

13 HIPÓTESIS (EN PAÑOS MENORES) PARA CONSTRUIR UN SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES EN NUESTRO DERECHO (*)

Por Roberto Moreno Rodríguez Alcalá ()**

1

Llegó la hora de otorgar carta de ciudadanía dogmática propia a los remedios del acreedor derivados de la lesión al derecho de crédito y construir un sistema moderno de remedios contractuales en nuestro derecho.

(*) Las ideas que aquí se someten a la consideración del lector están presentadas al apuro, a las corridas casi, pues la tiránica y en ocasiones tormentosa exigencia del día a día impiden una mayor y más pausada elucubración de las mismas. Por esta razón, para usar una frase afortunada del gran ORTEGA, las presento al público lector en “paños menores”, con la esperanza de que sea mejor al menos provocar al debate que dejarlas en el tintero. Por supuesto que las mismas deben ser objeto de un mucho mayor y más detenido análisis, que espero poder emprender pronto; la urgencia de la tarea a realizar, y algún afán vanidoso de contribuir al debate, me llevaron imprudentemente a publicar las hipótesis. Agradezco los comentarios y sugerencias a un borrador anterior del Dr. Giuseppe FOSSATI, de reconocida generosidad intelectual, quién, lastimosamente, una vez más podrá comprobar la incapacidad radical que tengo para incorporar ideas mejores que las mías a mis trabajos. Por esta razón, queda exento de los errores y (particularmente) de las rimbombancias que pueda tener este ensayo, que me pertenecen en exclusividad.

(**) Profesor de Derecho Civil IV (Contratos), Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica. Procurador General de la República del Paraguay.

2

Durante demasiado tiempo la materia de los *remedios* (1) otorgados al acreedor ha sido analizada mayormente en otra sede, en el ámbito teórico de la “obligación”, concepto matriz del derecho civil. Así, el verdadero epicentro dinámico del tráfico jurídico –todo lo relativo al (in)cumplimiento del programa prestacional y la batería de remedios que otorga el sistema para tutelar el derecho de crédito– pasa a un segundo plano, y en lugar de tener su independencia dogmática, es estudiado como un apéndice de los “efectos de las obligaciones”, como un punto más de los tratados obligacionales, lo que resulta en un desdoblamiento dogmático: algunos remedios son analizados en sede de las obligaciones como efecto de las mismas –el cumplimiento forzoso en general, o la indemnización de daños–, y otros en sede doctrinaria de los contratos –la resolución del contrato o la suspensión del propio cumplimiento– (2). Esto implica que una misma cuestión –la de los remedios del acree-

(1) La palabra “remedios” es una importación reciente por parte del *civil law* de un término propio del *common law*, utilizado para denominar a las distintas pretensiones a las que puede acceder el acreedor según el distinto supuesto de hecho que esté detrás de la lesión al derecho de crédito. La relación entre “*rights*” (derechos) y “*remedies*” es sumamente compleja y no puede analizarse aquí (un estudio penetrante es el de D. FRIEDMANN, “Rights and Remedies” en MCKENDRICK & COHEN, *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, Londres, 2005, pág. 3 y ss.), pero resulta de suma utilidad a los efectos de entender que los distintos supuestos de hecho (*fact-situations, fattispecie*) atienden a distintas reacciones por parte del ordenamiento y del acreedor. En cierto modo, el argumento que aquí se expone pretende quizás dar un paso hacia atrás en la evolución del *civil law*, al ir de un derecho abstracto del acreedor a remedios específicos en base a hechos particulares (en forma parecida a lo que propugna B. BIX, *Contract law*, Cambridge Univ. Press, 2012, pág. 156 y ss.).

(2) A modo de ejemplo, y tomando al siempre influyente –especialmente para nuestra civilística ortodoxa– *Tratado* de BORDA (7ma. edición, Buenos Aires, Perrot, 1994) como piedra de toque, el remedio de la “responsabilidad contractual” –la obligación de indemnizar daños y perjuicios derivados del contrato– se analiza en los tomos relativos a las “obligaciones” (como un “efecto anormal”), en tanto que el remedio sinalagmático de terminación/resolu-

dor—es estudiada y tratada en distintos momentos y lugares, en lugar de darse un tratamiento unificado, sistemático e integral, que atienda al fenómeno del incumplimiento desde una óptica unitaria y realista. *Unitaria*, pues integra toda la problemática en un mismo lugar; *realista*, porque parte del hecho cotidiano, real, del contrato, y no de un concepto abstracto, como lo es el de la obligación.

Por ello, y en forma parecida a lo que sucedía a nuestro país en aquel lejano mayo de 1811, nuestro derecho de la sistemática de *los remedios del acreedor* ante el incumplimiento y la *responsabilidad contractual* (3) sigue esperando su alborada emancipadora, que lo libere de este frío y asaz reinado conceptualista y le haga ver el amanecer de la realidad y la necesidad de la práctica jurídica. Lo que se impone en esta materia, en suma, es que el cons-

ción de contrato (“pacto comisorio”), es un “efecto” de los contratos bilaterales y se estudia en los tomos sobre “contratos”. Y así sucesivamente.

(3) La expresión “responsabilidad contractual” es equívoca, y resulta por ello pertinente aclarar, con JORDANO FRAGA (siguiendo en este punto al italiano GIORGIANNI), que bajo la “responsabilidad contractual” usualmente se estudian tres grupos de problemas: (i) los supuestos de incumplimiento del contrato, o lesión del derecho de crédito; (ii) la imputación del incumplimiento y los criterios utilizados para la misma, esto es, el núcleo del juicio de responsabilidad para determinar si las consecuencias del incumplimiento recaerán sobre el deudor o sobre el acreedor; (iii) los remedios o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento, o conjunto de medidas que dispone el acreedor para la defensa de su derecho. Ver JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987 págs. 35 y ss.; y también LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 17-18 (con abundantes aclaraciones terminológicas). Pero ojo: la “responsabilidad contractual” *strictu sensu* —es decir, como pretensión de reparación de los daños derivados del incumplimiento—, es solo un remedio más dentro del grupo de remedios previstos bajo el (iii), lo que motiva la potencial confusión terminológica. Puede hablarse, por ello y con el correspondiente *caveat*, de “responsabilidad contractual” en sentido general (como conjunto de problemas relacionados a la dinámica contractual) y en sentido particular (como remedio indemnizatorio substitutivo), sentido que, salvo indicación contraria, aquí se privilegia.

structor de la dogmática deje de dar la espalda a los operadores jurídicos del día a día; esto es, a los abogados, jueces, empresarios, o al ciudadano común mismo, que no trafican con la “obligación” abstracta –puro concepto que no tiene correspondencia *strictu sensu* en la realidad–sino con “contratos” de carne y hueso –la cotidiana compraventa, la mensual locación, el mutuo a plazo, y así sucesivamente–.

3

Este fenómeno de priorizar el concepto sobre la realidad –la obligación antes que el contrato– tiene, desde luego, una explicación histórica. El núcleo de la tradición continental del *civil law*, se sabe, se construyó sobre un largo proceso de racionalización, abstracción y generalización del concepto de la obligación en un periodo de siglos, entre el “*big bang*” que supuso el redescubrimiento del derecho romano en el alto Medioevo (4) y el consecuente desarrollo del *ius commune* a manos de los glosadores y post-glosadores, pasando por el aporte de los escolásticos tardíos, de la escuela moderna del derecho natural, hasta llegar a la adopción del paradigma científico-geométrico en el apogeo del racionalismo jurídico (5). Mediante este largo proceso, el *civil law* se construyó sobre conceptos, antes que realidades (6). Esto explica que tenga

(4) K. PENNINGTON, “The Big Bang: Roman Law in the Early Twelfth Century”, *Rivista internazionale di diritto comune*, 18 (2007), pág. 40.

(5) En una oración se han resumido siglos de historia y evolución del derecho, cosa que sabrá disculparse; afortunadamente, hoy contamos con un estudio filosófica y jurídicamente sofisticado con la aparición de la magnífica obra de JAMES GORDLEY, *The Jurists: A Critical History*, OUP, Oxford, 2013, en la cual detalladamente se explica la evolución que se ha intentado resumir en el texto.

(6) O, si se quiere transpolar la terminología de HAYEK, sobre el modelo del “constructivismo” en lugar del “evolucionismo”. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres, 1998, vol. 1, pág. 8 y ss. Quizás convenga agregar que la construcción sobre conceptos no es algo insuperablemente equivocado –el ser humano no puede pensar sin conceptos–, salvo que se lo exagere. Como la “revuelta contra el formalismo” –que se dio tanto en el *civil law* como en el *common law* en la primera mitad del siglo XX– lo demuestra, sí hubo exageración, que es la que aquí se criticará.

así en su matriz conceptual fundamental a la noción general de la obligación, los distintos tipos de obligaciones, las formas de extinción de las obligaciones y así sucesivamente, y solo luego, y en forma secundaria, aparezca el contrato, que es la figura “real”, por así decirlo. El conceptualismo decimonónico – en su vertiente de la escuela de la *exégese* en Francia, o de la *begriffenschule* alemana– solo vino a ser la apoteosis de este estado de cosas, al separar a todo concepto jurídico de los valores y principios que lo alimentaban, constituyendo los *traités des obligations* en los *locii* naturales de elaboración del derecho civil por excelencia; y, en el caso particular teutón, la cuestión se agravó con la aparición del *rechtsgeschäft* (o negocio jurídico), pues el grueso de la construcción conceptual civilista en ese sistema osciló entre la obligación en general y la declaración de voluntad, género que se convierte en un tópico de estudio intenso a pesar de su abstracción, quedando el contrato decididamente en un segundo plano, apenas como una instancia particular de la *willensklärung* (7).

Pero este proceso histórico de racionalización no solo implicó que la obligación se convirtió en el punto central del foco del jurista en el derecho civil, de su estudio y análisis, sino tuvo otro efecto que marcaría a fuego el devenir del derecho de los contratos en el *civil law*: la construcción de la “teoría general de las obligaciones” (8), en virtud de la cual no solo se partía de la abstracción para eventualmente llegar a lo concreto –construyendo un

(7) F. H. LAWSON, *A common lawyer looks at the civil law*, Greenwood Press, Connecticut, 1977, sigue siendo –de lejos– el mejor lugar para comprender cabalmente el gran cambio que se dio en el *civil law*, particularmente en sede del derecho civil patrimonial, con este proceso de generalización y abstracción de los conceptos jurídicos fundamentales (obligación; acto jurídico; enriquecimiento injusto). Paradójicamente, el *common lawyer* enseña más al *civil lawyer* que a su auditorio original.

(8) La mejor explicación de este proceso lo constituye el monumental ZIMMERMANN, *The law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition*, OUP, Oxford, 1996, que al tiempo de resaltar debidamente la influencia en este punto de la *Pandektensystem*, de los “pandectistas germanos”, señala que esta teoría es “hija del formalismo jurídico, por lo que las teorías jurídicas basadas en la ética social la rechazarán” a pesar de lo cual se ha incrustado “firmemente en el derecho privado alemán” (pág. 31).

sistema altamente técnico y desenraizado de la realidad, difícil de entender para quién no estuviere iniciado en su esotérico tecnicismo (9)— sino que la responsabilidad aquiliana o extracontractual y la contractual fueron analizadas bajo un mismo prisma —el de la obligación—, de forma tal a que resulte natural tratarlos como manifestaciones de un único y mismo fenómeno. Esto terminaría por afectar no solo los presupuestos de aplicación y sus consecuencias en ambas órbitas —en el afán interminable de unificar y generalizar— sino que quitaría lustre a la materia más importante en la práctica cotidiana: la fase dinámica de ejecución y sobre todo el incumplimiento de un contrato. La responsabilidad contractual así apenas terminaría siendo un “efecto anormal” o “accidental” de la obligación en general, en lugar de tener su carta de ciudadanía propia, su independencia jurídica (10).

4

La doctrina más avanzada hace tiempo le ha tomado el pulso a estos dos fenómenos relacionados, que ponen al contrato en el asiento trasero.

El primero de ellos, a saber, ha sido el enfoque obsesivo sobre la obligación *qua* concepto jurídico abstracto, y el consecuente alejamiento de la

(9) Nuevamente, ZIMMERMANN: “la comprensión del derecho se vuelve algo extraordinariamente difícil para alguien que no esté específicamente formado en el pensamiento legal”. ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, ob. cit. pág. 31.

(10) Es un lugar común de nuestros manuales ortodoxos de las obligaciones que se tome como punto de partida, en lugar de la realidad —del “incumplimiento” del contrato y de los “remedios” previstos para hacer frente a dicha situación y tutelar el derecho de crédito— al puro concepto —la “obligación” en general, sin discriminar— para luego pasar a los “efectos” de las mismas, dividiéndose ellos en efectos “normales” y “anormales”. Por todos, ver el clásico de J.J. LLAMBÍAS, *Obligaciones*, tomo I, Edit. Perrot, Bs. As. (Capítulos V y VI). *And yet...* nunca hay un cuestionamiento previo obvio: ¿pueden hablarse de efectos normales y anormales de una obligación derivada (por ejemplo) de un acto ilícito? La respuesta es claramente que no. Entonces: ¿por qué no ir un paso más y separar claramente al contrato y darle su lugar, que solo tácitamente se le reconoce?

realidad en lugar de atender al negocio jurídico concreto de todos los días que es el contrato. Extraordinariamente certeras y lúcidas han sido las palabras del profesor catalán Fernando GÓMEZ POMAR

La visión aún dominante entre nosotros sobre el papel del contrato sigue siendo, no obstante, relativamente subordinada... Siempre admiradores de los conceptos y las elaboraciones conceptualmente alambicadas, sobre todo si tienen pedigrí histórico, nos hemos olvidado con excesiva frecuencia de que los contratos existen en la realidad, las obligaciones, en cambio, no. Los contratos son la forma más importante (cuantitativa y cualitativamente, al menos en una sociedad compleja) de articulación de la cooperación entre los individuos. Las obligaciones son meros expedientes técnicos, instrumentales, para ordenar y expresar los efectos jurídicos de la cooperación humana expresada en el contrato. El contrato es sustancial; la obligación, instrumental (11).

No se trata, cabe aclarar inmediatamente, de desechar o desdeñar el concepto de obligación, que ha sido objeto de siglos de análisis y refinamiento en el derecho continental. Esto sería un grave despropósito; la idea de la obligación ha permitido que se desarrolle enormemente la ciencia civilista y que alcance grados de sofisticación inimaginables, y como tal, es patrimonio cultural bien ganado del *ius commune* (12). Por el contrario, se trata de aprovechar dichas construcciones teóricas —literalmente, de construir sobre las mismas— pero pasándolas por el prisma de la realidad, de poner los bueyes delante de la carreta. Esto no es sino reconocer lo que cualquier jurista con buen olfato de hecho intuye: como ha señalado el maestro boloñés Francesco GALGANO, no existen dudas de que cuando nuestros códigos hablan de “obligaciones”, se están refiriendo justamente a las “contractuales”, por lo que tácitamente se parte de las obligaciones contractuales como modelo legislativo (13).

(11) F. GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en derecho español”, en www.indret.com

(12) Basta con otear el ya citado monumental libro de ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, ob. cit., para confirmar este aserto.

(13) “*Le norme sulle obbligazioni in generale sono, fundamentalmente, norme pensate per le obbligazioni da contratto; e la stessa norma dell’art. 1174, che è la sola norma contenente elementi di definizione dell’obbligazione*

Lo que falta es explicitar esto y llevar el análisis un paso más adelante, darle la misma sistematización teórica al contrato y su dinámica de cumplimiento.

El segundo de estos problemas, a su vez, ha sido una consecuencia de este enfoque abstracto conceptual, y radica en el descuido por la responsabilidad contractual: por todo lo que se refiere a la inexecución y sus consecuencias, lo que puede llamarse la “fase dinámica del contrato”, en contraposición a la “fase estática” que estudia la formación, los elementos, la clasificación, etc., y su tratamiento como un área de estudio independiente.

Al ser la obligación el concepto central del derecho civil patrimonial, la fase dinámica del contrato —esto es, el día a día de los empresarios y personas en la ejecución y cumplimiento del contrato—, no tiene su independencia conceptual propia, sino que se la encuentra dentro del estudio de las obligaciones como una cuestión inconexa y accesorio, desdoblándose en todo caso la materia. La misma responsabilidad contractual se construye distorsionadamente, desde el concepto general de la obligación, y se hacen apelaciones a la “unificación” de la responsabilidad civil, en el absurdo presupuesto de que incumplir un contrato es fenomenológica y ontológicamente *lo mismo* que causar un accidente de tránsito.

Son por ello todavía más agudas las observaciones de ese notable luchador por la dignidad e independencia del derecho de los contratos, y particularmente de la responsabilidad contractual, construida con sensibilidad a los fines, valores y funciones exigidos por la práctica comercial y contractual —el profesor español Fernando PANTALEÓN PRIETO—, quien en vanguardistas

*in generale, finisce con l'alludere alle sole obbligazioni da contratto... allorché pone il principio secondo il quale “la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve corrispondere a un interesse del creditore”, para concluir con agudeza que “si mette in evidenza come la tecnica legislativa... (ha) elevato al rango di diritto generale delle obbligazioni principi propri delle obbligazioni da contratto e, in definitiva, confermato la preminenza di queste su ogni altra obbligazione”. FRANCESCO GALGANO, *Tratatto di Diritto Civile*, II Volumen, 2da. Edición, CEDAM, págs. 4-5. ¿Por qué no ir un paso más allá?*

trabajos ha apuntado este fenómeno y las distorsiones que son causadas al unificar en sede conceptual lo que la realidad pide sea tratado por separado:

A mi juicio, el efecto más negativo de la elaboración de la Teoría General de las Obligaciones por parte de los juristas del civil law consiste en que ha generado la equivocada idea, difícil de entender para un jurista del common law, de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida haya nacido o no de un contrato... Cabe anticipar que nos parece evidente que esa específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone, ha de reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de contrato; lo que, por hipótesis, no cabe predicar respecto de las obligaciones legales (14).

La consecuencia de estos dos fenómenos recién relatados es que la responsabilidad por incumplimiento del contrato —o mejor, el sistema de los remedios del acreedor para tutelar la lesión del derecho de crédito— carece de una independencia en su estudio y regulación, y lo que es peor, la misma termina siendo distorsionada en la práctica, aplicándosele principios generales de las obligaciones o de la responsabilidad extracontractual en lugar de normas sensitivas a los hechos y necesidades de los operadores jurídicos. Esto explica, principalmente, que se carezca en nuestro derecho de un estudio especializado de la responsabilidad contractual, así como también de una regulación independiente y acorde con las necesidades actuales del tráfico jurídico.

En otras palabras, lo que se gana en coherencia lógico-conceptual se pierde en realidad.

Nuevamente, las palabras del profesor PANTALEÓN PRIETO son paradigmáticamente descriptivas del problema:

(14) Fernando PANTALEÓN PRIETO, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1991, pág. 1020.

en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales [i.e. la responsabilidad civil unificada], o es solo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado [en la práctica] (15).

Se comprende entonces de que se sostenga que existe una necesidad de un “grito de independencia” en materia de responsabilidad contractual y en la construcción de un sistema adecuado de remedios para el acreedor en defensa de su derecho de crédito.

5

Esta independencia vendrá en primer lugar por la vía de separar por un lado la responsabilidad por incumplimiento del contrato de los efectos secundarios o auxiliares de las obligaciones; esto es, de empezar por la causa –el contrato– y no por el efecto –la obligación–. Y, en segundo lugar, por deconstruir años de capas y capas dogmáticas que buscaron unificar a la responsabilidad contractual y extracontractual, para oscurecer el fenómeno de un sistema articulado de remedios para el acreedor en la tutela de su derecho de crédito, observándolo no ya como una obsesión por la conducta “ilícita” del deudor –que se traduce en materia contractual por una equivocada obsesión por la culpa– sino como una problemática multiforme que busque por sobre todo la satisfacción del interés en el cumplimiento exacto de la prestación (16).

En cierto sentido, el trabajo de independización del sistema de remedios del acreedor es un trabajo de contracorriente, de “contra-cultura jurídica”: va directamente en contra de la intuición martillada en los cerebros de los

(15) Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1993, pág. 1719 (incluido también en DE TRAZEGNIES, PANTALEÓN PRIETO, SOTO y MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Cómo repensar el derecho privado moderno*, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción, 2010).

(16) Breve, autoritativo, lo que escribe al respecto JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, “Responsabilidad contractual”, en DE LOS MOZOS y SOTO (Directores), *Responsabilidad civil – Derecho de daños*, Tomo 4, Edit. Grijley, Lima, 2006, pág. 47 y ss.

juristas del *civil law* durante siglos, de que la tarea a realizar es generalizar, abstraer, simplificar, unificar, sin descanso, sin parar. La concepción tradicional de la *mens civilis* es que debe construirse un “sistema genuinamente perfecto”, que no tenga fisuras, y que tenga una estructura lógica coherente y sin agujeros, que permita al operador resolver cualquier caso que se plantee por una simple operación de deducción lógica y aplicación de los conceptos al problema concreto. Esta tendencia a la generalización y abstracción es lo que explica el extraordinario esfuerzo de décadas —una obsesión casi patológica— que ha venido haciendo (por ejemplo) la doctrina argentina para unificar la responsabilidad civil extracontractual y contractual a cualquier precio —en claro detrimento de ésta última, mucho más rica en matices dada la *praxis* comercial dinámica e inagotable— lo que se presenta (paradójicamente) como el mayor avance científico que se ha obtenido en la materia.

La tesis que aquí se defiende es por tanto contraria a la corriente de lo que se ha venido diciendo y enseñando en la materia, especialmente en nuestra área de influencia geo-jurídica.

Esto de por sí no resulta grave, pues sin negar la calidad que ha alcanzado esta evolución de la dogmática civilista, puede aceptarse que el exceso ha llevado a un ligero estado de embriaguez conceptual que puede, y debe, ser morigerado de alguna manera. Una dosis de realismo jurídico, como el que sacudió en la primera mitad del siglo veinte al conceptualismo jurídico en el *common law* norteamericano, no vendría nada mal en este punto: atendamos la realidad, el problema, y luego construyamos el sistema, no a la inversa (17). Ello permitirá justamente recordar que “los contratos existen en la realidad, las obligaciones, en cambio, no”, y construir en todo caso los conceptos a partir de esta realidad.

(17) El realismo jurídico americano es un fenómeno complejo y difícil de definir —véase para algunas de las varias interpretaciones (más de 4) que se le han dado, el prólogo de la segunda edición del trabajo de WILLIAM TWINING que ha hecho F. SCHAUER— pero sin dudas tuvo en general un impacto positivo en el desarrollo del derecho (William TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2014, prólogo de F. SCHAUER). Impacto positivo que fue reclamado en el *civil law* —es cierto— mucho tiempo antes por ese gran realista *avant la lettre* que fue IHERING: no

6

Pero, y lo que resulta todavía más importante, esta tarea se hace más fácil dado el gran avance que ha tenido la materia no en la sede más “provinciana” del derecho civil, sino en la más “católica” del derecho comparado; y, particularmente, los espectaculares progresos en el así denominado “nuevo derecho de la contratación” (18).

En este sentido, la paciente y revolucionaria tarea emprendida por la ciencia del derecho comparado en el siglo veinte ha permitido acercar a las distintas tradiciones jurídicas y aprovechar lo mejor de las mismas para la construcción de un sistema más dinámico y cercano a la realidad. El primer y más revolucionario paso en este sentido, por supuesto, fue la *Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías de 1980* (mejor conocida por su acrónimo en inglés, CISG), en la cual ya se puede observar la construcción de un nuevo y más sofisticado sistema de remedios para el incumplimiento del contrato, en el caso particular, el contrato de compraventa de mercaderías. La culminación de este movimiento se alcanza en los esfuerzos armonizadores del *soft law* contractual moderno, desde los influyentes *Principios de Contratos Internacionales* preparados por los juristas de UNIDROIT hasta los *Principios Europeos de los Contratos* (19), en los que la responsabilidad contractual y la construcción de un sistema articulado de remedios para el incumplimiento tienen ya su independencia no solo conceptual, sino normativa.

De esta manera, el diálogo entre tradiciones jurídicas, y sobre todo entre el *common law* y el *civil law*, ha permitido a este enriquecerse en una podemos vivir en el cielo de los conceptos, sino en la realidad (IHERING, Rudolf, *Bromas y Veras en la Jurisprudencia*, EJEA, Buenos Aires, 1974 [1884]: todavía parece escrito ayer). En el sentido de dar mayor atención a la realidad y a los efectos de las normas jurídicas, sin dudas, “todos somos (o deberíamos ser) realistas ahora”.

(18) El Prof. MORALES MORENO lo define así: es “una nueva construcción del derecho contractual, surgida en el derecho uniforme, por las necesidades del comercio internacional, que ha ejercido y continúa ejerciendo influencia en la modernización del derecho de obligaciones continental”. MORALES MORENO, *La Modernización del Derecho de las Obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, Pág. 25.

(19) Amplia información al respecto en José A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Edit. Intercontinental, Asunción, 2013.

materia –no hay demasiadas ocasiones en las que ello puede pasar dada la mayor historia de construcción dogmática continental– en las que el sistema estaba concebido mejor en su contraparte anglosajón. Como ha dicho un destacado jurista teutón, “en las discusiones modernas de *lege ferenda*, el derecho inglés ha venido fijando hace tiempo los términos del debate en esta materia” (20).

Otro gran jurista alemán, Franz WIEACKER, señalaba en este sentido que la relación obligatoria ha sido concebida desde dos perspectivas diferentes en el derecho comparado: una la contempla desde el deber de conducta del deudor; la otra, desde la satisfacción del interés del acreedor (21). Los sistemas continentales, esto es, los países del *civil law*, han adoptado –bajo la poderosa influencia del *Code* francés– la primera perspectiva en su posición más clásica, generando la idea que la conducta del deudor era lo primordial para la dilucidación de esta cuestión. Su estándar de medición, a su vez, no era otro que el clásico de la culpa, factor de imputación necesario para responsabilizar al deudor. El segundo esquema, que enfatiza la protección del interés del acreedor, considera que el deudor no solo ha prometido una determinada conducta (la prestación), sino “algo más”: una garantía del resultado previsto en la obligación. Este es, por supuesto, el esquema tradicionalmente aceptado en el *common law*, en donde no se duda que la responsabilidad del deudor es objetiva (22), ya que la responsabilidad contractual “se construye al margen de la culpa” (23).

(20) Increíble resulta, en cierto sentido, el reconocimiento de esto por un alemán: ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, ob. cit. pág. 814.

(21) La referencia a WIEACKER es de un Artículo de 1965, “*Leistungshandlung und Leistungserfolg in bürgerlichen Schuldrecht*”; en el trabajo del Prof. MORALES, contenido en el comentario al art. 35 de la Convención de Viena, en Luis Díez-PICAZO (Director), *La Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, pág. 289 y ss.

(22) Y así, el más autoritativo tratado de contratos norteamericano, en ningún lugar menciona a la palabra “*fault*” a la hora de analizar el “*breach*” y los “*remedies*”; FARNSWORTH, *Contracts*, 4ta. Edición, Aspen, N. York, 2004.

(23) Dice el Prof. MORALES: “ello es consecuencia del punto de partida adoptado: el contratante no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura (orientada naturalmente a la consecución de un resultado), sino en torno a un resultado: garantiza la consecución del resultado previsto en el contrato. Es la misma idea a la que responden en los sistemas continentales los

El diálogo de las tradiciones ha permitido vencer así uno de los mitos del derecho de responsabilidad contractual en el *civil law*: la culpa como axioma del sistema. Esto, a su vez, permite fortalecer la idea misma del contrato, del *pacta sunt servanda*, no como mera promesa de diligente cumplimiento, sino como cumplimiento a secas: el contrato es garantía de resultado. El enfoque se traduce en un giro copernicano, en el cual la mira sobre el deudor y su conducta cede ante la satisfacción del interés del acreedor al cumplimiento exacto de la obligación como resultado. Y, en caso de no cumplimiento exacto, sea la razón que fuere, permite la construcción de un sistema articulado de remedios para proteger el derecho de crédito lesionado por el deudor.

En palabras del profesor MORALES MORENO,

Este enfoque permite contemplar la relación obligatoria, no exclusivamente desde la perspectiva del deber, cuyo cumplimiento libera al deudor, sino desde la más amplia (que no contradice la anterior) de resultado de satisfacción del interés del acreedor. Los remedios son las vías con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento del contrato, para, en mayor o menor medida, según el caso, satisfacer su interés; o, dicho de otro modo, trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor(24).

Paradójicamente, la conversación y diálogo con el *common law* permiten así al derecho continental efectivizar la fórmula *pacta sunt servanda*, de la cual se consideraba paladión, a pesar de que la responsabilidad contractual encontraba una regulación más fuerte, si se permite la expresión, en el mundo anglosajón. En este, salvo muy contadas excepciones, la responsabilidad del

saneamientos o garantías legales. Esto no significa que la vinculación y consiguiente responsabilidad del contratante no tenga límites. Los tiene; pero no se basan en la idea de que el deudor ha incumplido sin culpa, sino en la consideración de que existen hechos o circunstancias que obstaculizan el cumplimiento del contrato que no deben quedar cubiertos por la garantía del deudor." *vide* MORALES, en DIEZ-PICAZO (Director), *La Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, pág. 286 y ss.

(24) MORALES MORENO, *La Modernización del Derecho de las Obligaciones...*, *ob. cit.* págs. 21-22.

deudor era (y es) estricta, y el acreedor cuenta con un sistema de remedios articulado a su disposición para hacer valer su interés lesionado por el deudor. No tiene nada de malo reconocer un área de debilidad del derecho civil, al menos con relación a su contrapartida anglosajona, pues el rol del jurista no es la defensa chauvinista de sus conceptos propios, sino el otorgamiento de soluciones prácticas, eficientes y razonables a los operadores del sistema.

7

Pero, y además, no puede olvidarse que este nuevo derecho de la contratación, y sus avances innegables, tienen como fuente mediata a los extraordinarios desarrollos de la moderna ciencia del derecho comparado, desde el lejano y monumental trabajo de Ernst RABEL y sus esfuerzos por la armonización del derecho de la compraventa (25), pasando por los éxitos *prácticos* de la CISG, hasta llegar a los *Principios UNDRUIT* y los *Europeos*, y las conquistas *teóricas* del así denominado enfoque funcionalista del derecho comparado (26).

De hecho, y aquí cabe ser firmes y tajantes: el derecho de los contratos —sea nacional o internacional, paraguayo, italiano o alemán— *simplemente hoy día no se puede entender, ni hacer, sin derecho comparado.*

Ello, no solo porque los avances comparatistas han sido realmente espectaculares y deben ser obligatoriamente aprovechados, sino por una razón todavía más importante. Porque: de hecho solo con supina ignorancia de la historia del derecho de los contratos puede sostenerse que cada derecho nacional es un compartimento estanco, solitario, que puede ser comprendido cabalmente en independencia de los demás, como si fuera un universo aislado.

(25) Se trata de la obra de dos tomos, *Das Recht des Warenkaufs*, de 1936 (el primer tomo) y de 1958 (el segundo, ya póstumo), que lastimosamente no ha sido traducida al español, y sin la cual el moderno derecho de los contratos hubiese sido muy diferente (sin CISG, incluso, cabe conjeturar).

(26) Ejemplificados por el clásico ZWEIGERT & KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, OUP, Oxford, 3ra. edición, 1998, con el conocido grito de batalla “el principio metodológico básico de todo derecho comparado es el funcionalismo” (pág. 34).

do. James GORDLEY ha argumentado –sobre hombros de otros gigantes comparatistas como Alan WATSON y Rodolfo SACCO– que es un *error fundamental* pensar que el derecho de un país concreto (por ej. el paraguayo) es un sistema unificado, solitario y aislado, antes que una amalgama de soluciones a problemas enfrentados en el pasado (27). Recurriendo a las luminosas páginas de SACCO –particularmente, a la idea de los “formantes jurídicos” (*legal formants*)(28)– ha sostenido que mucho del derecho que consideramos como puramente nacional y autóctono en realidad no es tal, sino que los conceptos, instituciones y reglas jurídicas pasan de una nación a otra reteniendo o no su contenido original (desde el derecho romano en adelante). Piénsese nada más en la cantidad de “formantes jurídicos” que constituyen al actual derecho civil paraguayo – la base romana, con capas y capas de derecho francés, argentino, incluyendo sus proyectos de reforma, italiano, alemán, y así sucesivamente (29). Es una equivocación, y una bien grave, pensar que el derecho nacional –en este caso el paraguayo– es un sistema autóctono, generado espontáneamente, en lugar de una amalgama de soluciones construida a través del tiempo y del espacio.

Por ello, hacer derecho de contratos sin derecho comparado es sencillamente eso: *un error histórico, metodológico y dogmático fundamental*.

Pero, y además, el derecho comparado otorga un sinnúmero de ventajas al análisis de una institución jurídica que no pueden ser desaprovechadas (30):

(27) James GORDLEY “Comparative Law and Legal History”, particularmente págs. 761-763 en REIMANN-ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2008.

(28) R. SACCO, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law” (1991) 39 AJCL 1.

(29) En un trabajo anterior se ha constatado la gran cantidad de fuentes que constituyeron solo una parte de nuestro Código Civil, en este caso, la responsabilidad civil; una verdadera “ensalada de formantes jurídicos”: Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2009.

(30) Resumidos equilibrada y documentadamente en R. MICHAELS, “The Functional Method in Comparative Law”, en REIMANN & ZIMMERMANN (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, pág. 364 y ss.

Primero, tiene una función epistemológica: ayuda a encontrarle sentido, a comprender mejor los datos e informaciones que uno recaba al analizar una figura. La idea sería que uno puede comprender mejor, por ejemplo, al enriquecimiento injustificado si toma en cuenta como se desarrolló en el derecho francés y alemán, y cómo fue respondiendo en forma distinta a problemas similares. *Segundo*, el derecho comparado permite no solo la construcción de un sistema con su propia sintaxis y vocabulario aprovechando las excursiones y soluciones que se dan en otros ordenamientos, sino que ese nuevo sistema sea, en un sentido metafórico pero importante, “mejor derecho”. En la afortunada frase del pionero comparatista francés Raymond SALLEILLES, el jurista debe buscar las soluciones de otros sistemas para mejorar el suyo y buscar un *droit idéal relatif*, un “derecho ideal relativo” (31), nunca terminado, siempre mejorable. *Tercero*, el derecho comparado permite, como corolario a todo esto, tener una visión más amplia y comprensiva de los distintos problemas y soluciones que enfrenta todo sistema jurídico, y al mismo tiempo da una visión más tolerante a soluciones extranjeras y permite una crítica más profunda de nuestra propia solución. Desde esta perspectiva, el derecho comparado es el antídoto perfecto para ese mal tan nefasto que es el *chauvinismo jurídico*, enfermedad que no tiene ni puede tener lugar en el derecho civil, *ius commune* si los hay. Así, finalmente, se cumple con la función de facilitar la armonización del derecho contractual y acercamiento de las soluciones, para que nuestro derecho no se desarrolle a espaldas de lo que está sucediendo en el resto del mundo (32).

Lo que resulta todavía más importante: esta toma de nota del nuevo derecho de la contratación internacional, además, ya no es un mero prurito de erudición, o de intento de engalanarse con citas de derecho extranjero; es una realidad de nuestro propio derecho patrio.

(31) Citado por R. MICHAELS, “The Functional Method in Comparative Law”, en REIMANN & ZIMMERMANN (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, pág. 373.

(32) Como sucedió, en mi opinión, en el derecho argentino, que se ha vuelto insoportablemente auto-referencial, evolucionando incluso a contramarcha del resto de los sistemas en algunos puntos.

En efecto: la *Convención* de Viena de 1980, la CISG, ya mencionada más arriba, hoy día forma parte integral del ordenamiento jurídico paraguayo conforme con el art. 137 de la Constitución, ante la promulgación en el año 2005 de la Ley No. 2611/2005 que aprobó la Convención y modernizó, de la noche a la mañana –aunque sin demasiada noticia doctrinaria o jurisprudencial– nuestro derecho de la contratación y de los remedios contractuales. La *Convención* regula (potencialmente) a más del 80% del comercio mundial(33), existiendo casi cien países signatarios, y en el caso de Paraguay basta con recordar que salvo acuerdo en contrario toda compraventa entre Argentina y Paraguay se rige por la misma, para dar cuenta de la tremenda importancia de este documento. En cualquier caso, la CISG ya forma parte de nuestro derecho, y es aplicable no solo en los supuestos previstos en su art. 2º, sino también al ser superior al Código en el orden de prelación de leyes, puede servir (¿por qué no?) hermenéuticamente como clave de (re)interpretación o llenado de lagunas del sistema mismo de compraventa del Código, siempre y cuando no vaya directamente contra la normativa del Código, claro está. Más allá de esto, lo cierto y lo concreto es que la CISG hoy tiene relevancia directa sobre la construcción de cualquier sistema de remedios contractuales en nuestro derecho positivo.

En síntesis: el derecho paraguayo no puede seguir dando la espalda al nuevo derecho internacional de la contratación. Más bien, tiene que asumir e incorporar plenamente estos avances y este giro en la raíz misma del sistema de responsabilidad contractual, y debe re-construir sus conceptos en base a estas enseñanzas. Esto no solo por una cuestión de mero *aggiornamento* doctrinario –absolutamente necesario por lo demás–sino porque en caso contrario la propia práctica comercial pasará por encima de nuestros vetustos manuales de obligaciones y contratos. La cuestión es así de sencilla: o el derecho seguirá corriendo detrás de la realidad a desesperados bocinazos, o intentará alcanzarla e incluso adelantársele para dar soluciones razonables.

8

Y aquí, en este punto, la realidad exige otra toma de nota por nuestro sistema jurídico. Una piedra de toque de evolución del derecho de los contra-

(33) SCHLECTRIEM & SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods*, OUP, Oxford, 3ra. Edición, 2007, pág. 1.

tos en el cual el diálogo teórico entre juristas de la *common law* y el *civil law*, ha sido incluso superado ampliamente por los empresarios, abogados y operadores jurídicos en general ha sido en la importación de los “*representations and warranties*” o “declaraciones y garantías”, tan típicas de la práctica comercial anglosajona. De un tiempo a esta parte, la evolución de los negocios globalizados, ha impuesto a la fuerza este idioma de abogados entrenados en el derecho anglosajón, de forma tal a que sea casi imposible encontrar un contrato celebrado por una empresa extranjera o multinacional en nuestro país sin que se incluyan estas “declaraciones y garantías”. Esto, a pesar de que no se haya tomado nota doctrinariamente, o que siquiera se analice —no es tarea desde luego del abogado, sino del jurista— si esta importación tiene sentido, tiene efecto, o si dichas cláusulas tan anglosajonas carecen de fuerza vinculante en nuestro sistema.

Como se ha dicho, es necesario reconocer

la presencia de herramientas y formas contractuales propias del Derecho del Common Law... (e)l fenómeno de las manifestaciones y garantías, que hoy acompañan a cualquier adquisición de empresa realizada en [Paraguay], con mucha frecuencia siguiendo un modelo de clausulado pensado y escrito por primera vez en Londres o en Nueva York, y no en nuestro país. Muchos textos contractuales no son hoy simple documentación de las obligaciones principales de las partes, como presuponía el Código civil, y que ya el derecho positivo, o los usos, se encargarán de integrar. Son, por el contrario, complejas operaciones en las que las partes intercambian esencialmente información y predicciones de futuro sobre fenómenos de la realidad con múltiples dimensiones y aspectos. Para comprender la trascendencia y funcionalidad de nuestro régimen de incumplimiento contractual me parece necesario que sus implicaciones pasen el test de su verificación en el campo de pruebas que ofrecen estas innovaciones en la fenomenología contractual (34).

(34) F. GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento en Derecho Español”, www.indret.com.

Por ello, el jurista no puede seguir haciendo la “vista gorda”, por así decirlo, a lo que la realidad le dicta. En el lenguaje comercial-jurídico actual, estas manifestaciones y garantías son cotidianas, y lo serán más en la medida que nuestro país decididamente se vaya insertando en el mundo moderno y vaya conociendo las inversiones extranjeras. Éstas hablan el idioma internacional, inglés, y también el jurídico, que viene influenciado por la *praxis* anglosajona y por estas declaraciones. Las mismas, dicho sea de paso, tienen el mismo fin de volver más objetiva, más estricta aún, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento del contrato, lo que fortalece la tesitura más arriba señalada al hablarse de un giro copernicano entre la deuda o conducta del deudor, a la satisfacción plena del interés del acreedor.

Esta cuestión, sin embargo, ha pasado total y absolutamente desapercibida en nuestra doctrina, y necesita de una urgente atención, para guiar a los operadores ante futuras controversias que, más tarde o más temprano, llamarán la atención del juez o del árbitro. Y, en ese caso, se necesitará de una guía precisa para comprender dichas fórmulas y adaptarlas al marco normativo aplicable. El derecho poco vale —es perogrullada decirlo— si no está preparado para otorgar respuestas razonables a sus operadores ante la controversia concreta.

9

Finalmente —*rectius*, inicialmente—, la reconstrucción del sistema de responsabilidad contractual debe tomar nota de los valores y principios que alimentan al derecho de los contratos, y al derecho privado en general, pues de lo contrario caerá en el mismo error del conceptualismo que se criticó más arriba: construir las normas aplicables al margen de las necesidades de los seres humanos.

La literatura teórica y filosófica sobre el derecho en este sentido ha dado grandes pasos sobre esta cuestión, que no siempre han sido considerados por nuestra doctrina. ¿Puede entenderse a las instituciones jurídicas sin referencia a los valores que las sustentan? ¿Cómo aplicar sensatamente las normas jurídicas que pueden ser pertinentes para resolver un caso o entender una figura sin atender a los intereses humanos concretos que la misma promueve o protege? ¿Cuáles son los fines de la responsabilidad contractual? Y así su-

cesivamente. Una vez que se abandona el conceptualismo jurídico subyacente en las concepciones del derecho formalistas que llevaron al sistema a abstraerse de la realidad, se hace urgente e imperioso un análisis que atienda a las necesidades e intereses tutelados por el contrato, ya que el mundo jurídico —y el contrato no es la excepción— no se da en un vacío aséptico, sino en la realidad llena de “dolor y muerte”, en la expresión gráfica y memorable de un malogrado teórico del derecho norteamericano (35).

En esto, la dogmática civilista tiene que aprender, y mucho, de los avances que ha tenido la ciencia jurídica penal en los últimos años, en el que se analiza al sistema en términos funcionales: ¿cuáles son los fines y valores que protege el instituto jurídico en cuestión? Va de suyo que si el sistema fue construido para tutelar y proteger, para avanzar y concretizar, determinados valores y no otros, esto tendrá una implicancia a la hora de comprenderlo y aplicarlo en la práctica. Para ponerlo en otros términos, los fines terminan por determinar la fisonomía misma del sistema, y las bases para su hermenéutica en la *praxis* judicial, por lo que resulta crucial definir tales propósitos y sus límites. Esto la dogmática penal lo ha entendido hace tiempo, y por eso todo tratamiento sistemático arranca con la consideración de los fines y propósitos del derecho penal (36).

Pues bien: lo mismo debe ocurrir en el derecho de los contratos (37), que por más rezagado que esté en la materia no puede ser comprendido sin la

(35) ROBERT COVER, “Violence and the Word”, 95 Yale L. J. 1601 (1985-1986), pág. 1601.

(36) Así, por ejemplo, H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Comares, Granada, 2002, comienza en su capítulo I hablando de la “misión del derecho penal” y sus “funciones” para luego construir su teoría; o Günther JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General*, Marcial Pons, 1997, construye sus ideas sobre el “contenido y misión de la punición estatal”; o Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General*, 7ma. Reimpresión, Edit. Repertor, Barcelona, 2005, comienza su construcción con los fines del derecho penal (capítulo III),

(37) Aquí vale la pena aclarar que el sector de la civilística que más conversa con la dogmática penal —el de la responsabilidad civil— hace tiempo viene entendiendo esto, y por eso, los más modernos tratados comienzan con

misma opción metodológica. Para entender mejor al derecho contractual deben aprehenderse debidamente los principios, fines e intereses que este sirve, para tener una interpretación de las instituciones —en este caso, el sistema de remedios para el acreedor— que sea sensible y abierta a dichos intereses tutelados. Esto fue captado en nuestra dogmática jurídica temprana y clarivamente por el (siempre adelantado) maestro VILLAGRA MAFFIODO, que aplicó este *insight* a su *magnum opus* sobre el derecho administrativo (38), pero aún no ha tenido un tratamiento similar en nuestro derecho de los contratos. Análogamente, la construcción del sistema articulado de remedios en sede contractual no puede proceder sin analizar, por separado, los distintos intereses y valores tutelados por el derecho de los contratos, que *informarán* —en el sentido literal de dar forma— al mismo, y deben posicionarse o en el pórtico de entrada o bien de salida en el sistema.

De esta manera, este enfoque sustancialista, valorativo y funcionalista, nos alejará del gélido y estático mundo del formalismo abstracto que había dado un segundo lugar distante al contrato y a su parte dinámica, y nos llevará al principio mismo, pues permitirá construir el sistema no a partir de meros conceptos o ideas, sino de la realidad, para dotar de soluciones más razonables y sensatas a los operadores jurídicos. Esta realidad nos dice que es el contrato, y no la obligación, la idea que tiene correspondencia en la vida de los seres humanos, y que a partir del mismo tienen que construirse los conceptos y las reglas aplicables. Si el cumplimiento o incumplimiento del contrato es el punto neurálgico de la institución —los casos patológicos o “de hospital”, como decía en su siempre colorido lenguaje Karl LLEWELLYN (39)—

una consideración de los fines y funciones de la responsabilidad civil; por ej. M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011, que arranca precisamente con sesudas consideraciones sobre la “*funzione*” del instituto; unos años antes, en forma distinta, G. ALPA, *Trattato di diritto civile, La responsabilità civile*, Milán, 1999.

(38) S. VILLAGRA MAFFIODO, *Principios de Derecho Administrativo*, Edit. El Foro, Asunción, 1981, pág. 377 y Capítulo XXI *passim*, recordando a CRETELLA JUNIOR, para quien se “echa de menos” estos principios informantes en las obras puras de dogmática jurídica (en este caso, de derecho administrativo, pero la frase es aplicable *mutatis mutandis* a toda otra rama jurídica, incluyendo por supuesto al contrato).

entonces tenemos que enfocar los anteojos jurídicos al mismo y arrancar desde esa realidad. Es en el incumplimiento, y en la tutela del derecho de crédito, en donde el sistema de normas y conceptos demostrará su utilidad, su grandeza incluso, y este tiene que ser el punto de partida, no al revés. La forma en la que el ordenamiento jurídico reacciona ante el incumplimiento, cuando realmente tiene que tomar decisión a favor de una parte, de tomar partido –porque no puede quedar silencioso ante una situación como ésta– es determinante(40).

10

Así, reuniendo (i) un análisis histórico-crítico de la dogmática en la materia, (ii) con las enseñanzas del derecho comparado y la nueva realidad internacional en materia de contratación, hasta llegar a (iii) una adecuada atención a los fines, intereses y valores tutelados, se dará el lugar central que merece el (in)cumplimiento y la tutela del derecho de crédito y el contrato ganará su *independencia* conceptual y normativa, dejando de ser un efecto “anormal” o “auxiliar” de las obligaciones para ganar el protagonismo y autonomía que merece y requiere. Nuestro derecho tendrá al final su tratamiento individualizado de los “remedios derivados del incumplimiento contractual” en forma sistemática, armónica y unitaria –la concepción articulada de los remedios del acreedor– que dejará de ser un hermano menor y descuidado de la obligación. El sistema ganará, al mismo tiempo, realidad, al tomar como centro de atención al contrato de carne y hueso y no a la abstracta obligación, similarmente a lo que sucedió en el *Codice* italiano con el “método de la economía” a la hora de regular al contrato y no al negocio jurídico “en cuanto

(39) K. LLEWELLYN, “What Price Contract? An Essay in Perspective” 40 Yale L. J. 704 (1930-1931), pág. 751 (“*Marginal cases, hospital cases, most of our cases well may be*”).

(40) De hecho, los remedios que otorga el incumplimiento definen la idea misma del contrato, pues en el retóricamente exagerado pero luminoso ejemplo imaginario de BARNETT, si el remedio disponible para el incumplimiento de la obligación es la pena de muerte del deudor, sin dudas las condiciones para la existencia y formación de contratos serían *muy distintas* a las actuales –el concepto mismo de contrato sería radicalmente otro– y así sucesivamente. R. BARNETT, *Contracts (Oxford Introductions to U.S. Laws)*, OUP, Oxford, 2010, pág. 11.

abstracción sin reflejo en la realidad". Para ponerlo en las contundentes pero claras palabras de ASQUINI: "Los conceptos jurídicos deberían tener como punto de partida a los conceptos económicos" (41).

11

¿Cuáles serían los rasgos principales de este nuevo sistema de "remedios del acreedor y responsabilidad contractual"?

(1) El primero sería la independencia, conceptual y normativa, entre la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones derivadas de un estatuto privado contractual, y la responsabilidad derivada de un hecho ilícito común, respetando las notorias diferencias prácticas y, ¿por qué no decirlo?, definicionales mismas de ambos sectores. Esto, en abierta contra-corriente con las doctrinas actuales que propugnan una unificación total entre ambas esferas, obligándonos a ir hacia atrás, incluso al *Anteproyecto* de Luis DE GÁSPERI, en búsqueda de una concepción que respete las notorias diferencias entre una y otra área de responsabilidad (42). Desde este punto de vista, lo que se ve como el *pro-greso* en la dogmática en esta materia, especialmente en Argentina, será considerado un *re-greso*, buscándose llevar al sistema más cerca de una visión clásica dualista. Cuando se respeta, debidamente, al contrato como criterio de imputación objetiva de responsabilidad, se puede pasar a reconstruir el sistema de responsabilidad contractual sobre la base de la regla de *previsibilidad al momento de contratar* (43) —prácticamente el *ius commune* en la materia actualmente— y los factores de limitación de los daños y perjuicios, pacientemente estudiados en el *common law*.

(41) Siempre provechosas sobre este tema las páginas de F. GALGANO, *Negocio Jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 46 y ss. (la cita a ASQUINI es de un trabajo de 1943).

(42) Al respecto, nuevamente, remito a R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción, 2009.

(43) Nunca se podrán leer demasiado las luminosas páginas de Fernando PANTALEÓN PRIETO, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1991, pág. 1020 y ss. al respecto de este tema.

(2) Este primer paso lleva naturalmente al segundo, que constituye un cambio de paradigma —en el sentido kuhniano de la palabra— en esta materia: el abandono de la tesis, equivocada pero sostenida en forma axiomática durante siglos, de que la *culpa* es el eje de la responsabilidad contractual. Solo la construcción unitaria de la responsabilidad civil puede llevar a pensar esto, ya que no solo de *lege ferenda* se debería seguir otro sistema, en el cual la culpa tenga un lugar, pero uno bien acotado —para el remedio de indemnización de daños y perjuicios en algunos supuestos bien delimitados— y secundario respecto de otros factores de atribución y presupuestos de aplicación; sino que incluso una interpretación del sistema vigente, *lege lata*, deja traslucir que de hecho estamos ante un mito: ni siquiera con las normas vigentes puede hablarse de que la responsabilidad contractual gire exclusivamente en base a la culpa, y solo una interpretación bajo el prisma y los lentes ortodoxos puede llevar a esta (errónea) conclusión. Esto obliga, seguidamente, a pasar a analizar cuáles son los factores de atribución subjetivos para la responsabilidad contractual, al quedar vacío el trono de la culpa como monarca, y pasar a una *democracia* en materia de imputación de responsabilidad (44).

(3) En tercer lugar, se debe dejar de lado la idea de una multiplicidad conceptual de incumplimientos. Esto es, que distintos tipos de incumplimientos den lugar a distintos tipos de remedios o acciones, algo más propio del sistema de *acciones* del derecho romano que de un derecho moderno y dinámico de los contratos. Así, el vendedor que entrega una cosa defectuosa está sometida a un régimen particular —de vicios redhibitorios—, el que la entrega tarde a otro —el de la mora— y el que no la entrega a otro —el de incumplimiento total— todos con sus propios presupuestos, consecuencias, plazos de prescripción, y demás variaciones. En su lugar, deben unificarse los distintos supuestos y obtenerse una “teoría unitaria del incumplimiento”, concebido al mismo como cualquier “desviación del programa contractual” pactado entre las partes, por más mínimo o importante que sea. Ello implica una ruptura importante con la tradición histórica, sin dudas; pero quizás aquí sea importante recordar la frase —cargada de retórica, es cierto, pero también de sentido común— de HOLMES, en el sentido de que no hay nada más escandaloso que sostener

(44) Nuevamente, serán cruciales las páginas de PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”... ob. cit. pág. 1020 y ss.

una tesis jurídica solo porque fue asentada en tiempos de ENRIQUE IV (45). La tradición es fundamental en el derecho, sin dudas, pero no cuando la misma se antepone al sentido común y la realidad, y sostener que tienen que existir distintos tratamientos jurídicos, y distintas acciones, para un mismo hecho – todo lo que no sea exacto y tempestivo cumplimiento será siempre incumplimiento para el hombre de negocios y el de la calle– solo en aras a defender la tradición jurídica es simplemente un sinsentido.

(4) Todas estas movidas del tablero de ajedrez dogmático abren la cancha para el cuarto paso, crucial: la construcción de un “sistema articulado de remedios contractuales”, a partir del “supuesto unificado de incumplimiento”, como el que puede encontrarse formulado en los *Principios Europeos* y los de *UNIDROIT*. De esta manera, el incumplimiento en sentido amplio permite al acreedor, para satisfacer su interés contractual, utilizar el remedio que mejor le convenga en ese caso concreto, ya sea: la pretensión de cumplimiento o ejecución forzosa, la suspensión de su propio cumplimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio y/o la indemnización de daños y perjuicios (incluyendo la indemnización convencional o cláusula penal). Esto, sin perjuicio de que algunos remedios tengan sus propios requisitos o presupuestos de aplicación, pero la disponibilidad está en principio abierta en abstracto e *ab initio* al acreedor insatisfecho para protegerlo más cabalmente. Asimismo, se debe partir del principio de la compatibilidad plena entre los remedios, aunque sujeta a algunas obvias excepciones de incompatibilidad, como el de la pretensión de cumplimiento y la resolución del contrato.

(5) El último paso será el de estudiar, siquiera brevemente, a las “declaraciones y garantías” que se incluyen en los modernos contratos comerciales, importados del *common law*, y determinar su lugar dentro de nuestra cosmovisión jurídico-normativa. Ello, porque la inserción cada vez mayor del Paraguay en la economía globalizada hace suponer que, más temprano que tarde, nuestros tribunales (judiciales y arbitrales), tendrán que hacer sentido de estas garantías, y darle una respuesta jurídica sensata. ¿Los “activos inexistentes” y “pasivos ocultos” que pululan en estas transacciones son asimilables sin más

(45) O. WENDELL HOLMES, “The Path of the Law”, 10 Harv. L. R. 457 (1897), pág. (“It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV”).

al vicio redhibitorio tradicional (con su brevísimo plazo prescripcional)? ¿O son, quizás, otra cosa? Y así sucesivamente.

12

Este sistema articulado, construido sobre bases conceptuales y funcionales más sólidas, agruparía los distintos remedios (46) disponibles al acreedor con los siguientes rasgos fisionómicos (47):

(i) *Remedios de ejecución forzosa de la prestación, o pretensión de cumplimiento* (“*specific performance*” del derecho anglosajón), que incluirían la reparación de los vicios de la cosa o la sustitución del objeto, tradicionalmente receptados en sede de vicios redhibitorios, y el cumplimiento por tercero;

(ii) *Remedios sinalagmáticos*, dentro del cual cabe incluir al *pacto comisorio*, o mejor, la resolución del contrato, la suspensión de la propia prestación o *exceptio de non adimpleti contractus* (figura ésta temporal aunque no conceptualmente alejada de la resolución) y aún la resolución anticipada del contrato, prevista en nuestro ordenamiento;

(iii) *Remedios indemnizatorios*, que tratan a la tradicional “responsabilidad contractual” como medio de imputación de los daños y perjuicios a cargo del deudor, y también el daño al interés negativo (o los gastos del contrato), y en el cual cabría incluir a la indemnización convencional previa o *cláu-*

(46) Por otra parte, existen además de los remedios —que son medios de tutela “reactivos”—medios de tutela que son “preventivos”, que buscan evitar la probable insatisfacción del interés del acreedor (anticipación del vencimiento de la obligación o decaimiento del plazo, medidas cautelares, etc.). El Prof. DIEZ-PICAZO ha desarrollado los “tipos de protección que la ley otorga a favor del acreedor”, con un interesante resumen sobre las “medidas de tutela preventiva”, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Civitas, Madrid, 5ta. Edición, 1996, pág. 674 y ss. (caducidad de los plazos en caso de incumplimiento; embargo preventivo; fraude pauliano; decaimiento del plazo en caso de insolvencia del deudor; etc.).

(47) Inspirado en PANTALEÓN PRIETO, “Las nuevas bases...”, *ob. cit.*, pág. 76 y ss.

sula penal e incluso la antigua *quanti minoris* o reducción del precio de CISG, que no es otra cosa sino una indemnización para el comprador (48); y

(iv) *Remedios restitutorios o de enriquecimiento injustificado*, ya que el derecho de contratos también protege el *restitution interest* o interés en la restitución de los bienes que pertenecen al acreedor, comenzando con el llamado *commodum representationis* y una eventual *commodum ex negotiatione* para proteger lo que en el derecho anglosajón se ha llamado el “*disgorgement interest*” o el interés en las ganancias derivadas del incumplimiento del deudor (49).

Ya la clasificación misma permite a la vez que una profilaxis mejor del esquema de reacción del ordenamiento al incumplimiento, vislumbrar que no se trata de un único supuesto amorfo de “responsabilidad contractual” que vive bajo el paraguas opresivo de la culpa como criterio matriz de aplicación irrestricta e imperialista, sino de diversos grupos de remedios, que atienden a distintos intereses —ora a la *expectation*, ora al *reliance*, ora al *restitution*, en la terminología de FULLER y PERDUE (50)— y por ello no tienen los mismos presupuestos de aplicación (51); esto último, algo que solo un punto de partida conceptualista y formalista podría suponer, desde luego.

(48) Aunque podría ser considerado, también, un remedio “sinalagmático”, en el sentido de que es restaurador de la equivalencia entre las prestaciones de los contratantes (PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad...”, ob. cit. pág. 1051).

(49) M. EISENBERG, “The Disgorgement Interest in Contract Law”, 105 Mich. L. Rev. 559 (2006-2007), págs. 559 y ss.

(50) FULLER y PERDUE, “The Reliance Interest in Contract Damages”, 46 Yale L. J. 52 (1936-1937), págs. 52 y ss.

(51) Para poner el más fácil ejemplo, distingue a la acción de enriquecimiento de la de responsabilidad aquiliana el hecho de que aquella no tiene, ni conceptualmente, el presupuesto de la “negligencia o culpa”. Ya este hecho debe llamar la atención del intérprete para llegar a la conclusión sensata de que cada pretensión tiene sus propios presupuestos de aplicación.

13

¿Implica todo esto de que las tesis que aquí se propugnan yacen en ese extraño y recóndito limbo que los juristas llaman el mundo del *lege ferenda*, lejano del derecho real y vigente, del *lege lata*?

No se trata de una pregunta sencilla de responder.

Ello, no solo porque la tajante división entre *ser* y *deber ser*, *hecho* y *valor*, el *derecho como es* y el *derecho como tiene que ser*, no es tan simple como parecería indicar una epistemología ingenua. Más bien, todo indica que la visión sobre esta cuestión de Ronald DWORKIN es la que mejor describe la tarea dogmática del jurista—incluso, o sobre todo, en el *civil law*— en el sentido de que las proposiciones jurídicas son por esencia de carácter mixto: incluyen al mismo tiempo una descripción y una evaluación, un juicio de *encaje* con los materiales jurídicos ya existentes en el sistema hasta ese momento (“*fit*”) y un juicio *justificativo* de la mejor interpretación del sistema en base a los valores y principios que lo sustentan o justifican (“*justification*”) (52). Así, la división tajante entre derecho vigente y derecho que debe ser incorporado o modificado resulta mucho más difícil de sostener en la realidad, en la práctica, como lo demuestran desde luego los años de mutabilidad esencial en ramas enteras del derecho civil en los cuales hace tiempo el texto en sí es apenas un derecho *pro-puesto* que *puesto* definitivamente. En la realidad, y como consecuencia de ese carácter mixto del juicio jurídico, resulta casi imposible dibujar una línea exacta, instantánea como aquellas viejas fotografías instantáneas “*polaroid*”, que diferencie el derecho vigente del que debe aplicarse en un caso concreto (53).

Yendo más allá, e incluso sosteniendo una visión epistemológica más rígida entre el derecho vigente y su posible modificación, se verá que con una

(52) Esta tesis, polémica y bajo ningún punto de vista unánime, es defendida extensamente en R. DWORKIN, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998; cada vez me parece más la mejor descripción de la tarea del intérprete jurídico.

(53) Las sugerentes ideas de la “positividad instantánea” y de derecho “pro-puesto” son del Prof. ANDRÉS OLLERO; ver, e.g. OLLERO, *El derecho en teoría*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

interpretación sensata y holística —i.e. correcta— de los textos normativos existentes en el derecho paraguayo al día de hoy, el sistema de remedios se acerca mucho más al nuevo derecho de la contratación de lo que podría parecer a primera vista. La forma más fácil de observar esto es cuando se re-interpreta el sistema en base a la necesidad de tutelar el derecho de crédito debidamente, y cae el *factótum* de la culpa como único factor de atribución.

Los ortodoxos y formalistas sin dudas señalarán en protesta: “*la culpa es el único factor de atribución de la responsabilidad del deudor en nuestro derecho, solo con una reforma legislativa podrá cambiarse este paradigma que tenemos, subjetivista*”.

Pero: ¿qué ocurre con tal paradigma cuando se les retruca que todo un grupo inmenso de obligaciones, de prestaciones, de una importancia trascendental en la vida económica del tráfico jurídico se encuentran absolutamente fuera del ámbito de la culpa, y responden a un patrón absolutamente *objetivo*, i.e. las obligaciones de dar suma de dinero? O, en otro ejemplo plenamente aplicable: ¿qué decir de esa gama de obligaciones de importancia crucial en el comercio —especialmente en un país que depende tan fundamentalmente de los *commodities* como el nuestro— como lo son las obligaciones de dar cosas genéricas, que ni siquiera pueden ser extinguidas por la imposibilidad, el *casus*? ¿Pueden existir dos casos más claros de responsabilidad objetiva?

Los ejemplos pueden multiplicarse.

Y entonces: ¿es la culpa el factor de atribución excluyente en nuestro derecho vigente, incluso *pelada* y *cicateramente* interpretado?

No.

Sostener todo esto no implica, por supuesto, afirmar que no son necesarias reformas legislativas —algunas profundas—, para traer al derecho paraguayo de los contratos en línea con las tendencias más modernas del derecho de la contratación. Desde luego que resultan necesarias dichas reformas de *lege ferenda*. El punto más bien es otro: que es posible otra interpretación que la ortodoxa, una (re)interpretación que tome en serio la idea del *pacta sunt servanda* y de la protección del derecho de crédito; y que también lo haga con la

prominencia que se merece y la independencia que reclama el contrato como estatuto artificioso de distribución de riesgos y como el sistema circulatorio por el cual el flujo sanguíneo de la economía moderna se transmite, para que tenga el papel principal que merece.

De esta manera, podremos comenzar a construir un sistema de remedios contractuales no solo sobre la base de los datos normativos existentes, reinterpretados bajo otro prisma, sino también sobre los cambios que puedan (o tengan) que ser incorporados, a fin de contar con un esquema axiológica y normativamente más moderno y acorde a las necesidades de la práctica.

Sólo así, insisto, se dará cuenta de la importancia crucial que tiene el contrato en la práctica económica real (54), por un lado, y se le dotará finalmente de una independencia teórica, creando en la faz dinámica de cumplimiento e incumplimiento un verdadero y articulado *sistema de remedios contractuales para el acreedor*, construido en base a la realidad antes que al puro concepto (55), con carta de ciudadanía dogmática propia.



(54) Este, por supuesto, es uno de los gritos de batalla fundamentales del gran ensayo de Karl LLEWELLYN del año 1931, ya citado más arriba, "What Price Contract?" (n. 41, *supra*) que aún hoy día, a pesar de estar cercano al centenario de su publicación, sigue dejando valiosas enseñanzas; particularmente, la apuntada en el texto: no puede desmarcarse y abstraerse al contrato del entramado institucional, i.e., económico, en el cual se desempeña.

(55) ¿Radical? Recuérdese el grito de batalla de ASQUINI, con casi ¡75 años de edad!: "Los conceptos jurídicos deberían tener como punto de partida a los conceptos económicos". Nada más, nada menos.