

# La exigibilidad de la ejecución forzada del contrato en los países de tradición de Derecho Civil<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

Henrik Lando<sup>(\*\*\*)</sup> y Caspar Rose<sup>(\*\*\*\*)</sup>

## 1. Introducción

Los que proponen la ejecución forzada de los contratos como una solución al incumplimiento contractual, han encontrado sustento para su posición en el supuesto uso de la ejecución forzada en los países de tradición de Derecho Civil. Así Ulen<sup>(1)</sup> señala<sup>(2)</sup>:

“(…) Es pertinente anotar que en los países de tradición de Derecho Civil, la ejecución forzada es el remedio contractual rutinario…”.

En un pie de página (nota 117), Ulen luego anota:

“Alternativamente, puede señalarse que la ejecución forzada no es, en la práctica, la solución rutinaria en los países de tradición de Derecho Civil. Algunos estudiosos notan la tendencia hacia una convergencia en las soluciones contractuales tanto en los países de tradición Civil como en los del ‘Common Law’. Véase a VON MEHREN y J. GORDLEY. Nota supra 116. pp. 1122-1123. Hay, sin embargo, una escasez de evidencia empírica en este punto”.

El presente artículo investiga el uso de la ejecución forzada de los contratos en tres países de tradición de Derecho Civil: Dinamarca, Francia y Alemania, y bajo la CISG<sup>(3)</sup>. En la primera parte de este artículo, encontramos que la ejecución forzada ha sido

virtualmente abandonada<sup>(4)</sup> en Dinamarca, cuando la ejecución requiere que alguna acción sea desarrollada, y encontramos evidencia que sugiere que es raramente usada en Francia, Alemania y en las disputas internacionales reguladas por la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, CISG.

En la segunda parte, investigamos las razones subyacentes para el raro uso de la ejecución forzada de los contratos. Planteamos que, para que la ejecución forzada sea una solución atractiva para la parte que actuó de acuerdo a ley, debe ser implementado un costoso sistema de exigibilidad, el cual las autoridades han sido reticentes a efectuar. Los costos han sido vistos como fuera de proporción respecto de las ganancias de aplicar la ejecución forzada antes que preferir una indemnización por daños y perjuicios. Nuestro principal argumento es que la ejecución forzada se ha convertido en una solución poco atractiva para los demandantes a consecuencia que no es completamente rigurosa y efectiva en su ejecución (si es que ésta está disponible).

En la tercera parte de este trabajo, discutimos si es que la reticencia a la exigibilidad de la ejecución forzada de los contratos puede ser justificada.

(\*) El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título de *On the enforcement of specific countries in Civil Law countries*. En: *International Review of Law and Economics*. Volumen 24. Número 4. 2004. pp. 473-487. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor y la editorial fue llevada a cabo por Lillian Necochea Banda, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*) Agradecemos, sin implicarlos, a Gerrit de Geest, Peter Møgelvang Hansen, Ole Lando, Ejan Mackaay, Thomas Ulen y los participantes en la conferencia EALE 2003 en Nancy, y la conferencia ALEA 2004 en la Universidad de Northwestern.

(\*\*\*) Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Copenhagen Business School.

(\*\*\*\*) Profesor Asociado de Análisis Económico del Derecho en la Copenhage Business School.

(1) ULEN, T. *The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies*. En: *Michigan Law Review*. Número 83. 1984. p. 361.

(2) La cita continua: “Esta es una situación difícil de entender, en la opinión del Profesor Kronman esto debe limitarse al alivio equitativo en los casos de productos únicos, correspondiendo a lo que las partes preferirían, dentro de su libertad contractual. Posiblemente los gustos de las partes contratantes en Europa Occidental son bastante diferentes a aquellos de los países del *Common Law*, pero esto es muy dudoso”.

(3) Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

(4) En el sentido en que será definido aquí.

En primer lugar, el concepto sobre ejecución forzada del contrato requiere de una definición precisa.

### 1.1. Definiendo la ejecución forzada

La definición común de ejecución forzada es que, cuando una parte en un contrato incumple sus obligaciones, por ejemplo, tal como la entrega tardía o defectuosa de productos, la otra parte puede reclamar o exigir su ejecución por la parte que ha incumplido<sup>(5)</sup> de conformidad con el contrato<sup>(6)</sup>.

Definiremos esto para entender que si la ejecución de la obligación no se produce, el Estado sancionará a la parte incumplidora, por ejemplo, con multas periódicas, hasta que dicho cumplimiento ocurra. Nótese que esta definición plantea una dificultad bien conocida de la teoría de las normas de propiedad versus las normas de los daños y perjuicios: si la sanción constituye un solo pago equivalente a la pérdida de la parte ejecutante, y pagada a esta parte, la ejecución forzada se vuelve indistinguible (en su estructura de liquidación) de la de una indemnización de daños y perjuicios. Para evitar esto, podemos definir la ejecución forzada como una norma que sanciona la no ejecución de una obligación a través de una sanción severa (y no solo a través del pago que equivale al costo del no cumplimiento de la obligación). Así, la ejecución forzada puede ser definida como una regla de propiedad y la indemnización de daños y perjuicios como una regla de responsabilidad, en el sentido de Calabresi y Melamed<sup>(7)</sup> y Kaplow y Shavell<sup>(8)</sup>.

Como un último aspecto terminológico, acentuamos la distinción entre obligaciones de hacer y obligaciones de dar<sup>(9)</sup>, y el término incumplimiento de una obligación para realizar una “acción de incumplimiento”, en contraste con el caso en donde los productos ya existen y sólo necesitan ser

entregados al comprador. No afirmamos que las obligaciones de dar no son exigibles, de hecho ellas a menudo lo son. Sin embargo, este artículo concierne a las obligaciones de hacer.

## 2. Parte empírica: del uso de la ejecución forzada en el Derecho Civil

En esta sección, primero haremos un recuento de la ejecución forzada en Dinamarca, y luego pasaremos a ver cómo es en Alemania y Francia, y en los contratos adjudicados bajo CISG. Para el lector que no está interesado en el detalle, puede encontrar un resumen en la sección 2.6.

### 2.1. La existencia de la ejecución forzada en Dinamarca

Para los contratos comerciales, la Ley Danesa de Contratos establece que una parte cuyos derechos contractuales han sido violados puede escoger entre la ejecución forzada y la indemnización de daños y perjuicios<sup>(10)</sup>. Sin embargo, cuando se trata de hacer exigible una obligación, el Código de Procedimientos restringe enormemente el número de casos para los cuales la ejecución forzada puede ser exigible por el sistema legal. Si el tribunal concede una pretensión por ejecución forzada, y la parte incumplidora continua estando en mora, la otra parte puede requerir la autoridad coercitiva (el ejecutor coactivo) para exigir el reclamo. Las normas de la exigibilidad definitiva por el ejecutor coactivo están previstas en el Código de Procedimientos<sup>(11)</sup>, el cual determina que excepto en casos específicos<sup>(12)</sup>, “el ejecutor coactivo hace la conversión de la pretensión de la demanda en una suma dineraria de daños y perjuicios” (Código de Procedimientos). El ejecutor coactivo no puede, por ejemplo a través de la imposición de multas coercitivas, forzar al demandado a realizar

(5) Así, el derecho de la parte agraviada de tener una compra cubierta (comprar el producto o el servicio en cualquier otro lugar) y ser compensado por la diferencia de precio por la parte que ha incumplido su obligación, no constituye una ejecución forzada; en nuestra terminología, esto es un derecho de daños y perjuicios. Es importante notar que el término ejecución forzada a veces es usado para aludir a una compra cubierta en el Derecho Civil, lo cual debe ser tenido parcialmente en cuenta cuando se tiene la impresión que la ejecución forzada esta más extendida en el Derecho Civil que en el *Common Law*. Véase BEALE, H. *Remedies for non-performance*. En: BEALE y otros. *IUS Commune Casebooks on the Common Law of Europe*. Hart Publishing, 2001. pp. 674-716.

(6) En el *Common Law*, la primera solución es el reclamo de daños y perjuicios, y la ejecución forzada es generalmente concedida para productos únicos (y propiedad inmobiliaria), o dejado a la discreción del Juez.

(7) CALABRESI, G. y D. MELAMED. *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral*. En: PARISI, F y R. POSNER (compiladores). *Law and Economics. Theoretical and methodological foundations*. Volumen 1. pp. 520-559.

(8) KAPLOW L. y S. SHAVELL. *Property rules versus liability rules: an economic analysis*. En: *Harvard Law Review*. Número 109. 1996. pp. 713-790.

(i) Nota del traductor: para efectos prácticos lo que el autor llama “duties to act” y “duties to give” van a ser referidas como obligaciones de hacer y de dar.

(9) Aunque puede que en algunos casos es difícil saber cuando una obligación de dar cae en una u otra categoría.

(10) La parte que no ha incumplido puede hacer una compra cubierta garantizada y será a menudo recompensada bajo las medidas de daños y perjuicios.

(11) Ley 469 (3 junio 1993), véase GOMARD, B. y J. MØLLER. *Kommenteret Retsplejelov*. 3 bind (Comentarios al Código de Procedimientos Civiles). *Jurist og Økonomiforbundets Forlag* 5.udg. 1998.

(12) La Ley declara la exigibilidad *in natura* como la regla general, y la conversión como la excepción pero este es solo un tema terminológico.

determinadas acciones<sup>(13)</sup>. Sin embargo, hay una excepción a la no exigencia de la ejecución forzada de acciones: si el juez ha concedido la ejecución forzada, y el demandado no ha cumplido, el demandante puede interponer una acción criminal privada contra el demandado (de acuerdo al §535 del Código de Procedimientos Civiles). Podrían imponerse al demandado, multas e incluso ir a prisión. Sin embargo, parece que se ha dado solo un caso (U 1991.239.SH) en tiempos recientes, y en ese caso el demandante no prevaleció. El incentivo para interponer una acción criminal parece ser muy limitado. No deja de tener costo para el demandante individual (a pesar de que si el gana el caso algunos de sus costos serán pagados por el demandado) y los montos de la multa no le serán entregados a él. Mas aun, si el demandante se impone en una acción criminal, el demandado será solamente sancionado una vez por el incumplimiento (§535, pie de página 3), y aun si el demandado es sancionado, después del veredicto no tendrá un incentivo para ejecutar su obligación.

## 2.2. La concesión de una ejecución forzada en los Tribunales Daneses

La respuesta es que las partes raramente buscan la ejecución forzada, y que los tribunales aun más raramente conceden esta. En una base de datos que cubre casos reportados en el *Danish Weekly Law Report (Ugeskrift for Retsvæsen*, en adelante UfR) de 1950 hasta abril del 2000, que contiene la mayoría de casos más importantes publicados sin incluir arbitrajes, hemos encontrado solo un par de casos publicados a lo largo de las últimas cinco décadas, que tratan sobre contratos comerciales en los cuales el comprador reclamó una ejecución forzada en un caso sobre venta de productos<sup>(14)</sup> y en ninguna instancia fue concedido el reclamo en el tribunal. En un caso<sup>(15)</sup> el tribunal específicamente se refirió a la falta de exigibilidad de acuerdo al anteriormente mencionado §533 del Código de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, deben mencionarse dos excepciones.

Como primera excepción, los tribunales establecen el derecho del comprador a requerir al vendedor que remedie el defecto, y el derecho del

vendedor de remediar el defecto<sup>(16)</sup>. Estos pueden ser vistos como derechos de ejecución forzada, y plantean la pregunta sobre por qué los tribunales otorgan derechos que no podrán ser exigibles por el ejecutor.

Sin embargo, la razón es que, cuando tal derecho es establecido y violado, el violador pierde otros derechos que son al final exigibles como reclamos monetarios, y es por lo tanto significativo para el tribunal establecer estos derechos o sus violaciones, a pesar del hecho que no haya exigibilidad *in natura*. Así, si el vendedor no remedia un defecto, el comprador obtiene el derecho a una compra cubierta así como otros derechos. En forma similar, si el comprador no permite que el vendedor remedie el defecto, cuando esto sea razonable, el derecho del comprador a la compensación está limitado al reclamo que podría quedar después del remedio que efectúe el vendedor. Así, estos derechos a una ejecución forzada son exigidos a través de una compensación monetaria, y no por multas periódicas que son impuestas por las autoridades hasta que la ejecución de la obligación se realice, al menos no cuando se requirieren acciones para su ejecución<sup>(17)</sup>. De ahí, estos derechos no caen bajo la categoría de ejecución forzada como está definido en este artículo (esto es como una regla de propiedad en vez de una regla de daños). La segunda excepción se refiere a los contratos de construcción para los cuales la ejecución forzada ha sido concedida en la práctica y llevada a cabo por la parte que incumplió su obligación. Sin embargo, como un estudio realizado por Nielsen revela para el caso de Dinamarca, en todos estos casos, ambas partes del contrato prefirieron la ejecución forzada a la transacción cubierta<sup>(18)</sup>. El siguiente caso es un ejemplo<sup>(19)</sup>: un grupo de empresarios había acordado reparar un grupo de casas, las cuales sufrían defectos que podrían resultar costosos en el futuro. Después de suscribir el contrato, los empresarios se dieron cuenta que los costos de reparación estaban fuera de proporción en relación a las ganancias. Los expertos confirmaron en el tribunal que las pérdidas esperadas en el futuro eran muy pequeñas en comparación al gasto en reparación. Aun, la Corte Suprema votó 3 a 2 para conceder la ejecución forzada. Este veredicto podía posiblemente haber

(13) Esto se refleja en la práctica. En una entrevista llevada a cabo por Ulrik Esbjorn, un estudiante de la Escuela de Negocios de Copenhague, un agente coactivo danés dijo: "Tan pronto como algunos actos necesitan ser realizados por el demandado, nosotros hacemos la conversión".

(14) Véase UfR 1989, 1039H.

(15) UfR 1976, 972V.

(16) En particular, estos derechos son exigibles para contratos de consumo.

(17) Así, sospechamos que el impacto no es muy diferente del cual se da en el *Common Law*, donde por ejemplo la obligación de mitigar pérdidas podría tender a producir la misma clase de comportamiento, aunque no establecida como una norma de ejecución forzada.

(18) NIELSEN, S. L. *Bygherrens ret til naturalopfyldelse. Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.1996B.176. 1996. p. 178.

(19) Es el único caso en UfR (U1989, p. 1039).

sido exigido a través de una compra cubierta como parece ser confirmado por el hecho que las reparaciones fueron eventualmente llevadas a cabo por los empresarios<sup>(20)</sup>; ellos probablemente prefirieron esto a una “compra cubierta”<sup>(21)</sup>. Así, el caso nuevamente ilustra respecto a que la ejecución forzada es a veces llevada a cabo bajo la amenaza de sanciones monetarias, en este caso la amenaza de una compra cubierta (ello conduce a un reclamo monetario contra el vendedor que ha incumplido su obligación).

Nuestra conclusión es que la ejecución forzada de acciones simplemente no es una solución relevante en el sentido en el cual ha sido definido aquí. Las partes operan bajo lo que es de hecho un régimen de daños, desde que la indemnización de daños y perjuicios es finalmente exigida (mientras que la amenaza de una acción criminal privada no es creíble, aun si estuviera disponible).

### 2.3. La exigibilidad de la ejecución forzada en Alemania y Francia

Como en el caso de Dinamarca, tanto en Alemania como en Francia la parte que no ha incumplido el contrato puede generalmente escoger entre la ejecución forzada y la indemnización de daños y perjuicios. La pregunta que se plantea aquí es si es que la ejecución forzada es concedida por los tribunales, será finalmente ejecutada en Alemania y Francia.

En el caso de Alemania, cuando llega a ejecución el reclamo de ejecución forzada, la distinción<sup>(22)</sup> es hecha entre obligaciones de hacer y obligaciones de dar (véase Zweigert & Kotz<sup>(23)</sup>). En el caso anterior, se hizo una distinción adicional, como es que si el acto podría igualmente ser bien ejecutado por alguien más (esto es “vertretbar”, ver §887 en el Código de Procedimientos Civiles, Zivilprozessordnung, ZPO). Si un sustituto en la ejecución está disponible (a un costo razonable), el reclamo por una ejecución forzada no será ejecutado, pero el demandante podría llevar a cabo una compra cubierta, y el ejecutor (el *Gerichtsvollzieher*) luego ejecutará la pretensión

monetaria a un valor igual a la compra cubierta. Así cuando se dispone de una opción de ejecución substitutoria, el reclamo es, si no se encuentra en el nivel de corte<sup>(24)</sup>, finalmente convertido en un reclamo monetario. Sin embargo, si esta opción de ejecución substitutoria no está disponible, la parte que ha incumplido puede ser amenazada con la aplicación de una multa o de prisión, si rehúsa cumplir con su obligación directamente (§888 en el ZPO). Esta ha sido una gran diferencia con el derecho danés, desde el cambio en el Código de Procedimientos Civiles en 1916. Hay, sin embargo, más excepciones en el derecho alemán: la ejecución de la obligación no debe depender de la inspiración del vendedor o un esfuerzo especial<sup>(25)</sup> debe mas bien tener un carácter rutinario. También, el §888 describe algunas otras situaciones en donde la presión penal tampoco se encuentra disponible, básicamente en contratos de trabajo<sup>(26)</sup>.

Para el caso de Francia, aunque el Código Civil estipula el derecho a la pretensión de la ejecución forzada, este principio es modificado en el artículo 1142, que prohíbe un juzgamiento que obligue al vendedor a actuar en una forma en particular. La idea detrás del artículo 1142 es que los ciudadanos son “libres” y no deben ser forzados por el Estado hacia ciertos cursos de acción, a menos que estén en juego importantes intereses públicos. Sin embargo, de acuerdo con Zweigert y Kotz<sup>(27)</sup>, no está claro cuán lejos se lleve en la práctica este principio.

También el Código Civil francés hace la distinción entre una “obligación de hacer” y una “obligación de dar”. Para el caso de “hacer”, las cortes francesas administran un sistema especial de multas (*astreintes*) que son pagadas por la parte que ha incumplido su obligación hacia la otra parte, si es que la parte incumplidora no ejecuta su obligación. Sin embargo, la exigibilidad del sistema de *astreintes* no es estricto. En los términos de Zweigert y Kotz<sup>(28)</sup>: “Podemos sintetizar diciendo que la ley francesa generalmente admite el dictado de sentencias por ejecución pero los hace cumplir en una manera muy mezquina”<sup>(29)</sup>.

(20) Nuestra fuente de información en este caso son los abogados de las partes.

(21) Compare esto con los casos de las piscinas de Francia e Inglaterra mencionados por BEALE. *Op. cit.*; pp. 689 y 691.

(22) Esta es una distinción que viene desde el Derecho Romano. Véase DAWSON, J. P. *Specific performance in France and Germany*. En: *Michigan Law Review*. Número 57. 1959. p. 495.

(23) ZWIEGERT, K. y H. KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. 3ra edición. Oxford: Claradon Press, 1998. p. 470.

(24) El resultado probable es que la parte que no ha incumplido hace una compra cubierta y acciones por daños y perjuicios por el monto de la compra cubierta, el cual luego es concedido de acuerdo a las reglas de los daños y perjuicios esperados.

(25) Esto es mencionado a menudo, pero según Dawson no existen casos de esta naturaleza.

(26) No hemos sido capaces de descubrir el alcance en la cual el ejecutor alemán realmente usará las multas coactivas en tales casos, pero suponemos que lo harán si el demandante lo requiere, desde que la ley es bastante clara en este aspecto.

(27) ZWIEGERT, K. y H. KÖTZ. *Op. cit.*; p. 475.

(28) *Ibid.*

(29) Dawson criticaba la ineficacia del uso de las *astreintes*, y tildó al sistema francés de poco práctico, debido a la falta de exigibilidad efectiva. Véase DAWSON. *Op. cit.*; pp. 524-525. Sin embargo, han ocurrido cambios desde que Dawson escribiera al respecto. Agradecemos a Gerrit de Ges por señalarnos estos cambios.

#### 2.4. La concesión de la ejecución forzada en Alemania y Francia

Para los casos de Alemania y Francia, no encontramos ninguna base de datos disponible. En su lugar nos basamos en los recuentos de los abogados expertos, que reportan un consenso en la literatura sobre incumplimiento contractual, respecto que la indemnización por daños y perjuicios es de lejos la forma predominante de superar estos incumplimientos tanto en Alemania como en Francia.

Esta opinión de consenso fue de hecho expresada por Rabel, que señaló en el "Recht Des Warenkaufs", que la diferencia entre el *Common Law* y el Derecho Civil en la práctica es pequeña<sup>(30)</sup>.

Asimismo, escribiendo en 1959 Dawson<sup>(31)</sup>, acentuó las diferencias entre la exigibilidad en Alemania y Francia, notó que en el caso de Alemania: "a pesar de las limitaciones formales (en el derecho para demandar daños y perjuicios) la solución de la indemnización es de hecho la recurrida por los litigantes, en un alto porcentaje de casos, especialmente en aquellos relacionados con venta de bienes y otras transacciones comerciales".

Actualmente, los Principios del Derecho Contractual Europeo, contiene una sección denominada "convergencia práctica"<sup>(32)</sup>, donde simplemente se declara que: "Las diferencias básicas entre el *Common Law* y el Derecho Civil son más de importancia teórica que práctica".

La única visión contraria que hemos sido capaces de encontrar esta en "Rechtsverwirkung durch Zwangsgeld"<sup>(33)</sup>, escrito por Remien<sup>(34)</sup>, que discute el caso alemán. El escribe (traducción libre)<sup>(35)</sup>:

"Las multas son usadas como un medio de coerción en muchas áreas donde una ejecución alternativa no es posible".

Algunos de los casos que él menciona no involucran acciones (complejas) a ser tomadas, tales como el de una compañía es forzada a hacer sus cuentas<sup>(36)</sup> (un caso de 1933), pero otras lo hicieron; un caso de 1897 relacionado con la entrega de electricidad a un hotel, y otro caso de 1985, relacionado con la reparación de una computadora por el distribuidor. Aun en los casos mencionados,

queda la impresión que la ejecución forzada es raramente usada, especialmente en transacciones comerciales, y esta es también la conclusión a que llega Zweigert and Kotz<sup>(37)</sup>:

"En Alemania donde la pretensión de cumplimiento es vista como la primera solución legal, no tiene en la práctica nada parecido al significado que originalmente se le ha dado, desde que siempre que sea la falla al recibir la ejecución prometida pueda ser resuelta a través de un pago de dinero, los hombres de negocios prefieren los reclamos por indemnización en lugar del riesgo de gastar tiempo y dinero en un reclamo por ejecución, que no produzca resultados satisfactorios". La ausencia de la ejecución forzada no debe ser exagerada; al igual que en el *Common Law*, la ejecución forzada a veces es buscada, otorgada y ejecutada también en Alemania así como en Francia. Así, en el recuento de Beale de los sistemas francés y alemán, se pueden encontrar casos tanto en Alemania como en Francia donde la ejecución forzada es, en efecto, aplicada<sup>(38)</sup>. Sin embargo, esto parece ser particularmente (aunque no exclusivamente) para los casos de contratos de construcción, donde la ejecución puede a menudo ser inducida bajo la amenaza de una compra cubierta, y para los casos de entrega de productos existentes, que caen fuera del alcance de este artículo.

#### 2.5. La ejecución forzada en los casos sentenciados bajo la CISG

La CISG (Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías), fue la primera ley internacional sobre ventas aceptada por un gran número de naciones. La CISG esta actualmente ratificada por más de 55 países alrededor del mundo, incluyendo las naciones líderes en el comercio. El artículo 46.1 establece que el comprador puede requerir al vendedor la ejecución de sus obligaciones<sup>(39)</sup>. Sin embargo, bajo el artículo 28, el tribunal no estará obligado a disponer la ejecución forzada a menos que en virtud de su propio ordenamiento legal pueda hacerlo respecto de contratos de compraventa similares. Esto significa que los tribunales de los países del *Common Law*

(30) RABEL, E. *Recht des Warenkaufs*. Volumen 1. Berlín, 1936. p. 375.

(31) DAWSON, J. P. *Op. cit.*; p. 530.

(32) LANDO, O. y H. BEALE. *Principles of European Contract Law. Parts 1 and 2: Combined and revised*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 400.

(33) "Exigibilidad de reclamos a través de multas".

(34) REMIEN, O. *Rechtsverwirkung durch Zwangsgeld*. Mohr: Tübingen. Reporte para el parlamento danés (*Betænkning*) número 1170 de 1989. 1992.

(35) "Das Zwangsgeld findet bei unvertretbaren Handlungen ein weites und vielfältiges Anwendungsgebiet".

(36) REMIEN, O. *Op. cit.*; p. 134.

(37) ZWEIFERT, K. y H. KÖTZ. *Op. cit.*; p. 484.

(38) BEALE, H. *Op. cit.*; pp. 683-685.

(39) La CISG otorga tanto al comprador como al vendedor, el derecho de reclamar daños y perjuicios en lugar de una ejecución forzada.

tales como Estados Unidos, Canadá y Australia no están obligados a conceder la ejecución forzada. Aún más, entendiendo que la ejecución forzada esta disponible en los países de Derecho Civil, esperamos encontrar algunos casos de contratos sentenciados bajo la CISG que incluyan la ejecución forzada.

Para ver si existen tales casos, obtuvimos información de la base de datos privada UNI LEX y las siguientes bases de datos disponibles en Internet <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/database.html> y <http://www.jura.uni.freiburg.de/>. Estas bases de datos contienen una gran colección de casos sentenciados bajo la CISG de todas partes del mundo, incluyendo tanto casos decididos por los tribunales nacionales como en arbitrajes. Casi todos los países industrializados están representados en la data<sup>(40)</sup>.

Encontramos 200 casos en los cuales la cuestión sobre ejecución forzada versus indemnización de daños y perjuicios esta presente (a menudo en el sentido de derechos de remediar defectos y de tener defectos remediados, los cuales no son derechos de ejecución forzada en el sentido definido aquí). Lo que no se encontró, fueron casos donde el comprador requiere la entrega de mercadería y el vendedor se niega a entregarla (alegando por ejemplo que sería muy oneroso). De los 200 casos, solo un caso menciona un comprador que reclamó ejecución forzada en este sentido<sup>(41)</sup>. Una empresa rusa había vendido aluminio a un grupo de compradores de Argentina y de Hungría. Después que la empresa fuera privatizada en diciembre de 1994, los nuevos dueños cesaron la entrega en febrero de 1995, y el caso fue consecuentemente sometido a arbitraje en Suiza. El pedido de los compradores de una ejecución forzada fue denegado por razones que veremos más adelante. No hemos encontrado otros intentos de forzar una entrega de mercadería. Puede ser porque la regla de ejecución forzada es tan clara que no invita a esa clase de desacuerdos sobre los resultados de lo resuelto por el tribunal que llevaría a un proceso. O puede ser que existan casos que no han sido traducidos al inglés. Estas advertencias no permiten que nosotros concluyamos de manera determinante, pero nuestras observaciones son al menos consistentes con lo visto respecto que, para las ventas internacionales de mercadería, la parte ejecutante generalmente prefiere demandar por daños y perjuicios más bien que intentar una ejecución forzada<sup>(42)</sup>.

## 2.6. Resumen de los hallazgos empíricos

En resumen, nuestra principal observación empírica es que la ejecución forzada no es exigida en Dinamarca para los contratos de producción; el único recurso para el demandante en caso de incumplimiento es una acción legal privada, penal, y desde que los demandantes no tienen un incentivo para iniciar tales acciones, virtualmente ellas nunca serán presentadas. Así la ejecución forzada no es exigida como tal; cuando esta es concedida, como en algunos contratos de construcción y contratos de consumo, esta es exigida a través de la amenaza de sanciones monetarias que sirven como una compensación a la otra parte (esto es, a través de la indemnización de daños y perjuicios). En Alemania y Francia, aunque exigible (aunque con muchas excepciones) la ejecución forzada es rara. Hay un consenso entre los estudiosos respecto que, en esta área, las diferencias entre Derecho Civil y el *Common Law* no son de importancia práctica, y por tanto no es sorprendente que entre los casos disponibles de la CISG en inglés en Internet, no hayamos podido encontrar un caso donde los tribunales hayan forzado a una parte a entregar mercadería.

## 3. Explicación del raro uso de la ejecución forzada

Ahora se argumentará que podría resultar costosa la exigibilidad de una ejecución forzada, especialmente si el objetivo es convertirlo en una solución atractiva para el demandante.

### 3.1. Del rol de la exigibilidad costosa

El sistema de exigibilidad tiene dos etapas. En la primera etapa, si el demandante ha reclamado una ejecución forzada, el tribunal decidirá si es que debe otorgarse la ejecución forzada o la indemnización de daños y perjuicios como solución. Si se otorga la ejecución forzada, podría no resultar claro qué cosa implica; a menudo debe precisarse cuales acciones han sido acordadas por el demandado en el contrato, y cuales no han sido cumplidas<sup>(43)</sup>. Esto puede ser costoso para el tribunal, desde que en algunos casos debe señalar las obligaciones exactas de cargo del demandado. De otro lado, si se concede la indemnización de daños y perjuicios, el tribunal debe establecer el monto de los daños, lo cual podría también ser costoso, lo cual no tendría que hacerse si la ejecución forzada es

(40) Una excepción es Japón, el cual todavía no ha ratificado la convención.

(41) Cfr. Zürich Chamber of Commerce Arbitration Award ZHK273/95 del 31 de mayo 1996. En: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>.

(42) En diversos casos, las compras cubiertas son realizadas y sus costos reembolsados bajo la regla de daños esperados.

(43) Esto debe ser resuelto por el tribunal, y no por el ejecutor, aspectos que presenten dificultades de interpretación, potencialmente requerirán que se acuda a procedimientos judiciales.

concedida. De un balance de ambas, sin embargo, los costos de señalar los costos de las obligaciones parecen ser mayores en promedio que el costo de valorar los daños y perjuicios.

En la segunda etapa, si el demandando no cumple, tanto la orden de la ejecución forzada como el pago de la indemnización de daños y perjuicios, el ejecutor exigirá el reclamo. En el caso de la indemnización de daños y perjuicios, usualmente es relativamente sencillo, los activos del demandado pueden ser embargados; si es necesario, por la fuerza. En el caso de la ejecución forzada, el ejecutor puede<sup>(44)</sup> inducir al cumplimiento, imponiendo multas periódicas al demandado, hasta que ejecute su obligación. Esto puede resultar costoso por, al menos, dos razones. La primera, porque puede requerir gastar recursos en obtener información respecto de si el cumplimiento se ha efectuado. Naturalmente, también se puede incurrir en estos costos cuando la solución es la indemnización de daños y perjuicios, pero bajo el sistema de la indemnización de daños y perjuicios, el juzgado solo necesita investigar una vez, en tanto que en la ejecución forzada, esto tendría que ser investigado tanto por el juzgado como por el ejecutor, y posiblemente más de una vez, si el incumplimiento continua. Los incumplimientos múltiples parecen ser una posibilidad distinta<sup>(45)</sup> especialmente cuando la relación entre las partes se ha deteriorado (en cuyo caso, los efectos en la reputación no actuarían como un mecanismo de sanción)<sup>(46)</sup>. Segundo, aplicar el sistema de multas coercitivas para inducir la ejecución es administrativamente costoso, en parte porque las normas administrativas contienen procedimientos sobre cómo los individuos pueden ser exigidos por el Estado, y estos procedimientos involucran costos<sup>(47)</sup>.

Quisiéramos enfatizar en el aspecto que los costos mencionados anteriormente se vuelven sustanciales si el objetivo es hacer de la ejecución forzada una amenaza creíble para el demandante. La credibilidad de la amenaza realizada por la parte que ha cumplido, de reclamar una ejecución forzada se ve disminuida por la amenaza de la parte incumplidora de demorar la ejecución o de ejecutarla en forma defectuosa nuevamente, y esta última sí tendrá mayor credibilidad a menos que la exigibilidad

sea estricta<sup>(48)</sup>. Así, antes que un tribunal haya decretado una ejecución forzada y que el ejecutor haya decretado multas periódicas, lo cual en conjunto puede tomar largo tiempo (a veces incluso años, pero por supuesto la rapidez del proceso tiene un precio), el valor de la ejecución para la parte que no ha incumplido el contrato, a menudo disminuirá en forma sustancial. Este costo para la parte que no ha incumplido, como se ha mencionado, puede verse incrementado por otras inejecuciones que se presenten después, y esta posibilidad tiende a no hacer atractiva la ejecución forzada para el demandante. Por supuesto, el sistema de exigibilidad tomará en cuenta estas posibilidades, a través, por ejemplo, de compensaciones por la demora (pero es a menudo difícil proveer evidencia suficiente sobre los costos de la demora); de penalizar los incumplimientos múltiples; y, acelerando el proceso de exigibilidad. Sin embargo, tales medidas son costosas. En conclusión, la ejecución forzada es administrativamente más costosa que la indemnización de daños y perjuicios, especialmente si esta debe ser una solución atractiva para los demandantes.

A estos costos administrativos, por supuesto, deben ser añadidos los costos de la parte incumplidora de ser coaccionada a realizar acciones potencialmente muy costosas. En este artículo, nosotros vemos a la ejecución forzada como una regla que, cuando un contrato es incumplido, se establece un nuevo contrato similar al antiguo en los requerimientos de ejecución, pero de aplicación obligatoria (explícitamente) bajo la amenaza de multas periódicas. Viendo la ejecución forzada en esta forma se presenta la siguiente pregunta: ¿por qué no es aplicado el sistema de multas periódicas en el contrato original entre las partes? La respuesta debe hallarse en el hecho que tales multas son potencialmente muy costosas para la parte incumplidora, desde que ellas fuerzan la ejecución aun cuando esta resulte costosa (y la excesiva onerosidad sobreviniente no aplica). Como se ha enfatizado por la teoría del incumplimiento eficiente, la eficiencia de la pérdida en que se incurra por este medio, debiera naturalmente ser vista como un costo de la ejecución forzada<sup>(49)</sup>. Si las partes renegocian (lo cual ellos no siempre son capaces de efectuar),

(44) En los sistemas en los que la ejecución forzada esta disponible.

(45) En algunos casos, se requiere de constante supervisión y si bien esto no es imposible, es probable que sea costoso (véase TREITEL, G. A. *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell, 1995. p. 1032).

(46) Ulen argumenta lo contrario, indicando que los efectos en la reputación pueden inducir a una buena ejecución aún en los casos de relaciones deterioradas; para nosotros ello parece darse quizá en algunos casos, sin embargo no es la regla.

(47) De la experiencia en Derecho Público, aparece que el proceso no funciona siempre en forma eficiente.

(48) Volvemos a la cita de Zweigert y Kotz. *Op. cit.*; p. 484: "los hombres de negocios prefieren reclamar daños y perjuicios antes que enfrentar el riesgo de perder tiempo y dinero en un reclamo de ejecución que no produzca resultados satisfactorios".

(49) Si las partes renegocian, con lo cual ellos no siempre pueden contar, se presentará el tema del oportunismo contractual, lo cual conducirá a un esfuerzo muy grande por asegurar el cumplimiento.

se presentará el tema del oportunismo contractual: la parte que ha cumplido puede incluir términos beneficiosos en la renegociación bajo la amenaza de la ejecución forzada. Anticipando esto, el vendedor sobreinvertirá en el cumplimiento.

El tomar en cuenta estos costos de la parte que ha incumplido el contrato, nos conduce a la siguiente disyuntiva en la elección de la solución: de un lado, si el sistema intenta asegurar un cumplimiento total y oportuno, tendrá que emplear un sistema de exigibilidad estricto. Esto puede involucrar altos costos administrativos y puede imponer costos al demandado cuando los costos del cumplimiento son altos. De otro lado, si el sistema de exigibilidad es más laxo, la amenaza de los demandantes de reclamar la ejecución forzada, pierde credibilidad, debido al riesgo de demora o cumplimiento defectuoso.

Como puede verse, esta disyuntiva fue considerada cuando se tomó la decisión de virtualmente, abolir la ejecución forzada (de acciones) en el Código de Procedimientos Civiles Danés.

### 3.2. ¿Por qué la ejecución forzada de acciones fue abandonada en Dinamarca?

Una ley que data de 1842 originalmente prescribía que si la parte incumplidora continuaba sin cumplir su obligación después que un tribunal había decretado la ejecución forzada, éste podía ser sancionado con multas periódicas o prisión. Estas sanciones fueron abandonadas como un medio de coerción en 1916 cuando se promulgó el Código de Procedimientos Civiles. Desde entonces, la ejecución forzada de acciones no ha sido exigida en Dinamarca.

La principal razón<sup>(50)</sup> detrás de este cambio fue que se percibió la necesidad de evitar en la instancia final encarcelar a una persona como consecuencia de su incumplimiento derivado de una obligación en un contrato comercial<sup>(51)</sup>. Se argumentó que esto estaría violando el principio de proporcionalidad y así estar en conflicto con los principios fundamentales de la jurisprudencia moderna. También se señaló que una exigibilidad estricta de la ejecución forzada involucra el riesgo de abusar de la parte incumplidora<sup>(52)</sup>, y que es administrativamente costosa. Se determinó que estos costos no ameritaban el beneficio para el demandante de tener el recurso de la ejecución forzada<sup>(53)</sup>.

En 1989, un comité de expertos investigó la necesidad de reincorporar la exigibilidad de la ejecución forzada (a fin de otorgar al Código Civil mayor conformidad con las estipulaciones del Derecho Contractual).

El comité repitió los argumentos que acabamos de mencionar, aunque reconoció que el sistema de multas coercitivas podía ser empleado sin recurrir a la prisión en el caso que las multas no fuesen pagadas. El principal argumento del comité para no reincorporar la ejecución forzada y para no considerar nuevamente un costoso sistema de sanciones, y procedimientos costosos, fue la baja demanda de ejecuciones forzosas entre la gente de negocios. El comité declaró esto como sigue<sup>(54)</sup>:

“El hecho que no se hayan producido críticas (por la falta de ejecución forzada) y que se haya expresado la necesidad de hacer más estricta la exigibilidad en esta área, ha sido decisivo para que el comité...”.

Resumiendo el desarrollo histórico, una estricta exigibilidad de la ejecución forzada fue abandonada en 1916 (si no antes), porque se vio tanto innecesariamente coercitiva (comparada con los beneficios relativos a la indemnización de daños y perjuicios), como administrativamente costosa. No fue reincorporada cuando fue evaluada, debido a la percepción de que la demanda por esta solución era pequeña para justificar los costos de hacer disponible esta solución.

### 3.3. Explicando el modelo general de ejecución forzada

En forma general, la presencia de costos en la ejecución forzada parecen ser capaces de explicar el modelo general de exigibilidad de la ejecución forzada. Nótese, por ejemplo, las características del sistema de exigibilidad:

a) Todos los sistemas distinguen entre “obligaciones de dar” y “obligaciones de hacer”. Esto se puede atribuir más a la presencia de costos de exigibilidad que a la potencial pérdida de eficacia de la ejecución forzada, ya que la pérdida de eficacia puede aparecer tanto en las obligaciones de dar como en las obligaciones de actuar, mientras los gastos de exigibilidad son relativamente pequeños en el caso de las obligaciones de dar comparados con los costos de exigibilidad en las obligaciones de hacer.

(50) Basado en un Informe Parlamentario de 1899; para mayor referencia véase el Informe Parlamentario (*Betænkning*) 11701989.

(51) Véase Informe Parlamentario (*Betænkning*) 11701989.

(52) Y que el demandante podía especular sobre cual solución utilizar: la ejecución forzada si los precios subían, y la indemnización de daños y perjuicios si los precios caían (en casos de incumplimiento del vendedor).

(53) Nótese que las mismas razones han sido dadas por los jueces en el *Common Law* para exigir la ejecución forzada sólo bajo ciertas circunstancias. Véase por ejemplo BEALE. *Op. cit.*; pp. 710-713; y TREITEL. *Op. cit.*; pp. 1033-1034.

(54) *Betænkning* 1170. p. 31.



b) Las compras cubiertas generalmente están permitidas tanto en el Derecho Civil como en el *Common Law* (y cuando está disponible la compra cubierta, la ejecución forzada no será exigida, al menos no en Alemania). Nuevamente, parece más fácilmente explicable como un modo de economizar en gastos de exigibilidad, que como un modo de asegurar la producción de decisiones eficientes. En términos de eficiencia, las compras cubiertas pueden plantear algunas de las mismas cuestiones que una ejecución forzada cuando la valorización del comprador respecto del bien es más baja que los costos de producción del suministro alternativo, así el acceso fácil a la compra cubierta no parece estar basado principalmente en la eficiencia. Entonces, la principal razón por la que la compra cubierta es concedida mucho más libremente, que la ejecución forzada, parece ser que la compra cubierta es más fácil de exigir que la ejecución forzada.

c) Los contratos de trabajo y los contratos que requieren la inspiración o un especial esfuerzo del vendedor<sup>(55)</sup>, no son exigidos en forma específica en Alemania (la cual en este aspecto es similar al sistema francés). Esto parece que puede ser explicado bien en términos de los costos de supervisión y monitoreo de la ejecución de dichos actos.

d) Bajo el CISG, se ha mencionado que el tribunal de arbitraje denegó la solicitud de ejecución forzada en un caso mencionado anteriormente. Se argumentó que no tenía sustento legal, pero el razonamiento del tribunal en este punto no es claro<sup>(56)</sup>. Lo que es más interesante en el contexto presente es la declaración adicional efectuada por el tribunal. Este declaró que aun si se aplicara la CISG, el tribunal “no puede ver cómo la ejecución forzada podría ser una solución apropiada para los compradores en este caso”. El tribunal señaló los problemas asociados con la exigibilidad de ejecución forzosa en los contratos en Rusia, para los siguientes 8 ó 10 años. El tribunal así señaló el problema del monitoreo constante o supervisión del cumplimiento, y el alto costo de forzar repetidamente dicho cumplimiento.

e) También bajo el *Common Law*, los costos de exigibilidad de las pretensiones de ejecución forzada juegan un rol importante respecto de la concesión de un remedio específico. De acuerdo con el recuento de la ley inglesa realizado por Treitel<sup>(57)</sup>, el costo del monitoreo o supervisión del cumplimiento es un factor importante en la rara concesión de la ejecución forzada, mientras que la “drástica naturaleza” de la

solución específica, la “injusticia” de exigir a la parte que ha incumplido el contrato, a que lo cumpla inclusive a pérdida, y el grado en el cual la parte agraviada pueda ser compensada a través de una indemnización de daños y perjuicios, también juega un rol.

#### 4. Implicaciones normativas de la existencia de costos de exigibilidad

Cuando la exigibilidad de una solución es costosa, *ceteris paribus*, ello irá en contra de su uso. Sin embargo, se pueden dar dos argumentos que sugieren que los costos de la exigibilidad sería de consecuencias mínimas.

a) Se puede argumentar que si la sanción por el incumplimiento es muy alta (incluyendo potencialmente los costos de la exigibilidad necesaria para hacer de la ejecución forzada una solución atractiva para la parte agraviada), no se tendrá que incurrir en costos de exigibilidad, en tanto que la sanción disuadirá de incurrir en incumplimiento. No entraremos a revisar los argumentos de la teoría del incumplimiento eficiente, en el cual el argumento se sustenta (véase, por ejemplo, Shavell<sup>(58)</sup>), en su lugar señalaremos lo que consideramos es una debilidad (adicional) del argumento. La idea de sanciones muy altas ante los incumplimientos contractuales subestima, desde nuestro punto de vista, las imperfecciones del proceso legal. Las asimetrías de la información pueden conducir a error, y la posibilidad de error proporciona una razón para no aplicar sanciones demasiado altas. Imagínese, por ejemplo, que una parte que ha incumplido pretende que es imposible para él o ella cumplir el contrato, porque un empleado indispensable ha abandonado la empresa. Si esto no es verificable por un tribunal (¿es el empleado realmente indispensable?), el tribunal puede tanto confiar en la empresa, y por tanto hacer la ejecución forzada menos disponible para la parte agraviada, o puede imponer la sanción alta por el incumplimiento. En el último caso, se tendrá que incurrir en costos de exigibilidad, lo cual es un gasto de recursos, y se actuará injustamente con la parte que ha incumplido, si el empleado es realmente indispensable<sup>(59)</sup>.

O imaginemos que no esté claro cual de las partes ha incumplido, pero parece ser una más que la otra, ¿debe ser aplicada esta severa penalidad? Cuando consideramos tales posibilidades, una aprecia porque las sanciones por incumplimiento no pueden

(55) Esto es mencionado con frecuencia, pero de acuerdo a Dawson no existen casos de este tipo.

(56) Véase referencia a este caso en la nota anterior.

(57) TREITEL. *Op cit.*

(58) SHAVELL, S. *Economic analysis of Contract Law*. En: *NBER Working Papers 9696*. 2003.

(59) Si se aplican multas periódicas, presumiblemente esto tendrá que suspenderse en algún momento.

ser tan altas, y porque las multas coercitivas y la prisión<sup>(60)</sup> fueron abandonados en Dinamarca en 1916 con referencia a la falta de proporcionalidad entre el perjuicio por el incumplimiento y la sanción por el mismo. El argumento que señala que uno puede simplemente imponer una sanción alta que luego no tendrá que ser aplicada, ignora las dificultades del mundo real de concebir un eficiente (y justo<sup>(61)</sup>) sistema de exigibilidad.

b) Otro argumento<sup>(62)</sup> para dejar al demandante escoger entre la ejecución forzada y la indemnización de daños y perjuicios es que se puede dejar que el demandante corra con los costos de la exigibilidad. Él luego puede integrar los costos de la exigibilidad en la acción que haya elegido. Sin embargo, si el demandante soporta los costos de exigibilidad, su amenaza de pretender una ejecución forzada, puede no ser creíble. El demandado puede ser capaz entonces, por ejemplo de imponer costos al demandante, retrasando el cumplimiento hasta una etapa en la cual se haya incurrido en costos de exigibilidad. Si uno no puede imponer de una manera realista sanciones muy altas contra el demandado, y el demandante lleva el coste de la exigibilidad, puede hacerse poco atractiva la pretensión por una ejecución forzada, y tales pretensiones pueden hacer muy poco para que valga la pena diseñar el sistema para estar preparado para exigir cumplimientos específicos. Para concluir, creemos que los costos de exigibilidad (en un sentido amplio) proporcionan un argumento además de los argumentos que da la literatura del incumplimiento eficiente para abogar por la indemnización de daños y perjuicios como el remedio general<sup>(63)</sup>.

##### 5. Algunas implicancias adicionales de la observación empírica

Nuestras observaciones relacionadas al actual uso de soluciones para el incumplimiento contractual, tiene, creemos dos implicancias adicionales para la teoría del incumplimiento contractual.

Primero, nuestras observaciones sugieren que la compra cubierta es empíricamente más relevante que la ejecución forzada; la compra cubierta es rutinariamente exigida y buscada por los

demandantes en los tres países, y también bajo la CISG. También, las compras cubiertas involucran algunos de los aspectos específicos de la ejecución forzada, cuando el vendedor ha hecho inversiones específicas y puede suministrar el bien a un costo menor que proveedores alternativos. Por tanto, podemos argumentar que una discusión teórica acerca del grado en que las compras cubiertas están permitidas<sup>(64)</sup> parece ser más relevante que una continua discusión relacionada con la ejecución forzada.

Segundo, en el análisis de la solución al incumplimiento contractual y del diseño de renegociación, es importante no solo estudiar lo que el juez declarará sino también lo que el ejecutor, eventualmente, hará. Hablando en forma general, la exigibilidad parece ser más dificultosa en la práctica que lo previsto, tanto en la literatura sobre soluciones ante el incumplimiento como en la literatura del diseño de la renegociación<sup>(65)</sup>. La exigibilidad es un mecanismo en sí mismo, y la solución de la ejecución forzada no está bien definida, a menos que el mecanismo de exigibilidad esté especificado.

##### 6. Conclusión

Hemos aportado evidencia respecto del muy limitado uso de la ejecución forzada de acciones en los países con tradición de Derecho Civil. La solución esta disponible pero raramente es buscada en Alemania y Francia, y (virtualmente) ha sido abolida como una solución para los contratos de producción, en Dinamarca. Argumentamos que parte de la explicación descansa en el hecho que la exigibilidad de la ejecución forzada es administrativamente costosa, de tal forma que pueda prevenir que las demoras o incumplimientos múltiples sean un riesgo para el demandante. Los países han escogido no incurrir en tales costos. Desde nuestro punto de vista, ellos pueden estar bien justificados en esta elección; la teoría del incumplimiento eficiente provee la racionalidad básica para la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios en lugar de la ejecución forzada como una solución general, y los costos de la exigibilidad se añaden a esta racionalidad. <sup>HL</sup>

(60) Si la parte no tiene bienes, la prisión podría ser necesaria como sanción a fin de disuadir de incumplimientos.

(61) El sentido es que las sanciones severas no deben ser aplicadas a los inocentes.

(62) SCHWARTZ, A. *The case for specific performance*. En: *Law and Economics. Contracts, torts and criminal law*. Volumen 2. 1997. pp. 65-100.

(63) Creemos que el sistema del *Common Law*, en donde la ejecución forzada es concedida a discreción de los jueces, puede bien ser óptima, en la medida que la indemnización de daños y perjuicios no puede ser concedida con mayor libertad para reflejar todas las pérdidas del demandante.

(64) La compra cubierta es analizada por EDLIN, S. A. *Breach remedies*. En: *New Palgrave Dictionary of Law and Economics*. Londres: Macmillan Press, 1998.

(65) Como AGHION, P. y otros. *Renegotiation design with unverifiable information*. En: *Econometría*. Número 62. 1994. pp. 257-282; o MASKIN, E. y J. TIROLE. *Unforeseen contingencies and incomplete contracts*. En: *Review of Economic Studies*. Número 66. 1999. pp. 83-114; en contratación incompleta y mecanismos complicados para renegociación.