

ROWAN, SOLÈNE. *REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT. A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROTECTION OF PERFORMANCE*. OXFORD, OUP, 2012, 265 PP.

Esta obra corresponde al libro con que Solène Rowan, joven y brillante profesora de la Facultad de Derecho del LSE y con formación jurídica francesa e inglesa, presenta al público su tesis doctoral escrita bajo la dirección del profesor John Bell de Cambridge.

Rowan analiza las diversas acciones que el derecho de contratos anglosajón contempla para la protección del interés del acreedor de recibir la prestación comprometida por el deudor. Estos remedios comprenden, esencialmente, el cumplimiento forzado (*specific performance*), las medidas cautelares (*injunctive relief*), la resolución o terminación, la indemnización de perjuicios (*compensatory damages*) y los daños restitutorios (*gained-based damages*). Además, la autora examina de *lege lata* los daños punitivos y las cláusulas penales.

Haciendo gala de su dominio del método comparado funcionalista, Rowan demuestra que el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación recibe una protección ambigua o equívoca en el *common law*, a diferencia de la que ofrece el derecho francés. En efecto, no obstante que este sistema jurídico contiene una batería de acciones susceptibles de resguardar integralmente el interés del acreedor, la jurisprudencia británica reconoce un fuerte derecho a poner término a los contratos, solo muy excepcionalmente autoriza el cumplimiento *in natura* de los mismos y restringe en extremo la responsabilidad contractual mediante tres instrumentos, a saber: la exigencia de proporcionalidad o razonabilidad en el costo de reparar el

daño, la exclusión general del daño moral por infracción contractual y la aplicación rigurosa del principio de mitigación de pérdidas. Luego, la facilidad con que puede resolverse un contrato en dicho ordenamiento y en cambio la evidente dificultad para lograr su ejecución forzada, denotan —a juicio de la autora— el débil compromiso del derecho inglés para con el cumplimiento de los contratos y la protección del interés del acreedor. En contraste, el derecho francés protege intensamente el interés en el cumplimiento, como quiera que la ejecución forzada es una alternativa abierta al acreedor en la gran mayoría de los contratos y ella desplaza a la indemnización de perjuicios que es percibida como un remedio menos satisfactorio que aquella; la terminación del contrato es un recurso subsidiario pues el objetivo primordial es compeler el cumplimiento; la indemnización de perjuicios no está circunscrita al daño patrimonial pues ello contravendría el principio de reparación integral; no existe el deber de mitigar las pérdidas; y la jurisprudencia no limita la indemnización a los costos razonables de resarcimiento.

Sin embargo, Rowan explica que en el último tiempo la jurisprudencia inglesa ha admitido que la sola indemnización de perjuicios es una precaria manera de cautelar el interés del acreedor. De ahí que en ciertas situaciones específicas de incumplimientos contractuales, el *common law* ha permitido la reparación del daño moral y concedido daños restitutorios puesto que la mera indemnización de perjuicios es ostensiblemente insuficiente para proteger el

interés del acreedor dañado. Asimismo, un autorizado e influyente sector de la doctrina inglesa ha propugnado instaurar los daños punitivos frente a incumplimientos particularmente graves o dolosos. En fin, la autora arguye que otro camino para fortalecer la protección del interés del acreedor consiste en que los propios contratantes incorporen los remedios que mejor estimen en ejercicio de su autonomía privada, en particular, el cumplimiento forzado, los daños restitutorios y los daños punitivos. Por su parte, las propuestas de reforma de Catala y del Ministerio de Justicia francés, que entre otros aspectos incluyen la introducción de la terminación unilateral y de la doctrina de mitigación de las pérdidas, en concepto de la autora ilustran la acogida de conceptos propios del *common law* en ciertos círculos del derecho francés, lo que no deja de ser sumamente interesante desde una perspectiva comparada.

Rowan expone con precisión las razones históricas, técnicas, culturales y filosóficas que explican la divergencia entre ambos sistemas jurídicos en lo que concierne a la protección del cumplimiento contractual. El derecho inglés sin dudas reconoce el principio *pacta sunt servanda* y en virtud del mismo prevé remedios que persiguen situar al acreedor insatisfecho en la posición en que se hallaría si el deudor hubiese cumplido la prestación. Sin embargo, diversos factores obstruyen la fuerza obligatoria del contrato, v.gr., la necesidad sentida por la judicatura anglosajona de no sobrecargar al contratante incumplidor, la conveniencia de evitar el despilfarro de recursos por parte del acreedor, las dificultades para supervisar el cumplimiento forzado y la cautela en la aplicación de las sanciones por desacato de dicha orden judicial. Todo lo anterior explica en parte por qué el cumplimiento *in*

natura ha sido relegado a un segundo plano y se tienda a preferir la indemnización de perjuicios. Aparte de los argumentos filosófico-morales y de eficiencia aducidos en apoyo de la preeminencia que tiene la responsabilidad contractual respecto del cumplimiento forzado, lo cierto es que el *common law* se ha gestado y desarrollado en un ambiente comercial eminentemente pragmático. Por el contrario, las principales razones que permiten entender la generosa protección del interés del acreedor en el derecho francés abarcan la fuerza obligatoria del contrato, el objetivo de revestir de seguridad a las transacciones y el principio de la reparación integral. Por tanto, no es sorprendente que en el sistema jurídico galo el incumplimiento sea visto como un comportamiento incorrecto, incluso desde un punto de vista moral, aun cuando aquel en absoluto es indiferente a las exigencias que impone el tráfico comercial.

Rowan es partidaria de convertir a la acción de cumplimiento forzado en el medio por excelencia de protección del interés del acreedor en el derecho anglosajón, advirtiendo que varios de los obstáculos que según la doctrina y jurisprudencia británicas impiden acoger la ejecución forzada son cuestionables y superables. Añade que es improbable que una mayor utilización de la ejecución en especie genere el tipo de problemas que sus detractores temen. En el mismo sentido, Rowan valora la paulatina acogida de la indemnización del daño moral por incumplimiento de contrato, aunque no deja de mostrar su escepticismo hacia la introducción de soluciones más drásticas como los daños restitutorios y los daños punitivos, entre otros motivos, por el riesgo de que ello produzca una inconsistencia al interior de un derecho como el inglés que no considera el incumplimiento

como un acto *per se* censurable. De esta manera, únicamente si se decide que deben prevenirse y castigarse ciertos incumplimientos podría plantearse la conveniencia de implementar daños punitivos y, en todo caso, en un ámbito suficientemente delimitado de las infracciones contractuales. En fin, dadas las deficiencias del sistema remedial supletorio (indemnizatorio), lo razonable es que los propios contratantes pacten la ejecución forzada como la acción más pertinente para asegurar la protección

del interés en que se honre la palabra empeñada, sin perjuicio de poder incorporar otros remedios como los daños restitutorios y los daños punitivos.

En suma, este es un valioso trabajo de derecho privado comparado cuya lectura sin dudas enriquecerá la discusión que anima a un destacado grupo de juristas nacionales.

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO
Universidad de Chile