

La retractación arbitraria, entre principios y remedios

MATTEO DELLACASA*

Sumario: I. El control jurisdiccional sobre el ejercicio de la retractación: problemas y soluciones. II. El resarcimiento del interés negativo como remedio general aplicable. III. La identificación de la retractación arbitraria. IV. Ineficacia de la retractación y tutela en forma específica del contratante desilusionado. V. Retracción arbitraria y abuso de dependencia económica: más sobre los remedios aplicables

Resumen: En la jurisprudencia italiana se ha consolidado el enfoque según el cual el juez está legitimado para controlar el ejercicio del derecho de retractación discrecional. Ante una solicitud expresa de la parte, el juez, incluso, está obligado a verificar la conformidad de la conducta de quien ejerce el derecho con el canon de la buena fe contractual. La reflexión de la doctrina italiana se concentra prevalentemente en la dialéctica entre autonomía privada y control judicial, mientras es menos frecuentado el terreno de los remedios que siguen a la retractación arbitraria. En este segundo perfil se concentra el presente escrito.

En primer lugar, se afirma que el control jurisdiccional de la retractación *ad nutum* es oportuno en relación con todos los contratos, y no solo en aquellos caracterizados por la asimetría de poderes entre las partes. El remedio generalmente aplicable a favor de la parte que sufre la retractación arbitraria se identifica con el resarcimiento del interés negativo: el contratante desilusionado puede obtener el reembolso de los gastos asumidos y el resarcimiento de las oportunidades de ganancias perdidas como consecuencia de la confianza depositada en la realización del negocio.

* Profesor Asociado de Instituciones de Derecho Civil en la Università degli Studi di Pavia. Correo electrónico: matteo.dellacasa@unipv.it. Traducción del italiano de PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.

Fecha de recepción: 12 de enero del 2012. Fecha de aceptación: 5 de marzo del 2012.

En segundo lugar, se delinean los criterios que permiten identificar la retractación arbitraria.

En fin, se analiza si la existencia de una relación de dependencia económica entre la empresa que se retracta arbitrariamente y su contraparte contractual puede justificar la aplicación de un remedio diferente del resarcimiento del interés negativo. El autor está orientado a responder afirmativamente. Si la empresa que sufre la retractación ilegítima ha realizado inversiones específicas –centradas en las exigencias de la contraparte y, por esto, difícilmente recuperables–, el resarcimiento del interés negativo ofrece una tutela parcial e inadecuada. Los remedios aplicables, en cambio, deben salvaguardar el interés positivo de la empresa dependiente, colocándola en la misma situación en que se habría encontrado si la relación se hubiese concretado.

Palabras clave: contrato, recesso "ad nutum", juicio de buena fe, remedios ejercitables por la parte afectada.

The Arbitrary Withdrawal: Between Principles and Remedies

Abstract: In Italian case law is well established that judge has the power to control if termination "at will" in commercial contracts is exercised according to good faith. Moreover, Italian judges are obliged to control if termination "at will" complies with good faith: a judgement which refused to examine if termination at will is consistent with good faith would be reversed by the Supreme Court. Italian scholars who annotate this case-law rule focus especially on relationships between freedom of contract and judicial power; they pay less attention to remedies enforceable by the aggrieved party. This paper, on the other hand, focus attention on remedies enforceable when termination is contrary to good faith.

Firstly, judicial control on termination "at will" contrary to good faith is justified in relation to any kind of contract, and not only in relation to asymmetric contracts. Remedy enforceable by the aggrieved party is reliance damages.

Secondly, the paper identifies the standards according to which judges can detect termination contrary to good faith.

Then the author wonders if reliance damages are still the preferable remedy when the aggrieved party is economically dependent on the party whose termination is contrary to good faith. The author thinks in this situation reliance damages are not an adequate remedy. It is better to protect the expectation interest of the aggrieved party, because it would be quite difficult for her to prove profits she could gain in performance of other contracts, different from that which has been wrongfully terminated, expectation damages and specific performance are, then, a better remedy.

Keywords: contract, termination "at will", compliance with good faith: judicial control, remedies enforceable by the aggrieved party

I. EL CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA RETRACTACIÓN: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

En la jurisprudencia ya se ha consolidado la orientación según la cual el juez está legitimado para controlar el ejercicio del derecho de retractación discrecional¹. Ante una solicitud expresa de la parte, el juez, incluso, está *obligado* a verificar la conformidad de la conducta de quien ejerce el derecho con el canon de la buena fe contractual. Actualmente, una sentencia de mérito que omita dicha valoración estaría destinada a ser casada en sede de legitimidad: el intérprete, en otros términos, no puede rehusar el control jurisdiccional aduciendo el carácter discrecional de la retractación que, en efecto, no está condicionada a la identificación de presupuestos objetivos, sino delegada a la simple voluntad de la parte legitimada. Él, en cambio, está obligado a considerar el mérito de la cuestión, es decir, a verificar si la conducta de quien se retracta no implica un abuso del correspondiente derecho, o si está en contraste con el principio de buena fe.

¹ Nos referimos, en primer lugar, a la conocida sentencia de legitimidad relativa al caso "Alibrandi c. Renault Italia": Cas. 18 de septiembre del 2009, n. 20106, en *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota de A. PALMIERI y R. PARDOLESI. "Della serie 'a volte ritornano': l'abuso del diritto alla riscossa", en *Contratti*, 2010, p. 5; con nota de G. D'AMICO. "Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto", en *Giur. comm.*, II, 2010, p. 828; con nota de L. DELLI PRISCOLI. "Abuso del diritto e mercato", en *Danno resp.*, 2010, p. 347; con nota de A. MASTRORILLI. "L'abuso del diritto e il terzo contratto", en *Giur. it.*, 2010, p. 556; con notas de P. MONTELEONE. *Clausola di recesso ad nutum dal contratto ed abuso del diritto*, y de F. SCAGLIONE. "Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica", *Ibid.*, p. 809; con nota de F. SALERNO. "Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere 'per principi'", en *Riv. Neldiritto*, 2009, p. 1428, en *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 653 (s.m.); con nota de F. PANETTI. *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*. Para ulteriores comentarios de la sentencia se reenvía a los pies de página sucesivos. En la jurisprudencia anterior, el control de buena fe sobre la retractación discrecional fue aprobado por Cas. 6 de agosto del 2008, n. 2150, en *Giur. comm.*, II, 2010, p. 229; con nota de G. GROSSO. *Osservazioni in tema di recesso della banca e clausola generale di buona fede*; Cas. 18 de octubre del 2003, n. 15482, en *Dir. giur.*, 2004, p. 525; con nota de F. BORGHI. "Osservazioni sulla figura dell'abuso del diritto", en *Giust. civ.*, I, 2004, p. 3011, en *Foro it.*, I, 2004, c. 1845, en *Giur. it.*, I, 2004, p. 2064; con nota de E. BERGAMO. "L'abuso del diritto ed il diritto di recesso", en *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2004, p. 305; con nota de M. GRONDONA. "Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale", Cas., 23 de septiembre del 2002, n. 13823, en *Banca borsa tit. cred.*, II, 2005, p. 3; con nota de O. DE NICOLA. "Sul diritto della banca scontante alla restituzione della somma anticipata", Cas., 21 de mayo de 1997, n. 4538, en *Foro it.*, I, 1997, c. 2479, en *Banca borsa tit. cred.*, II, 1997, p. 648, en *Giur. it.*, 1998, p. 511, en *Giust. civ.*, I, 1998, p. 507; con nota de M. COSTANZA. *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*; App. Milano, 10 de mayo del 2002, en *Giur. it.*, 2003, p. 502; Trib. Roma, 20 de febrero de 1997, en *Giur. comm.*, II, 1999, p. 449, con nota de A. V. GUCCIONE. *Intese vietate e contratti individuali "a valle": alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*; Trib. Roma, 28 de diciembre de 1983, en *Dir. fall.*, II, 1984, p. 266. En la jurisprudencia arbitral, cfr. Arbitro bancario financiero Roma, 23 de abril del 2010, en *Rep. Foro it.* 2011, Merito extra, n. 2011.427.4. En sentido contrario, Cas., 14 noviembre del 2006, n. 24274, en *Corr. giur.*, 2007, p. 798, con nota de G. GLIATTA. *Contratto di agenzia e obbligo di preavviso in caso di recesso*, ed en *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2007, p. 948, con nota de N. MUCCIOLI. *Diritti potestativi e frode alla legge: la cassazione tra (declamati) principi di diritto e (reale) verifica della regola privata*.

Estas dos fórmulas –buena fe y abuso del derecho– se siguen distinguiendo en la reflexión doctrinal, mientras que tienden a ser equiparadas en la argumentación jurisprudencial más reciente, que les asigna un valor análogo.

Una valoración a la luz del canon de la buena fe se impone también cuando la retractación no haya sido delegada a la mera voluntad de la parte legitimada, sino que su ejercicio haya sido condicionado en el mismo contrato a la verificación de presupuestos objetivos, a menudo inherentes a la esfera de la contraparte. En efecto, también en presencia de una justa causa de retractación prevista por el mismo contrato, se ha considerado que el juez está obligado a verificar si la elección de interrumpir la relación es conforme a la buena fe. En relación con esta hipótesis, nuevamente se ha afirmado que el intérprete no puede rehusarse a la valoración: lo demuestra un conocido caso que involucra dos sentencias de mérito que fueron casadas en sede de legitimidad en cuanto omitieron el relativo control².

La relevancia de dichos enfoques jurisprudenciales y el énfasis dado en algunos pasajes argumentativos han estimulado una amplia producción doctrinal. La reflexión tiende a concentrarse en algunos aspectos.

En primer lugar, se señala que con base en la orientación aquí sintetizada, el juez está obligado a controlar el comportamiento de la parte que, ejercitando el derecho de retractación, *actúa de conformidad con una cláusula contractual*. El control jurisdiccional sobre la conducta de quien se retracta implica, entonces, una marcada alteración de las elecciones tomadas por las partes en sede de formación del contrato³. De este modo, se busca responder a la pregunta sobre la identificación de los límites dentro de los cuales el juez puede imponer su propia valoración –fundada en la relación contractual– sobre la valoración hecha por las partes en

² Se alude al caso “*Sieni-Credit Swiss*”: Cas. 14 de julio del 2000, n. 9321, en *Corr. giur.*, 2000, p. 1479, con nota de A. DI MAJO. “La buona fede correttiva di regole contrattuali”, en *Contratti*, 2000, p. 1111, con nota de F. DI CIOMMO. “Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto”, en *Foro it.*, I, 2000, c. 3495; Cas. 2 de abril del 2005, n. 6923, en *Dir. prat. soc.*, 2005, 21, p. 54.

³ A. GENTILI. “Abuso del diritto e uso dell’argomentazione”, en *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 357 y ss.; G. D’AMICO. *Recesso ad nutum, buona fede*, cit. nt. 1, p. 17; A. PALMIERI y R. PARDOLESI. “Della serie ‘a volte ritornano’...”, cit., nt. 1, c. 97; M. R. MAUGERI. *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 329; C. SCOGNAMIGLIO. “Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto”, en *Eur. Dir. priv.*, 2003, pp. 807 y ss. Se observa, a este propósito, que para efecto del control jurisdiccional conducido según el principio de buena fe, la retractación discrecional se aproxima a aquella “por justa causa”: cfr. A. VILLELLA. *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, *Esi*, 2008, pp. 173 y ss.; C. SCOGNAMIGLIO. “Il nuovo diritto dei contratti...”, cit., p. 810; P. MANES. “Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede”, en *Contr. impr.*, 1999, p. 922; F. GALGANO. “Abuso del diritto: l’arbitrario recesso ad nutum della banca”, en *Contr. impr.*, 1998, p. 25; G. SANTORO. “L’abuso del diritto di recesso ad nutum”, en *Contr. impr.*, 1986, p. 777. Los últimos dos autores citados, además, afirman que la diferencia entre la retractación *ad nutum* y la retractación arbitraria, disuelta en el plano sustancial, permanece respecto al régimen probatorio: mientras la justa causa de retractación debe ser demostrada por el contratante que disuelve el contrato, es carga de la contraparte probar que la retractación es contraria a buena fe. La convergencia entre retractación *ad nutum* sujeta a control sobre la buena fe y retractación por justa causa es desatendida por F. DI CIOMMO. “Recesso dal contratto di apertura di credito...”, cit., pp. 1116 y ss.

el contexto de la formación del acuerdo. La línea de tensión entre autonomía privada y poder correctivo del juez se cruza con aquella entre acto y relación⁴.

Se reflexiona, también, sobre los instrumentos más idóneos para gobernar el control sobre la retractación discrecional. Como ya se anticipó, en algunos significativos pronunciamientos jurisprudenciales la buena fe y el abuso del derecho son considerados instrumentos equivalentes, ambos idóneos para sancionar la conducta arbitraria de la parte que se retracta⁵. En la doctrina esta convergencia es normalmente criticada⁶, si bien con propuestas no uniformes. En efecto, con base en una primera posición, la categoría del abuso del derecho es sustancialmente irrelevante en el plano aplicativo y, por ello, el control sobre el ejercicio de la retractación debe ser gobernado por el canon de la buena fe⁷. Según una posición igualmente autorizada, en cambio, en este terreno el abuso del derecho juega un rol significativo⁸. Recurrir a la categoría del abuso del derecho parece que tendría implicaciones en el plano de los remedios aplicables: la retractación abusiva sería ineficaz y, entonces, la parte a quien está dirigido podría obtener el cumplimiento coactivo de la relación contractual⁹. No faltan tampoco opiniones doctrinales que proponen una integración de los dos instrumentos apenas evocados: mientras el abuso del derecho permite verificar la conformidad del *interés* perseguido por la parte que se retracta con aquel que ha determinado la atribución del derecho, el canon de buena fe implica una valoración de la *conducta* ejercida por quien se retracta en la ejecución del contrato¹⁰.

Además, los pronunciamientos jurisprudenciales que sancionan la retractación arbitraria también incentivan una reflexión profunda sobre las relaciones entre

⁴ V. incisivamente, F. MACARIO. "Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza di cassazione", en *Corr. giur.*, 2009, p. 1586.

⁵ Nos referimos en particular, a Cas. 18 de septiembre del 2009, n. 20106; Cas. 18 de octubre del 2003, n. 15482, cit., nt. 1.

⁶ Una voz muy autorizada, además, comparte el enfoque de la jurisprudencia: cfr. F. GALGANO. "Qui suo iure abutitur neminem laedit?", en *Contr. impr.*, 2011, pp. 318 y ss. En el mismo sentido, M. BARALDI. "Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto", en *Contr. impr.*, 2010, pp. 60 y ss. Para una valoración crítica de tal enfoque, cfr. G. D'AMICO. "Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano", en *Contratti*, 2011, pp. 653 y ss.

⁷ Cfr. M. ORLANDI. "Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)", en *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 147 y ss., esp. 158 y ss.; F. VIGLIONE. "Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pp. 149 y ss., esp. 153; SCOGNAMIGLIO. "Il nuovo diritto dei contratti...", cit., nt. 3, pp. 813 y ss.; F. DI CIOMMO. "Recesso dal contratto di apertura di credito...", cit., nota 2, p. 1121. Entre las voces doctrinales que consideran la categoría del abuso poco o para nada relevante en el plano aplicativo recordamos a R. SACCO. "L'esercizio e l'abuso del diritto", en *Trattato di diritto civile*, dirigido por R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, p. 373; C. SALVI. voce *Abuso del diritto (diritto civile)*, en *Enc. Giur. Treccani*, I, Ed. Enc. It., I, 1988, *ad vocem*, pp. 3, 5.

⁸ Cfr. F. GALGANO. "Qui suo iure abutitur neminem laedit?", cit., nt. 6, pp. 311 y ss.; M. BARALDI. "Il recesso ad nutum...", cit., nt. 6, pp. 54 y ss.; R. NATOLI. "Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica", en *Contratti*, 2010, pp. 524 y ss.

⁹ Cfr. F. GALGANO. "Qui suo iure abutitur neminem laedit?", cit., nt. 6, p. 317.

¹⁰ Cfr. C. RESTIVO. "Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa", en *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 341 y ss.

principios del derecho común (autonomía privada y buena fe) y las reglas especiales elaboradas para contratos de empresa caracterizados por asimetría de poderes entre las partes: se hace referencia, en particular, a la disciplina de la afiliación (*affiliazione*) comercial y a aquella del abuso de dependencia económica (art. 3 Ley n.º 129 del 6 de mayo del 2004; art. 9 Ley 192 del 18 de junio de 1998).

También en relación con este aspecto la doctrina está dividida. Algunos autores resaltan una marcada convergencia entre el juicio con base en la buena fe y aquel que asume como referencia el abuso de dependencia económica. En tal perspectiva cultural, la buena fe justifica la intervención del juez en el contenido del contrato, legitimando la elaboración de reglas diferentes respecto de aquellas pactadas por las partes en el acto de conclusión del acuerdo. El abuso de dependencia económica —que prevé expresamente un control por parte del juez sobre las condiciones contractuales “desequilibradas”— no constituye, entonces, una institución excepcional, sino armónica con un principio fundamental del derecho de los contratos, como es el de la buena fe¹¹. En consecuencia, su aplicación no está circunscrita entre los límites del contrato de subministro, sino que se extiende a todas las relaciones en las que subsista una relación de dependencia económica. Bajo esta óptica, de otra parte, la definición del ámbito de aplicación de la institución se convierte en un falso problema, en cuanto el mismo principio de buena fe autoriza la intervención del juez sobre las condiciones contractuales¹².

En una posición opuesta se ubica quien, en cambio, considera a la buena fe un factor de integración de los efectos del contrato necesariamente armónico con las elecciones tomadas por las partes. El principio no legitima una intervención correctiva del juez con base en las condiciones contractuales, sino sólo la elaboración de reglas coherentes con la fisonomía de la operación económica prefigurada por el acuerdo de las partes¹³. Esto conduce, de un lado, a criticar el control jurisdiccio-

¹¹ Cfr. L. DELLI PRISCOLI. “Abuso del diritto e mercato”, cit., nt. 1, pp. 841 y ss.

¹² En este sentido, de nuevo, L. DELLI PRISCOLI. “Abuso del diritto e mercato”, cit., nt. 1, p. 841, quien afirma que “podría incluso decirse que la norma en tema de abuso de la dependencia económica ya no es necesaria, porque sería simplemente suficiente hacer uso de la norma sobre la buena fe en la ejecución del contrato (art. 1375 c. c.)”. Con la misma perspectiva, E. BATTELLI. “Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica”, en *Corr. merito*, 2007, p. 184; M. BIANCA. *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 405; E. CAPOBIANCO. *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Esi, 2000, pp. 62 y ss. En jurisprudencia, cfr. Trib. Isernia, 12 de abril del 2006 (ord.), en *Giur. merito*, 2006, p. 2149 (s.m.), con nota de L. DELLI PRISCOLI. *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, en banco de datos *DeJure Giuffrè*. Distinta es la posición de R. NATOLI. “Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica”, cit., nt. 8, pp. 526 y ss., según la cual el abuso de dependencia económica disciplinado por el artículo 9 de la ley n.º 192 del 18 de junio de 1998, más bien es reconducible a la categoría civilista del abuso del derecho: el intérprete no está legitimado para controlar el equilibrio económico del contrato, pero sí está obligado a verificar si los intereses del titular están de acuerdo con aquellos respecto de los cuales la atribución del derecho es funcional.

¹³ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO. “Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)”, en *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, pp. 142 y ss.; A. GENTILI. “Abuso del diritto e uso dell’argomentazione”, cit., nt. 3, pp. 357 y ss.

nal sobre la retractación *ad nutum*, considerado una inadmisibles manipulación de las condiciones contractuales: el juez, en efecto, sustituye la cláusula que admite la retractación discrecional con una regla diferente, que sanciona la elección de interrumpir la relación en ausencia de un fundamento justificativo idóneo. De otro lado, conduce a calificar como excepcional la disciplina del abuso de dependencia económica, cuya aplicación estaría limitada a los contratos de subsuministro¹⁴. La invalidez de las condiciones desequilibradas prevista por la normativa especial contrasta frontalmente con el principio de autonomía privada que reserva a las partes la tarea de determinar el contenido del contrato (1322 c. c.) y, además, no puede fundarse en el canon de la buena fe, que no justifica alguna intervención correctiva del juez, sino sólo la elaboración de reglas funcionales tendientes a la más completa actuación el acuerdo.

En el fondo de dichas consideraciones se registra una difundida perplejidad, que surge del carácter vago e indeterminado de los criterios que gobiernan el control del ejercicio de la retractación discrecional¹⁵. En ausencia de reglas de juicio más precisas y analíticas, el control jurisdiccional corre el riesgo de resolverse en un factor de incertidumbre que puede obstaculizar las relaciones económicas.

Si la reflexión doctrinal se concentra prevalentemente en estos temas, el lado de los remedios que derivan de la retractación arbitraria resulta, en cambio, menos frecuentado. El estudio de la literatura muestra un hiato neto. Los autores que consideran a la retractación un punto de vista general dedican a la reconstrucción del régimen de los remedios una atención comparativamente más limitada respecto de aquella relativa a los perfiles estrictamente sustanciales a los cuales se hizo apenas referencia (oportunidad y condiciones del control jurisdiccional). Las soluciones propuestas son, en ocasiones, apodícticas y fuertemente condicionadas por la construcción dogmática acogida: parece que falta un análisis profundo de la relación entre interés tutelado y remedio aplicable. El tema asume, en cambio, una relevancia preponderante entre los comentarios de la disciplina del abuso de dependencia económica: en este ámbito se registra una difundida sensibilidad por la exigencia de elaborar soluciones realmente idóneas para tutelar los intereses de la empresa dependiente. Tampoco en este terreno, sin embargo, se encuentran soluciones uniformes.

Con base en esta sintética presentación, ahora es posible mostrar los objetivos del presente escrito y enunciar las tesis que serán defendidas, reenviando a los párrafos sucesivos las respectivas argumentaciones.

¹⁴ Cfr. A. P. SCARSO. "Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust", en *Resp. civ., prev.*, II parte, 2010, pp. 512 y ss.

¹⁵ V., como ejemplo, F. GAMBINO. "Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)", en *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 67; A. PALMIERI y R. PARDOLESI. "Della serie 'a volte ritornano'...", cit., nt. 1, c. 97; M. R. MAUGERI. "Concessione di vendita, recesso...", cit., nt. 3, pp. 329 y ss.; F. VIGLIONE. "Il giudice riscrive il contratto per le parti...", cit., nt. 7, p. 150; R. PARDOLESI. *Conclusioni*, en G. GITTI y G. VILLA (ed.). *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 348.

En primer lugar, afirmaremos que el control jurisdiccional sobre la retractación *ad nutum* es oportuno en relación con todos los contratos, y no solo aquellos caracterizados por la asimetría de poder entre las partes. Adoptaremos, entonces, en un primer momento, el punto de vista del intérprete del código civil que asume las partes de la relación contractual como tendencialmente neutras. Como quedará en evidencia, el control sobre la retractación discrecional a la luz de la buena fe permite resolver una contracción interna en la normativa del código y presenta una fuerte analogía con la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones (art. 1337 c. c.). El remedio generalmente aplicable a favor de la parte que sufre la retractación arbitraria será identificado con el resarcimiento del interés negativo: el contratante desilusionado puede obtener el reembolso de los gastos en que incurrió y el resarcimiento de las ocasionales ganancias perdidas como consecuencia de la confianza depositada en la realización del negocio¹⁶.

En segundo lugar, se indicarán los criterios que permiten identificar la retractación arbitraria. Compartimos las perplejidades expresadas por la doctrina, que señalan que la indeterminación de las reglas de juicio adoptadas por la jurisprudencia puede perjudicar la certeza de las relaciones económicas. La definición de la retractación arbitraria, entonces, debe ser lo más precisa y analítica posible. Las consideraciones realizadas sobre el particular son compatibles, tanto con la retractación convencional, como con la retractación legal que caracteriza los contratos a tiempo indeterminado, sobre los cuales vierte el presente estudio¹⁷.

¹⁶ V. *infra*, §§ 2, 3.

¹⁷ V. *infra*, § 4. En ambos casos la parte legitimada para retractarse puede liberarse de la relación contractual "a costo 0" sin que se encuentre previsto a su cargo el pago de ningún resarcimiento: la cláusula que prevé la retractación y la falta de previsión de un término de duración es *tendencialmente* incompatible con la confianza de la contraparte en la estabilidad de la relación, y justifica así la disolución discrecional del contrato. Bien diferente es la disciplina de las retractaciones discrecionales previstas por la ley en relación con los contratos a tiempo determinado reconducibles al arquetipo de la *locatio operis* y al mandato (arts. 1671, 1685, 1725, 2227 c. c.): en este terreno, quien se retracta —porque perdió el interés en la ejecución de la prestación "in natura" de la cual es acreedor— está obligado a resarcir el daño sufrido por la contraparte como consecuencia de la no ejecución del intercambio. El resarcimiento previsto por la ley es determinado con base en el interés positivo: la contraparte de quien retracta, en efecto, logra no sólo el reembolso de los gastos, sino también el resarcimiento de la falta de ganancia. La decisión de disolver el contrato efectuada por quien retracta no está legitimada por el reglamento contractual y, por esto, la ley la equipara a un incumplimiento: el resarcimiento, en efecto, se identifica con aquel del daño "por resolución". En definitiva, reconociendo la legitimación para retractar al acreedor de la prestación *in natura* la ley "reviste" de un derecho (*ius poenetendi*) un comportamiento ilícito como el incumplimiento y selecciona el remedio a disposición de la contraparte: mientras regularmente el acreedor puede escoger entre cumplimiento coactivo o el binomio resolución-resarcimiento (art. 1453 c. c.), la contraparte de quien retracta se debe resignar con la disolución del contrato y es tutelada por equivalente por medio de un resarcimiento calculado con base en el interés positivo. Las retractaciones discrecionales identificables en el terreno de los contratos de *locatio operis* y del mandato constituyen, entonces, un instrumento de técnica legislativa gracias al cual, excluyendo el cumplimiento coactivo, se selecciona el remedio que puede ser empleado por el contratante fiel. En relación con estos, como es evidente, ni siquiera hipotéticamente se

Valoraré, finalmente, si la presencia de una relación de dependencia económica entre la empresa que se retracta arbitrariamente y su contraparte contractual puede justificar la aplicación de un remedio diferente al resarcimiento del interés negativo. Estamos orientados a responder afirmativamente. Si la empresa que sufre la retractación ilegítima ha realizado inversiones específicas –centradas en las exigencias de la contraparte, y por esto difícilmente recuperables– el resarcimiento del interés negativo ofrece una tutela parcial e inadecuada. Los remedios aplicables, en cambio, deben salvaguardar el interés positivo de la empresa dependiente, colocándola en la misma situación en que se habría encontrado si la relación hubiese continuado¹⁸.

Con este presupuesto, la tutela en forma específica ofrecida por la ineficacia de la retractación y por el cumplimiento coactivo de la relación contractual parece preferible respecto de la tutela por equivalente representada por el resarcimiento del interés positivo. La empresa dependiente necesita recuperar en tiempos rápidos los costos de las inversiones afrontados para hacer efectiva la relación, y que se convirtieron en inútiles como consecuencia de la disolución; si ya hizo recurso al crédito, la no obtención de las ganancias esperadas hace patente el riesgo de insolvencia. En esta situación, el resarcimiento del daño que sería reconocido con la culminación del proceso declarativo puede resultar intempestivo. Una tutela más incisiva es ofrecida por la ineficacia de la retractación y por el consecuente cumplimiento coactivo de la relación contractual, accionable también en sede cautelar (art. 700 c. p. c.). La orden del juez que impone la actuación del contrato se debe considerar no solo, y no tanto, por su contenido, sino por el efecto que produce sobre la empresa dominante: tras la decisión cautelar que impone la continuación de la relación, la empresa dominante es inducida a negociar con la contraparte la disolución del contrato. Y, de este modo, el consenso por parte de la empresa dependiente se logra gracias al pago de una suma de dinero que compensa tempestivamente el interés lesionado.

En definitiva, la tutela de forma específica, anticipada en sede cautelar, es más idónea que aquella por equivalente para reintegrar las razones de la empresa dependiente que, después de haber realizado inversiones conspicuas, se encuentra en crisis de liquidez. La solución propuesta, además, permite eludir las dificultades que obstaculizan la correcta determinación del resarcimiento: las partes empeñadas en la negociación que tiene como objeto la resolución del contrato están en

puede contemplar un control de la buena fe: es la ley misma que dicta una disciplina que, gracias al resarcimiento del interés positivo, ubica a la parte desilusionada en la misma situación en la que se habría encontrado si el intercambio se hubiese verificado. Para un análisis de este perfil, y para las relativas referencias, v., si se desea, M. DELLACASA. "Il recesso unilaterale", en *Trattato della responsabilità contrattuale*, G. VISINTINI (dir.), *Inadempimento e rimedi*, 1, Cedam, 2009, pp. 675 y ss.; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Giappichelli, 2008, pp. 29 y ss.

¹⁸ V. *infra*, § 5.

condición de evaluar mejor que el juez los respectivos intereses en la actuación o, en cambio, la disolución de la relación.

II. EL RESARCIMIENTO DEL INTERÉS NEGATIVO COMO REMEDIO GENERAL APLICABLE

Asumamos ahora la perspectiva propia del intérprete del código civil, donde los sujetos de la relación contractual que resulta golpeada por la retractación arbitraria no son partes "caracterizadas", sino tendencialmente neutras. Desde nuestro punto de vista, el control sobre el ejercicio del derecho de retractación es necesario también si entre los contratantes no subsiste una relación de dependencia económica; el remedio más idóneo para tutelar a la contraparte de quien se retracta se identifica, además, con el resarcimiento del interés negativo.

La adopción de un régimen de responsabilidad que sanciona la retractación arbitraria y protege la confianza de la parte interesada en la actuación de la relación permite resolver una contradicción interna del código. El artículo 1229 c. c. sanciona la nulidad de las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave; es nula una cláusula que legitima el incumplimiento voluntario del deudor, exonerándolo total o parcialmente de la obligación de resarcir el daño. En la misma base de la disposición se encuentra la exigencia de salvaguardar el valor de la obligación asumida por el deudor: si escogiendo no cumplir este último no tuviere que resarcir el daño ocasionado a la contraparte, el compromiso resultado de la asunción de la obligación terminaría frustrado¹⁹. Las partes, en otras palabras, no pueden contraer una obligación y, al mismo tiempo, excluir la aplicación del remedio que garantiza el cumplimiento.

Por el contrario, con base en el artículo 1373 c. c., es válida la cláusula que atribuye a una de las partes, o a ambas, el derecho de retractarse discrecionalmente. Regularmente, en los contratos que no son de duración la retractación puede ser ejercida sólo hasta el momento en que la ejecución inicia. Sin embargo, la disposición es derogable, de modo que sería ciertamente válida una cláusula que legitimase la retractación, también después de tal momento. La parte legitimada a retractarse, entonces, puede liberarse "a costo cero" de la relación contractual si, habiendo perdido el interés en ella, escoge no cumplir: le es suficiente ejercitar el *ius poenitendi*.

¹⁹ Cfr. G. VILLA. "Danno e risarcimento contrattuale", en *Trattato del contratto*, V. ROPPO (dir.), *Rimedi-2*, v. Giuffrè, 2006, p. 832; M. FRANZONI. *Trattato della responsabilità civile. Il danno risarcibile*, Giuffrè, 2004, p. 691; G. CECCHERINI. "Responsabilità per fatto degli ausiliari - Clausole di esonero della responsabilità", en *Comm. cod. civ.*, dirigido por P. SCHLESINGER, continuado por F. D. BUSNELLI, Giuffrè, 2003, subart. 1229, pp. 149 y ss.; V. ROPPO. "Il contratto", en *Tratt. dir. priv.*, IUDICA y ZATTI (dir.), Giuffrè, 2001, pp. 997 y ss.; L. CABELLA PISU, "Le clausole di esonero da responsabilità", en *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (dir.), 9, *Obbligazioni e contratti*, 2.ª ed., Utet, 1999, pp. 287 y ss.; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, 1971, pp. 29 y ss.

Como resulta evidente, las dos posiciones disciplinan de modo diferente la relación entre la autonomía privada y el comportamiento asumido por una de las partes de no ejecutar el contrato. Con base en el artículo 1229 c. c., el incumplimiento voluntario del deudor genera su responsabilidad, también cuando esta ha sido expresamente excluida por una cláusula pactada con el consenso del acreedor. Según los términos del artículo 1373 c. c., en cambio, la parte que ha perdido el interés en la realización del negocio puede liberarse sin costos del vínculo contractual, ejercitando el derecho de retractación. En los términos de la primera disposición, el sujeto interesado en la actuación del contrato obtiene, de todas formas, el resarcimiento del daño, cuantificado en la medida del interés positivo (art. 1223 c. c.). Con base en la segunda disposición, en cambio, el contratante que ha acordado a favor de la contraparte la posibilidad de retractarse sufre la disolución de la relación contractual sin obtener *ningún* resarcimiento.

No parece que esta evidente contradicción haya sido identificada por la doctrina. Con toda probabilidad, la razón se debe al hecho de que en la sistemática tradicional las dos disposiciones ocupan áreas diferentes del derecho de las obligaciones y los contratos. La disciplina de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad está ubicada en el contexto de los remedios contra el incumplimiento; la retractación convencional está ubicada en el ámbito de los efectos del contrato: no constituye un *hecho* –como el incumplimiento de una obligación– sino un *acto negocial* que implica la disolución del contrato. Aunque es evidente que la retractación ofrece al contratante que la ejercita la legitimación para liberarse de la relación obligatoria “a costo 0”, cualquier cotejo con el régimen del incumplimiento se ha evitado.

La sistemática y las categorías dogmáticas tradicionales, por lo tanto, no sanan las contradicciones del código. Si es cierto que la cláusula que atribuye la legitimación de retractarse es válida (art. 173 c. c.), es igualmente cierto que la ley no permite a la autonomía privada excluir el resarcimiento del daño derivado de la elección voluntaria de no respetar la relación (art. 1229 c. c.).

Desde nuestro punto de vista, la contradicción puede ser solucionada o, al menos, atenuada, reconociendo a la parte desilusionada por la retractación arbitraria un resarcimiento del daño en la medida de la confianza razonablemente puesta en la realización del negocio; es decir, el interés negativo.

El contratante que sufre la retractación reconoció a la contraparte el derecho de disolver la relación: por regla general, la legitimación para retractarse es compensada por condiciones económicas más favorables (p. ej., aumento del valor correspondiente por el bien o el servicio prestado)²⁰. Con la suscripción de la

²⁰ La relación descrita en el texto –por cierto intuitiva– es confirmada por los estudios del análisis económico del derecho, donde se observa que, normalmente, toda modificación del régimen de los remedios contra el incumplimiento se compensa con una variación de las condiciones económicas pactadas por las partes: v. *ex pluribus*, S. SHAVELL. “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An economic Analysis”, en *Texas Law*

cláusula que legitima la retractación se acepta la introducción en el contrato de un factor de aleatoriedad. Si, como se espera, el *ius poenitendi* no es ejercido, la actuación de la relación contractual implica una ventaja ulterior; si, en cambio, el derecho es correctamente ejercido, y la relación se disuelve, la parte interesada en la realización del negocio sufre un perjuicio que no es resarcido.

La legitimación a retractarse se deriva de una cláusula libremente aceptada por la parte que actúa en juicio: la misma, por lo tanto, no puede pretender que se le ubique en la misma situación que habría derivado de la ejecución del contrato²¹. Pero, si la retractación es arbitraria, el contratante desilusionado tiene derecho al reembolso de los gastos y al resarcimiento de las ocasionales ganancias perdidas como consecuencia de la confianza puesta en la realización del negocio²².

Review, 84, 831, 2006, pp. 840 y ss.; ID. *Foundations of Economic Analysis of Law*, en *Harvard University Press*, 2004, pp. 304 y ss., 338 y ss.; ID. *Damage Measures for Breach of Contract*, en *Bell Journal of Economics*, 11, 466, 1980, pp. 466 y ss., 489; J. GOETZ y R. SCOTT. *Enforcing promises: an examination of the basis of contract*, en *Yale Law Journal*, 89, 1261, 1980, pp. 1285 y ss.; A. M. POLINSKY. *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, 2.^a ed., Foro it., 1992, pp. 39 y ss.

²¹ El argumento fácilmente puede ser adaptado a la retractación legal propia de los contratos a tiempo indeterminado. Considerada la legitimación para retractar acordada por la ley a ambos contratantes, la parte que concluye un contrato a tiempo indeterminado renuncia conscientemente a la garantía de una duración mínima de la relación; no puede entonces pretender ser ubicada en la misma situación en la que se habría encontrado si –por hipótesis– hubiese concluido un contrato a tiempo determinado, el cual, en cambio, le habría garantizado la estabilidad de la relación hasta el vencimiento del término.

²² Como ya se anticipó en las líneas de introducción, las contribuciones científicas relativas a la determinación del *quantum* resarcible no son muy numerosas. En relación con los contratos de distribución, es obligatorio el reenvío a R. PARDOLESI. *I contratti di distribuzione*, Jovene, 1979, pp. 325 y ss., quien –analizando en particular la hipótesis en que la retractación arbitraria involucra un contrato a tiempo indeterminado– prospecta una responsabilidad limitada a las inversiones no recuperables y no amortizadas por la empresa de distribución (v. *infra*, nt. 30). A nuestro juicio, además, los criterios indicados por el autor se adaptan fácilmente a la retractación convencional pactada en el contexto del contrato a tiempo determinado. Para posiciones diferentes en la literatura más reciente, F. PANETTI. *Buona fede, recesso ad nutum...*, cit., nt. 1, pp. 682 y ss. El autor considera que el resarcimiento del daño debido al contratante desilusionado por la retractación arbitraria debe ser calculado con base en el interés positivo. Para justificar tal conclusión, valoriza las disposiciones del código que, en relación con la hipótesis en que la contraparte de quien retracta sea un empresario, prevén el resarcimiento del daño por lucro cesante (arts. 1671, 2227 c. c.): lo mismo no está previsto, en cambio, cuando la contraparte de quien retracta no desempeña una actividad empresarial (arts. 1725; 2237 c. c.). Se trata de una reconstrucción de la normativa del código que encuentra aceptación en opinión de GALGANO, en *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, F. GALGANO y G. VISINTINI (eds.), Zanichelli-Foro it., 1993, pp. 63 y ss. Como posición intermedia, M. FRANZONI. *Degli effetti del contratto*, 1, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1998, pp. 336 y ss.: según el autor, el contratante que sufre la retractación arbitraria estaría legitimado para obtener el resarcimiento del “interés contractual positivo” que, sin embargo, se identifica con “la confianza depositada por la parte en la continuación de la relación”. Sin embargo, como esta confianza es muy poca –porque la parte perjudicada es consciente de estar expuesta a la retractación– el daño asumirá “la tipología de la pérdida de *chance*”. Con particular referencia al resarcimiento del daño derivado de la retractación arbitraria en el contexto de los contratos asimétricos, cfr. ZOPPINI. *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, en G. GITTI y G. VILLA (eds.). *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 247; sobre el punto v. *infra*, nt. 49.

Si fuese posible retractarse arbitrariamente sin, ni siquiera, resarcir el daño derivado de la frustración de la confianza, la parte expuesta a la retractación sería relictante a invertir en la operación económica propia del contrato. Si la retractación no puede ser arbitraria, sino que debe conformarse a un canon de corrección, es posible prever, incluso sólo en forma aproximada, la probabilidad de que la misma sea efectuada y, con esta base, calcular las inversiones que es oportuno realizar para dar ejecución a la relación contractual. La contraparte del contratante legitimado efectuará inversiones no superiores a las ganancias esperadas con la realización del negocio, deducida la probabilidad de que el derecho de retractación sea efectivamente ejercido. Así, si en una cierta fase de la relación las ganancias esperadas son de 150 y la probabilidad que subsista una buena razón para retractarse es del 15%, la contraparte del contratante legitimado es inducida a invertir hasta el límite de 135. Una valoración de este tipo sería muy difícil, si no imposible, cuando la contraparte fuese legitimada a retractarse arbitrariamente. En esta eventualidad, el contratante expuesto a la retractación debería sostener inversiones relevantes sin algún *chance* de poder recuperarlas y sin poder calcular ni siquiera aproximadamente la medida de los costos que debe asumir.

De otra parte, el pago de un resarcimiento calculado con base en el interés negativo resulta justificado, también, en la perspectiva de la parte que retracta. De un lado, él "adquirió" el derecho de retractarse, compensando a la contraparte con condiciones contractuales más favorables: cuando ejercita tal derecho, incluso de forma arbitraria, no puede ser obligado a pagar un resarcimiento que representa la situación en la que la contraparte se habría encontrado si la relación hubiese sido actuada (interés positivo). De otro lado, la obligación de reembolsar los actos y resarcir las oportunidades de ganancias perdidas lo induce a comportarse correctamente en la formación y en la ejecución del contrato. La responsabilidad calculada a la luz del interés negativo, en otras palabras, permite interiorizar los costos y las ocasiones de ganancia perdidas por parte del contratante desilusionado; el sujeto legitimado para retractarse, entonces, es inducido a comportarse de manera tal que evite que la contraparte efectúe inversiones inútiles tras la disolución de la relación²³. En consecuencia, en términos generales, un ahorro de recursos que, de lo contrario, serían consumidos inútilmente.

Por cierto, la exigencia de tutelar la confianza de la parte interesa en que se realice el negocio se encuentra contemplada en el texto del artículo 1373 c. c. Regularmente, en los contratos que no son de duración el derecho de retractación puede ser ejercido sólo hasta cuando comienza la ejecución. El legislador tutela de este modo "de forma específica" la confianza depositada por la contraparte de quien se retracta en la ejecución de la relación: ante la ineficacia de la retractación, ella puede obtener coactivamente la actuación del intercambio. El comienzo de la ejecución implica la necesidad de sostener inversiones finalizadas, en la perspectiva

²³ Para una anotación análoga cfr. C. SCOGNAMIGLIO. *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., nt. 3, p. 813.

del deudor, al cumplimiento de la obligación; en la óptica del acreedor, finalizadas a la valoración de la prestación. Ciertamente, es verdad que también antes del inicio de la ejecución la contraparte de quien retracta puede haber ejecutado inversiones relevantes; sin embargo, después de dicho momento, tal eventualidad parece más que cierta. En definitiva, la ley no tutela la confianza *discrecional* de las partes que, con base en valoraciones de oportunidad, llevan a cabo inversiones dirigidas a aumentar el valor del intercambio; protege, en cambio, la confianza *necesaria*, que se identifica con la actividad dirigida a la ejecución de la relación²⁴.

Claro, la disposición se puede derogar, y no se aplica a los contratos de larga duración. Sin embargo, ella ofrece una indicación a favor de la tesis fundamentada en este escrito. El artículo 1373 c. c. tutela de forma específica la confianza otorgada por la contraparte de quien se retracta en la relación de la operación económica propia del contrato; la responsabilidad que se deriva de la retractación arbitraria, coherentemente, se mide a partir del perjuicio que se deriva de la frustración de tal confianza, sintetizado en la fórmula del interés negativo (gastos + ganancias ocasionales perdidas).

Son evidentes las analogías entre la responsabilidad de la retractación arbitraria, así reconstruida, y aquella que se deriva de la ruptura injustificada de las

²⁴ En la literatura jurídica estadounidense, la justificación propuesta en el texto también se encuentra en la distinción entre *essential* e *incidental reliance*. La primera implica las actividades que el contratante desilusionado debe necesariamente realizar para llevar a buen término la prestación debida y obtener, así, el pago del correspondiente, además de las ocasiones de ganancia perdidas: el valor de la *essential reliance* nunca puede exceder el correspondiente contractualmente previsto porque, de lo contrario, la parte fiel transferiría sobre la incumplida pérdidas patrimoniales que habría igualmente sufrido si la relación hubiese sido ejecutada. En cambio, corresponden a la *incidental reliance* los costos asumidos por el contratante desilusionado en el contexto de ulteriores relaciones contractuales que presuponen la ejecución de aquella que fue incumplida: en tal categoría entran, como ejemplo, los gastos afrontados por el conductor para adquirir bienes que pretende usar en el inmueble arrendado, cuando el arrendador no lo entregase. La medida del *incidental reliance* puede exceder el correspondiente previsto por el contrato, porque las inversiones ulteriores efectuadas por la víctima del incumplimiento pueden ser bien superiores al correspondiente. La distinción fue propuesta por primera vez en L. FULLER y W. PERDUE. "The reliance interest in contract damages", en *Yale Law Journal*, 46, 53, 1936-1937, pp. 77 y ss., y sucesivamente adoptada por A. FARNSWORTH y E. A. FARNSWORTH. *Contracts*, 4.^a ed., Aspen, 2004, pp. 732 y ss.

En tiempos más recientes, una distinción análoga a aquella efectuada en el texto fue propuesta por M. A. EISENBERG y B. McDONNELL. *Expectation damages and the theory of overreliance*, *Hastings Law Journal*, 54, 1335, 2002-2003, pp. 1340 y ss. Los autores distinguen entre *beneficial* y *necessary reliance*. La primera designa la totalidad de las inversiones que aumentan el valor de la prestación contractual para el acreedor (ej., campaña publicitaria financiada por el organizador de un concierto –acreedor de la prestación artística– que anuncia el evento tres meses antes de la fecha prevista); la segunda indica, en cambio, las inversiones que ambas partes deben realizar con el fin de concretar la operación económica propia del contrato: en ausencia de ellas, la relación no podría ser ejecutada (ej., arriendo de la estructura donde el concierto se llevará a cabo, construcción del lugar donde la maquinaria del acreedor será ubicada; compra de bienes al por mayor que el adquirente se obliga a entregar para la venta al detal). En el derecho inglés v., para una distinción análoga, G. TREITEL. *The Law of Contract*, 12.^a ed., E. Peel, Sweet & Maxwell, 2007, p. 940.

negociaciones (art. 1337 c. c.)²⁵. En ambos casos, el parámetro con base en el cual se evalúa la decisión de interrumpir la relación coincide con el principio de buena fe (arts. 1337; 1375 c. c.); el remedio aplicable a favor de la parte desilusionada se identifica con el resarcimiento del interés negativo. La analogía, además, parece justificada. Tanto quien se retracta arbitrariamente como quien interrumpe una negociación sin justificado motivo ejercen un derecho, fundado en la ley o en una cláusula contractual. La contraparte, correlativamente, es consciente de la posibilidad de que tal derecho sea ejercido y de que, en tal caso, el contrato no será ejecutado o la negociación no llegará a buen fin: no puede, entonces, pretender un resarcimiento del daño que lo ubique en la misma situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiese sido concluido y ejecutado. De otra parte, en ambas hipótesis subsiste la exigencia de proteger la confianza de los sujetos interesados en la ejecución de la relación, y de este modo evitar una inversión inútil de recursos. Por ello, el daño se calcula con base en el interés negativo: sanciona el comportamiento contradictorio de quien se retracta, quien induce a la contraparte a invertir para, después, interrumpir la relación en ausencia de una razón justificada idónea²⁶.

La solución propuesta se debe considerar en relación con la perspectiva que adoptamos en esta primera fase: aquella del intérprete del código civil. Las partes de la relación contractual no están caracterizadas, sino que son neutrales; ellas se encuentran en un plano tendencialmente paritario, y no se encuentran en una relación de dependencia económica. Dadas estas condiciones, la tutela ofrecida por el resarcimiento del interés negativo no es necesariamente inferior respecto de la constituida por el resarcimiento del interés positivo. En ausencia de una relación de dependencia económica –caracterizada, regularmente, por inversiones relevantes y difícilmente recuperables, en cuanto centradas en específicas exigencias de la empresa dominante–, el contratante que sufre la retractación arbitraria habría podido concluir negocios alternativos a aquel que se esfumó. Pues bien, en un sistema perfectamente “transparente y competencial”²⁷ las oportunidades de ganancia abandonadas por causa de la confianza depositada en la eficacia del contrato equivalen a aquellas ofrecidas por el mismo contrato. El interés positivo, entonces, representa aquel negativo: la segunda medida puede resultar coincidente con la primera²⁸.

²⁵ Cfr. G. SANTORO. “L’abuso del diritto di recesso ad nutum”, cit., nt. 3, pp. 769 y ss.

²⁶ Para un análisis profundo de las razones que justifican la cuantificación del daño precontractual en la medida del interés negativo –y para las relativas referencias– se reenvía al estudio monográfico de G. AFFERNI. *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, 2008, pp. 118 y ss., esp. 122 y ss., texto y nota 118, 124.

²⁷ Así TRIMARCHI. “Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento”, en *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, p. 639.

²⁸ Un aspecto nuevamente resaltado por L. FULLER y W. PERDUE. “The reliance interest...”, cit., p. 62, nota 24. En el mismo sentido, recientemente, R. COOTER y M. A. EISENBERG. “Damages for breach of contract”, en *California law review*, 73, 1434, 1985, p. 1459; J. GOETZ y R. SCOTT. *Enforcing promises: an examination of the basis of contract*, *Yale Law Journal*, 89,

Si esto es verdad desde una perspectiva teórica, la diferencia entre los dos remedios sigue siendo significativa desde un punto de vista probatorio. Dado que, de hecho, también en ausencia de una situación de dependencia entre empresas, el sistema económico no es perfectamente coherente y competencial, para la parte perjudicada por la retractación arbitraria la prueba de las ocasiones alternativas de ganancias perdidas (interés negativo) es más difícil respecto de aquella del lucro que habría sido garantizado por el contrato no actuado (interés positivo): los negocios alternativos esfumados, en efecto, pueden ser valorados sólo con base en conjeturas o valoraciones de tipo hipotético²⁹. En definitiva, mientras el componente emergente del interés negativo es fácilmente demostrable (gastos), no puede decirse lo mismo del componente lucro-cesante.

III. LA IDENTIFICACIÓN DE LA RETRACTACIÓN ARBITRARIA

Establecido el remedio aplicable, consideremos los criterios que permiten identificar la retractación arbitraria.

En primer lugar, se debe precisar que quien se retracta no está obligado a reembolsar los gastos de la contraparte si, por los tiempos y la modalidad como se realiza la disolución de la relación, la misma está en condición de amortizar las inversiones efectuadas. Imaginemos que la retractación sea comunicada una vez ha pasado un periodo de tiempo considerable desde la conclusión del contrato, suficiente para amortizar las inversiones llevadas a cabo por la contraparte (el llamado *recovery period*). O imaginemos que quien se retracta concede un término de preaviso igualmente idóneo para realizar la amortización³⁰. O imaginemos que la retractación estuvo acompañada por la oferta de una indemnización suficiente para reconvertir las inversiones y hacerlas idóneas para ser utilizadas en el contexto de una operación económica diferente³¹. Imaginemos el caso en que la sociedad

1261, 1980, p. 1284. En el contexto italiano, P. TRIMARCHI. "Interesse positivo e interesse negativo...", cit., p. 639, nota 27; ID. *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, pp. 86 y ss.

²⁹ En este sentido, por todos, P. TRIMARCHI. "Interesse positivo e interesse negativo...", cit., p. 639, nota 27; ID. *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pp. 86 y ss., nota 28.

³⁰ La relevancia del factor "tiempo" en relación con la tutela de la empresa que sufre la retractación arbitraria es señalada y analizada por R. PARDOLESI. *I contratti di distribuzione*, cit., nota 22, *passim*, esp. pp. 326 y ss.: según el autor, la retractación es legítima si se lleva a cabo cuando ya se ha agotado el *recovery period*, es decir, el periodo de tiempo necesario para amortizar las inversiones sostenidas por el contratante desilusionado. Más recientemente, el mismo criterio fue formulado por R. NATOLI. *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, 2004, pp. 142 y ss. En jurisprudencia, cfr. Trib. Bari, 22 de octubre del 2004 (ord.), en *Danno resp.*, 2005, p. 750, con nota de G. DI GREGORIO. *Mancata protrazione del rapporto di affiliazione commerciale oltre la naturale scadenza*.

³¹ Respecto a esta hipótesis, cfr. F. PANETTI. *Buona fede, recesso ad nutum...*, cit., nota 1, pp. 672 y ss. El autor reconstruye los lineamientos del caso relativo al apartamiento de la marca Oldsmobile por parte de la sociedad General Motors. La retractación por parte de la conocida casa automotriz de una multiplicidad de contratos de concesión exclusiva de venta había sido acompañado por la oferta de una indemnización calculada con los resultados

que se retracta prospecta a la contraparte la conclusión de un contrato con otra sociedad confiable, miembro del mismo grupo: contrato en el contexto del cual las inversiones precedentemente realizadas pueden ser recuperadas. En todas estas hipótesis la parte que se retracta arbitrariamente no está obligada a reembolsar los gastos –que ya fueron amortizados, o que se pueden recuperar en el ámbito de una relación diferente–; al máximo, eventualmente, estaría obligado al resarcimiento de las ganancias ocasionales perdidas por la contraparte como consecuencia de la confianza depositada en la realización del negocio.

Con referencia al primer componente del resarcimiento (gastos) faltaría el presupuesto de la responsabilidad de la parte que se retracta, es decir, la existencia de un daño que no se puede evitar con la diligencia ordinaria (inciso 2.º, art. 1227 c. c.). En relación con el segundo componente (ocasiones de ganancias perdidas), la carga probatoria a cargo del contratante desilusionado es más difícil de satisfacer, de modo que es posible que él no obtenga ningún resarcimiento. Sin embargo, no se puede excluir una responsabilidad limitada a las ocasiones de ganancias perdidas. Piénsese en la hipótesis en la que, una vez pasado el periodo necesario para amortizar los gastos, un constructor (*appaltatore*) haya rechazado una ventajosa propuesta contractual confiando en las declaraciones del comitente, quien, después de haber manifestado la intención de continuar la relación, ejercita el derecho de retractación.

Hecha esta precisión, el control sobre la arbitrariedad de la retractación se concentra en las razones que determinan la elección de interrumpir la relación, valoradas a la luz de dos criterios de juicio: la esfera de los intereses económicos sobre los cuales incide el contrato y las circunstancias de las que la parte que se retracta tenía conocimiento cuando concluyó el acuerdo.

La retractación es sin duda arbitraria si las razones que la determinan son extrañas al ámbito de los intereses económicos afectados por el contrato. Quien se retracta actúa sin corrección si decide disolver la relación para perseguir un interés que no tiene nada que ver con la operación económica prefigurada por el acuerdo contractual. Según la reconstrucción de una autorizada voz doctrinal, tal situación se presentó en una controversia recientemente recibida en casación³²: un conocido productor de automóviles había disuelto, mediante retractación, una serie de contratos de concesión exclusiva de venta, no para reestructurar su propia red de distribución, sino para favorecer a algunos dirigentes que –una vez fuera de la empresa– habrían sustituido los concesionarios “expulsados”³³.

económicos conseguidos por los concesionarios en los años anteriores y las inversiones recientemente efectuadas. El reconocimiento de tal indemnización tuvo el efecto de limitar drásticamente el contencioso con los concesionarios: frente a miles de contratos afectados por la retractación, sólo un centenar de los concesionarios demandaron a la casa automotriz y sólo dos controversias fueron resueltas mediante un pronunciamiento jurisdiccional.

³² Se alude a Cas. 18 de septiembre del 2009, n. 20106, cit., nt. 1.

³³ Cfr. F. GALGANO. “Qui suo iure abutitur neminem laedit?”, cit., nt. 6, pp. 315 y ss.

La valoración presenta fuertes analogías con aquella dirigida a la individuación de la condición meramente potestativa (art. 1355 c. c.)³⁴. Son bien conocidas las divergencias identificables en la doctrina en relación con el problema de la validez de la condición resolutoria meramente potestativa³⁵: en esta oportunidad no es posible tomar una posición sobre el tema, pues desborda la trayectoria de nuestro discurso. Se observa, además, que —como impide a las partes excluir el resarcimiento del daño en caso de incumplimiento doloso (art. 1229 c. c.)— la ley desaprueba la elección de delegar la ejecución de la relación obligatoria a una determinación arbitraria del deudor: se opone a la idea según la cual la ejecución de la prestación pueda depender de “intereses del todo extraños a aquellos presupuestos y regulados por el contrato”³⁶. Pues bien, en presencia de una disciplina como la dictada por el artículo 1373 c. c., la cláusula que prevé la retractación discrecional es ciertamente válida, el criterio enunciado, sin embargo, puede ser utilizado para identificar cuándo el ejercicio del derecho convencionalmente previsto resulta arbitrario.

La elección de retractarse es igualmente arbitraria si —a pesar de estar determinada por razones reconducibles a la esfera de los intereses económicos involucrados en el contrato— es resultado de una valoración diferente de circunstancias ya conocidas, o fácilmente cognoscibles, al momento del acto de la formación del acuerdo³⁷. La retractación está justificada si es efectuada tras la verificación de elementos nuevos, o después del conocimiento de hechos no conocidos, o no cognoscibles, con la ordinaria diligencia, al momento de la formación del contrato. Piénsese en una modificación de la disciplina legislativa que, liberalizando el mercado de un determinado producto, hace necesario una adecuación de la red de distribución, o en la decisión de un distribuidor de reducir el suministro de una materia prima que, en ausencia de alternativas válidas, implica una reducción de los niveles de producción y una relevante contracción de los volúmenes de venta, con la consecuente necesidad de disminuir el número total de los distribuidores. La elección de retractarse también puede ser justificada por circunstancias internas a la esfera de la parte legitimada: piénsese en la hipótesis en que esta última se

³⁴ La analogía entre identificación de la retractación arbitraria y la condición meramente potestativa fue avalada por C. RESTIVO. “Abuso del diritto e autonomia privata...”, cit., nota 10, pp. 352-355.

³⁵ Se reenvía, sobre el punto, a los tratados más autorizados: cfr. M. COSTANZA. “La condizione e gli altri elementi accidentali”, en *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO y E. GABRIELLI (dirs.), *I contratti in generale*, E. GABRIELLI (ed.), 2.ª ed., II, Utet, 2006, pp. 963 y ss.; ID. “Condizione, termine e modo”, en *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (dir.), XIII, Giappichelli, 2002, pp. 218 y ss.; D. CARUSI. “Condizione e termini”, en *Trattato del contratto*, V. ROPPO (dir.), III, Effetti, M. COSTANZA (ed.), Giuffrè, 2006, pp. 315-317; R. SACCO, en R. SACCO y G. DE NOVA, *Il contratto*, 3.ª ed., II, Utet, 2004, pp. 150 y ss.; V. ROPPO. *Il contratto*, cit., nota 19, pp. 618 y ss.

³⁶ Así V. ROPPO. *Il contratto*, cit. nota 19, p. 617.

³⁷ El criterio indicado encuentra voz en la jurisprudencia: cfr. Cas. 14 de julio del 2000, n. 9321, cit., nota 2. En doctrina v., incisivamente, F. GAMBINO. “Il dovere di coerenza nell’atto di recesso...”, cit., nota 15, pp. 74 y ss.

encuentra privada de los medios financieros necesarios para continuar el contrato como consecuencia del imprevisible incumplimiento de uno de sus deudores.

La retractación discrecional, en definitiva, también legitima la disolución del contrato en ausencia de justa causa³⁸, por el simple hecho de que la ejecución de la relación resultó perjudicial para los intereses de quien retracta. Este derecho ofrece, entonces, un instrumento de reacción simple y eficaz frente al cambio del contexto económico en el que se encuentra inserido el contrato, o frente al conocimiento de circunstancias no cognoscibles con la ordinaria diligencia al momento de la conclusión del negocio. La contraparte de la parte que se retracta, correlativamente, asume el riesgo de que una variación del contexto en el que se encuentra enmarcado el contrato determine la elección de interrumpir la relación, frustrando, así, las inversiones que realizó. Pero, como ya se anticipó, en ausencia de una marcada asimetría de poder contractual, la asunción de este riesgo es regularmente remunerada por la parte que se retracta mediante la concesión de condiciones contractuales más favorables.

La retractación es, en cambio, arbitraria, en cuanto contraria a la buena fe, si la situación resulta invariada respecto al momento del acuerdo: quien se retracta, en efecto, induce a la contraparte a sostener inversiones relevantes, para después frustrarlas en virtud de una valoración diferente de las circunstancias ya conocidas, o fácilmente cognoscibles cuando celebró el contrato.

Si queremos, la causa de la retractación discrecional es aquella de consentir la disolución de la relación cuando su actuación *se hace* perjudicial para los intereses de la parte legitimada. La causa no es respetada, de modo que la retractación resulta arbitraria, si la decisión está determinada por razones extrañas a la esfera de los intereses económicos involucrados por el contrato y no está justificada por una variación del contexto en el que el mismo se encuentra inserido, sino que, más bien, responde a una valoración diferente de hechos conocidos o fácilmente cognoscibles al momento del acuerdo³⁹.

Si se considera este caso bajo la óptica del principio de buena fe, puede objetarse que su violación se verifica en la fase precontractual: es incorrecta, no tanto la elección de disolver una relación cuya ejecución resulta perjudicial, sino la elección de concluir el contrato sin haber valorado adecuadamente las circunstancias relevantes, para después, en un segundo momento, frustrar las inversiones realizadas por la contraparte. La objeción puede ser admisible, pero no desvirtúa la reconstrucción propuesta. Como se observó, la responsabilidad como consecuencia de la retractación arbitraria es sustancialmente homogénea a aquella derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones. El resarcimiento

³⁸ Sobre las relaciones entre retractación *ad nutum* sujeta al control de buena fe y retractación por justa causa v. *supra*, nota 3.

³⁹ En la doctrina más reciente, la oportunidad de un control causal sobre el ejercicio del derecho de retractación fue sostenida por F. GALGANO. "Qui suo iure abutitur neminem laedit?", cit., nota 6, p. 317; C. RESTIVO. "Abuso del diritto e autonomia...", cit., nota 10, p. 355.

del daño medido a la luz del interés negativo sanciona toda la conducta de quien se retracta, y no solo la elección de interrumpir la relación.

Los criterios propuestos, centrados en las razones que determinan la elección de quien se retracta, deben ser integrados con una valoración de su conducta. Ciertamente, es contrario a la buena fe el comportamiento del contratante que ejerce el derecho de retractación después de haber manifestado la intención de proseguir la relación, y haber inducido así a la contraparte a invertir. La arbitrariedad de la retractación es consecuencia de la violación de la prohibición de *venire contra factum proprium*: la indicación es recurrente en la reflexión doctrinal y, sin duda, la compartimos⁴⁰.

El régimen probatorio que parece más idóneo para gobernar el caso es aquel delineado por la jurisprudencia en relación con la responsabilidad contractual y, más en general, con los remedios contra el incumplimiento⁴¹. Este permite distribuir entre las partes la carga de demostrar circunstancias referidas a las respectivas esferas jurídicas y respeta, así, en este específico terreno, el principio de inmediación de la prueba. Su aplicación, además, resulta justificada dado que la retractación arbitraria integra una violación de la obligación de comportarse según buena fe en la ejecución del contrato (arts. 1175 y 1375 c. c.). Aunque sigue siendo titular de la carga de probar el daño "de confianza", el contratante desilusionado puede limitarse a alegar la arbitrariedad de la retractación (*id est*, la violación del deber de buena fe); corresponde a quien se retracta demostrar que la elección de disolver la relación contractual responde a intereses que pertenecen a la esfera del contrato y está justificada por el cambio de circunstancias a ella relativas (verificación de hechos sobrevenidos cognoscibles)⁴².

Los criterios propuestos se adaptan, tanto a la retractación convencional, como a la retractación legal propia de los contratos a tiempo indeterminado. En relación con los segundos, en particular, se insiste en la precisión expresada al inicio de nuestro análisis. Si el periodo de tiempo entre la celebración del contrato

⁴⁰ Cfr. F. GAMBINO. "Il dovere di coerenza nell'atto di recesso...", cit., nota 15, pp. 75 y ss.; A. GENTILI. "Abuso del diritto...", cit., nt. 3, p. 362; C. RESTIVO. "Abuso del diritto e autonomia privata...", cit., nt. 10, pp. 357 y ss.; F. ASTONE. *Venire contra factum proprium*, Jovene, 2006, pp. 134 y ss.; M. BARALDI. "Le 'mobili frontiere' dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato", en *Contr. impr.*, 2001, p. 950.

⁴¹ Nos referimos al régimen delineado por Cas. 30 de octubre del 2001, n. 13533, en *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota de P. LAGHEZZA. *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, aún seguido por la jurisprudencia.

⁴² Pero v., en sentido contrario, Cas. 7 de marzo del 2008, n. 6186, en *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti bancari*, n. 35, en términos de la cual "es... la parte que sufre la ilegitimidad de la retractación (por ejemplo por arbitrariedad y contrariedad con el principio de buena fe) quien tiene la carga de enunciar las razones y proporcionar la relativa prueba en el caso concreto". Bajo la misma línea, en mérito a la responsabilidad de los bancos frente a la autoridad bancaria por el carácter abusivo en la concesión del crédito, Cas. 11 de enero del 2006, n. 394, en *Foro it.*, 2006, I, c. 2364. Posición análoga en los autores indicados (v. *supra*, nota 3) según los cuales el contratante desilusionado por la retractación tiene la carga de demostrar la violación del principio de buena fe, mientras la prueba de la justa causa recae sobre quien se retracta.

y la retractación, o bien, el término de preaviso, permite la amortización de las inversiones efectuadas, se puede contemplar sólo una responsabilidad circunscrita a las ocasiones de ganancias perdidas por la contraparte como consecuencia de la confianza puesta en la actuación de la relación: normalmente, además, la prueba de tal perjuicio no será fácil. Si, en cambio, la retractación es comunicada antes de que se haya producido la amortización de las inversiones, la responsabilidad de quien se retracta se extiende a los gastos y se adecúa a los criterios ya propuestos. La retractación es arbitraria si responde a intereses extraños a la operación económica prefigurada por el contrato y no está justificada por un cambio de las circunstancias conocidas o cognoscibles de quien se retracta al momento de la formación del acuerdo.

Claro, pactando para ambas partes la legitimación de retractarse, la ley los protege contra el riesgo de que un vínculo potencialmente perpetuo limite su libertad⁴³; o, según una reconstrucción diferente, permite definir *a posteriori* el objeto del contrato que, de otro modo, resultaría indeterminado⁴⁴. Ambas motivaciones aquí sintetizadas justifican la previsión del derecho de retractarse discrecionalmente en cualquier momento de la relación, aún con el correctivo representado por el término de preaviso. Sin embargo, no excluyen que también la retractación determinativa pueda resultar contraria a la buena fe cuando la relación se disuelve sin ninguna apreciable razón justificativa, antes de que la contraparte haya podido amortizar las inversiones realizadas para ejecutar el contrato⁴⁵.

IV. INEFICACIA DE LA RETRACTACIÓN Y TUTELA EN FORMA ESPECÍFICA DEL CONTRATANTE DESILUSIONADO

Hemos afirmado que, normalmente, el contratante desilusionado por la retractación arbitraria es tutelado "por equivalente", y el resarcimiento del daño es medido con base en el interés negativo. Además de las razones sustanciales indicadas en los párrafos precedentes, la solución es preferible respecto de aquella representada por la ineficacia de la retractación y por la ejecución coactiva de la relación contractual por razones ulteriores, inherentes a la funcionalidad de los remedios.

⁴³ En este sentido, V. ROPPO. *Il contratto*, cit., nota 19, p. 550.

⁴⁴ Cfr. G. GABRIELLI. *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, pp. 14 y ss.

⁴⁵ En sentido contrario C. RESTIVO. "Abuso del diritto e autonomia privata...", cit., nt. 10, pp. 349-352, quien excluye que la retractación determinativa pueda estar sujeta a un control jurisdiccional dirigido a descubrir su carácter abusivo. La tutela de la contraparte de quien se retracta se agota en el término del preaviso previsto por la ley. Posición análoga de G. D'AMICO. "Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto", cit., nota 1, p. 17. La conveniencia de un control según buena fe sobre el ejercicio de la retractación determinativa es, en cambio, afirmada por R. PARDOLESI. *I contratti di distribuzione*, cit. nt. 22, pp. 325 y ss., y recientemente por P. MANES. "Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito...", cit., nt. 3, pp. 922 y ss. Con particular referencia a la disciplina del abuso de dependencia económica, análoga posición se encuentra en R. NATOLI. *L'abuso di dipendenza economica*, cit., nt. 30, pp. 142 y ss.

A menudo el contrato que contiene una cláusula de retractación no es susceptible de ejecución en forma específica (piénsese en los contratos de distribución, que requieren la colaboración de las partes y, más en general, en los contratos de duración, que comprenden un arco de tiempo considerable). La actuación coactiva del intercambio, además, implicaría, a cargo de quien se retracta, la necesidad de asumir costos inútiles —aquellos relativos a la prestación ya no deseada— que en cambio pueden ser evitados gracias a la disolución de la relación. Me refiero al costo que tendría si, hipotéticamente, el proveedor pudiese obtener la declaratoria de ineficacia de la retractación efectuada por la contraparte e imponerle, así, la actuación coactiva de la relación contractual: pagando la contraprestación pactada, la parte que percibe el suministro se encontraría obligada a asumir los costos por una mercancía ya no deseada. En cambio, dejando intacta la eficacia de la retractación y tutelando a la contraparte por equivalente es posible ahorrar los costos inherentes a la prestación que, de otro modo, debería ser ejecutada.

En cambio, la ineficacia de la retractación y la consecuente actuación de la relación contractual resultan preferibles en las situaciones excepcionales en las que el resarcimiento del daño ofrecería una tutela intempestiva y, además, de muy difícil cuantificación. Piénsese en la hipótesis en que un banco retracte arbitrariamente un contrato de crédito después de que el cliente ya ha retirado importantes sumas de dinero, destinándolas a la realización de una compleja operación empresarial. El perjuicio que se deriva de la disolución de la relación resulta, en primer lugar, de difícil cuantificación, en cuanto depende de factores externos al contrato: el destinatario del crédito no invierte para actuar el contrato, sino para realizar un proyecto ulterior, cuyo buen resultado le permitirá restituir el financiamiento. El pago del resarcimiento, en segundo lugar, ofrece una tutela tardía, porque el empresario —que en el interregno, dada la eficacia de la retractación, tuvo que restituir la suma recibida— se encuentra en crisis de liquidez, con el consecuente riesgo de insolvencia.

En esta situación, parece preferible tutelar de manera específica la confianza mediante la declaratoria de ineficacia de la retractación⁴⁶. Si, como en el ejemplo propuesto, el financiamiento ya fue erogado, el remedio es fácilmente administrable, en cuanto no es necesario condenar al banco a cumplir y activar un procedimiento de ejecución forzada destinado a concluirse, también él, en tiempos muy largos: simplemente, se afirma el derecho de quien recibe el crédito de conservar la

⁴⁶ La opinión expresada en el texto se encuentra también en la motivación de Cas. 21 de mayo de 1997, n. 4538, cit., nota 1: la retractación contraria a buena fe lesiona “la legitimidad de quien, con base en comportamientos usualmente desplegados por los bancos y con base en la absoluta normalidad comercial de las relaciones en curso, haya calculado que habría podido contar con la disponibilidad crediticia por el tiempo previsto, y no podría por ello pretenderse que esté listo en cualquier momento para la restitución de las sumas utilizadas, si no bajo el pacto de ignorar las mismas razones por las cuales una apertura de crédito es normalmente pactada” (cursiva agregada).

disponibilidad del financiamiento⁴⁷. Además, el mismo artículo 1373 c. c. delinea una tutela de forma específica de la contraparte de quien se retracta, excluyendo que el *ius poenitendi* pueda ser ejercido después de que comenzó la ejecución.

V. RETRACTACIÓN ARBITRARIA Y ABUSO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA: MÁS SOBRE LOS REMEDIOS APLICABLES

Hasta este momento –asumiendo que el contratante se encuentra en un plano de tendencial paridad– se ha afirmado que la parte desilusionada por la retractación arbitraria obtiene un resarcimiento medido a la luz del interés negativo; la ineficacia de la retractación y la ejecución coactiva de la relación contractual resultan preferibles en situaciones excepcionales, en las que el resarcimiento del daño es de difícil cuantificación y es necesario ofrecer una tutela más tempestiva al sujeto interesado en la continuación de la relación.

Nos preguntamos ahora si el resarcimiento del daño medido con base en el interés negativo constituye un remedio adecuado cuando entre las partes subsiste una relación de dependencia económica. Como ya se anticipó en las líneas introductorias, en este terreno pierden relevancia las condiciones que, normalmente, justifican la limitación del resarcimiento al interés negativo; parece en cambio oportuno ofrecer a la empresa dependiente una tutela de forma específica, que se identifica con la ineficacia de la retractación y la consecuente legitimación para obtener el cumplimiento coactivo, accionable también en sede cautelar.

Ya se precisó que ordinariamente, cuando la contratación se lleva a cabo en el plano de la paridad, la legitimación para retractarse es compensada con la atribución de una ventaja patrimonial. El contratante expuesto a la retractación renuncia a la garantía de una segura ejecución de la relación para obtener, en cambio, condiciones contractuales más ventajosas: él acepta, así, la introducción en la operación económica de un factor de aleatoriedad. Por este motivo, tras la retractación arbitraria no puede pretender ser ubicado en la misma situación en que se habría encontrado si el contrato hubiese sido ejecutado, sino que sólo puede esperar el reembolso de los gastos y de las ocasiones de ganancias perdidas como consecuencia de la confianza depositada en la realización del negocio.

En ausencia de una relación de dependencia económica, además, el contratante expuesto a la retractación arbitraria no realiza inversiones funcionales a la satisfacción de específicas exigencias de la contraparte, y por esto fácilmente recuperables. No habiendo modelado la propia organización y actividad con base

⁴⁷ La solución no perjudica el interés del banco para obtener la restitución del financiamiento concedido en el caso de que se presenten circunstancias que incrementan el riesgo de insolvencia del deudor. En efecto, tal interés resulta adecuadamente protegido en virtud de la disciplina de los arts. 1844, 1845 c. c.: la institución de crédito está legitimada para retractar por justa causa si las garantías ofrecidas por el deudor se hacen insuficientes; puede pedir una integración y, si el cliente no cumple, puede reducir el crédito o resolver el contrato.

en las pretensiones del otro contratante, la parte desilusionada por la retractación arbitraria conserva la posibilidad de celebrar negocios alternativos respecto de aquel que se esfumó como consecuencia de la disolución de la relación. De hecho, se ha precisado que en el mercado de la competencia –como aquel en que opera una empresa que no ha asumido una posición de dependencia económica– el resarcimiento del interés negativo se aproxima a aquel del interés positivo, en cuanto los negocios alternativos abandonados son tendencialmente equivalentes a aquel prefigurado en el acuerdo contractual y esfumado como consecuencia de la retractación. La prueba del daño “por confianza” es ciertamente difícil, pero el resarcimiento del interés negativo es idóneo para tutelar adecuadamente las razones de quien se retracta.

Cuando existe una relación de dependencia económica, en cambio, la legitimación para retractarse discrecionalmente acordada por la empresa dominante es impuesta a la contraparte como condición necesaria para los fines de la estipulación del contrato. Dada la asimetría de poderes entre las partes, no es realista pensar que la empresa dependiente haya negociado la retractación convencional a cambio de la concesión de condiciones favorables, aceptando, así, introducir en el contrato un factor de aleatoriedad. La legitimación para retractarse reconocida a la empresa dominante no es el fruto de una determinación autónoma de la empresa dependiente, sino el reflejo de la asimetría de poder contractual que existe entre las partes.

Es más, el núcleo de la dependencia económica es comúnmente identificado en la circunstancia de que la empresa dependiente realiza inversiones difícilmente recuperables en el ámbito de un contrato diferente, en cuanto modelados según las especificidades exigidas por la contraparte⁴⁸. En cuanto orientó su propia organización y la propia actividad en esta dirección, la empresa dependiente no recibirá propuestas de otros interlocutores en el curso de la relación, y después de su disolución tendrá dificultad para “encontrar en el mercado alternativas satisfactorias” (art. 9.º, inc. 1.º, Ley 192 del 18 de junio de 1998). De este modo, el mercado de la empresa dependiente nada tiene que ver con un mercado transparente y “competencial”, sino con un mercado opaco y tendencialmente limitado a la empresa dominante.

Dadas estas condiciones, pierden validez los argumentos que justifican la limitación del resarcimiento al interés negativo. La empresa dependiente no ha renunciado a la certeza de la actuación del intercambio (o a la garantía de ser ubicada en una posición equivalente) para conseguir una ventaja patrimonial, en cuanto la legitimación para retractar le fue impuesta por la contraparte. Por otro lado, dada la imposibilidad de demostrar que la confianza depositada en la

⁴⁸ Sobre el punto v., por todos, G. COLANGELO. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, 2004, pp. 42 y ss. En jurisprudencia, cfr. Trib. Torino, 12 de marzo del 2010 (ord.), en *Foro it.*, 2011, I, c. 271, con nota de A. PALMIERI. *Abuso di dipendenza economica: c'è, ma non si vede.*

realización del negocio implicó la pérdida de ocasiones de ganancias alternativas, el resarcimiento del daño medido con base en el interés negativo se resuelve en el reembolso de los costos.

De este modo, se comparte entonces la opinión difundida en la doctrina especializada, según la cual el resarcimiento del interés negativo no ofrece una tutela adecuada a las razones de la empresa dependiente⁴⁹. En ausencia de oportunidades alternativas ofrecidas por el mercado, para cuantificar el resarcimiento se debe hacer referencia al contrato no ejecutado como consecuencia de la retractación, y no al contexto de las relaciones económicas en el que el mismo se encuentra enmarcado. En consecuencia, el resarcimiento del daño sufrido por la empresa dependiente debe ser medido con el interés positivo. En otros términos, además de los gastos, la empresa dependiente no está obligada a demostrar (improbables) oportunidades de ganancias ofrecidas por el mercado, sino el lucro que habría obtenido con la ejecución del contrato disuelto como consecuencia de la retractación.

El resarcimiento por equivalente, además, puede resultar ineficaz en cuanto intempestivo. La empresa dependiente asume costos muy relevantes para adecuar su propia actividad a las exigencias de la contraparte, confiando en las ganancias derivadas de la ejecución del contrato para amortizar las inversiones realizadas. Tras la retractación las ganancias esperadas desaparecen, lo que hace más elevado el riesgo de insolvencia: a menudo, en efecto, las inversiones realizadas son financiadas mediante el recurso al crédito. Para anular el riesgo se hace necesaria una tutela más rápida de aquella ofrecida por el resarcimiento por equivalente, que incluso termina por ser reconocido cuando ya se ha verificado el estado de insolvencia. Las razones de la empresa dependiente pueden ser mejor y eficazmente tuteladas por la declaratoria de ineficacia de la retractación que lleva la legitimación para obtener la actuación coactiva de la relación contractual.

Las correspondientes acciones podrán ser ejercidas según las voces del artículo 700 c. p. c.: la jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 9.º de la Ley 192/1998 demuestra que el contencioso determinado por la interrupción arbitraria

⁴⁹ Cfr. A. VILLELLA. *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, cit., nt. 3, pp. 181 y ss., quien, además, considera preferible la tutela en forma específica de la empresa dependiente; P. FABBIO. *Labuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006, pp. 507-509; A. MUSSO. "La subfornitura", en *Comm. cod. civ. Scialja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 2003, pp. 531 y ss.; G. NICOLINI. *Subfornitura e attività produttive*, Giuffrè, 1999, pp. 134 y ss.; en la misma línea R. NATOLI. *Labuso di dipendenza economica*, cit., nt. 30, pp. 154 y ss. En sentido contrario v., en cambio, ZOPPINI. *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, en G. GITTI y G. VILLA (eds.). *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 247. Según el autor, la finalidad perseguida por el legislador en la disciplina de las relaciones entre operadores económicos caracterizados por asimetría de poder contractual no es aquella de tutelar una empresa en particular que se encuentra en posición de sujeción, sino salvaguardar la competencia y favorecer el dinamismo de los intercambios. En consecuencia, la empresa dominada logra una tutela limitada a las "inversiones aún no recuperadas en la relación contractual, y no recuperables en el mercado de referencia, siempre que no sea posible identificar en el mercado alternativas satisfactorias".

de las relaciones comerciales se manifiesta precisamente en sede cautelar⁵⁰. Por las razones indicadas, en efecto, sobre este específico terreno se advierte con particular intensidad la exigencia de proporcionar a la empresa dependiente una tutela rápida, que anticipe los tiempos del proceso declarativo.

Cierto, la actuación coactiva de la relación contractual puede implicar inconvenientes, ya delineados en el parágrafo precedente. A menudo, la ejecución forzada de la orden judicial resulta difícil e, incluso, imposible. El cumplimiento coactivo puede implicar costos que la disolución del contrato y el resarcimiento por equivalente permitirían evitar. Así, la ejecución forzada de un contrato de subsuministro impone al comitente, obligado a pagar el correspondiente pecuniario, la necesidad de afrontar costos relativos a la prestación ya no deseada: costos que serían evitados si el contrato se disolviese y el subproveedor obtuviese un resarcimiento calculando los costos asumidos y la ganancia perdida (arg. ex art. 1671 c. c.).

La orden de cumplir la relación, sin embargo, debe ser valorada, no tanto por el contenido de la orden judicial, sino por los efectos que esta puede determinar en la conducta de la empresa dominante. Para evitar la realización de un intercambio ya no deseado, esta última es inducida a negociar en tiempos rápidos la disolución del contrato. El consentimiento a la disolución de la relación por parte de la empresa dependiente será remunerado con una suma de dinero superior a la ganancia que habría obtenido con la ejecución del contrato e inferior al perjuicio que se habría generado en cabeza de la empresa dominante: ambas partes, en efecto, se encuentran en una condición mejor de aquella que se habría generado con la realización del intercambio.

La orden del juez que, una vez identificada la arbitrariedad de la retractación, impone la continuación de la relación, opera, entonces, como una especie de

⁵⁰ Cfr. Trib. Catania, 9 de julio del 2009 (ord.), en *Foro it.*, 2009, c. 2813, con nota de G. COLANGELO; Trib. Torre Annunziata, 30 de marzo del 2007 (ord.), en *Giur. merito*, 2008, p. 341, con nota de A. BOSO CARETTA. "Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica", en *Dir. giur.*, 2008, p. 462, con nota de D. PALUMBO. *Abuso di dipendenza economica e recesso dal contratto*; Trib. Torino, 8 de noviembre del 2006 (ord.), inédita, extensamente en *DeJure Giuffrè*; Trib. Bari, 22 de octubre del 2004 (ord.), cit., nt. 30; Trib. Bari, 11 de octubre del 2004 (ord.), en *La responsabilità civile*, 2005, p. 605, con nota de F. TOSCHI VESPASIANI. *Subfornitura di fatto, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e tutela cautelare*; Trib. Taranto, 22 de diciembre del 2003 (ord.), en *Danno resp.*, 2004, p. 424, con nota de A. PALMIERI. *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*; Trib. Taranto, 17 de septiembre del 2003 (ord.), en *Danno resp.*, 2004, p. 65, con nota de G. COLANGELO. *Storia di una dipendenza abusata*; Trib. Roma, 12 de septiembre del 2002 (ord.); ID., 16 de agosto del 2002 (ord.); ID., 2 de julio del 2002 (ord.), todas en *Foro it.*, 2002, I, c. 3207 s., con nota de A. PALMIERI. *Abuso di dipendenza economica: dal "caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*; Trib. Roma, 5 de noviembre del 2003 (ord.), en *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 1, con nota de P. FABBIO. *Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale*; Trib. Bari, 6 de mayo del 2002 (ord.), en *Foro it.*, 2002, I, 2178, con notas de A. PALMIERI. *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, y de C. OSTI. *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*.

contrapeso a la situación de dependencia económica, induciendo a la empresa dominante a negociar con la contraparte la disolución del contrato: la tutela garantizada a la empresa dependiente resulta más rápida y eficaz de aquella ofrecida por el resarcimiento por equivalente. Las partes comprometidas en las negociaciones que tienen como objeto la disolución del contrato, además, están en condición de cuantificar el valor de los respectivos intereses (en la resolución o en la ejecución del contrato) de forma mucho más adecuada que un tercero, como en efecto es el juez.

Además, la oportunidad de una solución rápida de la controversia, que se logra mediante transacción, encuentra justificación en el dato normativo: recordemos, en efecto, que según las voces del inciso 1.º del artículo 10.º, de la ley 192 del 18 de junio de 1998, la instauración de una controversia relativa al contrato de subsuministro debe ser obligatoriamente precedida de un intento de conciliación. Entonces, no es un error afirmar que si el primer intento de conciliación no se logra como consecuencia de la negativa de la empresa dominante, ésta, después de la orden judicial que ordena la ejecución, es inducida a negociar con la contraparte las condiciones que gobiernan la disolución del contrato⁵¹.

Si –como sucede normalmente en los contratos de distribución– la actuación de la relación implica la colaboración de la empresa dominante, la ejecución forzada de la orden judicial puede resultar difícil, tratándose de prestaciones de hacer fungibles. Las sanciones previstas por el artículo 614 *bis* recientemente introducido en el código pueden estimular, sin embargo, la negociación, favoreciendo un comportamiento cooperador de la empresa dominante: esta última estará fuertemente motivada para alcanzar un acuerdo con la contraparte para liberarse del pago de las sumas de dinero debidas en caso de inobservancia de la orden judicial⁵².

Una última anotación. Las soluciones propuestas en el ámbito de este parágrafo se refieren a las relaciones entre empresas conectadas por una relación de dependencia económica, pero se argumentan con base en consideraciones y referencias normativas que no se refieren al artículo 9.º de la ley 192 del 18 de junio de 1998.

⁵¹ En jurisprudencia, se precisa que el intento de conciliación previsto por el inciso 1.º del artículo 10.º de la ley 192 del 18 de junio de 1998, necesariamente debe preceder el ejercicio de una acción cautelar, incluso si la correspondiente demanda fue presentada con anterioridad al acto de citación que activa el juicio declarativo: cfr. Trib. Roma, 20 de mayo del 2002 (ord.), en *Foro it.*, 2002, I, c. 3208, con nota de A. PALMIERI. *Abuso di dipendenza economica*, cit., nt. 50. Contra A. MUSSO. "La subfornitura", cit., nt. 49, p. 565, quien considera que las medidas cautelares *ante causam* puedan ser "solicitadas y concedidas sin que deban ser precedidas por ningún intento obligatorio de conciliación, o también en forma contemporánea a este".

⁵² En jurisprudencia, el artículo 614 *bis* c. p. c. también se ha considerado aplicable en el contexto de una orden de medida cautelar pronunciada en los términos del artículo 700 c. p. c.: cfr. Trib. Bari, 10 de mayo del 2011, n. 356 (ord.), inédita, extensamente en *De Jure Giuffrè*; Trib. Verona, 9 de marzo del 2010, en *Giur. merito*, 2010, p. 1857; Trib. Cagliari, 19 de octubre del 2009 (ord.), en *Giur. merito*, 2010, p. 394 (s.m.), por extenso en *De Jure Giuffrè*. En la misma línea, Trib. Varese, 17 de febrero del 2011 (ord.), en *De Jure Giuffrè*, relativa a una demanda de reintegración decidida según los arts. 1168 c. c. y 703 c. p. c.

Esto permite "desdramatizar" oportunamente –al menos en relación con la hipótesis de la retractación arbitraria– el problema del ámbito de aplicación que se debe reservar a la disposición⁵³. Quien escribe considera que esta es aplicable a todos los contratos caracterizados por una relación de dependencia económica, y no solo a aquellos de subministro: tal opción interpretativa, de todas formas, no es decisiva para los fines de la argumentación de las soluciones propuestas.

⁵³ Para un análisis profundo de la cuestión y una puntual reconstrucción del debate doctrinal se reenvía a la reciente contribución de A. P. SCARSO. "Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust", cit., nota 14, pp. 261 y ss., 512 y ss.