

---

# EJECUCIÓN FORZADA ESPECÍFICA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

MARCELA TABAKIAN

El cumplimiento forzado específico tiene un régimen de excepción en los Estados Unidos, siendo el remedio por excelencia el resarcimiento de daños y perjuicios. Esta solución, responde a motivos históricos, culturales y a políticas legislativas que serán analizadas en del presente trabajo.

La opción normativa que ha hecho Estados Unidos, presenta, al decir de sus propios actores del Derecho, un aparente estado de indiferencia moral, al permitir, e incluso alentar, a un promitente al incumplimiento y a compensar dicho incumplimiento en dinero.<sup>1</sup> Es interesante la cita a Oliver Wendel Holmes, hecha por Epstein para afirmar que no existe en el Derecho Contractual, ningún componente de tipo moral: "En ninguna otra área, la confusión entre moral y Derecho es tan manifiesta como en el Derecho contractual. Entre otras cosas, aquí los llamados derechos y deberes se invierten con un significado místico, más allá de lo que puede ser asignado y explicado. La obligación de mantener un contrato en el Derecho Anglosajón, implica una predicción de que se debe pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento, - y nada más [...] Pero esa forma de mirar al problema apesta entre aquellos que piensan que es importante introducir lo más posible la ética en el Derecho."<sup>2</sup>

Este enfoque que fue introducido desde los orígenes de este sistema de Derecho, se alinea con una corriente de pensamiento mucho más actual, que incorpora el análisis económico a la solución de los problemas legales.<sup>3</sup> El fin último de esta doctrina, es promover desde el Derecho una disposición eficiente y ágil de los recursos materiales. En consecuencia, la decisión racional de una parte en cuanto a cumplir el contrato o incumplirlo está afectada por las preferencias del promitente y por las consecuencias que siguen al incumplimiento contractual. Los economistas entienden que el cometido de los remedios debe ser el de inducir a las partes a actuar eficientemente, y se alienta o desalienta el cumplimiento contractual, simplemente mediante el monto de daños que se impongan a quien incumpla, sin que sea necesario obligar a las partes a cumplir con

---

1 Marvin A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Seventh Edition, Foundation Press, St. Paul, 2013, p. 196.

2 David G. Epstein, Bruce A. Markell y Lawrence Poronoff, *Cases and Materials on Contracts: Making and Doing Deals*, Third Edition, West, St. Paul, 2011, p. 686 y 687. Citando a Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897), 462. "Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained.

The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, - and nothing else. [...] But such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can.

3 E. Allan Farnsworth y William Young, *Contracts, Cases and Materials*, Fifth Edition, Foundation Press, New Yoork, 1995, p. 20 y 21.

el contrato.<sup>4</sup> Aun en el caso de que el promitente al incumplir haya actuado deliberadamente, obteniendo beneficio personal en dicho acto por salirse del contrato (por ejemplo vender a mejor precio su mercadería); los partidarios de ésta doctrina entienden que el fin social se cumple igual, ya que por medio de la indemnización, nadie queda en peor situación como consecuencia del incumplimiento.<sup>5</sup> A la luz del análisis realizado por quienes se encuentran a favor aplicar la economía al Derecho, la ejecución forzada específica, que obliga al promitente a cumplir el contrato, al poner el énfasis en que el acreedor reciba el objeto al que el deudor se obligó a entregar, conduce a un resultado ineficiente, produciendo una demora en la circulación de bienes y recursos.<sup>6</sup>

Yendo ahora a los orígenes, para identificar las verdaderas razones que han llevado a la excepcionalidad de este remedio, debemos remontarnos a Inglaterra del siglo XIII; y más específicamente a la forma de administración de justicia elegida en aquel entonces por dicho país. Durante muchos siglos existieron en Inglaterra dos sistemas de justicia paralelos, que aplicaban dos cuerpos de leyes diferentes. Por un lado, existían los Tribunales que aplicaban el “Common Law”, con jurisdicción en las denominadas “Acciones de Derecho” (“Actions at Law”), en éste tipo de acciones, el derecho que se aplicaba era el “Derecho Común”.<sup>7</sup> Por otro lado, existían las Cortes de Equidad denominadas también Cancillerías, con competencia en “juicios de equidad”, que aplicaban un conjunto de principios denominados también “de equidad”.<sup>8</sup> Ésta división tan extraña en la administración de justicia es única del sistema Anglosajón e impone desentrañar adecuadamente el sentido de dos vocablos, por un lado el concepto de “Derecho” que se utiliza en un sentido amplio para referir a principios para la administración de justicia, que incluye tanto “Common Law” o “Derecho Común” y “la equidad”, por otro lado en un sentido más restrictivo significa principios de Derecho aplicados por los Tribunales con competencia en Acciones de Derecho. En cuanto al concepto de “Equidad” en un sentido amplio implica buena fe y en un sentido más restringido principios establecidos para ser aplicados por un conjunto de Tribunales con competencia específica.<sup>9</sup>

La división tiene su origen en la gran depresión del Derecho Anglosajón del siglo XIII, con consecuencias directas en el Poder Judicial. En dicha época, las insuficiencias generales del sistema se traducían en fallos en los que se apreciaban graves injusticias en los ciudadanos. Éstos usuarios del sistema, presentaron sus quejas al Rey, solicitándole que tomara posición.<sup>10</sup> Es interesante que pese a que en Inglaterra existía una cultura

4 Id. Ver además Kornhauser, An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies, 57 U.Colo.L.Rev. 683 (1983).

5 Marvin A. Chirelstein, ob. cit. p. 196.

6 Sobre la situación de la Ejecución Forzada específica ver además Laycok, The Death of Irreparable Injury Rule, 103 Harv.L.Rev. 687 (1990). Ver también Farnsworth, Ob. Cit. p. 37.

7 Id.

8 Id. De acuerdo con el Black's Law Dictionary, Second Pocket Edition, Brayan A. Garner, St. Paul, Minn, 2001, “*action in equity*. An action that seeks equitable relief such as an injunction or specific performance, as opposed to damages.” Puede observarse de la definición que la opción natural en el sistema que se comenta es la de los daños y perjuicios y la de excepción el cumplimiento forzado. Sin embargo puede apreciarse, que dentro de las soluciones en equidad, la ejecución forzada específica es más común.

9 Fuller, ob.cit. p. 367, ver también John P. Dawson, William Brunet Harvey y Stanley D. Henderson, Contracts, Cases and Coments, Seventh Edition, Foundation Press, New York, 1998, p.153.

10 Dawson, Ob. Cit. p. 153.

Parlamentaria de peso, el primer recurso de la ciudadanía haya sido el Rey. Sin embargo, en un análisis más detenido de la historia, se puede observar que en éste país el Poder Judicial surge en el Siglo XII a Iniciativa del Rey Henry II, y que en su origen fueron funcionarios del Rey y no jueces los encargados de la administración de justicia. Tomando en cuenta estos antecedentes históricos, es natural que se haya recurrido al Rey y no al Parlamento para resolver la situación.<sup>11</sup> Por su parte el Rey encargó al Canciller<sup>12</sup>, a que diera respuesta a estas cuestiones (por ello se habla de Cancillerías para referirse a los juzgados de equidad). Se les atribuye a los Cancilleres haber traído al Derecho Anglosajón un conjunto de innovaciones y reformas, que impactaron especialmente en el Derecho de los Contratos. La innovación se dio justamente en el área de los remedios.<sup>13</sup> La participación de los Cancilleres tuvo influencia directa sobre los jueces, que se vieron obligados a expandir los remedios disponibles en el Derecho Anglosajón.<sup>14</sup> Los métodos desarrollados por los Cancilleres en la ejecución de los contratos, se diferenciaban sustancialmente de las condenas monetarias que imponían los jueces de Derecho. La formación religiosa de éstos funcionarios, imprimieron la moral en la ejecución de los contratos, por ello a diferencia de los jueces sus fallos dieron preferencia a la ejecución forzada específica, obligando a las partes a mantener sus promesas (con este propósito fueron investidos del poder de obligar a las partes a hacer o dejar de hacer).<sup>15</sup>

Los Cancilleres nunca se propusieron desarrollar un sistema que desplazara al “Common Law”, su función fue la de complementarlo y mejorarlo. Las reglas emanadas de los Tribunales de Equidad fueron pensadas únicamente para llenar los vacíos del “Common Law”.<sup>16</sup> Desde el punto de vista de sus atribuciones, puede decirse que carecían de competencia general y devenían competentes únicamente cuando “el remedio legal de los Tribunales de Derecho se consideraba inadecuado para el actor de la contienda”, es decir no conferían una reparación integral al damnificado.<sup>17</sup>

Otro antecedente histórico relevante, a los efectos de encontrar el motivo por el cual el cumplimiento forzado específico, es un remedio de los Tribunales de Equidad, es el hecho de que los Tribunales de Derecho, excepto en casos muy puntuales, carecían de competencia para ordenar que el demandado hiciera o dejara de hacer alguna cosa. Por este motivo, es que frente a un incumplimiento contractual, los Tribunales de Derecho no podían ordenar el cumplimiento del contrato, su facultad se restringía a fallar fijando una suma monetaria que indemnizara a la parte damnificada por los daños que hubiere causado el incumplimiento del otro promitente.<sup>18</sup> A diferencia de los Tribunales de Derecho, los Tribunales de Equidad, podían ordenar a la parte demandada, en especial en

11 GERALD J POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, 3 Oxford U. Commw. L.J. 1 (2003) y *Classical Common Law Jurisprudence (part II)*, 2 Oxford U. Commw. L.J. 155 (2002).

12 El Canciller era el Primer Ministro de la época, la cabeza de la secretaría de Estado y el protector del Sello de la Corona. Eran además obispos, otra de las razones que hacía natural recurrir a ellos como administradores de justicia. Finalmente eran Magistrados en el ámbito de la justicia real.

13 Motivados por su afán de hacer justicia, ya hacia el siglo XIV los Cancilleres ejecutaban promesas que carecían de las formalidades exigidas por la Ley a las que los Tribunales de Derecho no hubieran hecho lugar.

14 Dawson, *Ob. Cit.* p. 154 y 155.

15 *Id.*

16 Dawson, *Ob. Cit.* p. 156.

17 *Id.*

18 L. Fuller, *ob. cit.* p. 368.

temas de compraventa de inmuebles, a que cumplieran con el contrato, en caso de que no cumpliera con la orden judicial, el juez, podía declararlo en desacato al Tribunal, fijar una fianza u ordenar su procesamiento con prisión.<sup>19</sup> En relación a estas potestades de los Cancilleres, luego jueces de equidad, es que se dice que el demandado tiene “las llaves de la libertad en su bolsillo”, en otras palabras, cuando tome la decisión de obedecer el mandato judicial puede liberarse a sí mismo.<sup>20</sup>

### *La relación entre el Derecho y la Equidad en la actualidad*

En la actualidad, en Estados Unidos, recaen sobre un mismo juez la competencia en materia de “equidad” y en materia de “Common Law”, ya en la mayoría de los Estados se ha unificado la competencia de los Tribunales de Equidad y de Derecho, en el mismo Tribunal. Sin embargo, tanto los jueces como los abogados tienen muy presente la distinción y existencia de ambos cuerpos normativos, de hecho cuando se presenta un juicio de equidad, en la carátula, se lo titula como de juicio que habrá de resolverse de acuerdo a los principios de equidad.<sup>21</sup>

En lo que tiene que ver con la acción de ejecución forzada específica, se considera un remedio que proviene de los principios de equidad y se exige a la parte actora que pruebe el hecho de que una reparación monetaria resultaría inadecuada. En este sentido, en nota introductoria al capítulo de la ejecución forzada específica<sup>22</sup>, los redactores del Restatement Segundo de Contratos, establecen las bases de su concepción respecto del cumplimiento forzado, lo conciben, como medio para hacer cumplir contratos, como una medida alternativa a la indemnización, sujeta a una serie de limitaciones (§§ 359-69), siendo la más significativa la regla de que no se concederán si el resarcimiento en daños y perjuicios es un recurso adecuado (§ 359).<sup>23</sup>

Fuera del ámbito del Derecho Contractual, en el área de la Responsabilidad Civil, la regla es también que el daño sea reparado pero medio del pago de una indemnización monetaria, sin embargo, frente a situaciones como la de ingreso ilegal a la propiedad inmueble o “Trespass to Land”; actividad continua que afecta el goce de la propiedad (contaminación sonora o ruidos molestos), “Nuisance”; o violación continuada de libertades civiles; el Juez debe exigir al demandado que interrumpa su actividad o que realice una actividad diferente. En estos casos, para satisfacer adecuadamente a los intereses de la parte demandada, no basta con una indemnización monetaria sino que se impone una sentencia cuyo contenido sea tendiente a reequilibrar la situación, obligando al demandado a hacer o dejar de llevar adelante cierta actividad. A este tipo de acciones se les

19 Id. De acuerdo con O’Connell, ob. cit. p. 24, el juez de equidad dispone de este remedio no solo en el área contractual sino también en los casos de responsabilidad. En ambos casos, el juez puede disponer que una persona haga o deje de hacer alguna cosa. En los dos ámbitos la potestad es absolutamente discrecional y los jueces en general la aplican con mucho cuidado por el poder que tiene sobre las personas y el efecto que aparece sobre sus bienes.

20 O’Connell, Ob. Cit. p. 114.

21 Id.

22 “Specific Performance and Injunction” serían los vocablos que utilizan para referirse a las acciones que tienen que ver con acciones judiciales cuyo contenido sea el de imponer un mandato de “hacer o no hacer” a la parte demandada. “Specific Performance” es un vocablo de uso exclusivo en el área de los contratos, la segunda puede utilizarse en muchas áreas del Derecho (los tribunales competentes para imponerlas son los Tribunales de Equidad o aquellos haciendo sus veces). Puede adoptar muchas formas, entre ellas las medidas de no innovar.

23 Restatement Volume 3 Sec. 316-End, 162, 1981.

denomina “Injunction”.<sup>24</sup>

Volviendo nuevamente a la ejecución forzada específica, la doctrina sostiene que reviste el carácter de discrecional, por lo que independientemente de que la parte actora demuestre, que la reparación económica es inadecuada, no es garantía de que el Tribunal, la conceda.<sup>25</sup> Para concederla, el juez toma en cuenta los siguientes factores: el cumplimiento impondría una carga excesiva a la parte demandada o al Tribunal; el cumplimiento es contrario al orden público; o el contrato que se pretende ejecutar es desmedidamente irracional o unconscionable.<sup>26</sup> El Restatement Segundo (en sede de restituciones) § 370<sup>27</sup> establece además que para que proceda, los términos del contrato deben ser claros, la obligación asumida por cada parte y las condiciones bajo las cuales puede reclamarse el cumplimiento debe estar determinada en detalle.<sup>28</sup> Se exige además, que quién presente la demanda de ejecución forzada específica, se encuentre en condiciones de cumplir con su parte de la obligación o haya ya cumplido.<sup>29</sup>

Los contratos de arrendamiento de servicios o de empleo, presenta cierta particularidad en relación con este remedio. Se señala, que no corresponde el cumplimiento forzado específico de este tipo de contratos de acuerdo con lo dispuesto por la Enmienda Decimotercera, que establece la prohibición de que se cumplan servicios en contra de la voluntad de quien los presta<sup>30</sup>, el Restatement Segundo de Contratos, también reguló en § 367 (1). En el caso del Restatement, no se promueve el cumplimiento específico, por entenderse que no resultaría sabio, tratar de extraer, de un promitente incumplidor, un cumplimiento que involucra relaciones humanas.<sup>31</sup> Sin embargo, si la obligación involucra una obligación de no hacer, puede pedirse el cumplimiento forzado específico. El ejemplo que se utiliza es el siguiente: si el servicio de que se trata reviste el carácter de único, y el contrato así lo establece el Juez de Equidad puede intervenir para que un empleado deje de prestar servicios para cierta persona.<sup>32</sup> El caso más claro, es el del futbolista, el juez no puede exigirle que trabaje para su cuadro de fútbol, pero puede pedirle que no juegue para cierto equipo.<sup>33</sup> Pero no se hará lugar a la petición de cumplimiento forzado específico, que involucra una obligación de no hacer (§ 367 (2) del Restatement Segundo), si el prohibir que el promitente incumplidor trabaje para la competencia, de-

24 L. Fuller, ob. Cit. p. 368. Torts - Injunction, en Contracts – Specific Performance.

25 Id.

26 De acuerdo con C.D. Rhower et all, ob. Cit. p. 463, este tipo de acción se presenta en la órbita jueces actuando por equidad y aplicando principios de equidad. Ello lleva a que el juez que considera la cuestión, analiza la realidad contractual en su conjunto, para hacer lugar a la acción, el contrato debe respetar todos los principios de equidad. El juez actuando bajo la competencia de equidad hace justicia (lo cual no es típico del juez anglosajón que simplemente falla de acuerdo a lo que las partes han probado), por lo que aquellos contratos que no respetan el resto de los principios de este cuerpo normativo, ya sea porque se han sido obtenidos por adhesión, de mala fe, o utilizando prácticas abusivas, quedan fuera del ámbito de la justicia de equidad.

27 § 370. Requirement That Benefit Be Conferred. A party is entitled to restitution under the rules stated in this Restatement only to the extent that he has conferred a benefit on the other party by way of part performance or reliance.

28 O’Connell, Ob. Cit. p. 117.

29 O’Connell, Ob. Cit. p. 130.

30 Id.

31 Fuller, Ob. Cit. p. 381.

32 O’Connell, Ob. Cit. p. 126.

33 O’Connell, Ob. Cit. p. 127.

termina que el único empleo posible sería el de volver a prestar servicios para la parte actora.<sup>34</sup>

Los contratos de compraventa de inmuebles tienen un régimen de excepción en punto a la ejecución forzada específica, está laudado que el comprador puede obtener una sentencia que obligue al vendedor a entregar y escriturar el bien en su favor, del mismo modo, el juez puede ordenar al comprador a que pague el precio.<sup>35</sup> En estos contratos, el actor no tiene la carga de probar que el bien reviste las características de ser un objeto único.<sup>36</sup> La justificación que se ha utilizado para eximir de dicha prueba al actor, reposa sobre dos aristas, por un lado el hecho de que el valor de la tierra es, en cierta medida incierto, ya que la tierra por lo general no tiene un precio de mercado claramente definido; en segundo lugar el hecho de que cada parcela es, en cierto punto única, y por lo tanto el comprador no puede con una indemnización monetaria salir al mercado y comprar un terreno exactamente igual al prometido por el vendedor incumplidor por lo tanto el resarcimiento de daños y perjuicios sería un remedio inadecuado. Actualmente, en ciertos Estados, se han aprobado leyes estableciendo acciones ejecutivas, en las que presentado el contrato de compraventa inmobiliaria, se procede al traspaso de la propiedad e inscripción en el Registro de Inmuebles<sup>37</sup>. Frente al incumplimiento, el acreedor (al igual que en nuestro derecho), se le presenta la opción de solicitar el cumplimiento forzado del contrato (principios de equidad) o solicitar la indemnización en daños y perjuicios (“Common Law”).<sup>38</sup> Actualmente se ha cuestionado en algunos fallos, la consideración de la tierra como un bien único en sí mismo, se citan en este sentido los siguientes casos: *Semelhago v. Paramadevan*<sup>39</sup>, un caso decidido por la Suprema Corte de Canadá, frente a un incumplimiento de una compraventa de un inmueble con destino casa habitación, donde si bien no se solicita la ejecución forzada específica, la Corte destaca que no todo inmueble reviste la calidad de único.<sup>40</sup> Otro caso, en el que sigue la misma tendencia, es el de *Watkins v. Paul*<sup>41</sup>, en el que se denegó el cumplimiento forzado de una compraventa de inmuebles, teniendo en cuenta que la compra se había hecho como un negocio simplemente para revender luego el bien a un mejor precio, de acuerdo con la Suprema Corte de Idaho, ese fin determinaba que para el comprador el bien inmueble no revestía el carácter de único, elemento esencial para la acción.<sup>42</sup>

Frente a la demanda de cumplimiento de contrato el demandado puede oponer las defensas siguientes defensas (muy similares también a las de nuestro derecho): caducidad, falta de cualquier solemnidad requerida legalmente (que el contrato esté por escrito

34 § 367 (2) “A promise to render personal service exclusively for one employer will not be enforced by an injunction against serving another if its probable result will be to compel a performance involving personal relations the enforced continuance of which is undesirable or will be to leave the employee without other reasonable means of making a living.”

35 Fuller, Ob. Cit. p. 380, ver además Restatement Second § 360, Comment e.

36 O’Connell, Ob. Cit. p. 113, sostiene que en general se confiere en los casos de propiedad inmueble porque éste tipo de objetos son únicos, ningún terreno es igual a otro. En el caso de los contratos que no involucran la propiedad inmobiliaria, el actor debe probar que el objeto del contrato es único (colección de estampillas o de monedas, etc.).

37 Fuller, Ob. Cit. p. 380.

38 Id.

39 136 D.L.R. (4th) 1, (1996).

40 Fuller, Ob.Cit. p. 380.

41 95 Idaho 499 (1973).

42 Fuller, Ob. Cit. p. 381.

si el monto de la transacción supera los U\$S 500), error, dolo o fraude.<sup>43</sup>

### *Situación luego del Código Uniforme de Comercio y del Restatement Second of Contracts*

En la actualidad, es firme la postura de la jurisprudencia en cuanto a que tanto para las relaciones contractuales reguladas por el UCC cómo las reguladas por los principios del Derecho Común, la solución de principio es la condena en daños al promitente que incumple un contrato, siendo la ejecución forzada específica, un remedio disponible al destinatario de la promesa incumplida, solamente si el contrato hubiera involucrado un objeto de carácter “único” (que se limita casi exclusivamente a la propiedad inmueble).<sup>44</sup>

Sin embargo, se habla de una incipiente tendencia, a partir de del Restatement Segundo de Contratos § 359<sup>45</sup> y del Código Uniforme de Comercio en sección 2-716 a “liberalizar la concesión de la ejecución forzada específica, ampliando los casos en que el resarcimiento de daños y perjuicios, no se consideran un remedio adecuado.”<sup>46</sup> El moderno enfoque, de acuerdo con el Restatement, es realizar una comparación entre condenar al pago de daños y perjuicios o al cumplimiento forzado del contrato para determinar qué solución es más justa.<sup>47</sup>

En cuanto al Código de Comercio Uniforme el artículo 2-716 ha recogido la tendencia que se señala estableciendo que el cumplimiento del contrato puede garantizarse cuando “los objetos son únicos o en cualquier otra circunstancia que se considere más apropiado éste remedio”. Se ha entendido, que ésta última parte del artículo es un concepto que se ha dejado abierto al desarrollo jurisprudencial. Los autores citados destacan que el UCC, ha habilitado a la jurisprudencia a condenar por ejemplo, el cumplimiento de contratos de suministro en momentos de escases. Ejemplo de éste tipo de contratos de distribución son los contratos de compraventa de petróleo, pese a que el objeto no es único, si el actor demuestra la imposibilidad de encontrar otro proveedor que lo abastezca por el mismo período y por la misma cantidad de petróleo, los Tribunales han fallado concediendo la ejecución específica del contrato. La tendencia, luego del artículo 2-716 del UCC, ha sido de expansión en cuanto a las circunstancias en las que puede exigirse

43 O’Connell, Ob. Cit. p. 135 y ss.

44 Marvin A. Chirelstein, ob. cit. p. 197.

45 Restatement Sec. of Contracts § 359. Effect of Adequacy of Damages (1) Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party. (2) The adequacy of the damage remedy for failure to render one part of the performance due does not preclude specific performance or injunction as to the contract as a whole. (3) Specific performance or an injunction will not be refused merely because there is a remedy for breach other than damages, but such a remedy may be considered in exercising discretion under the rule stated in § 357.

Es interesante también el siguiente artículo que establece las situaciones en las cuales se considera más conveniente la ejecución forzada específica: Restatement Sec. § 360. Factors Affecting Adequacy of Damages In determining whether the remedy in damages would be adequate, the following circumstances are significant: (a) the difficulty of proving damages with reasonable certainty, (b) the difficulty of procuring a suitable substitute performance by means of money awarded as damages, and (c) the likelihood that an award of damages could not be collected.

46 Rest. Sec. 359, Comment a. Ver también Bishop, The Choice of Remedy for Breach of Contract, 14 J. of Legal Studies 299 (1985); Shavell, The Design of Contracts and Remedies for Breach, 99 Q.J.Econ. 121 (1984), MacNeil, Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky, 69 Va.L.Rev. 947 (1982); Schwarts, The Case for Specific Performance, 89 Yale L.J. 271 (1979); Compare Kronman, Specific Performance, 45 U. Chi.L.Rev. 351 (1978); Fransworth, Legal Remedies For Breach of Contract, 70 Columbia L. Rev. 1145 (1970), citados por Chirelstein en ob. cit., p. 197.

47 Chirelstein en ob. cit., p. 197.

el cumplimiento del contrato.<sup>48</sup>

### *Jurisprudencia*

Para comprender el análisis de los Tribunales en cuanto a conferir o no el cumplimiento forzado específico, en los casos jurisprudenciales a tratar, es pertinente partir de las diferentes definiciones que del remedio se han sugerido por la doctrina. Para John F. O'Connell, el cumplimiento contractual forzado "Se trata de un remedio en equidad, que tiene por objeto obligar al demandado a hacer aquello que prometió al demandante. Aunque su aplicación es discrecional, se utiliza sobre todo en los contratos inmobiliarios... o en los contratos cuyo el objeto reviste la característica de ser único".<sup>49</sup> Por su parte, Lon L. Fuller, entiende que "Por este remedio, el Tribunal, en lugar de ordenar a quién incumple el contrato que pague los daños generados por su incumplimiento, le solicita que se cumpla con el contrato."<sup>50</sup>

La jurisprudencia ha hecho lugar a este tipo de acciones, desde muy larga data en los siguientes casos *Pusey v. Pusey* (1684), 1 Vern. 273 (el problema en éste caso tenía que ver con la posesión de un cuerno muy antiguo que el rey Danés Canute le había obsequiado a la familia Pusey); el segundo caso reportado fue el de *Duke of Somerset v. Cookson* (1735), 3 P.Wms. 389 (el caso en análisis tuvo que ver con una disputa en relación a un objeto también de carácter único, se trataba de una antigüedad Romana una "Patera" dedicada a Hércules, en cuestión en la sucesión de Duke). En *Fells v. Read* (1796), el proceso tenía que ver con una caja de cigarros de una marca de renombre que había pertenecido a un club.<sup>51</sup> Se señala por la doctrina que en todos estos casos el reclamo tenía que ver con objetos de escaso valor, sin embargo los tribunales en todos ellos se hizo lugar a la pretensión teniendo en cuenta el "pretium affectionis".<sup>52</sup> Agregándose que el mero sentimiento o deseo personal respecto de un objeto no genera el derecho para una acción en equidad; sin embargo cuando el sentimiento se basan en hechos o circunstancias que otorgan al bien cierto valor, al extremo de generar un "pretium affectionis", se considera que no puede haber reparación monetaria satisfactoria.<sup>53</sup>

Más recientemente, uno de los casos citados con mayor frecuencia por la doctrina<sup>54</sup> en punto al cumplimiento forzado específico, es el caso *Walgreen vs. Sara Creek Property Co.*<sup>55</sup> Walgreen una de las cadenas de farmacias más grandes de Estados Unidos, había arrendado un local en el shopping de la demandada. En el contrato de arrendamiento se prohibía que el shopping arrendara otro local en el mismo predio a otra farmacia. Durante la vigencia del contrato, el arrendatario del predio más grande del Shopping, se presenta a concordato y luego quiebra, quedando dicho espacio vacío. Frente a esa situación los dueños de Sara Creek, se presentan a Walgreen y le comunican que pese a

48 C.D. Rhower et all, ob. Cit. p. 463.

49 John F. Connell, Remedies in a Nutshell 2d. Edition, West Group, St. Paul Min. 1985, p. 24 y 113.

50 Lon. L. Fuller, Melvin Aron Eisenberg y Mark Gergen, "Basic Contract Law", p. 367.

51 O'Connell, Ob. Cit. p. 113.

52 Id.

53 O'Connell, Ob. Cit. p. 114.

54 Ver Epstein, Ob. Cit, p. 693 y ss.; Chirlestein, ob. Cit., 197 y ss; Fuller, Ob. Cit. p. 372 y ss.

55 966 F.2d 273 (7<sup>th</sup> Cir. 1992).



la prohibición del contrato que las vincula, del que quedan todavía 10 años, va a firmar un arrendamiento con Phar-Mor, otra farmacia de gran porte para que ocupe el local vacío. Advertida Walgreen de las intenciones del Shopping, presenta en primer lugar una medida cautelar tendiente a prohibir que se instale Phar-Mor en el local vacío. Sara Creek, se presenta en el proceso argumentando que coincide con Walgreen en que arrendar a Phar-Mor sería un incumplimiento contractual pero que no puede solicitarse el cumplimiento forzado del mismo ya que éste no sería adecuado para resolver el problema, el remedio adecuado sería la condena en daños y perjuicios basados en un estimativo de pérdida ganancias futuras. En primera instancia se hizo lugar a la medida cautelar prohibiéndose que se arrendara el local vacío a Phar-Mor mientras estuviera vigente el contrato con Walgreen. El Tribunal Federal del 7mo Circuito confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus términos, el razonamiento del Tribunal fue que correspondía que se exigiera el cumplimiento por la dificultad que planteaba el caso de estimar adecuadamente las pérdidas futuras de Walgreen en un contrato que todavía tenía un plazo de vigencia de 10 años.

Un caso, también reciente, en el que no se hace lugar a la pretensión de cumplimiento forzado, es el de *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises*<sup>56</sup>. Tiene que ver también con un arrendamiento, pero de un espacio para proyectar publicidad. En diciembre de 1981, la actora arrendó a Bárbara Mitchaels, por un período de tres años renovables hasta un total de siete años, un espacio en la pared exterior (este del edificio) de la calle 36 de Manhattan. Por medio del contrato, los propietarios del edificio, permitirían a la parte actora, colocar una cartelera para que ésta colocara una cartelera para proyectar propaganda. El lugar arrendado revestía un carácter único, ya que se encontraba justo enfrente a la salida del túnel que conecta Midtown con Manhattan, todo vehículo que ingrese a Manhattan se enfrentaría a cualquier imagen que se proyectara en dicha cartelera. En 1982, Van Wagner luego de colocar la cartelera iluminada, suscribe un contrato de arrendamiento por un período de tres años con Asch Advertising, efectivo desde el 1° de marzo de 1982. Por acuerdo de 22 de enero de 1982, Bárbara Michaels, vende el edificio a los demandados S & M Enterprises, informándole dicha venta a Van Wagner, a principios de agosto de 1982. El 19 de agosto de 1982, S & M envían una carta a Van Wagner informándole que dejan sin efecto el contrato de arrendamiento a partir del 18 de octubre, de acuerdo con lo previsto por la sección 1.05 del contrato. Tanto en Primera como en Segunda Instancia, se entendió, que la carta de S & M por la que se dejaba sin efecto el contrato de arrendamiento, constituye un incumplimiento contractual. En Primera Instancia, teniendo en cuenta la ubicación del inmueble (frente a la salida del túnel de ingreso a Manhattan), se entendió que el espacio revestía las características de único, declarando que el contrato debía cumplirse. Sin embargo, en segunda instancia se entendió que si bien había habido un incumplimiento, la indemnización económica a Van Wagner, constituía un remedio adecuado para dicho incumplimiento por lo que no correspondía que se confiriera la el cumplimiento forzado específico. El Tribunal destacó en el razonamiento de la sentencia, que conferir el remedio de la ejecución forzada específica es discrecional del Tribunal.<sup>57</sup> Con esta afirmación, el Tribunal quiere significar que en no se encuentra atado por ningún precedente. Marca también una cuestión de

56 67 N.Y.2d 186 (1986).

57 "... rests in the discretion of the Trial Court".

Política Legislativa, ya que distingue el régimen aplicable a los contratos de compraventa de inmuebles donde el remedio del cumplimiento forzado específico es casi de precepto, con los contratos de arrendamiento de inmuebles donde el juez tiene mayor discrecionalidad.

A modo de resumen, puede decirse que en general, el juez ordena la ejecución de la convención cuando la solución a la que podrían arribar los Tribunales de Derecho (indemnización monetaria) no contempla adecuadamente los intereses del actor. Sin embargo, existen ciertos supuestos en los que pese a que la indemnización económica no contempla adecuadamente los daños sufridos por la parte actora, los Tribunales de Equidad no otorgan el cumplimiento forzado por entender que la solución no sería la más ajustada.<sup>58</sup> La situación de hecho en la que por excelencia se otorga este tipo de remedio es en aquellas circunstancias en las que se demuestra que el objeto del contrato es único y en general en los casos de compraventa de inmuebles con las excepciones que hemos señalado.<sup>59</sup>

58 Id. Ver además, Claude D. Rohwer y Anthony M. Skrocky, *Contracts in a Nut Shell*, West Nutshell Series, 5<sup>th</sup> Ed., St. Paul Min. p. 462 y 463.

59 C.D. Rohwer et all, *ob. Cit.* p. 462.