

STUDIA ALBORNOTIANA

dirigidos por EVELIO VERDERA Y TUELLS

LXIV

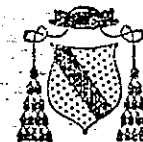
RAFAEL VERDERA SERVER

Doctor en Derecho por las Universidades de Barcelona y de Bolonia
Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia

EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS OBLIGACIONES

Prólogo de
FRANCESCO GALGANO

Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Bolonia



Publicaciones del Real Colegio de España
Bolonia 1995

CAPÍTULO IV

LA PREFERENCIA ENTRE LOS DIVERSOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

Al plantearnos la posibilidad de una preferencia entre varios medios de tutela del derecho del acreedor, estamos presuponiendo, obviamente, la existencia de una concurrencia. Ciertamente, la concurrencia exige la simultánea posibilidad de ejercer dos pretensiones. Por tanto, para que podamos cuestionarnos si existe un criterio normativo de preferencia entre los diversos mecanismos de protección del crédito, es preciso verificar, ante todo, la posibilidad de que esos diversos instrumentos de tutela del acreedor sean ejercitables ante una misma situación; situación que en general se puede calificar como incumplimiento del deudor (1).

1. SOLUCIONES TEÓRICAS A LA PREFERENCIA ENTRE LOS DIVERSOS MECANISMOS DE TUTELA DEL CRÉDITO

Limitándonos a la preferencia entre la pretensión de cumplimiento y el resarcimiento del daño, y dejando al margen la incidencia de otros remedios, como la resolución del contrato, en la doctrina se han ofrecido diversas respuestas a esta cuestión. En

(1) En este sentido, con referencia a la concurrencia entre ejecución forzosa específica y ejecución dineraria, CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad*, cit., p. 79. Este autor afirma que, dado que la obligación de resarcir cabe potencialmente en todas las obligaciones, la eventual concurrencia sólo se dará en aquellos casos en que también quepa solicitar la ejecución específica de la obligación inicial. Cabe señalar que, a mi juicio, es conveniente no olvidar que también la indemnización de daños y perjuicios queda sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos.

cambio, debe advertirse que los códigos no se plantean con igual intensidad el problema (2).

Este problema no deja de presentar interesantes implicaciones económicas. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se ha subrayado (3) la conveniencia de evitar un *trade-off* entre los potenciales costes contractuales para evitar un «exceso de incumplimientos» (*excessive breach*) y los potenciales costes para evitar un «exceso de ejecuciones» (*excessive performance*). Los incumplimientos pueden ser excesivos con una regla indemnizatoria si los tribunales subestiman el valor de la ejecución para el acreedor y conceden un resarcimiento inadecuado. En cambio, las ejecuciones específicas pueden ser excesivas con una regla de cumplimiento forzoso cuando una parte insiste en la ejecución originalmente prevista aunque el coste de la ejecución para el deudor en términos de oportunidades perdidas resulte superior a su valor para el acreedor cuando ha vencido el plazo previsto. Puesto que los contratantes pueden negociar para evitar esos resultados, la estructura óptima de las reglas sobre incumplimiento dependerá, en última instancia, de las diferencias entre los costes de transacción generados por las distintas reglas, de cómo las partes minimicen el coste de una u otra.

Los *remedies for breach* pueden actuar como substitutos implícitos de explícitas provisiones contractuales mediante la creación de adecuados incentivos para la ejecución y, en ocasiones, distribuyendo convenientemente el riesgo (4). El problema central de los remedios contractuales es, por lo general, el de diseñar un sistema que evite el incumplimiento cuando el contrato merezca (económicamente) ser ejecutado y evite la ejecución cuando el contrato no merezca ese coste (5).

(2) Las discrepancias no sólo son normativas o doctrinales. Es destacable que en Francia el *conseil d'état* privilegia la indemnización pecuniaria de daños y perjuicios, mientras la *cour de cassation* permite que los jueces escojan la modalidad de reparación más oportuna: *cf.* VINET, *Traité*, cit., V, pp. 61 ss.

(3) BISHOP, «The Choice», loc. cit., pp. 299-300.

(4) Así, SHAVELL, «The Design», loc. cit., p. 122.

(5) En este sentido, BISHOP, «The Choice», loc. cit., p. 301.

1.1. Preferencia necesaria de la indemnización de daños y perjuicios respecto al cumplimiento forzoso

Conforme a este enfoque, siempre deberá solicitarse en primer lugar la indemnización de daños y perjuicios. El cumplimiento forzoso desempeña una función subsidiaria respecto a esa regla general. Este planteamiento encuentra su justificación en las siguientes razones (6): a) la configuración legal de uno y otro remedio: la indemnización aparece como sanción general, y la ejecución específica se configura como sanción especial; y, b) la vigencia de un principio de tipicidad (7), en cuya virtud sólo cabe agredir la autonomía del deudor y su esfera patrimonial a través de los mecanismos legalmente previstos. Así pues, una sanción sólo se puede establecer si una norma la prevé. Como quiera que la obligación de resarcir es una sanción general, la ejecución específica sólo cabrá excepcionalmente.

Esta tipicidad y esta excepcionalidad de la sanción consistente en la ejecución específica parece tener cierto apoyo en el art. 923-I l.e.c., puesto que la ejecución de condenas no pecuniarias (8) se debe efectuar de acuerdo con los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen. De aquí cabría deducir que sólo a través de los cauces de esos preceptos cabe llegar a una ejecución específica de las prestaciones. Mas, evidentemente, la eventual tipicidad de los medios no resuelve el problema de la relación entre el resarcimiento del daño y el cumplimiento forzoso.

En la doctrina anglosajona, la tradicional preferencia de la solución resarcitoria y la consideración excepcional de la *specific performance* suele fundamentarse en diversas razones (9). Ante

(6) Un resumen de este planteamiento (sin compartir la solución) en CALVO DE SILVA, *Cumplimiento*, cit., pp. 172-174; y CAMILA RONGERO, *La responsabilidad*, cit., pp. 91-92.

(7) Sobre la tipicidad de las formas de ejecución específicas, *vid.* BORG, *Esecuzione*, cit., pp. 63 ss., y 84 ss.; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovine, Napoli, 1963, 2.ª ed., pp. 86-91; y «Esecuzione» (voz), en *Enciclopedia del Diritto*, XV, «Fatti-Esto», Giuffrè, Milano, 1966, pp. 526-527; y MANDRIOLI (C.), «Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, pp. 1345-1348. Recogen tendencias contrarias a esta tipicidad SILVESTRI, «Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare», *Rivista di Diritto Processuale*, 1981, pp. 66 ss.; y MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., pp. 102 ss. y 146 ss., quien relaciona la afirmación de ese principio con la prevalencia de una tutela resarcitoria. El problema de la tipicidad y la difícil adscripción de los autores es también analizado por FERRONI, *Obblighi*, cit., pp. 21-22, nt. 21.

(8) O pecuniarias ilíquidas.

(9) *Id.* SCHWARTZ, «The Case», loc. cit., p. 274; y JONES y GOODHART, *Specific Performance*.

todo, la *specific performance* puede suponer un esfuerzo excesivo para la administración de justicia. En segundo lugar, se sugiere que la finalidad compensatoria de los *remedies* contractuales puede no ser tan absoluta como pudiera parecer; de este modo, las restricciones respecto a la *specific performance* son el reflejo de un implícito rechazo a la consecución de una plena compensación del agraviado. En tercer lugar, generalmente los *damages* sí son plenamente compensatorios, por lo que la expansión de la *specific performance* significa ofrecer oportunidades a los acreedores para aprovecharse de los deudores, sin obtener una finalidad compensatoria. Lo que ocurre, por tanto, es que los *damages* permiten una mayor flexibilidad en sus soluciones (10). Por último, se apunta que, pese a su gran precisión, la *specific performance* puede afectar a otros valores como la libertad del deudor o la eficiencia económica, dados los mayores costes de transacción que genera. Precisamente sobre bases económicas se ha hallado un nuevo argumento para defender la continuidad de la regla tradicional: se ha afirmado (11) (y también criticado) que la obtención de la eficiencia económica se alcanza mejor con el mantenimiento de los tradicionales conceptos de *adequacy* y *uniqueness*, que con la expansión de la *specific performance* (12).

Las razones que justificaban la preferencia de la tutela resarcitoria, respecto a la satisfactoria, fueron objeto de una interesante discusión al cuestionarse la ampliación de la aplicabilidad de la *specific performance* en el *Restatement (Second) of Contracts* (13). Se consideró que, por un lado, a pesar de ciertas opiniones en contra, la restricción de la ejecución específica en función de la *adequacy* de los *damages* había sido la regla hasta ese momento (14); y que, por otro lado, esa eventual extensión y consiguiente limitación de la indemnización pecuniaria podía vulnerar algunos de los principios substanciales y más profundamente arraigados del com-

ce, Butterworths, London, 1986, p. 2 (sin compartir los postulados de esa excepcionalidad de la *specific performance*).

(10) Vid. YORIO, «In Defense», loc. cit., pp. 1405 ss.

(11) KRONMAN, «Specific Performance», loc. cit., pp. 351 ss.; y YORIO, «In Defense», loc. cit., pp. 1365 ss.

(12) Más ampliamente, vid., supra, pp. 48 ss.

(13) Sobre esa discusión, me remito a LENZER, «On the Amoralty», loc. cit., pp. 121-124, de donde tomo las referencias.

(14) John P. Frank sostenía, en cambio, que, a pesar de la primacía teórica de los *damages*, en la práctica los tribunales concedían a menudo la *specific performance*.

mon law, en relación a la prisión por deudas, pues la desobediencia a la *specific performance* podía acarrear sanciones personales. Además, se señaló que el resarcimiento del daño resultaba preferible porque evitaba a los tribunales la tarea de supervisar y controlar la ejecución de sus órdenes (15).

1.2. Preferencia necesaria del cumplimiento forzoso respecto a la indemnización de daños y perjuicios

De acuerdo con esta perspectiva, el acreedor debe siempre solicitar en primer lugar el cumplimiento forzoso de la obligación, y sólo en defecto de ese remedio cabe acudir a otras soluciones, como el resarcimiento del daño. Esta prioridad del cumplimiento forzoso en relación a la indemnización de daños y perjuicios goza de mayores defensores entre la doctrina (16) y se sustenta en dos tipos de razonamientos: se afirma, por una parte, que se trata de una prevalencia lógica y natural; y, por otra, que esa solución goza del refrendo de los textos normativos y que, por tanto, constituye también una prioridad jurídica (17).

a) *El cumplimiento forzoso como tutela ideal.* Existe una tendencia doctrinal que califica el proceso de ejecución en forma específica como «medio primero e idóneo para intentar borrar jurídicamente las consecuencias dañosas del incumplimiento y lograr los fines de la justicia» y se entiende que sólo cuando no sea posible, el ordenamiento jurídico debe disponer otros medios procesales de

(15) La réplica de LENZER («On the Amoralty», loc. cit., pp. 124-125) a esos argumentos es contundente: «Primero, la construcción tradicional no empezando a derribarse: los tribunales conceden la *specific performance* sin que se demuestre la absoluta *inadequacy* de los *damages*. Segundo, la posibilidad de establecer determinadas sanciones debe analizarse caso por caso, pues no siempre se disponen. Tercero, las cargas impuestas a los tribunales también deberían ser analizadas caso por caso y comparadas con las consecuencias de negar la *specific performance*, en lugar de ser usadas sin más para impedir aquella orden».

(16) Acerca de la posición de la doctrina española, vid. infra, pp. 134 ss. Defiende esa prioridad, sin especiales argumentos, CECCHINI, *Risarcimento*, cit., pp. 28-29. Para mantener la prioridad lógica de la ejecución específica, MANDIMOLI (C.) apela a un «punto de vista económico» (sin más) que sitúa en proporcionar la satisfacción del interés específico del acreedor (*L'esecuzione*, cit., p. 8). En la jurisprudencia, vid. S.T.S. de 12 de noviembre de 1976 [Ponente: Antonio Canto Guerrero (R.A.J. 4775)]; y de 31 de octubre de 1980 [Ponente: Jaime Castro García (R.A.J. 3646)].

(17) En opinión de CALVO DA SILVA, el cumplimiento y la ejecución específica se presentan como una «prioridad natural e temporal, lógica e teleológica» (*Cumplimiento*, cit., p. 141). Para una crítica de esa prioridad en cuanto argumento excesivamente generalizador, que impide una valoración de las necesidades e intereses individuales, vid. MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., pp. 151-152.

protección al titular de un derecho (18). Esta afirmación responde a la idea de que la obtención de la prestación debida supone para el acreedor el resultado «perfecto e ideal» que la justicia puede proporcionarle ante un deudor recalcitrante (19).

El cumplimiento forzoso satisface completa y específicamente al acreedor, puesto que le proporciona precisamente aquella prestación que le indujo a contratar, y, además, confiere a la relación obligatoria el efecto que le es propio y por el que las partes se vincularon voluntariamente. Este resultado alcanza mayor relevancia si se compara con la menor eficacia que proporcionan otros mecanismos a disposición del acreedor, como la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato, etc. (20). Además la ejecución específica ahorra cuando menos al acreedor el tiempo y el esfuerzo necesarios para conseguir otro contrato de efectos similares (21).

Se trata en el fondo de facilitar al acreedor el cumplimiento de su interés específico o primario en la relación obligatoria, evitando los mecanismos genéricos de protección (22). En otras palabras, el cumplimiento forzoso proporciona al acreedor una satisfacción cualitativa, puesto que no se le otorga un beneficio cualquiera, sino precisamente el beneficio que le impulsó a contratar (23). Desde esta perspectiva, el resarcimiento del daño ha de situarse necesariamente en una posición subordinada, en la medida que sus efectos no satisfacen de igual modo al acreedor y sólo alcanzan a compensarle de los daños ocasionados por el incumplimiento de la prestación (24). Con ello se quiere destacar que, a diferencia del resarcimiento pecuniario, que sólo proporciona una simple compensación, el cumplimiento forzoso permite eliminar la fuente del perjuicio (25).

(18) Así, TAPPA FERNÁNDEZ, *Las condenas*, cit., p. 56. Parecidamente, respecto a la contraprestación reparación *in natura* y resarcimiento pecuniario, SANTOS BRIZ, *Derecho*, cit., III, p. 563. Según MONTERO AROCA, «la aspiración de toda ejecución debe consistir en acabar ofreciendo al ejecutante la exacta prestación que se contiene en el título, pues sólo con ello se logrará la verdadera satisfacción. Dicho de otra manera: la ejecución debiera ser siempre en forma específica» (*Derecho*, cit., II, 2°, p. 71). Mas esta última interpretación se centra especialmente en el contenido del título ejecutivo, y no de la pretensión del actor.

(19) Así, CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., p. 141. Parecidamente, PUG BRCTAU, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1988, 4ª ed. revisada, p. 441.

(20) Estas consideraciones en CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., p. 145.

(21) DUBIS, *Handbook*, cit., p. 796.

(22) Así, MANDRIOLI (C.), *L'esecuzione*, cit., p. 8.

(23) En este sentido, CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., pp. 141-143.

(24) De «sucedáneo» (*Ersatz*) habla CALVO DA SILVA; cfr. *Cumplimiento*, cit., p. 146.

(25) Así, los MAZEAUD y CHABAS, *Tratado*, cit., II, 1°, p. 704, quienes indican, en relación a la

Se señala a menudo que los criterios legales en orden a la indemnización de daños y perjuicios no siempre aseguran al acreedor una protección plenamente compensatoria: los diversos límites y presupuestos legales impiden que el acreedor reciba una satisfacción pecuniaria adecuada. Esta falta de adecuación resulta especialmente significativa cuando en ciertos sistemas, como el *common law*, la *adequacy* del remedio resarcitorio es criterio esencial para la admisión de la ejecución específica (26).

Además se ha sugerido (27) que si la obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento puede ser impuesta coactivamente, con mayor razón, debe ser posible imponer el deber (primario) de cumplir específicamente la prestación debida, sin o contra la voluntad del deudor (28). Ello significa, pues, que los acreedores deben disponer de cauces procesales adecuados para imponer ese deber a sus deudores (29).

No debe sin embargo olvidarse que en nuestro código civil no se formula con claridad la regla de que el acreedor deba acudir al resarcimiento pecuniario sólo cuando no sea posible el cumplimiento (*in natura*) (30). Conviene apuntar también que en esta concepción se detectan rastros de una tradición histórica que consideraba preferible el cumplimiento forzoso de las obligaciones restitutorias (respecto a una distribución de bienes anterior), es decir, en un marco propio de la tutela *lato sensu* propietaria y no de las obligaciones en sentido estricto (que se refieren a una distribución de bienes aún *in fieri*) (31).

b) Preferencia del acreedor por el cumplimiento forzoso. Se

responsabilidad extracontractual, que la víctima no puede rechazar la *réparation en nature* cuando se le ofrezca.

(26) Ahora bien, ello no debe hacer olvidar que si la admisión generalizada de la *specific performance* supone unos costes de transacción superiores a los eventuales costes de infravaloración de los daños, en tal caso se encontraría justificada una preferencia por la tutela indemnizatoria; cfr. SCHWARTZ, «The Cases», loc. cit., p. 278.

(27) CUPILLA RONGERO, *La responsabilidad*, cit., p. 60.

(28) Lo que entre la doctrina italiana se denomina *condanna all'adempimento*, para excluir la sentencia con eficacia puramente declarativa; cfr. MONTESANO, *Condanna*, cit., pp. 15-16.

(29) ROUJOU DE BOUBÉE reconoce que las decisiones judiciales que condenan a una reparación *in natura* son infrecuentes, tanto por razones materiales como jurídicas. A pesar de ser la solución ideal, lo más corriente es la reparación por equivalente (*Essai*, cit., pp. 278 y 282).

(30) Así, DE ANGEL YAGCER, «Comentario», loc. cit., p. 46, aunque sean palabras referidas a la relación entre cumplimiento por equivalente y cumplimiento *in natura*.

(31) En este sentido, MAZZAMUTO, «Problemi», loc. cit., p. 461. El mismo autor destaca que en la actualidad la obligación ya no está llamada a resolver un conflicto entre propietario y aspirante a propietario. En este contexto, la prioridad del cumplimiento forzoso pretende superar el *favor debitoris* entendido como *favor* hacia el deudor-propietario y separa la obligación de la adquisición de la propiedad (*L'attuazione*, cit., p. 132).

ha afirmado también que, antes que nada, al titular de cualquier derecho violado le interesa y corresponde la obtención de aquello a lo que tiene derecho, y que el estado debe recoger esa aspiración estableciendo los medios necesarios para que quien consiga una sentencia favorable pueda verla cumplida en sus términos exactos; y sólo cuando esto sea inviable, hay que arbitrar medios tendentes a paliar, ya que no a eliminar, la insatisfacción producida al acreedor (32).

Más el principal defecto que presenta este argumento radica en que identifica necesariamente el interés del acreedor con el cumplimiento forzoso, sin entrar a valorar las circunstancias de la concreta relación obligatoria y en especial cuáles son las expectativas de ese acreedor (33). El problema consiste, pues, en que si quiere afirmar la prioridad del cumplimiento forzoso como medio de favorecer al acreedor se está efectuando una valoración en abstracto, sin tener en cuenta los particulares parámetros de cada situación, y puede, por ello, forzar al acreedor a instar una acción de cumplimiento, cuando sus intereses se inclinan por un simple resarcimiento del daño. En otras palabras, este argumento no conduce a la prioridad ineludible del cumplimiento forzoso, sino a la elección por el acreedor.

c) *El respeto al contrato: la negación del carácter debido de la obligación.* También se alega que conceder un amplio campo al resarcimiento del daño afecta en cierta medida al carácter jurídicamente debido de la obligación (34). Desde esta perspectiva se ha afirmado que la condena a indemnizar en lugar del cumplimiento supone que el respeto a la palabra dada carezca de sentido (35).

En la medida que el contrato se fundamenta en la libre autodeterminación de las partes, su contenido ha de ser observado y

(32) Estas consideraciones en TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas*, cit., p. 14.

(33) Una objeción similar, relativa a la dificultad de valorar la permanencia del interés del acreedor, lleva a Bártolo a justificar el recurso a la liquidación de los daños: *vid.* MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., p. 32.

(34) *Vid.* DRAGU, *De l'Exécution*, cit., p. 27; y ESPIN CÁNOVAS, *Manual*, cit., III, p. 212. Como apunta DORAL GARCÍA, «las obligaciones nacen para ser cumplidas, ya sea por cumplimiento espontáneo o por realización coactiva» («Reparación», *loc. cit.*, p. 592).

(35) JEANDIDIER, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, p. 702; y CHARTIER, *La réparation*, cit., pp. 483-484. Más radicalmente, desde la perspectiva del derecho del trabajo, PEDRAZZOLI considera que la tendencia al cumplimiento lleva a la ejecución de obligaciones que, de lo contrario, son evitables «con la froda dell'equivalente pecuniario. In altre parole, la restaurazione specifica favorisce il contraente svantaggiato ed è impegnativa per quello più forte» («La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973, p. 1079).

guardado por los contratantes: en el respeto a la palabra dada reposa la confianza de las partes en el vínculo contractual. No en vano *pacta sunt servanda* constituye un principio fundamental del derecho contractual (*cfr.* arts. 1134 c.c.fr., 1372 c.c.it., 406.1 c.c.port.) (36), al que no es ajeno nuestro código civil, que lo recoge en su art. 1091 (37). Negar al acreedor la posibilidad de exigir judicialmente su derecho significaría que la fuerza vinculante de las obligaciones y de los contratos sólo sería teórica (38). Se pretende reforzar la moralidad del derecho contractual entendida ésta como vinculación de las partes al contrato celebrado libremente, para proteger las expectativas razonables del acreedor y para que los individuos comprendan que la libertad personal significa que quien se autolimita con una obligación puede verse compelido a ejecutarla por los tribunales (39).

Ahora bien, conviene señalar que no resulta incontestable el significado último de la expresión *pacta sunt servanda*. No puede negarse que se trata de un principio acogido con cierta generalidad, pero cuyo verdadero alcance no queda suficientemente aclarado. En particular, una formulación tan genérica no parece admitir límite de ningún tipo, a pesar de que todos los autores señalan su existencia. En el fondo, lo que ocurre es que ese principio permite sostener con cierta seguridad que el incumplimiento de las obligaciones supone una situación que debe ser reprimida por el ordenamiento, pero lo que no se especifica es cuál ha de ser el mecanismo a emplear por el sistema (40). La experiencia anglosajona y ciertas etapas del derecho romano demuestran que el cumplimiento forzoso no constituye un necesario principio institucional del derecho de obligaciones.

(36) Así, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, cit., p. 159.

(37) Sobre el significado de la expresión «fuerza de ley entre las partes» y su relación con la concepción de la ley en la revolución francesa, *vid.* CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, cit., p. 160; *cfr.* también MARTÍN PEREZ, «Comentario», *loc. cit.*, pp. 193-196; y LUNA SERRANO, «Comentario a los arts. 1088 a 1093», en AA.VV., *Comentarios del código civil*, dirigido por C. PÁZ-ARES, R. BERGQVIST, L. DIEZ-PICAZO y P. SALVADOR, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 11-14.

(38) CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, cit., p. 161. Como apunta DORAL GARCÍA, la fuerza obligatoria del contrato es uno de los presupuestos de la ejecución («Reparación», *loc. cit.*, p. 595). Más concretamente, señala DELGADO ECHEVERRÍA que «el incumplimiento no cambia el contenido de la obligación, que sigue siendo la prestación debida» (*Elementos*, cit., II, 1°, p. 170).

(39) Así, LINZER, «On the Amoralité», *loc. cit.*, p. 112.

(40) Al analizar si el incumplimiento genera la indemnización del interés de confianza u otra consecuencia, FULLER y PERDUE advierten que «si un contrato es una especie de ley privada, resulta que tal ley generalmente no dice absolutamente nada acerca de lo que deberá hacerse cuando sea violada» (*Indemnización*, cit., p. 16).

Por otra parte, es difícil encontrar un apoyo voluntarista para justificar el cumplimiento forzoso, al menos para las obligaciones de hacer. Por una parte, es cierto que la relevancia del contrato, en cuanto instrumento del voluntarismo, postula la ejecución forzosa de esas obligaciones; pero, por otra, el respeto a la libertad del deudor se explica también por el dogma de la autonomía privada (41).

Finalmente, apelar a una fundamentación moral no deja de suscitar ciertas dudas. En la doctrina norteamericana (42) se ha indicado que debe distinguirse entre la ejecución a cargo del deudor o por tercero. La primera (*strict rule*) puede subrayar el aspecto moral de la obligación, al ser el deudor quien ejecuta la prestación. Sin embargo, en algunos casos, esta solución puede favorecer al acreedor, pues le comunica parte del beneficio obtenido por el deudor con el incumplimiento. Aunque ciertamente es preferible que el acreedor resulte favorecido y no perjudicado, esa misma solución es alcanzable por un remedio resarcitorio, sin los inconvenientes derivados de la *strict rule*. Se sugiere, además, que tampoco la pretensión del deudor respecto a ese beneficio derivado del incumplimiento carece de base moral porque, después de todo, han sido su esfuerzo y su ingenio las causas del mismo. En cambio, la segunda (*modified rule*) supone que sea un tercero quien ejecute la prestación y se entiende, por tanto, que el sistema legal no exige realmente al deudor que cumpla su obligación. De ello se deriva que no se considera moralmente preferible esta solución a una tutela indemnizatoria.

d) La monetarización de las relaciones como privilegio de los *beati possidentes*. La superación del *panmonetarismo*. Se ha afirmado que la prioridad del resarcimiento del daño supone la acentuación de la tendencia a la monetarización de todas las relacio-

(41) Así, JEANDIER, «L'exécution», loc. cit., p. 704, quien señala que el art. 1142 c.c.fr. responde a ese segundo factor.

MAZZAMUTO destaca que, durante la edad media, las pretensiones de la burguesía mercantil tendentes a afirmar la primacía de la voluntad sobre la forma y el carácter real de los contratos repercuten en la justificación de la ejecución específica de las obligaciones contractuales, y en especial de la obligación de *tradere* la cosa vendida: la finalidad de esa justificación residía simplemente en permitir al acreedor (comerciante que compra los productos artesanales y los agrícolas) la efectiva exigibilidad de las promesas (L'attuazione, cit., p. 24).

(42) Vid. YORIO, «In Defense», loc. cit., pp. 1401 ss. KRONMAN destaca la inutilidad de recurrir a una justificación moral para explicar la aplicación de la *specific performance*, en la medida que no permite establecer por qué se concede en unos casos, pero no en otros («Specific Performance», loc. cit., p. 363).

nes (43) y de todos los valores y la consagración de la admisibilidad de la negativa a cumplir (siempre que se posean bienes suficientes para resarcir el daño) (44). Por un lado, pues, se asume una visión meramente cuantitativa de los derechos, negando una vertiente cualitativa de los mismos (que tendería a conseguir una tutela satisfactoria) y en contra de las tendencias a la despatriarcalización del derecho civil (45). Por otro, considerar normal la sustitución pecuniaria del cumplimiento constituye un retroceso jurídico que significa un duro golpe al sentido actual del contrato y una vuelta a los postulados del derecho romano (46).

Por todo ello, se ha sugerido que conceder una prioridad a la indemnización de daños y perjuicios significa minusvalorar el concreto interés del acreedor en la relación obligatoria para «convertirlo» en todo caso en una prestación pecuniaria. El problema se suscita porque se considera que, de ese modo, los deudores con recursos económicos suficientes (*beati possidentes*) son libres de cumplir o de no cumplir, «comprando los daños» (47).

Esta monetarización de las relaciones obligatorias ya se plantea agudamente en torno al significado de la *condemnatio pecuniaria* del proceso formulario romano (48). La interpretación del sentido de una cuestión tan oscura (49) no obtiene resultados unívocos

(43) Vid. MAZZAMUTO, L'attuazione, cit., p. 195.

(44) La toma en consideración, para cualquier situación, de su valor de cambio (o, al menos, su reducción a moneda) postula e impone, al mismo tiempo, la generalización del mercado: la lógica de esa conversión es coherente con la que entiende que cualquier necesidad individual puede encontrar satisfacción en el mercado y que cualquier utilidad debe asumir la forma de mercancía: vid. BARCELLONA (M.), «Sul risarcimento», loc. cit., pp. 625-626.

(45) Acerca de esa tendencia, interesantes y no coincidentes apuntes en DONATI, «Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato?», *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, pp. 644-706; y DE CUPIS, «Sulla 'depatrimonializzazione' del diritto privato», *Rivista di Diritto Civile*, 1982, parte II, pp. 481-488.

(46) Estas consideraciones en CALVO DA SILVA, Cumplimento, cit., pp. 165-168.

(47) Vid. CALVO DA SILVA, Cumplimento, cit., p. 166, y autores allí citados.

(48) Su plasmación principal se contiene en las *Institutiones de Gayo* (4, 48): «Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnationis concepta est. Itaque et si corpus aliquid petamus, velut fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed pecuniam eum condemnat». Acerca de las dificultades exegéticas de ese fragmento, vid. ROMANO (A.), *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna pecuniaria*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1986, pp. 13 ss.

(49) De «enigma» habla COLESANTI, «Misure coercitive e tutela dei diritti», *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, p. 606. Vid. también DRAGU, *De l'exécution*, cit., pp. 17 ss.; WENGER, *Institutioni di procedura civile romana*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1938; pp. 137-139, nt. 19; CHIAHLONI, *Misure*, cit., p. 39; ORDUNA MORENO, *La insolvenza*, cit., pp. 64 ss.; y BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, t. II, *Struttura del rapporto obbligatorio*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1953, pp. 94 ss., donde establece interesantes comparaciones entre las reglas romanas y las actuales. Sobre el origen y el sentido de la *condemnatio pecuniaria*, vid. BETTI, «Condanna. Diritto romano» (voz), en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, tomo III, «Cat-Cond».

entre los autores. Para cierta doctrina (50), la *condemnatio pecuniaria* sería expresión de un ordenamiento capitalista que favorecería al demandado (o, al menos, a ciertos demandados) en la medida que podía liberarse de cualquier obligación simplemente pagando cierta cantidad: así, el demandado que poseyera suficiente dinero podía evitar el cumplimiento forzoso de cualquier obligación a través de la correspondiente suma dineraria. En cambio, otros autores (51), al destacar el valor del dinero como bien escaso en una sociedad prevalentemente agrícola, consideran que la *condemnatio pecuniaria* favorece al actor: el dinero, por su escasez, constituía el bien más deseable para cualquier sujeto. También se ha señalado (52) que la *condemnatio pecuniaria* se explica por la falta de relevancia del aspecto teleológico en la relación obligatoria y por la consiguiente incapacidad del resultado prometido por el deudor para operar como modelo de la sanción ejecutiva: reflejo, pues, de las concepciones de un ordenamiento jurídico que tiene una visión cerrada e individualista del cumplimiento de la obligación. Finalmente, se ha defendido (53) que la *condemnatio pecu-*

UTET, Torino, 1959, pp. 1081-1084; y KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München, 1966, p. 286.

(50) Así, MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., p. 19, inspirándose en ideas de WENGER: *cf. Istituzioni*, cit., pp. 137 ss.

PEDRAZZOLI («La tutela», loc. cit., pp. 1070-1080) cuestiona el sentido del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, al considerarlo un valor puramente político y un redujo de privilegio para los *beati possidentes*. Se entiende que, dada la *chronic money shortage* de la época, la *condemnatio pecuniaria* del procedimiento formulario romano favorece a aquellos sujetos que poseen un excedente en sus bienes (y de dinero) y, en cambio, perjudica a quienes se ven sujetos necesariamente a la enajenación forzosa de sus escasos bienes. Pero, como se ha objetado acertadamente (*cf. FERRONI, Obblighi*, cit., pp. 43-45), este planteamiento presupone que en las figuras de acreedor y de deudor, de actor y de demandado, se encarnan siempre las de ricos y de pobres. No se plantea un posible conflicto entre sujetos iguales. Además, se valoran de distinta forma situaciones en las que el proceso conduce a idénticos resultados, sólo en función de las características de las partes. En última instancia, el defecto fundamental de este planteamiento se encuentra en que enfoca la contraposición fungibilidad-infungibilidad y cumplimiento forzoso-rearrecimiento del «daño» desde la perspectiva de la relación laboral. Mas no se puede desconocer que las obligaciones de hacer no se agotan en esa situación (así, FERRONI, *Obblighi*, cit., p. 45; y, con carácter más general, TARZIA, «Presente e futuro delle misure coercitive civili», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, p. 803).

(51) ORESTANO, «Prefazione del traduttore» en WENGER, *Istituzioni*, cit., p. IX; y KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, p. 80 (opinión distinta en *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, p. 33). Contra, KASER, «[Recensión a] J.M. Kelly, *Roman Litigation*», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1967, p. 515; y PUGLIESE, «Principi teorici e realtà pratica nei processi romani» en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1967, pp. 298 ss.: salvo la primera, todas las citas se toman de CHIARLONI, *Misure*, cit., pp. 40 y 44.

(52) BORRE, *Esecuzione*, cit., pp. 3-8.

(53) CHIARLONI, *Misure*, cit., pp. 38 ss., esp. pp. 45 ss. Este autor admite que la tutela en forma específica no es extraña al proceso romano clásico (en caso de derechos absolutos: hereditarios, reales y familiares); e indica además que la sentencia se contempla en el proceso formulario romano como una *extrema ratio*, puesto que ese proceso se encamina a suscitar una transacción

niaria constituye un eslabón más del abandono de los medios de agresión personal y resulta congruente con la institucionalización de la *missio in possessionem* y la *bonorum venditio*. Es indudable que el alcance de la *condemnatio pecuniaria* se halla condicionado por las funciones de la moneda en el tráfico jurídico y que su éxito o su fracaso depende, a falta de adecuados mecanismos correctores, de la estabilidad de su valor: en épocas inflacionistas, una condena dineraria resulta poco estimulante para el acreedor (54).

Parece, con todo, que la aplicación de la *condemnatio pecuniaria* debe mantenerse dentro de ciertos límites. Su transcendencia histórica es cuestionable; incluso se ha llegado a decir que en esta cuestión el proceso romano ha evolucionado «en zigzag» (55). Por un lado, la observancia de las obligaciones va alcanzando progresivamente una mayor transcendencia en cuanto principio fundamental (56). Por otro, el pretor matiza el alcance de las fórmulas, al establecer la condena en dinero sólo cuando no prosperase su orden al demandado de *exhibere* o *restituere* (*actiones arbitraiae*) (57). En el fondo, no puede desconocerse el progreso que, pese a sus defectos, supone la *condemnatio pecuniaria* respecto al anterior sistema de ejecución personal (58).

e) La adecuación del cumplimiento forzoso a las exigencias de la economía moderna y de la sociedad postindustrial. En la sociedad actual (59), la estrecha conexión entre los diversos operadores

entre las partes. KASER subraya la sustitución de la *Privatrache* (venganza privada) mediante la *condemnatio pecuniaria* (*Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 287).

(54) Sobre estas cuestiones, *vid. VISKY*, «Quelques remarques sur la thèse *ipsum rem condemnare* et ses rapports économiques», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1972, pp. 469 ss., esp. pp. 489 ss. Para la vinculación entre moneda y contenido de la condena, *vid.*, ampliamente, ROMANO (A.), *Economia*, cit., pp. 83 ss.

(55) *Id. VISKY*, «Quelques remarques», loc. cit., pp. 469-489. ROMANO (A.) entiende que la práctica y la institucionalización de la condena *in natura* no constituye propiamente una recuperación de antiguos criterios, sino una respuesta del estado ante las insuficiencias de la *condemnatio pecuniaria* para tutelar adecuadamente los intereses agrarios y para superar la incidencia de la inflación (*Economia*, cit., pp. 156-157).

(56) *Cf. CHIARLONI, Misure*, cit., p. 49; FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974, pp. 552-553; y CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, cit., pp. 212-213.

(57) Sobre la cuestión, *vid. IGLESIAS, Derecho romano. Historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, 1993, 11.ª ed. revisada con la colaboración de Juan IGLESIAS-REDONDO, p. 183; WENGER, *Istituzioni*, cit., pp. 141 ss.; BORRE, *Esecuzione*, cit., p. 7. nt. 14; ROMANO (A.), *Economia*, cit., pp. 135 ss.; y CHIARLONI, *Misure*, cit., p. 43, quien subraya que el peligro de una sobrevaloración del objeto del litigio constituía un «mezzo efficacissimo di coazione all'adempimento in natura» (*id.*, también OMBRA MORENO, *La insolvenza*, cit., p. 64).

(58) En este sentido, CHIARLONI, *Misure*, cit., pp. 45 ss.; FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 552; y CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, cit., p. 210.

(59) Se ha indicado que la tensión al cumplimiento forzoso también es propia de economías cerradas, como la medieval: *cf. MAZZAMUTO, L'attuazione*, cit., p. 27. Interesantes consideraciones

y los diferentes circuitos económicos conlleva que la relevancia de un determinado contrato rara vez se limite a incidir exclusivamente entre las partes. Es frecuente que sus efectos (cumplimiento o incumplimiento) se proyecten a otras relaciones obligatorias con las que nada les une de un modo directo. En otras palabras, la importancia del (in)cumplimiento sobrepasa los límites de una concreta relación contractual afectando a terceros y, en general, al comercio jurídico (60). Por ello, la política jurídica adoptada en este punto repercute de manera inmediata en las vicisitudes de la economía nacional, pues favorece o entorpece el tráfico jurídico.

Ciertamente, existe hoy en día una ruptura del vínculo directo entre productor y consumidor: el consumidor sólo recibe el producto después de que éste haya pasado a través de diversos distribuidores (61). Por ello, sólo el respeto de los compromisos adquiridos en cada uno de los eslabones de la cada vez más compleja cadena permite una adecuada circulación de los recursos (62).

Desde este punto de vista, puede pensarse que el cumplimiento forzoso actúa como mecanismo que evita ciertas formas indeseables de especulación, al garantizar la ejecución del vínculo contraído en primer lugar. Ahora bien, la tutela resarcitoria presenta, al menos *de lege ferenda*, la ductilidad suficiente para conseguir esos mismos objetivos, sin beneficiar de un modo absoluto ni a acreedor, ni a deudor.

La prioridad del cumplimiento forzoso también puede hallar un apoyo en las características de la sociedad postindustrial, en cuanto supone una tutela personalizada y diferenciada, y no estandarizada como la que se deriva de los remedios resarcitorios (63).

en torno a la incidencia del cumplimiento de los contratos en el desarrollo del mercado y de la economía en este período en HICKS, *Una teoría de la historia económica*, Aguilar, Madrid, 1974, pp. 24 ss., esp. pp. 32 ss.: «El comercio es intercambio de promesas: pero es fútil comerciar con promesas a menos que haya alguna razonable seguridad de que las promesas se van a cumplir». Vid. también (desde perspectivas diferentes) BARCELONA (P.), *Diritto*, cit., pp. 258 ss.; y HIRSCH, *Law and Economics. An Introductory Analysis*, Academic Press, New York-London-Toronto-Sydney-San Francisco, 1979, p. 98.

(60) Más consideraciones en CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., pp. 160-161. M. SOZ SIBAYE [-La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España (Notas para un estudio de la conducta forense)-, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, pp. 82-83] destaca la necesidad de obviar una perspectiva limitada a la relación obligatoria y de subrayar la interrelación entre los sujetos económicos, donde la noción de acreedor y de deudor se difumina.

(61) Sobre esta cuestión, vid. CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., pp. 162-163.

(62) Acerca de la incidencia, en el fortalecimiento del crédito, del cumplimiento, vid. REDDEN y JULLIARD, «La théorie», loc. cit., p. 1033; y de los criterios de reparación, vid. FILLER y PERDUE, *Indemnización*, cit., pp. 19 ss.

(63) Téngase en cuenta que el cumplimiento y la ejecución específica tienen mayor justificación

Se propone, por ello, un examen selectivo de las situaciones jurídicas y un tratamiento normativo diferenciado en función de los caracteres del deudor y del acreedor (64). Sin duda, puede encontrarse cierto paralelismo entre el modelo decimonónico de contrato, la paridad formal de los sujetos jurídicos y la tutela resarcitoria como sanción general: esa formulación del contrato presupone un *maximum* de abstracción de las características particulares de los sujetos y del objeto del intercambio, coherente con la abstracción y la indiferencia con la que los códigos civiles abordan la relación obligatoria (65).

1.3. *Preferencia del cumplimiento forzoso o de la indemnización de daños y perjuicios en función de la decisión del acreedor, del deudor o del juez. Incidencia de la actitud procesal de las partes*

Las dos interpretaciones referidas coinciden en ofrecer una solución fundamentalmente rígida a las relaciones entre cumplimiento forzoso y resarcimiento del daño (66). Ese rasgo no deja de ofrecer razones para la crítica. En efecto, tanto la doctrina que confiere en todo caso preferencia al resarcimiento del daño como la que hace prevalecer el cumplimiento forzoso se perfilan a través de esquemas fijos, que no pueden ser alterados por los principales interesados: el acreedor debe acudir a una u otra vía no en función de sus intereses, sino en virtud de los criterios legal y previamente predeterminados. Lo mismo cabe decir del deudor, que se verá afectado por una u otra solución sin tomar en consideración cuáles son sus intereses.

en épocas de crisis o de inflación galopante, donde los bienes son escasos o el dinero se deprecia rápidamente; cf. VISKY, «Quelques remarques», loc. cit., pp. 489-494; CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., pp. 169-170; y, respecto a la reparación in natura, LAENZ, *Derecho*, cit., I, pp. 228-229; y CHARTIER, *La réparation*, cit., pp. 490-491. En el fondo, la cuestión entronca con el alcance de la tutela satisfactoria en caso de uniqueness de los bienes.

(64) MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., p. 195.

(65) MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., pp. 37 y 160-161. Ahora bien, incluso los autores que más entusiastamente defienden la prioridad del cumplimiento forzoso (como CALVO DA SILVA, *Cumplimiento*, cit., p. 169) no pueden dejar de reconocer que sus críticas respecto a la indemnización de daños y perjuicios se dirigen principalmente contra su empleo en la tutela de los derechos no patrimoniales, pero que en cambio la tutela resarcitoria no puede suprimirse en sistemas de economía de mercado, donde operan fuerzas mercantiles y donde la satisfacción de las necesidades mediante acciones individuales, es expresión de un concepto general de libertad.

(66) Sobre este punto, vid. CAPILLA RIVERA, *La responsabilidad*, cit., p. 93.