumirse que el mismo no ha sido fijado in terrorem sino libremente negociado” (51).

Además, para justificar su decisión, Lord DUNEDIN debió realizar la práctica que en el derecho judicial inglés se denomina “*distinguishing*” y que consiste en señalar la razón por la cual, en base a los hechos de este caso concreto, la regla general que debería en principio aplicarse, no debe ser utilizada. En este sentido, la regla pertinente es la señalada en el apartado (c) arriba, el *dictum* de Lord WATSON en el caso *Elphinstone*. El *dictum*, para recordar, refería que existe una “presunción (pero nada más que esto) que se trata de una *penalty* toda vez

---

(50) Cita aquí a Lord WATSON en el caso *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.* (1886) 11 Aps. Cas. 332.

(51) *Idem*, p. 866.

que se establece una *lump sum* (o monto global) para la ocurrencia de uno o más eventos de incumplimiento, algunos de los cuales causan daños serios pero otros más bien daños nimios o insignificantes". Si bien en este caso se estableció el *lump sum* o suma global para todos los incumplimientos, Lord DUNEDIN realiza el "*distinguishing*" al señalar que no existía una diferencia demasiado relevante en cuanto a todos los incumplimientos en particular, como por ejemplo el incumplimiento por la venta a precio inferior de una "cubierta" y el incumplimiento por la venta a precio inferior de una "cámara" (de cubierta): en ambos casos, el daño derivado vendría a ser el mismo. No se puede, dice DUNEDIN, "pesar estas cosas en una balanza química".

Por tanto, en base a los principios señalados más arriba y el *construction* de la cláusula por las circunstancias del caso y del contrato, la *House of Lords* falló a favor de *Dunlop*, señalando que efectivamente la cláusula establecida en el contrato era una verdadera cláusula de "*liquidated damages*", y por ende, la misma era válida y podía ser ejecutada judicialmente.

Estos son, en líneas generales, algunos de los *leading cases* fundamentales en la doctrina de la *penalty clauses*. En el próximo apartado haré un breve resumen de las reglas principales, para cumplir con la promesa de dotar a nuestros operadores jurídicos con parámetros razonables para la reducción de las cláusulas penales excesivas.

## **7. UN RESUMEN DE LAS REGLAS PRINCIPALES PARA INVALIDAR PENALTY CLAUSES Y SU UTILIDAD PARA EL JUEZ CIVILISTA**

Como acaba de verse, en el *common law* la facultad de las partes para fijar en el contrato la indemnización convencional en caso de incumplimiento no es absoluta; existen reglas para evitar que la cláusula sea desproporcionada o que la misma sea prevista solamente *in terrorem*. Pero esta facultad judicial debe encuadrarse dentro de ciertos parámetros.

La regla madre o principio general del *common law* en esta materia vendría a ser que para que una cláusula penal sea válida, la misma debe ser una verdadera y genuina pre-estimación de los posibles daños que puedan derivarse del incumplimiento contractual en cuestión. El juez debe determinar, dadas las circunstancias del caso y el contexto de las partes y el contrato, si los daños establecidos son una pre-estimación razonable de los daños que seguirían del incumplimiento, o si por el contrario, se trata de una suma establecida para presionar al deudor, o castigarlo, etc. La pregunta esencial entonces es: ¿hasta qué monto podrían previsiblemente estimar las partes los

daños y perjuicios que su incumplimiento acarrearía? Resuelta esta cuestión, y si la cláusula penal se adecua al parámetro fundamental y básico de la “previsibilidad” de los daños y perjuicios, la cláusula será válida (52). Si las mismas se asemejan y constituyen una verdadera y honesta pre-fijación de los daños y perjuicios, entonces el juez debe darle validez a la misma y prestarle la ayuda del ordenamiento jurídico en su ejecución.

Por otro lado, los jueces del *civil law* deberían tomar con cautela aquellas cláusulas penales que establecen una suma global (*lump sum*) para uno o más incumplimientos; especialmente, cuando los mismos son distintos unos de otros (un incumplimiento puede ser de la prestación principal, otro de una cláusula de guarda de la cosa, etc.), pues si las partes no se han puesto a calcular con algún grado de precisión (aunque obviamente el 100% de certeza es imposible), ello quiere decir que no han previsto una cláusula penal seria, sino más bien una suerte de “espada de Damocles” sobre la cabeza del deudor. Y esta no es, ni puede ser, su función genuina.

Finalmente, queda otra lección que quizás parezca nimia, pero es más bien importante: determinar si una cláusula es excesiva o no es una cuestión de interpretación *global del contrato, las partes, y el “microclima” o “medio ambiente” del acuerdo*. (53) Esto es importante especialmente si consideramos el reinado tradicional del método formalista de interpretación que todavía sigue gobernando en buena medida a nuestro derecho continental. Lo que se exige es no sólo una evaluación de la cláusula en el contexto del contrato, sino también el de las partes (¿son multinacionales? ¿comerciantes pequeños de un mismo país? ¿se trata de un contrato internacional? ¿la cláusula se aplica por igual a cualquier incumplimiento?, etc.). Como lo resaltó el *Earl of Halsbury* en el caso *Clydebank* citado más arriba: “es imposi-

---

(52) Resulta interesante en este sentido apuntar que los prestigiosos *Principios de Derecho Contractual Europeo*, dirigidos por Ole LANDO y Hugh BEALE, han concordado con la regla inglesa, y así determinan en su art. 9:509 para las cláusulas penales: “los daños (se basarán) en el principio de previsibilidad”. De esta manera, los sistemas civilistas se acercarán expresamente a la óptica inglesa. En general, con respecto a la previsibilidad como eje de los daños contractuales, es imprescindible el excelente artículo de Fernando Pantaleón PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, p. 1019 y sigts. y ver las afirmaciones conclusivas en este trabajo, *infra*.

(53) Para la expresión “medio ambiente”, Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo I, Zavallía Editor, Buenos Aires, p. 53.



ble establecer una regla abstracta sin hacer referencia a los hechos y circunstancias particulares del caso individual”. Esto, se dijo, es una expresión del (sabio) particularismo jurídico propio del *common law*, tan ajeno a la esencia del *civil law*, razón por la cual debe ponerse especial énfasis en esto (y sin caer en un particularismo *tout court* propio del *kadijustiz* criticado por WEBER, claro está) (54).

En suma, entiendo que los jueces y juristas pueden tomar la lección de la doctrina del *common law* para las cláusulas penales excesivas, siguiendo las siguientes reglas o parámetros:

La cláusula penal debe constituir una genuina, sincera pre-estimación de los daños y perjuicios que se seguirían del incumplimiento del contrato. Si la cláusula excede (con creces) ese posible daño previsible (la consecuencia “inmediata y necesaria”), entonces la misma debe ser reducida por el juez hasta llegar a un monto razonable. El eje de la figura, como se ha referido, es la *previsibilidad*.

Para determinar si la cláusula ha sido una genuina pre-estimación de los daños, el juez debe considerar la perspectiva de los contratantes al momento de celebrar el contrato; este es el punto de vista sobre el cual puede verse o no la previsibilidad o no de los daños que siguen al incumplimiento (55).

Si la suma estipulada es extravagante o excesiva en comparación con la más grande pérdida que pudiese concebiblemente seguir del incumplimiento contractual en cuestión, la misma debe ser reducida equitativamente.

Si el incumplimiento consiste en una obligación de dar suma de dinero, la cláusula será excesiva toda vez que el monto establecido en la misma sea superior al monto que debía abonarse originalmente (incluyendo los intereses).

---

(54) Se trata de un problema mucho mayor que hace a la epistemología jurídica en el *civil law*. Ver, en general, Max WEBER, *Economy and Society*, Univ. of California Press, 1978, Tomo II, y el trabajo en el cual he desarrollado la nota de censura a la vuelta del *kadijustiz* por su abrasivo particularismo jurídico a través de ideas elásticas como la buena fe: Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “La Buena Fe en la Interpretación de los Contratos: 4½ sugerencias para evitar a los contratos hechos por los jueces”, en Antonio TELLECHEA SOLÍS-Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, 2007.

(55) El caso de la regla argentina, relatado más arriba, va en abierta contravención a este principio, y por ello la hemos criticado.

Cuando se establece un monto global para cubrir uno o más hechos de incumplimiento (que a su vez puede o no ser relacionados, o referirse a distintas cuestiones) debe establecerse una “presunción (pero nada más que esto)” de que la misma no es una genuina pre-estimación y por tanto debe ser reducida por el juez equitativamente.

Cuando las consecuencias del incumplimiento sean tales a que hagan casi imposible realizar una pre-estimación precisa el juez deberá analizar con la máxima prudencia posible si no excede *con creces* a los daños de hecho debidos.

Las expresiones que utilicen las partes no deben primar por sobre la realidad de lo pactado (p. ej.: “la presente cláusula constituye una verdadera pre-estimación de los daños posibles y no una cláusula estipulada *in terrorem*”).

Debe realizarse una interpretación *contextual* del contrato, considerando en especial a las partes, las costumbres y usos propios del negocio de las partes, y, en general, del medio ambiente en el cual se gestó y ejecutó el acuerdo (56).

Estas son las guías fundamentales, reitero, que pueden ser útiles para los jueces del Derecho continental a la hora de tener que “traer a la tierra” a los abstractos y vagos conceptos de “desproporción”, “equidad”, “razonabilidad”, etc. y hacer que el ejercicio de derecho comparado deje algunas lecciones de utilidad.

## 8. HACIA UNA CONCLUSIÓN...

El lector puede a esta altura quejarse, y con alguna razón, diciendo que no he cumplido con mi promesa. Y es que al comienzo de este trabajo había dicho que el sistema del *civil law* no cuenta con parámetros rigurosos o certeros respecto de la posibilidad de determinar cuándo una cláusula penal es vejatoria. Dije, en un principio, que el derecho comparado podía darnos una mano aquí, y traer reglas más claras y exactas. Pero las reglas que acabo de presentar, nuevamente, pueden ser tildadas de imprecisas, o hasta indeterminadas.

---

(56) Esto requiere un extraordinario trabajo por el juez, quién, para evitar abusos del margen de discreción, deberá guiarse aquí por lo que ARISTÓTELES llamó *phronesis* (“prudencia”), o tener, en palabras del gran jurista americano Karl LLEWELLYN, “sentido de situación” (*situation sense*). K. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little; pags. 59-61.

Mi retruécano: afirmar esto sería caer en una incomprensión del fenómeno jurídico. El modelo del derecho no es el de la ciencia exacta, la matemática o geometría; es el de la razón *práctica*, y ésta, como lo notaron los clásicos, nunca puede tener una precisión exacta, dado que la vida humana misma está teñida de contingencias y no de leyes atemporales como la física o matemática (57). Salvo en pocos determinados casos, el derecho nunca puede darnos una única respuesta correcta (58). De ahí que el derecho nunca pueda lograr el sueño cartesiano de la certeza absoluta, al cual DEWEY se refirió (y criticó) en páginas memorables (59). No se puede pretender un algoritmo jurídico; sí pautas o parámetros que sirvan para establecer el norte, el olfato jurídico del juris-prudente. La noción misma de *qué constituye una genuina pre-estimación de los daños y perjuicios* depende de las circunstancias del caso concreto, y jamás podrá ser predeterminada por leyes geométricas o matemáticas. IHERING hace casi 150 años se quejaba ya que “el deseo formal de lógica que convierte a la ciencia del derecho en una matemática jurídica es un error y surge de una incomprensión del fenómeno jurídico. El Derecho no sirve a los conceptos sino los conceptos sirven a la vida” (60). Es hora que absorbamos esta lección de una buena vez. Lo que se requiere son parámetros que, si bien no dan soluciones exactas, matemáticas, sirvan como una guía abstracta para el juzgador en su tarea de resolver casos.

---

(57) Esta oración resume una tesis sobre la cual estoy trabajando en otro trabajo que espero pronto vea la luz, y sobre la cual no puedo aquí por razones obvias explayarme. Un artículo que en forma breve pero profunda presenta a la tesis del derecho como razón práctica (contrapuesta a la razón teórica/científica) es la fantástica nota de Steven BURTON, “Judge Posner’s Jurisprudence of Skepticism”, 87 Mich. L. Rev. 710 (1988-1989).

(58) He criticado esta tesis de DWORKIN, según la cual siempre o casi siempre existe una respuesta jurídica correcta (y también una variante ingeniosa del Prof. Carlos MASSINI de la misma) y otros autores en un ensayo intitulado: “¿Existe una única respuesta correcta (o justa) para todo caso difícil?”, Revista Jurídica de la Universidad Católica, Asunción, 2005. Además de los casos fáciles, los casos que involucran los absolutos morales (e.g. la prohibición de quitar la vida a un humano inocente) también nos dan respuestas únicamente correctas; el grueso de los casos, especialmente los difíciles, no lo hace.

(59) John DEWEY, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*, Londres, George Allen & Unwin, 1930. Véase también el excelente libro de Stephen TOULMIN, *Return to Reason*, Harvard Univ. Press, Boston, 2002, que se inspira en esa idea deweyana para distinguir lo *racional* (las ciencias exactas) de lo *razonable* (el ámbito de otros saberes, como el derecho).

(60) Rudolf IHERING, *Geist des Römischen Rechts* (1842); HOLMES dijo un par de años después para el *common law* lo mismo: “el derecho no puede ser tratado como un sistema de axiomas y corolarios de un libro de matemática”, *The Common Law*, pag 1. Ver el fantástico ensayo de Peter STEIN “Logic and Experience in Roman and Common Law” 59 B.U.L. Rev. 433, 1979, p. 437.

Y por ello creo que las reglas del *common law* han captado mejor al instituto de la cláusula penal, y en consecuencia pueden servir para dar mejores respuestas al operador del derecho continental que las nuestras. La propuesta es, entonces, utilizar estas directrices en nuestros sistemas de *civil law*. Evitaremos, al mismo tiempo, caer en el error que criticaba el epígrafe de este artículo: no saber qué hacer una vez que efectuamos el paralelismo normológico propio del derecho comparado.

### 9. CODA: YA QUE ESTAMOS EN TEMA...

Si bien el objetivo principal de este ensayo —mostrar de qué forma el derecho comparado puede servir para entregar herramientas a los operadores jurídicos— ya ha sido cumplido (o, al menos, eso espero), la discusión ha dejado picando dos cuestiones que no deseo pasar por alto. Sucintamente, el análisis que he ido efectuando ha abierto la puerta para realizar algunas reflexiones de fondo acerca del fenómeno contractual en sí, reflexiones motivadas por la potestad para morigerar (o, en el *common law*, invalidar) cláusulas penales exorbitantes.

La primera es la relación íntima que existe entre las obligaciones contractuales y la idea de la *previsibilidad*. Uno de los mayores aportes que pueden aprenderse de las ideas del *common law*, como he sugerido, es entender que lo esencial en la cláusula penal es que se trate de una pre-estimación legítima de los daños *previsibles* ante el incumplimiento contractual.

Precisamente por esta razón, critiqué el modelo receptado por el legislador argentino en 1968. La sanción o pena no es la función de la responsabilidad contractual, que es por definición y ontológicamente, *compensatoria*. En la terminología de FULLER y PERDUE, el interés indemnizable en los contratos radica en el *expectation interest*, en el interés en el cumplimiento, no en otro lado (61). Es, en pocas palabras, poner al contratante en el mismo lugar que hubiese estado de haber cumplido la otra parte con su obligación; no enriquecerlo indebidamente, o castigar a la parte incumplidora.

Si se sitúa a la previsibilidad como el eje del sistema, por fin podremos llevar al contrato hacia su verdadero ámbito. Se presenta así claramente el objetivo fundamental del instituto del contrato: esta-

---

(61) Lon FULLER y William PERDUE, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 Yale L. J., 52 (1936).

blecer un “plan racional” para el futuro. Para ponerlo en los términos más breves posibles: la esencia del contrato reside en la *razón*, no en la *voluntad*. (62) Al quedar claro que es una planificación *racional* del futuro, el contrato (y sus remedios indemnizatorios) debe descansar siempre sobre el concepto de *previsibilidad*, de lo que las partes, al momento de celebrar el contrato, pudieron haber contemplado razonablemente como las consecuencias del incumplimiento (63). Punto. Lo mismo debe ocurrir, como sagazmente han captado los jueces ingleses, en la cláusula penal (64).

Y no debe sorprender —aunque quizás a muchos sorprenda— que tengamos que volver al viejo POTHIER (y a través de él, a DOMAT y la escuela moderna de derecho natural y luego mucho más allá, a las influencias clásicas de ésta escuela). Con inmortal sabiduría —verdadera *juris prudencia*— POTHIER intuía que es necesario “no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación”, y que en todo caso “el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación” (65). Lo esencial, entendió POTHIER, es que el daño haya podido ser previsto por el deudor, y su discusión del caso de la vaca vendida con enfermedad contagiosa y el secuestro del cultivo de las tierras que realiza en las páginas siguientes deja esto en evidencia. El contrato es un mecanismo de asignación de riesgos

---

(62) Si bien aquí no puedo explayarme sobre esta idea, debo manifestar que se trata de una diferencia realmente *radical*, tanto en la teoría y en la práctica; de hecho, toda la literatura de la “autonomía de la voluntad” y la crisis del contrato pasa por haber identificado al contrato con la voluntad. La distinción la apuntó hace siglos ya Tomás de AQUINO, en la *Summa Theologiae*, II-II q. 88 a. 1c; recientemente la ha puesto de manifiesto John FINNIS, *ob. cit.* p. 198; sobre las radicales consecuencias del voluntarismo y racionalismo sobre el fenómeno jurídico, ver el excelente ensayo de Francis OAKLEY, “Medieval Theories of Natural Law: William of Occam and the Significance of the Voluntarist Tradition,” 6 *Natural Law Forum* (1961).

(63) En ciertas palabras de PANTALEÓN: “la decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento”. Pantaleón PRIETO, *ob. cit.* p. 1027.

(64) Por ello, como ya se apuntó, los prestigiosos *Principios de Derecho Contractual Europeo* se refieren aquí a: “los daños basados en el principio de previsibilidad”.

(65) POTHIER, *ob. cit.* N° 161.

y beneficios, un plan racional, y las consecuencias del mismo deben distribuirse racionalmente. No es razonable, como afirmó POTHIER, hacer cargar a un deudor con todas las posibles consecuencias de su incumplimiento, pues ello supondría la imposibilidad de una sociedad libre y de la institución contractual misma.

Aquí entra en juego —calza exactamente— la doctrina inglesa de los *penalty clauses*: el objetivo es evitar que se desnaturalice al propósito mismo de la obligación contractual, permitiendo que un deudor se haga cargo de daños indirectos, imprevistos. Es una aplicación más de la vieja regla de POTHIER, sólo que al caso particular de la cláusula penal. Es por ello, podría uno conjeturar, que casi la totalidad de los códigos modernos permiten la reducción de la cláusula penal, para no desnaturalizar la esencia del contrato: la distribución y asignación de los riesgos *previsibles*. La potestad de reducir la cláusula penal funciona así como una especie de seguro del sistema para evitar que se desnaturalice la obligación contractual y su esencia, que descansa en la *previsibilidad* civilista o “*foreseeability*” anglosajona.

Pero aquí surge una duda inmediatamente: ¿por qué, si el contrato es el ámbito de la libertad, el lugar en donde los particulares pueden establecer como les plazca sus deberes y obligaciones, no se les permite ir más allá de lo previsible, por qué no se les permite que existan cláusulas penales con el monto más elevado posible, si ello es su libre voluntad? ¿No estamos ante un intervencionismo injustificado, un paternalismo indebido?

Este par de preguntas me llevan directamente a mi segunda reflexión final. La interrogante no sólo es pertinente, es clave. Fuera de los casos de contratos por adhesión o de otros abusos en los procesos de formación del contrato, ¿por qué no se deja que los contratantes decidan libremente sus obligaciones y derechos? ¿Por qué ningún sistema sofisticado jurídico permite esta amplia potestad, a pesar de apegarse a principios de libertad, “autonomía de la voluntad”, etc. —ni siquiera entre dos empresas de igual capacidad negociadora? ¿Por qué, si ello es eficiente desde el punto de vista económico y maximiza el bienestar de los contratantes (66), no se permite que los mismos fijen a su voluntad la indemnización convencional?

---

(66) Recuérdese que para los analistas económicos del derecho, la regla de reducción de la cláusula penal es *ineficiente* y anacrónica, y debe ser dejada a un lado. *Vid.* n. 33 y 36, *supra*.

La respuesta a estas preguntas, intuyo, hacen al estatuto ontológico mismo del contrato. Una elaboración completa del mismo estaría fuera de lugar aquí, sin dudas. Pero estoy seguro que la misma irá hacia las siguientes líneas: porque el contrato no es, como erróneamente se supone, una cuestión de “autonomía de la voluntad” o “libertad irrestricta”, sino algo distinto. Hace miles de años, un sabio griego entendió que más que con nociones voluntaristas o economicistas, el contrato estaba relacionado con algo llamado *dikaion*, justicia: “si no hay equivalencia en el intercambio, el (contrato) no será válido” (67). Todo contrato o intercambio voluntario de bienes necesariamente debe ser un acto de justicia *conmutativa*, de equivalencia en el intercambio. Una cláusula penal que permite que uno de los contratantes se enriquezca indebidamente a costa del otro —la cláusula penal excesiva civilista o la *penalty clause* anglosajona— riñe con este principio. Esta es la razón por la cual no se la acepta en los sistemas jurídicos occidentales (68).

¿No será ésta, en el fondo, la explicación a las preguntas formuladas más arriba? ¿que el contrato, ¡oh escándalo! (69), descansa, antes que en otras nociones, en esa exigencia tan básica de la experiencia humana, la inmemorial y noble *justicia*?

---

(67) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1133<sup>a</sup>10-12.

(68) Por supuesto que James GORDLEY, a quien sigo aquí, hace años, con paciencia, erudición y maestría ha venido sustentando esta tesis, e incluso se refiere explícitamente al caso de la cláusula penal como lo hago en el texto. Ver su *tour de force* en “Contract Law in the Aristotelian Tradition” en Peter BENSON (ed.) *The Theory of Contract Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2001, ps. 265 y ss. Es increíble que existan personas que, luego de leer a GORDLEY, no terminen de convencerse de la conexión ínsita que existe entre la justicia conmutativa y el contrato.

(69) Los escandalizados no sólo serán los positivistas del tinte de un KELSEN, cuya filosofía del derecho de más de 6 décadas tuvo como principal objetivo deslindar incomprensivamente a la ley de toda idea de justicia, y a las generaciones de juristas formados en su marco conceptual jurídico; también a los *lawyer-economists* que desean desterrar nociones morales elementales y sacrificarlo por valores de eficiencia, maximización de riqueza, etc. (o la “*welfare*” como el caso explícito de Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harv. Univ. Press, 2002) y, en suma, todos aquellos teóricos que desean vincular al contrato a otra cosa —por ejemplo, la voluntad— que no sea la razón, y su expresión en la alteridad humana, la justicia.





# LAS ASTREINTES EN EL DERECHO ARGENTINO

Alejandro BORDA (1)

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2.— EL ART. 666° BIS DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ANTECEDENTES. 3.— NATURALEZA JURÍDICA. 4.— CARACTERES. 5.— EL BENEFICIARIO. 6.— EL SUJETO PASIVO. 7.— OBLIGACIONES A LAS QUE PUEDEN IMPONERSE ASTREINTES. 8.— PRESUPUESTOS PARA SU FUNCIONAMIENTO. 9.— CRITERIOS PARA FIJAR LAS ASTREINTES. 10.— PROVISIONALIDAD DE LAS ASTREINTES. 11.— LAS ASTREINTES Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. 12.— CONCLUSIÓN.**

## 1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la gentil convocatoria que se me ha hecho para colaborar en esta obra colectiva, que tiene como eje temático las acciones o alternativas que goza el acreedor frente el incumplimiento del deudor, me ha parecido interesante echar una mirada sobre una figura que tiene un extraordinario potencial, pero que aun es visto con recelo. Me refiero a las *astreintes*, también llamadas sanciones conminatorias.

Es interesante advertir que esta figura, de origen pretoriano, o bien no ha sido recogida por la Ley (es el caso del Perú) o bien, si ello ha ocurrido, es aplicada con bastante reticencia (como ocurre en Argentina).

Pasemos a analizarla.

## 2. EL ARTÍCULO 666° BIS DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ANTECEDENTES

El art. 666° bis del Código Civil Argentino, luego de la reforma introducida por la Ley 17.711, incorpora las *astreintes* o sanciones con-

---

(1) Profesor de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina. Socio de Reigada & Borda Abogados.

minatorias al régimen legal. La norma dispone que *los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.*

Una primera aproximación a esta figura permite advertir que estamos frente a una sanción, de tipo pecuniario, que se impone al deudor renuente a cumplir su obligación.

Las *astreintes* nacieron en la jurisprudencia francesa, largos años atrás, como una manera de constreñir a los deudores a cumplir las resoluciones judiciales. En Argentina, en cambio, antes de la sanción legal, los jueces fueron reacios a aplicarlas, salvo algún aislado antecedente (2), aunque la doctrina era proclive a su utilización.

Ello se vio claramente reflejado en el trascendente Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en el año 1961, en donde los profesores allí reunidos recomendaron *incorporar al Código Civil normas que establezcan que los jueces podrán dictar sentencias conminatorias de carácter pecuniario en contra de quien dejase de cumplir algún deber jurídico impuesto en sus resoluciones.*

Más adelante, en el año 1967, se dictó un nuevo Código de Procedimientos para la Justicia Nacional, en donde se dispuso que *los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.- Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.* En el año 1981 se intercaló un párrafo más a la norma que establece que *podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la Ley lo establece.*

Hecho este repaso histórico, es tiempo de avanzar en el estudio de las *astreintes*.

---

(2) Cámara Civil, 2ª, Capital Federal, 6/4/21, Jurisprudencia Argentina t. 6, p. 314.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA

Las *astreintes* son una medida de coerción patrimonial que persiguen un doble propósito: (i) asegurar el pleno acatamiento de las decisiones judiciales, y (ii) lograr —a pesar de la voluntad renuente del deudor— el cumplimiento específico de lo adeudado (3). Se advierte, entonces, que tienen un aspecto conminatorio o compulsivo y otro sancionatorio (4), el cual se notifica mediante una intimación judicial de cumplimiento en la que se establece de antemano la sanción pecuniaria que entrará a funcionar automáticamente, en caso de que no fuere acatada (5).

Las *astreintes* no son, en cambio, ni una cláusula penal, ni una indemnización de daños, ni una medida cautelar, ni una multa.

La cláusula penal ha sido pactada por las partes y se propone fijar anticipadamente la indemnización que corresponde por incumplir la obligación asumida. Las *astreintes* son fijadas por el juez y se proponen constreñir al deudor a cumplir efectivamente la obligación asumida.

Tanto la indemnización de daños como las *astreintes* son fijadas por el juez; sin embargo, la primera fija definitivamente el daño sufrido, tiene carácter resarcitorio y sustituye la prestación incumplida, en tanto que, las segundas, aumentan con el paso del tiempo, no se ajustan a los perjuicios sufridos y pueden ser modificadas —e incluso dejadas sin efecto— por el juez, tienen carácter conminatorio y procuran que la prestación se cumpla.

Las medidas cautelares tienden a asegurar cosas o derechos que son motivo de litigio o que sirven de garantía del cumplimiento de una sentencia dictada o por dictarse; las *astreintes*, en cambio, no aseguran ningún bien, sino que constituyen una condenación accesoria (6).

Finalmente, la multa es una sanción que castiga el incumplimiento y tienen carácter fijo y definitivo; en cambio, las *astreintes* solamente

---

(3) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, núm. 342.

(4) Entre otros, CCiv., Cap. Fed., Sala A, 13/9/89, LA LEY, 1990-B, 124; íd., Sala C, 20/10/82, LA LEY, 1983-B, 570.

(5) BREBBIA, Roberto H., *Las “astreintes” en el derecho positivo argentino después de la reforma del Código Civil de 1968*, LA LEY, 1996-B, p. 1145, núm. IV.

(6) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, t. I, núm. 43.

procuran constreñir al deudor a que cumpla la obligación asumida y tienen carácter provisorio.

Constituyen facultades disciplinarias de los jueces para compeler a las partes ante el incumplimiento de una resolución judicial, buscando con ello el respeto de sus decisiones (7).

#### 4. CARACTERES

Se ha señalado que las *astreintes* son conminatorias, discrecionales, progresivas, no retroactivas, revisables, pecuniarias, ejecutables y no subsidiarias (8).

En efecto, el carácter conminatorio está dado, como ya se dijo en el núm. 3, por el hecho de constituir una medida de coerción patrimonial que procura asegurar el pleno acatamiento de las decisiones judiciales, y lograr —a pesar de la voluntad renuente del deudor— el cumplimiento específico de lo adeudado.

Son discrecionales pues su procedencia y cuantía quedan sujetas a la prudente apreciación judicial. Es interesante destacar que, más allá de que el art. 666° bis del Código Civil dispone que los jueces “podrán” imponer sanciones conminatorias, cierto es que no se trata de un poder arbitrario otorgado al magistrado para conceder o negar la procedencia de la medida. La discrecionalidad apunta, como señala BREBBIA, a la facultad judicial de examinar en cada caso la factibilidad de cumplimiento del deber jurídico objeto del mandato judicial y en la fijación de las modalidades adecuadas para vencer la resistencia voluntaria y deliberada del destinatario de la sanción (9).

Pueden fijarse de manera progresiva, aumentándose así la presión sobre el deudor incumplidor que verá incrementarse su deuda ante su contumaz incumplimiento.

No tienen carácter retroactivo. Es que se trata de una advertencia para el caso de incumplimiento. Si no se cumple la intimación judicial formulada, deberán pagarse las *astreintes* fijadas; pero si se cumple la intimación, el deudor nada deberá por este concepto. La función disuasoria de las *astreintes* habrá sido efectiva.

---

(7) Cfr. TORRES TRABA, José M., “Las sanciones conminatorias (*astreintes*): características particulares”, LA LEY, 2009-B, 221.

(8) PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 345.

(9) BREBBIA, *Las “astreintes”...*, LA LEY, 1996-B, 1145, núm. VII.

Las *astreintes* son provisorias y, por tanto, revisables. Como surge del propio art. 666° bis del Código Civil, la condena impuesta puede ser dejada en suspenso, sin efecto o reajustada si el deudor desiste de su resistencia a cumplir y justifica total o parcialmente su proceder. Obviamente, también pueden ser aumentadas si se advierte que las fijadas no han sido efectivas para compeler al deudor a cumplir con su obligación (10). El carácter provisorio tampoco puede ser exagerado; en efecto, si las *astreintes* ya han sido recibidas por el beneficiario, éste no puede ser obligado a devolverlas aun en el caso de que el juez las dejare sin efecto, pues ya han sido incorporadas a su patrimonio (11) y quedaría afectado indudablemente el derecho constitucional de propiedad.

Las *astreintes* son pecuniarias, tal como lo dispone expresamente el art. 666° bis del Código Civil Argentino. Sin embargo, se ha planteado la posibilidad de que la compulsión pueda obtenerse mediante la amenaza de suspensión temporal del ejercicio de un derecho del deudor, relacionada con el negocio jurídico que da origen a la relación incumplida. Es el caso de la intimación para que cesen ruidos molestos bajo apercibimiento de clausurar provisoriamente el establecimiento que los emite. La sanción por el incumplimiento, como se ve, no es pecuniaria, pero existe. Explica BREBBIA que se llamen o no *astreintes* a estas medidas compulsivas no pecuniarias, no puede desconocerse su licitud, ya que poseen el mismo fundamento que el legislador tuvo en cuenta al legislar sobre las *astreintes*; por lo que con recurso a la analogía (12), cabe aplicar la norma en estudio (13).

Las *astreintes* son ejecutables, una vez que son impuestas. Desde luego, será necesario que se dicte una resolución que aplique la *astreinte*, y que quede firme. Luego será necesario practicar la correspondiente liquidación del monto debido y proceder conforme el régimen de ejecución de sentencia (14).

---

(10) Cfr. CNCiv., Sala E, 08/07/2008, "Ferro, Enrique Arturo c/Mendoza, Antonio Federico y otro", LA LEY, 2008-D, 646; CNCiv., Sala C, 12/06/2008, "Olivera, Graciela Noemí c/Coto Cenro Integral de Comercialización SA", DJ, 2008-II, 2008.

(11) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 46-3. En el mismo sentido: TORRES TRABA, José M., "Las sanciones conminatorias (astreintes): características particulares", LA LEY, 2009-B, 221.

(12) El Código Civil Argentino establece que *si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la Ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso* (art. 16°).

(13) BREBBIA, *Las "astreintes"...*, LA LEY, 1996-B, p. 1145, núm. IX.

(14) Conf. BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 46-1; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 345.

Por último, es necesario señalar que se discute si las *astreintes* tienen o no carácter subsidiario, esto es, si pueden ser aplicadas cuando existen otros medios de compulsión o no. Parece claro que no existe tal subsidiariedad, ante todo porque el art. 666° bis del Código Civil Argentino nada dice al respecto, pero, además, porque cualquier limitación a su aplicación importaría eliminar un arma útil e idónea para obligar a cumplir las decisiones judiciales (15).

### 5. EL BENEFICIARIO

En el derecho argentino, el beneficiario de las *astreintes* es el acreedor; él es el titular del derecho —a quien se refiere el art. 666° bis del Código Civil— que ha sido conculcado por el comportamiento renuente del deudor.

En Alemania, en cambio, el beneficiario de las *astreintes* es el fisco (16). Sin embargo, resulta preferible la solución argentina, que ha seguido la tendencia del derecho francés, por diversas razones: a) porque es el acreedor el damnificado por el incumplimiento, b) porque si el Estado es el beneficiario, cabe presumir que la medida perderá eficacia, pues el titular del derecho carecerá de interés para exigir su aplicación, y c) porque se complica la ejecutabilidad de la sentencia (17), con la participación de un tercero —el Estado— que no es parte.

### 6. EL SUJETO PASIVO

El art. 666° bis del Cód. Civil establece que las *astreintes* podrán aplicarse “a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial”.

Ninguna duda puede haber acerca de que el incumplidor al cual se refiere la norma es una de las partes del proceso. Pero, inmediatamente se plantea un interrogante, ¿pueden aplicarse *astreintes* a quien no es parte en el proceso, esto es, a un tercero que ha incumplido un deber impuesto en una resolución judicial?

Es el caso de aquellos terceros a los cuales el tribunal les ha pedido una determinada información o que le envíe cierta documentación, por ejemplo. Aquí se han delineado dos posturas antagónicas.

---

(15) PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 345.

(16) PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 346.

(17) Conf. BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 46.

La primera de ellas entiende que las *astreintes* no pueden ser dirigidas contra terceros pues se dice que tales pedidos, seguidos o no de apercibimiento, en los casos que las leyes procesales lo admitan, no configuran *astreintes* por cuanto el requerimiento puede ir o no acompañado de sanciones pecuniarias y, en todo caso, el monto de la multa no ingresa a favor de la parte interesada en el cumplimiento (18).

La segunda, a la que adhiero, afirma que el art. 666° bis del Código Civil en ningún momento excluye la posibilidad de aplicar una sanción conminatoria a un tercero ajeno al litigio, que deba cumplir una orden judicial (19). Y es sabido que todo lo que no está prohibido, está permitido (art. 19° de la Constitución Nacional Argentina), por lo que el tribunal está habilitado para imponer *astreintes* al tercero renuente. Por lo demás, ninguna razón existe para impedir que la multa pueda ser percibida por la parte interesada en el cumplimiento; por el contrario, como ya se ha visto, si la multa no ingresa en su patrimonio, las *astreintes* mismas perderán sentido pues ¿qué lo movilizará para exigir su aplicación?

Por último, y a pesar de algunas dudas que pudieron despertarse fundadas en su solvencia patrimonial, resulta claro que el Estado puede ser sujeto pasivo de *astreintes*. Es que la renuencia al cumplimiento por el deudor, sea el Estado, sea un particular, nada tiene que ver con su solvencia económica (20).

## 7. OBLIGACIONES A LAS QUE PUEDEN IMPONERSE ASTREINTES

Todas las obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, se trate de deudas patrimoniales o patrimoniales, pueden ser materia de imposición de *astreintes*.

Claro está que el terreno más fértil para su aplicación está dado por las obligaciones de hacer (21) —particularmente cuando se trata de

---

(18) BREBBIA, *Las "astreintes..."*, LA LEY, 1996-B, 1145, núm. XVI.

(19) PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 347.

(20) Conf. BREBBIA, *Las "astreintes"...*, LA LEY, 1996-B, 1145, núm. XVI; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 347. En un importante fallo se resolvió que procedía la aplicación de *astreintes* contra un ente estatal descentralizado, aunque existe una ley especial que protegía a ese ente contra el pago de sanciones conminatorias (CNCiv., Sala K, 10/4/06. "Lanzos Regueiro, Antolín", JA, 2006-III, fasc. núm. 2, p. 52).

(21) Ha sostenido BORDA que las *astreintes* "no serán aplicables a las obligaciones de hacer, cuando resulte repugnante al sentimiento jurídico la utilización de cualquier medio de compulsión sobre el deudor para obligarlo a cumplir. Tal es el

prestaciones no fungibles—, por las obligaciones de no hacer no instantáneas —esto es, que se obligue a una abstención por un período de tiempo—, y por los deberes no patrimoniales —como, por ejemplo, los nacidos de las relaciones de familia (vg. incumplimientos con el régimen de visitas a los hijos)—. Un caso interesante fue resuelto por la Justicia de la Capital Federal: se trataba de un trabajador que fue despedido y que alegó que ello había ocurrido debido a la actividad sindical que había desarrollado; el tribunal resolvió declarar la nulidad del despido y ordenó su reincorporación bajo apercibimiento de aplicar *astreintes* (22).

En las obligaciones de dar sumas de dinero, el acreedor goza de herramientas más eficaces para ejercer su derecho, tales como el embargo. En las obligaciones de dar cosas ciertas, el acreedor podría reclamar el desapoderamiento. Y en las obligaciones de dar cosas genéricas, el acreedor puede obtener el cumplimiento de la obligación a través de un tercero. Pero, que quede claro, si bien existen vías que quizás puedan ser más efectivas que las *astreintes*, nada impide reclamar su aplicación.

## 8. PRESUPUESTOS PARA SU FUNCIONAMIENTO

a) Debe existir un incumplimiento deliberado del deudor, aunque el art. 666° bis del Código Civil Argentino no lo imponga expresamente. Es que para que puedan imponerse *astreintes* es necesario que la obligación que se pretende hacer cumplir sea de realización factible (23). Si el deudor no se encuentra en condiciones materiales de cumplir los deberes que se le exigen, por insolvencia o imposibilidad física o moral, no puede existir renuencia culpable de su parte.

---

caso del literato, el escultor, el pintor, que ha prometido hacer una obra; no puede ser compulsado a entregarla ni siquiera cuando a juicio del acreedor está concluida a su satisfacción, porque el artista es el único juez de si ella está o no concluida. De igual modo, no es aceptable obligar a un médico a tratar un enfermo o a un abogado a defender un pleito por medio de las *astreintes*. Se trata de obligaciones que no pueden cumplirse cabalmente si el deudor no lo hace de buena voluntad” (Borda, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 44). Sin embargo, se ha dicho también que muchas veces la actividad se realiza a desgano y que “en términos generales el artista conminado desempeñará correctamente su rol, el cirujano practicará la intervención sin apartarse de las reglas del arte y persiguiendo un resultado feliz...” (MOSSET ITURRASPE, citado por PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 348.2).

(22) CN.Trab., Sala V, 21/12/06, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.”, La Ley fallo núm. 111.321, diario del día 3/4/07.

(23) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 45.



En otras palabras, se castiga la conducta negligente o maliciosa del deudor (24).

b) Suponen una resistencia del deudor a cumplir la condena. Con esto se quiere significar que no es posible intimar *ab initio* al pago de ciertas astreintes, sino que ellas solamente podrán fijarse una vez vencido el plazo indicado por la resolución para el cumplimiento de la obligación, y éste no se hubiera hecho efectivo (25).

c) Debe existir una resolución judicial que imponga las astreintes. Ahora bien, ¿es necesario que sean pedidas por una de las partes o puede actuar el tribunal de oficio? Si bien, por lo general, las astreintes son aplicadas a pedido de parte, que por lo demás es a quién benefician, no hay obstáculo para que el juez las fije de oficio, máxime si se considera que el art. 666° bis del Código Civil nada ha resuelto al respecto. Por lo demás, resulta evidente que el juez, dentro de las facultades ordenatorias que las leyes procesales le otorgan, tiene la potestad de aplicar sanciones conminatorias cuando advierte que existe renuencia en el deudor y que ello afecta el debido desarrollo del proceso (26). Desde luego, la resolución que imponga las astreintes debe ser notificada al incumplidor y quedar firme para que puedan ser ejecutadas (27), y la ejecución correrá hasta el momento en que el juez, con otra resolución, decida su terminación o dejarlas sin efecto.

d) Las astreintes sólo contemplan la conducta posterior a la resolución que las impone. No interesa, por lo tanto, la conducta maliciosa o temeraria de una de las partes, con anterioridad a esa resolución, lo que podrá ser materia de otro tipo de sanciones.

e) Es necesario que se fije el monto y las modalidades de las astreintes en la resolución que las impone. Existe una práctica judicial, ciertamente renuente a la aplicación de las astreintes, que obliga primero a intimar al deudor a cumplir su obligación bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias. Una vez incumplida la obligación, el tribunal suele exigir que la parte interesada pida que se haga efectivo el apercibimiento, y recién allí se establece el monto y las modalidades de las astreintes. Ciertamente este procedimiento

---

(24) BREBBIA, *Las "astreintes"...*, LA LEY, 1996-B, p. 1145, núm. VI y VII.

(25) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 45.

(26) La solución que se propicia ha sido establecida en Francia por la Ley 91-650, art. 33.

(27) CNCiv., Sala G, 12/5/99, "Barrionuevo, Héctor c/Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios", *El Derecho*, t. 185, p. 118.

es lento, engorroso y genera incertidumbre. En efecto, no solamente se requieren más trámites judiciales (hay dos pedidos del interesado con sus correspondientes resoluciones y notificaciones) sino que además ni el acreedor ni el deudor saben, al comienzo, cuáles serán las modalidades y el quantum de la sanción por el incumplimiento (28). Pueden mencionarse, entre otras modalidades, el momento a partir del cual comienzan a aplicarse las astreintes, si ellas son progresivas o si deben pagarse de manera periódica.

### 9. CRITERIOS PARA FIJAR LAS ASTREINTES

Las *astreintes* se *graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas* (art. 666° bis, Código Civil); por lo tanto, no se fijan en función del valor del interés en juego en el pleito. Claramente, lo que se ha tenido en mira es la fortuna de quien debe satisfacerlas o su solvencia económica general, de modo que la presión que se ejerza, a raíz de la resolución judicial, sea eficaz. El juez no necesitará una prueba acabada del patrimonio del deudor; se guiará por su prudente arbitrio fundado en las constancias procesales y las demás presunciones que puedan invocarse (29).

Si bien se ha dicho que las *astreintes* no se fijan sobre la base del valor del interés en juego en el pleito, resulta difícil pensar que el juez prescinda de tener en cuenta la entidad material y moral de la prestación que se incumple (30). Sería inadmisibles, por ejemplo, que el juez imponga una *astreinte* diaria de idéntico valor al que tiene la cosa que debe restituirse.

### 10. PROVISIONALIDAD DE LAS ASTREINTES

Dispone el art. 666° bis del Código Civil que las condenaciones conminatorias pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si el deudor desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder (31). Una vez vencida la resistencia del deudor, carece de sentido

---

(28) Incluso, se ha resuelto que las *astreintes* corren a partir de la resolución que las aplica pero no de la intimación primera que se hubiera hecho con el apercibimiento (CNCiv., Sala G, 21/8/96, "D.R. c/ X.H.", LA LEY, 1997-B, 467), lo que pone de relieve la inconveniencia del sistema.

(29) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 46-2.

(30) BREBBIA, "Las 'astreintes'...", LA LEY, 1996-B, 1145, núm. XIII; CNCiv., Sala I, 25/8/98, "B., S.V. c/S., S.P.", LA LEY, 1999-C, 565.

(31) Conf. CNCiv., Sala A, 25/08/95, "Pereira Carlos A. y otros c. Consorcio de Propietarios Avda. San Juan", LA LEY, 1995-A, 28.

mantener las *astreintes*. Pero, a la vez, esta provisionalidad de la figura en estudio, permite aumentar la sanción cuando las fijadas primeramente han resultado insuficientes (32). Por esta misma razón, se ha resuelto que le monto pagado es inapelable, pues siempre queda la posibilidad de pedir que se lo eleve (33).

Por otro lado, el hecho de que puedan ser dejadas sin efecto, solamente incide sobre aquellas *astreintes* que aún no hubieran sido percibidas por la parte interesada. Pero una vez que ello ha ocurrido, han quedado incorporadas al patrimonio del beneficiario y éste no podrá ser obligado a devolverlas. Una elemental aplicación del derecho constitucional de propiedad lo ampara.

### 11. LAS ASTREINTES Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Un tema que inquieta a la doctrina es el de determinar si el carácter provisorio de las *astreintes* impacta o no en la indemnización de daños y perjuicios. En otras palabras, si atento el carácter provisorio de las sanciones conminatorias, lo pagado en tal concepto puede ser descontado por el deudor cuando deba afrontar el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Se ha dicho que cuando la suma percibida en concepto de *astreintes* es igual o superior a la indemnización de daños, el beneficiario ya no podrá reclamar el pago de la indemnización con independencia de lo ya percibido; si fuere inferior, en cambio, puede reclamar la diferencia (34). La sumatoria de la indemnización de daños y las *astreintes* implicaría un enriquecimiento sin causa.

No comparto esta idea. Ante todo, se tratan de conceptos diferentes. Una cosa es la indemnización de daños y otra las *astreintes*. Difieren la causa de una y otra figura y, por lo tanto, los importes que se obtengan pueden ser acumulados. Además, no es posible olvidar la función predominantemente compensatoria que tiene la indemnización de daños (que procura reparar el perjuicio sufrido), función que no tiene las *astreintes*, que son esencialmente punitivas, en tanto castigan el incumplimiento (35).

---

(32) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 46-3.

(33) Cfr. CNCiv., Sala E, 28/07/2009, "Caravaca, Antonio", DJ, 2009-3524.

(34) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. I, núm. 46-3.

(35) PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones... Obligaciones*, t. 2, núm. 351; BREBIA, "Las 'astreintes'...", LA LEY, 1996-B, 1145, núm. XV.

## 12. CONCLUSIÓN

Las *astreintes* configuran una herramienta formidable para torcer la renuente voluntad del deudor. Es tiempo de que los jueces no sólo hagan lugar a los reclamos de los acreedores sino que ellos mismos comiencen a aplicarlas para enderezar los procesos. Y en esta dirección hay algo que no es posible olvidar: el monto de las *astreintes* no puede ser simbólico (como lamentablemente suele verse) sino de verdadera envergadura; en otras palabras, es necesario que le “duela” al deudor. De lo contrario, habrán perdido toda su eficacia.

# LA GARANTÍA LEGAL EN LAS VENTAS DE CONSUMO

Carlos VATTIER FUENZALIDA (1)

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA. — 2. LOS DOS MODELOS DEL DERECHO EUROPEO. — 3. LA DIRECTIVA 99/44/CE Y SU RECEPCIÓN. — 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN. — 5. LA GARANTÍA LEGAL Y SUS LÍMITES. — 6. LOS REMEDIOS Y LA GARANTÍA COMERCIAL. — 7. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

## 1. INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA

La Ley española 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, ha venido a sumarse tardíamente a la serie de leyes nacionales que incorporan a los ordenamientos estatales la nueva disciplina comunitaria protectora del comprador-consumidor, sin que se haya alcanzado la deseada meta de la unificación en una materia tan sensible a las señales del mercado como es ésta. En efecto, hay que decir que la obligación de garantía es importante desde puntos de vista diferentes. En primer lugar, incide sobre el régimen de la compraventa —el contrato príncipe— que se sitúa en el centro del mercado, lo que ocurre también del mercado interior sin fronteras instaurado en la Unión Europea desde 1993. En segundo término, la garantía exigible al vendedor es una herramienta muy eficaz para proteger a los compradores, quienes, en cuanto consumidores, no sólo merecen una protección acentuada para disfrutar las ventajas del mercado común, sino que esta protección contribuye, a juicio de Norbert REICH, nada menos que a dar un contenido sustancial de la ciudadanía europea (2). Por último, aunque no menos importante, hay en Europa dos modelos distintos para regular la materia que están separados por el

---

(1) Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Burgos.

(2) *Il consumatore come cittadino. Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato de la teoria del diritto dei consumatori nel Unione Europa*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2004, ps. 345 y ss.

canal de La Mancha, uno es el de los Códigos civiles continentales y el otro es el del *common law*, que rige en el Reino Unido e Irlanda.

## 2. LOS DOS MODELOS DEL DERECHO EUROPEO

En efecto, los Códigos europeos, con pocas variaciones, siguen en este punto el modelo de los defectos o vicios ocultos, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano. Se trata de defectos que hacen la cosa o el animal inhábil para el destino pretendido por el comprador, defectos que deben ser ocultos ya que, de haberlos conocido, o bien no habría comprado o bien lo habría hecho a un precio menor. Para resolver este problema, los romanos acudieron a las acciones edilicias otorgadas por los ediles curules, esto es, los magistrados municipales que actuaban en las plazas de los mercados, a semejanza de las actuales Oficinas Municipales de Información al Consumidor. Por eso, sus remedios eran limitados y se concretaban en dos acciones, la redhibitoria y la estimatoria, a elección del comprador, que se mantienen en la actualidad. Por la primera, éste puede pedir la resolución del contrato, que queda sin efecto mediante la restitución recíproca de cosa y precio; por la segunda, en cambio, se queda con la cosa, pero obtiene la rebaja proporcional del precio. Ambas acciones se deben ejercitar dentro de un plazo breve, que en el Derecho español es de seis meses a contar desde la entrega (art. 1490° C.C.). No había otra solución en Roma, como tampoco en los Códigos europeos, de manera que el comprador no puede reclamar el resarcimiento de los daños, salvo al vendedor doloso, que conoce el defecto; y a la inversa, estas acciones se pueden eliminar del contrato por pacto expreso, siempre que el vendedor ignore los defectos (3).

En definitiva, estamos ante un régimen especial de responsabilidad del vendedor que protege en muy escasa medida al comprador, no se ajusta a las exigencias del tráfico actual y presenta serias dificultades sistemáticas y prácticas. Sin pretender ser exhaustivos, se considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la cosa, pero lo ha hecho de un modo imperfecto; por ello, en lugar de aplicarse los remedios propios del incumplimiento, rige esta responsabilidad atenuada que le favorece. Además, está pensada para el comercio de cosas específicas, cuyas características pueden ser conocidas por los contratantes; pero no se compagina bien con la producción en serie y el comercio de cosas genéricas, cuyas características técnicas se

---

(3) *Vid.* por todos, G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIX, Edersa, 2ª edic., Madrid, 1991, ps. 347 y ss.

desconocen por el comprador y, en muchas ocasiones, también por el vendedor. Asimismo, los defectos ocultos se confunden fácilmente con el error que ha podido padecer el comprador, con la consiguiente nulidad del contrato, y cuando son graves, con el incumplimiento del vendedor, el *aliud pro alio*, porque ha entregado una cosa por otra, lo que permite la resolución del contrato. En fin, el plazo, junto a su extrema brevedad, no es claro si es para que los defectos se manifiesten y descubran por el comprador o para que éste interponga su reclamación, a la vez que se suscita la duda acerca de si es de caducidad o, por el contrario, de prescripción (4).

Frente a este modelo “débil” de la tradición romanista, existe el modelo de protección “fuerte” del Derecho anglosajón, que impera en un tercio de la tierra, el tercio más rico de la economía global. Por una parte, este modelo eleva la garantía a una obligación esencial del vendedor, por lo que los defectos constituyen un incumplimiento de su obligación de entregar la cosa vendida en las condiciones debidas. Por otra parte, la falta de conformidad entre lo acordado y lo entregado es un supuesto de incumplimiento tan grave que el contrato se quiebra o rompe y se imputa al vendedor de forma objetiva porque no se alcanza el fin perseguido, salvo que exista un impedimento imprevisible. Finalmente, la falta de conformidad, igual que los restantes supuestos de incumplimiento, tiene siempre los mismos cuatro remedios, a saber: la pretensión de cumplimiento por medio de la subsanación del defecto o la sustitución de la cosa; la rebaja del precio; la resolución del contrato, siempre que el incumplimiento sea esencial, y por último, la indemnización de los daños y perjuicios (5).

Además de ser más protector para el comprador, el modelo anglosajón presenta las ventajas de su automatismo, objetividad y precisión. No debe extrañarnos, pues, que se haya acogido en la Convención de Viena, de 1980, sobre la compraventa internacional de mercaderías, que está en vigor en España desde 1991 (6); y haya prevalecido, asimismo, en las recientes propuestas para la unificación del Derecho

---

(4) Destaca, entre otras, la obra de N. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.

(5) Nos remitimos para esto a nuestro trabajo *Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual*, Estudios en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, ed. La Ley, Madrid, 2006, en prensa.

(6) En particular, A. M. MORALES MORENO, *Comentario a los artículos 35 a 40, La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, ed. Civitas, Madrid, 1998, ps. 286 y ss.

comunitario, tanto por los *Principios del Derecho Contractual Europeo*, elaborados por la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, encabezada por O. LANDO, como por el *Código Europeo de Contratos*, texto redactado por el Profesor G. GANDOLFI en el seno de la Academia de Iusprivatistas Europeos, que preside en la actualidad mi maestro el Profesor J. L. DE LOS MOZOS (7). Por consiguiente, tampoco nos debe sorprender que la Unión Europea, a la hora de proteger al consumidor, acuda a este modelo, con la notable amputación del resarcimiento de los daños, y así lo ha hecho con la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999.

### 3. LA DIRECTIVA 99/44/CE Y SU RECEPCIÓN

En efecto, la protección de los consumidores ante los productos defectuosos se contempla ya en el Programa preliminar de 1975 y se reitera en 1985, desembocando en un Libro Verde publicado en 1993; tras una ambiciosa propuesta de 1996, unida a un duro debate con el Parlamento Europeo, se adoptó finalmente la Directiva mencionada, que se debió trasponer en los Estados miembros antes del 1 de enero de 2002, lo que en España se hizo con año y medio de retraso por la citada Ley 23/2003, que entró en vigor el 11 de septiembre de ese año (8).

Resultado de tan trabajosa negociación, la Directiva consagra unos derechos mínimos e irrenunciables, es parcial o abierta y deja numerosos aspectos sin resolver. Los derechos mínimos son básicamente los del modelo anglosajón pues establece, en términos generales, que la falta de conformidad es un incumplimiento del contrato, del cual responde el vendedor, a quien se le puede exigir, primero, la reparación o la sustitución y, luego, la rebaja del precio o la resolución. Asimismo, la Directiva ofrece a los Estados varias opciones, en-

---

(7) Vid. respectivamente *Principios de Derecho Contractual Europeo*, ed. española a cargo de P. BARRÉS BENLLOCH, J. M. EMBID IRUJO y F. MARTÍNEZ SANZ, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, y *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos. Comentario en Homenaje al Profesor Dr. D. José Luis De los Mozos y De los Mozos*, coordinado por C. VATTIER, J. M. De la Cuesta y J. M. Caballero Lozano, Dykinson, Madrid, 2003.

(8) Lo que ha venido a descartar la propuesta acertada de aprovechar dicha incorporación para renovar la disciplina de la compraventa en el C.C.: son de recordar los trabajos debidos a A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO y P. MARTÍNEZ ESPÍN, *Trasposición de la directiva comunitaria sobre y garantías de los bienes de consumo*, Estudios de Consumo, 2000, ps. 125 y ss., y A. M. MORALES MORENO, *Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa*, Anuario de Derecho Civil, 2003, ps. 1609 y ss.



tre otros extremos, sobre los bienes usados, el deber de denuncia, el reembolso de gastos o los plazos de prescripción, al tiempo que no se pronuncia sobre diversos aspectos, tales como los defectos de solidez y durabilidad, las modalidades de la resolución, el regreso del último vendedor contra los anteriores, la garantía comercial y la indemnización de los daños y perjuicios. En fin, dado el modelo acogido por la Directiva, presenta dificultades de adaptación y de encaje sistemático en los Derechos continentales.

De aquí que la recepción de la Directiva haya dado lugar a soluciones distintas. Así, en Alemania, se ha reformado todo el Derecho de obligaciones (9), mientras que en Austria se ha modificado el contrato de compraventa, lo mismo que se ha hecho en Italia, pero sólo para los consumidores, aunque dentro del Código Civil. En Francia, se propuso la reforma de la compraventa por un Anteproyecto publicado en 1994, que suscitó una gran polémica, hasta que la República fue condenada por la Corte de Justicia, por sentencia de 1 de julio de 2004, al superar los dos años de retraso; ante esta condena, el actual gobierno, unido a la patronal MEDEF —equivalente a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales— impuso una incorporación literal de la Directiva, aprobada por la Ordenanza 2005-136, de 17 de febrero de 2005, que se ha integrado al Código de Consumo (arts. L.211, 1 y ss.) (10). Lo que es significativo pues a la postre es la misma técnica adoptada por la Ley española, aunque se contempla la promulgación de un texto refundido dentro de tres años, que terminan en septiembre de 2006.

Con todo, pone de relieve M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO que la Directiva ha provocado una desoladora situación de “caos y desconcierto normativo” (11). Aun cuando asegura un mínimo común a los consumidores europeos, la Directiva ha aumentado las diferencias existentes entre los Estados miembros, con lo que ha propiciado, sin pretenderlo, una distorsión mayor de la libre competencia dentro del

---

(9) Para esta reforma, *vid.* el completo estudio de K. J. ALBEIZ DORHMANN, *Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, Anuario de Derecho Civil, 2002, ps. 1133 y ss.

(10) La comenta uno de los promotores de esta postura minimalista, G. PAISANT, *La transposition, en France, de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation*, Garantías en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de consommation, ed. a cargo de J. LETE ACHIRICA, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, ps. 227 y ss.

(11) *La Directiva 1999/44: Caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo*, en la *op. cit.* nota 9, ps. 313 y ss.

mercado interior. Ello demuestra que una Directiva como esta no es un buen instrumento para la armonización legislativa, sino que se requiere un texto uniforme, aunque sea de aplicación voluntaria, como el Marco Común de Referencia, previsto por la Comisión Europea en el Plan de Acción para un Derecho contractual más coherente, que se ha publicado en el año 2003 (12).

#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Dado que estamos ante un régimen especial, lo primero es delimitar su ámbito de aplicación, ámbito que se determina por los contratos que comprende, la condición de los contratantes y la naturaleza de los bienes.

En cuanto a los contratos, no sólo se abarca la compraventa de tracto único, con precio al contado o aplazado, sino además la compraventa de tracto sucesivo, que es el contrato de suministro. No sólo se incluye la compraventa simple, sino también los contratos mixtos, a los que se unen por pacto expreso algunas prestaciones típicas de ciertos contratos de obra; es el caso del transporte, la producción o fabricación y la instalación del objeto del contrato. Es claro que se trata de prestaciones accesorias, de modo que su régimen queda absorbido por el contrato de compraventa. No obstante, se excluyen la venta judicial, que en el Código se sujeta al saneamiento, aunque no al dolo del vendedor (art. 1489º) y las subastas administrativas de bienes de segunda mano celebradas en presencia de los consumidores.

Los contratantes son el vendedor y el consumidor. El primero se define, con cierta redundancia, como la persona física o jurídica —las sociedades mercantiles— que venden bienes de consumo en el marco de su actividad profesional. Cuando esta profesionalidad sea habitual, estaremos ante un comerciante, que constituye el último eslabón de la cadena de distribución, pues contrata directamente con el consumidor. En el supuesto que deba responder, ostenta un derecho de regreso ante el contratante anterior que sea responsable de la falta de conformidad durante el plazo de un año. En fin, en caso que dirigirse contra el vendedor sea imposible o suponga una carga excesiva se permite, por excepción, reclamar al productor o fabricante la sustitución o la reparación del bien que resulte disconforme.

---

(12) Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea, 2003, C/63/01, de 12 de febrero de 2003.

El consumidor, aunque definido por la Directiva, se determina por remisión al art. 1º Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios, con lo que se vulnera el texto comunitario incorporado por la citada Ley 23/2003, tanto por exceso como por defecto. En efecto, hay un exceso, porque la cualidad de consumidor se confiere de esta manera a las personas jurídicas, en contra de la reiterada jurisprudencia comunitaria, que las excluye de esta noción; y hay también un defecto, porque se considera consumidor sólo al destinatario final de los bienes vendidos. Aunque existen múltiples razones para descartar esta noción estricta, aquí nos basta con proponer una lectura *a sensu contrario* de la definición legal de vendedor, pues, si éste es quien actúa dentro del marco de su actividad profesional, por lógica hay que entender que consumidor es quien actúa fuera de la misma, lo que no sólo concuerda con el texto literal de la Directiva, sino que respeta además su carácter mínimo.

Por último, los bienes de consumo son los muebles corporales destinados al consumo privado. Se comprende aquí toda clase de bienes muebles, lo mismo industriales que agrícolas y ganaderos, tanto en estado natural como transformados, no sólo consumibles sino también duraderos. Sólo quedan fuera el agua y el gas no envasados, ni suministrados en cantidades determinadas, y la electricidad, así como los inmuebles y, en especial, las viviendas. En cambio, los bienes usados o de segunda mano están comprendidos, pero menos protegidos, pues no admiten sustitución y la responsabilidad del vendedor sólo dura un año. En fin, se excluyen los bienes incorporales, como los derechos subjetivos, menos el de la propiedad del bien vendido, o las creaciones intelectuales e industriales, pero no el *software*, como señala Javier LETE, porque ocupa espacio en el disco duro del ordenador (13). Por eso, cabe aquí el comercio electrónico, incluso el denominado directo.

## 5. LA GARANTÍA LEGAL Y SUS LÍMITES

De acuerdo con el modelo anglosajón, la obligación de garantía constituye la novedad más importante del nuevo régimen (14). Con-

---

(13) Vid. el documentado trabajo de este autor, *La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo*, en la *op. cit.* nota 9, ps. 195 y ss., últimamente.

(14) Entre otros, A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, ed. Comares, Granada, 2002; M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO, *La transposición de*

siste en que el vendedor está obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato; de aquí que, en lugar de estar ante una obligación accesoria y amparada por las acciones edilicias, nos encontramos con una obligación principal del vendedor, situada en el mismo plano que la obligación de entregar la cosa vendida. Y por ello la garantía pasa, de ser un elemento natural regido por normas dispositivas, a ser ahora un elemento esencial que se rige por normas de carácter imperativo, sin que la autonomía de las partes pueda derogarla, ni suprimir los supuestos legales de falta de conformidad. El consumidor no puede renunciar y se declaran nulos los actos en fraude de la misma; pero se puede, por ejemplo, fijar libremente la descripción del bien o su destino específico, añadir supuestos de falta de conformidad y establecer una cláusula penal. Sólo se excluye la garantía cuando el consumidor conozca o no haya podido ignorar la falta de conformidad al momento de celebrar el contrato, o cuando se deba a los materiales suministrados por él mismo.

De aquí que se presuma la conformidad del bien entregado, salvo prueba en contrario, cuando concurren determinados requisitos, que se pueden agrupar en estas cuatro categorías:

A) Defectos materiales: Hay conformidad siempre que el bien se ajuste a la descripción realizada por el vendedor, lo mismo oral que escrita, esto es, que no tenga defectos físicos o materiales, o que el bien posea las cualidades previstas por la muestra o el modelo.

B) Defectos funcionales: La conformidad exige que el bien sea apto para el uso ordinario a que se destina, es decir, que sea idóneo para su uso habitual, o que el bien sea apto para el uso especial requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor en la celebración del contrato.

C) Defectos de instalación: La conformidad supone que la instalación del bien sea correcta, lo mismo si la realiza el vendedor que un tercero bajo su responsabilidad o el propio consumidor, siempre que exista un error, en este último caso, en las instrucciones de instalación.

D) Ajuste a la publicidad: La conformidad implica que el bien presente la calidad y prestaciones que el consumidor pueda funda-

---

*la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Rev. La Ley, núm. 5747, 2003, p. 1 y ss., y A. M. MORALES MORENO, *La conformidad según la Directiva*, en la *op. cit.* nota 9, ps. 39 y ss.

damente esperar, dadas su naturaleza y las declaraciones públicas hechas por el vendedor y por el productor o su representante, en particular, en la publicidad y el etiquetado.

En este último supuesto, nos enfrentamos al discutido problema de si la publicidad forma parte o no del contenido del contrato. Como señala A. M. MORALES MORENO, la regla de la Directiva es que publicidad se incorpora al contrato cuando el consumidor pueda fundadamente esperarlo, puesto que tiene razones de peso para confiar que los anuncios son exactos y serios (15); y por eso se incorpora, por consiguiente, siempre que el vendedor no pueda probar que, por excepción, desconocía o no podía razonablemente conocer el anuncio, que lo ha corregido con sus explicaciones o que no ha influido a la hora de celebrar el contrato.

Finalmente, la conformidad debe existir al momento de la entrega del bien al consumidor, la cual se entiende efectuada en el día que figure en la factura o tiquet de compra o bien, si ésta es posterior, en la fecha del albarán de entrega. Lo que tiene importantes consecuencias sustantivas y temporales. En cuanto a las primeras, la entrega transmite la propiedad al comprador (art. 1462-I C.C.) y hasta este momento los riesgos de pérdida o deterioro del bien son *ope legis* de cargo del vendedor. Esto comporta en el Derecho español, según destaca F. BADOSA COLL, la novedad de retrasar la transmisión de los riesgos desde el perfeccionamiento del contrato sobre cosas específicas o la separación de las genéricas (art. 1452º C.C.) hasta la entrega, lo que perjudica al vendedor ya que prolonga su deber de custodia (16). Por otra parte, parece que sólo cabe la puesta a disposición mediante el traspaso material de la posesión al consumidor, sin que sean posibles otras formas de entrega, como la simbólica y la puramente consensual (art. 1463º C.C.). En fin, salvo pacto en contrario, hay que entender que la garantía comprende el transporte del bien hasta la puesta a disposición del consumidor.

Por lo que atañe a la dimensión temporal, la falta de conformidad ha de ser anterior o contemporánea a la entrega del bien, aunque se manifieste después. Por eso, se presume que existe la falta al momento de la entrega cuando se manifieste en los seis meses siguientes; a

---

(15) *Vid su op. cit.* en nota 13, ps. 54/55.

(16) *El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor: Los plazos del art. 5 de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en la *op. cit.* nota 9, ps. 125 y ss.

su vez, el consumidor debe informar al vendedor en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella, lo que igualmente se presume salvo que el vendedor demuestre lo contrario. Por otra parte, la responsabilidad por las faltas de conformidad se extiende sólo a las que se manifiesten en dos años a contar desde la entrega, transcurridos los cuales dicha responsabilidad se extingue. Y por último, las acciones del consumidor prescriben en el plazo de tres años también desde la entrega del bien, de modo y manera que existe el plazo de un año para reclamar las faltas de conformidad que se hayan manifestado en los dos años anteriores.

## 6. LOS REMEDIOS Y LA GARANTÍA COMERCIAL

Con arreglo al modelo que conocemos, los remedios previstos son la reparación y la sustitución o, en su defecto, la rebaja del precio y la resolución. A primera vista, los primeros son bilaterales e *in natura*, mientras que los últimos, puesto que se traducen en dinero, parecen ser de carácter resarcitorio. Pero esto no es completamente cierto en el Derecho español. En efecto, los dos primeros remedios, si bien se pueden entender como modalidades de la ejecución forzosa en forma específica, no se corresponden, en rigor, con la pretensión de exacto cumplimiento de lo debido; asimismo, aunque los dos últimos permiten al comprador recuperar todo o parte del precio, tampoco tratan de subsanar el daño que ha padecido. Pese a ello, respetaremos la terminología habitual. Por otra parte, hay aquí una nítida jerarquía a favor de los remedios bilaterales frente a los resarcitorios, lo que se ha omitido en numerosos Estados miembros, pero se mantiene por la Ley 23/2003. Además, aunque no figura la indemnización de los daños y perjuicios, ésta reaparece a la hora de establecer la incompatibilidad del régimen especial con el Derecho común. Por último, a estos remedios legales se agrega la garantía comercial, de cuya existencia nos limitamos a dejar constancia aquí pues no nos vamos a ocupar de ella (17).

Ante la falta de conformidad, el consumidor puede optar libremente entre la reparación y la sustitución, opción que vincula al vendedor, siempre que cualquiera de ellas sea posible y no desproporcionada; es desproporcionada cuando le imponga costes que no sean razonables atendiendo al valor del bien, la relevancia de la disconformidad y los

---

(17) En rigor, no difiere en lo sustancial del régimen previsto en los arts. 12 LGDCU y también 12 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

inconvenientes que pueda sufrir el consumidor con otras formas de saneamiento. Sin embargo, si la reparación no corrige la falta de conformidad, admite la sustitución posterior, y viceversa, sin perjuicio de los remedios resarcitorios. Una y otra son gratuitas, esto es, sin gastos para el consumidor en lo que concierne al envío, mano de obra y materiales; se deben realizar en un plazo razonable, sin inconvenientes mayores para el consumidor y suspenden el plazo de prescripción, de modo que el tiempo que duren se añade a los tres años previstos. Ambas están amparadas por la garantía de conformidad a contar desde la nueva entrega, una vez que se ha realizado la reparación o la sustitución; en particular, rige aquí la misma presunción que protege al consumidor por las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses siguientes a dicha entrega. En fin, la sustitución no cabe respecto de los bienes infungibles, aparte de los de segunda mano.

Por su lado, el consumidor puede optar con igual libertad por la rebaja del precio o la resolución del contrato; pero de forma subsidiaria, es decir, cuando los remedios anteriores se frustren, excedan de un plazo razonable o causen inconvenientes al consumidor. La rebaja del precio ha de ser proporcional a la diferencia del valor del bien al momento de la entrega con o sin la falta de conformidad, mientras que la resolución no procede por la falta de conformidad de escasa importancia que, por consiguiente, debe soportar el consumidor.

Por último, este régimen especial es incompatible con el saneamiento de los vicios ocultos en la compraventa regida por el Derecho común, lo que es lógico dado que lo viene a reemplazar para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación. Sin embargo, la Ley 23/2003 proclama además que, “en todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad” (Disp.ad.-II). Ante todo, observemos que estamos ante una innovación permitida por la Directiva, que se ha introducido también en otros Estados miembros. Por otra parte, es claro que esta norma es coherente con el modelo anglosajón pues, no sólo concibe la falta de conformidad como un supuesto de incumplimiento, sino que, al conferir al comprador el derecho al resarcimiento, lo asimila a los demás supuestos de responsabilidad contractual. Por fin, esta norma comporta una notable modificación del Derecho común, puesto que añade a las acciones edilicias la indemnización de los daños y perjuicios. Se trata aquí de todos los daños que se deriven del incumplimiento por falta de conformidad, a favor de cualquier comprador, incluido el consumidor; y es indudable que éste puede optar por acogerse a ella

y reclamar, junto a los restantes remedios, la correspondiente indemnización.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por último, para terminar, tres conclusiones un tanto paradójicas, sobre las que conviene llamar la atención. En primer lugar, de lo acabamos de exponer se desprende que el Derecho común, con el añadido del resarcimiento, es más protector que el régimen especial del consumidor. Lo que puede parecer sorprendente, pero obedece a varias razones, entre las que destacan estas dos: su ámbito de aplicación es ilimitado y comprende toda clase de contratos, contratantes y cualquier tipo de bien, incluidos los inmuebles; y no hay jerarquía entre los distintos remedios, de modo que el comprador puede elegir el que más le convenga. Sin embargo, si el consumidor no opta por el Derecho común, éste se aplica solamente a las ventas entre profesionales, que no son pocas y se rigen por el Código de Comercio, así como a las celebradas entre particulares, que se someten al Código Civil.

En segundo término, no hemos podido hacer aquí un estudio paralelo de la Convención de Viena en lo que concierne a la obligación de garantía. No obstante, hay que recalcar que concuerda sustancialmente con el régimen del consumidor; salvo algunos detalles, es claro que éste sigue de cerca la definición de conformidad, los supuestos en que falta, los deberes del comprador y los remedios contemplados por esta Convención. Lo que se debe, como hemos anticipado, a que la Directiva y la Convención se inspiran en el mismo modelo anglosajón. Con toda razón se pregunta M<sup>a</sup>. P. PERALES VISCASILLAS si no estamos acaso ante un nuevo concepto de compraventa (18); pensamos de momento que no, mientras no se modifique el Código Civil al respecto, aunque es evidente que se ha configurado un nuevo tipo contractual, con muchas similitudes y reglas comunes a la compraventa internacional, pero de un ámbito de aplicación diferente.

En fin, una tercera conclusión es también llamativa. Dada esta notable convergencia, asistimos en Europa a una ostensible armonización legislativa en esta materia, sólo que se ha producido *de facto*. Existe un Derecho *cuasi* uniforme, que se basa en el modelo inglés in-

---

(18) *Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980, sobre la compraventa internacional de mercancías, hasta y después de la Directiva 1999/44/CE, sobre garantías en la venta de bienes de consumo*, Actualidad Civil, 2005, ps. 1199 y ss.



dicado y que tiene un campo de actuación muy amplio; no sólo rige los contratos internacionales entre empresarios que se sujetan a la Convención, sino también los contratos celebrados por los consumidores dentro del mercado interior. Entre unos y otros, este Derecho “casi” uniforme, que está ya en vigor, se aplica a las relaciones contractuales de gran, y acaso mayor, importancia económica, tanto dentro del mercado común como fuera de la Unión Europea.



# ¿CUÁNDO ES BUENO INCUMPLIR UN CONTRATO? LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE<sup>(1)</sup>

Alfredo BULLARD GONZÁLEZ<sup>(2)</sup>

**SUMARIO: 1. LA NOCIÓN DE EFICIENCIA.— 2. EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE 3.— EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS. 4.— LA EXCEPCIÓN DE LOS BIENES ÚNICOS. 5.— COMMON LAW VS. DERECHO CIVIL. 6.— POSICIÓN PERSONAL. 7.— EL PROBLEMA DE LOS COSTOS DE EJECUCIÓN.**

En el sistema de Derecho Civil peruano se entiende que el acreedor de una obligación puede optar, ante el incumplimiento del deudor, entre exigir el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato, solicitando el pago de los daños correspondientes en uno u otro caso. Esto es más claro en el caso del incumplimiento de una obligación en un contrato de prestaciones recíprocas (3). Así, el acreedor de una obligación tiene la opción de acudir al aparato jurisdiccional para conseguir que la obligación se ejecute de acuerdo a los términos pactados, o simplemente resolver el contrato y solicitar daños y perjuicios.

---

(1) El presente trabajo se basa en el artículo titulado “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños”, publicado en *Ratio Iuris*, N.º 1, Año 1, 1993.

(2) Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

(3) En este sentido, es claro el artículo 1428º del Código Civil:

**Artículo 1428º.-** En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Existen, sin embargo, posiciones que sostienen que tal opción no debe existir, o que, en todo caso, de existir la elección, debería corresponder al deudor o, en el peor de los casos, a las Cortes. Tal es el sistema imperante en el sistema anglosajón o *common law* (4). Para estas posiciones, la regla general es que todo incumplimiento debe resolverse en el pago de una indemnización, salvo que el deudor esté dispuesto a cumplir específicamente la obligación que asumió. Sólo en contadas excepciones se permite al acreedor exigir la ejecución forzada de la obligación.

La presente sección pretende analizar el problema de qué remedios debe dar el sistema jurídico al tema del incumplimiento contractual desde la perspectiva del AED. En particular, buscamos identificar qué remedio contractual puede llevar a una más adecuada y eficiente asignación de recursos. Para ello vamos a proceder, como sugiere ULEN, a comparar el tratamiento que se da al incumplimiento contractual en los países que han acogido al sistema del *common law* (5).

## 1. LA NOCIÓN DE EFICIENCIA

El análisis que vamos a llevar a cabo pretende estudiar el problema desde la óptica de la maximización de los beneficios sociales. En otras palabras, queremos identificar qué remedios al incumplimiento contractual llevan a un resultado más eficiente. Esto no quiere decir, que no se puedan tomar criterios distintos a la eficiencia para determinar cuál es la solución más adecuada. Quizás consideraciones de justicia o de equidad distributiva puedan sugerir soluciones distintas a aquellas que sugiere la eficiencia económica (6). Queremos, sola-

---

(4) El principio general en el *common law* es indemnizar los daños a las expectativas que el rompimiento del contrato ha generado. Este principio fue determinado en ROBINSON y HARMAN (154 Eng. Rep. 363, 365 Ex. 1848) en el que se señaló que “cuando una de las partes soporta una pérdida como consecuencia del rompimiento de un contrato, ella debe, en el grado en que el dinero pueda hacerlo, ser colocado en la misma posición, en la que se encontraría si se hubiese cumplido el contrato”. Este principio ha sido confirmado continuamente por la jurisprudencia, aunque debe reconocerse que cada vez más las Cortes amplían las excepciones a la regla, admitiendo la ejecución forzada de la obligación.

(5) ULEN, Thomas S., “The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies”. En: *Michigan Law Review*, Vol. 83, noviembre, 1984, ps. 402/403.

(6) Como sugerimos más adelante creemos que siguiendo el criterio de justicia y, atendiendo a ciertos valores redistributivos imperantes en nuestra sociedad, se puede llegar a la misma conclusión a la que llegaremos utilizando el criterio de la eficiencia.

mente, identificar si la regla peruana, en comparación con la regla del *common law*, es o no eficiente.

Como dice POLINSKY, el término eficiencia se refiere a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación (7). Esta noción es, como el propio POLINSKY reconoce, intuitiva. Siendo más concretos, y refiriéndonos al aspecto contractual, diremos que una operación de intercambio (es decir, un contrato) es eficiente cuando, como consecuencia de éste, los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara.

Como vimos al analizar el Criterio de PARETO, bajo un diseño simple, el sistema contractual funcionando entre individuos racionales, nos llevará a un resultado eficiente. En otras palabras, el libre mercado sería, en principio, el mejor mecanismo para alcanzar esta meta.

## 2. EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

Lo dicho en el punto anterior no es, sin embargo, completamente cierto. No siempre el estricto cumplimiento del contrato nos llevará a una situación eficiente. Una primera situación es cuando el contrato tiene efectos negativos respecto a terceros, es decir, cuando genera externalidades. Así, si Jorge compra la casa para poner un restaurante, los olores de la comida pueden perjudicar a un hospital vecino, obligando a este último a cerrar si los perjuicios para el propietario del hospital y para los enfermos son mayores que los beneficios que el restaurante obtiene. Entonces, el contrato no nos habrá llevado a un resultado eficiente.

Una segunda situación se da cuando los individuos se comportan irracionalmente. Así, Jorge sobrevalúa el rendimiento del restaurante o Juan el rendimiento del dinero, de manera que la casa y/o el dinero quedan, luego del intercambio, asignados a usos menos valiosos.

Una tercera situación, que es la que nos interesa en el presente artículo, se presenta cuando, entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución, se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento, se torne menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más efi-

---

(7) POLINSKY, Mitchell A., *An Introduction to Law and Economics*. Little, Brown and Company, p. 7.

ciente que el cumplir. Por ejemplo, puede ser que entre la celebración de la compraventa de la casa de nuestro ejemplo y la entrega de la misma, se dé una disposición municipal que prohíba instalar restaurantes en el área donde se encuentra el inmueble. De ser así, puede ser que la valorización de S/. 125,000 que hizo Jorge de la casa, caiga a S/. 50,000 (porque ya no le interesa), y que es un valor que se encuentra por debajo del que el anterior propietario le daba. O, puede ser que Juan reciba una oferta de un tercero que ofrece por la casa un precio mayor (por ejemplo S/. 150,000) porque puede utilizarla para instalar una galería de obras de arte que tiene un rendimiento superior al restaurante. O también puede ser que Jorge encuentre una casa mejor ubicada para los fines que persigue por el mismo precio, y que, por tanto, implique una mejor inversión para sus S/. 100,000.

En estos casos, es eficiente incumplir el contrato, resolverlo, y por esta vía, evitar una transferencia de recursos a usos menos valiosos. De hecho, existen varias instituciones que pueden estar vinculadas al cambio de circunstancias entre la celebración del contrato y su ejecución y que podrían encontrar como un justificativo el evitar resultados ineficientes. Tal podría ser el caso de la imposibilidad, la frustración del fin del contrato o la excesiva onerosidad de la prestación. Sin embargo, estos temas serán analizados en la siguiente sección (8). En esta sección, vamos a concentrarnos en el tema de qué remedios se pueden dar al incumplimiento para permitir una mejor asignación de recursos.

Estaríamos, pues, frente al caso conocido como incumplimiento eficiente. Como COOTER y ULEN señalan, “el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas”. Caracterizando la definición teórica, se puede decir que el costo del cumplimiento del contrato excede sus beneficios cuando aparece una contingencia que hace que los recursos necesarios para ejecutar el contrato son más valiosos en otro uso alternativo. Estas contingencias pueden ser de dos tipos. Primero, que ocurra un golpe inesperado de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento. Segundo, que se dé un desafortunado

---

(8) Creo que es importante tratar estos temas que guardan una estrecha vinculación, al menos en su lógica, con la teoría del incumplimiento eficiente. Esto porque son excepciones al principio de que los contratos deben cumplirse según los términos en ellos expresados.

accidente, que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento (9).

Como bien dicen SCOTT y LESLIE: “Una vez que la inesperada contingencia se materializa, el deudor enfrenta una desagradable pérdida atribuible al cumplimiento de su obligación, que ahora cuesta más de lo que vale, o puede romper el contrato y aceptar el costo de cualquier sanción que corresponda. En resumen, la opción es, o ‘cumplir y perder’ o ‘incumplir y pagar’. Podemos presumir que el deudor elegirá la opción que le resulte más barata” (10).

En estas circunstancias, el remedio que dé el Derecho al incumplimiento debe de ser de tal naturaleza que permita al deudor no ejecutar su prestación. Pero a su vez, sólo debe ser razonable incumplir en aquellos casos donde el cumplimiento lleva a un resultado menos eficiente (11).

Para los defensores de la regla del *common law* (12) la ejecución forzada de la obligación no asegura este resultado. Si el deudor es obligado a ejecutar la obligación, la reasignación de recursos se dará de todas maneras, sin importar que ello sea ineficiente. Este es el problema que pretende enfrentarse con la teoría del incumplimiento eficiente.

Esta posición puede ilustrarse de una mejor manera con un ejemplo. Un agricultor celebra un contrato con una panificadora por el cual el primero se compromete a suministrar a la segunda 10,000 kilogramos de trigo para fabricar pan. Luego de haber entregado 5,000 kilos, el agricultor recibe una solicitud urgente de una empresa fabricante de fideos por 2,500 kilos. Resulta que una nueva promoción comercial ha aumentado sustancialmente sus ventas de fideos y requiere del trigo para cubrir la nueva demanda. Como la demanda de fideos supera la demanda de pan, la empresa fabricante de éstos se encuentra en

---

(9) COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988, p. 290.

(10) SCOTT, Robert E.; Douglas LESLIE, *Contract, Law and Theory*. The Michie Company, p. 90.

(11) Regresando al tema del Óptimo de PARETO podremos decir que la resolución del contrato es, en términos paretianos, superior al cumplimiento del mismo. Esto es que el incumplimiento favorece, por lo menos, a alguien y no perjudica a nadie.

(12) Es decir, que la regla general sea dar la potestad del deudor de romper el contrato pagando los daños que el incumplimiento genera al acreedor.

capacidad de ofrecer un precio superior al ofrecido por la panificadora (13).

Esta variación de la demanda se da luego de la celebración del contrato. Por tanto, el cumplimiento del contrato entre el agricultor y la panificadora pueda ser socialmente ineficiente comparado con el incumplimiento del mismo. Como consecuencia de esta situación, el agricultor no cumple con entregar el íntegro del trigo a la panificadora. Imaginemos que al haber vendido una parte del trigo a la fábrica de fideos, el agricultor obtiene una utilidad adicional de S/. 1,250. Imaginemos también que los daños que sufrió la panificadora por el incumplimiento se elevan a S/. 1,000. Así, el agricultor se encuentra mejor luego del incumplimiento, incluso en el caso que sea obligado a pagar a la panificadora el íntegro de los daños que ha sufrido. La panificadora no está ni peor ni mejor luego del incumplimiento, pues si asumimos que la indemnización es perfectamente compensatoria, su situación termina siendo económicamente la misma a aquella en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido. Por su parte, el fabricante de fideos estaría mejor, pues pudo cubrir la demanda de su producto y genera una mejor situación al conseguir asignar el trigo a su uso alternativo más valioso. Se cumple, pues, el requisito exigido para acercarnos al Óptimo de PARETO: alguien está mejor y nadie está peor que antes. Se ha alcanzado un resultado eficiente.

El lector puede decir que el resultado hubiese sido igual si el agricultor hubiese sido obligado a entregar el trigo a la panificadora. Así, el fabricante de fideos hubiese ido a buscar a la panificadora ofreciéndole un precio mayor a aquel que pagó. Si la panificadora es racional, le venderá el trigo a la fábrica de fideos. El problema es que esta operación adicional hubiese implicado incurrir en costos de transacción adicionales, en perjuicio de un resultado más eficiente. Esta es la posición sugerida por Richard POSNER y que justifica en último término la regla general del *common law* (14).

---

(13) El hecho que la fábrica de fideos ofrezca un precio superior al que puede ofrecer la panificadora es una clara indicación que el trigo está sujeto a un uso más valioso cuando se dedica a la producción de fideos que cuando se dedica a la producción de pan. En otras palabras, la sociedad está mejor si el trigo se usa para fabricar fideos a si se usa para elaborar pan.

(14) POSNER, Richard, *Economics Analysis of the Law*. Little, Brown, 2.<sup>a</sup> edic., 1977, ps. 88/90. Más adelante veremos cómo esta posición no es aceptada pacíficamente por la doctrina.



Para los defensores de la regla del *common law*, si la panificadora tuviese la facultad de solicitar la ejecución específica de la obligación, hubiésemos llegado a un resultado ineficiente. La fábrica de fideos no hubiese podido comprar el trigo, por lo que la sociedad estaría peor al haberse asignado el recurso “trigo” a un uso menos valioso. El agricultor estaría peor, pues habría perdido un mejor negocio. La panificadora estaría igual a si le hubiesen pagado daños (si es que estos son plenamente compensatorios). Así, nadie está mejor (sólo la panificadora está igual a como estaría si se le hubiesen pagado daños) y el agricultor y la fábrica de fideos (y, en general, la sociedad en su conjunto) están peor (15). La opción por la ejecución específica de la obligación nos habría llevado a un resultado ineficiente.

La solución de la ejecución forzada de la obligación no nos lleva, necesariamente, al mejor resultado, socialmente hablando. Por el contrario, la resolución de la obligación conjuntamente con el pago de daños sí nos llevara a situaciones en las que, sin perjudicar al acreedor (16) se puede llegar a una situación más eficiente.

### 3. EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS

Hasta ahora, la explicación de por qué debe existir la opción entre cumplir o resolver y pagar daños por parte del deudor parece conceptualmente muy coherente. Sin embargo, enfrenta una serie de problemas prácticos que mediatizan, en los hechos, la coherencia conceptual.

Quizás el problema principal radica en cómo calcular los daños para que estos sean plenamente compensatorios. Así nos enfrentamos a dos posibles problemas.

En primer lugar, cabe preguntar qué pasaría si las Cortes tuviesen una tendencia a sobrecompensar a los acreedores por los daños que les ocasiona el incumplimiento. Esto quiere decir que las Cortes podrían estar concediendo indemnizaciones superiores a los daños efectivamente sufridos. Esta sobrecompensación haría que la teoría del incumplimiento eficiente no contribuyera a una mejor asignación de recursos.

Imaginemos que un cazador le vende a un zoológico un elefante por S/. 5,000. El cazador asumió, a su vez, un costo de S/. 4,000 en el safari

---

(15) En términos de PARETO, la situación resultante es inferior a la que habría si el contrato se hubiese resuelto pagándose los daños y perjuicios generados.

(16) Reiteramos que si asumimos que los daños son plenamente compensatorios, no hay perjuicio alguno que afecte al acreedor.

por la India para traer al elefante, incluyendo el costo de transporte y alimentación del mismo. El propietario del zoológico valoriza al elefante en S/. 6,000, de acuerdo al cálculo que ha hecho por el incremento del público que la nueva atracción generará durante la vida del animal. Estos dos precios de reserva (el del vendedor y el del comprador) explican por qué el precio es S/. 5,000. Así, el cazador recibe S/. 1,000 de beneficios ( $5,000 - 4,000 = 1,000$ ) y el zoológico, otros S/. 1,000 ( $6,000 - 5,000 = 1,000$ ), haciendo que el beneficio total de la operación para la sociedad sea S/. 2,000 ( $1,000 + 1,000 = 2,000$ ). Resulta que entre el lapso que existía entre la celebración del contrato y la entrega del elefante, llega a la ciudad un circo en el que acaba de morir su elefante amaestrado, y requieren urgentemente un reemplazante. Imaginemos también que el público prefiere ver a un elefante en el circo que en el zoológico, por lo que el propietario del circo valoriza el elefante en S/. 8,000 (teniendo en cuenta que su rendimiento productivo será mayor). En consecuencia, el uso del elefante en el circo es socialmente más valioso que su uso en el zoológico. Así, el circo hace una oferta al cazador por S/. 7,000.

El cazador sabe que los daños que sufriría el zoológico por incumplimiento son S/. 1,000 (es decir los S/. 6,000 de su valorización menos los S/. 5,000 del precio que tendría que pagar). Sabe que el beneficio que recibiría si rompe el contrato con el zoológico y le vende el elefante al circo sería de S/. 3,000 ( $7,000 - 4,000 = 3,000$ ). Así, si incumple el contrato, lo resuelve, le paga los S/. 1,000 de daños del zoológico, recibe mayores beneficios que si cumpliera estrictamente el contrato. Es decir, que ganaría S/. 2,000 en lugar de los sólo S/. 1,000 que recibiría si cumple el contrato. El cazador está mejor incumpliendo. El circo está mejor, pues puede hacer utilidades por S/. 1,000. Y el zoológico está igual a si el contrato se cumpliera, pues igual recibe S/. 1,000 de beneficios, sólo que en lugar de cobrarlos al público que va al zoológico, los cobra a través del Juez que ordena el pago de la indemnización. La sociedad en su conjunto está mejor, pues se han producido beneficios sociales por S/. 4,000 en lugar de los S/. 2,000 que hubiese producido el cumplimiento del contrato. Esta utilidad social se reparte en S/. 1,000 que recibe el zoológico por los daños sufridos, S/. 2,000 que recibe el cazador por el mejor precio que le paga el circo luego de deducir la indemnización que le paga el zoológico y S/. 1,000 que recibe el circo por utilizar el elefante en su espectáculo (17).

---

(17) Otra forma de visualizar el beneficio social de S/. 4,000 es simplemente apreciando que el elefante se ha trasladado de un uso menos valioso (los S/. 4,000

Pero hemos dicho que para que este mecanismo funcione, la indemnización no puede superar los daños causados. Imaginemos que las Cortes están acostumbradas a conceder indemnizaciones cuatro veces superiores a los daños efectivamente sufridos por el deudor, o que simplemente, al enfrentar la incertidumbre de saber cuál es la magnitud de los daños, tienden a sobredimensionarlos. Así, imaginemos que cuando el zoológico demanda al cazador, las Cortes dan una indemnización de S/. 4,000, en lugar de sólo S/. 1,000. El efecto de ello es que, sin perjuicio que el zoológico no pueda exigir la ejecución forzada de la obligación contra el cazador, este último decida cumplir con entregar el elefante al zoológico porque, si bien recibe un mayor precio por parte del circo, el beneficio adicional no cubre el costo adicional que el error de la Corte al calcular los daños le impone al incumplimiento. El elefante se quedará en el zoológico. Es decir, que se quedará asignado a un uso menos valioso (18).

El segundo problema es que las Cortes subvalúen los daños efectivamente sufridos. Para analizar los efectos de este problema, cambiemos ligeramente algunos de los supuestos de nuestro ejemplo. Imaginemos que efectivamente se celebró el contrato entre el cazador y el zoológico por S/. 5,000, pero la valorización que el zoológico hace del elefante no es de S/. 6,000, como en el ejemplo anterior, sino de S/. 10,000. Mientras tanto, el valor del elefante para el circo sigue siendo de S/. 6,000 y ha hecho una oferta al cazador por S/. 7,000 (19).

Asumamos ahora que, a pesar que los daños que realmente sufriría el zoológico son S/. 5,000 (es decir, los S/. 10,000 en lo que valoriza el elefante menos los S/. 5,000 que paga el precio), las Cortes tienden a pagar indemnizaciones muy inferiores a los daños realmente sufridos (20). Si la Corte sólo concede al zoológico una indemnización de

---

que le cuesta al cazador tener el elefante encerrado esperando un comprador) a uno más valioso (los S/. 8,000 que representa el elefante en el circo).

(18) Como ya vimos en un ejemplo anterior, el circo podría, dada esta situación, acudir al zoológico y comprarle el elefante directamente. Pero, para los defensores de la regla del *common law*, encabezados por POSNER, esto implica una operación adicional que generará costos de transacción, reduciendo la eficiencia en el mercado.

(19) En realidad, estamos haciendo un cambio importante respecto al caso anterior. El uso social más valioso para el elefante ha dejado de ser el circo y ha pasado a ser el zoológico. En otras palabras, ahora el público prefiere ver al elefante en el zoológico que verlo haciendo piruetas en el circo.

(20) En este caso, parecería ser el mayor obstáculo actual para la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente, apoyada en el pago de daños, en el Perú. Es evidente que las Cortes peruanas dan indemnizaciones sustantivamente meno-

S/. 1,000, su error creará incentivos para que el cazador incumpla el contrato, a pesar que el cumplimiento hubiese resultado más eficiente. Así, el elefante terminará, finalmente, en el circo, a pesar que el zoológico lo valore más (21).

La conclusión es que para que el simple pago de los daños ocasionados por el incumplimiento desarrolle su función de crear incentivos para que los contratos se cumplan cuando son eficientes y se rompan cuando no lo son, el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma situación en la que estaría si el contrato se hubiese, efectivamente, cumplido (22). Es decir que, tanto la sobrecompensación como la compensación son económicamente indeseables.

Bajo esta perspectiva, quizás el problema más importante para la aplicación de esta teoría es el mecanismo de evaluación de los daños. Las Cortes deben contar con medios de evaluación lo suficientemente ciertos como para reducir los riesgos de un error al mínimo.

Existen situaciones donde los daños pueden ser determinados de una manera relativamente sencilla. Un ejemplo es el caso del bien que pueda ser fácilmente sustituido en el mercado. Si la obligación es una de dar trigo, basta indemnizar al acreedor del mismo con la cantidad de dinero necesaria para comprar, al valor de mercado, el trigo que no se le entregó (23).

En otras situaciones, sin embargo, el tema no es tan sencillo. Existe lo que se conoce como “bienes únicos”, es decir, bienes que no tienen sustitutos fácilmente identificables en el mercado. En estos casos, establecer una indemnización que repare realmente los daños es sumamente difícil. Un buen ejemplo es la Corona de la Reina de Inglate-

---

res a los daños realmente ocasionados. Ver, por ejemplo, FALLA JARA, Alejandro y PIZARRO Aranguren, Luis, El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares”. En: *Themis*, Revista de Derecho, Segunda Época, N.º 20. (En cuanto a los montos diminutos que suelen conceder las Cortes peruanas en casos de responsabilidad civil).

(21) De la misma manera, como ya hemos visto, el zoológico podría comprar ahora el elefante al circo. Pero nuevamente enfrentaríamos el problema de los costos de transacción, de una operación adicional, tal como sugiere POSNER.

(22) En el *common law*, este concepto es conocido como *expectation damages* o “daños a las expectativas”. Ver POLINSKY, *ob. cit.*, p. 26.

(23) En realidad, aquí estamos asumiendo que el daño puede ser reparado sólo con el valor necesario para comprar trigo. Esto puede ser simplista en cuanto pueden haber otros daños derivados de la demora o de la confianza depositada en el cumplimiento oportuno. Asumamos, por ahora, que estos daños también puede ser fácilmente evaluados.

rra o la obra de arte “La Gioconda”. Los daños que haya podido sufrir el comprador son realmente difíciles de evaluar si tenemos en cuenta la subjetividad individual para valorizar estos bienes. El tema es que le es sumamente difícil a un juez conseguir que cada individuo revele de manera sincera qué daño sufre si uno de estos bienes no le ha sido entregado.

En el *common law*, el caso de los bienes únicos que ha sido aceptado como una excepción a la opción del deudor a resolver el contrato pagando los daños que ocasiona. Existen otras excepciones que veremos más adelante. En estos casos, las Cortes han aceptado que el acreedor pueda exigir la ejecución forzada de la obligación. Veamos algunos ejemplos donde este tema fue discutido.

Un primer caso es *Sedmak vs. Charlie’s Chevrolet, Inc.* (24). Los esposos Sedmak celebraron un contrato con Charlie’s Chevrolet Inc., para comprar un Corvette por US\$ 15,000. Este auto era un modelo de una producción limitada hecha para conmemorar la selección del Corvette como el automóvil líder de la carrera Indianápolis 500. Sedmak pagó un adelanto de US\$ 500 por el carro y solicitó una serie de accesorios y equipamiento adicional. Cuando el automóvil llegó, a solicitud de Charlie’s, Sedmak aceptó que el carro permaneciera en exhibición hasta la carrera de Indianápolis 500. Finalmente, cuando el carro debía ser entregado, Charlie’s contestó a Sedmak que no podían venderle el automóvil al precio pactado porque la demanda excesiva frente al número limitado de producción había inflado su valor por encima del precio sugerido. Así, el vendedor incumplió el contrato.

Entre los argumentos utilizados por Charlie’s estaba el que la ejecución específica solicitada por Sedmak no era un remedio adecuado, teniendo en cuenta el principio general recogido en el *common law*. En el juicio quedó claro que había un contrato. En primera instancia, se determinó que debía darse la ejecución específica de la obligación porque los Sedmaks “carecían de un remedio adecuado porque no podían acudir al mercado y comprar un automóvil de esta clase, millaje, condición, propiedad y apariencia, excepto, si es que lo logran, con un gasto considerable, problemas, gran demora e inconvenientes.” Esta resolución fue confirmada en la instancia superior.

El automóvil no era precisamente un bien “único”. Pero sí era difícil de encontrar en el mercado. Además, la Corte implícitamente

---

(24) 622 S.W. 2d. 694 (Missouri Court of Appeals, 1981).

consideraba que la valorización que los Sedmaks le pudieran dar al automóvil era un tema muy subjetivo, por lo que era prácticamente imposible de determinar. Como los daños no podían ser utilizados para adquirir un bien de las mismas características en el mercado, la solución de daños era inadecuada, y por tanto, se ordenó la ejecución específica. Sólo se habían producido 6,000 automóviles como los indicados, sólo un carro estaba a disposición de cada distribuidor, y sólo unos cuantos tenían todos los accesorios que habían solicitado los compradores. La desproporción entre la oferta y la demanda hizo que se ordenara la ejecución específica a pesar que, en sentido estricto, el bien no era único.

Un segundo caso interesante es el *American Brands, Inc. vs. Playgirl, Inc.* (25). *Playgirl* es, como todos sabemos, una revista, “Poco convencional, sin precedentes y sin paralelos y permite llegar a una audiencia femenina joven, de buena situación económica y maleable para la propaganda”, tal como lo señalaba su propia promoción para potenciales anunciadores. Esta revista tuvo un éxito singular en el mercado y se convirtió en un atractivo medio de publicidad para muchas empresas. *American* era una empresa productora de cigarrillos. En sus inicios, *Playgirl* celebró un contrato de publicidad con *American* por el que esta última empresa podía utilizar la contratapa de la revista por ocho números. Sin embargo, el contrato estipulaba, además, el derecho continuo e irrevocable de *American* para contratar la contratapa de la revista por cada período de doce meses a su sola opción, y por todo el tiempo que *Playgirl* siguiera publicándose. *Playgirl* publicó los avisos de *American* por once meses, luego de los cuales, el representante de *Playgirl* envió una carta a *American* señalándole que era política de la Revista evitar que los anunciadores tuviesen “una posición de protección perpetua”. Así, le indicó que pensaba diversificar la contratapa de la publicación. *American* reclamó judicialmente la ejecución forzada de la obligación y que, por tanto, se ordene a *Playgirl* publicar su publicidad en la contratapa. *Playgirl* sostuvo que sólo debía quedar obligada al pago de daños y perjuicios. La Corte denegó la solicitud de *American* señalando que “el demandante no ha conseguido demostrar de manera clara que sus daños no podían ser calculados y que, en consecuencia, no podían ser reparados con una indemnización monetaria.”

El tema fue que la Corte no encontró que los daños no pudiesen reparar el perjuicio sufrido, y que, por tanto, no cabía ordenar la ejecu-

---

(25) 498 F.2d. 947 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 1974).

ción específica. Sin perjuicio de esto, toda la discusión giró en torno a si la contratapa de Playgirl, dadas sus especiales características como revista, era un bien único, y, en consecuencia, carecía de adecuados sustitutos en el mercado.

Un buen camino para determinar si el sistema de ejecución forzada es mejor que el de resolución con pago de daños es determinando las razones por las que se puede justificar la excepción a la regla del *common law*.

Mientras nuestro sistema de Derecho civil admite, como regla general, que toda obligación pueda ser ejecutada de manera específica (26), el *common law* sólo lo acepta en algunas excepciones. En consecuencia, existe un campo en el que ambos sistemas coinciden: en Estados Unidos o en el Perú, uno puede solicitar la ejecución específica si el bien tiene la característica de único.

Analicemos las razones que justifican la excepción en el *common law* para establecer la lógica de un sistema de remedios al incumplimiento contractual.

#### 4. LA EXCEPCIÓN DE LOS BIENES ÚNICOS

Ya hemos dicho que la excepción a la regla general en el *common law* se basa en cuán complicado es calcular una indemnización plenamente compensatoria en las prestaciones cuyo objeto sean bienes o servicios únicos al no existir un referente objetivo de valuación (27).

Quizás la primera pregunta es aquella que intentaron resolver las Cortes en los casos de Sedmak vs. Charlie's Chevrolet, Inc. o American Brands, Inc. vs. Playgirl, Inc. ¿Cuándo un bien es "único"? (28)

---

(26) Decimos como regla general porque existen excepciones. Así, el inciso 1 del artículo 1150° y el inciso 1 del artículo 1158° del Código Civil no admiten la ejecución forzada cuando es necesario el utilizar violencia contra la persona del deudor. Analizaremos estas excepciones más adelante para establecer su racionalidad económica.

(27) Es decir, al no existir un mercado a ser utilizado como referencia.

(28) En realidad, el *common law* reconoce numerosos casos en los que cabe ejecución específica y que no son propiamente casos de "bienes únicos", aunque se refieren también a supuestos en que no existen referentes claros en el mercado o los que existen no son adecuados. CORBIN (*Contracts*. Secciones 1143-1155, 1963) hace una completa enumeración de casos en los cuales las Cortes norteamericanas suelen conceder al acreedor la facultad de solicitar la ejecución específica: contratos de venta de árboles en pie, contratos de venta de predios, contratos que requieren una ejecución continuada o periódica como obligación de suministrar una pensión o la

El diccionario define único como “Sólo y sin otro en su especie”. Esto quiere decir que algo es “único” cuando no tiene sustituto o equivalente. En el lenguaje común, lo “único” es aquello que tiene ciertas características que lo hacen distinguible de cualquier otra cosa.

Sin embargo, como bien señala KRONMAN, la teoría económica define el carácter sustituible de un bien a través de la observación del comportamiento de los consumidores, no a través de la evaluación de las distintas propiedades y características de un bien. Así, si la alteración en el precio de un bien afecta la demanda de otro bien, entonces podemos decir que ambos bienes son sustitutos mutuos (29). Así, el pan es un sustituto de las galletas si al subir el precio de estas últimas se produce un aumento de la demanda de pan. En el caso de “La Gioconda”, si al subirse el precio de esta obra de arte la gente decide comprar “El Güernica”, entonces este último cuadro sería un sustituto del primero.

Pero esta es una visión demasiado amplia. Bajo esta perspectiva todo bien tiene sustitutos, pues siempre se puede imaginar elevar el precio de un bien a un nivel tal, que un fanático coleccionista de Da Vinci termine comprando un cuadro de PICASSO (30). En realidad, como señala KRONMAN, a los economistas les interesa determinar

---

promesa de una compañía de seguros de pagar beneficios por armadas, contratos de venta de acciones de una compañía, si las acciones no pueden ser obtenidas en el mercado bursátil y los daños al acreedor no pueden ser determinados, contratos de préstamos de dinero, pero sólo si el deudor ha cambiado sustancialmente su posición desde la celebración del mismo, celebrado nuevos contratos y constituido garantías sobre todas sus propiedades, contratos a favor de tercero y contratos celebrados con un fideicomisario, teniendo en cuenta que la figura del fideicomiso fue creada por las Cortes de equidad y permanecieron por largo tiempo fuera del alcance de las Cortes del *common law*. CORBIN también menciona casos en los que las Cortes norteamericanas niegan normalmente la ejecución específica, incluso cuando el remedio de daños parece inadecuado (sección 1162-1176). Esto incluye casos de frustración del contrato por imposibilidad, dolo, error unilateral y otros parecidos. Los casos enumerados por CORBIN pueden, siempre, vincularse con supuestos donde es difícil encontrar referentes que faciliten el cálculo de los daños causados al interés del acreedor.

(29) KRONMAN, Anthony T., “Specific performance”. En: *University of Chicago Law Review*, Vol. 45, 1978, ps. 351/375. Para los economistas, estaríamos hablando de la elasticidad cruzada de la demanda (STIGLER, George J., *The Theory of Price*, 3.<sup>a</sup> edic., p. 1966, ps. 31/33).

(30) Incluso, si el precio se eleva lo suficiente y al coleccionista no le gustan las obras de arte de otros pintores, podría preferir usar el dinero que tenía reservado para “La Gioconda” en un viaje alrededor del mundo, en una casa, en un yate o en comer en restaurantes. Llevado al extremo, todos los bienes pueden ser sustitutos de los otros.



cuán grande tiene que ser el cambio en el precio de un bien para lograr una modificación de una magnitud determinada en el consumo de otros bienes. Pero estas son preguntas acerca de diversos niveles de sustitución de bienes entre sí. La generalización de este concepto puede llevarnos a que el término “único” pierda contenido (31).

En el caso de “La Gioconda” frente a “El Güernica” es de esperarse que las Cortes en el *common law* concedan al acreedor la ejecución específica de la obligación (a pesar que a un precio dado, “El Güernica” sería un buen sustituto).

El tema del carácter único de un bien o servicio es más complejo. Hemos visto que, para que la indemnización sea plenamente compensatoria (32), el monto en dinero recibido por daños debe poner al acreedor en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido. Esto es, que reciba dinero suficiente para adquirir aquel bien que sea un adecuado sustituto del bien de cuya entrega el deudor se ha liberado resolviendo el contrato. En otras palabras, si dado el precio de ciertos bienes en la economía, el acreedor siente que le es igual recibir “La Gioconda” que recibir “El Güernica”, si el deudor se niega a entregar “La Gioconda” la compensación sería perfecta dándole la cantidad necesaria al acreedor para que vaya y compre “El Güernica” que se encuentra en venta en una galería. El gran problema es cómo saber si “El Güernica” es un adecuado sustituto para el acreedor. La Corte se encontraría con un gran problema para determinar valores que dependen de apreciaciones subjetivas de las partes involucradas. No podemos creer en la palabra del acreedor. Él, probablemente, tratará de exagerar buscando que el juez calcule daños en base a un sustituto más valioso (33). Tampoco podemos creerle al deudor. Él tratará de minimizar la indemnización señalando un sustituto menos valioso (34).

El tema de fondo es la capacidad de la Corte para adquirir información sobre las valorizaciones subjetivas de individuos particulares. El

---

(31) KRONMAN, “Specific...”, *loc. cit.*

(32) Es decir, para que creen los incentivos para que funcione la teoría del incumplimiento eficiente.

(33) Así, el deudor se obligó a entregarle un cuadro del desconocido pintor Juan Pérez, ¿podemos creerle al acreedor cuando dice que sólo “El Güernica” vale para él tanto como el cuadro de Pérez? Lo más probable es que esté mintiendo. Pero no podemos descartar tampoco que esté diciendo la verdad porque cree que Pérez llegará a ser un pintor muy famoso.

(34) Así, tratará de utilizar como referencia para no entregar “La Gioconda” un cuadro del desconocido Pérez, diciendo que es un adecuado sustituto.

problema de los bienes únicos no se refiere a las características de un bien que lo hacen absolutamente irrepetible. El tema se vincula a la información disponible por las Cortes a fin de que éstas puedan efectuar una adecuada valoración de qué daños son realmente compensatorios y así poner al acreedor en la misma situación a aquella en la que estaría si el contrato se hubiese cumplido. Esto puede explicar la lógica de la excepción contemplada por el *common law* y que admite la ejecución específica de la obligación. Como bien dice KRONMAN, cuando la información relevante es escasa y poco confiable, existe un riesgo sustancial que las indemnizaciones subcompensen la pérdida real sufrida por el acreedor. Por el contrario, cuando existen abundantes datos sobre el comportamiento de los consumidores que generan una rica y confiable información acerca de bienes sustitutos, el riesgo de un error se reduce. Así, cuando las Cortes en el sistema del *common law* dicen que el bien objeto de un contrato es único, nos están realmente diciendo que no pueden obtener, a un costo razonable, información suficiente acerca de bienes sustitutos que les permitan calcular una indemnización monetaria realmente compensatoria. Dentro de esta perspectiva, la excepción de los bienes únicos adquiere un sentido práctico (35).

En el caso de los bienes fungibles, las Cortes no tienen el mismo problema para determinar una adecuada valoración de los daños. La no entrega de una botella de C.C. Cola puede ser adecuadamente compensada dándole al acreedor el dinero necesario para comprar otra botella de C.C. Cola en el mercado. Nadie duda que una es un adecuado sustituto de la otra, a diferencia de lo que sucedería entre “La Gioconda” y “El Güernica”, donde cada uno puede tener valorizaciones completamente diferentes respecto a cuál vale más que el otro. Las Cortes en el *common law* han creado la excepción como un reconocimiento a su incapacidad para valorizar de manera adecuada los daños en circunstancias donde los sustitutos adecuados no son objetivamente identificables (36).

Existen muchísimos casos intermedios entre la fungibilidad absoluta y el absoluto carácter único. Así, podemos preguntarnos si una

---

(35) KRONMAN, “Specific...”, *loc. cit.*

(36) ULEN (“Efficiency of specific performance...”, p. 375, nota 116) sugiere que la lógica de la excepción a la regla general del *common law* puede, también, explicar por qué la ejecución específica es el remedio que adoptaban la mayoría de países comunistas, pues en dichas economías no suelen existir mercados a los que la parte inocente pueda acudir para celebrar una transacción sustitutoria de aquella que se incumple.

escoba de la marca A es un adecuado sustituto de una escoba de la marca B. En general, si la empresa A no cumple con entregar el pedido de escobas que le hace un tercero, la Corte podría considerar que se indemniza de manera adecuada a este tercero dándole el dinero suficiente para comprar escobas de la marca B, que aparentemente gozan de las mismas características y cualidades. Es cierto, como sugiere KRONMAN (37), que en estos casos pueden haber errores de las Cortes. Puede ser que el tercero prefiera las escobas de la marca A simplemente porque cree que duran más que las de la marca B. Pero también es evidente que la existencia de un mercado competitivo reduce la posibilidad de error y el costo de adquirir la información relevante de manera sustantiva.

Podemos concluir con KRONMAN que la explicación a la excepción puede encontrarse en que cuando una Corte hace un cálculo de los daños monetarios sufridos por el incumplimiento, existe un riesgo que el afectado sea subcompensado. Pero la magnitud de este riesgo es inversamente proporcional a la cantidad y confiabilidad de la información en base a la cual la Corte basa su cálculo. En un extremo, cuando existe un mercado bien desarrollado generando evidencia sobre el carácter de ciertos bienes de ser sustitutos de otros, este riesgo se reduce al mínimo. En el otro extremo, cuando no existe tal mercado o al menos algunas transacciones aisladas, este riesgo se vuelve sustantivo. Existe un punto en medio de ambos extremos en el que el riesgo se torna inaceptable. Este es el punto que separa, en el *common law*, los contratos en los que se admite la ejecución específica de aquellos en los que sólo se admite la resolución del contrato y el pago de daños y que ha creado a las Cortes el complejo problema del carácter único de los bienes (38).

## 5. COMMON LAW VS. DERECHO CIVIL

¿Cuál es la mejor regla? ¿Acaso es la del *common law*, según la cual el acreedor sólo puede, ante el incumplimiento, solicitar los daños sufridos, salvo que estemos ante bienes o servicios únicos? ¿O acaso la regla de nuestro Derecho civil que permite al acreedor optar entre la ejecución forzada de la obligación o la resolución, salvo que para la ejecución específica haya que emplear violencia contra la persona del deudor?

---

(37) KRONMAN, "Specific...", *loc. cit.*

(38) *Ibidem*, *loc. cit.*

No debemos olvidar que, sea cual sea la norma que escojamos, ésta tendrá el carácter de supletoria. Por principio, las normas contractuales, tanto en el *common law* como en el Derecho Civil, sólo operan en defecto de acuerdo entre las partes. Esto quiere decir, que en general, en el *common law*, así el bien no sea único, las partes pueden pactar la ejecución específica de la obligación (39). Por otra parte, en nuestro Derecho Civil, se admite el pacto que sólo concede al acreedor el derecho a reclamar daños, no pudiendo solicitar la ejecución específica de la obligación. Se puede sostener, quizás con razón, que si se entiende la ejecución forzada como parte de la responsabilidad, no cabe este pacto en caso incumplimiento por dolo o culpa inexcusable de acuerdo al artículo 1328° (40) del Código Civil. Sin embargo, creemos que tal prohibición no alcanza a la ejecución forzada, pues existen otros medios legítimos para lograr el mismo efecto. Así, por ejemplo, de acuerdo a los artículos 1161° (41) y 1162° (42), se puede pactar, como obligación alternativa, el cumplimiento de una prestación determinada, o el pago de daños y perjuicios, quedando la elección en manos del deudor.

Podemos preguntarnos qué interés puede existir en elegir una u otra regla, si siempre las partes pueden cambiarla a entera voluntad. La respuesta a esta inquietud la encontramos en el tema de los costos de transacción ya mencionados. La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y redactar todos los términos de un contrato. Ello los llevaría a tener

---

(39) Respecto al *common law*, esta afirmación no es tan cierta. Existen algunos casos aislados en los que se declaró que el pacto que permitía al acreedor solicitar la ejecución forzada de la obligación era inexigible. Así, por ejemplo, *Stokes vs. Moore* (263 Als. 59, 77 So. 2d 331, 1955) en el que la Corte no vio con simpatía la ejecución forzada de una cláusula de no competencia. Sin embargo, tal regla no se ha generalizado.

(40) Artículo 1328°.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

(41) Artículo 1161°.- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas.

(42) Artículo 1162°.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.

Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144°.

que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero. De no existir normas supletorias, todos los contratos tendrían una extensión, por lo menos, equivalente a la que tiene la parte de contratos del Código Civil. Los costos de la negociación necesaria para lograr ello serían sustantivos.

Si la función de las normas supletorias es la reducción de los costos de transacción, la mejor regla es aquella que, en la mayoría de los casos, sería adoptada por las partes de haberse puesto de acuerdo sobre el punto en cuestión. Así se logra que, en la mayoría de los casos, no sea necesario un acuerdo de las partes, y por esa vía reducimos los costos de transacción. El “pacto en contrario” tiene que ser excepcional. Si el “pacto en contrario” fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria.

Siendo que tanto la regla del *common law* como la del Derecho Civil son supletorias, el análisis de la conveniencia de una sobre la otra debe hacerse a la luz de lo que ordinariamente pactarían las partes como remedio al incumplimiento. Las partes tenderán siempre a un diseño contractual que minimice tanto los costos de celebración como de ejecución del contrato. Debemos, pues, buscar qué regla minimiza, en la que de casos, estos costos.

En base al planteamiento de este problema, y utilizando como herramienta el Análisis Económico del Derecho, KRONMAN ha efectuado una apasionada defensa de la regla de *common law* (43).

Como ya hemos mencionado, si la prestación en un contrato tiene el carácter de única, existe un riesgo alto que la indemnización que asigne la Corte no compense adecuadamente los daños reales sufridos por acreedor. Siendo que el derecho a forzar la ejecución específica de la obligación reduce tal riesgo, los acreedores (como clase) estarán dispuestos a pagar algo más a cambio de tener el derecho a solicitar la ejecución específica cuando no existe un mercado desarrollado que genere información adecuada sobre el valor de la prestación (44).

Así, el comprador de “La Gioconda”, temeroso de que el deudor incumpla, estará dispuesto a pagar un precio mayor a cambio que el vendedor le asegure que le entregará de todas maneras el cuadro, re-

---

(43) KRONMAN, “Specific...”, *loc. cit.*

(44) *Ibidem*, *loc. cit.*

nunciando a su facultad de resolver el contrato pagando daños. De esta manera, se evitará el riesgo de que le paguen daños que no reflejen el valor real que el comprador le asignaba al cuadro.

Una posible alternativa sería que las partes acordaran una cláusula penal que determine cuál es el nivel de los daños a indemnizarse por el incumplimiento. Pero esto incrementaría los costos de transacción en cuanto ambas partes tendrían que negociar una cláusula que refleje la valorización subjetiva que el comprador le asigna al bien. Estos costos tendrían que ser asumidos por ambas partes, por lo que no necesariamente llegaríamos a esta solución. Para evitar esta negociación, y siendo conscientes que no existe información adecuada sobre bienes sustitutos, es de esperar, en opinión de KRONMAN, que las partes se pongan de acuerdo en la ejecución específica como solución.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta el convincente argumento esbozado por el propio KRONMAN: “El costo de la ejecución específica para el deudor será determinado, en parte, por su propia estimación de las posibilidades que existen en el futuro de que quiera romper el contrato. Si él realmente pretende cumplir, y piensa que será muy improbable que quiera en el futuro romper su promesa, el deudor se mostrará menos hostil a un contrato que contenga una provisión de ejecución específica a lo que se mostraría ante una circunstancia distinta. Un importante factor que determina la creencia del deudor al respecto es la posibilidad de que pueda recibir una mejor oferta en el futuro por el bien o servicio ofrecido en el intervalo de tiempo existente entre la celebración del contrato y su cumplimiento. Cuanto mayor sea esta probabilidad, mayor será su sentimiento de que pueda, en un futuro, desear romper el contrato. La probabilidad de recibir una oferta en el futuro será especialmente baja en el caso que la prestación del contrato tenga el carácter de única. En estos casos, por definición, no existe un mercado desarrollado [...] y en consecuencia el deudor pensará, de manera justificada, que es muy poco probable que reciba una oferta alternativa (y menos aún una mejor) por los bienes o servicios prometidos. Por el contrario, cuando la prestación es genuinamente un caso de bien único, el deudor estimaría probablemente que las posibilidades que se presente una mejor alternativa están cercanas a cero, y en consecuencia, sea prácticamente indiferente respecto a qué remedios puede tener el acreedor en un muy poco probable incumplimiento.” (45)

---

(45) *Ibidem, loc. cit.*

Bajo esta perspectiva, lo común sería que, en el caso de los bienes únicos, las partes acuerden incluir una cláusula que autorice al acreedor a solicitar la ejecución específica de la obligación, pues reduce un costo importante para el acreedor (el riesgo de una mala evaluación de los daños que sufriría por parte de las Cortes) sin que ello le cueste mucho al deudor (que ve como poco probable que se presente en el futuro una mejor oportunidad). La ejecución específica sería, entonces, la solución adoptada por las partes como la más eficiente. Por el contrario, en el caso de bienes con sustitutos (es decir, en los que existe un mercado generalizado de dónde obtener información), existen más posibilidades que el deudor reciba una oferta alternativa, lo que lo incentivará a tratar de mantener, contractualmente, la flexibilidad necesaria para poder entregar la prestación a su tercero, liberándose con el simple pago de daños. Por el contrario, el riesgo que enfrentaba el acreedor de que en el cálculo de los daños la Corte se equivoque es mucho menor. Así, es de esperarse que las partes puedan ponerse más fácilmente de acuerdo en una regla que, excluyendo la ejecución forzada de la obligación, sólo conceda al acreedor el derecho a solicitar la indemnización por los daños sufridos. Se concede así un beneficio importante para el deudor (la flexibilidad futura para romper el contrato y atender una mejor oferta) a un costo relativamente bajo para el acreedor (que ve que el riesgo de un mal cálculo de los daños por la Corte se ha reducido casi al mínimo). Es más, bajo esta circunstancia, es mucho más fácil imaginar que las partes lleguen a un acuerdo sobre una cláusula penal, pues existe una mejor información respecto a los daños que puede sufrir el acreedor, gracias a los referentes de mercado existentes (46).

En otras palabras, y resumiendo la posición de KRONMAN, cuando “más fungible” es el bien, el riesgo de un mal cálculo de los daños por las Cortes se deduce pero aumenta la posibilidad de incumplimiento, haciendo que la solución de años se torne en la más adecuada. Por el contrario, cuando “más único” es un bien, aumenta el riesgo de un mal cálculo de daños por las Cortes, pero se reduce la posibilidad de incumplimiento, haciendo de la ejecución específica una solución adecuada para las partes.

Los argumentos dados por KRONMAN para sustentar su posición aparecen como sugestivos y coherentes. Sin embargo, existen opiniones discrepantes sobre las ventajas reales del sistema propuesto por

---

(46) Es decir, existen menores costos de transacción en este aspecto.

el *common law*, y que critican muchos de los supuestos asumidos por KRONMAN al formular su posición. Por lo pronto no es muy claro por qué si el bien es fungible hay más posibilidades de incumplimiento. Justamente al ser un bien fungible existen sustitutos, y es difícil entender por qué no se acudiría a ese mercado antes de hacer ofertas a partes de un contrato para que lo incumplan.

Alan SCHWARTZ sostiene una posición contraria a la de KRONMAN y se pronuncia, en cambio, por una regla similar a la que acoge el Derecho Civil. Para ello empieza analizando los casos de las obligaciones de entregar bienes únicos: “Cuando el deudor Incumple y el acreedor puede celebrar una transacción que sea un adecuado sustituto de la prestación que el deudor no ha cumplido, el acreedor será simplemente compensado si recibe el monto adicional necesario para comprar el sustituto más el costo de llevar a cabo la segunda transacción. Sin embargo, en algunos casos, como aquellos que involucran obras de arte, las Cortes no pueden identificar cuáles transacciones serían adecuados sustitutos porque la información necesaria suele estar en exclusiva posesión del acreedor. Más aún, es difícil para la Corte establecer con exactitud cómo se satisface la pretensión del acreedor (47). Por ejemplo, si el deudor incumple el contrato de venta de una rara esmeralda, el acreedor podría reclamar que sólo el Diamante Hope le produciría la misma satisfacción, y por tanto, podría demandar por la diferencia de precio entre la esmeralda y el diamante, será sumamente difícil para la Corte establecer cuándo esta afirmación es cierta. Si la Corte quiere conceder una indemnización, tiene tres alternativas; ordenar el pago del valor monetario de la satisfacción que pierde el acreedor de acuerdo a la estimación que hace la Corte, lo que puede sobrecompensar o subcompensar; u ordenar la restitución de toda suma pagada, lo que subcompensa al acreedor. El acreedor es plenamente compensado sin que exista riesgo de sobrecompensación o subcompensación si tiene a su disposición la facultad de exigir la ejecución específica de la obligación y su uso es estimulado por la doctrina que señala que los daños deben ser previsibles y ciertos” (48).

---

(47) Este es el caso, ya mencionado, del acreedor de la entrega de “La Gioconda”, situación en que para la Corte es difícil establecer si “El Güernica” (o cualquier otro bien o servicio) es o no un adecuado sustituto. En este caso, la inexistencia de mercados hace sumamente difícil establecer cuál es un buen sustituto.

(48) SCHWARTZ, Alan, “The case for specific performance”. En: *Yale Law Journal*, Vol. 89, ps. 274/278.



SCHWARTZ sostiene que darle al acreedor la opción de la ejecución específica de la obligación o la resolución y el pago de daños (es decir, básicamente la solución contemplada por nuestro Código Civil) es el único mecanismo que garantiza la plena compensación al acreedor en el caso de bienes únicos. Pero yendo más allá, postula que existen tres razones por las que la ejecución específica debería dejar de ser la excepción y convertirse en la regla general en el caso de incumplimiento dentro del *common law*. Estas, enunciadas por SCHWARTZ (49), son las siguientes:

a) En muchos casos, el pago de daños es subcompensatorio a pesar de no tratarse de bienes únicos. Asumiendo por un momento que efectivamente fuese sencillo calcular el valor del bien sustituto, no necesariamente se garantiza una adecuada compensación por los daños. Para que el acreedor sea adecuadamente compensado, se le concede el derecho a reclamar daños incidentales, los mismos que son difíciles de calcular. Principalmente son considerados daños incidentales el costo de identificar y celebrar una segunda transacción que implica principalmente el gasto de tiempo antes que dinero. Determinar el valor monetario de este costo de oportunidad puede ser realmente difícil. Además el rompimiento del contrato por el deudor genera frustración y enojo en el acreedor, especialmente si éste es un consumidor. Estos costos son difícilmente recuperables vía una indemnización.

Pero incluso el pago de daños por la diferencia de precio del bien sustituto puede ser calculado de manera inadecuada en muchos casos menos dramáticos que en la hipótesis de la esmeralda y el diamante mencionado líneas arriba. Esto es ocasionado por la diferenciación entre productos y la temprana obsolescencia o caída en desuso de ciertos bienes. Cuando la diferenciación entre productos se vuelve más común, la oferta de productos que sean adecuados sustitutos de la prestación del deudor se ve reducida. Cita SCHWARTZ como ejemplo el caso de la oferta de automóviles. Incluso durante el período en el que existe una abundante oferta de nuevos automóviles Datsun, un Datsun de dos puertas, dos colores, con ruedas anchas, estéreo y aire acondicionado puede tornarse escaso en algunos mercados locales (50). Pero adicionalmente, la obsolescencia de ciertos bienes da

---

(49) *Ibidem, loc. cit.*

(50) Siendo el Perú un mercado reducido, no debe extrañarse que esta escasez suele presentarse con relativa frecuencia. Es común que uno ordene un automóvil Tercel de color blanco, caja mecánica, radio, sin tacómetro y sin aire acondicionado, y termine aceptando un Tercel rojo, automático, con radio tocacassette, ta-

al acreedor un tiempo relativamente corto para efectuar una transacción que sustituya la prestación incumplida. Si el deudor se demora en cumplir su obligación de entregar un modelo del año puede ser difícil para el acreedor comprar el modelo exacto que quería adquirir. Por estas razones, una indemnización que le garantice al acreedor comprar “otro carro” podría ser subcompensatoria (51).

Adicionalmente, problemas de predicción hacen que comúnmente sea difícil poner al acreedor en la misma posición en la que se encontraría si el deudor hubiese cumplido su obligación. Si el incumplimiento por un contratista demorara de manera significativa o impide la culminación de un proyecto de construcción, y el proyecto difiere de manera sustantiva de otros proyectos (por ejemplo, una tienda de departamentos en un lugar distinto al que ocupan otras tiendas) las Cortes pueden mostrarse reacias a indemnizar por la “especulativa” pérdida de utilidades atribuible al incumplimiento.

*b)* En segundo lugar, los acreedores suelen estar económicamente incentivados para demandar el pago de daños cuando éstos son efectivamente compensatorios. Un deudor que ha incumplido sus obligaciones puede mostrarse reacio a cumplir y puede tener un comportamiento hostil. Esto haría que demandar la ejecución específica de la obligación sea un remedio poco atractivo para el acreedor, sobre todo si el cumplimiento de la prestación es complejo, porque el deudor tenderá a cumplir de manera deficiente cuando se le fuerza a ejecutar su prestación. Incluso, cuando el cumplimiento debe efectuarse durante un lapso de tiempo, como en los contratos de obra, es sumamente costoso para el acreedor monitorear a un deudor reacio a cumplir. En caso que los daños sean efectivamente compensatorios, el acreedor preferirá optar por la indemnización (52). Finalmen-

---

cómetro y con aire acondicionado ante una oferta del distribuidor que le dice “O toma este auto o tiene que esperar quizás tres meses más”. Esto porque los stocks de automóviles no son lo suficientemente amplios para ser flexibles a los requisitos de la demanda, dadas las limitaciones en las dimensiones del mercado.

(51) De alguna manera, éste fue el problema en *Sedmak v. Charlie’s Chevrolet, Inc.*

(52) Estas razones pueden explicar por qué, en nuestro ordenamiento (artículos 1150° y 1158° del Código Civil) se prohíbe la opción por la ejecución específica cuando sea necesario aplicar violencia sobre la persona del deudor:

Artículo 1150°.- El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

te, dado el tiempo que tardarán las Cortes en resolver demandas, los acreedores preferirán celebrar rápidamente transacciones que sustituyan la pretensión incumplida y demandar más tarde por los daños, antes que mantener sus pretensiones suspendidas esperando la resolución judicial que las acoja (53). En otras palabras, el acreedor suele estar en mejor posición que las Cortes para establecer cuándo el remedio adecuado es la ejecución específica de la obligación, y cuándo será resolver el contrato y solicitar el pago de daños. Así, cuando el acreedor demande la ejecución forzada, nos estará indicando que considera que el pago de daños es un remedio inadecuado.

c) La tercera razón, que de alguna manera incluye las otras dos, es que normalmente los acreedores cuentan con mejor información que las Cortes tanto respecto al carácter compensatorio de la indemnización en dinero como de las dificultades y costos de la ejecución forzada. Esto se ve reforzado por el hecho que normalmente los acreedores cuentan con mejor información sobre los deudores que las Cortes, que recién los conocerán cuando éstos contesten la demanda, por lo que se encuentran en una mejor posición para predecir cuándo la ejecución específica inducirá a los deudores a cumplir sus obligaciones de manera satisfactoria.

Luego de señalar estas razones, SCHWARTZ concluye que: “[...] las restricciones en la disponibilidad de la ejecución específica de las obligaciones se basan normalmente en que las indemnizaciones suelen ser plenamente compensatorias de los daños sufridos. Por el contrario, la propia meta de la compensación implica que la ejecución específica sea a regla general. Esto es porque las indemnizaciones que dan las Cortes son realmente subcompensatorias en más casos

---

3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Artículo 1158°.- El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.

3. Dejar sin efecto la obligación.

(53) Esta es la solución que adoptan, por ejemplo, el artículo 1150° del Código Civil (que permite que la prestación en las obligaciones de hacer sea ejecutada por un tercero por cuenta del incumplidor) o el artículo 1158° (que permite en las obligaciones de no hacer, destruir lo ejecutado por cuenta del deudor).

de lo que normalmente se piensa (54), el hecho que el acreedor solicita la ejecución específica es una buena prueba de que la indemnización sería una solución inadecuada y las Cortes deberían delegar a los acreedores la decisión de qué remedio satisface de mejor manera el objetivo de la plena compensación. Incluso, expandir la disponibilidad para el acreedor de la ejecución específica no resultaría en una mayor explotación de los deudores. Los acreedores rara vez abusarían del poder de determinar cuándo debe ordenarse la ejecución específica pues existen fuertes indicativos para que los acreedores busquen el pago de daños cuando éstos sean sólo aproximadamente compensatorios (55).

La posición de SCHWARTZ puede reducirse a la constatación de que los acreedores suelen gozar de una información mucho más completa que las Cortes para considerar decidir cuándo el pago de daños puede o no ser plenamente compensatorio y cuál sería el costo de hacer cumplir una orden judicial de ejecución específica. Cuando existe el riesgo a la subcompensación el acreedor optará por la ejecución específica, a pesar que es consciente que esta implica costos superiores de ejecución.

SCHWARTZ no es, sin embargo, el único defensor de que la opción en la ejecución específica y la resolución y pago de daños se conceda al acreedor. Thomas ULEN sostiene una posición similar, aunque aporta algunas razones adicionales. Poniéndose también como meta el crear los incentivos que nos acerquen el óptimo parietano (56), ULEN cree que tal objetivo se alcanzará concediendo al acreedor la opción de ejecutar la obligación de manera específica. El fundamento básico de su posición es que “[...] los costos de transacción que enfrentan las partes que ya han celebrado un contrato son menores, incluso después del incumplimiento de una de ellas, que los costos que enfrentan las Cortes resolviendo un conflicto” (57).

ULEN no critica la solución de una indemnización dirigida a cubrir los daños a las expectativas por su coherencia teórica, que considera inatacable, sino por los grandes problemas de aplicación práctica que presenta. Como ya hemos visto, es sumamente difícil, establecer cuál

---

(54) Esto aquí en el Perú, parece bastante claro dados los montos diminutos que suelen conceder las Cortes como indemnización.

(55) SCHWARTZ, “The case...”, *loc. cit.*

(56) Como vimos antes esa situación será superior a otra en términos de PARETO si por lo menos alguien está mejor y nadie está peor.

(57) ULEN, “The efficiency...”, p. 344.

es la utilidad que la parte inocente ha perdido como consecuencia del incumplimiento. Los defensores de la regla del *common law* no tienen problemas en manejar las variables para concluir que sólo el pago de los daños a las expectativas nos conduce siempre a una situación superior en términos de PARETO. Pero para hacerlo, se está asumiendo que la Corte está en capacidad de establecer cuáles han sido tales daños. Como bien dice ULEN: “Estos modelos ignoran, sin embargo, la posibilidad de renegociar o volver a llegar a un acuerdo después de la celebración del contrato y luego del anuncio del vendedor de su intención de incumplir. Si los costos de renegociar no son muy altos, algunos de los remedios serán más eficientes que otros en inducir a las partes a celebrar un nuevo contrato antes que acudir a alguna alternativa menos eficiente, como un litigio, para distribuir las pérdidas del incumplimiento” (58).

Si se toma en cuenta este aspecto, es posible concluir que la ejecución específica incentiva al incumplimiento del contrato sólo si este incumplimiento es eficiente en términos de PARETO, convirtiéndose en un adecuado mecanismo de protección de las valorizaciones subjetivas que las partes hacen de los bienes y servicios involucrados. Así, si la ejecución específica fuese el remedio que rutinariamente estuviese a disposición del acreedor, el costo de ajustar los términos del contrato para que el bien o servicio termine asignado a su uso más valioso será menor que el que ofrece la resolución con pago de daños: “La razón central de esto es que bajo el remedio de ejecución específica el costo de determinar las valorizaciones de la prestación para las partes es asumido por dichas partes en una negociación voluntaria. Esto quiere decir que el costo de determinar los precios de reserva es asumida por aquellos más eficientemente ubicados para determinar estos montos. Finalmente, siendo que el costo de calcular cualquier valor subjetivo de la parte inocente a través de evidencia presentada a la Corte es demasiado alto y en consecuencia, siendo la posibilidad de subcompensar a la parte inocente a través del pago de daños bastante alta, la ejecución específica ofrece un riesgo mucho menor a ser subcompensatoria y está en mejor posibilidad de proteger la valorización subjetiva del acreedor que cualquier otro remedio judicial” (59).

Para ULEN, producido el incumplimiento, la pregunta más importante que la Corte debe hacerse es cuál es el nivel de costos de transacción existente entre el incumplidor y su acreedor. Si tales costos

---

(58) *Ibidem* p. 363.

(59) *Ibidem*, p. 366.

son bajos, la negociación privada entre ambos es posible y lo más lógico será que la Corte ordene la ejecución específica de la obligación para incentivar al incumplidor a negociar y por esta vía intentar “re-adquirir” el bien para asignarlo a un uso más valioso. Sólo se justifica la regla de la resolución y pago de daños cuando los costos son altos, en cuyo caso, la Corte debe efectuar una valorización de los daños. Pero, en general, no existe razón para pensar que los costos de transacción entre el incumplidor y su acreedor son altos. “Después de todo, ellos ya han establecido una relación antes del incumplimiento y las razones que contribuyen a que existan altos costos de transacción en otros contextos legales están completamente ausentes en este caso: las partes se han identificado mutuamente, han negociado términos que prevén varias contingencias incluyendo, probablemente, el incumplimiento; ellos han podido tener contactos después de la celebración del contrato y antes del cumplimiento de la prestación para aclarar detalles, informarse sobre los progresos existentes y otros temas similares” (60).

Así, no existen razones para pensar que el costo de que las partes arreglen por la vía contractual el problema del incumplimiento sea mayor que el que tendrían las Cortes para establecer el daño real que ha sufrido el acreedor. La Corte tendría que informarse de todos los términos relevantes del contrato, las condiciones de mercado del bien o servicio involucrado, la veracidad de la evidencia que cada una de las partes presenta sobre cuáles eran sus expectativas, la razonabilidad del riesgo asumido, etc. Esta es una tarea complicada y costosa para una Corte (61).

## 6. POSICIÓN PERSONAL

Es difícil pronunciarse sobre cuál de los dos sistemas (el del *common law* o el de nuestro Derecho Civil) contiene la mejor solución al problema del incumplimiento contractual. Los argumentos a favor y en contra de uno y otro son sugerentes y convincentes. Sin embargo, creo que existen más y mejores razones para preferir la regla del Derecho Civil, desde el punto de vista de la eficiencia (62).

---

(60) *Ibidem*, p. 369.

(61) *Ibidem*, *loc. cit.*

(62) Como dijimos en un inicio, el presente artículo se ha limitado al análisis del problema desde el punto de vista de la eficiencia, por lo que no hemos considerado otros valores, en particular, el problema de la justicia de una u otra solución. Sin perjuicio de esto, creemos que aquellos que efectúen el análisis de este tema a la

Los defensores de la regla del *common law* señalan que el principio de la resolución y pago de daños es el único que asegura que el contrato se cumpla cuando es eficiente hacerlo y se incumpla cuando no. Como hemos visto, desde un punto de vista teórico, y partiendo de las premisas que asumen sus defensores, los argumentos que usan son concluyentes. Pero partes de varios supuestos que no siempre se cumplen en la realidad.

Quizás el más problemático de estos supuestos es que las Cortes pueden calcular de manera adecuada qué daños son compensatorios. Cuando se les dice, sin embargo, que en muchos casos el cálculo es virtualmente imposible por versar sobre valorizaciones subjetivas, contestan que para ello el *common law* ha previsto adecuadas excepciones. Así, las prestaciones que tiene por objeto bienes o servicios únicos conceden al acreedor la facultad de ejecutar de manera específica la obligación porque se trata de un caso donde no existen referentes claros de mercado que nos diga qué bienes servicios son adecuados sustitutos de otros. El tema parece claro cuando nos referimos a un bien absolutamente fungible o a un bien absolutamente único. Pero la distinción es tremendamente confusa. Cabe, sin embargo, argumentar en contra de la posición del *common law*. Normalmente las propias partes en un contrato están en mejor aptitud para establecer y revelar cuáles son los daños que sufren. Pero no sólo tienen esta ventaja sobre las Cortes. También están en mejor capacidad de determinar cuándo un bien es realmente “único” para el acreedor, es decir, cuándo no tiene un adecuado sustituto. Como ya hemos dicho, nadie mejor que el propio acreedor para determinar cuándo la escoba de la marca “A” es para él un adecuado sustituto de la marca “B”. En tal sentido, los remedios legales al incumplimiento contractual deben conseguir orientarse a conseguir que las partes sean las que decidan finalmente si se cumple o no el contrato y en qué términos.

Un segundo punto omitido por los defensores de la regla del *common law* es que no existe razón para pensar que los costos de transacción entre las partes son altos, y que por tanto éstas no pueden, por la vía de la renegociación o de la transacción, llegar a la solución más eficiente, sea fijando otro precio o incluso fijando contractualmente

---

luz de los valores imperantes en nuestra sociedad llegarán probablemente a la misma conclusión a la que hemos llegado en el presente artículo: el sistema propuesto por el Derecho civil es mejor. Esto quizás esté orientado por el valor que concedemos al cumplimiento de la palabra empeñada y al principio de buena fe.

una indemnización que sea realmente compensatoria (a diferencia de la que fije una Corte y que no ofrecería las mismas garantías).

Según lo sostenido por CALABRESI y MELAMED (63) es preferible adoptar una regla de responsabilidad (entendida como pago de daños fijados por la Corte) cuando los costos de transacción entre las partes involucradas son altos. Por el contrario, es conveniente confiar en el camino contractual (64) cuando los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para que cualquier conflicto pueda ser resuelto por un acuerdo voluntario. Como bien ha señalado ULEN (65), no existen razones para pensar que, luego de anunciada la intención de incumplir por parte del deudor, los costos de transacción entre las partes son altos. Incluso, la afirmación de POSNER (66) de que los costos de transacción en relación al tercer ofertante son demasiado altos como para poder, luego de la ejecución forzada del contrato, negociar una nueva venta del bien (67) tampoco puede ser absolutamente cierta. Para identificar quién es el comprador original bastaría preguntárselo al deudor. La atmósfera que rodea la celebración, ejecución e incluso el incumplimiento de un contrato no parecería plantear costos de transacción insuperables. En consecuencia, no existirían razones para pensar que los costos que asume una Corte en determinar el carácter único de los bienes para las partes y/o la valorización de los daños respectivos son menores a los costos de transacción que enfrentarían las partes para solucionar el conflicto. Es, en consecuencia, más fácil hablar del pago de un “precio” por el incumplimiento, determinado entre las partes, que del pago de una indemnización fijada por las Cortes.

Quizás la forma más gráfica de visualizar esto es regresando a nuestro ejemplo del elefante. Habíamos dicho antes que el cazador había acordado venderle el elefante al zoológico por S/. 5,000. El costo para el cazador (68) había sido de S/. 4,000 y la valorización subjetiva

---

(63) CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED, “Reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la Catedral”. En: *Themis*, Revista de Derecho N.º 21, 1992, ps. 63/86.

(64) Que se identifica con lo que CALABRESI y MELAMED llaman reglas de propiedad.

(65) ULEN, “The efficiency...”, p. 344.

(66) POSNER, “*Economics...*”, ps. 88/90.

(67) Es decir que, una vez que el elefante de nuestro ejemplo fue entregado al zoológico, venga el dueño del circo y le ofrezca al zoológico más por el elefante que aquella cantidad en la que lo valoriza.

(68) Es decir, su precio de reserva.



del zoológico sobre el elefante se elevaba a S/. 6,000 (69). Luego de celebrado el contrato aparece el dueño del circo, que valoriza el elefante en S/. 8,000 y ofrece S/. 7,000 por el animal. Nuestro objetivo es que el elefante termine en manos del circo, que es la asignación del recurso a su uso alternativo más valioso.

Los defensores de la regla del *common law* sostienen que si se obliga al cazador a pagar los daños que causa su incumplimiento al zoológico (es decir, S/. 1,000) el zoológico estará igual, pero tanto el cazador como el circo estarán mejor. El problema es que para que los daños sean efectivamente compensatorios la Corte tiene que saber que efectivamente el elefante vale S/. 6,000 para el zoológico. Pero ello es sumamente subjetivo. Claro que si existiese un mercado desarrollado de elefantes la Corte tendría un referente del valor real más objetivo. Pero ¿cómo saber que el elefante comprado no es precisamente “único” para el zoológico por sus especiales características? Quizá los otros elefantes existentes en el mercado no son buenos sustitutos para sus intereses. Por ejemplo, el elefante que se quiere adquirir es extraordinariamente parecido al famoso elefante “Jumbo” que acaba de fallecer en el circo. Si la Corte se equivoca en esta valoración, y existen grandes posibilidades de que lo haga, puede llevarnos a un resultado no deseable en términos paretianos. Desde este punto de vista, las partes involucradas gozan de una información más completa en esa área de aquella con la que puede contar una Corte.

Imaginemos ahora que se concede al zoológico la posibilidad de solicitar la ejecución forzada de la obligación (es decir, la entrega del elefante). En ese supuesto el cazador sólo tiene una alternativa para poder venderle el mismo elefante al circo: hacerle una oferta al zoológico para que éste acepte la resolución del contrato, que ha dejado de ser potestad del deudor para convertirse en potestad del acreedor. Esta oferta no es otra cosa que una propuesta de indemnización, sólo que no es fijada por la Corte, sino ofrecida por una de las partes. El monto propuesto tendrá que ser superior a los daños reales que el incumplimiento generaría al acreedor (es decir superior a S/. 1,000) para que este lo acepte, y tendría que ser inferior al beneficio adicional que recibiría el deudor por resolver el contrato celebrar uno nuevo con el circo (es decir, menor a los S/. 2,000 de diferencia entre el precio “ofrecido por el circo y el pactado en el contrato con el zoológico”). Por el mecanismo de la aceptación o rechazo que el dueño del zoológico haga

---

(69) Es decir, el precio de reserva del zoológico.

de la oferta de indemnización que le formule el cazador, éste irá revelando su verdadera valorización del elefante. Así, si rechaza una oferta de S/. 500, le está diciendo al cazador que valoriza el elefante en más de S/ 5,500 (es decir, el precio que iba a pagar más la indemnización ofrecida). Por el contrario, si acepta una oferta de S/. 1,500 le está diciendo al cazador que valoriza el elefante en menos de S/. 6,500. Como el cazador jamás ofrecerá más de la diferencia entre la oferta del circo y el precio pactado en el contrato original, nos estamos asegurando la asignación del elefante a su uso más eficiente por la vía de renegociación contractual, o de la transacción.

Sin perjuicio de lo dicho, y en el supuesto que existiesen costos de transacción demasiado elevados entre el cazador y el zoológico que no hagan viable la solución contractual (70) todavía existe la posibilidad de que el dueño del circo averigüe quién adquirió el elefante y haga una oferta para comprárselo. Tal oferta tendrá éxito sólo si la valorización que hace el circo del elefante supera la valorización que hace el zoológico.

Cambemos los supuestos del caso para ver cómo funciona la ejecución específica de la obligación en otras circunstancias. Sigamos asumiendo que el cazador vendió el elefante al zoológico por S/. 5,000. También mantengamos el hecho que al cazador le costó S/. 4,000 traer el elefante al Perú. Pero como ya hicimos antes, cambiemos las valorizaciones para que ahora, el uso más valioso del elefante sea ponerlo en el circo. Para ello pensemos que el zoológico valoriza el elefante en S/. 10,000, mientras el circo lo sigue valorizando en S/. 8,000 y ha formulado una oferta de S/. 7,000. Así, el hecho que el precio ofrecido por el circo sea superior al pactado entre el cazador y el zoológico no quiere decir que el circo valore más el elefante que el zoológico. Sólo quiere decir que el zoológico efectuó una negociación ventajosa de su contrato que le aseguró apropiarse de buena porción del excedente económico de la transacción.

Dados estos supuestos, la primera reacción del cazador, si es que el zoológico puede exigir la ejecución forzada de la obligación, es ofrecer una indemnización para que su acreedor le permita resolver el contrato. Pero el zoológico jamás recibirá menos de S/. 5,000 (es de-

---

(70) Tal podría ser el caso si el incumplimiento genera tensiones o molestias entre las partes que hacen imposible la renegociación del contrato. Así, el dueño del zoológico puede no querer hablar con el cazador porque lo considera un sinvergüenza.

cir, menos de la diferencia entre su valorización y el precio pactado) como indemnización. Por su parte, el cazador jamás ofrecerá más de S/. 2,000 que es el beneficio adicional que le podría producir la venta del elefante al circo. En consecuencia, jamás podrá plantear una oferta para resolver el contrato que satisfaga las expectativas del acreedor, salvo que se comporte irracionalmente. El circo, cuya valorización es de sólo S/. 8,000, tampoco podrá ofrecer un precio que sea atractivo al zoológico dada la valorización que este último ha hecho del elefante. En conclusión, el elefante quedará asignado a su uso más valioso. Si el deudor hubiese podido optar por resolver y pagar daños, y las Cortes no calcularán los daños de manera confiable, no hubiésemos llegado necesariamente a la solución más eficiente. El cazador hubiese optado por pagar daños, porque, por ejemplo, sabe que las Cortes sólo conceden un 20% de los daños reales sufridos por la parte inocente. Como consecuencia, el contrato se hubiese resuelto y el acreedor (y la sociedad en su conjunto) estarían peor (71).

El tema es que existen sólidos fundamentos para pensar que eliminar la intervención de las Cortes sobre el pago de daños reduce la incertidumbre en el sistema. Siendo que la información con la que éstas cuentan para calcular daños es insuficiente, las partes no tendrían certeza respecto al nivel de acierto o error con el que actuarán los tribunales. Esta incertidumbre es un costo de transacción importante. Si el cazador piensa que la indemnización será subcompensatoria y el zoológico piensa que será sobrecompensatoria, no hay muchas posibilidades que se pongan de acuerdo. Así no habrá contrato ni renegociación que resuelva el problema. Por el contrario, la solución de ejecución específica es fácilmente predecible si esa es la regla imperante. El cazador podrá saber cuánto le cuesta cumplir (72) y el zoológico sabe cuál es el beneficio que el incumplimiento le produce (73). Esta información no es fácilmente adquirible por la Corte. Dada la certeza de la solución legal (constatada la existencia del contrato y su incumplimiento, se ordenará la ejecución forzada de la obligación) no hay

---

(71) Siempre queda abierta la posibilidad que el zoológico haga una oferta al cazador para que no resuelva el contrato, renegociando un nuevo precio, o en su defecto, le compre luego el elefante al circo. Esto sería una consecuencia directa de la primera formulación del Teorema de COASE, que propone que si no existen costos de transacción, es indiferente la solución legal que se adopte, pues por medio de transacciones voluntarias, las partes llegarán siempre a la solución más eficiente.

(72) Es decir, cuál es la pérdida de beneficios al no poder celebrar el contrato con el circo.

(73) Es decir, la diferencia entre su valorización y el precio que paga.

incertidumbre y la solución vía renegociación aparece como la más viable. En otras palabras, el remedio de ejecución específica favorece una más clara definición de los derechos que a su vez favorece un mejor funcionamiento de los mecanismos del mercado.

Así, la solución de la ejecución específica reduce la incertidumbre tanto respecto a la calidad de “único” que tiene un bien como sobre el monto de los daños causados. Al hacerlo, facilita la renegociación posterior al incumplimiento por esta vía, abre las puertas a la solución más eficiente. Así, parece previsible pensar que, si no existiese regla legal aplicable, las partes probablemente pactarían la ejecución forzada de la obligación en la mayoría de los casos. Es decir, que se inclinarían por la regla del Derecho Civil.

## 7. EL PROBLEMA DE LOS COSTOS DE EJECUCIÓN

Sin perjuicio de las ventajas señaladas, existe aún un problema donde parece que el sistema del *common law* tiene aún una ventaja sobre el sistema del Derecho civil. Esta ventaja es que el costo de hacer cumplir una orden judicial de ejecución específica parece mayor que el costo de hacer cumplir una orden de reparación monetaria. El problema es especialmente claro en los casos de contratos de servicios donde monitorear el adecuado cumplimiento puede ser sumamente oneroso para las Cortes y existen razones que harían al acreedor preferir resolver el contrato y solucionar el pago de daños.

De alguna manera esto se refleja en las excepciones contempladas el Código Civil a la ejecución específica de la obligación y que niegan su uso cuando sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Al igual como el *common law* crea la excepción a la reparación monetaria en el caso de bienes únicos por los problemas prácticos de cálculo de los daños por las Cortes, el sistema civil crea una excepción a la ejecución específica cuando los costos de ejecución parecen elevados. Circunstancias en las que es necesario emplear la violencia contra la persona del deudor tiene un costo social apreciable, no sólo por el sacrificio de valores sociales y/o morales que plantean el respeto a la integridad física y la libertad, sino porque en estos casos es poco probable que se pueda lograr una ejecución que satisfaga el interés del acreedor en la prestación. Basta sólo visualizar el ejemplo de la fuerza pública forzando al deudor a pintar un retrato.

Creo, sin embargo, que tales ventajas son más aparentes que reales. En primer lugar, según nuestra posición, la opción por el sistema del Derecho Civil se justifica porque éste busca que todo conflicto se arregle a través de un acuerdo entre las partes. Para ello, se crean in-

centivos dirigidos a reducir el número de veces en que sea necesario acudir a las Cortes. Como hemos dicho, la regla de la ejecución específica plantea una certeza muy superior en cuanto a sus resultados a aquella que plantea el cálculo de daños. Ello porque a la Corte, para ordenar la ejecución, le basta constatar dos cosas: la existencia de una obligación y su incumplimiento. En cambio en el caso del cálculo de daños, las posibilidades de error (es decir, las posibilidades que se dé una indemnización subcompensatoria o sobrecompensatoria) es mayor. La Corte no sólo debe constatar la existencia de la obligación y su incumplimiento, sino la magnitud de los daños sufridos por el acreedor. Ello, como hemos visto, es algo sumamente complejo, dado el nivel de información con que cuentan las Cortes.

Si las partes pueden predecir con certeza cómo fallaran las Cortes en ciertos casos, prácticamente no habría juicios. Si "A" sabe que tiene 50% de éxito y "B" el otro 50%, es probable que no haya juicio y que trancen repartiéndose la materia controvertida en partes iguales. Por el contrario, si la información para las partes es imperfecta y ambas partes exageran sus posibilidades de éxito (es decir, que cada uno cree que tiene 80% de posibilidades de ganar (74) es probable que haya un juicio pues difícilmente podrán ponerse de acuerdo en cómo "repartir" la materia controvertida (75).

Cuando optamos por la regla de ejecución específica facilitamos la previsibilidad de las posibilidades de éxito en un proceso judicial. El acreedor y el deudor saben que, probada la existencia de la obligación y su incumplimiento, el acreedor tiene un 100% de posibilidades de ganar el juicio (76). Este análisis no es tan claro en el caso del

---

(74) No es difícil imaginar esto, sobre todo cuando los abogados tendemos, muchas veces, a exagerar las posibilidades de éxito judicial de nuestros clientes porque de eso vivimos. Esto se agudiza por el hecho que las Cortes en un país como en el Perú se comportan irracionalmente en cuanto es difícil predecir cómo van a resolver. En este punto, debemos reconocer que el sistema del *common law*, al tener precedentes judiciales de observancia obligatoria, facilita la reducción de los costos de predictibilidad de las decisiones de las Cortes.

(75) Sobre este tema se puede revisar ULEN y COOTER. *Law and Economics*, ps. 485/487 (en cuanto la sobrevaloración de expectativas como consecuencia de la falta de claridad en la definición de los derechos que genera un mayor número de juicios).

(76) A veces otros factores influyen en la existencia de juicios. Si la demora de las Cortes en resolver es sustantiva y no existen mecanismos que compensen de manera efectiva la parte que tiene la razón (como el pago de intereses, daños o la indexación de la obligación) existe un incentivo para litigar y aprovechar el rendimiento de los recursos durante el tiempo que dure el juicio. Ello, obviamente, es

cálculo de daños, donde existe incertidumbre de cómo resolverá la Corte por la falta de información con la que ésta puede contar y porque se trata de una decisión más compleja. Esto incrementará el número de juicios.

De lo anterior se desprende que la ejecución específica, si bien puede ser más onerosa en un caso concreto para que la orden judicial sea cumplida, implica finalmente un ahorro porque generará menos juicios y con ello, menos costos de ejecución desde el punto de vista social.

Un segundo argumento en favor de la regla del *common law* en cuanto al costo de la ejecución, es que la decisión de qué mecanismo de ejecución se va a utilizar es puesto en las manos del acreedor que se encuentra en mejor posición para decidir. Existen incentivos para que, tomando en cuenta los costos concretos de la ejecución específica, el acreedor prefiera pedir una indemnización. Para ver qué le conviene, el acreedor debe comparar el riesgo de ser subcompensado por un error de cálculo de las Cortes con el costo de la ejecución específica de la obligación. Entonces, decidirá qué es lo que le conviene. Lo que sí es claro es que el acreedor, por la situación que ocupa y la información con la que cuenta, está en mejor actitud que las Cortes para decidir la conveniencia de una u otra medida. En primer lugar, él sabe cuánto valoriza el bien y cuáles son adecuados sustitutos al mismo. En segundo lugar, él conoce al deudor y cuál es el ánimo con el que probablemente reaccionaría ante una orden de ejecución específica. Así, puede evaluar los costos de ejecución de mejor manera y compararlos con el riesgo de una indemnización subcompensatoria.

En conclusión, creemos que, sin dejar de reconocer que en el caso concreto puede ser cierto que el pago de daños implica menores costos de ejecución, cuando se analiza la situación en su conjunto, darle la opción al acreedor parece la mejor manera de minimizar los costos sociales.

---

una de las principales razones por las que existen litigios en el Perú. Sin embargo, para simplificar el ejemplo, vamos a asumir que efectivamente existen mecanismos para compensar la demora judicial, de manera que el incumplidor no se beneficie.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1RA QUINCENA DE OCTUBRE DE 2010  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA



















