

## Bodum USA, Inc. *v.* La Cafetière, Inc.

Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de "efficient breach"

Arturo Muñoz Aranguren

Abogado  
Ramón C. Pelayo Abogados

### *Abstract\**

*Este trabajo analiza la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito de EE.UU. en el caso Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. Varias son las cuestiones objeto de examen. En primer lugar, la aplicación del Derecho extranjero, su naturaleza procesal y los medios de prueba más útiles para acreditar su correcta interpretación por parte del Tribunal. En segundo lugar, los diferentes procedimientos probatorios civiles en el derecho continental y en el norteamericano, así como los remedios frente al incumplimiento en el Common Law y en el Civil Law. Finalmente, se evalúa de forma crítica el concepto de incumplimiento contractual eficiente al hilo del voto concurrente del juez Posner.*

*This paper analyzes the ruling passed by the Seventh Circuit of the Court of Appeals of USA in the case Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. Several subjects are examined. Firstly, the interpretation of foreign Law by domestic Courts and how to prove the right meaning of it; secondly, the different remedies for breach of contract in the Common Law and in the Civil Law. Finally, this paper contains a critical review of the concept of efficient breach, following the thread of the concurring opinion of judge Posner.*

*Title: Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. Three notes about proving the foreign law, the remedies for breach of contract and the concept of efficient breach*

*Palabras clave: Derecho extranjero, cumplimiento e incumplimiento, remedios, ejecución en forma específica, incumplimiento eficiente*

*Keywords: foreign law, performance and breach of the contract, remedies, enforcement of specific performance, efficient breach*

---

\* Arturo Muñoz Aranguren es responsable del área de Litigación Civil, Administrativa y Constitucional de Ramón C. Pelayo Abogados y profesor de derecho procesal civil en el Máster de Derecho Privado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

## Sumario

1. Resumen del litigio
  - 1.1. Introducción
  - 1.2. El Tribunal
  - 1.3. Las cuestiones discutidas en el proceso
2. El empleo de dictámenes jurídicos, emitidos por juristas extranjeros, para ayudar al Tribunal a interpretar el Derecho foráneo
  - 2.1. La postura del Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito
  - 2.2. La prueba del Derecho extranjero en el Ordenamiento jurídico español
    - 2.2.1. La naturaleza procesal del Derecho extranjero
    - 2.2.2. El objeto de la prueba del Derecho extranjero
    - 2.2.3. Los medios de prueba idóneos para acreditar el Derecho extranjero
    - 2.2.4. El recurso de casación basado en la infracción de normas extranjeras
3. Interpretación de la voluntad contractual y su incidencia en los procedimientos probatorios civiles en Francia y en EE.UU.
4. Los remedios frente al incumplimiento de los contratos en el Civil Law y en el Common Law
  - 4.1. El origen del principio *pacta sunt servanda*
  - 4.2. La relación entre la moral y el derecho contractual en el Common Law
  - 4.3. La opción preferente por la indemnización de daños en el Common Law
5. El concepto de *efficient breach* según POSNER. Análisis crítico
6. Conclusiones
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

## 1. Resumen del litigio

### 1.1. Introducción

El caso *Bodum, USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.*, resuelto por el Tribunal de Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos el 2 de septiembre de 2010, constituye un interesante caso tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo, que bien merece un análisis desde la perspectiva del jurista continental<sup>1</sup>.

En el presente comentario examinaremos varias de las cuestiones apuntadas por los tres magistrados en la ponencia del tribunal y en los dos votos particulares concurrentes. En concreto, se hará un examen de las tendencias procesales sobre la prueba del Derecho extranjero en EE.UU. y en España; se analizarán las divergencias entre el derecho probatorio civil en el *Common Law* y en los Ordenamientos de tradición romano-germánica, a la luz de la controversia planteada en el caso resuelto por la sentencia; y, finalmente, se realizará una breve evaluación crítica de la digresión, *obiter dictum*, que realiza el juez POSNER en su voto particular sobre el derecho contractual norteamericano y su defensa del *incumplimiento eficiente*, así como un recorrido sobre el origen histórico de la máxima *pacta sunt servanda* y las razones de su inaplicación por los tribunales estadounidenses.

### 1.2. El Tribunal

Lo primero que llamará la atención a cualquier lector de la resolución judicial comentada es la claridad de la prosa empleada por los tres magistrados que componen el Tribunal. En efecto, frente a la impersonal prosa estereotipada que emplean mayoritariamente nuestros Tribunales<sup>2</sup>, los jueces EASTERBROOK, POSNER y WOOD utilizan un lenguaje llano y ágil, perfectamente comprensible para cualquier interesado, tenga o no conocimientos jurídicos, dejando cada uno de ellos impronta de su personalidad.

Este afán didáctico lleva al tribunal hasta el punto de incluir, dentro del cuerpo de la sentencia, fotografías de los modelos de cafetera en discusión, lo que permite a cualquier lector formarse su propia convicción sobre el –en este caso, evidente– parecido de los dos modelos, o a incluir los correspondientes *links* cuando citan una fuente o trabajo accesible en internet. Las citas de sentencias en apoyo de sus posturas no son masivas ni genéricas, como tantas veces ocurre en la *praxis* judicial española, sino pocas y pertinentes. Y es elogiable que lo anterior lo consigan los citados magistrados manteniendo, simultáneamente, un excelente nivel técnico, pues no en vano nos encontramos ante tres de los más justamente afamados jueces de los Estados Unidos.

---

<sup>1</sup> Esta sentencia fue objeto de un breve comentario por parte de Antoni RUBÍ PUIG (2010). También Philip D. STACEY (2011) le dedicó un comentario –bastante crítico, por cierto.

<sup>2</sup> El informe recientemente realizado por la Comisión de expertos para la Modernización del lenguaje jurídico a instancias del Ministerio de Justicia ofrece una interesante panorámica sobre la cuestión.

Por comenzar con el más conocido, el juez Richard A. POSNER es, en palabras de la última *Justice* que ha pasado a formar parte del Tribunal Supremo norteamericano, “el más importante pensador jurídico de nuestro tiempo” (KAGAN, 2007). Se trata de uno de los padres de la escuela del análisis económico del Derecho; profesor de la Facultad de Derecho de Chicago y prolífico autor –hasta extremos difícilmente superables– de numerosas obras jurídicas sobre las más diversas cuestiones<sup>3</sup>. Habitualmente etiquetado por la prensa norteamericana como “conservador pragmático”, constituye una de las voces más inclasificables y genuinamente independientes del foro norteamericano, con opiniones controvertidas y audaces sobre temas tan variopintos como el aborto, el sexo, la adopción o el tráfico de drogas.

Por lo que se refiere a EASTERBROOK, se trata de otro eminente juez, igualmente vinculado a la Facultad de Derecho de Chicago y a la escuela del *Law and Economics*, especializado en derecho societario.

Finalmente, Diane WOOD, aunque menos conocida fuera de Estados Unidos que sus dos compañeros, fue precandidata para ocupar la última vacante del Tribunal Supremo –que finalmente fue cubierta por Elena KAGAN–, y es también profesora en la Facultad de Derecho de Chicago, si bien es conocida por tener un perfil más liberal –en el sentido norteamericano del término– que sus compañeros.

Tras la presentación de forma casi telegráfica de los miembros del Tribunal, pasaremos a analizar las cuestiones más relevantes tratadas por la sentencia que comentamos.<sup>4</sup>

### 1.3. Las cuestiones discutidas en el proceso

El objeto del procedimiento versaba sobre la interpretación que debía darse a una cláusula de no competencia incluida en un contrato de compraventa de la totalidad de las acciones de una empresa (*Martin*), regido por el Derecho francés por expreso acuerdo de las partes.

*Bodum*, sociedad matriz de la parte actora, había adquirido en 1991 una compañía francesa (*Martin*) que producía un modelo determinado de cafetera<sup>5</sup> y, tras las negociaciones correspondientes, el accionista principal de la sociedad adquirida (*Sr. De Viel Castel*) consiguió incluir una cláusula en el contrato según la cual otra de sus empresas, *Household*, radicada en el Reino Unido, podría seguir con sus actividades en el mercado de las cafeteras, siempre que tal

---

<sup>3</sup> Una excelente introducción en español a su obra es la reseña de GÓMEZ POMAR (2002) a su trabajo *Frontiers of Legal Theory*.

<sup>4</sup> Para una información más detallada sobre su perfil puede acudir a la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago: [www.law.uchicago.edu](http://www.law.uchicago.edu).

<sup>5</sup> Se trata de, al parecer, el más afamado modelo francés de cafetera, conocido como ‘*Chambord*’.

comercialización no se realizara en Francia. *Household* empezó a distribuir en Estados Unidos, por medio de su filial *La Cafetière, Inc.*, cafeteras muy similares a las comercializadas por *Bodum* en aquel país.

Según la tesis de la parte demandante, el pacto de no competencia alcanzaba a todo el mundo, con excepción del Reino Unido; por el contrario, para la parte demandada el acuerdo quedaba limitado a Francia.

La sentencia recoge de forma pormenorizada el *iter* contractual que desembocó en la firma del documento final. Inicialmente, los abogados de *Bodum* remitieron a la parte contraria un borrador de contrato en el que figuraba expresamente la prohibición para la parte vendedora de comercializar en el futuro productos similares a los fabricados hasta ese momento por la compañía que era objeto de la transmisión (*Martin*), fuera del Reino Unido. Al ser rechazada esta propuesta por el Sr. *De Viel Castel*, los abogados de *Bodum* le remitieron un nuevo borrador que modificaba muy ligeramente la prohibición de competencia incluida en el primero, por lo que esta segunda versión fue nuevamente rechazada por el accionista principal de *Household*, de manera que el texto definitivo de la cláusula incluido en el contrato fue el siguiente:

“In consideration of the compensation paid to Stockholder [Viel Castel] for the stocks of [Martin,] Stockholder guarantees, limited to the agreed compensation, see Article 2, that he shall not—for a period of four (4) years—be engaged directly or indirectly in any commercial business related to manufacturing or distributing [Martin's] products.

Notwithstanding Article 4 [Bodum Holding] agrees that Stockholder through Household can manufacture and distribute any products similar to [Martin's] products outside of France. It is expressly understood that Household (...) is not entitled, directly or indirectly, to any such activity in France, and that Household (...) furthermore is not entitled, directly or indirectly, globally to manufacture and/or distribute coffeepots under the trade marks and/or brand names of “Melior” and “Chambord,” held by [Martin]. Stockholder agrees that Household (...) is not entitled to use for a period of four (4) years the importers, distributors, and agents which [Martin] uses and/or has used the last year. Any violation of these obligations will constitute a breach of Stockholder's obligation according to Article 4.”

En definitiva, del tenor literal de la estipulación cuarta del contrato finalmente firmado se deducía con total claridad que *Household* podría vender una cafetera con el mismo diseño en todo el mundo, con excepción de Francia, siempre y cuando no usara los nombres ‘*Chambord*’ o ‘*Melior*’, y no utilizara para ello los canales habituales de suministro de *Martin* –la compañía vendida– durante el plazo de los cuatro años posteriores a la suscripción del contrato.

A pesar de ello, la demandante sostenía que la cláusula contractual controvertida debía interpretarse, no con arreglo a su tenor literal, sino de acuerdo con la –supuesta– verdadera voluntad común de las partes en el momento de su firma, de conformidad con su particular entendimiento del art. 1156 CC francés (similar, aunque no idéntico, al art. 1281 CC español), y ello aún cuando los términos del contrato fueran claros, solicitando que, conforme al derecho procesal norteamericano, esta controversia fuese sometido a un procedimiento con jurado –por

entender que citado precepto del Código Civil francés le otorgaba el derecho a que un tribunal formado por jurados examinara la misma como cuestión fáctica-, en el que la parte actora pudiera declarar qué es lo que entendía que se había realmente pactado por las partes. El accionista principal de *Bodum* sostenía que él siempre creyó que el acuerdo concertado entre las partes extendía el pacto de no competencia a todos los países del mundo con excepción del Reino Unido, y argumentaba que su versión sobre lo que efectivamente habían querido pactar realmente los contratantes debía prevalecer sobre el texto escrito del acuerdo.

El juez de distrito de Chicago consideró que los hechos no eran realmente controvertidos y que, por tanto, no era necesaria la intervención del jurado, en la medida en que la aplicación del Derecho extranjero, según el derecho procesal federal, era una *quaestio iuris* que debía ser enjuiciada por él, y no por un jurado. Asimismo, llegó a la conclusión de que la cláusula contractual de no competencia tenía unos efectos mucho más limitados que los pretendidos por el demandante, y que la interpretación defendida por la demandada (*Household*) era la correcta.

En apelación, un panel de jueces formado por EASTERBROOK (ponente), POSNER (voto particular concurrente) y WOOD (voto particular concurrente) ratificó la sentencia de instancia. Las principales cuestiones que se plantearon en apelación fueron las siguientes:

- i. Si el derecho procesal federal estadounidense permitía a los jueces que tuvieran que aplicar Derecho extranjero dar prevalencia a las traducciones oficiales y a la literatura secundaria publicada en inglés, respecto a los informes periciales aportados por las partes.
- ii. Si la interpretación de la cláusula contractual según el Derecho francés presentaba alguna cuestión fáctica controvertida que debió haber sido sometida a un proceso probatorio ante jurado.
- iii. Si la interpretación de la cláusula contractual que hizo el juez de distrito era conforme al derecho francés al que sometieron voluntariamente las partes.

## ***2. El empleo de dictámenes jurídicos, emitidos por juristas extranjeros, para ayudar al Tribunal a interpretar el Derecho foráneo***

### **2.1. La postura del Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito**

El Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito de EE.UU., por medio de su sentencia de 2 de diciembre de 2010, confirmó por unanimidad la decisión del juez de distrito –que desestimó la demanda formulada por *Bodum*–, si bien, al margen de la ponencia que expresa la opinión del Tribunal, los otros dos magistrados formularon una opinión concurrente para expresar las razones que les habían llevado a desestimar la apelación. Los tres magistrados coinciden en que los términos del contrato en cuestión no dejaban lugar a dudas sobre la voluntad de las partes y

que, ante tal claridad, era improcedente acudir a reglas interpretativas alternativas, como sugería la sociedad apelante y, por tanto, era innecesario someter los hechos a un enjuiciamiento por parte de un jurado.

Para EASTERBROOK, aunque la regla 44.1 de las Reglas Federales para el procedimiento civil disponga que los Tribunales puedan tomar en consideración el testimonio de expertos al decidir sobre cuestiones de Derecho extranjero, la norma no obliga –sólo faculta– a los jueces a hacerlo, de manera que éstos deberían acudir a las mejores fuentes de conocimiento disponibles. En efecto, dicha norma dispone –en traducción aproximada– que “a la hora de interpretar el Derecho extranjero (...) puede tomarse en consideración cualquier material o fuente relevante, incluidos dictámenes, hayan sido o no aportados por una de las partes, o sean admisibles bajo las reglas federales de prueba”. A continuación añade que la interpretación del tribunal “debe ser tratada como una cuestión jurídica” y, por lo tanto, no fáctica.

Mantiene la ponencia del Tribunal que, en determinados casos, puede ser necesaria la aportación de esos dictámenes sobre el Derecho extranjero –como ocurriría, por ejemplo, en los supuestos en los que no existen tratados sobre ese ordenamiento jurídico traducidos al inglés o en los que no exista una literatura jurídica especializada sobre el tema, disponible en dicha lengua–. A partir de ahí, el ponente expresa crudamente la razón de sus prevenciones a la hora de tener en cuenta el dictamen de juristas extranjeros contratados por las parte litigantes: sostiene que esos asesores jurídicos que emiten los informes han sido “cuidadosamente elegidos” por el litigante interesado y pagados por emitir su informe, lo que pone en cuestión la objetividad de sus conclusiones.

Frente a ello, y tratándose, en el caso examinado, de la interpretación del Derecho francés, y existiendo numerosas traducciones –incluso oficiales–, de las leyes francesas y una abundante literatura jurídica traducida al inglés sobre cómo debe ser interpretado, entiende EASTERBROOK que esa doctrina académica constituye una fuente de conocimiento más objetiva y segura para los jueces.

POSNER, a continuación, muestra su conformidad con la opinión de EASTERBROOK, y afirma ser igualmente reacio a utilizar los informes aportados por los litigantes sobre el significado e interpretación de una Ley extranjera. Así, en su voto concurrente, POSNER afirma que:

“Los abogados que declaran sobre el significado de una ley extranjera, ya sean abogados o profesores, son pagados por emitir esas declaraciones y seleccionados sobre la base de la convergencia de su punto de vista con la posición litigante del cliente, o por su disposición a aceptar los puntos de vista expuestos por su cliente. Esos son los lastres de las declaraciones de los expertos. Cuando el objeto del dictamen se refiere a materias científicas o técnicas sería razonable esperar que un juez no las resolviera sin la ayuda de esos dictámenes. Pero los jueces son expertos en la Ley y hay abundante material publicado, en forma de tratados, artículos de revistas jurídicas, normas, y sentencias, todo ello en inglés (...).”

Nuevamente, y retomando la argumentación de EASTERBROOK, POSNER señala que sólo sería excusable la utilización de esos dictámenes cuando la Ley extranjera perteneciera a un país con un sistema legal oscuro o pobremente desarrollado, sobre el que no existiera ningún tipo de



literatura jurídica a la que el juez pudiera acudir, siendo obvio que el sistema legal francés no pertenece, precisamente, a esa categoría. En unas reflexiones no exentas de ironía, POSNER afirma que la mayoría de los norteamericanos –incluidos los considerados tradicionalmente como “cultos”–, no hablan ningún idioma distinto del inglés, como consecuencia de haberse transformado éste en la *lingua franca* de nuestro tiempo. Sin embargo, POSNER advierte que el “provincianismo lingüístico” no debe servir de excusa para dar cobijo al “provincianismo intelectual”, poniendo énfasis en que los jueces son expertos en Derecho –en su más amplia acepción–, por lo que se hallan en las mejores condiciones para analizar y entender los instrumentos auxiliares en la interpretación de las normas extranjeras. No es la primera vez que POSNER se pronunciaba en términos semejantes. En su ponencia del caso *Sunstar, Inc. v. Alberto-Culver Co.*, 586 F.3d. 487,495-96 (7th Cir. 2009) urgía a los jueces de distrito a tomar en consideración “fuentes superiores” a los dictámenes elaborados por juristas aportados por los litigantes para formar su criterio sobre una norma extranjera, entendiendo por tales tratados, la jurisprudencia del país de origen o artículos doctrinales.

Finalmente, la magistrada WOOD, en su voto también concurrente en cuanto a la decisión de desestimar la apelación –al compartir el criterio del resto de miembros del Tribunal en el sentido de que la cláusula en discordia había sido correctamente interpretada por el juez de distrito–, discrepa de sus compañeros al proclamar que siempre es recomendable la toma en consideración de los dictámenes emitidos por juristas extranjeros a petición de las partes, puesto que esa prueba puede ser provechosa para el tribunal, que podrá estar seguro de haber entendido la traducción de la norma adecuadamente, – no incurriendo en el clásico error de las expresiones conocidas como “falsos amigos” – o no haber comprendido en su integridad una previsión legal extranjera o su más correcta inteligencia.

A continuación, WOOD sostiene que, habitualmente, los expertos que emiten los dictámenes a petición de las partes son los autores de los tratados más relevantes en los países de origen, destacando que, en muchos lugares, el ámbito académico está muy separado de la práctica de la abogacía, de manera que sus trabajos suelen ser excesivamente teóricos y ajenos a la realidad del día a día de la aplicación práctica de Ley.

Esta cuestión dista mucho de ser pacífica en la jurisprudencia norteamericana, ya que otros Tribunales se han pronunciado en sentido opuesto al criterio defendido por EASTERBROOK y POSNER, y en línea con lo afirmado por la juez WOOD. Son ilustrativas a este respecto la sentencia del caso *Northrop Grumman Ship Sys., Inc. v. Ministry of Def. of Republic of Venez*, 575 F.3d 491 (5th Cir. 2009) –fundamentando su decisión en traducciones al inglés de las normas extranjeras

---

<sup>6</sup> Un falso amigo es una palabra de otros idiomas que se parece, en la escritura o en la pronunciación, a una palabra en la lengua materna del hablante, pero que tiene un significado diferente. El propio término “falso amigo” fue un calco del francés “*faux-ami*” y fue usado por primera vez por KOESSLER y DEROCQUIGNY en su libro *Les faux-amis ou les trahisons du vocabulaire anglais* (‘Los falsos amigos o las traiciones del vocabulario inglés’), publicado en 1928. Por lo que se refiere al peligro de los “falsos amigos” en las traducciones jurídicas, véase el trabajo de STACEY (2011, pp. 491 y ss.).

aplicables y en dictámenes jurídicos explicando el contenido y significado de las mismas-; la sentencia del caso *Jinro Am.*, 266 F.3d at 1000 (“[A]lthough pursuant to Rule 44.1, courts may ascertain foreign law through numerous means, expert testimony accompanied by extracts from foreign legal materials has been and will likely continue to be the basic mode of proving foreign law.”) –con cita, a su vez, de la sentencia del caso *Universe Sales Co. v. Silver Castle, Ltd.*, 182 F.3d 1036 (9th Cir. 1999)-; o, finalmente, la sentencia del caso *Curley v. AMR Corp.*, 153 F.3d. 5, 13 (2nd Cir. 1998): “We urge district courts [in the Second Circuit] to invoke the flexible provisions of Rule 44.1 to determine issues relating to the law of foreign nations.”.

Por el contrario, y en la misma línea defendida por POSNER y EASTERBROOK, el *Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito*, en el caso *Carlisle Ventures, Inc. v. Banco Español de Crédito*, 176 F.3d 601, 604 (2nd Cir. 1999), rechazó la utilización de un dictamen elaborado por un abogado foráneo sobre la interpretación de la norma extranjera aplicable como medio probatorio –en concreto, del derecho español-, ante la ausencia de referencias en su dictamen a la jurisprudencia interpretativa española dictada sobre esa norma, lo que impedía al tribunal norteamericano hacerse una idea adecuada de la forma en que era interpretada por los jueces españoles:

“The Spanish law evidence cited by the district court—the affidavit of B. C., a prominent Spanish attorney and former law professor—provides only very limited support for this measure of damages, as B.C’ declaration cites no cases or legal authority to support his construction of [Spanish Law].”

## 2.2. La prueba del Derecho extranjero en el Ordenamiento jurídico español

### 2.2.1. La naturaleza procesal del Derecho extranjero

Haciendo un alto en el análisis de la sentencia, examinaremos ahora qué respuesta ofrece el Ordenamiento jurídico español a estas posturas enfrentadas.

Habremos de acudir, en primer lugar, al segundo párrafo del art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8.1.2000) –en adelante, LEC-, que exige (a quien alegue su aplicación) la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo otorgó un tratamiento procesal al Derecho extranjero como “hecho procesal”, en consonancia con la tendencia dominante entonces en la mayoría de los países de nuestro entorno. Como tal, el Derecho extranjero debía ser alegado y probado por las partes, sin excepción alguna. Este es el modelo que tradicionalmente han seguido los países anglosajones (Reino Unido: decisión de Lord Mansfield de 1774, caso *Mostyn v. Fabregas*; Estados Unidos: decisión del Tribunal Supremo, caso *Church v. Hubbart*, 6 U.S. 2 Cranch 187, 1804), y que el Tribunal Supremo Español acogió en el siglo XIX (STS de 21.6.1864 o 13.1.1885).

En aquellos países que cuentan con una sociedad fuertemente internacionalizada, los casos de aplicación del Derecho extranjero serán muy frecuentes y, en tal caso, es razonable que el Estado asuma el coste de la prueba de ese Derecho: contar con un sistema de aplicación de oficio del Derecho extranjero simplifica las cosas y reduce los costes (CALVO y CARRASCOSA, 1999). Por tal

razón, en algunos países como Alemania o Suiza, que cuentan con millones de ciudadanos extranjeros que habitan en su territorio, se han creado institutos oficiales de investigación que proporcionan a los tribunales nacionales la información sobre el contenido del Derecho extranjero. Bajo este esquema de funcionamiento, la prueba del Derecho extranjero no supone una carga pesada para la judicatura.

Por el contrario, en países como el nuestro, en los que la aplicación del Derecho extranjero no era frecuente –al menos hasta fechas recientes–, atribuir la carga de la acreditación de ese Derecho a los magistrados españoles en todos los casos no era razonable ni eficiente, por lo que el principio general debía ser que las partes proporcionaran al juez el contenido del Derecho extranjero, sin perjuicio de que existan puntuales excepciones a esa regla general.

Sin embargo, y ya ha entrado el siglo XX, este sistema puro que equiparaba el Derecho extranjero a los hechos procesales fue objeto de corrección en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos desarrollados, siendo buena prueba de ello la anteriormente transcrita regla 44.1 de las reglas federales para el procedimiento civil, promulgada en 1966. En esta línea se enmarcan también las previsiones de la LEC vigente.

La actual regulación incluida en la LEC sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero se articula sobre tres grandes principios:

- a) La imperatividad de las normas de conflicto;
- b) El principio dispositivo que vertebra el proceso civil;
- c) Un sistema flexible de prueba del Derecho extranjero, que a veces corresponde a las partes, y a veces al Juez.

Los arts. 281 y 282 LEC dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta, siendo censurable que no especifique en qué supuestos deberá ser las partes las que prueben ese Derecho, y en qué otros deberá –o podrá– hacerlo el órgano judicial de oficio. El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de su prueba, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos los casos, probar el Derecho extranjero<sup>7</sup>. Así, debemos distinguir varios supuestos:

---

<sup>7</sup> Este sistema mixto es el actualmente vigente en EE.UU., como consecuencia de la interpretación que sus tribunales hacen de la regla 44.1 de las *federal rules* antes transcrita. Así, asumiendo la máxima de que, como principio general, habrán de ser los litigantes quienes prueben el Derecho extranjero, la sentencia del caso *Bel-Ray Co. v. Chemrite Ltd.*, 181 F.3d 435, 440 (3rd Cir. 1999) afirmó que “the parties (...) generally carry (...) the burden of adequately proving foreign law to enable court to apply it in a particular case”. Y proclamando la posibilidad de que los jueces hagan una investigación adicional de oficio sobre la interpretación de la norma extranjera aplicable, la sentencia del caso *Batrak v. Mitsubishi Motors Corp.*, 1998 WL 307383 (S.D.N.Y. 1998): “[F]oreign law should be argued and briefed like domestic law. As with domestic law, judges may rely on both their own research and the evidence submitted by the parties to determine foreign law”. Yendo más allá, la sentencia *Curley v. AMR Corp.*, 153 F.3d, 5,13 (2nd Cir. 1998) declaró que el juez de distrito debería haber indagado de oficio sobre el contenido del Derecho mejicano aplicable, ante la insuficiencia de los medios probatorios aportados por las partes.

- i) Hay normas de conflicto que exigen, para su correcta aplicación, una acreditación de oficio del Derecho extranjero, como son, por ejemplo, las normas de conflicto materialmente orientadas (el legislador persigue un determinado resultado que pueda necesitar forzosamente la prueba del Derecho extranjero: protección del menor, acreedor de alimentos, etc.).
- ii) Otras normas de conflicto, por el contrario, ofrecen tutela judicial al demandante siempre que éste pruebe el Derecho extranjero, ya que en tal supuesto no existe un interés general en que el caso se regule por una norma extranjera. En estos casos, la parte sabe que, si quiere tutela judicial, debe pedirla con base al derecho foráneo, cuya acreditación le corresponde<sup>8</sup>.
- iii) Fuera de los casos anteriores, se aplicará la regla general del principio dispositivo y las partes deberá probar el Derecho extranjero, funcionando el indicado principio con toda su intensidad<sup>9</sup>.
- iv) Sin embargo, en algunos casos las partes, aunque recaiga sobre ellas la carga de la prueba del Derecho Extranjero, por sí solas no pueden –aunque quieran– probar su contenido y necesitan del auxilio judicial. En relación a estos casos es preciso recordar el contenido de la relevante STC, 1ª, 17.1.2000 (RTC 2000/10; MP: *María Emilia Casas Baamonde*). Con arreglo a la doctrina fijada en la indicada sentencia, la facultad de intervención del juez está revestida, en estos casos, de trascendencia constitucional: su no intervención causaría una lesión de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Para el Tribunal Constitucional, las partes, en estos supuestos, tienen la *carga subjetiva* de la prueba del Derecho extranjero –lo deben intentar de buena fe–, pero no una *carga objetiva*, de manera que si no lo consiguen el Tribunal debe ayudar a las partes a conseguir su acreditación: y si la Ley le faculta expresamente para ello (art. 281.2 LEC), debe hacerlo, so pena de vulnerar, en caso contrario, el derecho a la tutela judicial efectiva del litigante perjudicado por su pasividad.

A resultas de lo anterior, debe ponerse en cuestión la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo que equipara –más por fruto de la inercia histórica que como consecuencia de una toma de postura reflexiva– sin matices el Derecho extranjero a los hechos procesales, lo que nos lleva a preguntarnos por su verdadera naturaleza.

La resolución judicial española que con mayor detenimiento se ha ocupado de examinar la naturaleza de la prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento español, así como de los

---

<sup>8</sup> Ello ocurre cuando la norma de conflicto que designa el Derecho extranjero aplicable lo hace con independencia, a priori, de su contenido material: divorcio (art. 107.1 CC), sucesiones (art.9.8 CC), capacidad de la persona (art 9.1. CC), etc.

<sup>9</sup> En estos supuestos, la falta de acreditación del Derecho extranjero aplicable determinará que el juez falle con arreglo al Derecho español (STS, Civil, 11.5.1989 [RJ 1989\3758; MP: *Ramón López Vilas*]). Por el contrario, para CALVO y CARRASCOSA (1999, pp. 294 y ss.) el órgano judicial, en estos casos, deberá desestimar la demanda.

problemas procesales que plantea, es la SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, 15.7.2002 (JUR 2002\245265; MP: Santiago Oliver Barceló):

“El apartado II del art. 12.6 confirma una línea jurisprudencial anterior que imponía la carga de la prueba a la parte interesada a la vez que resaltaba el carácter pasivo del Juez STS 9-I-36, y 16. XII-60). Respecto a la labor de éste último se ha suscitado una cierta polémica en torno a la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y, *novit curia* en este ámbito concreto. Dicha polémica ha encontrado cierto reflejo en la jurisprudencia (STS 16-X.40, 14.-XIII.40, 30 VI-62 y 4-VI-64 frente a la posición dominante reflejada en SS 13-I-1885, I-II-34, 6-VI-60, 5-XI-71.), pues de la consideración del Derecho extranjero como verdadero Derecho o de la estimación del mismo como simple hecho, va a depender en gran medida el tratamiento procesal de dichas normas. Si se considera Derecho Extranjero, a efectos procesales, un hecho, corresponderá a las partes su prueba, pero si, por el contrario le atribuimos valor normativo, caerá bajo el principio *iura novit curia*. Los distintos sistemas han adoptado soluciones diversas al problema: en unos atribuye al Juez un papel limitado en el conocimiento del Derecho extranjero, en otros, por el contrario, existe una tendencia marcada hacia la determinación *ex officio iuris* de tal ordenamiento. No obstante, la posición dominante, que se refleja en el art. 12.6.II CC, entiende que esta particular función debe llevarse a cabo a través de una colaboración entre Juez y las partes. En concreto, los interesados deben alegar la normativa extranjera que estimen aplicable al supuesto, pero si el Juez conoce el contenido del Derecho extranjero debe darle aplicación.”

En ningún caso cabe calificar a este Derecho como un *hecho notorio*, que lo eximiría de prueba, y tampoco como un hecho admitido, esto es, no controvertido por las partes en los procesos regidos por el principio dispositivo (art. 281.3 LEC). Esta disposición no alcanza al Derecho extranjero, sino tan solo a los hechos procesales en sentido estricto. Y el Derecho foráneo no participa de esa naturaleza, constituyendo una especie de *tertium genus*, dado que, sin ser un hecho procesal, habrá de ser acreditado, por lo general, por las partes; y siendo Derecho, no cabe exigir su conocimiento por parte del órgano judicial, pues no es de aplicación en este caso la presunción *iura novit curia*. A nuestro juicio, y discrepando en este punto de la tesis de CALVO y CARRASCOSA (1999, pp. 298), la práctica de la prueba sobre el Derecho extranjero debe admitirse únicamente en la primera instancia y dentro del periodo probatorio correspondiente, sin que sea admisible la práctica de la prueba en segunda instancia e incluso en casación o en el recurso extraordinario por infracción procesal.

No hay razón dogmática alguna de peso para no someter la acreditación de las normas extranjeras a las reglas generales para la aportación de pruebas por las partes, por mucho que el Derecho extranjero no sea un hecho procesal, ya que lo contrario podría generar no sólo situaciones de indefensión para los litigantes, sino el dictado de resoluciones judiciales incongruentes con las de grados inferiores, al no contar con el mismo material probatorio sobre el Derecho extranjero aplicable.

### 2.2.2. El objeto de la prueba del Derecho extranjero

El art. 281 LEC, de manera poco afortunada, tan solo se refiere a la prueba de su contenido y vigencia, si bien es evidente que esos datos no son suficientes para que el juez español falle del modo más aproximado a como lo haría un órgano jurisdiccional del estado extranjero, que es, en definitiva, de lo que se trata. La STS, Civil, Secc. 1ª, 24.6.2010 (RJ 2010\5410; MP: *Rafael Gimeno-Bayón Cobos*) lo señala de forma explícita:

“4) No cabe confundir la prueba de ‘legislación’ vigente en un determinado territorio, con la prueba ‘del derecho’ aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *Common Law*.”

De no aceptarse esta tesis sobre la necesidad de acreditar también la forma de interpretar correctamente las normas extranjeras en discusión y su aplicabilidad a la cuestión controvertida, se podría aplicar erróneamente el Derecho extranjero, siguiendo, por ejemplo, una línea interpretativa que no apliquen en la actualidad los tribunales del país de origen. Por ello, en relación al Derecho extranjero deberán ser objeto de prueba los siguientes extremos:

- a) Contenido y existencia cierta del Derecho extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras;
- b) Vigencia del Derecho extranjero: su condición de derecho positivo vigente;
- c) Interpretación concreta de los preceptos aplicables del Derecho extranjero, incluyendo, en su caso, la prueba del criterio jurisprudencial seguido en el estado cuya Ley es aplicable;
- d) Aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto.

La SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, 15.7.2002 (JUR 2002\245265; MP: *Santiago Oliver Barceló*) también se refiere a esta cuestión:

“Respecto al contenido de la alegación no dice nada el art. 12.6 CC. No obstante la regla judicial acuñada establece que quien invoca el Derecho extranjero debe acreditar en juicio: a) la existencia de la legislación que solicita, b) la vigencia de la misma, y c) su aplicación al caso litigioso. (...) Si nos atenemos a las declaraciones jurisprudenciales, los pronunciamientos del Tribunal Supremo en el último siglo pueden encontrarse resumidos en los párrafos de STS de 15 de marzo de 1984 cuando dice:

‘no se debe olvidar que nuestra jurisprudencia respecto a la aplicación de la ley extranjera, cuando proceda, ha proclamado que la ley extranjera, como hecho que es, deberá ser alegado y probado por la parte que la invoque -SS de 1 febrero de 1934 (RJ 1934/227), 4 diciembre de 1935 / RJ 1935/2321 (y 9 enero de 1936 (RJ 1936/49), que la cita aislada de artículos de códigos extranjeros no es suficiente para justificar la obligación en ellos determinada, siendo insuficiente la citada aislada del Código vigente en país extranjero, cuya exégesis no incumbe a los tribunales españoles, ya que es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas vigentes, sino su alcance e interpretación por los respectivos tribunales -S de 30 de junio de 1962 /RJ 1962 (3322) -, y que hay

que probar el derecho extranjero con certificación legalizada del Consulado y aclarado su concepto por dos juristas de esa nacionalidad -S de 28 de octubre de 1968 (RJ 1968/4850) -.'

O como declara la STS de 7 de septiembre de 1990, repitiendo dichos argumentos de manera más sintética, pero además añadiendo al final la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero:

'La aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente; constituyendo práctica reiterada, la que determina que, cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio, sentencias 28 de octubre de 1968 (RJ 1968/4850, 4 de octubre de 1982 (RJ 1982/5537), 15 de marzo de 1984 (RJ 1984/1574), 12 de enero y 11 de mayo de 1989 (RJ 1989/100 y RJ 1989/3758)'. Se insiste en que el art. 12.6 del Código Civil, dice: "Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español."

### 2.2.3. Los medios de prueba idóneos para acreditar el Derecho extranjero

Por lo que se refiere a los medios probatorios para acreditar esos extremos, la STS, Civil, Secc. 1ª, 24.6.2010 (RJ 2010\5410; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) constituye un adecuado punto de partida:

"5) En relación con los medios de prueba del derecho extranjero, la referida sentencia de 4 de julio de 2006 pone de relieve la posibilidad de utilizar 'todos los medios de prueba a su alcance', enumerando entre ellos a los siguientes: a) documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones, aunque esta prueba sólo se limita al texto de la norma vigente, pero elude su interpretación muy necesaria en cualquier litigio; b) 'mediante testimonio conforme de dos jurisconsultos del país respectivo aportado por los autos' (sentencia de 3 febrero 1975, aunque la de 9 noviembre 1984 entendió que las conclusiones de los jurisconsultos no son vinculantes), lo que resulta perfectamente admisible en virtud del propio artículo 12.6 CC. Pero en este punto, el artículo 12.6.II CC admite que el Juez utilice sus propios conocimientos, aunque nunca podrá suplir la prueba del derecho extranjero, sino que podrá recabar de las partes que se le aporten los documentos correspondientes. Así la sentencia de 17 marzo 1992 señala que 'no obstante la conveniencia de practicarla para mayor ilustración del órgano jurisdiccional, puede ser conocido y aplicado de oficio por el órgano jurisdiccional o simplemente acreditado por medio de la aportación de las fotocopias de la Gazetta ufficiale, como ha ocurrido en el presente caso'".

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo transcrita, a la hora de ilustrar al órgano judicial sobre la interpretación que debe darse a determinada norma, los litigantes pueden acudir a cualquier medio de prueba a su alcance, sin limitación alguna, mencionándose, sin carácter exhaustivo, la forma más habitual de hacerlo: la aportación de dictámenes coincidentes de dos juristas del país de que se trate<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Otro medio de prueba que podría ayudar al litigante interesado en acreditar la bondad de una concreta interpretación de una norma extranjera sería la aportación, como prueba documental, de trabajos doctrinales o de

El Alto Tribunal se cuida de matizar que la interpretación de esos juristas extranjeros no vincula al órgano judicial a la hora de resolver la *litis*. Ahora bien, al ser por regla general la posibilidad de realizar indagaciones de oficio de una facultad, y no una obligación, de los Tribunales, de no aportarse el o los dictámenes jurídicos por alguno de los litigantes, se corre el riesgo de que el órgano judicial se limite a seguir las conclusiones del informe o testimonio aportado por la contraparte, como consecuencia de esa asimetría probatoria.

El art. 281.2 LEC faculta al Tribunal para utilizar también los mecanismos de acreditación del Derecho extranjero previstos en ciertos Convenios internacionales que se ocupan de la cuestión, como el Convenio Europeo hecho en Londres, de 7 de junio de 1968, sobre información del Derecho extranjero, completado por el Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, la Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, así como ciertos Convenios bilaterales que obligan a España y prevén denominadas medidas de intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Debe igualmente destacarse que los Tribunales solicitan frecuentemente información en estos casos a la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia (a modo de ejemplo, en 1998 se cursaron más de 600 peticiones de información sobre el contenido de leyes extranjeras; CALVO y CARRASCOSA (1999, pp. 296).

La anteriormente mencionada SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, 15.7. 2002 (JUR 2002\245265; MP: Santiago Oliver Barceló) también identifica los medios probatorios más aptos para esta acreditación: "La prueba documental se revela como imprescindible y puede concretarse a través de certificaciones expedidas: a) por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia; b) por diplomáticos o cónsules acreditados en el país cuyo Derecho pretende probarse; c) por diplomáticos o cónsules del país en cuestión acreditados en España. No obstante tal certificación puede considerarse insuficiente (STS 3-II-73) por no detallar los extremos de 'existencias', y 'aplicación' referidos. De ahí que se suela exigir, además, el testimonio conforme de dos jurisconsultos del país extranjero en cuestión (STS 25-II-26, 30-III-28, 12-XII-35, 30-VI-62). La eventual colaboración del Juez con las partes se instrumentaba a través de la facultad que le confería el art. 340 LEC (diligencias para mejor proveer); si bien su empleo ha sido matizado por el TS en el sentido de declarar esta posibilidad como meramente potestativa y, por tanto, no revisable en casación (STS 12-II-73). Se trata de medidas complementarias o ampliatorias, pero nunca pueden sustituir la actuación de las partes."

La jurisprudencia española no rechaza que el tribunal pueda instruirse sobre el contenido del Derecho extranjero mediante su conocimiento privado (*private Wissen*) de la Ley extranjera<sup>11</sup>. Ahora bien, entendemos que en tal caso el juez o tribunal deberá señalar en su resolución cuales

---

la jurisprudencia dictada por los Tribunales del país autor de la norma -con la preceptiva traducción al castellano, en ambos casos-.

<sup>11</sup> Es el caso de la STS, Civil, 17.3.1992 (RJ 1992\2195; MP: José Almagro Nosete), en relación al derecho italiano. También lo admite la jurisprudencia norteamericana (caso *Batruk v. Mitsubishi Motors Corp.*, 1998 WL 307383 [S.D.N.Y. 1998]).



han sido las fuentes a las que ha acudido para obtener ese conocimiento adicional sobre la interpretación más adecuada de las normas extranjeras – de la misma forma que, por cierto, hacen los miembros del Tribunal de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en la sentencia objeto del presente comentario–, de manera que las partes tengan ocasión de analizar igualmente esos medios empleados y, en su caso, de discutir su correcto entendimiento por parte del órgano judicial en sucesivas instancias.

Llegados a este punto, y sin desdeñar las prevenciones de EASTERBROOK y POSNER sobre la independencia y objetividad de los jurisconsultos, estimamos que dicho testimonio debe seguir siendo considerado como un elemento interpretativo de las normas extranjeras, puesto que iguales reproches podrían hacerse de los informes periciales que, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, pueden acompañarse a la demanda y a la contestación –sin perjuicio de la facultad de las partes de solicitar en sus escritos rectores al Juez la insaculación de un perito–, y que son encargados directamente por el cliente al perito en cuestión (y pagados), y no a través del Juzgado. También en este caso es obvio que el litigante escoge un profesional dispuesto a ofrecer unas conclusiones coincidentes con las de su cliente –en caso contrario, no encargaría el informe o no lo aportaría–, y no por ello se excluye su valor probatorio.

Ahora bien, tampoco debemos olvidar que la LEC permite a la contraparte poner de manifiesto al juez la concurrencia de una serie de causas legalmente tasadas que pueden condicionar la imparcialidad del perito escogido por la adversa –causas de tacha– y, además, exige que presten juramento o promesa de que han actuado con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer, como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (art. 335.2 LEC), pudiendo el citado perito incurrir en un delito de falso testimonio si no cumpliera con dicha obligación.

Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige ningún tipo de requisito formal específico al testimonio de los jurisconsultos extranjeros –por lo que no existen garantías, siquiera formales, sobre su imparcialidad–, y parece darle un tratamiento más próximo a la prueba documental, que a la pericial.

Nada impide, sin embargo, que las partes faciliten al órgano judicial español el acceso a la doctrina más autorizada y la jurisprudencia del país de origen, mediante la aportación –también como prueba documental–, de traducciones al español de esos trabajos o sentencias. Un método probatorio menos habitual hasta ahora que el de los informes de los jurisconsultos, pero que en modo alguno debe desdeñarse (si bien con la necesaria mención en la sentencia –insistimos–, a las fuentes concretas utilizadas, para permitir así el control de los razonamientos jurídicos e interpretativos del juez y evitar cualquier riesgo de arbitrariedad). La facilidad de acceso a la información –y de contraste de la misma– que permite a los jueces la revolución tecnológica que ha supuesto Internet, debe moverles a desterrar caducos hábitos decimonónicos, y exige una actitud activa por parte del órgano judicial –y de los litigantes– en la búsqueda de la correcta

interpretación de la norma extranjera<sup>12</sup>, tal y como exige la STC, 1ª, 17.1.2000 (RTC 2000/10; MP: *María Emilia Casas Baamonde*).

La progresiva sofisticación de las reglamentaciones contractuales privadas, inherente al desarrollo de la economía de mercado, debe llevar aparejada la correspondiente optimización de los medios empleados por los tribunales de Justicia para conocer el verdadero sentido de las normas extranjeras por las que las partes han decidido regirse.

#### 2.2.4. El recurso de casación basado en la infracción de normas extranjeras

Ya hemos visto que, en la actualidad, el Derecho extranjero constituye una figura mixta fáctico-jurídica que excede de los contornos del hecho procesal, por lo que su incorrecta aplicación por los tribunales de instancia deberá corregirse tomando en consideración su especial naturaleza.

Si bien inicialmente el Tribunal Supremo entendía que esta cuestión sólo podía acceder a la (antigua) casación mediante la denuncia de la infracción procesal de las normas reguladoras de los medios de prueba –como cuestión fáctica–, la más reciente jurisprudencia entiende, acertadamente, que las normas del Derecho extranjero –si han sido acreditadas en el proceso– son susceptibles de fundamentar el recurso de casación (obviamente, por vulneración del derecho sustantivo aplicable, ya que las cuestiones probatorias no puede ser tratadas en el recurso de casación, sino en el extraordinario por infracción procesal). Como afirma la STS, Civil, Secc. 1ª, 4.7.2006 (RJ 2006/6080; MP: *Encarnación Roca Trías*), “cuando se ha demostrado al juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en ‘la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate’ y en este caso, el aplicable es derecho extranjero y no derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> No le falta razón a GÓMEZ POMAR cuanto afirma que “sin duda POSNER tiene razón en que un juez despierto y experto (él lo es, y mucho) puede hacerse una idea del sentido de una determinada cuestión de un derecho extranjero no demasiado alejado cultural o lingüísticamente del propio, a base de la información y opiniones publicadas. Pero creo que ‘hacerse una idea’ es algo que queda muy, muy lejos de lo que las partes –al menos, si son contratantes sofisticados, como lo eran en este caso– esperan cuando deciden remitir el régimen jurídico de su contrato a un cierto derecho aplicable: normalmente desearán todos los matices y detalles de ese sistema jurídico rigiendo su acuerdo, no un vago espectro o remedo del mismo, aunque sea posneriano” (comentario a Antoni RUBÍ PUIG [2010]). Que esos matices jurídicos sean más fácilmente apreciables por medio de informes encargados *ad hoc* por las partes a juristas de su confianza, que a través de la literatura jurídica original e incluso de la jurisprudencia del país de origen, es mucho más discutible.

<sup>13</sup> Esta STS apunta esa doble posibilidad de impugnar ante el Tribunal Supremo la aplicación de las normas extranjeras. En un primer estadio, y a través del recurso extraordinario por infracción procesal, podrían ponerse

En definitiva, cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal en caso de un error patente por la Audiencia Provincial en la valoración de un medio probatorio concreto del Derecho extranjero (STS, Civil, Secc. 1ª, 23.3.2009 [RJ 2010\2417; MP: José Antonio Seijas Quintana]), por la vía del art. 469.1.4º LEC; y, adicionalmente, cabrá recurso de casación si el Derecho extranjero aplicable, a pesar de haber sido debidamente probado en la instancia, ha sido aplicado de forma incorrecta por el tribunal de apelación.

Únicamente será viable el acceso al recurso de casación si la cuantía del proceso excede de 600.000€ conforme al art. 477.1.2º LEC, ya que no sería posible la vía de acceso del interés casacional. Y ello porque, en primer lugar, el apartado tercero del art. 477 LEC identifica el interés casacional con la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo o con la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Supremo que cuando dicta sentencia resolviendo un pleito en base al Derecho extranjero la doctrina dimanante de ellas no puede calificarse como jurisprudencia en sentido estricto. Así lo afirma la STS, Civil, Secc. 1ª, 4.7.2006 (RJ 2006\6080; MP: Encarnación Roca Trías) cuando declara que “la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no debe ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 1.6 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas”.

De lo anterior se infiere que, sin perjuicio del valor inherente a la *auctoritas* de cualquier resolución que dicta el Tribunal Supremo, la doctrina que pudiera fijar en la interpretación de normas extranjeras no constituye jurisprudencia en sentido estricto, por lo que no cabría la interposición de un recurso de casación por la vía del interés casacional si esa doctrina, de existir, fuera vulnerada por los tribunales de instancia. Para agotar la cuestión, podría plantearse, en hipótesis, la posibilidad de que cupiera recurso de casación en esta modalidad al amparo del art. 477.3 LEC, en relación a la sentencias dictadas por Audiencia Provinciales que apliquen normas extranjeras que no lleven más de cinco años en vigor. Sin embargo, ese artículo, a continuación, dispone que para que la sentencia sea recurrible en casación será preciso que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas de igual o similar contenido; circunstancia que no puede darse pues, como acabamos de reseñar, la doctrina emanada de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo interpretando normas extranjeras no tiene la condición de jurisprudencia en sentido propio.

---

en tela de juicio los elementos fácticos relativos a la acreditación en la instancia de ese Derecho; y, una vez suficientemente acreditado ante tribunal de instancia cuál es el Derecho extranjero aplicable, cabría la interposición del recurso de casación por infracción de la norma jurídica extranjera de que se trate.

### ***3. Interpretación de la voluntad contractual y su incidencia en los procedimientos probatorios civiles en Francia y en EE.UU.***

Otras de las cuestiones analizadas por la sentencia de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito es si la interpretación de la cláusula contractual según el Derecho francés presentaba alguna cuestión fáctica realmente controvertida que justificara –tal y como pedía la recurrente– ser sometida a un proceso probatorio ante jurado, pues como ya hemos visto la regla 44 .1 de las normas federales conceptúa las controversias sobre el Derecho extranjero aplicable como cuestiones jurídicas a resolver por el juez de distrito, y no por un jurado.

Como ya hemos señalado con anterioridad, la pretensión de *Bodum*, desestimada por el juez de distrito, es que se declarara su derecho a un procedimiento ante el jurado en el que se le permitiera declarar sobre la intención real de las partes que, según este litigante, no se reflejó fielmente en el contrato escrito. Precisamente por la preceptiva aplicación del derecho sustantivo francés para resolver la controversia con arreglo a la cláusula de sumisión a ese derecho pactada por las partes, *Bodum* fundamentaba su petición en que el art. 1156 CC francés sostiene que, a la hora de interpretar un contrato, el intérprete debe guiarse por la intención común de las partes, más que por la literalidad de sus cláusulas. Como señala POSNER “[t]he civil law culture is the basis for the plaintiff’s claim to be entitled to a trial at which to present evidence that its contract with the defendant was intended to mean something different from what it says”.

El voto particular concurrente del juez POSNER acusa a la demandante de pretender crear, en un claro ejemplo de *forum shopping*, un rechazable híbrido entre el derecho procesal norteamericano y el derecho sustantivo francés, para obtener así una resolución favorable a sus intereses “hecha a su medida<sup>14</sup>”. POSNER realiza un análisis comparativo de los medios probatorios que puedan emplearse en Francia y EE.UU. para investigar cuál fue la voluntad real de las partes contratantes. A su juicio, la ausencia de reglas que excluyan determinados elementos probatorios en el derecho procesal francés –cuando se trata de contratos mercantiles– obedece al hecho de que estas controversias no sean resueltas por un jurado, sino por jueces profesionales: “[U]nburdened by juries and tight rules of evidence, French courts could range further afield than American courts in search of subjective contractual intentions<sup>15</sup>”.

---

<sup>14</sup> “The plaintiff in our case wants to marry French substantive doctrine that might appear to permit a more far-ranging evidentiary exploration in a contract case to American trial procedure, which permits a far-ranging evidentiary exploration in many types of case but not in cases charging a breach of a clear written contract. The marriage has produced an ungainly hybrid that corresponds neither to French law nor to American law.”

<sup>15</sup> “This gap in French commercial law has little practical significance, however, because it mainly reflects the fact that civil law systems do not use juries in civil cases. As a result, their rules on admissibility of evidence are notably looser than in common law jurisdictions.”

De hecho, EASTERBROOK en su ponencia deja constancia de que, con arreglo al convenio arbitral contenido en el contrato suscrito por los litigantes, en Francia hubiera sido una Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París la encargada de resolver la cuestión. POSNER, sin embargo, hace referencia a los *Tribunaux de commerce* franceses –los órganos hipotéticamente encargados de resolver esta controversia, en ausencia de convenio arbitral o en caso de renuncia por las partes al mismo–; tribunales conformados por comerciantes legos en Derecho, que realizan estas labores jurisdiccionales a tiempo parcial.

Por el contrario, en EE.UU., al poder ser las cuestiones fácticas civiles objeto de análisis por un jurado, el legislador federal ha establecido toda una serie de reglas que excluyen determinados elementos probatorios con el fin de prevenir un fallo equivocado por parte del jurado. Por tal razón, la legislación procesal francesa, a diferencia de la norteamericana, no contiene reglas restrictivas sobre la aportación de la denominada *parole evidence* (prueba sobre el contenido de las negociaciones precontractuales), cuando se trata de controversias de naturaleza mercantil<sup>16</sup>.

Existe una tendencia creciente en la doctrina procesalista norteamericana que aboga por eliminar esas reglas probatorias exclusivamente aplicables a los jurados (el gráficamente denominado *Free Law Movement*), por entender que las facultades cognitivas de los miembros del jurado, a la hora de resolver cuestiones fácticas, no son inferiores que las de los jueces profesionales. Esas reglas, de una forma algo paternalista, excluyen determinados medios probatorios por entender el legislador federal que podrían abocar a los jurados a dictar un veredicto erróneo (un caso paradigmático sería la denominada *hearsay evidence* o testificales de referencia, vedadas en los procedimientos con jurado). Dándole la vuelta al argumento, SCHAUER (2006), en un sugestivo artículo doctrinal, se pregunta si, en vez de liberalizar por completo la aportación de medios probatorios ante los jurados, no sería más adecuado aplicar también las reglas de exclusión probatoria a los jueces.

Sin embargo, como afirma POSNER con base en los comentarios doctrinales que menciona en su voto concurrente, el procedimiento judicial civil francés se caracteriza en la práctica por ser eminentemente escrito, de manera que la prueba sobre los actos coetáneos o procedentes de las partes contratantes, aunque legalmente posible, tan solo es practicada –a la hora de interpretar un documento escrito–, cuando el mismo contenga contradicciones internas o sea, de alguna forma, ambiguo. De esa manera, concluye POSNER que en la práctica resulta igual de difícil persuadir a un tribunal francés que a uno americano sobre la necesidad de admitir prueba extrínseca al documento controvertido, si la discusión versa exclusivamente sobre la interpretación contractual. En ambos Ordenamientos, si el texto del contrato no es ambiguo y sus términos son claros, la prueba relativa a la intención subjetiva de las partes será reputada irrelevante.

Ahondando en la corrección de la decisión del juez de distrito, EASTERBROOK, en la ponencia que expresa el parecer del Tribunal, recuerda que la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de EE.UU. no era el primer tribunal de justicia que se pronunciaba sobre cómo debía interpretarse la controvertida estipulación cuarta del contrato. *Bodum* y una de las filiales de *Household* litigaron

---

<sup>16</sup> Por el contrario, y cuando se trata de contratos no sometidos a la legislación mercantil, el art. 1341 CC francés prohíbe el uso de la prueba testifical para contradecir contratos escritos que no sean ambiguos, cuando el valor de la disputa exceda de 800€.

previamente en Dinamarca con arreglo a la Ley sustantiva francesa – en la medida en que, como antes veíamos, se había elegido en que ese fuera el derecho sustantivo aplicable al contrato –, siendo acorde la Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 12 de mayo de 2009 con las conclusiones hermenéuticas del juez de distrito y, ahora, del tribunal de apelaciones. La ponencia del EASTERBROOK recalca además que Dinamarca pertenece a la familia del *Civil Law* y que es presumible que la interpretación del contrato efectuada por sus tribunales sea más correcta que la que puedan efectuar los informes de expertos pagados por las partes en el litigio.

#### 4. Los remedios frente al incumplimiento de los contratos en el *Civil Law* y en el *Common Law*

##### 4.1. El origen del principio *pacta sunt servanda*

Sin embargo, quizá la parte más interesante de la sentencia comentada sean las punzantes observaciones que realiza POSNER sobre la diferente concepción que, del cumplimiento de las obligaciones en forma específica, tiene el Derecho europeo continental y el *Common Law*. En efecto, y a la hora justificar históricamente por qué el Código Civil francés es más proclive a permitir la aportación de pruebas por las partes en un litigio en orden a determinar la voluntad última de las mismas cuando perfeccionaron el contrato, POSNER fija su atención en el concepto de culpa contractual civil, marginado para el derecho anglosajón, y en el *dictum pacta sunt servanda*:

“El énfasis que el *Civil Law* (...) atribuye a la culpa en el derecho de contratos no se halla en el *Common Law*. (...) [E]l *Civil Law* recurre al aforismo *pacta sunt servanda* –las promesas deben cumplirse, no modificarse por un precio que se crea aproximado a su valor–. Es por ello que en el *Civil Law* el remedio por defecto para el cumplimiento contractual es (aunque más como principio, que en la práctica) el cumplimiento en forma específica y no el cumplimiento por equivalente”.

Para POSNER, la existencia del concepto de culpa civil explica por qué el Derecho francés estaría tradicionalmente más preocupado en determinar la voluntad de las partes que el americano, sin perjuicio de acabar concluyendo que las diferencias entre ambas regulaciones son cada vez menores, y que, en ambos casos, es muy difícil persuadir a un tribunal para que se aparte de lo expresado claramente en un contrato escrito, como resultado de la valoración de medios de pruebas alternativos y “externos” al propio documento. La flexibilidad probatoria característica del derecho romano-germánico tendría por objeto facilitar la prueba de la intencionalidad o, al menos, de la imputabilidad del incumplimiento a una de las partes<sup>17</sup>. Por el contrario, POSNER

---

<sup>17</sup> Con carácter general puede afirmarse que, en la regulación de los Códigos Civiles de inspiración napoleónica, para que haya incumplimiento relevante a los efectos de desencadenar una de las reacciones jurídicas no bastaría con que fácticamente se produjera la discrepancia de comportamiento o resultado respecto de la determinación contemplada en el contrato. Sería precisa, adicionalmente, la concurrencia de un criterio de conducta o de situación que permitiera atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondía realizar la previsión contractual incumplida. GÓMEZ POMAR (2007, pp. 8 y ss.). No obstante, el

sostiene que la noción de culpa contractual civil es ajena al *Common Law* y que por tal razón el derecho procesal civil norteamericano es mucho más estricto en cuanto a los medios probatorios de la voluntad de las partes contratantes (al margen de que, adicionalmente, al ser estas controversias decididas por un jurado, y no por un juez profesional, el legislador federal entienda necesario ser aún más rígido en cuanto a los medios de prueba que pueden utilizarse):

“What is true and worth noting is that the civil law—the law of Continental Europe, as distinct from Anglo-American law—of contracts places an emphasis on fault that is not found in the common law (...) A difference at least in tone remains, however, and enables one to see why French law might, as the plaintiff contends, be more concerned to determine the parties' intentions than American law would be. For if an intention is innocent—a party never intended the promise that he is now accused of having broken—ascribing fault to him, viewed as a precondition to finding him guilty of a breach of contract, is a graver step. Conversely, if the party did intend the promise but somehow it failed to get written down intelligibly, he should not be permitted to break it by pointing to a writing. Hence the greater “readiness [of French courts] to have recourse to previous negotiations and subsequent conduct of the parties” in interpreting a contract, Vogenauer, *supra*, at 150—to conduct a deeper search into subjective understandings.”

Al contrario de la creencia común, el principio *pacta sunt servanda* no proviene del derecho romano –a pesar de expresarse en latín–, ya que se trata de una máxima que tiene su origen remoto en los comentaristas del derecho canónico que, siguiendo la crítica de San Agustín (354–430) a la mendacidad, entendían que una promesa rota equivalía a una mentira.

Es interesante hacer notar que, aunque los juristas romanos creían, en principio, en la eficacia de los acuerdos, no fundamentaban su postura en el principio de *pacta sunt servanda*. Incluso en una etapa tan tardía como la del reinado de Justiniano, el derecho romano no concebía el cumplimiento de las promesas como una cuestión de urgente necesidad social, y tan sólo se preveía el cumplimiento en forma específica para supuestos muy puntuales –quizá por la influencia creciente del pensamiento cristiano–, mientras que la regla general seguía siendo la indemnización monetaria (VLAVIANOS, 1993). Como señala HYLAN (1994, pp. 415), el sentido de la moral romano fue astutamente comprendido –y vigorosamente expresado– siglos después por MAQUIAVELO cuando en su obra *El príncipe* señala que “un líder prudente no puede, o no debería, mantener una promesa cuando su cumplimiento se convierta en una desventaja y las razones que le indujeron a contraer la promesa se hayan desvanecido.”

Los glosadores del Derecho canónico se apartaron del formalismo del Derecho romano y mantuvieron que un intercambio de promesas era suficiente para vincular a las partes, de manera que lo único a tener en cuenta era el consentimiento (*solus consensus obligat*). Quizá el máximo exponente del avance del derecho canónico en este terreno fue el Obispo de Ostia, HOSTIENSIS, quien en el siglo XIII mantuvo como principio –aunque sujeto a muchas excepciones–, con arreglo a la Ley canónica, que una promesa debía ser cumplida, incluso cuando no estuviera adornada de formalidad alguna. Otros autores como BEAUMANOIR –también en el siglo XIII– o GROCIO –ya en el siglo XVII– también sostuvieron la obligatoriedad del cumplimiento de las promesas en determinadas circunstancias, pero no establecieron esa idea como premisa general

---

propio GÓMEZ POMAR recoge en su trabajo la postura discrepante de autorizadas voces de la doctrina civilista española.

de la reglamentación contractual. Por ello, parece más adecuado atribuir a PUFENDORF la definición y desarrollo, en toda su extensión, de la máxima *pacta sunt servanda*.

Siguiendo a HYLAN (1994, pp. 419), la obra de PUFENDORF no podría entenderse sin la previa labor llevada a cabo por GALILEO (1564-1642). Como es sabido, GALILEO no sólo ideó toda una serie de revolucionarias tesis en el terreno de las ciencias naturales, sino que también prefiguró una nueva concepción de cómo construir la teoría científica. Él formuló, por vez primera, la idea de que la ciencia constituye una serie de objetos abstractos que provee cada uno de ellos con su propia teoría. Fenómenos empíricos que se entienden, consecuentemente, como el producto de la integración de los diferentes elementos abstractos. Hasta la aplicación de este método de abstracción ideado por GALILEO, los principios generales no se formulaban como tales, sino que existía un simple intento de identificar una regla y, a la vez, sus muchas excepciones.

PUFENDORF (1632-1694) no sólo se instruyó en el moderno método científico sino que, adicionalmente, desarrolló una teoría de la Ley natural en la que la máxima *pacta sunt servanda* encajaba perfectamente. Así, tras varios siglos de preparación, nació finalmente para el mundo del Derecho, tal y como hoy la conocemos, la máxima *pacta sunt servanda*<sup>18</sup>. El jurista germano invocó expresamente la perspectiva agustiniana en base a la cual la ruptura de una promesa es equivalente al engaño (*Id.3.4: summarium*). Conviene hacer notar, además, que las numerosas excepciones previstas por HOSTIENSIS a la obligatoriedad general de las promesas –en su prevención de elevar a la categoría de principio general esa máxima– no supusieron ya problema alguno para el moderno método científico empleado por PUFENDORF.

Es interesante hacer notar que la forma gramatical adoptada por la máxima *pacta sunt servanda* no es, ni mucho menos, casual. Se trata de una de las pocas frases latinas citadas en el ámbito jurídico que emplea el gerundio y, además, prácticamente la única que se enuncia de forma afirmativa. En efecto, la mayor parte de los vocablos jurídicos latinos emplean el presente de indicativo<sup>19</sup>. Al parecer, la inspiración para esta construcción sintáctica deriva de una expresión reiteradamente utilizada en la antigua Roma por CATO cuando, en el seno de las guerras púnicas, clamó reiteradamente por la necesidad de destruir Cartago ("*Delenda est Cartago*"). Al utilizar esa forma gramatical para expresar la obligatoriedad de los contratos, PUFENDORF parece querer dotar a la misma de una especial intensidad –rememorando el rotundo *pathos* de la admonición de CATO–, que refuerza la imperatividad de su cumplimiento. No deja de ser curioso constatar que la ruptura de un tratado entre dos Estados provocara, precisamente, la última de las guerras púnicas.

En definitiva, los canonistas reconocieron el elemento moral en el cumplimiento de una obligación legal, cuando catalogaron una promesa incumplida como una mentira. PUFENDORF eleva el listón de forma sustancial, ya que para él las promesas no eran vinculantes sólo por razones morales, sino también como resultado de una necesidad social, y como parte esencial del entramado que reglamentaba el cumplimiento de los contratos. La obra de PUFENDORF tuvo una extraordinaria influencia en la moderna doctrina del derecho internacional, donde ese principio

<sup>18</sup> El título de la sección del tratado de PUFENDORF anuncia ya la aplicación de este principio sin ambages: "*Pacta servanda sunt*" (*Id.3.4 summarium*) en *De iure naturae et gentium*, escrito y publicado en Lund (Suecia) en 1672.

<sup>19</sup> Para los interesados en el origen gramatical de esta expresión, puede consultarse el fascinante trabajo de Richard HYLAND (1994).



general del derecho de las obligaciones fue codificado. Igualmente, esa máxima dejó su impronta en el proceso codificador del derecho civil que comenzó, como es sabido, en Francia.

#### 4.2. La relación entre la moral y el derecho contractual en el *Common Law*

Es un lugar común afirmar, como hace POSNER en su voto concurrente, que el elemento moral en el incumplimiento de las obligaciones diferencia radicalmente el derecho civil continental del norteamericano, en la medida en que el derecho contractual de este país parte de la premisa de que es función de la Ley, y no de la moral, decidir qué promesas deben ser legalmente ejecutables:

“In the Civil law, in contrast, a party is in breach of his contract and therefore subject to a legal sanction only if he “could reasonably have been expected to behave in a different way,” that is, only if he was at fault in failing to perform. Jürgen BASEDOW, “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, 25 Int'l Rev. L. & Econ. 487, 496 (2005) (“the fault principle is often considered to be an indispensable part of the law of obligations in civil law countries”); see also NICHOLAS, *supra*, at 200-01; TALLON, *supra*, at 224-25, 230-31; Richard HYLAND, “*Pacta Sunt Servanda*: A Meditation”, 34 Va. J. Int'l L. 405, 429-30 (1994); John Y. GOTANDA, “Recovering Lost Profits in International Disputes”, 36 Georgetown J. Int'l L. 61, 76-77 (2004). The civil law embraces the slogan *pacta sunt servanda*—promises are to be obeyed, not commuted to a price believed to approximate their value. That is why in the civil law the default remedy for breach of contract is (though more in principle than in practice) specific performance rather than damages. NICHOLAS, *supra*, at 211-12; Ronald J. SCALISE, Jr., “Why No ‘Efficient Breach’ in the Civil Law: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, 55 Am. J. Comp. L. 721, 726-27 (2007); see TALLON, *supra*, at 233-34; John P. DAWSON, “Specific Performance in France and Germany”, 57 Mich. L.Rev. 495, 524-25 (1959). You should have performed your promise, so the court will order you to do so.”

No existe una regla general en el *Common Law*, ya sea en la forma del *pacta sunt servanda* o de cualquier otra fórmula equivalente, que sostenga que todas las promesas o todos los acuerdos son vinculantes. Desde la perspectiva americana, un contrato es simplemente una promesa que la Ley, por la razón que fuere, ha decidido otorgar fuerza obligatoria.

POSNER menciona en su voto particular los escritos jurídicos de HOLMES como fundamento de su excurso comparatista. El escepticismo jurídico del “great dissenter” HOLMES se muestra en todo su esplendor en “The Path of the Law”, cuando fundamenta la necesidad de entender el Derecho como un concepto desligado de la ética:

“In the law of contract the use of moral phraseology led to equal confusion, as I have shown in part already, but only in part. Morals deal with the actual internal state of the individual's mind, what he actually intends. From the time of the Romans down to now, this mode of dealing has affected the language of the law as to contract, and the language used has reacted upon the thought. We talk about a contract as a meeting of the minds of the parties, and thence it is inferred in various cases that there is no contract because their minds have not met; that is, because they have intended different things or because one party has not known of the assent of the other. Yet nothing is more certain than that parties may be bound by a contract to things which neither of them intended, and when one does not know of the other's assent. (...)

This is not the time to work out a theory in detail, or to answer many obvious doubts and questions which are suggested by these general views. I know of none which are not easy to answer, but what I am trying to do now is only by a series of hints to throw some light on the narrow path of legal doctrine, and upon two pitfalls which, as it seems to me, lie perilously near to it. Of the first of these I have said enough. I hope that my illustrations have shown the danger, both to speculation and to practice, of confounding morality with law, and the trap which legal language lays for us on that side of our way. For my own part, I often doubt whether it would not be a gain if every word of moral significance could be banished from the law altogether, and other words adopted which should convey legal ideas uncolored by anything outside the law. We should lose the fossil records of a good deal of history and the majesty got from ethical associations, but by ridding ourselves of an unnecessary confusion we should gain very much in the clearness of our thought."

Algunos autores han entendido que precisamente el hecho de que en el pensamiento jurídico angloamericano las referencias al derecho romano y la utilización del latín desaparecieron hace mucho por completo, a diferencia de lo que ocurre en el derecho europeo continental, provocó que ese concepto no se trasladara al mundo anglosajón<sup>20</sup>. A nuestro juicio, se trata de un argumento poco convincente. Nos parece más probable que esta distinta conceptualización de la obligatoriedad de los contratos tenga su razón de ser, fundamentalmente, en el diferente origen de la regulación contractual de las dos grandes familias del derecho civil: las normas canónicas, de un lado –con su énfasis en el estricto cumplimiento de lo prometido y su censura de la mendacidad–; y los usos y costumbres mercantiles, de otro –con su búsqueda de la solución más pragmática y económicamente más eficiente para los contratantes–.

Sin que, además, deba descartarse la influencia del pensamiento filosófico dominante, en la época de la Codificación, en cada una de esas familias. La fundamentación moral, aunque sea parcial, del principio *pacta sunt servanda* en el derecho continental ha sido considerada por algunos autores<sup>21</sup> deudora del imperativo moral categórico kantiano. Tal como explica la profesora Catherine VALCKE (1996, pp. 567), "[l]os tres principios fundacionales del derecho contractual civilista –libertad contractual, fuerza vinculante de los contratos, y el consensualismo– derivan directamente de los postulados de la voluntad autónoma de Kant". En *La Lucha por el Derecho*, IHERING también menciona a su contemporáneo KANT como referencia<sup>22</sup>.

Ya en el siglo XX, el fundamento moral en el cumplimiento de las obligaciones fue invocado por John RAWLS en su crucial *Teoría de la Justicia* (1971): "The obligation to keep a promise is a consequence of the principle of fairness"<sup>23</sup>. Se podría conjeturar que la obra de HUME bien podría

---

<sup>20</sup> HYLAND (1994, pp. 433).

<sup>21</sup> HERMAN (2003, pp. 439).

<sup>22</sup> RABEL (1941, pp. 783-798), aplicando explícitamente la doctrina kantiana al derecho contractual, lo explica gráficamente al afirmar que la obligación de cumplir lo prometido "es la columna vertebral de la obligación".

<sup>23</sup> He preferido no emplear la traducción española de la obra editada por el Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión en FCE-España, 2002, pues la utilización del término "principio de imparcialidad" por

haber influido en el derecho anglosajón en el sentido exactamente contrario<sup>24</sup>. HOLMES parece apuntar en esa dirección cuando en “The Path of the Law” destaca la profunda influencia del pensamiento filosófico dominante en cada época en el desarrollo de las normas jurídicas: “To an imagination of any scope the most far-reaching form of power is not money, it is the command of ideas. If you want great examples, read Mr. Leslie Stephen's History of English Thought in the Eighteenth Century, and see how a hundred years after his death the abstract speculations of Descartes had become a practical force controlling the conduct of men. Read the works of the great German jurists, and see how much more the world is governed today by Kant than by Bonaparte.”

#### 4.3. La opción preferente por la indemnización de daños en el *Common Law*

Como apunta agudamente POSNER en su voto concurrente a la sentencia del caso *Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.*, el *Common Law*, en lo que se refiere al derecho de contratos, evolucionó a partir de los usos y costumbres mercantiles, mientras que el derecho civil continental se desarrolló a partir del derecho canónico; tesis que explicaría la decidida apuesta por el pragmatismo y la eficiencia económica en el Derecho anglosajón, en comparación con el europeo continental, que pone el acento en el componente moral del incumplimiento. Merece la pena transcribir la distinción que efectúa POSNER en su voto particular:

“What is true and worth noting is that the civil law—the law of Continental Europe, as distinct from Anglo-American law—of contracts places an emphasis on fault that is not found in the common law. As HOLMES remarked, the common law conceives of contracts as options—when you sign a contract in which you promise a specified performance you buy an option to either perform as promised or pay damages, Oliver Wendell HOLMES, “The Path of the Law,” 10 Harv. L.Rev. 457, 462 (1897), unless damages are not an adequate remedy in the particular case. Whether you were at fault in deciding not to perform—you could have done so but preferred to pay damages because someone offered you a higher price for the goods that you'd promised to the other party to your contract—is therefore irrelevant.

In the Civil law, in contrast, a party is in breach of his contract and therefore subject to a legal sanction only if he “could reasonably have been expected to behave in a different way,” that is, only if he was at fault in failing to perform. Jürgen BASEDOW, “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, 25 Int'l Rev. L. & Econ. 487, 496 (2005) (“the fault principle is often considered to be an indispensable part of the law of obligations in civil law countries”); see also NICHOLAS, *supra*, at 200–01; TALLON, *supra*, at 224–25, 230–31; Richard HYLAND, “Pacta Sunt Servanda: A Meditation”, 34 Va. J. Int'l L. 405, 429–30 (1994); John Y. GOTANDA, “Recovering Lost Profits in International Disputes”, 36 Georgetown J. Int'l L. 61, 76–77 (2004). The

---

“fairness” es, en este contexto, equívoco. Me remito al original en inglés editado en 1971, disponible en [http://works.bepress.com/irma\\_russell/1](http://works.bepress.com/irma_russell/1).

<sup>24</sup> HUME (1739): “Que la regla de la moralidad que impone el cumplimiento de las promesas no es natural aparecerá suficientemente claro partiendo de las dos proposiciones que yo probaré ahora, a saber: que la promesa no es inteligible antes de que las convenciones humanas la hayan establecido y que si fuese inteligible no iría acompañada de ninguna obligación moral.”

civil law embraces the slogan *pacta sunt servanda*—promises are to be obeyed, not commuted to a price believed to approximate their value. That is why in the civil law the default remedy for breach of contract is (though more in principle than in practice) specific performance rather than damages. NICHOLAS, *supra*, at 211–12; Ronald J. SCALISE, Jr., “Why No ‘Efficient Breach’ in the Civil Law: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, 55 Am. J. Comp. L. 721, 726–27 (2007); see TALLON, *supra*, at 233–34; John P. DAWSON, “Specific Performance in France and Germany”, 57 Mich. L.Rev. 495, 524–25 (1959). You should have performed your promise, so the court will order you to do so.”

Recordemos que, al margen de la influencia que tiene que las cuestiones fácticas civiles sean resueltas por un jurado y no por un juez profesional en EE.UU., para el autor de este voto particular, la diferente relevancia de la asignación subjetiva de la culpa ante un incumplimiento contractual en el *Civil Law* y en el *Common Law* ha determinado históricamente que, en el primer caso, las reglas probatorias tendentes a acreditar la voluntad contractual sean más flexibles. POSNER, considerado el más ilustre sucesor de la escuela del pragmatismo jurídico iniciada por el también juez HOLMES, sigue la estela dejada por éste en su justamente célebre “The Path of the Law”, obra en la que el que fuera magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, citando a su vez, los precedentes del Derecho inglés, sostuvo:

“Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so-called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. But such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can. It was good enough for Lord Coke, however, and here, as in many others cases, I am content to abide with him. In *Bromage v. Genning*, a prohibition was sought in the Kings' Bench against a suit in the marches of Wales for the specific performance of a covenant to grant a lease, and Coke said that it would subvert the intention of the covenantor, since he intends it to be at his election either to lose the damages or to make the lease. Sergeant Harra for the plaintiff confessed that he moved the matter against his conscience, and a prohibition was granted. This goes further than we should go now, but it shows what I venture to say has been the common law point of view from the beginning, although Mr. Harriman, in his very able little book upon Contracts has been misled, as I humbly think, to a different conclusion<sup>25</sup>.”

POSNER cita a HOLMES como argumento de autoridad –luego comprobaremos lo discutible de su planteamiento– para enunciar a continuación en su voto concurrente, aunque sea de forma sucinta, el concepto de *efficient breach*: “Whether you were at fault in deciding not to perform—you could have done so but preferred to pay damages because someone offered you a higher price for the goods that you'd promised to the other party to your contract—is therefore irrelevant.”

---

<sup>25</sup> A continuación analizaremos con detalle este pasaje, pues su interpretación no es pacífica.

Para POSNER el derecho anglosajón opta primordialmente por una solución que, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se muestra, en la mayoría de los casos, como la más eficiente en la asignación de los recursos para las partes contratantes<sup>26</sup>. Se trata de una postura ya defendida por POSNER con anterioridad, al sostener que el principio de eficiencia informa de manera implícita el *Common Law*. A su juicio, la complejidad y rapidez de las transacciones mercantiles hacen que, con carácter general, la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* hasta sus últimas consecuencias sea percibida como poco práctica. Al menos en la teoría, y ante una transacción fallida como consecuencia del incumplimiento de una de las partes, parece más eficaz mitigar sus efectos de manera que se permita a la parte perjudicada reubicar sus bienes de manera eficiente con la mínima intervención judicial posible, compensando dinerariamente a éste por la diferencia<sup>27</sup>.

Se invierte así la preferencia clásica del derecho continental por el cumplimiento en forma específica, otorgándose preeminencia a la indemnización dineraria, de manera que sólo habría lugar a compeler al incumplidor a ejecutar forzosamente el contrato cuando los bienes en cuestión fueran únicos o los daños o pérdidas no fueran reparables a través de la correspondiente indemnización. Para POSNER, la parte contratante que se ha visto perjudicada por el incumplimiento de la otra tiende a pensar que una petición de cumplimiento en forma específica quizá beneficie más a su abogado, que a sí mismo. Además de los costes asociados a la litigación, la acción de cumplimiento puede conllevar otros indudables efectos negativos colaterales.

Por poner un ejemplo, durante el periodo que dure el proceso un vendedor agraviado tendrá que hacer frente al coste de mantenimiento de los bienes que se encuentren inmovilizados a disposición del comprador, de manera que muchos vendedores preferirían la minoración de los daños mediante la reventa de los bienes, sobre el cumplimiento forzoso en forma específica. De cualquier forma, debe evitarse caer en el riesgo de la generalización excesiva, puesto que, tanto en la tradición del derecho civil continental, como en la del *Common Law*, existen diferentes posiciones matizadas (HERMAN, 2003, p. 8). Por lo que se refiere a Estados Unidos, no está de más recordar que no existe un Código de Comercio federal, sino que se trata de una competencia asignada a cada uno de los Estados de la Unión por lo que, con independencia de que en todos ellos sea común la opción primordial por la reparación del incumplimiento por medio de la neutralización de sus efectos y la indemnización de los daños, existen variados matices.

Lo mismo cabe decir en relación a la órbita del derecho civil o romano-germánico. De hecho, España destaca, precisamente, dentro de esos países, por tener la legislación sustantiva y procesal

---

<sup>26</sup> GÓMEZ POMAR (2007, p. 14) sostiene que los remedios monetarios son, de forma general, socialmente más inocuos y menos costosos que la ejecución en forma específica, al existir menor riesgo de destruir o dilapidar recursos sociales escasos. Pero también niega que, en toda circunstancia, sean los más indicados.

<sup>27</sup> Esta premisa, al menos como regla general, es ampliamente discutida y discutible, pero por razones de espacio no es posible desarrollar más esta idea. Para el lector interesado, son recomendables los siguientes trabajos: Steven SHAVELL (2005), y GAROUPA y GÓMEZ LIGÜERRE (2011). Sobre este particular, y en lo que al Derecho español se refiere, también son interesantes la reflexiones de GÓMEZ POMAR (2007) o BECH SERRAT (2010).

que aboga más decididamente por el cumplimiento en forma específica<sup>28</sup>, y que provee mayores garantías procesales para su consecución (GÓMEZ POMAR, 2007, p. 14). Y es fácilmente constatable que tanto la legislación alemana como la francesa se hallan más encaminadas al cumplimiento en forma específica que la normativa de cualquier estado norteamericano, pero ninguno de ellos lo hace de manera tan decidida como el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil españoles<sup>29</sup>.

Concluye POSNER su argumentación afirmando que “los curas no se toman la ruptura de una promesa tan a la ligera como los hombres de negocios, pero, por otro lado, no están habituados a los usos del comercio, tales como las opciones” (en particular, la opción de desdecirse de lo prometido, pagando un precio por ello)<sup>30</sup>.

### 5. El concepto de *efficient breach* según POSNER. Análisis crítico

Sin embargo, esta lectura de la teoría de HOLMES que hace POSNER en su voto concurrente –y que, como decíamos, había defendido ya antes en otras resoluciones judiciales y trabajos académicos– no es compartida por buena parte de la doctrina norteamericana, que entiende que se ha malinterpretado la opinión del juez de la *Supreme Court*, en la medida en que nunca habría defendido el pago de la indemnización por daños como una opción legítima y alternativa al cumplimiento del contrato, sino que habría sostenido que el incumplimiento contractual es siempre un ilícito civil (*wrong*), equivalente al extracontractual, ya que en ambos casos existe una infracción de la Ley (PERILLO, 2000, pp. 1085 y ss.). En efecto, en ningún caso HOLMES habría defendido el incumplimiento contractual como opción legítima de los contratantes, como con frecuencia alegan los partidarios de la teoría del *efficient breach*.

Con arreglo a la correspondencia entre HOLMES y Frederick POLLOCK (1941), parece claro que la las ideas del primero han sido objeto de una interpretación equivocada por una parte de la comunidad jurídica americana. Para HOLMES, el incumplimiento es un suceso objetivo sobre el que el contratante incumplidor tiene un poder limitado (o ninguno en absoluto). La Ley, desde su perspectiva, no debe preocuparse sobre si ese incumplimiento es o no una infracción de la moral. Como afirma PERILLO (2000, pp. 1090 y ss.), HOLMES abogaba por un sistema legal que considerara los incumplimientos de contratos y los ilícitos extracontractuales de forma desapasionada y objetiva, sin ninguna connotación ética. La prueba más gráfica de cuál es la correcta lectura de la

<sup>28</sup> Para GÓMEZ POMAR (2007), sin embargo, el cumplimiento en forma específica no se prevé uniformemente y con carácter general como criterio prioritario y preferente en el Derecho español, tanto frente al contratante incumplidor como frente al contratante insatisfecho, en todos los casos de incumplimiento contractual. Acaso se pueda deducir a día de hoy este carácter preferente para una modalidad de incumplimiento: el cumplimiento defectuoso o irregular.

<sup>29</sup> No debe dejar de destacarse que el Código Civil italiano y la doctrina civilista de aquel país abogan ya mayoritariamente por la indemnización de los daños, en vez otorgar el cumplimiento en forma específica, en un gran número de casos (véanse arts. 1227 y 1914 CC italiano).

<sup>30</sup> No obstante, concluye POSNER que “a pesar de las diferencias en sus orígenes, las divergencias en los resultados bajo estos dos reglamentaciones legales son pequeñas y van disminuyendo.”

obra de HOLMES es una carta del propio autor a POLLOCK, fechada en 1911, en la que afirma: “Me reafirmo en la paradoja de lo que era el contrato en el *Common Law*; no una promesa de pagar daños o, etc., sino un acto que impone la responsabilidad de pagar daños *nisi*. Cometes un ilícito extracontractual y eres responsable. Celebras un contrato y eres responsable a no ser que el evento sobre el que se ha acordado, sobre el que no tienes todo el control, o no lo tienes en absoluto, llegue a suceder.” En una carta posterior (1928) dirigida también a Pollock, POSNER le acusa de “tener la impresión permanente de que yo digo que un hombre promete X o pagar daños. Yo no pienso que un hombre se comprometa a pagar daños cuando contrata en mayor medida que en un ilícito extracontractual. Realiza un acto que le hace susceptible de ser responsable de ellos si cierto evento no llega a suceder, igual que su ilícito extracontractual le hace igualmente responsable.”

No es de extrañar que POSNER, con base en esta cuestionable lectura de la doctrina de HOLMES, sea uno de los adalides de la aplicación al derecho contractual de la teoría económica del denominado *efficient breach* o incumplimiento eficiente, que lo define como aquel que incrementa el bienestar social<sup>31</sup>.

La teoría del incumplimiento eficiente sostiene que si una parte incumple el contrato y, a pesar de eso, se encuentra en una mejor situación después de haber pagado los daños indemnizatorios a la víctima del incumplimiento, el resultado es un *Pareto superior*, lo que significa que, considerando globalmente la situación, las partes se encuentran en mejor situación como consecuencia del incumplimiento del contrato, ya que el mismo no perjudica a ninguna de las partes (POSNER, 1998, p. 119). En el terreno del análisis económico del Derecho el concepto de *efficient breach* se explica como un paradigma de *Pareto superior*, afirmándose que “una transacción será considerada como Pareto eficiente si es imposible cambiarla de manera que se mejore la posición de una persona (según su propia estimación), sin empeorar la situación de otra (de nuevo, según su propia estimación)<sup>32</sup>”. Asignar el bien a quien más lo valora cumpliría el criterio de decisión de Kaldor-Hicks para determinar, entre dos escenarios, cuál es el superior de Pareto, y que se enuncia de la siguiente forma: una decisión en virtud de la cual, al menos, un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado, sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si a pesar de ello este último sigue teniendo alguna ventaja.

---

<sup>31</sup> En la doctrina española, pocos autores se han ocupado del concepto de incumplimiento eficiente. Entre ellos, DE BARRÓN ARNICHES (2007) analiza si el desistimiento de la compraventa de inmuebles en virtud del art. 1454 CC constituye un supuesto de *efficient breach*. Coincidimos con la indicada autora en que no es así, pero discrepamos en la argumentación: un contratante que hace uso de su derecho a desistir del contrato al haberse pactado unas arras penitenciales, pagando al comprador el duplo de lo recibido, nunca estaría incumpliendo el negocio jurídico, sino haciendo uso de un legítimo derecho contractual. Si la parte compradora no quiere permitir esa facultad no tiene más que pactar otra modalidad de arras o acordar que el importe de las penitenciales sea tan elevado, en relación al precio de compraventa, que el vendedor carezca de incentivos para buscar un comprador que le ofrezca un mayor precio que le compense el pago de las arras duplicadas.

<sup>32</sup> COOTER y ULEN (2000, p. 177).

Aun a riesgo de caer en una simplificación excesiva, los presupuestos esenciales de la teoría del incumplimiento eficiente se pueden resumir en cuatro: i) *el indifference principle*<sup>33</sup>; ii) que la decisión de incumplir se toma en un contexto carente de costes de transacción –o que los mismos son cercanos a cero<sup>34</sup>–; iii) la prevalencia del remedio resarcitorio; y iv) que la indemnización por daños se limitará al perjuicio previsible –*foreseesable*– al momento de la perfección del contrato (SAAVEDRA, 2011, pp. 71 y ss.).

Esta teoría económica que algunos juristas –como POSNER– han querido aplicar al Derecho –y, muy especialmente, al contractual–, sostiene que el contratante que se beneficiara del incumplimiento estaría legitimado para incumplir:

“[I]ncluso si el incumplimiento es deliberado, no es necesariamente culpable. El promitente quizá simplemente haya descubierto que ese cumplimiento vale más para otra persona. Si es así, la eficiencia se promueve permitiéndole romper su promesa, siempre que cubra las pérdidas reales del promisorio. Si le fuerza a pagar más que eso, se estaría impidiendo un incumplimiento eficiente, y la Ley no quiere llegar a ese resultado<sup>35</sup>.”

A mi modo de ver, la mayoría de las críticas vertidas –incluso en el plano económico– sobre los postulados de este concepto son acertadas. No exige demasiados esfuerzos apreciar que el concepto de *efficient breach* parte de premisas que son, en buena medida, ilusorias. En primer lugar, no tiene en cuenta los verdaderos costes de transacción –como los pre-negociales, los costes de oportunidad o los derivados de los daños realmente causados a la parte agraviada por el incumplimiento–, pues solo toma como referencia los daños previsibles<sup>36</sup>. Como se ha apuntado por varios autores<sup>37</sup>, a la hora de calcular el *Pareto superior* las reglas matemáticas más elementales exigirían que se tuvieran en cuenta esos daños como parte del cálculo. A mayor abundamiento, la teoría del incumplimiento eficiente deja a un lado valores primordiales del sistema legal (como el de la seguridad jurídica), los daños morales ocasionados por el

---

<sup>33</sup> Por tal se entiende que la parte perjudicada por un incumplimiento debe ser puesta en aquella posición “indiferente” respecto del mismo. La teoría del incumplimiento eficiente pone el foco de atención en la situación de la parte incumplidora, pero no analiza en profundidad, a mi juicio, la posición en que queda la otra parte contratante.

<sup>34</sup> POSNER (1972) inició la exposición de esta teoría bajo la premisa implícita de la ausencia de costes de transacción. En ediciones posteriores de *Economic Analysis of Law*, y a raíz de las críticas recibidas, ha intentado afinar su enunciación inicial.

<sup>35</sup> Ponencia de POSNER en la sentencia del caso *Patton v. Mid Continent Sys*, 841, F.2d.742,750 (7th Circuit.1988). Debe hacerse notar que la doctrina del *efficient breach*, a pesar de su mención recurrente en los *casebooks* estadounidenses, apenas ha sido empleada por los tribunales norteamericanos, salvo en muy contadas ocasiones, y más como *obiter dicta* que como *ratio decidendi*. Véanse al respecto los trabajos de PERILLO (2000) y SAAVEDRA (2011).

<sup>36</sup> Es la regla clásica indemnizatoria del *Common Law* expresada en la antigua sentencia *Hadley v. Baxendale*. “A fixed star in the jurisprudential firmament”, en palabras de Grant GILMORE.

<sup>37</sup> Por ejemplo, RUSSELL (2007, p. 22) o PERILLO (2000, p. 1099).



incumplimiento al agraviado –en el sentido jurídico del término–, los costes reputacionales, así como el impacto que en el mercado tendría el valor negativo de la desconfianza provocado por la admisión generalizada del *efficient breach*, etc. Nuevamente, estos datos tendrían que ser tomados en cuenta a la hora de calcular el Pareto superior. Dadas las incertidumbres existentes antes de que se produzca el incumplimiento, será muy difícil a determinar a priori cuando un incumplimiento contractual es o no eficiente desde una perspectiva estrictamente económica.

Utilizando la terminología de John RAWLS, antes de cualquier controversia futura, si a las partes contratantes se les preguntara, detrás del velo de la ignorancia, si realmente han querido de común acuerdo permitir el incumplimiento del contrato –pagando los daños– como opción admisible, es dudoso que existiera un consenso entre ambas al respecto en el momento de perfeccionarse el contrato. No me refiero con esto a lo que es obvio –que al producirse el conflicto se producirá también una discrepancia (oportunistas) sobre la posibilidad de acogerse o no al *efficient breach*, en función de los intereses de cada parte–, sino que semejante discrepancia es consustancial al modelo y que las partes se encuentran en disenso incluso hallándose detrás del velo de la ignorancia sobre la existencia futura del conflicto. Para evitar lo anterior, sería necesario que las partes, antes de contratar, supieran con certeza las reglas del juego: es decir, si los Tribunales permitirían un incumplimiento eficiente y en qué condiciones exactas. Certeza que no existe ni en la legislación, ni en la jurisprudencia norteamericana<sup>38</sup>. Adicionalmente, esta información sería necesaria para que ambas partes pudieran tener en cuenta, a la hora de fijar el precio contractual, la posibilidad o no de instar en el futuro la ejecución forzosa en forma específica, en caso de incumplimiento.

Adicionalmente, la postura defendida por POSNER contradice el famoso teorema de COASE (1960). Con arreglo al mismo, cuando los costos de transacción no existen o son cercanos a cero, la regla legal no es relevante, pero para POSNER la regla legal sí tiene importancia. Efectivamente, ante un escenario de incumplimiento existen dos reglas posibles: una que permite que el acreedor opte por la ejecución en forma específica, y otra que admite solo el pago de daños indemnizatorios. Si, tal y como sostiene POSNER, nos movemos en un contexto de bajos costes de transacción, cualquiera de las reglas enunciadas llevaría a un resultado eficiente. A pesar de ello, POSNER propugna que la única regla eficiente, incluso en un contexto de bajos costos de transacción, es la que impone el pago indemnizatorio e impide la ejecución forzosa en forma específica.

Ya fuera del ámbito económico, y aunque es un debate que excede con mucho de los límites de este trabajo, creo que los partidarios de esta teoría parten además de una premisa que no es posible aceptar sin muchas matizaciones: que la eficiencia económica del mercado sea el fin único y excluyente del derecho contractual<sup>39</sup>. De hecho, por su característico individualismo

---

<sup>38</sup> Ni, naturalmente, en la española. La STS, Civil, Secc. Única, 17.10.2003 (RJ 2003\7395; MP: Jesús Corbal Fernández) niega al incumplidor la posibilidad de optar por el pago de los daños, en vez de soportar el cumplimiento en forma específica.

<sup>39</sup> En relación a la equiparación acrítica entre justicia y eficiencia, me parecen acertadas las observaciones de Rodrigo TENA (2010, p. 17), así como los trabajos ya citados de RUSSELL o PERILLO; en un sentido divergente –pero no necesariamente contradictorio–, también me parecen pertinentes, en lo sustancial, las apreciaciones de Jesús ALFARO (1999). Quizá la Economía sea una ciencia “libre de valores”, por utilizar la expresión de POSNER, pero no

metodológico es una teoría que margina por completo cualquier valor social o colectivo –no digamos ya ético–, excluyendo injustificadamente lo beneficioso que puede ser para el funcionamiento de un mercado y la maximización del bienestar la creación de un sistema de confianza recíproca en que los contratos serán cumplidos –lo que incentivará futuras contrataciones<sup>40</sup>.

No obstante, tampoco creo que el concepto de *efficient breach* sea del todo inservible. Lejos de ser una máxima que pueda informar el Ordenamiento jurídico y, en especial, la normativa contractual, no deja de ser una útil explicación analítica de por qué no en todos los casos es deseable que las conductas contractuales previstas se ejecuten efectivamente (si los verdaderos costes de hacerlo, incluidos los costes de oportunidad, son superiores a los beneficios); o de por qué el cumplimiento en forma específica no es, necesariamente, el mejor remedio frente al incumplimiento, incluso fuera de los casos de imposibilidad de la ejecución forzosa<sup>41</sup>. Dejando al margen posturas maximalistas como las que defiende POSNER, puede ser una herramienta útil para explicar el comportamiento esperable de los contratantes ante determinados escenarios que puedan producirse entre la perfección y la consumación del contrato.

## 6. Conclusiones

La sentencia comentada y, en especial, el voto particular concurrente de POSNER, realizan un interesante ejercicio comparativo entre el derecho probatorio civil norteamericano y el característico del *Civil Law*. Además de pronunciarse el tribunal sobre la tendencia de los jueces de distrito norteamericanos de valerse de dictámenes jurídicos aportadas por las partes para probar e interpretar el Derecho extranjero, entendiéndolo, salvo la magistrada WOOD, que son siempre preferibles, de existir, las traducciones oficiales y la literatura secundaria publicada en

---

creo que el Derecho lo sea. El criterio de eficiencia será útil y decisivo a la hora de regular el derecho contractual privado, pero me resisto a aceptar que excluya otros valores relevantes, incluso estrictamente éticos. Si bien en el ámbito del derecho medioambiental, en el caso *Whitman v. American Trucking Assns, Inc.* (175 F.3d 1027 and 195 F.3d 4), decidido el 27.2.2001, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América, bajo la ponencia de Antonin SCALIA, declaró que el análisis coste-beneficio no es ninguna regla de defecto de aplicación universal, sino que hay que tenerlo en cuenta para integrar las lagunas de una regulación determinada, cuando ésta lo establece así (o es razonable suponer que no lo excluye).

<sup>40</sup> RAWLS (2002, p. 318) sostenía, nuevamente en el plano ético, que la creencia común en el cumplimiento recíproco de las obligaciones “es un gran activo colectivo”.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, el caso contemplado por la STS, Civil, 2.7.1998 (RJ 1998\5211; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) que entendió que una excesivamente tortuosa –y costosa– ejecución en forma específica debía ser sustituida por una adecuada indemnización pecuniaria. El TS desestimó el recurso de casación al considerar que, si bien la ejecución no era “técnicamente imposible de llevar a cabo”, su cumplimiento “supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado”. En estos casos, “una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar” (FJ 1º).

inglés, se explica por el juez POSNER por qué razón las reglas probatorias civiles son más flexibles en el derecho francés que en el norteamericano.

Hemos constatado, igualmente, que tanto el derecho procesal norteamericano como el español regulan de forma parecida la prueba del Derecho extranjero, estableciendo un sistema de textura abierta o flexible, en el que la carga de su acreditación, si bien en principio recaerá sobre los litigantes –con algunas excepciones–, permite el órgano judicial realizar indagaciones de oficio sobre las más correcta inteligencia de las normas extranjeras aplicables.

De otro lado, tras el análisis en el voto concurrente de POSNER de las posibilidades probatorias en ambos Ordenamientos, se concluye que, en la práctica, los resultados son esencialmente coincidentes, pues tanto el derecho procesal francés como el norteamericano son refractarios a admitir que el contenido de un contrato cuyos términos son claros y diáfanos pueda ser contradicho por medios de prueba consistentes en declaraciones orales de las partes o de eventuales testigos. Para POSNER, la mayor laxitud probatoria del Derecho francés obedece al hecho de que para el *Civil Law* asignar la culpabilidad en el incumplimiento de un contrato puede ser determinante –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho norteamericano–, sin perjuicio de la influencia que también ha tenido el hecho de que las cuestiones fácticas civiles sean sometidas en EE.UU. a un procedimiento con jurado, lo que ha llevado al legislador federal a adoptar una serie de restrictivas cautelas adicionales en materia probatoria.

Se han analizado, de igual forma, las razones que explican que en el sistema del derecho civil continental se abogue por el respeto al principio *pacta sunt servanda*, mientras que en el derecho de EE.UU. el remedio preferente ante un incumplimiento contractual sea la indemnización de los daños causados, y no el cumplimiento en forma específica. No obstante lo anterior, hemos constatado que las diferencias entre el *Civil Law* y el *Common Law*, incluso en lo que se refiere a los remedios por incumplimiento de los contratos, se están desdibujando progresivamente, poniéndose en cuestión igualmente la presunta mayor eficacia del derecho anglosajón en materia de contratación.

Finalmente, y en lo que se refiere al concepto de *efficient breach* –cuya premisa de validez asume implícitamente POSNER en su voto particular–, cabe concluir que sus presupuestos metodológicos no son correctos –ni desde el punto de vista económico, ni del jurídico–, como tampoco lo es la lectura que algunos de sus partidarios en el ámbito legal hacen de la doctrina del juez HOLMES para deducir de ella un supuesto derecho a incumplir como opción jurídica legítima. No obstante, que el concepto de *incumplimiento eficiente* no deba ser uno de los principios configuradores del derecho contractual no implica que esta teoría no sea de utilidad, aunque sólo sea como explicación didáctica de la conducta esperable de las partes contratantes ante determinados escenarios.

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

*Tribunales estadounidenses*

<i>Tribunal</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
Tribunal de Apelaciones del 7º Circuito	Nº 9-1892, 2.09.2010	<i>Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.</i>
Tribunal de Apelaciones del 7º Circuito	586, Fd.3d,487	<i>Sunstar Inc. v. Alberto-Cuerver, Co.</i>
Tribunal de Apelaciones del 5º Circuito	575 Fd.3d 491	<i>Northrop Grumman Ship Sys., Inc. v. Ministry of Def. of Republic of Venez</i>
Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito	182, Fd.3d, 13	<i>Universe Sales Co. v. Silver Castle, Ltd.</i>
Tribunal de Apelaciones del 2º Circuito	176, F.3d 601, 604	<i>Carlisle Ventures, Inc. v. Banco Español de Crédito</i>
Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito	266, F.3d at 1000	<i>Jinro Am. v. Secure Investments, Inc.</i>
Tribunal de Apelaciones del 3º Circuito	181, F.3d.435, 440	<i>Bel-Ray Co. v. Chemrite Ltd.</i>
Tribunal de Apelaciones del 7º Circuito	841, F.2d.742,750	<i>Patton v. Mid Continent Sys</i>

*Tribunal Constitucional*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 1ª, 17.1.2000	RTC 2000/10	María Emilia Casas Baamonde

*Tribunal Supremo*

<i>Tribunal, Sala, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, Civil, 11.5.1989	RJ 1989\3758	Ramón López Vilas
STS, Civil, 17.3.1992	RJ 1992\2195	José Almagro Nosete
STS, Civil, 2.7.1998	RJ 1998\5211	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, Civil, Secc. Única, 17.10.2003	RJ 2003\7395	Jesús Corbal Fernández
STS, Civil, Secc. 1ª, 4.7.2006	RJ 2006\6080	Encarnación Roca Trias
STS, Civil, Secc. 1ª, 23.3.2009	RJ 2010\2417	José Antonio Seijas Quintana
STS, Civil, Secc. 1ª, 24.6.2010	RJ 2010\5410	Rafael Gimeno-Bayón Cobos

*Audiencias Provinciales*

<i>Tribunal, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, 15.7.2002	JUR 2002\245265	Santiago Oliver Barceló

**8. Bibliografía**

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1999), "Imperialismo económico y dogmática jurídica", *Revista de derecho mercantil*, núm. 233, pp. 925-976.

Josep María BECH SERRAT (2010), "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", *InDret* 1/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (1999), "Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 17, pp. 285-306.

Ronald H. COASE (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, núm. 3, pp. 1-44.

Robert COOTER y Thomas ULEN (2000), *Introduction to Law and Economics*, 3ª ed., Addison Wesley Longman ([http://works.bepress.com/robert\\_cooter/56](http://works.bepress.com/robert_cooter/56)).

Paloma DE BARRÓN ARNICHES (2007), "El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de *efficient breach of contract*?", *Diario La Ley*, núm. 6839.

Nuno GAROUPA y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2011), "The Syndrome of the Efficiency of the Common Law", *Boston University International Law Journal*, Vol. 29, núm. 2 ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1674170](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1674170)).

Fernando GÓMEZ POMAR (2002), "Recensión a Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA) (2001)", *InDret* 2/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--- (2007), "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* 3/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Shael HERMAN (2003), "Specific Performance: a Comparative Analysis", *Edinburgh Law Review*, núm. 7, Issue 1 (pp. 5-26) y Issue 2 (pp. 194-217) ([www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/herman1.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/herman1.html)).

Oliver Wendell HOLMES (1897), "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, núm. 10, pp. 457-478 ([www.gutenberg.org/dirs/2/3/7/2373/2373-h/2373-h.htm](http://www.gutenberg.org/dirs/2/3/7/2373/2373-h/2373-h.htm)).

Mark DE WOLFE HOWE (Ed.) (1941), *Holmes – Pollock letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874–1932*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

David HUME (1981), *Tratado sobre la naturaleza humana* [1739], 1ª ed., Orbis, Madrid.

Richard HYLAND (1994), "Pacta Sunt Servanda: A Meditation", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, pp. 405-433.

Elena KAGAN (2007), "Richard Posner, the Judge", *Harvard Law Review*, Vol. 120, núm. 5, pp. 1121-1122 (<http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/kagan.pdf>).

Joseph M. PERILLO (2000), "Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference", *Fordham Law Review*, Vol. 68, Issue 4, pp. 1085-1106 (<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol68/iss4/4>).

Richard A. POSNER (1972), *Economic Analysis of Law*, 1ª ed., Little, Brown and Co., Boston.

John RAWLS (1971), *A Theory of Justice*, 1ª ed., Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

Antoni RUBÍ PUIG (2010), "La boca extranjera de la ley", *Abogares, blog de InDret* ([www.abogares.com](http://www.abogares.com)).

Irma S. RUSSELL (2007), "The Broken Promise of Efficient Breach Theory: Sacrificing Certainty of Obligation for False Efficiency", *ExpressO* ([http://works.bepress.com/irma\\_russell/1](http://works.bepress.com/irma_russell/1)).

Renzo E. SAAVEDRA VELAZCO (2011), "Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir, o no incumplir, he allí el dilema", *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil LEGIS*, núm. 30, pp. 69-93 ([http://works.bepress.com/renzo\\_saavedra/39](http://works.bepress.com/renzo_saavedra/39)).

Frederick SCHAUER (2006), "On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.155, pp. 165-202 ([www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue1/Schauer155U.Pa.L.Rev.165%282006%29.pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue1/Schauer155U.Pa.L.Rev.165%282006%29.pdf)).

Steven SHAVELL (2005), "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract", *Harvard Law and Economics Research Paper Series*, Discussion Paper No. 532 (<http://ssrn.com/abstract=868593>).

Philip D. STACEY (2011), "Rule 44.1, Bodum USA v. La Cafetiere, and the Challenge of Determining Foreign Law", *Seventh Circuit Review*, Vol. 6, Issue 2, pp. 472-502 ([www.kentlaw.edu/7cr/v6-2/stacey.pdf](http://www.kentlaw.edu/7cr/v6-2/stacey.pdf)).

Rodrigo TENA ARREGUI (2010), "Instinto jurídico contra análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales)", *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*, 2010/30 (<http://eprints.ucm.es/11652>).

Catherine VALCKE (1996), "The Unhappy Marriage of Corrective and Distributive Justice in the New Civil Code of Quebec", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 46, núm. 4, pp. 539-648.

George VLAVIANOS (1993), "Specific Performance in the Civil Law: Mediating Between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French Astreinte and the Québec Injunction", *Revue générale de droit*, Vol. 24, núm. 4, pp. 515-554 ([www.revuegeneralededroit.ca/index2.php?option=com\\_sobi2&sobi2Task=dd\\_download&fid=790&Itemid=0](http://www.revuegeneralededroit.ca/index2.php?option=com_sobi2&sobi2Task=dd_download&fid=790&Itemid=0)).