

Las (tres) aproximaciones al incumplimiento contractual

Esbozo desde una perspectiva comparada

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.196>

Resumen

En los sistemas jurídicos del *civil law*, sobre todo tributarios del modelo alemán, existe una cantidad significativa de investigaciones focalizadas en la estructura de la relación obligatoria (“Schuldverhältnis”); a pesar de ello, en esta materia abundan las confusiones y, lo que es peor, los operadores jurídicos tienden a perder de vista la importancia de aquello que es debatido. Debido a esta circunstancia, en la investigación se sistematizarán las tres nociones de “incumplimiento” formuladas en la tradición jurídica occidental y se examinará cómo la elección de una de ellas impacta, entre otras cuestiones, en la asignación o reconocimiento de los remedios jurídicos. Con base en estas consideraciones, se utilizarán prioritariamente las herramientas teóricas desarrolladas por la escuela funcionalista de la comparación jurídica y se evaluarán los posibles fenómenos de convergencia que pudiesen haberse gestado recientemente en los sistemas de la tradición jurídica occidental.

Palabras clave

Derecho comparado, derecho de obligaciones, incumplimiento, remedios jurídicos, tradición jurídica occidental.

* Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil y *Law & Economics* en la PUCP, Universidad del Pacífico y Universidad de Lima. Asociado senior de Hernández & Cía. Miembro de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, el Centro di studi sull’America Latina de la Università degli Studi di Bologna y la American Society of Comparative Law. Árbitro inscrito en la nómina del Centro de Arbitraje de la PUCP.

Abstract

In the civil law systems, especially in those systems that are tributaries of the German model, there is a significant amount of research that focuses on the structure of the obligational relationship (“Schuldverhältnis”); despite this, confusions abound in this topic and, even worse, legal operators tend to lose sight of the importance of what has been discussed. Due to this circumstance, in this research we will systematize the three notions of “non-performance” formulated in the Western legal tradition and we will examine how the choice of one of them impacts, among other issues, on the allocation or recognition of legal remedies. Based on these considerations, I will mainly use the theoretical tools developed by the functionalist school of legal comparison and I will evaluate the possible convergence phenomena that could have been developed recently in the systems of the Western legal tradition.

KEYWORDS

Comparative law, law of obligations, legal remedies, non-performance, Western law tradition.

Premisa

En abril del 2017 tuve el placer de participar como expositor de una de las sesiones del curso de Responsabilidad Civil de la Maestría en Derecho Privado de la Universidad de los Andes, de Bogotá. La sesión virtual tuvo por título “Un análisis comparativo sobre el régimen de responsabilidad por incumplimiento en el *common law* y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos”. El tema elegido —como no escapará al lector— exigía brindar al auditorio una visión panorámica acerca de la noción de *incumplimiento*, y a partir de ella esbozar las líneas maestras seguidas en los sistemas adscritos tanto al *civil law* como al *common law* (el modelo seleccionado dentro de esta familia fue el sistema angloamericano). Ante la extensión del asunto, me incliné por dividir en dos la exposición (sea desde lo conceptual, sea desde lo estructural). Por un lado, reseñé las diversas concepciones de incumplimiento formuladas, vale decir, evoqué las tres opciones que pueden identificarse en los sistemas jurídicos respecto de a partir de qué instante se juzga que el “no-cumplimiento” del contrato por parte del deudor (descrito en su materialidad o, si se prefiere, en términos fácticos) se reputa —en términos jurídicos— como un incumplimiento; y, por otro lado, cotejé las opciones aludidas con las perspectivas en torno al incumplimiento presentes en la tradición jurídica occidental¹ y, desde luego, con las tendencias “codificadoras”² de las últimas décadas.

Hace algunos meses recibí la gentil invitación de publicar, en el nuevo número del *Anuario de Derecho Privado* de la Universidad de los Andes, los “apuntes” que redacté como guía para la sesión evocada. Así, las siguientes páginas constituyen, con las necesarias modificaciones en el lenguaje empleado y la inclusión de las respectivas precisiones bibliográficas, la primera mitad de la sesión.

1 Para una visión general y breve sobre la tradición jurídica occidental, véase William W. Bassett, “Exploring the origins of Western Law Tradition”. *Columbia Law Review* 85, n.º 7 (1985): 1573-1584.

2 Empleo el término en sentido amplio, toda vez que incluyo productos que, aunque tienen una tendencia a la sistematización, no resultan —en sentido estricto— codificaciones. Pienso, por ejemplo, en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el Marco Común de Referencia, etc.

Sobre el punto aconsejo la consulta de los trabajos de Frank Gahan, “The Codification of Law”. *Transactions of the Grotious Society* 8 (1922): 107-116; James Gordley, “European codes and American restatements: some difficulties”. *Columbia Law Review* 81, n.º 1 (1981): 140-157; y Leysser León Hilario, “La codificación civil en el Perú: Algunas consideraciones críticas”. *Derecho PUCP*, n.º 57 (2004): 245-262.

Introducción

Si bien puede afirmarse que históricamente en el *civil law* se estudió y debatió mucho sobre la estructura de la relación obligatoria³, debe reconocerse que es una cuestión en que todavía hoy abundan las confusiones y, lo que es incluso peor, no se llega a percibir la trascendencia de lo debatido. Los académicos debemos reconocer que ambos problemas se han presentado por la falta de interés que le hemos dispensado al perfil de nuestros interlocutores⁴. Ante ello, en las últimas tres décadas, un sector cada vez mayor de “operadores jurídicos”⁵ tuvo gran éxito al endilgarle el rótulo de tema “árido” y carente de toda consecuencia práctica “real” tanto, en general, al derecho de las relaciones obligatorias, como, en particular, a la estructura (simple o compleja) de la relación obligatoria. Desgraciadamente, el cuestionamiento hacia esta área del derecho privado no se circunscribió a los “jóvenes” estudiantes, sino que se extendió y asentó en los “experimentados” prácticos, lo cual ha ocasionado que paulatinamente el número de expertos vaya en franco declive.

En ese mismo arco temporal, en los sistemas adscritos al *civil law* se experimentó la irrupción de las perspectivas angloamericanas, y en particular estadounidenses, las cuales tienden —por vocación— a la “simplificación” y enfatizan la “función” que desempeñan las instituciones bajo estudio por sobre su naturaleza; así como las “consecuencias” por encima de los requisitos y la descripción de los productos jurídicos⁶. Adviértase, sin embargo, que no efectuó una crítica a la

3 Ciertamente con esta afirmación no se sugiere que en la actualidad exista un sinnúmero de “expertos” ni mucho menos se insinúa que la producción en este campo resulta significativa. Tal como sugirió Pier Giuseppe Monateri, “Reformulando la noción de *contrato*: hacia una visión antagónica del contrato”, traducción de Leysser L. León. *Themis*, n.º 49 (2004): 38, el número de “hablantes” de la teoría general de las obligaciones es tan reducido que puede considerársela una “lengua muerta”. Tan es cierto ello, que dos de los trabajos más importantes y recientes sobre la materia son de la década final del siglo pasado: me refiero a Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman foundations of the Civilian tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), *passim*; y Umberto Breccia, *Le obbligazioni* (Milán: Giuffrè, 1991), *passim*.

4 La trascendencia de conocer las características del auditorio o, si se prefiere, de nuestros “clientes” ha sido esbozada por Jürgen Basedow, “Comparative Law and its clients”. *The American Journal of Comparative Law* 62, n.º 4 (2014): 821-858.

5 Cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez, “Los operadores jurídicos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 72 (1986-1987): 448, donde señala que el término “operador jurídico” alude a “todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos”.

6 He utilizado el término “producto jurídico” en otras oportunidades, y lo haré también a continuación, para subsumir a las reglas legales, figuras doctrinales y fórmulas jurisprudenciales. Sobre el

importancia de las perspectivas funcionales⁷ ni mucho menos menosprecio la utilidad anexa a un cambio de paradigma, el cual permitió arrojar luz sobre ciertos aspectos que no habían sido siquiera identificados con los enfoques tradicionales.

En síntesis, el propósito de estas palabras introductorias se centra en describir el contexto en que nos movemos y vislumbrar cómo todas las circunstancias anotadas modelaron⁸ —para bien o para mal— el devenir al que haremos frente en las próximas décadas.

Aproximaciones al incumplimiento contractual

Con el propósito de evitar complicar la exposición más allá de lo necesario⁹, partí de un dato objetivo, el cual puede obtenerse de un análisis exhaustivo de los sistemas jurídicos de nuestra tradición jurídica. Los sistemas jurídicos tienen tres diferentes reacciones (normativas) en torno al incumplimiento contractual:

- (a) Autorizan el empleo de remedios¹⁰ o tutelas jurídicas sustanciales¹¹ ante la verificación *tout court* de la inejecución (material) de lo comprometido;

punto, véase Renzo E. Saavedra Velazco, *Análisis económico y comparado del Derecho privado: una introducción* (Lima: Fogueras, 2016): 61-72.

7 Felix S. Cohen, “The problems of a functional jurisprudence”. *The Modern Law Review* 1, n.º 1 (1937): 5-26; y Martin P. Golding, “Realism and functionalism in the legal thought of Felix S. Cohen”. *Cornell Law Review* 66, n.º 5 (1981): 1032-1057.

8 Tal como en su momento sucedió cuando el *civil law* influyó sobre el *common law*, lo cual se echa de ver en Roscoe Pound, “The influence of the Civil Law in America”. *Louisiana Law Review* 1, n.º 1 (1938): 1-16; Stefan Riesenfeld, “The influence of German legal theory on American law: The heritage of Savigny and his disciples”. *The American Journal of Comparative Law* 37, n.º 1 (1989): 1-7; y Michael H. Hoeflich, “Savigny and his Anglo-American disciples”. *The American Journal of Comparative Law* 37, n.º 1 (1989): 17-37.

9 Florian Faust, “Non-performance”, en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* editado por Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann y Andreas Stier, volumen II (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1207-1211.

10 Para una aproximación general a la noción de *remedio* y su relación con el derecho sustancial, véase Renzo E. Saavedra Velazco, “¿Donde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo ‘ubi remedium, ibi ius’”. *Forseti*, n.º 2 (2014): 110-131, disponible en http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/12_SAAVEDRA.pdf

11 Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*. Tercera edición revisada y aumentada (Milán: Giuffrè, 2001), 4.

- (b) Sujetan el reconocimiento de remedios o tutelas jurídicas a la constatación previa (y no necesariamente jurisdiccional) de la infracción de un deber¹² jurídico¹³; o
- (c) Eluden la tarea de enunciar una regla general sobre el incumplimiento (incluso evitan el esfuerzo de definirlo), por lo que en su lugar identifican tipos concretos de desviaciones e irregularidades, asignando a cada una de ellas un remedio¹⁴.

En los sistemas jurídicos que exhiben el primer tipo de reacción, el *lawmaker*¹⁵ coloca el acento en el resultado comprometido (bien debido)¹⁶ o, si se prefiere, en la ausencia de tal resultado. No cabe duda de que en estos sistemas se prepondera la satisfacción del interés creditorio, por lo que cualquier desviación de aquello que se esperaba alcanzar (el contenido de la promesa)¹⁷ importará un incumplimiento y autorizará al acreedor a solicitar los remedios (reactivos) que sean aplicables (sean estos “satisfactivos” o “sustitutivos”)¹⁸.

12 La noción de *deber jurídico* ha sido estudiada por Freddy Escobar Rozas, “Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico”. *Derecho PUCP*, n.º 52 (1999): 285-308.

13 Ennio Russo, “Adempimento del dovere e adempimento dell’obbligazione (artt. 1176 e 1218 c.c.)”. *Rivista di Diritto Civile XLVI*, n.º 6 (2000): 737-746.

14 Al respecto, véase E. Allan Farnsworth, “Legal remedies for breach of contract”. *Columbia Law Review* 70, n.º 7 (1970): 1145-1216.

15 He optado por utilizar el término inglés “lawmaker” porque incluye a una diversidad de operadores jurídicos con poder normativo y no sólo al legislador. El eje, entonces, es colocado en la formulación de productos con contenido jurídicamente vinculante: la ley, la sentencia, el laudo, la resolución administrativa, el contrato, la costumbre, etc.

La diferenciación de estos mecanismos de producción jurídica y la explicación económica de cada uno de ellos se puede estudiarse en Francesco Parisi. *The economics of lawmaking* (Nueva York: Oxford University Press, 2009), *passim*.

16 La enunciación evoca, como no puede ser de otra manera, a la teoría del “bene dovuto” como objeto de la relación obligatoria. Al respecto, Rosario Nicolò, “L’adempimento dell’obbligo altrui”, en *Raccolta di Scritti*, volumen II, 967-1282 (Milán: Giuffrè, 1980), 1021-1055; y Adolfo Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*. (Bologna: Zanichelli Editore - Società Editrice del Foro Italiano, 1988), 47.

17 El planteamiento ha sido expuesto en el *common law* por Charles Fried, *Contract as promise: A theory of contractual obligation* (Cambridge: Harvard University Press, 2009).

18 Soy de la opinión de que existen fundamentalmente dos grandes categorías de remedios: (1) remedios reactivos y (2) remedios preventivos. Así, los remedios reactivos son aquellos que actúan frente a la lesión efectiva o la frustración de un interés o titularidad, razón por la cual no permiten evitar su verificación, salvo por el mensaje de disuasión que lanzan a futuros comportamientos lesivos (por ejemplo, el resarcimiento o la resolución por incumplimiento, la ejecución forzada, etc.); en cambio, los remedios preventivos actúan antes de la lesión efectiva o la frustración de un interés o titularidad puesto que bastaría la mera amenaza de lesión para activar el uso de dichos remedios (por ejemplo, la acción pauliana o fraude a los acreedores, parte de las acciones de amparo, etc.).

Dentro de la primera categoría se encontrarían, a su vez, los remedios satisfactivos y los remedios sustitutivos. Los primeros restablecerían el *statu quo* permitiendo que el afectado recupere aquello

En buena cuenta, el incumplimiento tendrá contornos muy generosos, por lo que la prueba de su verificación será muy flexible. La razón: cualquier frustración del interés creditorio podrá ser calificada como incumplimiento, sin que resulten relevantes la naturaleza del defecto materializado (inexactitud, parcialidad o demora) ni la circunstancia que motivó la desviación del resultado comprometido (vale decir, la identificación de la causa que ocasionó la frustración del interés creditorio no tendrá un impacto en la calificación del apartamiento de lo comprometido como un auténtico incumplimiento). La definición, entonces, del incumplimiento se sintetizaría en la ausencia, parcial o total, del resultado que le fue prometido al acreedor y que, por lo tanto, se encuentra legitimado a exigir jurídicamente; sin que interese¹⁹: (1) si el deudor se encuentra —o no— inclinado a ejecutar las conductas que tiendan a ese resultado, (2) si se encuentra —o no— en aptitud de alcanzar el resultado comprometido o, inclusive, (3) si el deudor actúa correcta o incorrectamente con vistas a satisfacer el interés creditorio.

Si fuese necesario simplificar la reacción de estos sistemas jurídicos con el objeto de resaltar las consecuencias de su aproximación al fenómeno estudiado, podría afirmarse que (1) tienden a percibir como sinónimos a la “inejecución fáctica” del contrato y el “incumplimiento”; (2) los esfuerzos desplegados por el deudor no resultan relevantes para juzgar si se encuentra —o no— en situación de incumplimiento; (3) se presta significativa atención a los riesgos asignados por las partes; y (4) si el acreedor lograra acreditar la “inejecución fáctica” del contrato, entonces, automáticamente, se asignará responsabilidad en el deudor (responsabilidad objetiva).

Por su parte, en los sistemas jurídicos que exteriorizan la segunda reacción, el *lawmaker* centra su atención en la conducta exigida al deudor o, si se prefiere, en el perfil del deber jurídico que emana de la ley o la voluntad. En consecuencia,

que fue lesionado y/u otorgándole aquello que le fue prometido (por ejemplo, el resarcimiento *in natura* o la ejecución forzada). Por su parte, los remedios sustitutivos tienen por propósito el reemplazo de la titularidad afectada por una nueva u otorgando un sustituto a aquello que fue prometido (por ejemplo, el resarcimiento por equivalente).

En términos generales, cuando hablamos de *remedios*, sobre todo en el *civil law*, se tiende a pensar sólo en aquellos que son reactivos y sustitutivos, por lo que dejamos de prestar atención a un segmento de casos por demás significativo.

19 Queen’s Bench Division: *Nicolene Ltd. v. Simmonds* [1952] 2 Lloyd’s Rep. 419. Lord Singleton afirmó que “No es importante si la ausencia de cumplimiento del contrato por parte del vendedor se sustenta en que a él le resulta indiferente o si fue intencionalmente negligente o si sólo fue desafortunado. No resulta importante la razón que lo motiva. Lo que sí resulta importante es el hecho del cumplimiento. ¿Cumplió o no?” (425).

el deudor incurrirá en incumplimiento cuando no actúa conforme al deber impuesto sobre él, por lo que resultaría claro que el eje de análisis se desplazaría de alcanzar el “resultado debido”, el cual es propio de la primera reacción, a la evaluación de la conducta del deudor durante la ejecución de sus compromisos.

Dado que entre nosotros todavía se mantiene vigente la clásica (y escolástica) diferencia entre “obligaciones de medios” y “obligaciones de resultado”²⁰, considero aconsejable efectuar una precisión ulterior.

El lector no debe inferir que la primera aproximación se limitará a las relaciones obligatorias en que el deudor garantiza la consecución de un resultado a quien ocupa la posición de acreedor —a manera de ejemplo, cuando la relación obligatoria tiene por propósito transferir o constituir cierta titularidad²¹ o entregar la posesión de un bien (“obligations de résultat”)—, mientras que la segunda aproximación se limitaría a la actuación idónea del comportamiento prometido por el deudor —a manera de ejemplo, las conductas conforme a la *lex artis* de un contratista o, si se prefiere, del médico (“obligations de moyens”)— con prescindencia de si se provee al acreedor un resultado final o mediato²². En realidad, lo que sucede en el marco de la presente posición es que debe centrarse la atención: “[...] en la mayor o menor correspondencia del término final de la obligación (resultado debido) al término inicial, esto es, al interés que subyace en el origen de la obligación [...]”²³. Así, cobraría mayor relieve la correcta identificación de aquello

20 Sobre el punto debe consultarse la cadena de publicaciones realizadas por Luigi Mengoni, “Obligazioni di ‘risultato’ e obbligazioni di ‘mezzi’ (Studio critico)”. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 52, n.º 5-6, 7-8 y 9-10 (1954): 185-209, 280-320, y 366-396.

21 El término se difundió muchísimo en las últimas décadas como consecuencia del trabajo de Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property rules, liability rules, and inalienability: A view of the Cathedral”. *Harvard Law Review* 85, n.º 6 (1972), 1089-1128. Sin embargo, los autores no otorgaron nunca una definición del término.

La acepción más conocida es aquella con la cual se describe cualquier prerrogativa jurídica que ostenta un sujeto para la protección o satisfacción de un interés propio o ajeno, por lo que se identificaría con lo que en los sistemas del *civil law* se conoce como *situación jurídica subjetiva*. La segunda acepción subraya no la prerrogativa en sí misma, sino la relación que liga a la situación en particular con quien resulta ser su titular, es decir, aquí se aludiría a la relación de pertenencia. De aquí en adelante emplearé el término “titularidad” en la segunda acepción, noción que no es examinada en el ensayo aludido.

22 Tal como recuerda Gastón Fernández Cruz, “El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias”. *Advocatus*, n.º 3 (2005): 143-161; y, además, Id. “La obligación”, en *De las obligaciones en general: Coloquio de los privatistas de Roma y América - Cuarta reunión de trabajo* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), 19-36, sería la posición formulada por Lodovico Barassi y sobre todo por Luigi Mengoni (en la obra citada en la nota al pie 14).

23 Luigi Mengoni, “Obligazioni di ‘risultato’ e obbligazioni di ‘mezzi’ (Studio critico)”. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 52, n.º 5-6 (1954): 188.

que es el objeto de la relación obligatoria²⁴. En otras palabras, siempre existirá un resultado a ser provisto al acreedor, nada más que en cierto tipo de obligaciones la correspondencia entre el comportamiento del deudor y el resultado final esperado (lo que llevó al acreedor a entablar la relación con su deudor) será mayor (“obligations de résultat”), mientras que en otro tipo de relaciones obligatorias el deber de conducta a cargo del deudor sólo ofrecería al acreedor un resultado próximo que no resultaría equivalente a aquello que lo motivó a generar la relación obligatoria (“obligations de moyens”).

De conformidad con lo expuesto, resulta perfectamente posible que la primera aproximación descrita se extienda tanto a las obligaciones de resultado como a las obligaciones de medios, solo se requeriría una correcta identificación del comportamiento del deudor como vehículo por el cual se asigna o transfiere un beneficio o utilidad a favor del acreedor. En ambos casos se frustrará el interés creditorio cuando el acreedor no obtenga aquello a lo que tiene derecho, la conducta —en síntesis— sería el resultado comprometido y dependerá de los involucrados si se le coloca como el beneficio próximo o último (encontrándose por tanto *in obligatione*).

También resulta admisible que, bajo la segunda aproximación, la cual ata el otorgamiento de un remedio o tutela al incumplimiento de un deber se extienda a las obligaciones de resultado y no sólo, como parecía a primera vista, a las obligaciones de medios. Si el incumplimiento de un deber se manifiesta cuando el deudor no actúa conforme a éste, entonces no cabe duda de que podrá calificarse como conducta comprometida a la provisión de un resultado al acreedor y, por lo tanto, como un incumplimiento si no se alcanza el resultado que se prometió alcanzar.

En tal orden de ideas, y para evitar un resultado del todo equivalente a la primera perspectiva, los sistemas jurídicos introducen como variable relevante y límite de esta segunda perspectiva a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. A tal efecto, en términos muy sencillos, podría calificarse a la imposibilidad sobrevenida²⁵ como el obstáculo que ocurre con posterioridad a la génesis de la relación obligatoria y que impide la ejecución de la conducta conforme a lo que resulta su objeto, provocando con ello que no se alcance el resultado prometido al acreedor. A pesar de ello, dada la naturaleza del evento que suscita la imposibilidad, los sistemas jurídicos liberan al deudor de responsabilidad.

24 Luigi Mengoni, “El objeto de la obligación”. Traducción de Leysser L. León. *Proceso & Justicia* 2, n.º 3 (2002): 111-132.

25 Giuseppe Osti, “Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione”. *Rivista di Diritto Civile* X, n.º 3, 4 y 5 (1918): 210-259, 313-360 y 417-471.

En efecto, si la razón que justifica la asignación de responsabilidad bajo la segunda perspectiva se centra en que el deudor no ejecuta aquel comportamiento que se encuentra legalmente obligado a materializar, toda vez que su verificación solo se encuentra sujeta a la aplicación de la voluntad, habilidades y recursos del deudor, entonces resultaría un sinsentido —al menos, en términos generales²⁶— que se le atribuya responsabilidad por no cumplir con una conducta que se reconoce como imposible por razones ajenas a dicho individuo (su voluntad, habilidades y recursos). Consecuentemente, en lugar de analizar el referido fenómeno como un supuesto por el que el deudor dejó de cumplir con el deber a su cargo, se le vería como una situación en que la relación de causalidad del incumplimiento no se reconduce al deudor (lo cual afecta, desde luego, la carga de la prueba).

Una vez constatado que estamos ante una situación de incumplimiento, los sistemas jurídicos tienden de manera uniforme a esbozar eximentes de responsabilidad. Adviértase que cuando se reconoce la existencia de una eximente no significa que se niega al acreedor el acceso a los “remedios reactivos”, sino la imposibilidad de que el acreedor pueda apelar a ciertos remedios satisfactivos (la ejecución forzada)²⁷ o sustitutivos (el resarcimiento), pues éste conserva una parcela de los “remedios sustitutivos” (la resolución, la restitución, etc.). La situación anotada se observa con claridad en los sistemas jurídicos que se inclinan por la primera reacción. Por su parte, en los sistemas que se inclinan por la segunda reacción, dado que la propia calificación de incumplimiento se ata al contenido del deber asignado, se adjetiva al incumplimiento como uno “no-imputable”²⁸

- 26 Digo que no tendría sentido en términos generales, mas no niego la posibilidad de raíz, toda vez que pueden existir circunstancias en que por razones comerciales o legales un individuo asume el compromiso o la responsabilidad de lograr cierto resultado que se encuentra fuera de su control ordinario o bien soporta las consecuencias negativas de su no-materialización. A manera de ejemplo, cuando se otorga una indemnidad se puede asumir el costo y el riesgo de verificación de eventos que se encuentran totalmente fuera del control de quien otorga dicha indemnidad; algo similar ocurre con el contrato de seguro de vida o el contrato de la promesa o del hecho de un tercero.
- 27 Para una aproximación a la ejecución forzada, aunque desde una óptica del *common law*, véase a Anthony Kronman, “Specific performance”. *University of Chicago Law Review* 45, n.º 2 (1978): 351-382; y Alan Schwartz, “The case for specific performance”. *Yale Law Journal* 89, n.º 2 (1979): 271-306.
- 28 Para una cabal comprensión de la teoría de la imprevisión en sus diversas manifestaciones (por ejemplo, la causa no imputable, excesiva onerosidad de la prestación, etc.) aconsejo la consulta, desde una óptica del *civil law*, al trabajo conjunto de Gastón Fernández Cruz y Leysser L. León, “Comentario sub-artículo 1315”, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo IV: *Derecho de Obligaciones* (Lima: Gaceta Jurídica, 2004), 875-890. En cambio, para una visión desde el *common law* y en particular desde su óptica económica: Richard A. Posner y Andrew M. Rosenfield, “Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis”. *Journal of Legal Studies* 6, n.º 1 (1977): 83-118; y, desde la comparación jurídica, James Gordley, “Impossibility and changed and unforeseen circumstances”. *The American Journal of Comparative Law* 52, n.º 3 (2004): 513-530.

y con ello se abre la puerta a remedios formulados para actuar en tales circunstancias²⁹ y se le niega al acreedor acceso a remedios formulados para el incumplimiento imputable.

Si se tuviera que reconducir las dos reacciones ya estudiadas a específicos sistemas jurídicos es indudable que la primera perspectiva se presenta sobre todo en los sistemas del *common law*, mientras que la segunda, en sistemas adscritos al *civil law*, como lo son el francés y el italiano. A manera de ejemplo, dentro del sistema angloamericano se otorga al acreedor acceso a los remedios frente a la desviación o infracción de sus compromisos (“breach of contract”) ante la mera constatación de la inejecución (“non-performance”) pues, como se vio, se le considera un incumplimiento³⁰. En cambio, en sistemas del *civil law*, como el francés y el italiano, se deberá primero acreditar la imputabilidad, sea desde la óptica que ve en la superación de la diligencia ordinaria a un supuesto de causa no-imputable (por cierto, de cariz “subjetiva”)³¹, sea desde la óptica que sostiene que el deudor deberá acreditar el advenimiento de un evento externo a sí mismo y capaz de superar los esfuerzos humanos (y, por tanto, una causa no-imputable de cariz “objetivo”)³².

La tercera perspectiva se examinará de manera independiente en el siguiente acápite. Esta decisión se sustenta en que resulta una reacción no tan extendida como las dos primeras y se encuentra (o acaso sea más exacto decir *se encontraba*) ligada a un sistema jurídico concreto: el sistema alemán.

29 No es desconocido para los operadores jurídicos del *civil law* (sobre todo a aquellos de influencia francesa) que cuando se produce un incumplimiento por causa no-imputable al deudor (por ejemplo, caso fortuito), la ejecución de las prestaciones se suspende sin que el acreedor pueda exigir una reparación. La situación no se verá afectada si es que el incumplimiento es definitivo, toda vez que se ingresaría al supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación.

30 Farnsworth, “Legal remedies for breach of contract”, 1147.

Lo dicho no significa que el sistema angloamericano exhiba una tendencia a forzar al promitente a honrar su compromiso, sino más bien a ofrecer un alivio al promisorio afectado mediante la reparación de los daños. Al sistema, en estricto, le es indiferente si el contrato se cumple o no; sin embargo, sí le interesa que las partes actúen conforme a las *public policies* y logren, en la medida de lo posible, resultados eficientes.

31 Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*. Volumen 3: L’attuazione. Segunda Edición (Milán: Giuffrè, 1948), 364.

32 Giuseppe Osti, “Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni”. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 8 (1954), 593-616, en particular 615-616.

Breve repaso por los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental

A) Alemania

El esquema original del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) acogió³³ el tercer tipo de reacción ante el incumplimiento contractual: se abstuvo de enunciar un concepto general y, en su lugar, optó por disciplinar hipótesis concretas de incumplimiento³⁴ o, para ser más fiel a la terminología alemana³⁵, desviaciones o infracciones contractuales (“Vertragsverletzungen”). Así, en el BGB se consignó: (1) la imposibilidad de la prestación (“Unmöglichkeit der Leistung”) y (2) la mora (“Verzug”).

La responsabilidad contractual alemana o, en términos más precisos³⁶, la responsabilidad por “Leistungsstörungen” (trastornos o irregularidades —en la ejecución— de la prestación) otorgaba un rol prevalente a la imposibilidad, toda vez que el deudor se tornaba responsable porque por su conducta la prestación se tornaba de imposible ejecución. El eje del modelo de asignación de responsabilidad se colocaba en dicha figura porque la prestación podía juzgarse imposible a partir de la frustración del interés creditorio (por ejemplo, el tiempo era esencial), porque en términos prácticos no es posible ejecutarla (por ejemplo, la pérdida del bien) o, en fin, porque significaría sobrecargar al deudor con costos (por ejemplo, por afectarse la base o fundamento comercial). Naturalmente, el BGB permitía liberar al deudor si se verificaba la imposibilidad por causa no imputable (“nicht zu vertretende Unmöglichkeit”). Adviértase, sin embargo, que bajo el esquema original del BGB se otorgaba el mismo tratamiento a la imposibilidad objetiva y a la imposibilidad subjetiva (“Unvermögen”).

En ese contexto, parece claro que las hipótesis reguladas por el legislador germano compartían una característica en común: el deudor no ejecutaba aquello

33 Faust, “Non-performance”, 1209.

34 La primera hipótesis, regulada en el § 275 BGB y la segunda, en el § 284 BGB. Tras la reforma experimentada en el 2002, la mora pasó a encontrarse regulada en el § 286 BGB.

35 Manfred Pieck, “A study of the significant aspects of German Contract Law”. *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, n.º 1 (1996), 111-176, en particular 119-121.

36 Leysser León Hilario, “La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: a propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)”. *Ius et Veritas* 13, n.º 26 (2003): 38, texto y notas al pie (80) y (81).

a lo cual se encontraba obligado (por causa a él imputable). Así, las hipótesis podían reconducirse a una única categoría según la cual, por omisión, el deudor dejaba de ejecutar las conductas a su cargo, lo cual permitiría al intérprete describir tres supuestos: el incumplimiento absoluto, el incumplimiento tardío y el incumplimiento parcial (que, de subsanarse, devendrá en tardío).

Los académicos y la jurisprudencia alemana de la época cayeron rápidamente en la cuenta de que quedaban supuestos por disciplinar. Así, Hermann Staub sugirió que las primeras hipótesis (la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la mora)³⁷ fueran juzgadas como una lesión o infracción negativa del contrato, incorporadas en el BGB porque el legislador consideró que su verificación ocasionaba la frustración del interés creditorio. En consecuencia, siguiendo Staub, el razonamiento esbozado, quedaban, por lo tanto, pendiente de desarrollo por la doctrina y la jurisprudencia los supuestos que debían reconducirse a la “infracción positiva del contrato” (“positive Vertragsverletzung”).

Los supuestos de infracción positiva del contrato eran: (1) cumplimiento defectuoso y (2) lesión de deberes de protección³⁸. En ambos supuestos, el deudor realizaba alguna conducta que no se encontraba obligado a realizar y, en consecuencia, provocaba perjuicios a la esfera jurídico-económico-personal del acreedor (después se incluyó a terceros que ingresaban a tal esfera con un título jurídico)³⁹. Así, el vacío detectado en la legislación alemana fue cubierto por los tribunales y el aporte de la doctrina. Desde este punto, y producto de años de reflexiones, se acuñó un término más flexible para describir los supuestos aludidos: infracción positiva del crédito (“positive Forderungsverletzung”) ⁴⁰.

Con este breve recuento se comprenderá mejor por qué uno de los aspectos medulares de la “Ley de modernización del derecho de obligaciones” del 2002 fue reducir la “aparente” falta de claridad⁴¹ del BGB o, si se prefiere, incorporar figuras ya consolidadas en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia. La reforma terminó por incorporar la *culpa in contrahendo*, la noción compleja de la relación

37 Hermann Staub, *Le violazioni positive del contratto*. Traducción de Giovanni Varanese (Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001), 39-50.

38 Heinrich Stoll, “Commiato dalla teoria della violazioni positiva del contratto: Osservazioni sul trentennale della teoria”, en *L'obbligazione come rapporto complesso*. Traducción de Giovanni Varanese. Turín: Giappichelli, 2016.

39 Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção* (Coimbra: Almedina, 1994), 36-44.

40 León, “La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: a propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)”, 12-47.

41 Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*, 783 y 806.

obligatoria, los deberes de protección, etc., todas ellas figuras que se habían desarrollado de manera prolífica en la doctrina y la jurisprudencia alemanas durante por lo menos nueve décadas.

En lo que respecta al presente artículo, me interesa llamar la atención sobre la introducción de una noción totalmente desconocida para la versión original del BGB: “Pflichtverletzung”. Con este término, que podría traducirse como “incumplimiento de un deber” (aun cuando la traducción más fiel sería “infracción de un deber”), el esquema original del BGB sufrió un profundo e inequívoco cambio de orientación.

Si bien originalmente el BGB optó por la tercera reacción que tienen a disposición los sistemas jurídicos⁴², desde que entró en vigor la Ley de modernización, es posible afirmar que Alemania tiene hoy un esquema del segundo tipo. Dicho en otras palabras, se acercó al resto de sistemas del *civil law* (y en particular a Francia e Italia)⁴³ pues la noción de “Pflichtverletzung”: (1) es un equivalente funcional a la noción de *incumplimiento* presente en los sistemas del *civil law*; (2) tiene como eje la infracción de un deber, por lo que habría que prestar atención a la idoneidad del comportamiento del deudor; y (3) las hipótesis que se reconducirían a ella alcanzan a las figuras doctrinales y jurisprudenciales que se acuñaron desde

42 En este punto el lector se percatará que el esquema alemán comparte ciertas semejanzas con el esquema estadounidense de “breach of contract”. En efecto, ambos esquemas se abstienen de brindar una definición de incumplimiento y prefieren regular hipótesis concretas; además, le otorgan un rol central a la imposibilidad.

Hasta aquí las coincidencias.

El modelo de responsabilidad por “Leistungsstörungen”, a diferencia de su par estadounidense, se asienta en la culpa, es decir, exige que se acredite una conducta reprochable del deudor. Es, por tanto, necesario retornar al papel de la imposibilidad en la construcción de este modelo de responsabilidad. Como se reseñó, la responsabilidad del deudor se funda en que, por su propia conducta, o por eventos que se encuentran dentro de su esfera jurídico-económica, se frustra el interés del acreedor; en palabras llanas, la prestación a cargo del deudor se torna imposible por causa imputable a éste. Empero, bajo el esquema alemán la imposibilidad también tenía el rol de liberar al deudor del cumplimiento y es aquí donde radica la principal diferencia con el esquema estadounidense. Dentro del modelo de “breach of contract”, el deudor es excusado de su incumplimiento por la imposibilidad; la razón: el deudor incumplió su compromiso de dar un resultado al acreedor, pero como la imposibilidad existe (y en tal sistema sólo se trabaja con su noción objetiva), entonces se le liberará; en el modelo de “Leistungsstörungen”, al emplearse las dos nociones de *imposibilidad*, ella sirve tanto para justificar la asignación (subjetiva) de responsabilidad, como para eximir de responsabilidad al acreditar que el evento que causó dicha imposibilidad no se puede imputar al deudor (por lo que se presta atención al comportamiento idóneo del deudor y no sólo a su resultado).

En general, sobre la responsabilidad del deudor por controlar los eventos que pueden impactar de manera negativa en la ejecución de la prestación a su cargo, véase Ugo Majello, *Custodia e deposito*. (Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1958), 27-28 y 50.

43 Esta apreciación es compartida por uno de los germanistas más conocidos y connotados, el profesor italiano Adolfo Di Majo.

la entrada en vigencia del BGB a fin de superar la estrechez del esquema original (subsumiría a la “culpa in contrahendo”, las “positive Forderungsverletzungen”, la “culpa post contractum finitum” y al “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”)⁴⁴.

B) Francia e Italia

El sistema jurídico francés tiene como concepto central a la inejecución, otorgándole un mayor grado de flexibilidad al acreedor, quien tendrá la prerrogativa de elegir el remedio aplicable ante la hipótesis verificada y su interés concreto. En efecto, en el sistema francés “clásico”⁴⁵ ni siquiera se prestaba atención a la “relevancia” de la inejecución.

Los dos mayores problemas que enfrentó en su momento el sistema francés vinculado a lo que es objeto de análisis fueron: (a) la determinación de si la responsabilidad del deudor por la no-ejecución de la prestación se sustentaba en la ausencia de diligencia o el incumplimiento de lo prometido; y (b) la extensión de la acción de responsabilidad frente a deberes no consignados de manera expresa en el contrato o a terceros. Dadas las restricciones de espacio, me ceñiré al problema descrito en a⁴⁶.

El problema se generó por la redacción de los originales artículos 1137 y 1147 del Code Civil⁴⁷. El primero disponía que “La obligación de velar por la conservación de la cosa [...] somete a quien está encargado de ella a proveer todos los cuidados de un buen padre de familia”⁴⁸ (reformada recientemente para evitar el uso de un “lenguaje no-inclusivo”); mientras que el segundo: “El deudor será condenado al pago de daños y perjuicios, sea en razón de la inejecución de la obligación, sea en

44 Aurelia Colombi Ciacchi, “Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: Prime osservazioni”, *Annuario di diritto tedesco*, 2001 (2002): 89-113, en particular 96.

45 Entre la realización de la sesión virtual aludida en la premisa del artículo y la publicación de estos apuntes, en Francia entró en vigor la reforma a los libros de obligaciones y contratos.

Si bien la esencia de la sesión no se ha visto afectada, el lector puede consultar el trabajo de Solene Rowan “The new French Law of Contract”. *International & Comparative Law Quarterly* 66, n.º 4 (2017): 805-831.

46 Sobre el punto b, sugiero consultar, de manera general, el trabajo de Maria Feola, *Le obbligazioni di sécurité* (Turín: Giappichelli, 2012), *passim*.

47 Con el Decreto 2016-131, de fecha 10 de febrero de 2016, se efectuaron reformas al Code Civil, las cuales entraron en vigor el 1 de octubre del 2016. Las normas, con cambios, son actualmente los artículos 1197 y 1218 del Code Civil.

48 Cabe anotar que el estándar del “buen padre de familia” fue suprimido por la publicación el 4 de agosto del 2014 de la Ley 2014-873, Ley para la igualdad real entre las mujeres y los hombres, y sustituido por el estándar de “persona razonable”.

razón del retardo en ejecutarla, siempre que no justifique que la inexecución provino de una causa extraña que no puede serle imputada, a más de que no hubo mala fe alguna de su parte”. Así, era claro que el artículo 1137 del Code Civil ligaba la asignación de responsabilidad por la infracción de la aplicación de los cuidados necesarios y, por el contrario, el artículo 1147 del Code Civil sujetaba la responsabilidad de la mera inexecución a menos que el deudor acreditase el acaecimiento de la causa-extraña. El *impasse* fue resuelto en 1925 por René Demogue con la formulación⁴⁹ de las obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

En términos simplificados, la teoría afirma que existen relaciones obligatorias en que el deudor no será considerado responsable a menos que se acredite, a la par de la no-consecución de lo deseado por el acreedor (o lo prometido), que no aplicó todos los cuidados a su alcance; así, la culpa se erige en la justificación de la responsabilidad; y, por otro lado, existen obligaciones en que la no-consecución de lo deseado por el acreedor (o lo prometido) acarreará *tout court* la responsabilidad del deudor, salvo que este último acredite el advenimiento de una causa ajena que le impidió cumplir. Las obligaciones del primer tipo se perciben prioritariamente cuando el objeto de la relación es un hacer, mientras que las obligaciones del segundo tipo se revelan en mayor número en las obligaciones de dar y no-hacer.

Al margen de los perfiles exactos de la teoría, la relevancia de la construcción en el marco de la presente investigación se circunscribe a que permite afirmar que el sistema jurídico francés le presta atención al comportamiento del deudor y, desde luego, a su idoneidad para satisfacer el interés creditorio.

Por su parte, el sistema italiano enfrentó un problema similar debido no solo a la influencia de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación francesas durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino por la existencia de los artículos 1176 y 1218 del Codice Civile. El primer artículo dispone que “En el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercida”; mientras que el segundo señala que “El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida se encuentra obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso se originó por imposibilidad de la prestación derivada de causa a él no imputable”.

49 René Demogue, *Traité des Obligations en Général*. Tomo V (Librairie Arthur Rousseau: Paris, 1925), 538-545.

Si bien existieron académicos que intentaron efectuar una lectura afrancesada de los artículos trascritos (Barassi), el sector mayoritario de los académicos italianos concuerda en que el artículo 1218 del Codice Civile se aplica a la totalidad de relaciones obligatorias (Osti y Mengoni). Sin ánimo de profundizar, y con afán de simplificación, sea que se asuma una lectura subjetivista u objetivista, ambas otorgan relevancia a la diligencia desplegada por el deudor (sea en la etapa de cumplimiento, sea en la etapa de incumplimiento). En tal orden de ideas, el sistema italiano exhibirá el segundo tipo de reacción estudiada, toda vez que se trata del incumplimiento de un deber y para ello se examina la idoneidad del comportamiento del deudor dirigido a cumplir su compromiso.

C) Estados Unidos de América⁵⁰

El *common law* trabaja sobre la base de una noción uniforme de *incumplimiento contractual*, la cual se sintetiza en que el resultado prometido por el deudor no se verificó en desmedro del (interés del) acreedor. Así, el contrato (y no la relación obligatoria) tendría una garantía sobre la consecución del resultado⁵¹, por lo que no tendría trascendencia la circunstancia que origina la frustración de la promesa que evita la materialización del “resultado” y, en consecuencia, el deudor asumiría la responsabilidad frente a los daños.

Las características reseñadas explican por qué el deudor no logra excluir o limitar el margen de responsabilidad que enfrenta por un incumplimiento si es que prueba que desplegó el máximo nivel de esfuerzo a su alcance⁵², salvo, por supuesto, que de los términos explícitos o implícitos de la operación esta circunstancia haya sido asumida por las partes.

50 La culpa en materia contractual ha sido tan extraña para el sistema del *common law* que se le han dedicado estudios para acreditar su escaso uso en los ámbitos legal y jurisprudencial. Al respecto, véase Frederick H. Lawson, “Fault and contract: A few comparisons”. *Tulane Law Review* 49, n.º 2 (1975): 295-310; sin embargo, en tiempos más recientes existen quienes sugieren retomar el debate sobre ella y su potencial rol como criterio de imputación de responsabilidad en el derecho de los contratos, además de paralelismos entre los sistemas en términos de las soluciones jurisprudenciales: véase Solene Rowan, “Fault and breach of contract in France and England: Some comparison”. *European Business Law Review* 22, n.º 4 (2011): 467-486.

51 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*. Traducción de Estella Cigna y Andrea Gangemi (editado por Adolfo Di Majo y Antonio Gambaro), volumen II (Milán: Giuffrè, 1995), 227-236.

52 House of Lords: *Ranieri v. Miles* [1981] A. C. 1050.

Lord Edmund-Davies sostuvo que “es axiomático que, en relación con las pretensiones de resarcimiento de daños por una infracción contractual, resulta, en general, irrelevante la razón por la que el demandado falló en cumplir su obligación y ciertamente no sirve como defensa alegar que éste hizo sus mejores esfuerzos” (1086).

La regulación de todos estos aspectos fue originalmente jurisprudencial; sin embargo, desde la década de 1980 la situación ha ido cambiando. La solidez del desarrollo jurisprudencial de las cortes estadounidenses fue tal que llegó al Restatement (Second) of Contracts. En concreto, allí se señala:

§ 235. *La liberación como efecto del cumplimiento y la inejecución como incumplimiento.*

- (1) El cumplimiento total de un deber derivado de un contrato extingue el deber.
- (2) Cuando se encuentra prometido el cumplimiento de un deber derivado de un contrato, cualquier inejecución importa una infracción.

El comentario del segundo párrafo de la § 235 del Restatement (Second) of Contracts deja en claro que “Cuando el cumplimiento se encuentra prometido, sin embargo, cualquier cosa menos que el cumplimiento total se reputará como un incumplimiento” (p. 212). Así, bajo esta visión no se exige al juzgador discernir si el defecto materializado es sustancial, basta, para calificar un evento como un incumplimiento, acreditar que no se cumplió cabalmente el contenido prometido; y, por tanto, no se exige demostrar o alegar que el deudor obró con culpa.

Luego de la publicación del citado Restatement se promulgó la Supply of Goods and Services Act de 1982 contribuyó a: (1) establecer garantías legales, (2) admitir la posibilidad de que se renuncie a ciertas garantías (siempre que no sea con consumidores y sea “reasonable”) y (3) reforzar la idea de que en la prestación de servicios profesionales no existe una garantía implícita por defecto⁵³.

A tal efecto, la doctrina y jurisprudencia del *common law* le ha dedicado grandes esfuerzos a diferenciar las “conditions” de las “warranties”. La razón: mientras las primeras autorizarían a una de las partes contratantes a dar por terminada la relación ante la materialización de cierto evento o circunstancia pactada, las segundas únicamente autorizarían a solicitar la reparación de daños⁵⁴. Por el momento bastará con resaltar que esta diferencia resulta esencial para las

53 Queen’s Bench Division: *Greaves & Co. v. Baynham Meikle & Partners* [1975] 3 All. E. R. 99.

Lord Denning sostuvo que “El Derecho usualmente no otorga una garantía implícita de que [un profesional] alcanzará el resultado deseado, sino únicamente la disposición de que él desplegará los cuidados y habilidades razonables” (103).

54 Patrick Devlin, “The treatment of breach of contract”. *The Cambridge Law Journal* 24, n.º 2 (1966): 192-212.

operaciones contractuales más complejas de nuestros tiempos, toda vez que en ellas se tiende a duplicar las estructuras estadounidenses, con los potenciales riesgos de importar figuras que no han sido previamente procesadas por el operador jurídico nacional.

Tendencias ¿actuales? en la producción jurídica

Las últimas décadas han sido más que prolíficas en la acumulación de una serie de proyectos de uniformización jurídica. En consecuencia, juzgo pertinente detenerme brevemente en al menos tres de ellos para contrastar lo expuesto en las páginas anteriores: sea para acreditar la existencia de una convergencia, sea para resaltar la eventual divergencia de los modelos que se han acogido en tales proyectos.

A) Principios del Derecho Europeo de los Contratos

Como se sabe, los “Principios del Derecho Europeo de los Contratos” (en adelante, “PDEC”) fueron elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, la cual se constituyó en 1982 y fue presidida por el profesor danés Ole Lando. Los trabajos culminaron el 2002 cuando se publicó la tercera y última parte de los PDEC. Cabe anotar que los PDEC estuvieron influenciados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y tenían como vocación imitar la estructura y la función de los “Restatements” estadounidenses (sobre todo dada su naturaleza de “soft law”).

En los PDEC es clara la intención de someter el reconocimiento de remedios al incumplimiento de un deber. La situación resulta llamativa porque dos de los cuerpos “normativos” de origen nacional más trascendentes en la elaboración de los PDEC fueron el “Uniform Commercial Code” y el “Restatement (Second) of Contracts”. Empero, a diferencia de los Restatements (al menos las primeras dos generaciones de estos), que se caracterizan por ser la sistematización del derecho, los PDEC pretenden uniformizar el derecho europeo, y es este el motivo por el que no se intenta revolucionar la visión de tales sistemas.

Ahora bien: los artículos 8:101 y siguientes de los PDEC dejan en claro que se sigue la segunda reacción estudiada a lo largo de la presente investigación, pues se brinda una noción general de lo que se entenderá por *incumplimiento* (primer

párrafo del artículo 8:101)⁵⁵. Tal redacción es lo suficientemente flexible que alcanza hipótesis tan diversas como el cumplimiento parcial, tardío y defectuoso (con todas sus variantes).

B) Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales

Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales tienen por propósito contribuir en la armonización jurídica internacional y cuentan, a la fecha, con cuatro ediciones (la primera de 1994, la segunda de 2004, la tercera de 2010 y la última de 2016), además de cubrir vacíos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Al igual que en el caso de los PDEC, se trata de un documento que constituye un ejemplo de *soft law* y que permite a las partes elegir en su contrato que se les aplique estos Principios.

Las coincidencias con los PDEC no quedan allí.

Los Principios también han acogido la visión que identifica al incumplimiento con la infracción de un deber, por lo que ofrece una noción de *incumplimiento* de carácter general, la cual permite subsumir cualquier tipo de infracción en el cumplimiento contractual. En efecto, el artículo 7.1.1 señala que “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”.

C) El Proyecto de Marco Común de Referencia

La situación no varía con el Proyecto de Marco Común de Referencia, el cual también acoge de manera clara la segunda reacción que se ha estudiado.

El aspecto más llamativo de este documento se centra en que contiene dos definiciones de lo que es incumplimiento.

55 “Artículo 8:101: Medios de protección del crédito

”(1) Siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9.

”(2) Cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios.

”(3) La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte.”

Por un lado, en el artículo III.-1:102(3) se señala que “el incumplimiento de una obligación es cualquier defecto en el cumplimiento de la obligación, sea o no excusada, e incluye el retraso en el cumplimiento y cualquier otro cumplimiento que no se realice conforme con los términos que regulan la obligación”; y, por otro lado, el Anexo señala que “incumplimiento, con relación a una obligación, significa cualquier defecto en el cumplimiento de la obligación, sea o no excusada. Incluye al cumplimiento tardío y al cumplimiento defectuoso”.

La primera definición acogería decididamente una definición de incumplimiento como infracción de un deber (cumplimiento no conforme a los términos que regula la obligación) y, a su vez, alcanzaría a manifestaciones como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Incluso permitiría disciplinar fenómenos como la ausencia total de la ejecución de la prestación y cualquier hipótesis concebible por infracción a los deberes asumidos por el deudor. Por su parte, la segunda definición tendría el mismo alcance pese a que es menos explícito en la enumeración de hipótesis. Digo ello porque sí se sigue enfatizando que el eje del incumplimiento es el defecto en la ejecución de lo acordado. Así, es claro que se aleja de discusiones tales como la responsabilidad por “Leistungsstörungen” y, sobre todo, de “positive Forderungsverletzung” (tornando innecesario el debate, por ejemplo, en torno a los deberes de protección).

D) Tendencia a prestar atención al comportamiento del deudor

A la luz de lo expuesto, es claro que los sistemas jurídicos del *civil law* se encuentran en pleno proceso de convergencia. El único sistema que había implementado un esquema distinto en su Código Civil lo ha modificado a tal punto que se aproximó a sus pares europeos.

La convergencia es tal que en los proyectos de armonización y uniformización jurídica que se han trabajado se reproduce el mismo esquema, razón por la cual es posible afirmar que de los tres esquemas abstractos que podían describir las reacciones de los sistemas jurídicos uno de ellos está en proceso de desaparición. Ciertamente, no todos los sistemas que imitaron al BGB al elaborar sus propios códigos civiles procederán a replicar la “modernización del derecho de obligaciones”, por lo que esta reacción y regulación del “incumplimiento” se mantendrá en la realidad jurídica. Sin embargo, es inevitable pensar que sin tener a uno de los sistemas líderes de la tradición jurídica occidental abanderando esta solución (a la sazón quien la forjó), en los próximos años se irá debilitando su influencia; después de todo, la legitimidad de este tipo de soluciones se sustenta en gran medida en

el liderazgo de los sistemas que la implementan. Si a ello se le suma la influencia, sobre todo en el campo doctrinal, de los proyectos de *soft law* aludidos, creo que no cabe duda de que más temprano que tarde se hablará únicamente de dos esquemas de reacción frente al incumplimiento.

A manera de conclusión

La cabal comprensión de las reacciones jurídicas frente al incumplimiento es fundamental para emprender los proyectos de reforma y actualización de los productos jurídicos vigentes en los sistemas nacionales. No obstante, su importancia no se limita a ello, sino que puede sernos de utilidad para guiar o limitar los esfuerzos que como académicos e incluso como abogados realizamos, toda vez que no siempre será posible importar esquemas contractuales que no se adapten a nuestra realidad legal o, como contrapartida, aconsejarnos la imitación de otros esquemas que satisfarían de mejor manera las necesidades que se experimentan en nuestros sistemas.

En la presente investigación se sentaron las bases para la comprensión de estas reacciones, por lo que solo restaría profundizar en ello y delinear las estructuras contractuales que serían idóneas para lograr las metas aludidas. Tengo la esperanza de que podré retomar este análisis en el futuro, por el momento bastará con dejar sentada la ruta que queda por transitar.

Referencias

Barassi, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volumen 3: L'attuazione. Segunda Edición. Milán: Giuffrè, 1948.

Basedow, Jürgen. "Comparative Law and its clients". *The American Journal of Comparative Law* 62, n.º 4 (2014): 821-858.

Bassett, William W. "Exploring the origins of Western Law Tradition". *Columbia Law Review* 85, n.º 7 (1985): 1573-1584.

Breccia, Umberto. *Le obbligazioni*. Milán: Giuffrè, 1991.

Calabresi, Guido y A. Douglas Melamed. "Property rules, liability rules, and inalienability: A view of the Cathedral". *Harvard Law Review* 85, n.º 6 (1972): 1089-1128.

Carneiro da Frada, Manuel. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: Almedina, 1994.

Cohen, Felix S. "The problems of a functional jurisprudence". *The Modern Law Review* 1, n.º 1 (1937): 5-26.

Colombi Ciacchi, Aurelia. "Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: Prime osservazioni", *Annuario di diritto tedesco*, 2001 (2002): 89-113.

Devlin, Patrick (Lord). "*The treatment of breach of contract*". *The Cambridge Law Journal* 24, n.º 2 (1966): 192-212.

Di Majo, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*. Bologna: Zanichelli Editore - Società Editrice del Foro Italiano, 1988.

Di Majo, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Tercera edición revisada y aumentada. Milán: Giuffrè, 2001.

Escobar Rozas, Freddy. "Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico". *Derecho PUCP*, n.º 52 (1999): 285-308.

Farnsworth, E. Allan. "*Legal remedies for breach of contract*". *Columbia Law Review* 70, n.º 7 (1970): 1145-1216.

Faust, Florian. "Non-performance". En *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* editado por Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann y Andreas Stier, volumen II, 1207-1211. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Feola, Maria. *Le obbligazioni di sécurité*. Turín: Giappichelli, 2012.

Fernández Cruz, Gastón y Leysser L. León. "Comentario sub-artículo 1315". En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo IV: *Derecho de Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, 875-890.

Fernández Cruz, Gastón. "El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias". *Advocatus*, n.º 3 (2005): 143-161.

Fernández Cruz, Gastón. "La obligación". En *De las obligaciones en general: Coloquio de los privatistas de Roma y América - Cuarta reunión de trabajo*, 19-36. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

Fried, Charles. *Contract as promise: A theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

Gahan, Frank. "The Codification of Law". *Transactions of the Grotious Society* 8 (1922): 107-116.

Golding, Martin P. "Realism and functionalism in the legal thought of Felix S. Cohen". *Cornell Law Review* 66, n.º 5 (1981): 1032-1057.

Gordley, James. "European codes and American restatements: some difficulties". *Columbia Law Review* 81, n.º 1 (1981): 140-157.

Gordley, James. "Impossibility and changed and unforeseen circumstances". *The American Journal of Comparative Law* 52, n.º 3 (2004): 513-530.

Hoeflich, Michael H. "Savigny and his Anglo-American disciples". *The American Journal of Comparative Law* 37, n.º 1 (1989): 17-37.

Kronman, Anthony. "Specific performance". *University of Chicago Law Review* 45, n.º 2 (1978): 351-382.

Lawson, Frederick H. "Fault and contract: A few comparisons". *Tulane Law Review* 49, n.º 2 (1975): 295-310.

León Hilario, Leysser. "La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: a propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)". *Ius et Veritas* 13, n.º 26 (2003): 12-47.

León Hilario, Leysser. "La codificación civil en el Perú: Algunas consideraciones críticas". *Derecho PUCP*, n.º 57 (2004): 245-262.

Majello, Ugo. *Custodia e deposito*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1958.

Mengoni, Luigi. "El objeto de la obligación". Traducción de Leysser L. León. *Proceso & Justicia* 2, n.º 3 (2002): 111-132.

Mengoni, Luigi. "Obbligazioni di 'risultato' e obbligazioni di 'mezzi' (Studio critico)". *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 52, n.º 5-6, 7-8 y 9-10 (1954): 185-209, 280-320, y 366-396.

Monateri, Pier Giuseppe. "Reformulando la noción de contrato: hacia una visión antagónica del contrato". Traducción de Leysser L. León. *Themis*, n.º 49 (2004): 37-46.

Nicolò, Rosario. "L'adempimento dell'obbligo altrui". *Raccolta di Scritti*, volumen II, 967-1282. Milán: Giuffrè, 1980.

Osti, Giuseppe. "Rivisione critica della teoría sulla impossibilità della prestazione". *Rivista di Diritto Civile* X, n.º 3, 4 y 5 (1918): 210-259, 313-360 y 417-471.

Osti, Giuseppe. "Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni". *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 8, (1954), 593-616.

Parisi, Francesco. *The economics of lawmaking*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. "Los operadores jurídicos". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 72 (1986-1987): 447-469.

Pieck, Manfred. "A study of the significant aspects of German Contract Law". *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, n.º 1 (1996), 111-176.

Posner, Richard A. y Andrew M. Rosenfield. "Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis". *Journal of Legal Studies* 6, n.º 1 (1977): 83-118.

Riesenfeld, Stefan. "The influence of German legal theory on American law: The heritage of Savigny and his disciples". *The American Journal of Comparative Law* 37, n.º 1 (1989): 1-7.

Rowan, Solene. "Fault and breach of contract in France and England: Some comparison". *European Business Law Review* 22, n.º 4 (2011): 467-486.

Rowan, Solene. "The new French Law of Contract". *International & Comparative Law Quarterly* 66, n.º 4 (2017): 805-831.

Russo, Ennio. "Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (artt. 1176 e 1218 c.c.)". *Rivista di Diritto Civile* XLVI, n.º 6 (2000): 737-746.

Saavedra Velazco, Renzo E. *Análisis económico y comparado del Derecho privado: una introducción*. Lima: Fogueras, 2016.

Saavedra Velazco, Renzo E. "¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo 'ubi remedium, ibi ius'". *Forseti*, n.º 2 (2014): 110-131, http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/12_SAAVEDRA.pdf.

Schwartz, Alan. "The case for specific performance". *Yale Law Journal* 89, n.º 2 (1979): 271-306.

Staub, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Traducción de Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

Stoll, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazioni positiva del contratto: Osservazioni sul trentennale della teoría". *En L'obbligazione*

come rapporto complesso. Traducción de Giovanni Varanese. Turín: Giappichelli, 2016.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Zweigert, Konrad y Hein Kötz. *Introduzione al Diritto Comparato*. Traducción de Estella Cigna y Andrea Gangemi (editado por Adolfo Di Majo y Antonio Gambaro), volumen II. Milán: Giuffrè, 1995.