

LA OFRENDA DE ULPIANO: EL VALOR SUBJETIVO DE LA PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

ULPIAN'S OFFER: THE SUBJECTIVE VALUE OF THE PATRIMONIAL NATURE OF THE CONTRACT

Freddy Escobar Rozas* **

Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad del Pacífico

With respect to the patrimonial nature of the contract, derived from the patrimonial nature of the benefit, a lot has been written and proposed. Authors from different periods and with different ideas have addressed the subject, since it is fundamental to understand the basic concepts of obligation and contractual relationship. The stance of the majority finds the foundation of the patrimonial nature of the benefit in being a limit to private autonomy, since such nature, which is susceptible of economic value, is defined by the social context, and not by the parties.

In this article, the author rejects and discusses the mentioned stance. Based on the liberty that each person has to determine what is more convenient for himself and what is more efficient in economic terms, the author defends a subjective vision of the patrimonial nature of the contractual relation, and gives a different function and foundation to the patrimonial nature of the benefit: Being essential for the calculation of the compensation in case of breach.

KEY WORDS: *Patrimonial nature of the benefit; patrimonial nature of the contract; compensation for breach; private autonomy; objective theory of patrimoniality.*

Respecto a la patrimonialidad del contrato, derivada de la patrimonialidad de la prestación, se ha escrito y propuesto mucho. Autores de diversas épocas e ideas han tocado el tema, siendo fundamental para entender los conceptos básicos de obligación y relación contractual. La postura mayoritaria encuentra el fundamento de la patrimonialidad de la prestación en ser un límite a la autonomía privada, ya que lo patrimonial, aquello susceptible de valor económico, no lo definen las partes, si no el contexto social.

En el presente artículo, el autor rechaza y discute dicha postura. Basándose en la libertad que tiene cada persona de definir lo más conveniente para sí y lo más eficiente en términos económicos, defiende una visión subjetiva de la patrimonialidad de la relación contractual y le da a la patrimonialidad de la prestación una función y un fundamento diferente: El ser indispensable para el cálculo de la indemnización en caso de incumplimiento.

PALABRAS CLAVE: *Patrimonialidad de la prestación; patrimonialidad del contrato; indemnización por incumplimiento; autonomía privada; teoría objetiva de la patrimonialidad.*

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Socio del Estudio Ferrero Abogados. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Pacífico y docente en la Maestría de Derecho Civil de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: fescobar@ferrero.com.pe

** He escrito este artículo rodeado de las voces y risas de Bárbara, Matías y Miranda. Si hay algo bueno en estas páginas, eso viene de ellos.

*Conflicting moralities serve as checks against the tyranny of singular truth. I would not want to live in a world in which Jeremy Bentham's or even John Stuart Mill's utilitarianism reigned supreme to the exclusion of all Kantian and neo-Kantian approaches; nor I would like to live in an entirely Kantian world in which categorical imperatives were always slavishly followed. Bentham serves as a check on Kant and vice versa, just as religion serves as a check on science, science on religion, socialism on capitalism, capitalism on socialism. Rights serve as a check on democracy, and democracy as a check on rights*¹.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1351 del Código Civil establece que la relación contractual debe ser patrimonial². En nuestro medio, la patrimonialidad de la relación contractual es derivada de la patrimonialidad de la prestación³.

A lo largo de décadas, la literatura legal ha considerado que la patrimonialidad de la prestación debe ser entendida de manera objetiva⁴. Esto quiere decir que cierta prestación será patrimonial sólo si la conciencia social imperante en el momento considera que es aceptable que alguien pague una suma de dinero—realice un sacrificio económico— a cambio de

obtenerla⁵. Así vista, la patrimonialidad de la prestación constituye un límite a la libertad contractual de las personas⁶.

En este artículo, sostengo que la patrimonialidad de la prestación —y, por ende, del contrato— no puede ser entendida de manera objetiva, ya que de esta manera se limita injustificadamente la libertad contractual de las personas. La patrimonialidad de la prestación ha de ser, como en sus orígenes, entendida de manera subjetiva. Esto significa que será suficiente con que las partes contratantes asignen un valor económico a la prestación para que ésta sea patrimonial.

Así considerada, la patrimonialidad de la prestación no constituye una herramienta que limita el poder de contratar de las personas, sino, por el contrario, una herramienta que amplía ese poder.

II. LA TEORÍA CLÁSICA

*“Ea enim in obligatione consistere quae pecunia sui praestarique possunt”*⁷. Este pasaje del Digesto, atribuido a Ulpiano, puede ser traducido de la siguiente manera: “Puede constituir objeto de la obligación todo aquello que sea convertible en dinero”⁸. La historia de la patrimonialidad de la prestación encuentra su origen en este pasaje⁹.

¹ DERSHOWITZ, Alan. “Rights from wrongs. A secular theory of the origins of rights”. Nueva York: Basic Books 2005.

² El artículo 1351 del Código Civil establece lo siguiente: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

³ “Se ha visto que lo que determina la patrimonialidad de la relación jurídica es la valoración económica de la prestación”. En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1991. Primera Parte. Tomo I. p. 103.

⁴ “Qué significado y alcances tiene el que la relación jurídica sea patrimonial. No encuentro realmente mejores palabras que las de Díez-Picazo para contestar esta pregunta. Una relación jurídica es patrimonial, dice didácticamente este autor, cuando versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica. Los bienes e intereses poseen una naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cual sea la postura o actitud del sujeto respecto a los bienes en cuestión”. En: *Ibid.* p. 101.

⁵ “La patrimonialidad de dicha prestación o conducta se establecerá en función a un criterio objetivo, y se hará teniendo en cuenta lo que un determinado ordenamiento jurídico y social considera patrimonial”. En: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994. Primera Parte. Tomo I. p. 164.

⁶ “La prestación debe ser apreciable en dinero, se dice, pero quien determina su carácter y la valora es la sociedad. Prestación patrimonial, en suma, es aquella que se puede apreciar en dinero si dicha apreciación no repugna a la conciencia social del pueblo”. En: GROSSO, Giuseppe. “Las Obligaciones: Contenido y Requisitos de la Prestación”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1992. p. 203.

⁷ Digesto 40, 7, 9, 2.

⁸ MONTES, Ángel Cristóbal. “La Estructura y los Sujetos de la Obligación”. Madrid: Editorial Civitas. 1990. p. 45.

⁹ DE RUGGIERO, Roberto. “Istituzioni di Diritto Civile”. Mesina: Casa Editrice Giuseppe Principato. 1930. Vol. II. p. 13; BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo. “La Obligación”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1998. p. 69.

En efecto, en base al referido pasaje y al hecho que el Derecho Romano solamente concedía un remedio monetario en todos los procesos que terminaban con una *condemnatio*, Savigny llegó a la conclusión de que tanto la prestación como el interés del acreedor debían ser patrimoniales¹⁰.

Ihering y Windscheid sostuvieron, por el contrario, que el interés del acreedor podía o no tener valor patrimonial, citando diversas decisiones judiciales en las cuales la *condemnatio* protegía intereses carentes de contenido patrimonial¹¹. Por tal razón, ambos defendieron férreamente la tesis de que, así como el interés del acreedor podía o no ser patrimonial, la prestación podía o no ser susceptible de valoración pecuniaria¹².

Probablemente por el peso de las opiniones de estos dos últimos autores, el texto final del BGB [el Código Civil alemán] omitió toda referencia al requisito de la patrimonialidad de la prestación.

Esta discusión sostenida en la Alemania del siglo XVIII fue retomada a inicios del siglo XIX en Italia. Con la agudeza que caracterizó a buena parte de los académicos de este último país en esa época, Scialoja, siguiendo a Windscheid y Ihering, sostuvo que el interés del acreedor podía ser patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo de la finalidad perseguida por aquél. La prestación, en cambio, sí debía ser patrimonial, pues de lo contrario no sería posible activar el mecanismo del resarcimiento patrimonial en caso de incumplimiento¹³.

A diferencia de Windscheid y Ihering, Scialoja no encontraba relación de dependencia alguna entre la patrimonialidad del interés y la patrimonialidad de la prestación. La satisfacción moral o afectiva y la satisfacción económica podían ser obtenidas de una prestación patrimonial.

El Código Civil italiano de 1942 consagró literalmente la tesis de Scialoja. En efecto, el artículo 1.174 de dicho código estableció lo siguiente:

“La prestación que es objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor”.

En la Relazione del Ministro Guardasigilli, el legislador definió los alcances del requisito de la patrimonialidad de la prestación de la siguiente forma:

“La posibilidad de valoración económica no existe solamente si la prestación tiene un valor patrimonial intrínseco, sino también cuando la recibe de reflejo de la naturaleza de la contraprestación o de una valoración hecha por las partes, como en el caso en que se conviene una cláusula penal”.

III. LA CRÍTICA DE GIORGANNI

Michele Giorgianni levantó la voz contra la tesis de Scialoja, que, como hemos visto, justificaba el requisito de la patrimonialidad de la prestación en la patrimonialidad del remedio resarcitorio y, por ende, en la patrimonialidad del daño.

En un libro publicado en 1955, Giorgianni no sólo elaboró una objeción contra la referida tesis, que resultó letal; sino que, además, ensayó una nueva justificación para el requisito en cuestión.

En términos simples, Giorgianni consideró que la patrimonialidad del daño no podía explicar la patrimonialidad de la obligación por dos razones. Primero, porque el incumplimiento de deberes no obligacionales también generaba daños patrimoniales. Segundo, porque el incumplimiento de obligaciones también generaba daños no patrimoniales¹⁴. Esto im-

¹⁰ MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit. p. 190; ZANNONI, Eduardo. “Elementos de la Obligación”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1996. p. 108.

¹¹ “Windscheid primero y Ihering después demostraron que los romanos no desconocían la *condemnatio* en razón de intereses no económicos. Citaba [...] Ihering, entre otras cosas, la *actio injuriarum*, la *actio de servo corrupto utilis* [...], advirtiendo que en todas ellas, aunque no hubiera interés pecuniario en juego, se obligaba al juez a pronunciar una condena pecuniaria”. En: ZANNONI, Eduardo. Ibid. p. 109.

¹² MONTES, Angel Cristóbal. Op. cit. p. 191; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo. Op. cit. p. 189.

¹³ MONTES, Angel Cristóbal. Ibid. p. 192.

¹⁴ “[...] de la pecuniaridad del daño no se puede remontar a la pecuniaridad de la prestación que constituye el contenido de la obligación cuyo incumplimiento ha producido el daño: En efecto, puede haber daños patrimoniales que constituyen una consecuencia de la violación de una obligación no patrimonial, como son los

plicaba que la patrimonialidad del daño no era en absoluto privativa del ámbito obligacional. Así como el incumplimiento de deberes no contractuales podía ocasionar daños monetarios, el incumplimiento de obligaciones contractuales podía también generar daños no monetarios. Siendo esto así, ¿cómo justificar la patrimonialidad de la prestación en la patrimonialidad del daño?

A Giorgianni no le bastó cuestionar el fundamento normativo del requisito de la patrimonialidad de la prestación. Desarmado el andamio conceptual que sostenía el artículo 1.174 del Código Civil de 1942, Giorgianni propuso una nueva justificación para el referido requisito: Servir de límite a la autonomía privada¹⁵.

Giorgianni observó que las leyes eran permisivas o restrictivas según el ámbito –patrimonial o extrapatrimonial– en el cual las personas tomaban decisiones. Cuando se trataba de decisiones con contenido económico, las leyes dejaban en manos de las propias partes la regulación de sus intereses. En cambio, cuando se trataba de decisiones de carácter personal o familiar, las leyes regulaban directamente los intereses de las partes¹⁶.

En función de esta constatación, Giorgianni consideró que la patrimonialidad de la presta-

ción servía para delimitar el territorio de cada uno de los ámbitos señalados y, por tanto, el territorio de la autonomía privada. Así, si la prestación era patrimonial, los acuerdos adoptados respecto de la misma generaban vínculos exigibles, ya que los interesados actuaban dentro del territorio en el que estaba permitido pactar. En cambio, si la prestación no era patrimonial, entonces los acuerdos adoptados respecto de la misma no generaban vínculos exigibles, pues los interesados actuaban dentro del territorio en el que no estaba permitido pactar, dentro del territorio en el que la decisión de cómo proceder era tomada por el legislador.

Si la función de la patrimonialidad de la prestación era fijar los límites del territorio en el que reinaba la libertad contractual de las personas, entonces no era admisible que la patrimonialidad de una prestación dada dependa de la decisión de las partes de pactar una contraprestación, pues ello supondría conceder a quienes están sujetos a una limitación legal la potestad de fijar los alcances de la misma¹⁷. Para que la patrimonialidad de la prestación cumpliera su función, la determinación del valor patrimonial o extrapatrimonial de una prestación dada debía estar en manos de la sociedad¹⁸.

La tesis de Giorgianni tuvo éxito. La literatura subsecuente adoptó tanto su objeción como

daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio [...]; mientras, por el contrario, el incumplimiento de una obligación con contenido patrimonial puede producir daños no patrimoniales". En: GIORGIANNI, Michele. "La Obligación". Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1958. p. 39.

¹⁵ "La verdad es que, a nuestro juicio, la ratio de la norma contenida en el art. 1.174 es otra. Debe buscarse en la exigencia, propia de todo ordenamiento jurídico, de regular la convivencia pacífica de modo particular respecto de los bienes que tengan un valor económico". En: *Ibid.* p. 40.

¹⁶ "[...] debe notarse que, mientras respecto a los bienes patrimoniales, el ordenamiento deja de ordinario en libertad a los individuos para que regulen sus relaciones [...], respecto a los bienes de otra clase, éste escoge algunos que considera más merecedores de protección y los tutela eficazmente sustituyéndolos a la iniciativa de los particulares (como en el derecho de familia), mientras respecto de los demás bienes no patrimoniales éste asume una postura de absoluta indiferencia. La norma del art. 1.174 debe, por ello, ponerse en relación tanto con la que afirma el carácter patrimonial de los bienes tomados en consideración por la ley como sobre todo con la que establece que el contrato debe tener por objeto una relación jurídica patrimonial. Se trata, por ello, en definitiva, de un límite a la autonomía negocial de los particulares". En: *Ibidem.*

¹⁷ "[...] la valorabilidad económica debe constituir un carácter objetivo de la prestación y no puede derivar de la configuración de la relación dada por las partes [...] Cuando se dice que la obligación de no tocar el violín, asumida por el vecino, se hace jurídicamente relevante sólo cuando se pacta una contraprestación en dinero o una cláusula penal, se dice algo que podría ser también en cierto sentido exacto. Pero cuando se añade que tal transformación tiene lugar cuando la contraprestación en dinero o la cláusula penal atribuyen a aquella obligación naturaleza patrimonial, se dice algo, a nuestro juicio, no sólo inexacto, sino también peligroso: Inexacto frente a la clara disposición del artículo 1.174; peligroso porque disminuiría notablemente el valor de esta disposición, dado que con aquel razonamiento cualquier prestación no patrimonial podría formar parte del contenido de una obligación solo cuando los interesados establezcan una contraprestación en dinero o una cláusula penal". En: GIORGIANNI, Michele. *Op. cit.* p. 43.

¹⁸ "[...] para averiguar si una determinada prestación es patrimonialmente valorable, debe ser tomado en consideración el ambiente jurídico social en el que la obligación surge. La valorabilidad pecuniaria de una prestación viene a indicar que, en un determinado ambiente jurídico-social, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación y que esto pueda tener lugar sin ofender los principios de la moral y de los usos sociales, además de, por supuesto, la ley". En: *Ibid.* pp. 43-44.

su proposición¹⁹. A partir de Giorgianni, la patrimonialidad de la prestación pasó a constituir un límite de la autonomía privada. Las personas sólo podían contraer obligaciones contractuales en la medida en que las prestaciones fuesen, de acuerdo con la conciencia colectiva interpretada por el juez, susceptibles de sacrificios patrimoniales²⁰.

IV. EL ERROR DE LA CRÍTICA

La primera objeción a la tesis de Scialoja se basa en el hecho que el incumplimiento de deberes no obligacionales genera daños patrimoniales y, por consiguiente, remedios monetarios.

Giorgianni correctamente argumenta que no sólo cuando se incumple una obligación el acreedor tiene derecho a exigir el pago de una indemnización monetaria por los daños patrimoniales que han sido ocasionados. Cuando se incumple un deber no obligacional, la parte afectada también tiene derecho a exigir el pago de una indemnización monetaria por los daños patrimoniales que han sido ocasionados. Si en ambos casos se aplica el mismo remedio, ¿por qué éste tendría que definir una característica de la obligación y no del deber en cuestión?

En otras palabras, si tanto el incumplimiento de una obligación como el incumplimiento de un deber no obligacional otorgan derechos indemnizatorios por los daños patrimoniales, ¿por qué el remedio monetario es sólo relevante para definir la característica de uno de los elementos de la obligación? ¿No debería definir la composición de ambas relaciones?

Evidentemente, el argumento de Giorgianni es atractivo. Si el incumplimiento de un deber no obligacional también genera un remedio monetario por el daño patrimonial, no parece

aceptable la idea de que la patrimonialidad de prestación se derive del remedio monetario otorgado por la ley en caso de incumplimiento, pues tal remedio no es privativo del ámbito obligacional.

El argumento, sin embargo, desnuda sus fallas cuando se presta atención al rol que juegan el contenido de la obligación y el contenido del deber en la fijación del monto indemnizatorio. En el caso de la obligación contractual, el valor de la conducta debida –prestación– es determinante para establecer el monto de la indemnización por incumplimiento. Por el contrario, en el caso del deber no obligacional el valor de la conducta debida es irrelevante para determinar el monto en cuestión. Este hecho, inadvertido por Giorgianni, es crucial para entender la lógica de la tesis tradicional.

Imaginemos un caso muy simple. B debe entregar a C el bien X a cambio de US\$100. B incumple su obligación. ¿Qué hace C? Acude al mercado y adquiere de un tercero (E) un bien sustituto, pagando US\$150. ¿A cuánto asciende la indemnización que debe pagar B? Asciende a US\$50. Dicha indemnización es el resultado de restar el precio de mercado del sustituto –precio de mercado– del precio del contrato del bien prometido –precio de contrato.

Si C acude al mercado y adquiere de E el bien sustituto a cambio de US\$90, B no tendrá que pagar indemnización alguna, pues el precio de mercado es menor al precio de contrato. En realidad, el incumplimiento de B habrá beneficiado a C.

En materia contractual, el valor de la prestación es determinante para calcular la indemnización por incumplimiento. Como veremos más adelante, tanto los sistemas legales como los sistemas de *soft law* se basan en la regla

¹⁹ “È intuibile che la nozione di ‘patrimonialità’ della prestazione sia destinata a dividere gli interpreti [...] A coloro che considerano decisivo il punto de vista delle parti sono contrappongono coloro che rinviano a un criterio oggettivo conforme a valutazioni dell’ambiente sociale. La seconda è forse l’opinione prevalente”. En: BRECCIA, Umberto. “Le Obbligazioni”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1991. p. 47.

“La patrimonialità discende dalla considerazione obbiettiva che viene effettuata in seno alla società”. En: INZITARI, Bruno. “Obbligazioni: Fonti e Disciplina Generale”. En: BESSONE, Mario. “Istituzioni di Diritto Privato”. Turín: G. Giappichelli Editore. 1999. p. 466.

²⁰ “Il giudizio sulla patrimonialità della prestazione, come si ritiene dalla più autorevole dottrina, deve esprimersi in termini obbiettivi, adeguandolo alle convinzioni generalmente accettate nell’ambiente sociale con riguardo alla deducibilità in rapporto di un comportamiento individuale. Occorre controllare se sotto il profilo sociale sia considerato ammissibile, e positivamente apprezzato che quel comportamento costituisca materia di un rapporto vincolante di fronte al diritto, giustificandosi così il sacrificio patrimoniale di un soggetto (il debitore, la cui libertà è limitata dal vincolo) e l’utilità di un altro soggetto (il creditore, cui viene attribuita la pretesa ed è garantita l’aspettativa)”. En: RESCIGNO, Pietro. “Obbligazioni”. En: Enciclopedia del Diritto. Milán: Giuffrè Editore. 1979. Vol. XXIX. p. 186.

de la comparación del precio de mercado y del precio de contrato para calcular el monto del daño resarcible.

¿Qué ocurre con los deberes extracontractuales? Imaginemos que B destruye accidentalmente el bien sustituto adquirido por C de E. Imaginemos que el juez considera que B incumplió con su deber de tomar precauciones razonables para evitar el daño producido, por lo que condena a B a pagar a C una indemnización por el daño patrimonial ocasionado. ¿A cuánto asciende la referida indemnización? Asciende a US\$150, pues ese es el valor de reposición del bien sustituto. En este caso el valor del comportamiento debido –tomar precauciones razonables para evitar el daño– es irrelevante para fijar el monto indemnizatorio.

¿No es ésta una diferencia sustancial entre los remedios monetarios ante el incumplimiento de obligaciones contractuales y deberes extracontractuales? ¡Por supuesto que lo es!²¹

El valor monetario de la prestación es determinante para efectos del cálculo de la indemnización en caso de incumplimiento, pues las cortes ordenarán a la parte que incumple pagar la diferencia entre dicho valor y el valor del bien sustituto adquirido en el mercado. Contrariamente, el valor de la conducta materia del deber extracontractual es absolutamente irrelevante para efectos del cálculo de la indemnización, pues el sujeto que daña debe pagar el costo de reposición del bien afectado por el incumplimiento del deber en cuestión.

La teoría clásica de la patrimonialidad de la prestación puede ser válidamente defendida en base a este hecho determinante: El valor de la conducta materia del acuerdo contractual incide en el cálculo de la indemnización

en caso que dicha conducta no sea realizada. Esta particularidad no se presenta en el ámbito extracontractual. Si bien es cierto que el incumplimiento de un deber no contractual genera un remedio monetario, también es cierto que el valor de semejante deber es irrelevante para el cálculo de la indemnización en caso de incumplimiento. En este ámbito, la indemnización se fija en función del valor de la situación alterada por la inobservancia del deber en cuestión²².

La semejanza entre obligaciones contractuales y deberes extracontractuales que Giorgianni usó para criticar a la teoría clásica es, pues, superficial, ya que ignora el rol único que la valoración de la prestación cumple a la hora de determinar el monto indemnizatorio.

La segunda objeción se basa en el hecho que el incumplimiento de las obligaciones produce, además de daños patrimoniales, daños no patrimoniales.

Giorgianni argumenta que, cuando se incumple una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir el pago de una indemnización monetaria tanto por los daños patrimoniales como por los daños no patrimoniales. Si el acreedor puede ser compensado por daños que carecen de naturaleza patrimonial, ¿por qué la prestación ha de tener tal naturaleza?

Al igual que el argumento anterior, este argumento de Giorgianni es atractivo sólo a la vista.

El monto del resarcimiento del daño extrapatrimonial no se determina en función del valor de la prestación, sino más bien en función de lo que el acreedor razonablemente necesita para aliviar el sufrimiento generado por el incumplimiento²³. En otras palabras, el resarci-

²¹ Mientras la responsabilidad contractual busca colocar a la parte afectada en la situación que ésta debió haber tenido, la responsabilidad extracontractual busca colocar a la parte afectada en la situación que ésta debió haber mantenido. Mientras la responsabilidad contractual mira hacia el futuro, ordenando la construcción de un estado de cosas, la responsabilidad extracontractual mira hacia el pasado, ordenando la reconstrucción de un estado de cosas.

²² “Both tort law and contract law rectify losses through corrective justice. In both branches of law, the plaintiff alleges the violation of a right that the defendant is duty-bound to observe. In both, damages compensate for the defendant’s infringement of the plaintiff’s right. The difference between tort law and contract law lies in the origin of the right. In tort law, the plaintiff’s right exists independently of the defendant’s action; the damages award therefore aims at eliminating the effects on the plaintiff of the defendant wrong. In contract law, the parties themselves create the plaintiff’s right to the defendant’s performance of the promised act; the damage award therefore gives the plaintiff the value of that performance”. En: WEINRIB, Ernest J. “The Idea of Private Law”. Cambridge: Harvard University Press. 1995. p. 136.

²³ “Prior to his accident he had ‘X’ capacity to live a normal life [...] After the accident his ability to do this is only ‘X-Y’. The victim has lost ‘Y’ capacity [...] should loss of ‘Y’ be compensable? [...] The money awarded cannot really compensate or be equivalent to the lost of ‘Y’. Pain and suffering is not like ‘loss of bargain’;

miento del referido daño depende de factores ajenos a lo que cuesta la prestación debida. Por tal razón, los sistemas legales limitan severamente el resarcimiento de daños no patrimoniales en materia contractual²⁴.

La compensación monetaria de los daños no monetarios es simplemente imposible. Cuando una persona sufre un daño extrapatrimonial, el sistema legal puede ordenar el pago de una suma de dinero a su favor con un solo fin: Incrementar sus recursos financieros para darle la opción de adquirir bienes o servicios que puedan generarle algún placer²⁵. Se parte de la premisa de que el placer que se adquiere con el dinero entregado razonablemente ayudará a mitigar el sufrimiento impuesto con el incumplimiento de la obligación contractual o del deber extracontractual. Por esta razón, el monto de la indemnización es fijado en función de los niveles de sufrimiento que experimenta la víctima. La persona que sufre por haber quedado inválida como consecuencia de una operación defectuosamente practicada y la persona que sufre por la ruptura de esponsales no pueden recibir el mismo monto indemnizatorio.

No es inconsistente exigir la patrimonialidad de la prestación para poder calcular el monto de la indemnización por daño patrimonial y recurrir a factores ajenos al contrato para poder calcular el monto del resarcimiento del daño extrapatrimonial. La patrimonialidad de la prestación sirve para determinar cuánto debe recibir el acreedor por el hecho de no haber obtenido la prestación. La patrimonialidad de la prestación no sirve para determinar cuánto debe recibir el acreedor por el sufrimiento que le causa el no haber obtenido la prestación.

Si es que la cuantía de la indemnización por los daños extrapatrimoniales se fijara en fun-

ción de la prestación, entonces la crítica de Giorgianni sería correcta. Esto, sin embargo, no ocurre. La cuantía de la referida indemnización es fijada al margen de la prestación. Por consiguiente, no es inconsistente, por un lado, exigir el requisito de la patrimonialidad de la prestación; y, por el otro, permitir el resarcimiento del daño extrapatrimonial en caso de incumplimiento.

V. LA INMORALIDAD DEL CONTROL SOCIAL

La crítica de Giorgianni a la teoría clásica del requisito de la patrimonialidad de la prestación generó un vacío en el plano de la justificación de ese requisito. Si la patrimonialidad del daño y del resarcimiento no justificaban la patrimonialidad de la prestación, una razón diferente debía servir de sustento a este requisito. Esa razón era, para Giorgianni, limitar la autonomía privada.

Giorgianni consideró que el sentido del requisito de la patrimonialidad de la prestación no era otro que delimitar el ámbito en el que las personas podían establecer sus propias reglas. Todo lo que tuviera valor monetario correspondía a ese ámbito y, por consiguiente, podía ser objeto de contratación. Todo lo que no tuviera valor monetario quedaba fuera del alcance de la libertad de contratar.

Planteadas así las cosas, el requisito de la patrimonialidad de la prestación no podía, pues, como en sus inicios, ser entendido de manera subjetiva. Con fineza, Giorgianni hizo notar que, si es que la patrimonialidad de la prestación constituía un límite a la autonomía de las personas, entonces las partes contratantes no podían, mediante la fijación de una contraprestación o de una cláusula penal, dotar de patrimonialidad a una prestación dada, pues eso supondría aceptar que las partes

on the contrary, it is unique, but specific performance cannot be had for loss of 'Y'. Few would argue that it is less valuable than possessions that can be bought and sold. Rather most would consider it more valuable even though its value is not easily calculated in dollars. However, so long as money is considered a 'good' by our society, money should be given to the victim in an attempt to counteract his loss of something good". En: OLENDER, Jack. Proof and Evaluation of Pain and Suffering in Personal Injury Litigation. En: Duke Law Journal 344. 1962. p. 377.

²⁴ Tanto el Código Civil alemán como el italiano de 1942 establecen que los daños no monetarios son resarcibles solo en aquellos casos expresamente contemplados por la ley.

²⁵ En *McDougald v. Garber* (1989), la Corte de Apelaciones de Nueva York justificó de la siguiente manera la compensación económica del daño no económico: "An economic loss can be compensated in kind by an economic gain; but recovery for non-economic losses such pain and suffering and loss of enjoyment of life rests on the legal fiction that money damages can compensate for a victim's injury. We accept this fiction, knowing that although money will neither ease the pain nor restore the victim's abilities; this device is as close as the law can come in its effort to right the wrong. We have no hope of evaluating what has been lost, but a monetary award may provide a measure of solace for the condition created".

establezcan los alcances de los límites legales aplicables a sus decisiones, lo que es lógicamente inadmisibles. Para que el requisito de la patrimonialidad de la prestación cumpliera la función asignada, esto es, limitar la autonomía privada, un tercero debía determinar si lo que las partes querían era o no patrimonial. Ese tercero era, para Giorgianni, la sociedad, el pueblo, el grupo colectivo. De esta forma nació la teoría objetiva de la patrimonialidad de la prestación.

La tesis de Giorgianni es, desde una perspectiva formal, atractiva. Lamentablemente, también es profundamente inmoral.

El requisito de la patrimonialidad de la prestación fue establecido por el legislador italiano en base a una consideración ajena a la limitación de la autonomía privada. Equivocada o no, la fundamentación legislativa del requisito en cuestión permitía a las partes contratantes cumplirlo pactando una contraprestación o una cláusula penal. ¿Es admisible que el intérprete, a través de un juego conceptual, imponga la conclusión opuesta?

Los legisladores son individuos que, de acuerdo con las leyes aplicables, tienen legitimidad y autoridad para, respetando ciertos parámetros, adoptar reglas que afecten las decisiones de las personas. Sabemos que las leyes pueden ser interpretadas en base a diferentes métodos, por lo que el recurso a la intención de los legisladores no es determinante. Aun así, ¿es admisible una interpretación absolutamente contraria a la intención de los legisladores?²⁶

La patrimonialidad de la prestación fue derivada de la patrimonialidad del daño y, por ende, de la patrimonialidad del remedio legal aplicable al incumplimiento²⁷. Para el legislador italiano, la prestación era patrimonial cuando las partes pactaban una contraprestación o una penalidad. No importaba si la sociedad

o el pueblo estuviese o no de acuerdo con la decisión de las partes. Por consiguiente, según el referido legislador, las partes podían acceder a la protección del Derecho contractual pactando un precio o una cláusula penal. No era necesario, para tal fin, que el grupo social aprobara la valoración patrimonial efectuada por las partes.

En un contexto democrático se puede discrepar de las razones del legislador, e incluso se pueden cuestionar, en base a los distintos métodos de interpretación, si es que la norma aprobada por el legislador posee en efecto todos los alcances que éste tuvo en mente. Lo que no se puede hacer es, a través de un discurso exclusivamente formal, más aún si es errado, imponer una conclusión radicalmente opuesta a la que el legislador tuvo en mente²⁸.

La tesis de Giorgianni, abrazada de manera acrítica por la literatura legal, generó una situación paradójica. El legislador italiano incluyó el requisito de la patrimonialidad de la prestación para extender el ámbito de actuación de la autonomía privada. Los académicos, sin representación democrática alguna, destruyeron y distorsionaron el requisito en cuestión, imponiendo una interpretación que más bien reducía el ámbito de actuación de la autonomía privada.

Lo que ocurrió con la patrimonialidad de la prestación no fue algo aislado dentro de la estrategia política del fascismo y del nazismo. Exactamente lo mismo ocurrió con la causa.

Entendida en un primer momento como finalidad de las partes contratantes, la causa pasó a ser considerada como función económica social del contrato. De esta manera, la exigibilidad del contrato dependía, ya no de que la finalidad perseguida por las partes no contraviniese norma imperativa alguna, sino de que el resultado de la transacción contractual

²⁶ “[...] statutes should be read, not according to what judges believe would make them best, but according to what the legislator who actually adopted them intended”. En: DWORKIN, Ronald. “Law’s Empire”. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1986. p. 314.

²⁷ “[...] l’oggetto della prestazione deve necessariamente aver un contenuto economico o comunque essere idoneo ad una valutazione patrimoniale: Mancherebbe diversamente alla ragione del creditore la concreta possibilità di realizzarsi, nel caso d’inadempimento, sul patrimonio del debitore [...]”. Ver: DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit. p. 14.

²⁸ “[...] legislative intent is an important element of any normatively compelling interpretative method and, more importantly, any interpretative system that real world lawmakers, judges and civil servants are likely to adopt”. En: WEINGAST, Barry L. “Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation”. En: Law and Contemporary Problems 57. 1994. p. 15.

fuese “meritorio” según la perspectiva del pueblo, del colectivo²⁹.

Los contratos debían, en consecuencia, superar dos barreras: La de la licitud, establecida por el legislador; y la de la función económica social, establecida por el pueblo³⁰.

Obviamente, detrás de la teoría objetiva de la causa y de la teoría objetiva de la patrimonialidad de la prestación se esconde el discurso fascista, controlador de las libertades de los ciudadanos.

Desde una perspectiva económica, los contratos benefician a las partes y, por consiguiente, a la sociedad³¹. No obstante, el reconocimiento legal de los contratos ha de basarse únicamente en el beneficio que dispensan a los contratantes.

Las personas necesitan contratar para acceder a recursos valiosos que les permitan alcanzar sus objetivos, realizar sus propósitos, hacer efectivas sus elecciones. Sin recursos provistos

por otros, las personas difícilmente podrán ser lo que desean ser o hacer lo que desean hacer. Si yo deseo ser músico, debo poder adquirir en el mercado conocimientos, instrumentos, partituras. Si yo deseo dedicarme a la pintura, debo poder adquirir en el mercado conocimientos, bastidores, telas, pinturas, pinceles. En una sociedad civilizada, yo no puedo forzar a las personas a que me transmitan sus conocimientos. Tampoco puedo tomar unilateralmente sus bienes. Si deseo tener esos recursos, yo los debo adquirir contratando con quienes los tienen³². Mientras más amplia mi libertad de contratar, más posibilidades tendré de convertirme en quien quiero ser o de hacer lo que alimenta mi espíritu. Mientras más reducida mi libertad de contratar, menos posibilidades tendré de lograr mis metas personales y de tener una vida plena.

Cada persona sabe qué es lo mejor para ella. Pero aun cuando no lo supiera, cada persona tiene derecho a elegir, a optar, a decidir; aun cuando los resultados no sean los esperados. La

²⁹ “[...] la causa o razón del negocio se identifica con la función económico-social del negocio entero [...] el Derecho no presta su apoyo al capricho individual, sino sólo a funciones merecedoras [...] de ser establemente organizadas, por su constancia, normalidad e importancia social. En esta valoración de las diferentes manifestaciones de la autonomía privada, la respectiva función no sólo forma parte del juicio, sino también el fundamento de una conclusión afirmativa o negativa. Así, la causa sin cesar de ser por ello una entidad social y extrajurídica, se convierte en el fundamento, la *ratio juris*, de la norma que declara el reconocimiento jurídico. La conciencia social, tras de cuyos rumbos marcha el orden jurídico, toma en consideración varios tipos de intereses en el cambio de estado de hecho, y va elaborando criterios para prevenir y resolver las diferentes especies de conflictos de intereses a que el cambio daría lugar; criterios que la apreciación normal de los mismos interesados en pugna reconoce idóneos para justificar el cambio, compensar la pérdida o el vínculo, legitimar la adquisición o la expectativas”. En: BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Granada: Editorial Comares. 2000. pp. 169 -170.

“Il contratto nationalsocialista viene in questo modo ridimensionato nel ruolo assunto all'interno del sistema privatistico. Esso costituisce lo strumento attraverso cui si provvede allo scambio di singoli beni e servizi ma non alla formazione di accordi rilevanti per la posizione dei consociati nei confronti delle formazioni sociali. Non costituiscono pertanto contratti le fattispecie del diritto di famiglia e le figure del diritto del lavoro [...] La valorizzazione del vincolo nei confronti dell'atto conduce peraltro a limitare l'autonomia privata anche nel diritto delle obbligazioni. Lo scambio di beni e servizi rileva in effetti come rapporto tra soggetti che devono informare il loro agire ad interessi superindividuali e sottoporre il patto al vaglio dell'ordinamento”. En: SOMMA, Alessandro. “Autonomia Privata e Struttura del Consenso Contrattuale”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 2000. pp. 341-342.

³⁰ “[...] durante la vigencia del modelo de la ideología dirigista, en el cual se inspiraba el legislador del 42, y con la cual se intentó teñir el sistema del Código Civil italiano, la causa fue degradada [...] a instrumento de control de la circulación de la riqueza (circulación realizada mediante el negocio); ello en la medida en la cual –siempre según una visión del ciudadano como funcionario– la fórmula de la función económico-social [...] era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran justamente la propiedad y la empresa)”. En: FERRI, Giovanni B. “El Negocio Jurídico”. En: BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico. Cuatro Estudios Fundamentales”. Lima: Ara Editores. 2001. p. 226.

³¹ “[...] the conception of social welfare is based on individuals' well-being. Specifically, social welfare is postulated to be an increasing function of individuals' well-being and to depend on no other factors. It is also generally supposed that each individual's well-being affects social welfare in a symmetric manner, which is to say that the idea of social welfare incorporates a basic notion of equal concern for all individuals”. En: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Fairness versus Welfare”. Cambridge: Harvard University Press. 2002. pp. 25-25.

³² “The issue of initial acquisition of entitlements in real and chattel resources is dealt with primarily in property law; tort law concerns the protection of and proper limits on resource use; and contract law deals with transfers of rights between rights holders [...] Contract law concerns ways in which rights are transferred or alienated. Accordingly, the enforceability of all agreements is limited by what rights are capable of being transferred from one person to another”. En: BARNETT, Randy E. “A Consent Theory of Contract”. En: Columbia Law Review 86. 1986. pp. 292-293.

dignidad supone encargarse de la propia vida, con decisiones acertadas o desacertadas³³.

No es moralmente aceptable que las decisiones contractuales de las personas estén sujetas a la validación de la colectividad³⁴. Eso supone privar a las personas de dignidad y libertad. Son los legisladores, esto es, los individuos elegidos por las personas para tomar decisiones que afecten la vida en sociedad, los únicos que, sobre la base de objetivos constitucionalmente reconocidos, pueden eventualmente limitar la libertad de contratar.

VI. LA PRESTACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN

Los contratos permiten a las personas acceder a recursos valiosos que se encuentran en manos de otros. Los contratos, sin embargo, pueden no ser cumplidos. A pesar que son legalmente vinculantes, los contratos no constituyen título suficiente para forzar a las partes a cumplir lo prometido si es que ello colisiona con la libertad individual. Por esta razón, los sistemas legales establecen que, en caso de in-

cumplimiento, la parte afectada tiene derecho a exigir el pago de una indemnización³⁵.

A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del Derecho, en materia contractual, la finalidad de la indemnización es colocar a la parte afectada con el incumplimiento en la situación que esa parte hubiese tenido en caso de cumplimiento³⁶. El Derecho contractual no pretende desalentar cualquier incumplimiento, por eso no sanciona³⁷. El Derecho contractual sólo busca que la parte afectada por el incumplimiento obtenga, a través de la indemnización, lo que habría obtenido a través del cumplimiento. Dos razones justifican esta orientación.

Desde una perspectiva filosófica, la reparación del daño sufrido por la parte que no recibe lo que se le prometió no puede otorgar a dicha parte menos de lo que debió haber recibido, ni tampoco más de lo que debió haber recibido, pues ello sería injusto³⁸. Para que el derecho afectado sea reivindicado en justicia, la reparación ha de consistir en la entrega del equivalente de lo que el titular de tal derecho debió haber obtenido³⁹.

³³ "It is a first principle of liberal political morality that we be secure in what is ours —so that our persons and property not be open to exploitation by others, and that from a sure foundation we may express our will and expend our powers in the world. By these powers we may create good things or low, useful articles or luxuries, things extraordinary or banal, and we will be judged accordingly —as saintly or mean, skillful or ordinary, industrious and fortunate or debased, friendly and kind or cold and inhuman. But whatever we accomplish and however that accomplishment is judged, morality requires that we respect the person and property of others, leaving them free to make their lives as we are left free to make ours". En: FRIED, Charles. "Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation". Cambridge: Harvard University Press. 1981. p. 7.

³⁴ "I believe that a democratic society is not and cannot be a community, where by a community I mean a body of persons united in affirming the same comprehensive, or partially comprehensive, doctrine. The fact of reasonable pluralism which characterizes a society with free institutions makes this impossible". En: RAWLS, John. "Justice as Fairness: A Restatement". Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 2001. p. 3.

³⁵ Incluso cuando los contratos constituyen título suficiente para forzar a las partes a cumplir con lo prometido, la parte afectada por el incumplimiento puede optar por el remedio indemnizatorio.

³⁶ "Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debía, el acreedor tiene derecho a obtener una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera recibido de haberse cumplido efectiva y puntualmente la obligación". En: PLANIOL, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Puebla: José M. Cajica Editores. 1945. Tomo III. pp. 161-162.

³⁷ En materia extracontractual, la finalidad puede consistir en compensar a la víctima o en generar desincentivos. En el primer caso, el monto de la indemnización es necesariamente equivalente al monto del daño. En el segundo caso, el monto de la indemnización puede ser superior al monto del daño si es que resulta necesario eliminar los efectos de la baja probabilidad de detección.

³⁸ La justicia correctiva es aquella que exige la recomposición de la situación injustamente alterada. Se basa en una doble identidad: de sujetos y de objeto. Si B causa a C un daño de 10, entonces B (y no D) debe pagar a C (y no a F) 10 (y no 8 ó 12). No interesa, para estos efectos, si la situación injustamente alterada era una situación justa según los principios de la justicia distributiva. En: MURPHY, Jeffrie G. y Jules L. COLEMAN. "Philosophy of Law". San Francisco: Westview Press. 1990. p. 157.

³⁹ "If I make a promise to you, I should do as I promise; and if I fail to keep my promise, it is fair that I should be made to hand over the equivalent of the promised performance. In contract doctrine this proposition appears as the expectation measure of damages for breach. The expectation standard gives the victim of a breach no more no less than he would have had had there been no breach". En: FRIED, Charles. Op. cit. p. 17.

"The unity of the contractual relationship consists in the fact that contractual performance is the content of both the defendant's duty and the plaintiff's right. Because a breach of the defendant's duty is an infringement of the plaintiff's right, the law requires the defendant, though expectation damages or specific performance, to place the plaintiff in the same position he or she would have been in the contract had been performed". En: WEINRIB, Ernest J. Op. cit. p. 136.

Desde una perspectiva económica, la reparación del daño sufrido por la parte que no recibe lo que se le prometió no puede otorgar a dicha parte menos de lo que debió haber recibido, pues en tal caso se crean incentivos para incumplir el contrato, aun cuando ello resulte ineficiente. La reparación tampoco puede otorgar a dicha parte más de lo que debió haber recibido, pues en tal caso se crean incentivos para cumplir el contrato, aun cuando ello sea ineficiente⁴⁰. Sólo si es que la reparación del daño es compensatoria, los incentivos de las partes estarán alineados para ejecutar el contrato únicamente en caso que ello resulte eficiente⁴¹.

Los sistemas legales establecen diversas fórmulas que desarrollan el principio rector en materia indemnizatoria, que consiste en colocar a la parte afectada con el incumplimiento en la posición que hubiese tenido de haberse ejecutado el contrato⁴². La fórmula general obliga a calcular la indemnización en función de la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado del bien sustituto⁴³. En términos económicos, la referida fórmula no hace otra cosa que estabilizar los precios de

los activos, aislándolos del riesgo de variación por cambios en la oferta y la demanda.

A debe entregar diez toneladas de harina de pescado a la empresa B el 17 de octubre. El precio pactado es 10,000 por tonelada. ¿Qué ocurrirá si A deja de entregar las toneladas de harina de pescado en la fecha prevista? B recurrirá al mercado y contratará con un tercer proveedor. Muy probablemente, el precio que este proveedor exija sea superior al pactado con A. Si el referido proveedor cobra 15,000 por tonelada, la indemnización se calculará comparando el precio del contrato con el precio del mercado. En el ejemplo propuesto, el precio del contrato es 100,000 y el precio de mercado es 150,000. Por consiguiente, la indemnización ascenderá a 50,000. Si B efectivamente recibe este monto de A, B estará en una situación similar a la que hubiese tenido en caso de cumplimiento de A, pues si bien B inicialmente pagó 150,000, al recibir los 50,000 de A, habrá pagado, en términos netos, 100,000, que es precisamente el precio pactado con A. El contrato, en consecuencia, habrá estabilizado el precio del activo –harina de pescado– para las dos partes contratantes.

⁴⁰ "I promise to mow your lawn on Saturday for \$10. It will cost you \$15 to have someone else do it [...] The expectation damages rule is thus uniquely sensible when transaction costs prevent renegotiation. If damages were less, I would have an incentive to breach even when my time was best spent mowing your lawn. If damages were greater, I would sometimes still mow your lawn, even though my time was better spent elsewhere. Only a regime of expectation damages ensures that the promise is kept if, and only if, keeping the promise remains mutually beneficial". En: BAIRD, Douglas G. "Reconstructing Contracts". Cambridge: Harvard University Press. 2013. p. 60.

"The threat of a larger remedy might deter a promisor from deliberately breaking his promise, while a reduction in the remedy might reduce that incentive". En: CRASWELL, Richard. "Against Fuller and Perdue". En: University of Chicago Law Review 67. 2000. p 101.

⁴¹ "From the vantage point of economics, the expectation damages remedy encourages efficient breach and discourages inefficient breach. The economic reasoning here is straightforward and can be generalized. The expectation remedy requires the breaching party to pay damages equal to the value of the good or resource to the victim of the breach. If some other buyer enters the arena and values the good or resource more than the initial buyer, then it is efficient for that third party to acquire the good –that is efficiency dictates that goods and resources should gravitate to their highest-value uses. Consequently if the parties anticipate that the court will impose an expectation damages remedy, the seller will have an incentive to breach in order to obtain the higher offer, pay the victim his expectation damages, keep the surplus, and thereby end up better off –with no one worse off. On the other hand, if a prospective buyer who did not value the good as much as the initial buyer entered the arena, the expectation remedy would appropriately and efficiently discourage the breaching of the contract". En: MERCURO, Nicholas y Steven G. MÉDEMA. "Economics and the Law. From Posner to Post-modernism and Beyond". Princeton: Princeton University Press. 2006. p. 141.

⁴² "There are three measures of money damages available, from which the plaintiff must usually make an election: expectation damages, reliance damages, and restitution. Roughly, expectation damages are meant to put the plaintiff (the nonbreaching party) in the same position it would have been had there been full performance; reliance damages are meant to put the plaintiff in the same position it would have been in had the contract not been agreed; and restitution is meant to put the breaching party in the same position it would have been had the contract not been agreed". En: BIX, Brian. "Contract Law. Rules, Theory and Context". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 99.

⁴³ "[...] expectation damages are meant to put the nonbreaching party in the same position it would have been in had the agreement been performed. To transform this general principle into specific damage awards, a variety of formulas have been offered. One standard measure of expectation damages is the difference between "contract" and "market": that is, at the time of breach, the difference between the price set by the contract and the price that would have been available in the marketplace from alternative suppliers or purchasers". En: *Ibidem*.

La función de estabilización de los precios es sumamente importante por dos razones. Primero, porque es consistente con el comportamiento racional que las partes adoptarían ante cambios de circunstancias. Segundo, porque permite la contratación diferida y con ella la maximización de la producción.

Imaginemos que B se obliga a trabajar para C a cambio de 100. C puede contratar a E para que realice el mismo trabajo, pero E demanda 120. Imaginemos, además, que las leyes asignan a C el derecho de exigir lo prometido por B. En este escenario C puede liberar a B de su obligación a cambio de 120, pues con esa suma C puede contratar a E. B, por su parte, puede pagar 120 a C para conseguir su liberación solo si es que tiene la oportunidad de trabajar para otro por más de 120.

Imaginemos ahora la situación opuesta: Las leyes no asignan a C el derecho de exigir a B lo que éste prometió. En este escenario, C no puede impedir el incumplimiento de B. Por tal razón, C ofrecerá a B hasta 120 para que cumpla lo ofrecido. C no ofrecerá más de 120 a B porque por esa suma puede contratar a E. B, por su parte, solo aceptará la oferta de C si es que no tiene la oportunidad de trabajar para otro por más de 120.

Sin costos de transacción, cualquiera sea la asignación de derechos —a favor de C o a favor de B—, las partes adoptarán el mismo acuerdo, dependiendo de si C tiene una oferta por más de 120. Si ello ocurre, C no trabajará para B; mientras que si ello no ocurre, C trabajará para B. No será relevante quién tiene el derecho.

Cuando existen costos de transacción, la negociación no siempre es posible o no siempre genera resultados eficientes. La regla indemnizatoria que ordena entregar a la parte afectada una suma de dinero que la coloque en la situación que hubiese tenido en caso de cumplimiento, no hace otra cosa que inducir a las partes contratantes a actuar de la misma forma en que lo harían si no existieran costos de transacción. Al amparo de esta regla, C cumplirá su promesa contractual si es que no puede obtener del mercado más de 120 por

su trabajo; mientras que incumplirá dicha promesa si recibe una oferta en el mercado por más de 120 por su trabajo⁴⁴.

En el mundo de los negocios, la planificación es determinante. Las empresas adquieren recursos para producir en función de la demanda proyectada. Salvo casos excepcionales, las empresas no consiguen clientes para luego producir; las empresas producen para luego conseguir clientes. Es por eso que los negocios son riesgosos.

Las empresas, al planificar su producción, pueden decidir adquirir un bien —por ejemplo, trigo— a precio futuro; esto es, al precio de mercado vigente en el momento en que dicho bien les sea entregado (T+1). Pero pueden también fijar el precio del trigo desde ya, aun cuando este producto les sea entregado algunos meses después. Si optan por lo primero, pueden terminar pagando un precio mayor a su precio de reserva⁴⁵, si es que la curva de la demanda del trigo se muestra ascendente en el momento T+1. Si optan por lo segundo, otro riesgo surge. Es posible que en el momento T+1, la curva de la demanda del trigo se muestre descendente. En tal escenario, las empresas terminarán pagando un precio mayor al precio de mercado vigente en el momento de la entrega del insumo.

Algunas empresas asumirán el riesgo de contratar a precio futuro. Otras preferirán fijar el precio por anticipado. En este último caso, sin embargo, el riesgo de incumplimiento se torna mucho más relevante. ¿Qué ocurre si llegado el momento T+1 el trigo no es entregado? Las empresas compradoras tendrán que recurrir al mercado y pagar el precio vigente en ese entonces, esto es, el precio que justamente no querían asumir. La fórmula general elimina este riesgo debido a que permite que las empresas compradores exijan el pago de la diferencia entre precio del mercado y precio del contrato.

Para que vendedores y compradores fijen precios en un momento anterior al de la entrega de los activos, es fundamental que el sistema legal asigne “derechos de propiedad” sobre los referidos precios⁴⁶. Esos derechos inducen a celebrar contratos de ejecución diferida, pues

⁴⁴ “A regime of expectation damages leads me to behave as I would if negotiations were possible and we could reach a deal with another one [...] if bargaining is not possible, we still end up in the same place we would if bargaining were costless”. En: BAIRD, Douglas G. Op. cit. p. 59.

⁴⁵ El precio de reserva es la cantidad máxima que un sujeto está dispuesto a pagar para adquirir un bien o la cantidad mínima que un sujeto está dispuesto a recibir por transferir un bien.

las partes saben que la violación de los compromisos de entrega generará un remedio monetario a ser calculado en función del valor contractualmente fijado por los activos. Si prometiste entregarme X a 100, entonces tengo un derecho de propiedad de obtener X a 100. Si no cumples tu promesa y violas mi derecho de propiedad, entonces obtendré X de otro vendedor. Y si tengo que pagar 150, me pagarás 50 a título de indemnización, pues el contrato me ha otorgado el derecho de adquirir X a 100.

La contratación diferida es socialmente valiosa porque permite maximizar la producción. En un mundo en el que solamente pueden celebrarse contratos de ejecución inmediata, los vendedores sólo producirán los activos que puedan colocar al contado. Los compradores, por su parte, sólo demandarán los activos que puedan pagar al contado. Los niveles de consumo estarán definidos por los niveles de liquidez monetaria.

La contratación diferida permite comprar bienes sin la necesidad de tener que pagar el precio de inmediato. Los compradores interesados, pero sin recursos suficientes para adquirir al contado, agregarán su demanda al mercado. Ante ello, los vendedores producirán un mayor volumen de unidades. El crédito fluirá hacia ambos sectores, financiando la compra y la mayor producción.

La bondad de la fórmula general no sólo es considerada de manera positiva por los legisladores. Organizaciones gremiales de diferentes industrias también la han hecho suya.

La Grain and Feed Trade Association [en adelante, GAFTA] es una organización dedicada a la promoción del comercio internacional de productos agrícolas y de alimentos. Con más

de 1,400 miembros pertenecientes a 86 países, la GAFTA es una de las organizaciones gremiales más importantes del mundo⁴⁷. La GAFTA elabora sus modelos contractuales, sus reglas de resolución de controversias y sus lineamientos de calidad. Estos documentos son constantemente revisados y actualizados por los propios miembros de la GAFTA, de modo que razonablemente reflejan el estado del desarrollo de la industria.

Actualmente, la GAFTA cuenta con más de 80 modelos de contratos. Cuando menos el 80% del comercio mundial de granos y alimentos se realiza en función de los términos contractuales de la GAFTA.

El GAFTA *Contract 100* establece, como regla general, que el incumplimiento de cualquiera de las partes genera el derecho de comprar o vender el bien a un tercero. La diferencia entre el precio del contrato y el precio pactado con ese tercero constituye el monto indemnizatorio⁴⁸.

Por ejemplo, si C vende a D trigo a 200 y al momento de la entrega D se niega a pagar, C puede vender el trigo a E al precio de mercado vigente en ese momento. Si es que este precio asciende a 180, entonces D deberá pagar 20 a C. De ese modo, C estará en la misma condición en la que hubiese estado de haber sido cumplido el contrato.

Si es que el contrato entre C y D estuviese sometido a la ley peruana, la solución sería la misma. Al amparo del artículo 1219.2 del Código Civil, el acreedor afectado con el incumplimiento del deudor puede contratar a un tercero para que le procure la prestación, a costa del deudor. C, en consecuencia, puede vender el trigo a E, trasladando a D el costo de la eventual pérdida por la diferencia de precios.

⁴⁶ "When a promisee successfully meets the conditions of the promise, he justly acquires a property interest in the promised performance. In other words, the promisee acquires property in the promisor's future actions through his relation to the promise's terms". En: GOLD, Andrew S. "A Property Theory of Contract". En: Northwestern University Law Review 103. 2009. p. 103.

"The contract-market differential remedy [...] allows the parties to assert a 'property right' in the price, just as a patent allows the patentee to assert a property right in an idea". En: GOLDBERG, Victor. "Framing Contract Law. An Economic Perspective". Cambridge: Harvard University Press. 2006. p. 221.

⁴⁷ La GAFTA agrupa una gran variedad de actores: productores, procesadores, brokers, importadores, exportadores, analistas, agentes, árbitros, entre otros.

⁴⁸ "In default of fulfilment of contract by either party, the following provisions shall apply: (a) The party other than the defaulter shall, at their discretion, have the right, after serving notice on the defaulter, to sell or purchase, as the case may be, against the defaulter, and such sale or purchase shall establish the default price; (b) If either party be dissatisfied with such a default price or if the right at (a) above is not exercised and damages cannot be mutually agreed, then the assessment of damages shall be settled by arbitration; (c) The damages payable shall be based on, but not limited to, the difference between the contract price and either the default price established under (a) above or upon the actual or estimated value of the goods, on the date of the default, established under (b) above [...]".

La misma situación se presentaría si el contrato entre C y D estuviese sometido a la Convención de las Naciones Unidas sobre Venta Internacional de Bienes⁴⁹. Al amparo del artículo 75 de la convención, en caso de incumplimiento el vendedor o el comprador, según corresponda, puede proceder, de un modo razonable y dentro de un plazo razonable, a vender el bien a un tercero o a comprar el bien de un tercero. La diferencia entre el precio del contrato y el precio pactado con el tercero constituye el monto indemnizatorio a ser pagado.

Para que la fórmula general funcione, la prestación —en términos generales, el activo materia del contrato— debe tener contenido patrimonial, pues de otro modo no será posible comparar el precio del contrato con el precio del mercado, a efectos de determinar la indemnización debida en caso de incumplimiento.

La patrimonialidad de la prestación cumple, en consecuencia, una función instrumental de suma importancia: Hace posible la aplicación de la fórmula general de cálculo de la indemnización, que es el único remedio siempre disponible para la parte afectada por incumplimiento.

VII. LA PATRIMONIALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución garantiza la libertad de contratar, siempre que sea ejercida dentro de los límites establecidos en un momento determinado por las leyes⁵⁰.

El Código Civil establece limitaciones de carácter general y de carácter particular. Las primeras impiden contratar a quienes no tienen capacidad de ejercicio, pactar reglas contrarias a normas imperativas, reglas indeterminadas o reglas que sean inejecutables. Las segundas impiden dar en arrendamiento bienes por más de diez años, cobrar intereses —compensatorios y moratorios— por encima de las tasas máximas fijadas por el Banco Central de Reserva, conceder opciones por plazos mayores a un año, etcétera. Otras leyes establecen diversas limitaciones adicionales.

Las personas conocen o están en posibilidad razonable de conocer las limitaciones establecidas por las leyes. Por sentido común, las personas saben que, salvo ciertas excepciones, no pueden contratar con menores de edad⁵¹; no pueden adquirir legalmente ciertos bienes en el mercado⁵²; no pueden considerar exigibles acuerdos sustancialmente incompletos⁵³, etcétera. Por sentido común también saben que para realizar transacciones no ordinarias, como constituir una empresa o un fideicomiso, requieren asesoría legal especializada. Esta asesoría les permite tomar conciencia de limitaciones legales eventualmente inimaginables.

En función de las referidas limitaciones, las personas tomarán decisiones en uno u otro sentido. Si la ley limita la posibilidad de fijar libremente tasas de interés, muchas personas, en lugar de prestar su dinero, preferirán comprar activos y especular con la variación

⁴⁹ Esta convención, elaborada por la United Nations Commission on International Trade [UNCITRAL], fue aprobada el 11 de abril de 1980. Sus orígenes, sin embargo, se remontan a las primeras décadas del siglo pasado. En 1930, el International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT] empezó a elaborar una ley uniforme para la venta internacional de bienes. Su trabajo fue suspendido por la Segunda Guerra Mundial. Concluida ésta, el instituto retomó su labor y presentó dos convenciones: Una sobre la venta internacional de bienes y otra sobre la formación de los contratos de venta internacional de bienes. En 1964, en una conferencia diplomática llevada a cabo en La Haya, ambas convenciones fueron aprobadas. Casi inmediatamente después surgió una fuerte crítica debido a que las convenciones reflejaban básicamente la tradición legal de Europa occidental. Ante esta reacción negativa, en 1968, UNCITRAL empezó a trabajar en la modificación de las referidas convenciones. En 1980, UNCITRAL presentó un solo texto, que cubría las materias reguladas por las convenciones anteriores y que recogía principios y reglas del Civil Law y del Common Law. Fue ese texto el que finalmente se aprobó en Naciones Unidas.

⁵⁰ El artículo 62 de la Constitución establece lo siguiente: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]”.

⁵¹ Es posible contratar con menores de edad no privados de discernimiento para proveerles de los bienes o servicios relacionados con sus necesidades ordinarias.

⁵² Se trata de bienes públicos —por ejemplo, parques—, de bienes cuya comercialización se encuentra regulada —por ejemplo, armas— o de bienes cuya comercialización se encuentra prohibida —por ejemplo, ciertas sustancias adictivas.

⁵³ Los contratos son generalmente incompletos, pues el costo de anticipar todas las contingencias suele ser alto en comparación con el beneficio esperado. Por acuerdos sustancialmente incompletos me refiero a aquellos en los que no han sido definidos los aspectos esenciales de la operación, como el precio en una compraventa, o la renta en un arrendamiento.

de sus precios en el mercado. Si la ley limita la posibilidad de recuperar extrajudicialmente la propiedad, muchas personas, en lugar de arrendar sus inmuebles, preferirán venderlos. Si el legislador remueve las limitaciones indicadas, muchas personas empezarán a prestar su dinero o a alquilar sus casas.

Cualquiera sea el sentido de las leyes, las personas pueden razonablemente informarse y tomar las decisiones que consideren adecuadas. Estas decisiones serán siempre justas⁵⁴.

Las personas no conocen ni están en condición de conocer el sentir de la sociedad o del pueblo respecto de la admisibilidad de una transacción realizada en un mercado en formación⁵⁵. Por lo tanto, establecer que una prestación es patrimonial sólo cuando la colectividad considere que es aceptable efectuar un sacrificio patrimonial a cambio de la misma supone limitar la libertad de las personas en términos sustanciales y procedimentales.

Los cuerpos legislativos están sujetos a dos restricciones: Sustanciales y procedimentales. Las primeras impiden que los legisladores tomen decisiones que vulneren derechos fun-

damentales. Las segundas impiden que los legisladores tomen decisiones sin seguir ciertos procedimientos, que garantizan la discusión de las propuestas legislativas y la adopción de decisiones en base a una serie de reglas de competencia y de deliberación.

En base a las restricciones sustanciales, las personas afectadas pueden válidamente cuestionar, por ejemplo, la decisión legislativa de expropiar un bien por cualquier razón, o de expropiar un bien sin obligación de pagar una indemnización. En base a las restricciones procedimentales las personas afectadas pueden válidamente cuestionar, por ejemplo, la decisión legislativa de crear un impuesto cuando dicha decisión haya sido tomada sin el quórum requerido o sin la mayoría exigida.

La sociedad, a diferencia de los cuerpos legislativos, no está sometida a restricción sustancial o procedimental alguna. El grupo social adopta creencias, reglas o decisiones no sólo de manera arbitraria⁵⁶, sino también de manera espontánea, no articulada⁵⁷. Por lo tanto, nada garantiza que el resultado del concierto social sea razonable o justo desde la perspectiva de los derechos⁵⁸. No olvidemos que las

⁵⁴ “Dentro del ideal de la autonomía, el contrato imparte la justificación; en tanto sea libre, el proceso mismo sirve para justificar el resultado, cualquiera que sea este”. En: SANDEL, Michael. “El Liberalismo y los Límites de la Justicia”. Barcelona: Gedisa. 2000. p. 139.

“The libertarian believes that the state does not, in general, have a right to interfere with the exercise of individual liberty. The only grounds upon which political coercion can be justified is in order to prevent someone in the course of exercising his liberty from harming others and thereby reducing their level of liberty. As a corollary of this tenet, the libertarian believes that the transfer of resources between individuals is legitimate only if it results from free or voluntary choice. Just distributions of resources depend on voluntary behavior or consensual transfer”. En: MURPHY, Jeffrie G. y Jules L. COLEMAN. Op. cit. p. 165.

⁵⁵ Ni siquiera con asesoría legal especializada se podría conocer las preferencias del grupo social.

⁵⁶ “Arbitrariness is an essential, defining feature, of conventional rules. This is actually a twofold condition. First, a rule is arbitrary if it has a conceivable alternative. If a rule does not have an alternative that could have been followed instead without a significant loss in its function or purpose, then it is not a convention. Norms of rationality, and basic moral norms, for instance, are not conventions; properly defined and qualified, they do not admit alternatives [...] The second aspect of arbitrariness concerns the nature of reasons following a convention: The reason for following a rule that is a convention depends on the fact that others follow it too”. En: MARMOR, Andrei. “Social Conventions. From Language to Law”. Princeton: Princeton University Press. 2009. pp. 9-10.

⁵⁷ El orden espontáneo es consecuencia de los patrones emergentes que producen tanto los grupos de personas como los grupos de animales. Estos patrones surgen de manera espontánea en los niveles inferiores de la pirámide organizacional y tienen la virtud de generar la uniformidad de conductas grupales desde abajo hacia arriba. Esta uniformidad es percibida como natural por los miembros de la colectividad y genera un efecto de dependencia en las generaciones futuras (*path dependence*). A diferencia de las reglas impuestas desde arriba hacia abajo, los patrones emergentes gozan *per se* de legitimidad, en la medida en que nacen de modo no coercitivo. En: JOHNSON, Steven. “Emergence. The Connected Lives of Ants, Brains, Cities and Software”. Nueva York: Simon and Schuster. 2001. pp. 29 y siguientes.

⁵⁸ “The disadvantage of community life is that social norms make people suffer. A bad type who shares the community's values will suffer from discrimination, while his sense that he can live a satisfying life only in the town will prevent him from escaping people's discrimination. A good type with idiosyncratic tastes and values will either suppress these tastes (like the closeted homosexual) or satisfied them and be shunned. Good and bad types will suffer when them, for whatever reason, become focal point for other's people discriminatory signals, as has often happened to minorities who live in small towns”. En: POSNER, Eric A. “Law and Social Norms”. Cambridge: Harvard University Press. 2000. p. 241.

grandes injusticias de la historia, como las cruzadas, la Inquisición católica, la esclavitud, el exterminio revolucionario de Stalin o de Mao, o el holocausto nazi gozaron de la aprobación popular.

Hipotéticamente, enfrentado a la necesidad de aprobar o no el pago de una suma de dinero por una prestación determinada, es razonable esperar que el grupo social tome una decisión en base a justificaciones de carácter moral, religioso, económico o de cualquier otra índole; pero no en base a consideraciones que se centren en el respeto de los derechos de las personas.

El grupo social no está obligado, pues, a tomar una decisión sobre la base de una evaluación de los intereses y derechos en conflicto, ni mucho menos a seguir un procedimiento en el que los interesados puedan, como corresponde en una sociedad civilizada, argumentar y defenderse. En consecuencia, someter la validez de decisiones contractuales al veredicto de la conciencia social supone hacer depender la libertad de las personas de los arbitrios inimaginables del colectivo.

La teoría objetiva de la patrimonialidad de la prestación viola el derecho a la libertad contractual de las personas porque sujeta la validez de sus decisiones contractuales a un control que no está previsto en la Constitución ni en las leyes.

Si la barrera de acceso a la protección del sistema legal contractual que impone la referida teoría estuviera consagrada en la Constitución, los ciudadanos careceríamos de las garantías mínimas que una sociedad civilizada

y democrática debe ofrecer a sus integrantes para alcanzar una vida satisfactoria.

Contratar es fundamental para adquirir recursos valiosos, llevar a cabo los planes personales y de ese modo vivir como uno desea hacerlo. Sólo mediante un proceso de deliberación llevado a cabo por representantes legitimados para tomar decisiones con trascendencia grupal, y siempre que se respeten ciertos criterios⁵⁹, es posible limitar la libertad de contratar y, por tanto, privar a las personas de obtener recursos valiosos y de llevar a cabo sus planes de vida.

VIII. EL RETORNO AL ORIGEN

Los remedios por incumplimiento dan valor a los contratos. Si el sistema legal no ofreciera a las partes contratantes el derecho de exigir el pago de una indemnización o de solicitar la ejecución forzada ante el incumplimiento, los compromisos y las promesas no generarían incentivo alguno para ejecutar lo acordado, para realizar lo prometido⁶⁰.

Sin remedios contractuales, las partes sólo intercambiarían recursos de manera simultánea, pues diferir la ejecución de una de las prestaciones sería altamente riesgoso. Sólo la fuerza moral del compromiso o de la promesa sustentaría la expectativa de recibir la prestación a ser ejecutada en el futuro.

Como es evidente, el planeta sería más pobre si es que los contratos tuviesen que ser ejecutados de forma inmediata. Para empezar, todo el sistema del crédito colapsaría, pues dicho sistema se basa precisamente en la idea de diferir para el futuro la devolución del dinero

⁵⁹ La limitación de la libertad de contratar sólo puede estar justificada en la necesidad de atender un fin que, en un momento determinado, resulta más valioso para la sociedad. Por otro lado, la limitación de la libertad de contratar no puede ser retroactiva. Esto quiere decir que tal limitación no puede afectar a los contratos en ejecución. Ver a este respecto: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. "La Libertad Bajo Ataque. Contratos, Regulación y Retroactividad". En: *Ius et Veritas* 46. 2013. pp. 114 y siguientes.

⁶⁰ "To cooperate with each other, people should do what they say or compensate the victims of their broken promises. Contract law enables people to commit keeping their promises by making them liable for breaking them". En: COOTER, Robert D. y Ariel PORAT. "Getting Incentives Right. Improving Torts, Contracts and Restitution". Princeton: Princeton University Press. 2014. p. 3.
"Courts can award compensation to those who suffer financial losses from another's breach of contract and these damages awards serve two important functions related to trust. First if a contracting party knows that he might be able to obtain a damages award if the other party breaches, then the amount of vulnerability the party perceives from entering a contract is reduced. Second the possibility of liability of breach of contract provides an extra incentive for a would-be breacher to honor his contract. Here, too, the party making a trust assessment perceives that his vulnerability is smaller than it would be without contract law damages. At the margin, this legal protection might make the difference between entering into a contract with a stranger or not". En: O'HARA, Ann. "Trustworthiness and Contract". En: ZAK, Paul J. "Moral Markets". Princeton: Princeton University Press. 2008. p. 189.

que se recibe en el presente para financiar la producción, la adquisición de bienes o servicios, etcétera.

Los contratos de ejecución diferida permiten maximizar tanto la producción como el consumo. Como esos contratos generan la mayor exposición por riesgo de incumplimiento, su celebración es posible únicamente por la existencia de remedios legales que reviertan los efectos negativos de su no ejecución.

Si la ejecución forzada fuese un remedio disponible en todos los casos, los contratos no tendrían por qué ser patrimoniales. Si ante el incumplimiento de los contratos el sistema legal impusiera una multa, los contratos no tendrían por qué ser patrimoniales.

Los contratos son patrimoniales porque, en última instancia, la parte afectada por un supuesto de incumplimiento puede recurrir siempre a un remedio que tiene dos características especiales: Monetario y compensatorio. Este remedio supone que la referida parte ha de recibir, en dinero, no más, no menos, sino lo mismo que hubiese recibido en caso de cumplimiento.

El dinero recibido a título de indemnización sirve, en consecuencia, para eliminar los efectos en el patrimonio del mayor monto pagado a un tercero por el sustituto del activo que la contraparte no entregó o del menor monto cobrado a un tercero por el activo que la contraparte no recibió.

Cuando la prestación —el activo materia del contrato— tiene un mercado desarrollado, es claro que la patrimonialidad está dada por la existencia de tal mercado. Pero cuando la prestación no tiene un mercado desarrollado, cuando la prestación recién empieza a ser ob-

jeto de transacciones, la patrimonialidad debe estar dada por la contraprestación o por la penalidad que pacten las partes. Cualquiera de estos factores determinará que la transacción esté amparada por remedios ante el incumplimiento. Esto, evidentemente, generará incentivos para ejecutar la transacción.

La patrimonialidad, entendida en clave subjetiva, no hace otra cosa que ampliar la libertad de las personas que desean celebrar acuerdos mutuamente beneficiosos y desean que esos acuerdos se ejecuten —sea de forma directa o sea de forma indirecta. Para que esto último ocurra es crucial que existan remedios disponibles en caso de incumplimiento. Precisamente, la contraprestación y la penalidad hacen posible que esos remedios estén disponibles.

Pactando una contraprestación queda constituido el primer elemento de la fórmula general que permite calcular la indemnización: El precio del contrato. La parte afectada puede adquirir un sustituto de la prestación y exigir el pago de una indemnización si el precio de dicho sustituto es mayor al precio del contrato.

Puede ocurrir que en un mercado en formación los costos de identificar una prestación sustituta sean muy elevados. Para eliminar el problema que puede generar la falta del segundo elemento de la fórmula general —precio de mercado—, las partes pueden pactar una penalidad monetaria. De este modo, el incumplimiento genera un remedio que hace valioso al contrato.

Una sociedad que aspire a que sus ciudadanos vivan en un entorno libre, plural y respetuoso de la dignidad, no puede ignorar la ofrenda de Ulpiano: *“Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt”*.