

LA ACEPTACION DEL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

*Trabajo presentado al Prof. Diego Baudrit Carrillo
Cátedra de Contratación Privada I
por Gino Cappella Molina*

NOTA INTRODUCTORIA

La extinción de toda obligación, sea de la clase que sea, se produce con el efectivo pago o cumplimiento de ésta. Ese será el caso normal y el esperado por los sujetos que intervienen en la relación obligatoria, sobre todo si ésta es de origen contractual, porque de estos casos el acreedor espera el normal cumplimiento en vista del compromiso seriamente tomado por el deudor, sobre todo si se considera que en esta materia nadie puede obligar a nadie a obligarse por un contrato.

Sin embargo, el hombre es un ser libre, y por lo tanto sus comportamientos pueden ser violatorios de normas jurídicas. Cuando esto sucede, el Derecho se encarga de poner las cosas en orden a fin de mantener la vigilancia del sistema jurídico imperante en determinada época.

Es por eso que el ordenamiento cuenta con una serie de previsiones destinadas a procurar que el destinatario de una norma determinada cumpla con lo dispuesto en ella, so pena de que si no lo hace, sufrirá una sanción. En este caso reparar el daño ocasionado.

En materia contractual, esta situación toma el nombre de incumplimiento, y eso es precisamente lo que constituye el objeto de estudio del presente análisis, a raíz del comentario de una resolución judicial dada en ese sentido, frente a un caso concreto: Casación de las 15 horas de 11 de setiembre de 1942, cuyas partes son Evan Bennett Malcolm y Anita Coffey Anaya contra Gastón Bartorelli Falugi y Otello Benedetti Gregory.

El plan se divide en dos grandes apartados: la especie de hecho, desde los hechos propiamente dichos, hasta el fallo de Casación constituye la primera parte del trabajo. Luego se comentará la institución que entra en juego en este caso concreto: el incumplimiento contractual, su estructura y su función; para luego entrar propiamente en la opinión personal, en la cual se incluye una breve exposición de cómo se hubiera podido fallar el asunto desde otra perspectiva: el incumplimiento consentido.

I. LO ACTUADO

1. HECHOS.

Los actores contratan con los demandados la construcción de una casa en una propiedad de los primeros, situada en Heredia. Los actores pagarían la construcción no en un solo pago, sino por cuotas conforme avanzara la obra.

De la lectura de la sentencia se desprende que inconformes con el progreso de los trabajos, los actores le indican a los demandados que rectifiquen los trabajos según los términos del contrato. Los señores Bartorelli y Benedetti persisten en su proceder, por lo que ambas partes llegan a celebrar un convenio adicional ante el notario Mariano Anderson en virtud del cual el precio de la obra se rebaja y los señores Bennett y Coffey se comprometen a pagar la cantidad de mil quinientos colones al final de la obra si ésta los satisfacía. Todo esto ocurrió en 1938, salvo el pacto adicional (1939).

Posteriormente, los actores, en carta dirigida al Banco Nacional de Costa Rica, manifiestan su conformidad con los trabajos realizados (8 de mayo de 1939), y al finalizar la obra, y por cuenta propia, contratan al Ing. Alberto Orozco Castro para que la examine. Este, así lo hace y en su informe afirma que la obra es aceptable desde el punto de vista puramente técnico.

Concluida la obra, los actores reciben la casa sin protestas y pagan la suma prometida (15 de diciembre de 1939)

2. LAS PRETENSIONES

Por los anteriores hechos, los señores Bennett y Coffey demandan a los constructores Bartorelli y Benedetti por incumplimiento contractual. Sus pretensiones se reducen a que los demandados deber ser condenados a reparar la construcción al tenor de la obligación original, pago de daños y perjuicios y pago de una cláusula penal contenida en el contrato de obra. De negarse a ejecutar esos trabajos, deben ser condenados a pagarlos para que otro lo haga. También piden condenatoria en costas.

Los demandados contestan negativamente la pretensión y reconviene para que se declare lo siguiente: a) que por haber pagado los actores los ₡1500 en señal de aprobación, manifestaron su conformidad con las reformas; b) por tanto, las obligaciones de los constructores demandados se encontraban extintas, sobre todo si se toma en cuenta la solicitud dirigida al Banco Nacional (v. supra "Hechos"); c) que se condene a los reconvenidos el pago de cuotas vencidas, sus intereses, daños y perjuicios con el atraso de ese pago y costas.

Los reconvenidos oponen la excepción de falta de legitimatio ad causam activa de los reconventores, combatida en su oportunidad.

3. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA.

a.) EN EL JUZGADO PRIMERO CIVIL.

Se declara con lugar la demanda, modificada por el juez en ciertos puntos (v. gr. monto a pagar por la cláusula penal). Para ello consideró el juez que los demandados cumplieron, pero de forma deficiente, por lo que deben cumplirlo al tenor del contrato y reparar el daño causado, junto con los perjuicios. Disminuye el monto de la cláusula penal por la razón antes apuntada, en virtud del art. 713 C.C. (Sentencia de 10 horas de 21 de abril de 1942).

b.) EN LA SALA PRIMERA CIVIL.

En virtud de la apelación interpuestas por los demandados contra el fallo de primera instancia, al cual se adhirió el apoderado de la actora, la Sala Primera Civil confirmó el fallo del juez a quo. (10 horas y 45 minutos de 3 de julio de 1942).

4. EL FALLO DE CASACION.

Para orden de análisis, divido este aparte en dos, como el anterior, porque el fallo de Casación contiene un voto salvado del magistrado Guzmán, que se incluye en el punto 4b).

a.) LA SENTENCIA DE MAYORIA.

Tanto los demandados como la actora Coffey Anaya, por medio de su apoderado, interponen recurso de casación contra el fallo de segunda instancia.

Respecto del recurso de los demandados, Casación resuelve: "...Considerando:... II... no aparece hecho nombramiento formal alguno de perito para dirimir la discordia... y de la declaración del señor Orozco Castro... se desprende... que él no tomó notas de los defectos del techo causados por las torceduras de las vigas de genízaro, por no constituir faltas técnicas, pero si tomó en cuenta otras denunciadas por los actores que constituyen la base de la sentencia condenatoria. ... No puede deducirse como cosa cierta que (los actores) dieran por recibida la obra a entera satisfacción suya por el simple pago de mil quinientos colones... ya que los anticipos de dinero hechos en el curso de los trabajos sobre el conjunto y no con relación a ciertas partes concluidas no implican necesariamente aprobación de lo recibido... y en todo caso, era obligación de los constructores abstenerse de practicar los trabajos de que se habían encargado, si con arreglo a su opinión no convenía usar los materiales de mala calidad posteriormente ordenados por los actores..."

Respecto del recurso de la actora, se resuelve:

"V ... la pena pactada (la cláusula penal) debe reducirse por ...el artículo 713 del Código Civil, que obliga al juez... a modificar la pena proporcionalmente cuando el convenio ha sido cumplido en parte..."

b.) EL VOTO SALVADO.

"...Tan calificado testimonio (el del perito Orozco)..., el hecho de que se usara en la construcción de la casa madera de genízaro a indicación de sus propietarios y de que no se haya producido por el empleo de tal material la pérdida total o parcial del techo, que haga aplicables los artículos 1185 y 1187 del Código Civil, así como la circunstancia de que los propios actores en comunicación al Banco Nacional de Costa Rica expresaron desde el mes de mayo de 1939 que la obra estaba prácticamente terminada, constituyen otros factores de juicio que ponen de relieve la sin razón de la demanda y la procedencia de la contrademanda..." (1)

Esta es la idea principal del voto salvado: que efectivamente hubo incumplimiento por parte de los constructores Bartorelli y Benedetti, pero que ese incumplimiento, según el dictamen pericial del ingeniero Orozco, no afectaba la construcción desde un ángulo técnico; esto es, la construcción estaba bien hecha, y por otro lado, ese incumplimiento fue aceptado por los actores desde que ellos recibieron la casa sin protestas.

II. COMENTARIO

1. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Es bien sabido que los contratos son fuente de obligaciones (art. 632 CC). Las partes que intervienen en un contrato, sobre todo si éste es bilateral o sinalagmático, esperan que, al cumplirse la prestación, se proceda de la misma forma con la contraprestación. Hay por lo tanto, una situación de confianza mutua entre las partes. Es mediante esta situación normal de pago o cumplimiento (en cualquiera de sus modalidades -art. 764 y ss. CC) que los sujetos contratantes extinguen las obligaciones en general, no sólo las de origen contractual.

Pero estamos en el ámbito del comportamiento, esto es, de aquellos hechos que son causados por la voluntad (sana o viciada) del ser humano. El comportamiento es, por ende,

(1) Todos los paréntesis de las citas textuales son míos.

libre y regulado por ordenamientos normativos como lo es el Derecho en general, cuyos preceptos pueden ser violados (y lo son). En materia de contratos, esta violación al ordenamiento jurídico toma el nombre de incumplimiento contractual si la transgresión es llevada a cabo en la fase de ejecución del negocio, y este es el objeto de análisis del presente estudio.

Al concebir el contrato como fuente de obligaciones debemos concluir como corolario lógico, que también lo es de derechos subjetivos, cuyo titular lo será otro sujeto que espera que el obligado cumpla su prestación y que caso contrario, el ordenamiento provea los medios coercitivos necesarios para hacerlo cumplir. En eso consiste la responsabilidad civil contractual y son sus efectos prácticos.

El incumplimiento contractual es *repito* una violación al ordenamiento jurídico y que por tanto, causado el daño surge la sanción. Es por lo tanto, un comportamiento que se dirige contra los intereses de la comunidad que busca que los sujetos cumplan sus obligaciones, en virtud de un compromiso seriamente tomado. Por tanto, y en vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el incumplimiento contractual como aquel comportamiento antijurídico por parte del deudor que impide que los efectos previstos en un contrato válido se actualicen al tenor de lo establecido originalmente, con lo que se deja la relación jurídica insatisfecha. (2)

De la anterior definición, construida a partir de las ideas de varios autores (3) se desprenden varias conclusiones:

— Primera: se trata de un comportamiento, esto es, un hecho jurídico en cuya base está la iniciativa humana, que bien puede consistir en una acción o en una omisión. Este comportamiento es la causa del daño que se produzca y del estado antijurídico. Es un acontecer temporal dependiente de la voluntad humana.

— Segunda: Preexistencia de un contrato válido: el contrato, al momento de ser perfeccionado, desplegará sus efectos (deberes y derechos) inmediatamente si es puro, y en el futuro si contiene elementos accidentales como la condición suspensiva, el término inicial o el modo. Al no llevarse a cabo la prestación prevista, el obligado impide que esos efectos se vean satisfechos, actualizados.

— Tercera: Culpabilidad: el incumplimiento, para que despliegue sus efectos, deber ser cometido ya sea culposamente (con culpa-falta de la debida diligencia en la ejecución), ya sea dolosamente (con deseo y conocimiento por parte del deudor, tanto del daño que se está cometiendo como de su resultado).

— Cuarta: antijuridicidad: el comportamiento deberá ser contrario a los valores jurídicos consagrados en el ordenamiento. Dejará de ser antijurídico si, v.gr. ejerce un derecho. El caso típico es quien paga una obligación pecuniaria contraída en moneda extranjera con moneda nacional (art. 6o. de la Ley de la Moneda) (4).

Vemos entonces que lo que aquí se analiza es un fenómeno de impedimento contra la eficacia de un contrato debido a la inactualización de la situación jurídica (de necesidad) del obligado.

El incumplimiento se puede clasificar en dos grandes categorías:

a) Un incumplimiento propio (o absoluto) y sucede cuanto el obligado, con su comportamiento, ataque o vulnere la esencia misma de su situación jurídica. Esto sucede, v. gr. en las obligaciones de no-hacer, si el obligado hace lo que tenía prohibido (art. 700 CC) Deberá

(2) Sobre el concepto de "Comportamiento" se sigue el planteamiento de PPérez, Víctor. Hechos jurídicos. Revista Judicial No. 10, diciembre de 1978. San José, pag. 67, donde se le define como "toda actitud física del sujeto en cuanto no esté físicamente necesitada por la realidad externa y eventualmente en cuanto el poder de influir sobre esta realidad".

(3) Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho civil español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1951 tomo IV pág. 198; Pérez, Víctor. Patología Negocial. Revista Judicial No. 8, junio de 1978. San José pág. 147 y ss.; Baudrit, Diego. Teoría general del contrato. Editorial Juricentro. San José, 1982.

(4) Puig Peña, Federico supra nota 3, pág. 200; Pérez Vargas, supra nota 3, pág. 147; Baudrit, supra nota 3, pág. 82 y 83.

pagar daños y perjuicios por resolución del vínculo.

b) La segunda gran categoría se conoce como cumplimiento impropio (o relativo) y se da cuando el deudor viola el principio de identidad del pago (5), por lo que se trata de una disconformidad entre la prestación prevista al perfeccionarse el contrato y la que efectuó el obligado, que si bien cumple, cumple defectuosamente. Este es el caso que nos ocupa y cuyos efectos se verán luego.

c) Parte de la doctrina incluye una tercera categoría de incumplimiento según la cual no hay cumplimiento al momento previsto pero nada obsta para que se pueda llevar a cabo tardíamente, con la consiguiente responsabilidad de daños y perjuicios causados con la mora (6). Pareciera que esta tercera categoría es una combinación de las dos primeras porque se trata de una hipótesis en la que no hay cumplimiento del todo (ni siquiera defectuoso) pero no se trata de un incumplimiento total (sub a) sino relativo (sub b) porque el acreedor todavía puede ver satisfecho su interés mediante el mismo cumplimiento previsto (7) más el pago de daños y perjuicios causados por la mora solvendi.

Al hacer clasificaciones, se debe tener en mira un interés que vaya más allá del mero relieve académico. La función de la clasificación, al menos en el estudio del Derecho, es determinar qué régimen jurídico se aplica frente a determinado caso concreto según su naturaleza jurídica, de ahí la anterior clasificación: en el primer caso, el contrato se resolverá en daños y perjuicios (art. 700 CC); en el segundo, el acreedor puede escoger entre la ejecución forzosa a la resolución contractual (v. art. 692 en relación con el art. 695 CC) y en el tercero, el acreedor puede exigir el cumplimiento con el correspondiente resarcimiento, razón por la cual, al menos por su función (no así en su estructura) esta tercera hipótesis es encuadrable en la segunda.

El objeto de análisis del presente estudio es, en concreto, la segunda hipótesis, esto es, aquella que prevé un cumplimiento que no se ajusta a lo previsto por lo menos por el acreedor al momento de concluirse el contrato. Al respecto se ha dicho: "... en general puede decirse que hay incumplimiento inexacto en el caso de que la prestación efectuada no posea los requisitos subjetivos y objetivos que son idóneos para hacerla coincidir con el objeto de la obligación y para satisfacer el interés del acreedor." (8)

En síntesis, se puede decir que el incumplimiento contractual es una conducta antijurídica, que viola lo establecido por una obligación pre-existente (de origen contractual) atentando por ello contra el principio de identidad del pago en un caso o impidiendo la actualización de la eficacia del contrato en un todo, en el otro caso. Pero sea cual sea el tipo de incumplimiento que se dé, hay un efecto común a las tres hipótesis planteadas que nace en virtud del principio de responsabilidad civil y es el de resarcir los daños y perjuicios causados por el deudor originados por su conducta que no se ajusta a los valores jurídicos establecidos objetivamente por el ordenamiento.

Así que, independientemente de que no se pueda cumplir del todo (art. 700 CC); de que se incumplió del todo (pero puede cumplirse aunque sea tardíamente), quien incumplió tiene la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados con su comportamiento. Así, se establece el principio de que sólo se indemnizan los daños directos, pero también se resarcirán tanto el daño emergente como el lucro cesante (9).

(5) Puig Peña. Compendio de Derecho Civil español. Ediciones Pirámides. S.A. Tercera edición. Madrid 1976 Tomo III, pág. 296.

(6) Puig Peña, supra nota 3, pp 197, 198; Castán Tobeñas. Derecho Civil español, común y foral. Instituto Editorial Reus. Novena Edición, Madrid, 1958, tomo III, pág. 148; Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil. Editorial Bosch. Segunda edición Barcelona, 1976. Tomo I, Vol. II. pág. 484.

(7) Puig Brutau, nota anterior, pág. 484.

(8) Casación: No. 127 de las 14 hrs, 20 min. de 25 de octubre de 1973 en Rodríguez Martínez y Zamora Espinoza. El incumplimiento contractual. Tesis de grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1982, pág. 22.

(9) Baudrit, supra nota 3, pp. 83, 84.

En el caso comentado, los demandados cumplen con sus obligaciones, pero cumplen defectuosamente porque no se ajustan en un todo a lo establecido en el contrato original de obra. Se trata, pues, de una obligación de hacer no personalísima no cumplida fielmente, a que le son aplicables las disposiciones correspondientes. Pero surge un obstáculo para aplicar las normas a que se hacen mención en el voto de mayoría de Casación, que será visto posteriormente.

Cumplida defectuosamente una obligación, al acreedor le surgen tres caminos a seguir desde el punto de vista de la pretensión procesal: puede negarse a recibir el pago, aceptarlo tal y como lo efectúa el deudor sin ningún tipo de protestas (y menos, por tanto de reserva) con lo que se opera la eficacia extintiva de la obligación; o aceptar el pago con protesta, esto es, aceptar la casa pero que también se le indemnice. Aunque esto pertenece al aparte II-3, se adelanta la opinión personal: de conformidad con lo que expone el Magistrado GUZMAN, lo que realmente ocurrió en el caso concreto fue lo siguiente:

— PRIMERO: efectivamente, hubo cumplimiento defectuoso porque lo hecho no se ajustaba a la programación de intereses inicial.

-- SEGUNDO: en virtud, un pacto adicional entre las partes durante la etapa de ejecución del contrato, se convino que los actores pagarían mil quinientos colones al momento de entrega de la obra si se recibía a su entera satisfacción (10), pago que hicieron espontáneamente, esto es, sin necesidad de interpelación.

Con lo anterior, ya se puede ir deduciendo la posición que se tomará en el segundo aparte II-3.

2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO.

Todo comportamiento jurídico produce consecuencias también en el mundo del Derecho. En materia contractual, v. gr. el efectivo cumplimiento de la prestación es un comportamiento del deudor que extingue la obligación y da lugar a un estado de libertad jurídica, que a su vez, fue extinguido y reemplazado por uno de sujeción al perfeccionarse el contrato. Así, el contrato vendría a constituirse en la figura jurídica primaria (supuesto de hecho) y las obligaciones y derechos de él nacidos serán las figuras jurídicas secundarias (efectos jurídicos) que son actualizados por el comportamiento de quienes ocupan las respectivas situaciones jurídicas. Ahora bien, esos efectos jurídicos actualizados pueden a su vez convertirse en parte de una figura primaria que da origen a una figura secundaria, si así se prevé en la norma. En nuestro tema concreto, el incumplimiento contractual, éste sólo puede surgir si anteriormente había un contrato válido que no despliega su eficacia normal por el comportamiento culpable del obligado. A su vez, el incumplimiento, como hecho jurídico que es, tiene su propia eficacia, esto es, produce sus propios efectos jurídicos, en particular en los contratos sinalagmáticos, de poder para la parte no incumpliente. (11).

Estos efectos jurídicos ocasionados por el incumplimiento son precisamente el objeto de análisis del presente apartado, para lo cual debemos delimitar el campo en el que nos estamos moviendo según la sentencia comentada: se trata de un contrato de obra (así lo califican las partes y los jueces-incluyendo Casación-) que ha sido cumplido de modo diferente al previsto en el negocio. Por lo tanto, y a un nivel más general, es un contrato bilateral: hay prestaciones y contraprestaciones y unas encuentran su causa en las otras, de modo tal que las partes son, al mismo tiempo, deudor y acreedor de su contraparte. Incumplido un contrato bilateral (una de las partes no cumplió con lo que le correspondía) en la forma vista en el caso Benett vs. Bartorelli, la parte puede presentar ante el órgano jurisdiccional dos pretensiones básicas: a) la ejecución forzosa (se trata de una obligación de hacer no personalísima);

(10) V. CAS. en comentario, pag 920 Rodríguez Martínez y Zamora Espinoza, supra nota 8, pág. 24. También sobre este aspecto, cfr. "... el problema del cumplimiento defectuoso ...se produce... cuando el acreedor recibe la prestación defectuosa, pero hace protesta... de que tiene ese carácter" Puig Brutau, supra nota 6, pág. 507.

(11) Pérez. Víctor. supra nota 3, pág. 54.

o b) la resolución del contrato que fue afectado, ambos con la posibilidad de obtener una sentencia favorable en cuanto a daños y perjuicios, si estos se produjeron.

a) EJECUCION FORZOSA.

Nos encontramos, como se dijo anteriormente, frente a una obligación de hacer cumplida defectuosamente (desde el punto de vista del principio de identidad en el pago). También se dijo (y fue una de las primeras afirmaciones) que el incumplimiento es un comportamiento antijurídico. Desde que es antijurídico altera negativamente un valor del ordenamiento: la responsabilidad civil, razón por la cual el mismo ordenamiento le impone una sanción al deudor incumpliente, tanto para proteger sus propios valores, como para proteger los intereses jurídicos en juego en la relación contractual; en este caso, el de la parte no incumpliente, que tiene derecho a que esos intereses se vean satisfechos, si no por la voluntad espontánea del obligado, sí por la vía coactiva estatal y por otro sujeto, pero a cuenta del incumpliente (art. 696 CC), ambas hipótesis factibles en el caso concreto por el tipo de obligación que se contempla.

De esta forma, los efectos esperados por el no-incumpliente en el contrato, pueden todavía llegar a actualizarse, pero ya por un comportamiento determinado por una resolución judicial, o bien por otro sujeto, pero a cargo del condenado en la sentencia. Así, si el "facere" de la obligación es lo que parte de la doctrina llama "facere fungible" (12) el resultado no presenta mayores problemas: La pretensión principal consistirá en pedirle al juez que se condene al demandado a hacer lo que debía, al tenor de lo establecido originariamente.

Ahora bien, la coercibilidad de una sentencia condenatoria en ese sentido no es absoluta. Desde luego, el juez condenará al deudor a efectuar el contrato (por supuesto si la demanda procede según las pruebas presentadas por el actor, pero ya esos son aspectos procesales), pero por respeto a la libertad individual del deudor, no se le puede obligar por la fuerza física a ajustarse a la condena. En tal caso, el actor siempre tendrá derecho a pedir que los trabajos programados en el contrato sean llevados a cabo por otro sujeto idóneo. En el caso concreto, por otro constructor porque el objeto del contrato, la casa, no requería de un facere infungible, sino que se trataba de uno fungible. El trabajo desempeñado por este segundo constructor, hipótesis que supone la no cooperación del deudor incumpliente y que satisfará de igual modo el interés objetivo del acreedor, se hará por cuenta y riesgo del condenado en sentencia. Por eso se puede afirmar que se trata de una ejecución forzosa, porque la paga el obligado, pero hay cierta subrogación (13) o sustitución o la ejecución correcta de la prestación por parte del sujeto encargado. De esa forma, ya sea por la acción personal del obligado, ya sea porque se encargue a otro la ejecución de prestación, siempre tendrá el deudor la posibilidad (bastante probable) de ver su interés satisfecho y sólo eventualmente tendrá que contentarse con la prestación del "id quod interest" (el equivalente de aquella utilidad que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica), esto es, el cumplimiento por equivalente (14).

No obstante, este cumplimiento forzoso en las obligaciones de hacer (aún en las de hacer fungible) tropieza con el principio "nadie puede obligar por la fuerza a los hechos" (en materia puramente civil) y porque en la práctica ofrece bastantes dificultades, pero no por eso se desvanece la regla general anteriormente esbozada: el acreedor tiene derecho a que sea el deudor quien sea condenado a ejecutar la prestación ya sea directamente con su propia actividad, y sea por medio de otro, pero a cuenta y riesgo propio. Como excepción se conformará con el equivalente.

(12) Betti, Emilio. Teoría General de las obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970. Traducido por de LOS MOZOS. Tomo II pág. 483; Messineo. Francisco. Derecho Civil y Comercial. Editorial EJE. Buenos Aires. Traducido de Sentis Melendo. 1979. Tomo IV pág. 240.

(13) Betti, supra nota anterior.

(14) Messineo, supra nota 12, pág. 240.; Castán, supra nota 6, pág. 170. (El caso típico son las obligaciones intuitu personae); Puig Brutau, supra nota 6, pág. 517; Brenes Cordoba, Alberto. Tratado de las obligaciones. Editorial Juricentro. Cuarta edición. San José, 1977, pág. 71; Baudrit, supra nota 3, pp. 80 y 81.

Lo primero (ejecución forzosa) es lo que pretende el demandante, pero luego agrega que "en caso que ellos (los demandados) se opusieran a hacer... las reconstrucciones y reparaciones... deben ser obligados a reparar los daños causados... pagando... el valor de los materiales, mano de obra y trabajo de dirección..." (15) por lo que, no de modo subsidiario, sino incluida en la pretensión principal piden la ejecución de la prestación, pero ahora de modo indirecto (por medio de otro y a cargo de los demandados). De otro lado, en la reconvencción los contrademandantes piden el pago del precio de la obra (obligación de dar) porque consideran que ellos sí cumplieron.

En síntesis, no cumplida la prestación del todo o cumplida de modo diverso, se puede pedir que se condene al demandado a que cumpla con lo prometido (si todavía es posible) y obtener autorización para ejecutarlo a costa del incumpliente, y de no ser posible nada de lo anterior, obtener como se dijo antes, una ejecución por equivalente.

b) RESOLUCION

La otra posibilidad que surge de incumplimiento es la resolución. Pero debe destacarse que el fenómeno de la resolución sólo procede cuando, en presencia de un contrato válido debidamente perfeccionado, un comportamiento de las partes posterior a esa perfección altera de modo tal las relaciones entre ellas tal como se habían constituido originariamente, que el vínculo no puede continuar existiendo por una perturbación grave en el normal desarrollo (ejecución) del contrato. De esta forma se afecta también la programación de intereses de las partes, porque una de ellas, con su comportamiento antijurídico impide de modo total que el contrato despliegue sus efectos tal y como lo habían previsto los contratantes. Se trata, por tanto, de la situación en que se encuentra un contrato válido, pero ineficaz. Ahora bien, si se pide la resolución esa ineficacia se convierte en definitiva y el contrato nunca llegará a desplegar sus efectos, situación en la que se encuentra el contrato respecto del cual se pide la ejecución forzosa (16).

Ahora bien, si el contrato es bilateral, y el de obra lo es, se da una interdependencia entre las prestaciones y contraprestaciones de tal modo, que se considera que las unas son causas de las otras. Por eso, si una de las partes no realiza lo que le corresponde, autoriza a la contraparte hacer lo mismo, porque su contraprestación ya no tiene causa jurídica. De ahí que se diga que la resolución opera como un remedio en beneficio del contratante que no ha incumplido su parte del negocio, impidiéndose con ello que quien no incumpla se vea obligado a soportar un sacrificio patrimonial sin compensación (o por lo menos con compensación adecuada). Al verse de tal modo frustrados sus legítimas aspiraciones, el ordenamiento prevé esta institución (17).

Respecto de la legitimación para pedir la resolución debe aclararse que sólo la puede pedir quien no ha incumplido con sus propias obligaciones, porque de haberlo hecho, estaría en la misma situación de necesidad en la que se encuentra el incumpliente razón por la cual la contraprestación tampoco tendría causa. Es algo parecido a lo que ocurre en materia de divorcio, al momento de liquidar los gananciales, si ambos cónyuges son culpables: ninguno de los dos puede pedir que el otro pierda su participación en los gananciales (art. 41, parr. primero a contrario, C. Familia).

Por lo anterior, el incumpliente que intenta una pretensión de cumplimiento forzoso contra la contraparte también incumpliente tropezará, muy probablemente, con la exceptio non adimpleti contractus, excepción cuya base legal se encuentra en el art. 692 CC., disposición que a su vez regula la cláusula resolutoria sobreentendida. (18).

Con la resolución, los efectos del contrato se ven definitivamente impedidos, mientras que con la exceptio non adimpleti contractus la eficacia contratual se ve solo suspendida,

(15) Extremo 9º de la petitoria, en el resultando primero, pág. 911.

(16) Messineo, supra nota 12 pág 522.

(17) Idem, pág. 523; Baudrit, supra nota 3, pp. 86 y 87.

(18) Pérez, supra nota 3, pág. 149; Baudrit, supra nota 3, pp 88 y 89; Brenes Córdoba, supra nota 14 y pp 84 y 85; Messineo, supra nota 12 en relación con la nota anterior.

pendiente, pero todavía es susceptible de ser actualizada, para lo cual basta que una de las partes cumpla con su prestación para que ella misma pueda pedir lo correspondiente, porque al cumplir sus propios deberes se le está dando vida a la causa de la contraprestación. Por eso se dice que esta excepción es sólo temporal (19).

Ahora bien, se sabe que, desde el punto de vista procesal, la resolución no opera ipso iure, sino que hace falta un fallo judicial en ese sentido para que se tenga por resuelto el contrato, razón por la cual un particular no puede tener por resuelto un contrato si la contraparte no ha cumplido, y de ahí también el art. 692 CC.

c) LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Con el incumplimiento contractual surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el comportamiento culpable del deudor.

En el caso de que el incumplimiento sea absoluto o propio, según la clasificación que se dio anteriormente, el *id quod interest* o pago de daños y perjuicios será más bien el cumplimiento de obligación contractual originalmente contraída, no ya en natura, sino como prestación por equivalente. El que se cita como ejemplo típico es el de las obligaciones personalísimas: si el obligado incumple una obligación de este tipo, el contrato se resolverá en daños y perjuicios, por lo que el incumplimiento será total. (art. 700 CC)

En el incumplimiento impropio, aún con una prestación defectuosa, e incluso en el caso de cumplimiento moroso, también surgirá la obligación de la indemnización. En estos casos, el resarcimiento no será ya la prestación por equivalente, sino que consistirá en el pago de daños y perjuicios ocasionados por el mal proceder según los términos de la prestación establecida en el contrato, aparte de la efectiva ejecución forzosa de la prestación proyectada si aún es posible. Este es el caso en comentario. Los actores piden la indemnización de los daños y perjuicios causados aparte de la ejecución in natura.

Así, se definen los daños como la pérdida que sufre el acreedor en virtud del menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto lo que son susceptibles de valoración económica exacta y precisa, como los que no son por referirse a aspectos de orden personal estrictamente. Se distinguen, en razón de lo anterior, en daños patrimoniales y los daños morales o personales en sentido estricto. Se define perjuicio como la lesión que sufre una expectativa patrimonial. Se puede establecer con base en la comparación entre lo presente y lo futuro. Consisten en una situación que se esperaba, que no ocurrió por el incumplimiento, por lo que no pasó de ser una simple expectativa. (20)

Es necesario señalar que los daños surgidos deben ser consecuencia directa de la culpa del incumplimiento, y no de "la acción de los vientos", como ocurrió en el caso en comentario, con el problema que presentaba el viento en el techo. "En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse" (art. 704 CC). En el ordenamiento costarricense esta obligación prescribe junto con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce (art. 707 CC) (21)

Para que los daños y perjuicios puedan reputarse jurídicamente existentes, se precisa que sean ciertos, actuales y que afecten un derecho subjetivo. Además, el actor corre con el *onus probandi*, según lo establecido en los artículos 719 CC. y 208.5 del Código de Procedimientos Civiles, que como parte de la pretensión, deben ser probados.

3. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONSENTIDO (A MODO DE OPINION PERSONAL)

Para comenzar el presente apartado, hay que recordar que se está en presencia de los

(19) Baudrit, *supra* nota 3, pp. 89 a 91.

(20) Amador Hernández, Manuel. Nociones elementales de la responsabilidad civiles extracontractuales. Revista Judicial No. 16. Marzo 1980. San José, 1980, pág. 94-95.

(21) Messineo, VI, *supra* nota 12, pág. 258; Amador, *supra* nota 20, pág. 95.

derechos patrimoniales, donde rige el principio general de que pueden ser renunciados, salvo que la ley disponga lo contrario (v. gr. 154 CF) o que las mismas partes así lo estipulan, también con las limitaciones de ley, orden público, derechos de terceros, etc. (art. 28 Const. Pol. Principio de autonomía de la voluntad).

Ahora bien, sentada la anterior premisa, debemos determinar la naturaleza del contrato firmado entre Bennett y Bartorelli. Se trata, como expresan las partes al citar los textos legales tanto en la demanda como en los respectivos recursos (de apelación y casación) de lo que el Código Civil costarricense llama "contrato de obras por ajuste o precio alzado" (arts. 1183 y ss. CC). No es la intención de este análisis profundizar sobre este contrato en especial, sino sólo dar una visión a grosso modo del asunto para facilitar la solución del litigio Bennett vs. Bartorelli.

Para empezar, sería bueno ver la nota esencial que caracteriza este tipo de convenio, y es el hecho de que su prestación (que tiene como contraprestación la entrega de una cantidad de dinero) consiste en un resultado de trabajo que se denomina "opus", de ahí su nombre. Es por lo tanto, una obligación de resultado. Cabe aclarar aquí que la obra puede ser material o intelectual, pero el C. Civil costarricense sólo prevé el primero, conclusión a que se llega de la lectura de las disposiciones mencionadas.

Este contrato se define como aquel contrato bilateral, en virtud del cual un sujeto (el contratista) promete a otro (que resulta ser la contraparte, denominado comitente) un "resultado" (opus) que consiste en la transformación de materias (en el caso concreto, construcción de una casa) cuyo riesgo asume y que el ordinario el segundo no puede llevar a cabo por necesitarse una cierta habilidad y conocimientos técnicos por parte del contratista.

Lo que aquí interesa es exponer un concepto de contrato de obra para ir aclarando el panorama. Nótese que la contraprestación, por ser una suma de dinero, es divisible y susceptible de ser pagada por cuotas, hipótesis que se cumplió, porque Bennett y la coactora Coffey Anaya se comprometieron a cumplir su obligación por partes, pero esos pagos cumplen una doble función: son el cumplimiento de las obligaciones contractuales que le corresponde al comitente (en este caso los señores Bennet) e implican aprobación de lo hecho hasta el momento por los señores Bartorelli y Benedetti, porque en los contratos bilaterales (en este campo nos movemos) si la prestación no ha sido cumplida o ha sido cumplida pero de modo deficiente la contraprestación no tiene por qué ser cumplida, porque no tiene causa. En el caso concreto: el pago de una cuota determinada en el transcurso de la obra es cumplimiento de la obligación del comitente y aprobación de lo hecho hasta ese momento por el contratista. Incluso, se había celebrado un convenio adicional (Resultando I, 7o) en el que las partes acordaron que el comitente pagaría al contratista la suma de mil quinientos colones si, terminada, la obra satisfacía los intereses del primero. Esa suma fue efectivamente pagada, comportamiento manifestativo que daba a entender que la obra fue aprobada por el contratista. Esta conclusión lógica se ve reforzada si se considera que los comitentes actores enviaron un memorial al Banco Nacional de Costa Rica con fecha de 8 de mayo de 1939, en el que expresaban su conformidad con los trabajos ejecutados por los contratistas demandados.

Este tipo de contrato presenta una peculiaridad en lo que se refiere a la aprobación de lo hecho, y es que, de acuerdo con la definición dada anteriormente, las obras generalmente son llevadas a cabo por el contratista por poseer éste una serie de conocimientos o habilidades que el comitente no posee. Por eso, al momento de recibir el opus, se hace necesario que un perito en la misma material que el contratista, imparcial, examine la obra minuciosamente para determinar si ésta reúne los requisitos técnicos esenciales y por otro lado, si reúne los requisitos establecidos en el contrato que dió origen al opus. Esto se conoce con el nombre de "aprobación pericial" (22). En el caso en análisis las partes están de acuerdo en un hecho fundamental y es que los contratistas no cumplieron su obligación según lo convenido en el contrato. Esto es la base de la demanda, precisamente. El problema que se presenta para los actores es el siguiente: ellos tendrían, en condiciones normales, derecho que los contratistas se ajusten al contrato al momento de cumplir su obligación. Este derecho es patrimonial, va-

(22) V. Messineo, V. pp 196 y ss., en especial la pág. 203; art. 1193 CC.

lorable desde el punto de vista pecuniario, (23) y por lo tanto, como se dijo al comienzo del apartado, renunciable por su titular. Esa renunciabilidad, se puede decir, que también significa modificabilidad; esto es, que el derecho a la prestación según el contrato es renunciable (lo más) pero el titular del derecho, si el obligado cumple una prestación alterada respecto a los términos del contrato, puede aceptar ese cumplimiento deficiente (lo menos). En otras palabras: hubo un cumplimiento defectuoso (violación al principio de identidad en materia de obligaciones), pero ese cumplimiento fue aceptado por los comitentes (24).

Por otro lado, se puede argumentar que por tratarse de una construcción, está en juego el orden público y que por tanto los comitentes no están legitimados para aceptar un cumplimiento defectuoso. A lo anterior se opone lo siguiente: el ing. Orozco, perito que aprobó la obra para los comitentes, declara que la obra no presente ningún efecto técnico y que unos problemas que presentaba el techo no eran consecuencia del cumplimiento defectuoso, sino de la acción de los vientos (25). En otras palabras, la obra, desde el punto de vista puramente técnico, estaba bien construida, así que los comitentes si podían aceptar las modificaciones introducidas por los constructores de la obra, sin perjudicar el orden público. Estas modificaciones no alteraban la casa desde el ángulo técnico.

Es interesante hacer destacar lo que afirma la doctrina al respecto: el constructor responde de las diversidades o vicios de la obra. Pero esa responsabilidad no nace si el comitente recibe la obra sin protestas, esto es, la acepta, conociéndolas (o debiéndolas conocer), como ocurrió en este caso concreto, con la intervención del ing. Orozco (26)

De la lectura de la sentencia se desprende que la casa fue aceptada como buena por los comitentes: primero, según lo convenido, éstos pagarían mil quinientos colones como señal de aprobación. Esa suma fue entregada; segundo, unilateralmente, los comitentes nombraron al ing. Orozco para que éste examinara la casa y su informe aprueba lo hecho por los constructores, no según lo establecido en el contrato, sino según las reglas de la "lex artis". Tercero, los comitentes expresamente muestran su conformidad con lo hecho en carta enviada al BNCR el 8 de mayo de 1939. Hay por lo tanto tres elementos probatorios bastante confiables, que indican que hubo cumplimiento defectuoso pero que ese cumplimiento fue aceptado por los comitentes Bennett. "...como los contratistas, no obstante sus promesas, no seguían los trabajos de construcción de acuerdo con las estipulaciones del contrato, mediante la intervención del Licenciado Anderson, celebraron el pacto adicional (un cuarto elemento probatorio de aceptación) de veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en el que se comprometieron a pagar a los empresarios el saldo de doce mil quinientos colones, mil quinientos en el acto de recibir a su entera satisfacción la obra contratada y quinientos mensuales a partir de dicha entrega..." (27)

En vista de lo anteriormente expuesto, hay razones suficientes para adherirse en un todo al criterio dispositivo y considerativo del magistrado Guzmán y a su voto salvado. Nos encontramos simplemente, frente a un caso de incumplimiento defectuoso que fue aceptado por el acreedor, en lugar de rechazarlo y exigir su exacto cumplimiento. El ordenamiento lo respaldaba en ese sentido, negarse a celebrar el convenio adicional ante el notario Anderson y desde un principio, apenas hubiese notado inconformidades entre lo estipulado y lo efectivamente hecho por los contratistas, denunciarlas y exigir el fiel cumplimiento del contrato de obra (art. 696 y ss. CC.).

(23) Recuérdese que al contrato es un negocio jurídico que se caracteriza porque presenta acuerdo de voluntades (por lo que en él participan por lo menos dos sujetos) y patrimonialidad V. Pérez Vargas y Umaña Rojas, Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico. En Revista Judicial No. 12, junio de 1979, San José, pág. 61.

(24) Aprobación pericial, memorial al Banco Nacional de 8 de mayo de 1939, pago de \$1500,00 al terminar la obra, etc.

(25) V. pp. 920 y 921 del tomo II de 1942, donde se encuentra la sentencia en comentario.

(26) Massineo, V. supra nota 20, pag 204, en especial punto e)

(27) Voto salvado del magistrado G. Guzmán, pag. 920, el paréntesis así como y el subrayado aparece en el original.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Amador Hernández, Manuel. Nociones elementales de la responsabilidad civil extracontractual. Revista Judicial. No. 16. Marzo 1980. San José, 1980.
 - 2.- Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del contrato. Editorial Juricentro. San José, 1982.
 - 3.- Betti, Emilio. Teoría General de las obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970. Trad. por De Los MOZOS. Tomo II.
 - 4.- Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las obligaciones. Editorial Juricentro. Cuarta edición. San José, 1977.
 - 5.- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil español, común y foral. Instituto editorial Reus. Novena edición. Madrid, 1958. Tomo III.
 - 6.- Messineo, Francisco. Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Trad. de Sentis Melendo. Tomos IV, V, VI. 1979.
 - 7.- Pérez Vargas, Víctor y Umaña Rojas, Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico. Revista Judicial No. 12, junio de 1979. San José.*
 - 8.- Pérez Vargas, Víctor. Hechos Jurídicos. Revista Judicial No. 10, diciembre de 1978. San José.
 - 9.- Pérez Vargas, Víctor. Patología negocial. Revista Judicial No. 8, junio de 1978. San José.
 - 10.- Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil. Editorial Bosch. Segunda edición. Barcelona, 1976. Tomi I, vol II.
 - 11.- Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1951. Tomo IV.
 - 12.- Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español, común y foral. Ediciones Pirámide, tercera edición, Madrid, 1976, Tomo III.
 - 13.- Rodríguez Martínez y Zamora Espinoza. El incumplimiento contractual. Tesis de grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, 1982.
- * Apenas mencionado.