



# Capítulo 16

Editores

# DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA  
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



**FONDO  
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

*De las obligaciones en general*  
*Coloquio de iusprivatistas de Roma y América*  
*Cuarta reunión de trabajo*

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,  
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE UN MODELO LATINOAMERICANO

Carlos Soriano Cienfuegos  
Universidad Panamericana

### PRELIMINARES

Toda obligación presupone la conducta —o la colaboración, como prefiere señalar la doctrina actual— del deudor para alcanzar el cumplimiento de la prestación, que es su objeto. En este sentido, se ha señalado unánimemente que el efecto principal de la obligación es su ejecución o cumplimiento (Zimmermann, 1996, p. 783).

Sin embargo, las expectativas del acreedor pueden frustrarse, bien sea porque la contraparte incumpla en absoluto la prestación esperada, bien porque pretenda cumplirla fuera del lugar debido o fuera de tiempo, o porque aun cuando haya cumplimiento, este sea imperfecto. En estos supuestos, se está ante el incumplimiento contractual —o inexecución<sup>1</sup>, trasladando al español la noción preferida por los franceses—, teniendo presente que a pesar de que el contrato ocupa el centro de la discusión, no se trata del caso único, así como que esta responsabilidad se contrapone, en el cuadro institucional, a la llamada responsabilidad *aquiliana* o *extracontractual*.

En efecto, en caso de incumplimiento, el deudor queda obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que la inexecución, el retraso —mora— o cumplimiento defectuoso, han sido determinados por la imposibilidad de la prestación, a causa de un evento no imputable a su conducta, pues ante tal hipótesis se considera que la obligación ha quedado extinta, con la consecuente liberación del deudor respecto de su cumplimiento.

---

<sup>1</sup> El artículo 1147 del *Code Civil* establece: «*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution [...]*».

En síntesis, la noción de responsabilidad guarda relación con la inobservancia de una obligación, que se traduce en fuente de un daño para el sujeto cuyas expectativas estaban depositadas en su cumplimiento. La responsabilidad implica hacerse cargo de las consecuencias previstas por el ordenamiento frente a dicha inobservancia<sup>2</sup>.

Justamente esta perspectiva muestra que no es suficiente que se haya actualizado la inobservancia de una obligación para imputar la responsabilidad a un sujeto: por el contrario, se ha considerado necesario encontrar un criterio vinculante entre el incumplimiento y la conducta del deudor, cuyo modelo histórico más destacado ha correspondido a la noción de culpa, al que se suman otros también importantes, como el de la responsabilidad objetiva, o el relativo a la responsabilidad por terceros.

Sin embargo, la responsabilidad contractual presenta otros ángulos para su estudio, concretamente sus relaciones con el principio de buena fe, la noción de garantía y, finalmente, los remedios otorgados por el ordenamiento positivo al respecto.

Este trabajo se centrará en el análisis de los principales modelos actuales, de modo que su propósito es destacar las líneas doctrinales y los elementos comunes de la institución de la responsabilidad contractual, especialmente referida a los modelos ofrecidos por la tradición continental, con el fin de facilitar la definición de un cuadro adecuado para la tarea de armonización del derecho emprendida en América Latina<sup>3</sup>. En este sentido, se presupone la existencia de una familia de derechos que es posible localizar dentro del más amplio sistema de derechos codificados de tradición romanista, y dentro de ella un grupo latinoamericano, más o menos homogéneo, como ya señalaba Castán Tobeñas y todavía recuerda la civilística contemporánea (Moisset de Espanés, 1994, p. 297).

El orden expositivo busca presentar los materiales dentro del contexto doctrinal en el que han sido producidos, con vistas a lograr una mayor comprensión del tema, destacando los elementos que se han tenido presentes, la intervención de la jurisprudencia en la construcción dogmática, y el significado que cada teoría puede asumir en atención a las distintas exigencias planteadas por el derecho privado contemporáneo.

## 1. LATINOAMÉRICA: UNA TRADICIÓN JURÍDICA COMÚN

Presente en todas las naciones independientes, el fenómeno de la codificación en Latinoamérica comparte un mismo concepto de *Código* con los derechos

<sup>2</sup> Di Majo (1999), *sub voce*, de quien se toma la clasificación y exposición de los modelos detallados líneas abajo.

<sup>3</sup> Sobre el derecho privado anterior a la formación de las naciones independientes, García Gallo (1972a, 1972b).

européos de tradición continental en la época moderna, producto de los trabajos de la escuela del derecho racionalista de los siglos XVI a XVIII: en efecto, de la misma forma que a finales del siglo XVIII y en los albores del XIX, los Estados del centro y del occidente de Europa emprendieron la codificación de sus derechos, así también en América Latina, los países recién emancipados se dieron a la tarea de reducir a una unidad orgánica las normas vigentes de una cierta rama del derecho en un determinado momento histórico<sup>4</sup>.

La aparición de esta nueva forma de entender el derecho —tan distinta de las anteriores «fijaciones escritas del derecho»— encuentra explicación, en palabras de Wieacker, en la «alianza del derecho natural con la planificación política de la Ilustración» (1957, pp. 292-293). En América, fue el triunfo del liberalismo, fruto de la Ilustración, lo que dio las bases del proceso de codificación, a saber, soberanía popular, igualdad, monopolio del poder por parte de la autoridad, primacía de la ley como fuente del derecho y constitucionalismo (Soriano Cienfuegos, 2005).

En cuanto a la fuente que ha producido los Códigos de la región, como ha destacado recientemente Sandro Schipani, en un trabajo que se sigue de cerca en el desarrollo de este apartado (2011), se aprecia el concurso del legislador y de los juristas, que actúan, en ocasiones, en el contexto de una concepción de la justicia que implica el reconocimiento de una ética social.

Los Códigos Civiles son casi siempre obra de comisiones de juristas no ajenos a la vertiente práctica del derecho, con frecuencia abogados, o magistrados, a veces involucrados también en la vida política o en la academia; en ocasiones se destaca la obra de un jurista eminente, cuya contribución viene sometida a discusión: típicamente, es el caso de Andrés Bello para el Código Civil chileno, de Augusto Teixeira de Freitas para la Consolidación de 1858 y, posteriormente, el Proyecto de Código para el Brasil, el cual es, además, realizado por otro jurista, como Clóvis Beviláqua; es el caso de Dalmacio Vélez Sarsfield para el Código Civil argentino, pero también de Eduardo Acevedo, Tristán Narvaja, Justo Sierra, etcétera. Pero aun si una figura destaca como autor, los textos no dejan de ser expresión de una labor basada en una tradición común, que también por medio de este trabajo refuerza la propia identidad de grupo profesional que cuenta con un lenguaje especializado y una particular visión de la sociedad *sub specie iuris* en torno a la cual se constituye el «ciudadano del continente» (Steger, 1973).

Estos juristas se valen, directa o indirectamente, del *Corpus Iuris Civilis*, lo releen a la luz de las sucesivas exposiciones de los grandes comentaristas (glosadores y posglosadores) del *mos italicus*, de las Siete Partidas, de la Segunda escolástica española, de los juristas indianistas del barroco (Bravo Lira, 1988), de los tratadistas

---

<sup>4</sup> La noción corresponde a De Ruggiero (citado en González, 1998, p. 281).

lusitanos (Álvaro Falasco, Francisco de Caldas Pereira de Castro, Antonio da Gama Pereira, etcétera), de los «prácticos» de la cultura ibérica (José Febrero, Eugenio Tapia, etcétera) o de los autores de obras institucionales de las más diversas tendencias (Heinecio en primer lugar; Vinnio, Magro y Zurita, Beleña, José María Álvarez), a los cuales, también gracias a la apertura siguiente a la independencia, se acompañan lecturas de los juristas franceses o de la pandectística alemana; son juristas para los cuales, sobre dicha base, los textos de Códigos y de proyectos que paulatinamente se producen, constituyen síntesis doctrinales.

El legislador, por su parte, actúa en el contexto de una renovación de la afirmación del principio de la competencia originaria del pueblo para establecer su propio derecho, presente en la tradición romanista del fundamento del poder imperial y en los municipios, devuelta al pueblo en las declaraciones de independencia de los cabildos, y alimentada por las relecturas de conceptos y principios clásicos.

La sanción del legislador no ha transformado estos Códigos en objetos externos a la labor del jurista, que haga de estos un dato: de hecho, a diferencia del ALR de 1794<sup>5</sup>, párrafos 46-49 (remisión al legislador para el *casus dubius* y a los principios generales del propio Código para la integración de las lagunas), ningún legislador de estos Códigos se representa a sí mismo como titular de un poder sobre el texto, aun cuando debe enfatizarse la preexistente tradición de legalismo ibérico. El texto de los Códigos ha regresado a los juristas, a su capacidad de «hacer permanecer unido el derecho, mejorándolo todos los días», para decirlo en palabras del *Digesto*.

Respecto de su estructura, pueden señalarse los siguientes rasgos. En primer lugar, los Códigos Civiles son breves, contienen prevalentemente reglas, en ocasiones, también, definiciones cuyo valor frente a las normas es evidente; persiguen el criterio de la economía de los enunciados normativos, para cuya realización presentan partes generales, en las cuales recogen las normas relativas a los elementos comunes de varias instituciones, dejando posteriormente las normas conducentes a las partes específicas en otro lugar, donde la institución concreta es tratada, por lo cual la reglamentación completa de la institución se fragmenta y se coloca en sedes diversas; estas partes generales son sectoriales (ejemplo típico es la parte general de las obligaciones, o del contrato, a la cual siguen las normas sobre los contratos en lo individual y otras fuentes de la obligación) y, de los textos del periodo clásico, solo el Código de Brasil de 1916 ofrece una para el cuerpo normativo en su totalidad (de esta «parte general», debe notarse que uno de los tres libros está dedicado al «hecho jurídico»), mientras un autor de proyecto (Teixeira de Freitas) la ha propuesto para un sistema de Códigos.

<sup>5</sup> *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* o Código prusiano.

De esta manera, los Códigos Civiles concretan el método de preventiva elaboración de tipos normativos, descritos en un lenguaje sectorial especializado; la técnica de redacción que se señala acentúa el valor de los términos (el Código de Bello prevé además un párrafo del título preliminar sobre el significado de varias palabras de uso frecuente). Las *rationes*, las discusiones, la variedad de exigencias y de perspectivas, los motivos de las opciones son dejados a la doctrina.

Los Códigos Civiles se insertan en un sistema de Códigos compuesto por los de Comercio, Penal, Procesal Civil, Procesal Penal, como dicta el modelo francés. En ocasiones, este sistema se amplía para incluir otros sectores particularmente relevantes para un determinado país, pero ello no altera el modelo. Con frecuencia, ello no se realiza en un periodo breve; alguna vez el Código Civil es precedido temporalmente por otros, pero ello resulta depender de factores contingentes y podemos considerar el sistema de Códigos idealmente siempre presente en su unidad. De este sistema, los Civiles constituyen el elemento central, así como él mismo se erige como el elemento central de una legislación más amplia: de hecho, dictan normas comunes válidas, salvo derogación, aun para otros Códigos.

En los Códigos Civiles, el objeto está individuado y su disposición obedece a un sistema del que es parte integrante. Ello depende de los sectores señalados por las Instituciones de Gayo y de Justiniano: derecho en general, personas (y familia e instituciones afines), bienes y derechos sobre las cosas, sucesiones y donaciones, obligaciones en general y contratos. Este orden, con diversa distribución en relación con los libros, es conservado incluso en textos que asumen del francés la eficacia real del contrato: México, Venezuela, Costa Rica.

De conformidad con la individuación del objeto ahora aludida, estos Códigos incluyen en el comienzo —o son acompañados de— leyes distintas pero vinculadas (título preliminar, introducción, etcétera), de las que se enfatiza el valor de «introducción no solo al Código Civil, sino a la legislación en su conjunto» (Código de Bello), y que se refieren al derecho en general (Rubio Correa, 1992).

Ocasionalmente, las normas que integran esta primera parte de los Códigos Civiles incluyen reglas sobre las otras fuentes, particularmente la doctrina y la costumbre, representando un lugar de coordinación y centralidad que debe, por lo demás, ser valorado teniendo en cuenta que, en ambos casos, las otras fuentes señaladas son autónomas en el sistema.

Respecto de la costumbre, debe tenerse presente que estos Códigos prevén diversas modalidades en relación con las leyes: validez en ausencia de ley, o solo si autorizadas por las leyes, etcétera. Respecto de la doctrina, además de lo que ya se ha señalado, afrontan el problema de sus lagunas y de su integración, proponiendo una indicación sobre la relación entre ellos y el sistema jurídico del que forman parte.

El sistema de los Códigos Civiles tiene como punto de referencia al ser humano, al que dedican, después de las normas sobre el derecho en general, el primer libro. La tendencia hacia la unificación de la consideración jurídica de base de todos los hombres se viene perfeccionando paulatinamente, aunque esto en parte se cumple entre luces y sombras.

Los Códigos Civiles giran en torno a los hombres, a la tutela de ellos desde la concepción hasta muerte, a sus relaciones familiares; por tanto, giran en torno a sus cosas, a la propiedad de la que son titulares y que, salvo en los primeros Códigos afrancesados (por ejemplo, el de Bolivia, artículo 289), no es ya «absoluta»; a los otros derechos que tienen sobre las cosas mismas; giran en torno a la colaboración recíproca entre los hombres en las obligaciones, que, desvinculadas de la perspectiva de ser vía para la adquisición de cosas, se abren más señaladamente sobre el hacer, y que provienen principalmente del contrato, expresión de libertad y de buena fe; aseguran la libertad de disponer por testamento, sin vínculo alguno de primogenitura o sexo, con los límites de la congruente tutela de la comunidad familiar.

Los Códigos de la región han dado culmen a la recepción del derecho romano en América Latina; han producido un nuevo centro de elaboración del sistema en América Latina, un centro en «comunicación» privilegiada con los otros subsistemas del sistema jurídico romanista. En síntesis, la especificidad del sistema latinoamericano, como subsistema del romanista, ha devenido sucesivamente un dato adquirido incluso por la ciencia jurídica europea, cuando esta ha sabido superar el euro-centrismo que la ha caracterizado aún durante el siglo XX (Catalano, 1990).

Sin embargo, para decirlo en palabras de un gran codificador latinoamericano

[...] por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursoras de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda de arbitrios para eludir las precauciones legales, ocasionan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndolas en relación con las formas vivientes del orden social (Bello citado en Schmidt Hott, 2005, p. 1235).

Es así que a pesar de que no todos los cuerpos civiles han sido sustituidos por otros con posterioridad a lo que se denomina como *etapa clásica de la codificación latinoamericana*, es verdad que todos sin excepción han sufrido modificaciones tanto en su texto, como por medio de leyes que les son conexas o complementarias.

A las tentativas de reforma, señaladamente la del texto argentino, entre cuyas más recientes iniciativas se destaca una que data de 1986, según la cual, y teniendo presente el modelo italiano, se proponía la unificación de los Códigos Civil y de Comercio, detenida por el Gobierno; la del colombiano, de acuerdo con el Proyecto de Código Civil de Valencia Zea de 1960 deben sumarse las numerosas legislaciones especiales que, de algún modo u otro, interfieren con el sistema basado en el Código Civil, como son las codificaciones de menores, o de la infancia, de familia, del trabajo y una abundante normativa que tiende a proteger en forma especial a los pueblos indígenas o a otros grupos considerados vulnerables, como las mujeres o los ancianos, o titulares de intereses difusos o colectivos, como los consumidores. Asimismo, casi en todos los países, por lo menos doctrinalmente, hay una tendencia a reducir la separación entre las materias civil y mercantil, especialmente causada por la crisis de la noción de acto de comercio heredada de la legislación napoleónica. Las alianzas y tratados comerciales entre países de una misma región tampoco deben ser pasadas por alto, en tanto que imponen reglas y normas que también modifican la legislación civil general.

En todo caso, es posible testimoniar que la elaboración de los Códigos, cualesquiera que sean, se diferencia de la legislación ordinaria, por lo que se considera como una tarea que debe ser puesta en manos de los juristas, en lo individual o integrados en comisiones, y no corresponde al despliegue de la regular actividad política de las cámaras de representantes, dato a partir de cual es posible advertir un aspecto más de la importancia de la misión que cumple el científico del derecho en el desarrollo de su propia disciplina.

Estas bases comunes justifican el tratamiento conjunto de las teorías y modelos relativos a la tradición continental a los que se refiere este trabajo, pero no deben hacer olvidar las diferencias que desde el interior del proceso pueden ser observadas.

## **2. MODELOS Y ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

La doctrina señala en primer lugar el modelo correspondiente a la teoría de la responsabilidad por comportamiento culposo, que basado en el esquema aquiliano, considera como violación contractual cualquier conducta imputable a la culpa o al dolo del contratante que conduzca ante alguna hipótesis de incumplimiento, modelo indisolublemente vinculado con la noción de diligencia.

Desde esta perspectiva, el acreedor que demanda con el fin de conseguir el resarcimiento del daño, debe probar satisfactoriamente no solo la entidad de este, sino también el incumplimiento como situación fáctica. En contrapartida, el deudor que ha sido demandado, podrá neutralizar la pretensión del actor, ofreciendo una prueba liberatoria de su responsabilidad, es decir, deberá probar que

el incumplimiento de la prestación, deriva de una causa que no le es imputable, es decir, respecto de la cual no puede afirmarse la existencia de culpabilidad.

Si el comportamiento específico del deudor, es decir, si su conducta en el caso concreto puede ser calificada como diligente, y pese a ello se ha presentado el hecho del incumplimiento de la obligación, deberá considerarse que el deudor no se encuentra obligado a asumir el resarcimiento del daño aducido como pretensión del actor en su demanda (Gazzoni, 2006, pp. 635 y ss.).

Una doctrina así concebida encuentra sus raíces en la jurisprudencia romana, concretamente en la noción de culpa (Iglesias, 1990, p. 463 y ss.) y ha tenido la más grande repercusión histórica. Las tesis fundamentales de este modelo pueden compendiarse en las siguientes ideas.

Para que exista posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios, deben concurrir, como circunstancias basilares de la demanda, el incumplimiento de la obligación de que se trate, teniendo presente que tal inexecución debe resultar imputable a la conducta del deudor, y además haber causado un daño al acreedor, a causa del retardo en el cumplimiento de la obligación, o por falta absoluta de este, o por resultar insuficiente o incompleto.

De ello se sigue que el deudor estará obligado a indemnizar siempre que no le sea posible justificar que no le es imputable la causa que motivó la falta de cumplimiento o su retraso, mientras que no debe asumir tal obligación para el caso de que la causa que impidió el cumplimiento no le es imputable, como sería la hipótesis de que un hecho del acreedor le impidiera el cumplimiento, o la presencia de fuerza mayor o caso fortuito. En síntesis, la falta de cumplimiento de la que se hace responsable el deudor puede provenir de su dolo o de su culpa (Mateos Alarcón, 2004, pp. 299 y ss.).

La diligencia siempre se valora caso por caso y en términos objetivos, es decir, en relación con el contenido concreto de la relación obligacional que se está analizando, aunque se enlaza con un parámetro de comportamiento regular, esperado y, por tanto, debido, de acuerdo con la norma conductual reconocida por la sociedad, dentro de cuyos límites ha desempeñado un importante rol el concepto del «buen padre de familia».

En relación con la diligencia, suele formularse una ulterior distinción entre las obligaciones de medios y obligaciones de resultado, correspondiente a que en las primeras la exigibilidad del comportamiento diligente se identifica propiamente con la conducta que lleva a la ejecución del deber, con independencia del éxito alcanzado, en tanto que en las de resultado, al traducir el interés del acreedor en el logro de un determinado fin, la exigibilidad de la diligencia es meramente instrumental. En caso de obligaciones de medios, corresponderá al acreedor probar la negligencia del deudor.

Otro aspecto vinculado con la diligencia en las explicaciones doctrinales de los modelos de responsabilidad contractual, está constituido por la cuestión de la imputabilidad, pues ciertamente, en ocasiones la ejecución de la prestación podría realizarse, pero implicando costos desproporcionados de toda especie, es decir, económicos, físicos e incluso psicológicos, lo que resultaría incongruente con un sistema que tuviera por principio la buena fe y la lealtad de las partes, en tanto que se configuraría como un abuso del derecho de crédito.

Desde este punto de vista, asume relieve el criterio de la inexigibilidad de la prestación, que lleva a la consideración de la conducta causante del incumplimiento como un comportamiento excusable. Por este camino, se comprende que los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito a los que se ha hecho alusión anteriormente, son entendidos como límites objetivos de la conducta exigible al deudor.

En efecto, el cumplimiento de la obligación encuentra el límite de estos supuestos, en tanto que los hechos naturales o del hombre a los que no se puede contraponer razonablemente fuerza o previsión alguna, ocasionan que la inejecución no pueda imputarse al deudor, como regla general.

Sobre la base de estas ideas, se ha formado una teoría llamada *de la responsabilidad* vinculada a la imposibilidad imputable, de acuerdo con la cual debe reputarse como caso de violación contractual la circunstancia en que el cumplimiento de la prestación haya devenido imposible, a menos que dicha imposibilidad no dependa de la culpa del deudor.

Esta doctrina es fundamentalmente de cuño alemán, y ha recibido diversas críticas, entre las que ocupa un importante lugar la que señala el hecho de que el contratante que ha cumplido lo que le corresponde, solamente es tutelado ante la hipótesis de que la prestación se haya tornado imposible, o bien sea ofrecido su cumplimiento con retraso, pero se encuentra desprovisto de todo remedio ante la ejecución parcial o defectuosa que igualmente produzca un daño al contratante.

La jurisprudencia alemana ha pretendido solucionar esta laguna producida en los términos originales de la teoría, proponiendo el principio de la lesión positiva del crédito, en el entendido de que se considera responsable al deudor siempre que el derecho de crédito sea cumplido de modo defectuoso o imperfecto.

Entre estos dos modelos principales, se ha insertado un tercero, a modo de teoría ecléctica, y llamado *de la responsabilidad por impedimento previsible*, que postula como elemento basilar de la violación, el vínculo que se ha contraído por medio del acuerdo que es el contrato, aunque complementándolo con la posibilidad para el contratante de demostrar que el cumplimiento de la prestación, o aun su ejecución puntual, han sido impedidos a causa de la aparición de eventos

incontrolables por el obligado dentro de los límites de una exigencia de un comportamiento razonablemente diligente<sup>6</sup>.

Fuera de nuestra tradición romanista continental, pero no por ello menos interesante como modelo, en el sistema anglosajón puede identificarse el criterio de la responsabilidad vinculada a la garantía, de acuerdo con el cual se reputa como violación contractual el objetivo no realizado del resultado prometido por medio del contrato, según el que el contratante deberá responder de él en cualquier caso, a menos que logre demostrar que dicho resultado no podía considerarse comprendido en el contenido del acuerdo<sup>7</sup>.

### 3. REGLAS FUNCIONALES: PONDERACIÓN DE LOS MODELOS

Como se ha señalado al comienzo de estas líneas, la doctrina francesa posee un término para referirse a los diversos supuestos de incumplimiento, a saber, *inexécution de l'obligation*. De estos aspectos, interesa ahora destacar uno, consistente en que de conformidad con este modelo, ante alguna hipótesis de incumplimiento, el juez debe juzgar si el contrato debe ser resuelto, o si por el contrario debe considerarse subsistente<sup>8</sup>, lo que trasluce una inteligencia peculiar sobre la institución analizada, en tanto que no solo se vincula con la indemnización de daños y perjuicios, sino incluso con la resolución, y permite advertir que el texto napoleónico no distingue con claridad las reglas relativas a los contratos, de las propias de la materia de las obligaciones.

<sup>6</sup> Es el criterio que inspira el artículo 79 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, según el cual, «una parte no es responsable por el incumplimiento de una de sus obligaciones, si demuestra que el incumplimiento se debió a un impedimento causado por circunstancias extrañas a su esfera de control, y que razonablemente no se encontraba obligado a prever al momento de la celebración del contrato».

<sup>7</sup> Cfr. el famoso caso de Taylor vs. Caldwell, 1863: la regla alcanzada por la labor jurisprudencial está formulada en los siguientes términos, obtenidos del texto de la sentencia dictada en el caso controvertido: «*A party's duty, under a contract is discharged if performance of the contract involves particular goods, which without fault of either party are destroyed, rendering performance impossible*». Dicha regla se basa en el siguiente cuestionamiento presentado ante el tribunal: «*May contract performance be excused for impossibility of performance if performance depends on the continued existence of a person or thing, and that person or thing ceases to exist?*».

<sup>8</sup> «Art. 1184. – *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement*».

«*Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts*».

«*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*».

Esta facultad otorgada al juez —tanto para decidir el cumplimiento en especie, como para determinar la resolución del contrato— puede plantearse solo a condición de reducir fuertemente el poder regulatorio de los propios intereses por las partes contratantes, es decir, solamente puede afirmarse frente a un esquema que sacrifica en este supuesto el principio de autonomía de contratación, en aras de otorgar al juez un amplio poder decisorio.

A pesar de que el cuadro institucional que sirve como esquema<sup>9</sup> al artículo del texto sustantivo civil francés al que se alude ha quedado superado por la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales franceses, se advierte otra circunstancia particular en este modelo, relativa a la ausencia de toda referencia a algún criterio subjetivo que pueda coadyuvar a plantear los límites del incumplimiento y la responsabilidad del deudor, concretamente, se advierte un elocuente silencio respecto de la noción de culpa, que la práctica *tribunalicia* ha debido corregir, lo cual muestra que el modelo francés está fuertemente inclinado hacia la tutela del contrato, en tanto que se colocan en primer lugar los remedios que podría alcanzar la parte que ha cumplido con lo que le corresponde ante un incumplimiento en la obligación recíproca (cumplimiento forzoso o resolución), y solo tangencialmente aparece el elemento de la culpa, en relación con la indemnización por daños (incluso compensatorios) y perjuicios.

El modelo alemán relativo a la responsabilidad contractual, por el contrario, descansa en dos elementos centrales, correspondientes a la imposibilidad (*unmöglichkeit*) y a la mora (*verzug*), y a diferencia del francés, carece de un concepto unitario en que puedan subsumirse las diversas hipótesis de incumplimiento.

Las críticas vertidas al esquema pandectista son muy numerosas en esta sede, pero fundamental es la referida al reduccionismo causado por la noción de imposibilidad como único criterio para valorar la muy variada casuística de incumplimiento contractual. En efecto, la doctrina ha señalado que «la presencia, entre las causas liberatorias, de la “imposibilidad” solo subjetiva y/o de la “imposibilidad” del deudor-contratante (*unvermögen*), que el Código alemán, malinterpretando las tesis de Savigny, ha asimilado a la objetiva, pone en crisis la coherencia del diseño, ya que poniendo en discusión el confin entre la propia y verdadera imposibilidad y dificultad, atenúa fuertemente el límite de la responsabilidad del deudor, llevándolo, a fin de cuentas, a identificarlo con la ausencia de culpa» (Di Majo, 1999, p. 32).

También se ha tenido ocasión de mencionar líneas arriba, que esta teoría, justo por su carácter excesivamente abstracto que implica el desconocimiento *in thesi* de las varias formas de violación contractual, ha debido ser complementada para las hipótesis de ejecución parcial o defectuosa (p. 32), por la que se ha denominado

---

<sup>9</sup> Se trata de la condición resolutoria.

como *doctrina de la lesión positiva del contrato*, pero aún en este caso, las directrices del Código alemán han conducido a incluir en este esquema la tutela de deberes de protección, que claramente no pueden ser considerados como obligaciones contractuales de prestación.

A propósito de dicha doctrina, se destaca finalmente que ha posibilitado la integración de la regla de responsabilidad limitada a la tipología de la imposibilidad imputable y de la mora, lo que no es sino una consecuencia más de la insuficiencia estructural originaria del modelo, que pretendió explicar una institución tan compleja como el incumplimiento con la sola noción de imposibilidad, y complementariamente, con la de mora.

#### 4. COROLARIO

El modelo francés se advierte inclinado hacia la materia del contrato, sin que parezca ofrecer un cuadro conjunto que ofrezca soluciones absolutas para la institución de la responsabilidad por incumplimiento distinta a la aquiliana, pero el alemán bien parece incurrir en la advertencia de Goethe sobre la desventura que trae consigo la generalidad de los conceptos, con lo que el pensador parece recomendar mantenerse alejado de las definiciones, como de toda abstracción, por corresponder esta actividad a la arrogancia y a la presunción del espíritu<sup>10</sup>. Del modelo ecléctico, llevado a la regulación del comercio internacional, parece plantearse otra alternativa al diseño de un modelo para la América Latina, aunque no exento tampoco de dificultades.

Sin embargo, con base en los elementos que se advierten como constantes no solo en los modelos plasmados en los Códigos, sino también los que enfatiza la doctrina civilista y que han sido descritos brevemente en estas líneas, podría ofrecerse como punto de partida una noción de *responsabilidad* que descansa en el concepto de obligación y, de esta forma, señalar que la contractual se resuelve en la atribución a favor del acreedor de una facultad o derecho secundario para alcanzar la indemnización del daño, en sustitución del derecho primario relativo al cumplimiento de la prestación, la cual es debida a causa de una obligación contractual, que ha devenido imposible.

---

<sup>10</sup> «*Allgemeine Begriffe und großer Dünkel sind immer auf dem Weg, entsetzliches Unglück anzurichten*». (2007, II, 3).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bravo Lira, Bernardino (1988) El derecho común de ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del barroco en Hispanoamérica. *Ius commune*, 15, 1 y ss.
- Catalano, Pierangelo (1990). Diritto romano attuale, sistema giuridici, diritto latinoamericano. En *Diritto e persone*. Vol. I (89 y ss.). Turín: Giappichelli.
- Di Majo, Adolfo (1999). Responsabilità contrattuale. En *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Vol. XVII. Turín: UTET Giuridica.
- García Gallo, Alfonso (1972a). La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. En *Estudios de historia del derecho indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- García Gallo, Alfonso (1972b). Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano. En *Estudios de historia del derecho indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Gazzoni, Francesco (2006). *Manuale di diritto privato*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Goethe, Johann Wolfgang (2007). *Maximen und reflektionen*. Allgemeines, ethisches, literarisches, II, 43. Recuperado de <http://www.wissen-im-netz.info/literatur/goethe/werke/maximen/1-02.htm>
- González, María del Refugio (1998). Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928). En Bravo Lira, B. y Concha Márquez de la Plata, S. (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*. Tomo I. Santiago: Universidad Santo Tomás.
- Iglesias, Juan (1990). *Derecho romano. Historia e instituciones*. Barcelona: Ariel.
- Mateos Alarcón, Manuel (2004). *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*. Tomo III. México DF: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Moisset de Espanés, Luis (1994). *Codificación civil y derecho comparado*. Buenos Aires: Zavallia.
- Rubio Correa, Marcial (1992). Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX. En *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (pp. 155 y ss.). Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino.
- Schipani, Sandro (2011). Codici Civili nel sistema latinoamericano. En VV.AA., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Turín: UTET.
- Schmidt Hott, Claudia (2005). La constitucionalización del derecho de familia. En Martinic, M. D. y Tapia, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo II. Santiago: LexisNexis-Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

- Soriano Cienfuegos, Carlos (2005). La justicia en la civilística mexicana durante el siglo XX: sus direcciones metodológicas. En VV.AA., *Historia de la justicia en México, siglos XIX y XX*. Vol. II (pp. 691-694). México DF: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Steger, Hans-Albert (1973). Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert. *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici*, 4, 22-34.
- Wieacker, Franz (1957). *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Madrid: Aguilar.
- Zimmermann, Reinhard (1996). *The law of obligations*. Oxford: Clarendon Press.