

La responsabilidad contractual*

Por Juan M. Prevot

1. El ambiguo “usus” de la noción

Según se ha precisado, con la voz “responsabilidad contractual” se suelen indicar dos cosas: a) el acontecimiento por el cual se hace responsable a un sujeto: “el incumplimiento” y b) las consecuencias trasuntadas por la inejecución de la prestación: “la obligación de resarcir el daño causado”¹. O más precisamente tres grandes grupos de problemas teóricos², que a los efectos de su estudio podemos esquematizarlos en la siguiente tripartición³:

a) Los “supuestos de incumplimiento”, perturbaciones o formas de lesión al derecho de crédito. La inejecución de la obligación, objetivamente considerada, no siempre se presenta de la misma manera, puede asumir distintas formas y ser, según los casos, total o parcial, absoluta o relativa, imputable o no imputable, etcétera⁴.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Mayo, Jorge A., *Estudios de derecho civil*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 1.

² Llamas Pombo, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, Trivium, 1999, p. 17.

³ Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 35 y ss.; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1979, p. 568; Lacruz Berdejo, José L., *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, Madrid, Dykinson, 2003, p. 163.

⁴ Al tratar los distintos tipos de lesiones al derecho de crédito, Díez-Picazo separa dos situaciones que a primera vista se presentan como distintas. La primera es aquella en la cual, en el momento para ello prefijado, el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación comprometida, por lo que la denominaremos “omisión de cumplimiento”. La segunda situación, en cambio, es aquella en la cual el deudor ha llevado a cabo actos dirigidos a cumplir y ejecutar una determinada prestación, que no coinciden o no se ajustan por completo con el programa o proyecto de prestación, tal y como se encontraba establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria, lo cual llamaremos “prestación defectuosa” (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 2, p. 570). Sobre el tema: Bianca, Cesare M., *Diritto civile*, t. 5, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1 y ss.; Bianca, Cesare M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en Scialoja, A. - Branca, G., “Commentario del Codice Civile”, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979, p. 11; Giorgianni, Michele, *L'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 29 y ss.; Visintini, Giovanna, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 75 y ss.; Memmo, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, t. I, p. 887 y ss.; Carbone, Vincenzo, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, p. 74; Barassi, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1957, p. 236 y ss.; Gamarra, Jorge, *Responsabilidad contractual*, t. 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 63 y ss.; Nobili, Chiara, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 95; Albaladejo, Manuel, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 183 y ss.; Morello, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003, p. 289 y ss.; Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 598 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 9 y ss.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, t. 2, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 488; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, Bs. As., La Ley, 2004, p. 75 y ss.; Wayar, Ernesto C., *Derecho civil. Obligaciones*, t. I, Bs. As., Depalma, 2002, p. 493 y ss.; Puig Peña, Federico, *El incumplimiento contractual como acto injusto*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. XXIX, p. 152, 1945; Llamas

b) La llamada “imputación del incumplimiento” consiste en determinar en que casos el deudor de la prestación tiene que soportar el deber de resarcir los daños y perjuicios que al acreedor le ocasionan el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o la mora y en que casos queda exonerado de esa responsabilidad⁵. Bien dice Díez-Picazo, que la pregunta por la imputación no es necesaria en relación con las restantes medidas de protección del derecho de crédito. Para poner en juego la acción de reclamación de cumplimiento, el problema de la responsabilidad contractual queda por completo al margen, igualmente que para poner en marcha los mecanismos de defensa en el caso de relaciones obligatorias de carácter sinalagmático, como son la resolución o la excepción de incumplimiento contractual⁶.

c) Los denominados “remedios” o “medios de tutela” del acreedor frente al incumplimiento, o conjunto de medidas que dispone para la defensa de su derecho (p.ej., ejecución coactiva, resarcimiento de los daños causados, resolución del contrato)⁷.

No pocas veces, el hecho de que tanto el “incumplimiento” como el “resarcimiento” (del daño injusto) se ubiquen *funcionalmente* bajo el ámbito normativo de la “esfera negocial”, ha tergiversado la naturaleza de los medios de tutela con que cuenta el acreedor, dándose lugar a una omnicomprensiva y vaga noción de “responsabilidad obligacional”.

Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 159, García Amigo, Manuel, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 75.

⁵ Aspecto sobre el cual se ha volcado con mayor énfasis la doctrina de la responsabilidad contractual: Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*; Visintini, Giovanna, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, Cedam, 1965; Giorgianni, *L'inadempimento*; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*; Cottino, Gastone, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, Giuffrè, 1955; Mayo, Jorge A., *La imposibilidad de cumplimiento objetiva y subjetiva*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 17, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 33 y ss.; Pantaleón Prieto, Ángel F., *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, 1991, p. 1056; Bueres, Alberto J., *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en “Derecho de daños”, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 415 y ss.; Pizarro - Vallespinos, *Obligaciones*, t. 2, p. 486; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, p. 163; García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 76 y siguientes.

⁶ Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 574; Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1043.

⁷ Facultades que Pizarro y Vallespinos agrupan de manera cuatripartita en: a) tutela satisfactiva; b) tutela conservatoria; c) tutela resolutoria, y d) tutela resarcitoria (*Obligaciones*, t. 2, p. 57 y ss.). De “remedios de carácter específicos” y “remedios de carácter resarcitorio” habla Di Majo (*Delle obbligazioni in generale*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, p. 153). Siguiendo la literatura del Law & Economics, la atención se centra en cuatro remedios abstractos o generales, como ser: a) la restitución (*restitution damages*); b) la indemnización del daño a la confianza o al interés contractual negativo (*reliance damages*); c) la indemnización del daño a la expectativa o al interés contractual positivo (*expectation damages*), y d) el cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso (*specific performance*) (Gómez Pomar, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002, p. 40 y ss.; Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 246). De todo ello, entiende Nobile, dos son de “carácter general”, es decir comunes tanto al ilícito de fuente obligacional como extracontractual (el resarcimiento del daño y la ejecución forzada), y tres “específicos”, previstos únicamente para el *torto* contractual (la resolución del contrato, la excepción de incumplimiento y la suspensión cautelar del cumplimiento) (Nobile, *Le obbligazioni*, p. 102).

Va de suyo que no se puede englobar bajo los elásticos confines funcionales de la “responsabilidad contractual” todos los medios de tutela del acreedor ante una lesión del derecho de crédito por parte del deudor⁸, debiendo distinguirse con exactitud entre el remedio: “responsabilidad” y los remedios: “pretensión de cumplimiento” y “resolución por incumplimiento”⁹. Habida cuenta que, la “naturaleza”, “características” y “presupuestos” de la pretensión de cumplimiento difieren, en esencia, de aquella dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. En la primera de las reclamaciones (acción de cumplimiento específico), basta al acreedor acreditar la inejecución de la obligación con total y absoluta independencia de la culpa del deudor¹⁰, que sí constituye, eventualmente, uno de los presupuestos (criterio de imputación) de la pretensión indemnizatoria¹¹.

Un mínimo de precisión nos impele a reservar a la “responsabilidad contractual” su genuina y exclusiva finalidad indemnizatoria, extrayendo de la misma lo que, indudablemente, es “reintegración” del derecho de crédito lesionado¹².

⁸ Dejando de lado los instrumentos preventivos y las acciones de conservación de la garantía patrimonial (p.ej., embargo preventivo, secuestro conservatorio de bienes, acción de subrogación, etc.), los medios de tutela que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor pueden resumirse en: 1) la pretensión de cumplimiento, que conlleva la posibilidad de ejecución forzada de la prestación: a) en especie; b) por un tercero, y c) por equivalente pecuniario; 2) la resolución por incumplimiento y la *exceptio non adimpleti contractus*, y 3) los mayores daños e intereses [Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 105; Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1043; Gamara, *Responsabilidad contractual*, t. 1, p. 37 y ss., Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 299 y ss.].

⁹ Los supuestos de hecho de los tres remedios citados, aunque con el elemento común del incumplimiento o lesión del derecho de crédito, son radicalmente diferentes. El de la responsabilidad contractual requiere, primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor, esto es, que el suceso generador del mismo haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de los riesgos de incumplimiento expresamente pactada o deducibles de las reglas contractuales. Es por completo irrelevante, para que proceda la pretensión de cumplimiento, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor. El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento, consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales [Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1046 y ss.]. A tenor de lo expuesto, señala Albaladejo, la indemnización por daños presupone: 1) que no sea obtenible la ejecución exacta de la prestación *in natura*; 2) que exista efectivamente un perjuicio; 3) que este proceda de dicha inejecución, y 4) que de ella sea responsable el deudor. De estos requisitos, el primero se constata a la vista del caso, el último se presume, en principio, como ya se sabe, el segundo y el tercero hay que probarlos (*Derecho de las obligaciones*, p. 202 y ss.). Ver también, García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 78 y ss.; García Valdecasas, G., *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. XLVI, 1962, p. 832; Mayo, *Estudios de derecho civil*, p. 157 y ss.; Martínez Calcerrada y Gómez, Luis, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1976, p. 1342.

¹⁰ Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1957, p. 226; Giorgianni, *L’inadempimento*, p. 29; Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 228; Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XVII, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 65 y ss.; Pizarro - Vallespinos, *Obligaciones*, t. 2, p. 480.

¹¹ Giorgianni, *L’inadempimento*, p. 29.

¹² Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 87. La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventiva-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni

Afuera de lo expuesto, la confusión se acentúa porque junto a los instrumentos reactivos puestos al alcance del acreedor para obtener el cumplimiento coactivo de la obligación (art. 505, incs. 1° y 2°, Cód. Civil) “coexiste” (alternativa o acumulativamente) el derecho a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento absoluto o relativo (parcial, defectuoso o tardío)¹³. La indemnización será siempre exigible, pero a menudo vendrá acompañada de otros remedios, en función de que exista posibilidad material de alcanzar el cumplimiento (tardío si hubo mora, perfecto si fue defectuoso) y de que la prestación sea idónea todavía para satisfacer el interés lesionado del acreedor¹⁴.

En otros términos, el “lenguaje” propio de la responsabilidad contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de “responsabilidad”, sino de incumplimiento¹⁵.

Recapitulando, ante la falta de cumplimiento espontáneo del deudor¹⁶, el acreedor, puede:

1) En primer lugar, siempre y cuando no haya sobrevenido una imposibilidad definitiva¹⁷, procurar el cumplimiento “*in natura*” (o en especie) de la prestación¹⁸, o sea, obtener el comportamiento omitido del mismo modo que debió ser y no fue realizado¹⁹, pudiendo para ello, emplear todos los medios legales a su alcance, sea pa-

siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de “reintegración”, por equivalente, del derecho de crédito lesionado [Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1020].

¹³ Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. II, p. 51 y ss.; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, p. 163; Cannata, *Obbligazioni e contratti*, p. 21. De indemnización no sólo cabe hablar en caso de incumplimiento absoluto, escribe Wayar, que es el que se presenta cuando la prestación específica ya no puede ser realizada, pues también se debe indemnización en los casos de ejecución forzada o por otro, casos en los cuales el acreedor sí obtiene la prestación específica (*Obligaciones*, t. I, p. 207; Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 99).

¹⁴ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 161.

¹⁵ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual*, en Bueres, Alberto J. - Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 108.

¹⁶ Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, p. 129; Pizarro - Vallespinos, *Obligaciones*, t. 2, p. 72; Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 261 y ss.; Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 581.

¹⁷ Tommaseo, Ferruccio, *Sull’attuazione dei diritti di credito nell’esecuzione in forma specifica*, “Rivista di Diritto Civile”, 1978, p. 487; Vendeti, *Caratteri della reintegrazione in forma specifica*, en Gist. Civ., 1959, p. 712 y ss.; Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, p. 201 y ss.; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, p. 164; Albaladejo, *Derecho de las obligaciones*, p. 198; Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 278; García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 70; García Valdecasas, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, t. XLVI, 1962, p. 832.

¹⁸ Mayo, Jorge A., *Comentario al art. 505*, en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), “Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado”, t. 2, Bs. As., Astrea, 1993, p. 582; Beltrán de Heredia, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 39; Martínez Calcerada y Gómez, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, p. 1339.

¹⁹ Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 105 y 568. Es decir, de acceder al “*medesimo bene che gli spetta*” (De Cupis, *Il danno*, vol. II, p. 314); Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 530; Nicolo, *Responsabilità patrimoniale*, p. 6; Giorgianni, Michele, *L’obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 223 (*La obligación*, tr. Barcelona, Bosch, p. 207). La ejecución forzada en forma específica, escribe Bianca, consiste: “*nel conseguimento coattivo del*

ra que el deudor cumpla *in persona* con lo pactado, o para hacérselo realizar por otro a su costa (art. 505, incs. 1° y 2°, Cód. Civil)²⁰.

A diferencia de la ejecución por equivalente, en lugar de recibir una indemnización en dinero (por la falta o inexacta prestación, por su ejecución tardía, o por el fracaso del contrato bilateral) el acreedor, logra la prestación primaria, originariamente pactada, la cual fuera del caso en que se ejecute una obligación pecuniaria no es nunca una suma de dinero, sino el mismo “bien debido”²¹.

2) Reclamar los mayores daños irrogados por el cumplimiento tardío (compulsivo o espontáneo)²², con la salvedad de que no siempre el incumplimiento produce el deber de resarcir²³, requiere además de la producción de un daño, una frustración en la economía de la otra parte, en su interés material o moral²⁴.

3) Cuando, en cambio, la ejecución específica no es posible²⁵, al acreedor, le queda como único camino reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la inejecución (art. 505, inc. 3°, Cód. Civil). Valga la salvedad que, ante la falta de espontáneo cumplimiento del deudor, el acreedor no es libre de pedir cumplimiento (que después puede realizarse como ejecución procesal voluntaria o forzosa o sustitutiva o a costa del deudor) o indemnización por incumplimiento, sino el primero y, en su defecto la segunda. Procediendo la ejecución directa de ésta, sólo cuando el otro no sea posible (en donde se engloba que ya no sea útil para el acreedor)²⁶.

risultato dovuto mediante la diretta ingerenza nella sfera giuridica del debitore o mediante l'intervento sostitutivo altrui” (*Diritto civile*, t. 5, p. 246).

²⁰ Por supuesto, que con las salvedades inherentes a cada “tipo obligacional” [Satta, *L'esecuzione forzata*, p. 15; Bianca, *Diritto civile*, t. 5, p. 247; Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. 1, p. 53; De Cupis, *Il danno*, vol. II, p. 314 y ss.; Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, p. 240; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, p. 164; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, p. 104; Pizarro - Vallespinos, *Obligaciones*, t. 2, p. 194; Salvat, *Tratado de derecho civil argentino*, vol. III, t. 1, p. 51; Mayo, *Comentario al art. 505*, en Belluscio (dir.) - Zannoni (coord.), “Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado”, t. 2, p. 582; Echevesti, Carlos A., *Comentario al art. 505*, en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, t. 2A, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 64; Lafaille, Héctor, *Derecho civil*, t. IV, Bs. As., Ediar, p. 149; Pothier, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Heliasta, 1993, p. 87; Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 219; Albaladejo, *Derecho de las obligaciones*, p. 198 y siguientes].

²¹ Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. 1, p. 53; Bianca, *Diritto civile*, t. 5, p. 247.

²² Albaladejo, *Derecho de las obligaciones*, p. 199; Martínez Calcerrada y Gómez, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 1339.

²³ A diferencia del sistema estatuido en el *common law* donde la responsabilidad nace, en línea de principio, del hecho mismo del incumplimiento, sin consideración a ninguna otra exigencia (García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 76).

²⁴ Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1024. En contra, Gamarra, sostiene que la obligación indemnizatoria siempre es un “efecto necesario” del incumplimiento, puesto que, aunque el deudor voluntariamente ejecute la obligación en forma tardía, o el acreedor obtenga la prestación debida mediante ejecución específica, existirán siempre los daños y perjuicios moratorios causados por el retardo (*Responsabilidad contractual*, t. I, p. 37). “Muy frecuentemente” en palabras de Llamas en Pombo (*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 250).

²⁵ Martínez Calcerrada y Gómez, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 1340.

²⁶ Albaladejo, *Derecho de las obligaciones*, p. 201.

Pero esta obligación de indemnizar ¿Es un subrogado del bien debido o de la prestación adeudada, o es un equivalente indemnizatorio del daño? ¿Cuál es su “función”? ¿“Responsabilidad” o “cumplimiento”?²⁷

Lo cierto es que la doctrina no es pacífica al respecto, siendo que para unos, la ejecución por equivalente comprende solamente el valor de la prestación o bien debido, como algo previo e independiente de la indemnización de los daños y perjuicios²⁸, y para otros, en cambio, es más adecuado hablar de un equivalente del daño causado por el incumplimiento²⁹.

La primera corriente, siguiendo a Llamas Pombo, podemos, en adelante, denominarla como “tesis de la autonomía del cumplimiento por equivalente” y a la segunda concepción, como “concepto integral de indemnización”³⁰.

2. Doctrina de la autonomía del equivalente pecuniario

Según esta corriente de opinión, una cosa es el “cumplimiento por equivalencia”, más precisamente el cumplimiento mediante el equivalente económico de la prestación debida, la *aestimatio rei*, según la rigurosa terminología de Llamas Pombo³¹, y otra muy distinta, la obligación de reparar o restaurar los quebrantos (materiales y morales) sufridos por el incumplimiento de la prestación, es decir, la “indemnización de daños y perjuicios”³².

²⁷ En nuestro Código, comenta Díez-Picazo, no se puntualiza cuales son las consecuencias de la obligación por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor, lo que permite suscitar la duda en punto a si en estos casos existe un derecho al valor de la prestación, o *aestimatio rei*, previo e independiente de la indemnización de los ulteriores daños y perjuicios, o si existe solamente esta última (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 681).

²⁸ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 20; Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 586; Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 289 y ss.; Pizarro - Vallespinos, *Obligaciones*, t. II, p. 668; Mayo, *Estudios de derecho civil*, p. 167 y ss.; Martínez Calcerrada y Gómez, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, p. 1340.

²⁹ Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1020; Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. I, p. 53 y ss.; Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 530.

³⁰ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 20.

³¹ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 64, 270 y ss. O el *id quod interest* de Pinto Ruiz (*Incumplimiento de las obligaciones civiles*, p. 185) (Yzquierdo Tolsada, Díez-Picazo, Bonvicini, García Amigo, Puig Brutau y Jordano Fraga entre otros). Aunque lo cierto, reza el distinguido catedrático salamanquino, es que el sentido tradicional de la expresión *id quod interest* se refiere al daño indemnizable y no es sinónimo del valor equivalente de la prestación no cumplida (*aestimatio rei* o daño *in re ipsa*). En resumen, estima que podrá discutirse si el *id quod interest* incluye también (junto a los daños y perjuicios o confundido con los mismos) el valor de la prestación devenida imposible. Pero no debe emplearse la expresión para referirse a tal equivalente pecuniario cuando se sostiene la autonomía de éste. En el buen sentido, Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1053.

³² Martínez Calcerrada y Gómez, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, p. 1341. Se escinde entonces, entre: a) la pretensión para exigir la *aestimatio rei*, como subrogado de la prestación originaria devenida imposible, que sería una verdadera pretensión de cumplimiento (cumplimiento por equivalente de la perpetuada obligación originaria), y frente a la cual el deudor sólo podría defenderse con éxito, y no siempre, demostrando que la imposibilidad

Ambos remedios, equivalente pecuniario de la prestación (“cumplimiento”) e indemnización de los mayores perjuicios ocasionados por la inejecución (“resarcimiento”), sin desmedro de que tienen: *a)* significado distinto; *b)* fundamento diferente, y *c)* consecuencias dispares, no sólo son compatibles, sino que muy a menudo aparecen simultáneamente³³.

Mediante el cumplimiento por equivalente se permite al acreedor recuperar el valor del bien debido, mientras que el resarcimiento le reintegra todos los efectos que el daño por el retardo o la inejecución le haya podido reportar. Lo primero viene a ser un “sustitutivo” de la prestación, y por esa misma razón ha de bastar para su procedencia con la prueba de la obligación incumplida, en cambio, la prestación de resarcimiento no ha de prosperar si el acreedor no aporta prueba de los daños padecidos³⁴.

Producida la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, se dice que la obligación no se extingue, sino que subsiste o se perpetúa (*perpetuatio obligationis*)³⁵, sólo que ahora transformada en su equivalente pecuniario.

Sustituto económico que tiende a satisfacer el interés común (*circa rem*), positivo y genérico del acreedor, mientras que la indemnización de daños y perjuicios atiende al interés singular (*extra rem*), negativo y distinto al de prestación. Intereses distintos que, por tanto reclaman remedios diferentes.

No obstante su entera compatibilidad en la pretensión de cumplimiento (*in natura* o por equivalente) es absolutamente irrelevante que la inejecución cause o no menoscabo a los intereses del acreedor, tan solo le basta constatar la existencia de la obligación, a diferencia de la reclamación por daños, donde el no cumplimiento

ocurió por caso fortuito, y *b)* la pretensión para exigir los demás daños y perjuicios objetivamente imputables al incumplimiento (del íntegro *id quod interest*), cuyo supuesto de hecho exigiría la culpabilidad del deudor, que debería ser probada por el acreedor [Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1053].

³³ La función que cumplen uno y otro remedio, en relación con los intereses del acreedor, es diferente. Enseña Ihering, que la condena al pago de dinero puede cumplir una triple función, de equivalencia, penal y satisfactiva. La primera atiende al valor pecuniario de la prestación. La segunda viene a realizarse a través de la imposición de una multa de carácter público. Y la función satisfactiva se cumple una vez consumado el incumplimiento, mediante la concesión del juez al demandante de una suma de dinero como satisfacción de su sentimiento jurídico lesionado, del perjuicio causado en sus intereses. Dejando de lado la función punitiva, ajena *per se* a nuestro sistema de responsabilidad contractual lo cierto es que las otras dos funciones, perfectamente diferenciadas se corresponden con cada uno de los dos remedios que estamos contemplando, intereses distintos, funciones distintas y remedios diferentes. Así el equivalente pecuniario cumple justamente la función de equivalencia en el sentido exclusivamente económico, y la indemnización atiende a la función satisfactiva de ese sentimiento jurídico lesionado (Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 209 y ss.).

³⁴ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, p. 143 y ss.; Bonvicini, Eugenio, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, p. 61 y ss.; Carrasco Pereda, en Albaladejo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, Madrid, Edersa, p. 397.

³⁵ Según Llamas Pombo aquella expresión indica perpetuación, subsistencia, continuación o permanencia, pero de manera alguna hay novación extintiva, a lo sumo podrá haber una modificación de la *eadem obligatio*. Tampoco sirve decir que hay un cambio en el objeto de la obligación, o que hay una misma obligación con objeto distinto (*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 243).

por si solo es insuficiente para dar lugar al resarcimiento, debiéndose demostrar la existencia del daño y la imputabilidad del incumplimiento³⁶.

3. Doctrina que defiende un concepto integral del “id quod interest”

Otra postura, entiende que cuando el codificador a través de diversos preceptos (entre otros: arts. 505, 511, 513, 576, 579, 610, 628, 634, 711 y 890) refiere a “las indemnizaciones correspondientes”, “daños e intereses”, “perjuicios e intereses”, o “indemnización de pérdidas e intereses”, se está incluyendo en ella no sólo las ulteriores repercusiones dañosas del incumplimiento, sino también el valor objetivo o equivalente económico de la prestación debida. Es que no encontramos base normativa alguna que exija desmembrar la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación en dos obligaciones autónomas (pretensión de cumplimiento y pretensión de resarcimiento), con diferente supuesto de hecho, función y régimen jurídico³⁷.

Afirmar lo contrario, llevaría a sostener que las garantías de la obligación originaria asegurarían sólo la pretensión que tuviera por objeto la *aestimatio rei*, y no la que tuviera por motivo los demás daños y perjuicios de que el deudor tuviera que responder. Así como que el plazo de prescripción de la primera de tales pretensiones sería el mismo que el de la pretensión de cumplimiento en forma específica de la obligación originaria, que habría comenzado a correr desde el día en que esta pretensión pudo legalmente ejercitarse, mientras que el plazo de prescripción de la pretensión dirigida al resto del *id quod interest* no comenzaría a correr sino desde el acaecimiento del evento dañoso (imposibilidad sobrevenida de la prestación). Consecuencias ambas que, hasta ahora, nadie se ha atrevido a sostener.

Pero sería injusto no poner aquí de manifiesto la muy plausible intención que impulsó a algunos de nuestros mejores juristas a defender la que aquí hemos denominado “construcción articulada de la responsabilidad contractual” (o doctrina de la autonomía del equivalente pecuniario) frente a la opinión, hasta entonces indiscutida, que, salvo en casos excepcionales, hacía de la culpa negligencia el único criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, trataron de proporcionar un soporte normativo-dogmático a una “objetivación” más general de la responsabilidad contractual, que se intuía necesaria en términos de justicia y eficiencia económica.

Sucede, sin embargo, que no hay motivo para limitar dicha “objetivación” al ámbito de la *aestimatio rei* y a los casos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación: podrá estar igualmente justificada en hipótesis de mora o de cumplimiento defectuoso, y cuando lo esté, habrá de extenderse a todos los daños y perjuicios previstos o previsibles al tiempo de contratar, y que sean consecuencia necesaria de

³⁶ Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1046.

³⁷ Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1053; Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 681.

la falta de cumplimiento a todo daño, esto es, objetivamente imputable al incumplimiento³⁸.

El hecho de que en algunos preceptos del Código Civil se mencione el “precio” de la cosa o del servicio, no es argumento suficiente para defender el ámbito de la responsabilidad contractual un concepto articulado de daño que, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, distinga, por un lado, el daño consistente en la pérdida, en sí, del bien objeto de la prestación, que sería un daño “objetivo”, un equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible, en todo caso igual al valor de mercado del bien, aunque el interés subjetivo del acreedor en el mismo fuese menor o nulo, y por otra parte, los demás daños y perjuicios sufridos por el acreedor, valuable conforme a su interés subjetivo en la prestación devenida imposible³⁹.

Lo que obtiene el acreedor en la ejecución forzada no es la prestación originalmente debida ni su equivalente económico, sino la compensación del perjuicio que resulta del incumplimiento⁴⁰.

Cuando la obligación originaria es dineraria habrá coincidencia con el objeto de la ejecución forzada que es también siempre una suma de dinero, pero no equivalencia, ya que el monto económico que recibe el acreedor no se corresponde a la valoración de la prestación incumplida, sino al equivalente pecuniario del daño⁴¹.

Con la teoría de la ejecución por equivalente, reflexiona Pradel, el daño causado es ocultado voluntariamente, y el deudor pierde el sentido de sus responsabilidades. Se le propone ejecutar o desentenderse de sus obligaciones pagando una suma de dinero. Sin embargo, si esta suma lleva el nombre de daños e intereses, bien sugiere la idea de un remedio y no de una alternativa de ejecución. Los daños e intereses incluso evocan la idea de perjuicio.

El reconocimiento del daño contractual no limitado a la simple función de pago (equivalente), además de sus efectos benéficos de indemnización tiene el mérito de instaurar un carácter prioritario a la ejecución del contrato. Pese a ello, según la jurisprudencia más reciente *so riesgo* de fragilizar los compromisos contractuales, hay signos que dejan pensar que la inejecución de los compromisos por parte del deudor no es fundamental y puede ser compensada simplemente por daños e intereses bajo la forma de ejecución por equivalente. Se estaría frente a una especie de opción reservada en beneficio del deudor de ejecutar o no y el daño que resultaría de la inejecución sería indiferente. Al contrario, nosotros pensamos que el deudor debe hacer todo lo posible para ejecutar la prestación y si ésta no ocurriera debe ser indemniza-

³⁸ Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1055.

³⁹ Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1052.

⁴⁰ Roppo, voz *Responsabilità patrimoniale*, en “Enciclopedia del Diritto”, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1044; Giorgianni, *L’obbligazione*, p. 171; Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, p. 229; Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 530.

⁴¹ Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. I, p. 40.

da. La prioridad debe ser dada a la ejecución de los compromisos contractuales. La jurisprudencia a veces parece olvidarlo⁴².

En resumidas cuentas, colige Lorenzetti, el fenómeno se divide en las siguientes etapas. La primera es el cumplimiento, caracterizado por ser una actuación voluntaria del sujeto. La segunda fase consiste en que, frente a la inejecución, se pide el cumplimiento específico de la obligación (ejecución forzada directa). La diferencia con la anterior es que no hay voluntariedad sino ejecución judicial, pero la obligación tiene el mismo objeto originario. La tercera etapa lógica es que, si no es posible la ejecución forzada directa, o el acreedor no la desea, puede pedir una indemnización que consiste en el equivalente dinerario (ejecución forzada indirecta o por equivalente). En este caso, no hay voluntariedad sino ejecución, y hay un cambio de objeto (indemnización por equivalente). El paso de la primera (cumplimiento voluntario) a la segunda etapa (ejecución forzada directa) lo produce el incumplimiento⁴³.

4. El intrínquilis

El “quid” de la cuestión, de manera concisa, puede plantearse en los siguientes términos:

a) La función de la responsabilidad contractual ¿es pura y exclusivamente indemnizatoria?

b) La ejecución forzada por equivalente prevista en el art. 505, inc. 3° del Cód. Civil: 1) concede al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación como algo previo e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios⁴⁴, o por el contrario, 2) tiene la naturaleza de una indemnización de daños y perjuicios, que comprendería tanto el equivalente pecuniario, como el resto de los daños sufridos adicionalmente por el acreedor⁴⁵.

c) Los mayores daños e intereses causados al acreedor por el cumplimiento tardío (voluntario o compulsivo) del deudor ¿suponen una pretensión autónoma, generatriz *per se* de “responsabilidad” *stricto sensu*?

A ello, se ha respondido de la siguiente forma:

⁴² Pradel, Xavier, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2004, p. 82; García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 84.

⁴³ Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 581.

⁴⁴ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 60 y ss.; Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 581; Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 300 y ss.; Bonvicini, *La responsabilità civile*, p. 61 y ss.; Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, p. 143 y siguientes.

⁴⁵ Giorgianni, *L'obbligazione*, p. 171; Miccio, *Delle obbligazioni*, p. 323; Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 530; Roppo, voz *Responsabilità patrimoniale*, en “Enciclopedia del Diritto”, vol. XXXIX, p. 1044; Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. 1, p. 50; Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, vol. 46, n° 4, p. 1127 y siguientes.

a) Por un lado, se sostiene que la responsabilidad contractual no es homogénea, en tanto cumple una “doble función”⁴⁶: compensar la inejecución de la obligación convenida y reparar los posibles daños que hayan resultado de tal incumplimiento. Y tal es así, que ambas funciones, de hecho indisociables, confieren al término una naturaleza “compleja y específica”⁴⁷.

Hace casi una treintena de años el profesor Huet de la Universidad de Paris, en su tesis doctoral había señalado que la responsabilidad contractual tiene una *doble función*, primero, en cuanto tiende a procurar el pago, mediante la ejecución forzada por equivalente, luego, en tanto trata de garantizar el resarcimiento de los daños causados por la falta o mala ejecución del contrato⁴⁸.

Es que la deuda de daños e intereses, dice Larroumet, no nace del contrato, no le es contemporánea. Supone una inejecución que constituye su hecho generador cuando el acreedor no quiere o puede recurrir a la ejecución forzada *in natura*. En otras palabras, la “ejecución por equivalente” no es otra cosa más que la responsabilidad contractual⁴⁹.

b) Desde otra perspectiva, se dice que la función de la responsabilidad contractual es pura y exclusivamente “indemnizatoria”, reparadora del daño. Aunque para unos, como se ha visto, 1) cuando el deudor cumple con la obligación a través del equivalente pecuniario al haber devenido imposible la prestación principal, estamos en presencia del remedio “responsabilidad”, a diferencia de otros, 2) para los que se está frente a un supuesto de “cumplimiento” propiamente dicho⁵⁰. Precisamente, porque se trata de instrumentos distintos al servicio del acreedor, compatibles entre sí, la prestación por equivalente debe incardinarse bajo la fase de “cumplimiento” y no en la responsabilidad⁵¹.

c) Una tercera posición fuertemente defendida por prestigiosos juristas galos⁵², entiende que cuando la obligación principal originada por el contrato no es ejecuta-

⁴⁶ De una “diversidad funcional” hablan Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, p. 245 y ss.; Salvi, *La responsabilità civile*, p. 10; Bianca, *Delle obbligazioni*, p. 4; Carbone, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, p. 208, en especial nota n° 159.

⁴⁷ Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Flour, Yvonne - Savaux, Éric, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, Paris, Sirey, 2006, p. 118; Larroumet, Christian, *Pour la responsabilité contractuelle*, en “Le Droit privé français à la fin du XX siècle”, Paris, Litec, 2001; Huet, Jérôme *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, n° 20 y siguientes. Esta “duplice funzione” ¿no atenta contra la naturaleza misma del contrato? (Giardina, Francesca, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 90 y ss.).

⁴⁸ Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, n° 20 y siguientes.

⁴⁹ Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, en “Le Droit privé français à la fin du XX siècle”.

⁵⁰ Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, t. 1, vol. II, p. 165.

⁵¹ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 90, 285.

⁵² Le Tourneau, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2006, p. 221 y ss.; Faure-Abbad, Marianne, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2003, p. 26 y ss.; Savaux, Eric, *La fin de la responsabilité contractuelle*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1999, p. 17; Rémy, Philippe, *La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1997, p. 323 y ss.; Tallon, Denis, *L’inexécution du contrat: pour une autre présentation*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1994, p. 223 y ss.; Lapoyade Deschamps, Christian, *Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français*, en Rose, Francis, “Failure of contracts”, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 175.

da, no puede serlo más, o no representa más interés para el acreedor y subsiste bajo la forma de “daños e intereses”, no se está sino frente a una modalidad de “ejecución” (cumplimiento o reintegración) de la obligación⁵³.

En parte es la posición sentada por la doctrina francesa de inicios de siglo pasado (Colmet De Santerre, Baudry, Lacantinerie y Barde, Gaudemet)⁵⁴, y el belga De La Massue⁵⁵, en cuanto concebían la responsabilidad contractual como un “mero efecto” del contrato. El incumplimiento no es fuente de obligación y cuando el deudor resarce los daños y perjuicios causados por la inejecución no hace otra cosa que cumplir la obligación primitiva.

La responsabilidad contractual es un “efecto” del contrato, escribe De La Massue, a diferencia de la extracontractual, que es “fuente” de obligaciones (*la responsabilité spécifiquement contractuelle est un effet du contrat, à la différence de la responsabilité délictuelle, qui est source d’obligation*)⁵⁶.

El concepto de “responsabilidad contractual” instalado de antaño en el derecho francés, pese a no surgir expresamente del Código⁵⁷, había adquirido carta de ciudadanía entre sus más conspicuos autores y jueces⁵⁸. Sin embargo, esa dulce quietud ha sido trastornada por diversos e importantes estudios⁵⁹, tendientes a poner en tela de juicio una supuesta ¿falsedad del concepto?⁶⁰, pronosticándole una muerte próxima⁶¹. En efecto, se trata de reducir la noción de responsabilidad contractual a una mera forma de “ejecución forzada del contrato”⁶².

Los daños e intereses son la forma que comúnmente toma la obligación contractual, cuando el acreedor, a falta de poder reclamar u obtener naturalmente la

⁵³ Rémy, *La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 323.

⁵⁴ Colmet De Santerre, *Cours analytique de code civil*, t. V, Paris, p. 471; Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 297; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. 1, p. 402.

⁵⁵ De La Massue, *De l’absence de novation dans la résolution de l’obligation contractuelle*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1932, p. 377 y siguientes.

⁵⁶ De La Massue, *De l’absence de novation dans la résolution de l’obligation contractuelle*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 381.

⁵⁷ La verdad es que el Código Civil francés no hace ninguna alusión directa o indirecta a ella. Su existencia no obedece más que a lucubraciones doctrinales del siglo pasado (Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, p. 221).

⁵⁸ Es recién a fines de siglo XIX que se comenzó a utilizar por primera vez el término “responsabilidad” en materia contractual o, más bien de “responsabilidad en razón de la inejecución del contrato” (Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, en “Le droit privé français à la fin du XX siècle”, p. 543 y ss.).

⁵⁹ Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 1; Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, p. 221 y ss.; Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, p. 26 y ss.; Rémy, *La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 323 y ss.; Tallon, *L’inexécution du contrat: pour une autre présentation*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 223 y siguientes.

⁶⁰ Flour - Aubert - Flour - Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, p. 114.

⁶¹ En palabras de Savaux. Evidentemente que ello no conllevaría al deudor a desligarse de todas sus obligaciones, agrega el destacado profesor de la Facultad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de Tours (*La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 1).

⁶² Jourdain, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2003, p. 29.

prestación, recurre a sus facultades de compulsión⁶³. Es por ello, que recientemente LeTourneau o Faure-Abbad, utilicen expresiones como “*défaillance contractuelle*” (desfallecimiento o debilitamiento contractual)⁶⁴, o “*realisation contentieuse du contrat*” (realización contenciosa del contrato)⁶⁵, en reemplazo de la tradicional “responsabilidad contractual”.

El desconocimiento de la naturaleza real del derecho a daños e intereses del acreedor, relata Savaux, ha arrastrado un grave desorden en el derecho de la responsabilidad y el contrato, al que se le podría poner fin únicamente con el abandono de este “falso concepto”⁶⁶.

Así, la acción del acreedor insatisfecho asegura la “realización contenciosa del contrato” y a partir de ese momento, lo que tradicionalmente es nombrado como responsabilidad contractual no es más que una forma de ejecución del contrato por equivalencia, bajo la forma de daños e intereses⁶⁷.

El abandono del concepto de responsabilidad contractual evidentemente necesita un cambio total de nuestra percepción de la inejecución del contrato que debe traducirse por una “transformación del lenguaje”. Es necesario desterrar las nociones de falta, perjuicio y nexo de causalidad del análisis del “debilitamiento del deudor”. El abandono de un siglo de hábitos de pensamientos exigirá tiempo y no es seguro que la jurisprudencia lo suscriba fácilmente⁶⁸.

Contrariamente a los daños y perjuicios acordados a la víctima en materia delictiva, los otorgados al acreedor en caso de inejecución de la obligación no tienen por objeto reparar un perjuicio, únicamente están destinados a procurarle la satisfacción que podía esperar de la ejecución del contrato⁶⁹. No se trata de indemnizar sino de pagar⁷⁰.

⁶³ Rémy, *La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 323 y siguientes.

⁶⁴ Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, p. 221; Le Tourneau, Philippe, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1982, p. 71; Le Tourneau, Philippe, *Responsabilité civile professionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 28 y siguientes.

⁶⁵ Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, p. 26 y siguientes.

⁶⁶ Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 1.

⁶⁷ Coëffard, Paul, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, Paris, LGDJ, 2005, n° 360 y siguientes. Bien lo resume Jourdain, cuando destaca que, si el daño resulta de la no ejecución de un contrato, la obligación de repararlo, antiguamente era concebida como una simple ejecución por un equivalente pecuniario (el pago de daños e intereses) de la obligación contractual inicial no ejecutada naturalmente. Este análisis que actualmente se beneficia con un renacimiento de favor en doctrina, niega toda responsabilidad contractual ya que reduce a ésta a no ser más que una forma de ejecución forzada (*Les principes de la responsabilité civile*, p. 29).

⁶⁸ Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 17.

⁶⁹ Cuando la obligación inicial, engendrada por el contrato, no es ejecutada, no puede serlo, o no representa interés para el acreedor, escribe Le Tourneau, ella subsiste bajo la forma de una obligación de reparación, diferente sin duda del que estaba previsto (puesto que no es por equivalente) y a menudo diferido, pero modo de ejecución al fin y al cabo (*La responsabilité civile*, p. 7).

⁷⁰ Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 7 y 17.

La pretendida responsabilidad contractual no sería más que una construcción puramente doctrinal, fruto de un “error histórico”⁷¹. Nada en los textos del Código autorizaría a concebir una responsabilidad contractual a imagen y semejanza del modelo delictivo⁷².

Los redactores del Código Civil francés han tratado el derecho a daños e intereses del acreedor como un *efecto* de la obligación contratada. El tema está reglamentado en el Capítulo III (“Efectos de las obligaciones”), del Título III (“De los contratos o de las obligaciones convencionales en general”), a los arts. 1146 y siguientes. El tenor de los textos demuestra que los daños e intereses son la forma que ordinariamente toma la obligación contractual cuando el acreedor no puede reclamar u obtener la ejecución natural: el art. 1142 prevé que toda obligación de hacer o no hacer se resuelve, es decir se paga, en daños e intereses, en caso de inejecución por parte del deudor. El art. 1147 funda la deuda de daños e intereses sobre la inejecución o sobre la demora en la ejecución de la obligación, no sobre el daño causado al acreedor por la falta del deudor. En este sistema, nada revela una confusión con el delito y el cuasidelito tratados en el Título IV (“De las obligaciones que se forman sin convención”) en los arts. 1382 y siguientes⁷³.

En palabras de Díez-Picazo se trata de establecer si la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor otorga al acreedor la facultad de reclamar el valor de la prestación (*aestimatio rei*) como pretensión autónoma e independiente de los ulteriores daños y perjuicios, o si existe solamente esta última posibilidad⁷⁴.

La autonomía de la responsabilidad contractual, reflexiona Jourdain, se trasluce fundamentalmente en consideración a sus funciones y, en menor medida, a sus elementos constitutivos. Las funciones de la responsabilidad contractual difieren sensiblemente de las otras sanciones de inejecución. Mientras que la ejecución forzada o la resolución del contrato tienden, una al cumplimiento de la prestación prometida, la otra, a la puesta en la nada del contrato, la función de la responsabilidad contractual es reparar el daño que resulta del incumplimiento. Pagar daños e intereses no es ejecutar, hecho por equivalente, es sólo compensar un daño. Ejecutar, es al contrario proveer lo que se ha convenido, es decir, cumplir la prestación prometida satisfactoriamente para el acreedor. Decir que los daños e intereses representan un modo de ejecución por equivalente no es en realidad más que una imagen.

La reparación transforma profundamente la obligación inicial y la situación de las partes. La obligación no es novada, sino que su objeto se encuentra modificado por el efecto mismo de la ley. Cuando el deudor paga daños e intereses provee otra cosa que no es la que estaba prevista, compensa un daño. Esta heterogeneidad entre el objeto de la obligación inicial y el modo de su ejecución basta para distinguir la

⁷¹ Una especie de “monstruo” que afecta no sólo el derecho de la responsabilidad sino también la pureza del contrato (Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 7).

⁷² Jourdain, Patrice, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, en “Les métamorphoses de la responsabilité”, Paris, PUF, 1998, p. 65.

⁷³ Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 3 y ss.; Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, en “Le droit privé français à la fin du XX siècle”, p. 547 y siguientes.

⁷⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 681.

reparación de las otras sanciones de la inejecución y a conferir una real autonomía a la responsabilidad contractual⁷⁵.

Por otro lado, se afirma que el deber de resarcir consecutivo a la inejecución contractual adquiere cierta autonomía de la obligación primitiva, o sea que, a la prestación prometida y no provista por el deudor se la “reemplaza”⁷⁶ o “sustituye”⁷⁷ por una deuda de reparación.

En este sentido, se dice que la obligación indemnizatoria nacida del incumplimiento (obligación secundaria), entendido como hecho ilícito⁷⁸, “sustituye”⁷⁹ la prestación originaria (obligación primaria), o se “transforma”⁸⁰ en su equivalente pecuniario, en otras palabras, que es un “subrogado”⁸¹ del bien debido o de la prestación no realizada⁸². En consecuencia, sostiene Bueres, la ejecución forzada y el *id quod interest* (art. 505, inc. 3°) no constituyen, pues, nuevas obligaciones derivadas del acto ilícito de incumplimiento (suerte de novación objetiva)⁸³, ni tampoco, apuntando fundamentalmente al cumplimiento por equivalente, cabe entender que habría una obli-

⁷⁵ Jourdain, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, en “Les métamorphoses de la responsabilité”, p. 65.

⁷⁶ Wayar, *Obligaciones*, p. 205 a 207; Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 86; García Valdecasas, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, t. XLVI, p. 832.

⁷⁷ García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 70.

⁷⁸ Cannata, *Le obbligazioni*, p. 20; Nicolo, *Responsabilità patrimoniale*, p. 7; Bonvicini, *La responsabilità civile*, p. 85; Cian, Giorgio, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, Cedam, 1966, p. 3; Giorgianni, *L'inadempimento*, p. 29 y ss.; Carbone, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, p. 74; Santoro-Passarelli, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 117; Bueres, Alberto J., *El acto ilícito*, Bs. As., Hammurabi, 1986, p. 64. Es más, el incumplimiento es el “arquetipo del hecho antijurídico” (Gamarra, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XVII, p. 30).

⁷⁹ Giorgianni, *L'obbligazione*, p. 225; Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, p. 225; Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 299.

⁸⁰ Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 236; Morello, *Indemnización del daño contractual*, p. 300; Wayar, *Obligaciones*, p. 495; García Valdecasas, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, t. XLVI, 1962, p. 832.

⁸¹ Bianca, *Dell'inadempimento*, p. 8; De Cupis, *Il danno*, vol. II, p. 212; Miccio, *Delle obbligazioni*, p. 323; Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, p. 229; Carrasco Pereda, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, p. 407; García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 83; Morello, habla indistintamente de “conversión”, “transformación” y “sustitución” (*Indemnización del daño contractual*, p. 299).

⁸² La indemnización a pagar por el deudor responsable, no es ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un “subrogado” de la prestación devenida imposible, el pago de aquélla al acreedor no es un cumplimiento por equivalente de la obligación originaria, sino cumplimiento sin más, de la obligación de resarcir los daños causados al acreedor. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis* [Pantaleón Prieto, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, “Anuario de Derecho Civil”, p. 1021]. O como señala Gamarra, la expresión “subrogado” es frecuente en doctrina y si se desea seguir usándola, hay que otorgarle otro sentido (*Responsabilidad contractual*, t. I, p. 51). Más bien “lato” (Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, p. 323). Es decir que, cuando hablamos de equivalente, lo hacemos como forma de resarcimiento o reparación. De un “equivalente del daño” (Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 530).

⁸³ Llambias, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, p. 299.

gación accesoria de la originaria⁸⁴. En todos los supuestos estamos en presencia siempre del mismo derecho subjetivo de crédito, el que, en el caso de la ejecución indirecta (indemnización dineraria) aparece inalterado en sí mismo aunque con una mutación o simple modificación en el objeto⁸⁵. En síntesis se trata de la misma obligación pero mudada de objeto⁸⁶.

Cabe sostener, que no siempre el incumplimiento repercute de la misma manera sobre la obligación originaria preexistente. Siguiendo a Gamarra, es menester diferenciar: 1) Si estamos frente a un supuesto de “incumplimiento temporal” no cabe duda que la obligación indemnizatoria no sustituye ni modifica la obligación primaria, sino que se agrega circunstancialmente a ésta, ya que el acreedor obtiene el mismo objeto debido (por el incumplimiento tardío) en virtud de lo cual, la obligación de resarcir abarca únicamente el perjuicio causado por el retardo en el cumplimiento⁸⁷, 2) No sucede lo mismo en el “incumplimiento definitivo”, donde el cumplimiento tardío ya no es posible y al acreedor no le queda más remedio que petitionar su equivalente pecuniario (art. 505, inc. 3º, Cód. Civil). Sólo en esta área podría postularse con éxito la “transformación”⁸⁸, pero aquí ya estamos fuera de la obligación y dentro de la responsabilidad patrimonial del deudor y la única pretensión que el acreedor moviliza es la del resarcimiento del daño, pidiendo al juez (y no al acreedor) que desapodere a éste de sus bienes, disponga el remate, y con el producto se reintegre el patrimonio lesionado del perjuicio que le causó el incumplimiento⁸⁹. En estos casos la reparación no es el equivalente de la obligación incumplida, sino la “compensación” del perjuicio que resulta del incumplimiento. Un equivalente económico del daño producido⁹⁰.

No es entonces ni chocante ni descolocado hablar de responsabilidad contractual. No se está frente a un falso concepto, sino ante una noción compleja, pero real y, que tiene su lugar al lado de la responsabilidad delictiva⁹¹. Cuando de daños y

⁸⁴ Llamas Pombo dice que el *id quod interest* no sustituye a la prestación originaria sino que viene a añadirse a la misma; no está *in obligatione*, sino que se suma a ella por una justa causa (*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, p. 130).

⁸⁵ Bueres, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 33. Según Carrasco Pereda la indemnización de daños es una “nueva obligación”, distinta de la que surgió del contrato materialmente incumplido [Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, p. 407 y ss.].

⁸⁶ Mayo, Jorge A., *Comentario al art. 832*, en Bueres (dir.) - Highton (coord.), “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, t. 2B, p. 271.

⁸⁷ Idéntico criterio propicia Díez-Picazo, cuando sostiene que en los casos en que se produce definitivo incumplimiento de la obligación y ésta se ha hecho sobrevenidamente imposible, la obligación primitiva se transforma en la de indemnización de los daños y perjuicios. El derecho a daños y perjuicios aparece de este modo como la “sustitución” del cumplimiento imposible ya. Sin embargo, existen casos en que el derecho o pretensión de indemnización puede aparecer como complementario de la prestación de cumplimiento todavía posible y viable. Ocurre así en los casos de mora y de cumplimiento defectuoso (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 682). Carrasco Pereda, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, p. 407.

⁸⁸ “Sustitución”, “subrogación”, “mutación”, “modificación”, “conversión” (alternativas terminológicas “*lato sensu*” válidas). No así “novación” (De La Massue, *De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, p. 377 y ss.).

⁸⁹ Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. 1, p. 21.

⁹⁰ Giorgianni, *L'obbligazione*, p. 171; Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, p. 82.

⁹¹ Flour - Aubert - Flour - Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, p. 116.

perjuicios se trata, es deseable unificar los regímenes delictivo y contractual, reflexiona Larroumet, pero para ello no es necesario erradicar la noción de responsabilidad contractual en provecho de la delictiva⁹².

La responsabilidad civil es una, y se divide en dos ramas que no difieren en su materia, ni en su naturaleza. No hay dos responsabilidades sino dos regímenes normativos de responsabilidad, cuyas diferencias son accesorias o secundarias⁹³. Los dos órdenes tienen elementos comunes, persiguen los mismos fines y desempeñan la misma función⁹⁴.

En ambos casos, existe consenso, hay un deber jurídico (general o específico) que ha sido violentado, menoscabado o alterado, sea éste en su origen contractual o legal, naciendo a partir de allí (acaecimiento del daño injusto), una obligación de resarcir los perjuicios irrogados⁹⁵.

Finalmente, tampoco existe acuerdo en si la “indemnización de los daños y perjuicios” causados al deudor como consecuencia de la mora o contravención de la obligación, en cuanto pretensión “accesoria” a la ejecución, pertenece o no al cumplimiento, y en todo caso, si es compatible con los distintos medios de coerción donde a veces vendrá acompañando a la ejecución forzada en forma específica y otras a la resolución del contrato sinalagmático.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.

⁹² Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, en “Le droit privé français à la fin du XX siècle”, p. 547 y siguientes.

⁹³ Gamarra, *Responsabilidad contractual*, t. I, p. 11.

⁹⁴ Tucci, *Il danno ingiusto*, p. 123; Franzoni, *Trattato della responsabilità civile*, t. I, p. 12.

⁹⁵ Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, p. 547; Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, “Novissimo Digesto Italiano”, t. XV, p. 671.