

LA AUTONOMIA DE LA ACCION POR DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRACTUALES Y EL ARTICULO 1167 DEL CODIGO CIVIL

Por JOSE MELICH ORSINI.

A la memoria del Dr. Pedro Arismendi
Lairet, en el vigésimo aniversario de la
promoción que lleva su nombre.

S U M A R I O:

1.— Origen de la doctrina sobre el carácter accesorio de la acción por daños y perjuicios contractuales. 2.— Crítica del doctor Pedro Arismendi Lairet. 3.— Jurisprudencia de la casación venezolana que consagra la autonomía de la acción. 4.— La individualización de la acción por resolución del contrato. 5.— Contraposición entre los sistemas germánicos y latinos en materia de resolución de contrato. 6.— El carácter forzosamente excluyente de las acciones por resolución de contrato y por daños y perjuicios contractuales en el sistema alemán y los esfuerzos por superar los inconvenientes que ello causa. 7.— La posibilidad de la acumulación de ambas acciones como razón específica de la redacción del artículo 1167 C.C.

1.—Origen de la doctrina sobre el carácter accesorio de la acción por daños y perjuicios contractuales.

El artículo 1231 del Código Civil de 1916, como lo hace todavía el artículo 1167 del Código Civil vigente, al enunciar los derechos que corresponden al acreedor víctima del incumplimiento de su contraparte en un contrato bilateral, luego de señalar la op-

ción que éste tiene entre el "cumplimiento forzoso en especie" y la "resolución del contrato", aclara incidentalmente que se puede ejercer una cualquiera de dichas acciones "además del pago de los daños y perjuicios, en ambos casos".

Con fundamento en una interpretación gramatical de este texto legal, que no hace ninguna salvedad acerca de la posibilidad de un autónomo ejercicio de la acción por responsabilidad civil contractual, nuestra antigua Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación, estableció en una sentencia de fecha 28 de octubre de 1920 lo siguiente:

"La indemnización de daños y perjuicios es un derecho accesorio del acreedor y no un derecho que se puede ejercer, en punto de contratos sinalagmáticos, por vía de acción directa y exclusiva; esto es, independientemente de una acción de ejecución o de resolución del contrato respectivo".

El ponente de esta sentencia fue el Doctor FRANCISCO ARROYO PAREJO (1), y la doctrina asentada por él fue confirmada, si bien en forma incidental, por otro fallo de nuestra propia Casación, que tuvo como ponente al Doctor I. de J. QUEVEDO (2), en el cual se lee:

"la acción deducida por el demandante en el presente caso, es la consignada por el artículo 1231 del Código Civil, que en caso de incumplimiento de sus obligaciones por alguno de los contratantes, concede al otro el derecho de obligarlo judicialmente a la ejecución del contrato, si es posible, o de pedir su resolución además del pago de daños y perjuicios en ambos casos. Y de la letra y espíritu de esta disposición se ve claramente que la acción principal en ella establecida es la de ejecución, o la resolutoria, a elección del demandante; pero de ninguna manera la indemnización de los daños y perjuicios consiguientes, que no proceden sino como accesorio o consecuencial de una u otra de esas acciones".

Como suele ocurrir por desgracia en nuestros tribunales —proclives con demasiada frecuencia a recibir con entusiasmo las más

torcidas interpretaciones de la ley, aun en aquellos casos en que el sentido de la probidad debiera conducirles precisamente a imponer una doctrina contraria— esta singular doctrina obtuvo una rápida aceptación por parte de muchos tribunales de instancia (3). Los argumentos que se invocaron en apoyo de semejante jurisprudencia pueden resumirse así:

I) La acción por daños y perjuicios extra-contractuales es una acción autónoma, independiente de toda otra acción, pues está consagrada como tal en los artículos 1185 y s.s. del Código Civil. La acción por daños y perjuicios contractuales, en cambio, está subordinada expresamente por el propio texto del artículo 1167 del Código Civil a que se la ejercite como accesoria (algunas sentencias dicen "subsidiaria") bien de la acción por cumplimiento de contrato, bien de la acción por resolución del contrato;

II) Por no admitir nuestro sistema jurídico el llamado concurso u opción entre la responsabilidad civil contractual y la extra-contractual, en presencia de la inexecución de obligaciones contractuales por una de las partes, la otra no puede sustraerse a la ley del contrato (art. 1159 C.C.) para reclamar del incumplimiento de su cocontratante, por grave que él sea, por la vía de una acción autónoma por responsabilidad civil extracontractual;

III) Si conforme al art. 1274 C.C. el deudor de una obligación contractual no queda obligado sino por los daños previstos o previsibles al tiempo de la celebración del contrato, hay que admitir que, dada la redacción del art. 1167 C.C., los únicos daños previsibles para el deudor en caso de incumplimiento del contrato son los accesorios o consecuentes de una de las dos acciones que prevé este artículo (cumplimiento en especie o resolución) y no otros.

IV) Ha sido el propósito del legislador al negarle carácter autónomo a la acción de daños y perjuicios derivada de culpa contractual, la de poner término a la situación irregular que supondría la permanencia del contrato cuando se evidencie que una de las partes no respeta sus cláusulas o estipulaciones, obligando a los interesados a decidir de una vez por todas la situación, mediante el cumplimiento o la resolución definitiva del contrato.

Los indicados razonamientos conducían en la práctica a una serie de inicuos resultados, especialmente en aquellos casos en que, habiendo recibido el acreedor un cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación y no pudiendo demandar ya ejecución, carecía igualmente de sentido una demanda por resolución, pues el cumplimiento, aunque tardío o defectuoso, no dejaba de presentar interés para el acreedor, sin que ello excluyera sin embargo la efectiva consumación de un daño para él. Baste pensar en el ejemplo del paciente a quien graves negligencias del cirujano con quien ha contratado causa daños irreparables en su salud o en su integridad física. ¿Qué sentido tendría en el caso una acción por resolución de contrato, que supone por principio la restitución de cuanto haya sido entregado al propio actor por el demandante a título de cumplimiento (servicios ya prestados, medicinas consumidas, empleo de auxiliares, etc.)? ¿Y cómo obligar al paciente a demandar —valdría decir, a sufrir— un nuevo cumplimiento, en especial si el daño que le fue irrogado consiste en un atentado insubsanable a su integridad física? Nadie podría negar sin embargo que tratándose de daños derivados de la mala ejecución de un contrato de prestación de servicios profesionales, es necesario excluir toda posibilidad de plantear la reclamación en el terreno de la responsabilidad extracontractual por oponerse a ello las reglas que prohíben la acumulación o concurso de ambas responsabilidades.

La impunidad en que esta singular jurisprudencia dejaba muchos casos de infidelidad contractual, debía molestar necesariamente a uno de los más finos espíritus que —no obstante la pobreza de recursos intelectuales a que nos condenó la miseria de nuestro país en la primera mitad de este siglo— contribuyeron a mantener la dignidad de la Magistratura y del Foro venezolanos y a preservar esa gloriosa tradición de grandes juristas que nunca faltó del todo en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Central. Me refiero al Doctor PEDRO ARISMENDI LAIRET, de cuyas enseñanzas quisiera valerme en estas páginas que me complazco en publicar en homenaje a su memoria y como testimonio de afecto para mis compañeros de la Promoción de Abogados 1949 que llevó el nombre del ilustre maestro.

2.—Crítica del Dr. Pedro Arismendi Lairet

La crítica más demoledora de aquella deplorable jurisprudencia fue, en efecto, magistralmente hecha por el Doctor PEDRO ARISMENDI LAIRET en un artículo titulado "Autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales" publicado en las postimerías del año 1939 (4), en el cual sostiene la tesis de ser plenamente legítimo que el acreedor limite su demanda al resarcimiento de los daños sufridos por él como consecuencia del incumplimiento del deudor, para obtener así un equivalente de cuanto no le haya sido cumplido exactamente, si la pretensión de un cumplimiento en especie retardado careciere ya de interés para el acreedor e igualmente le resultare inoperante e inconveniente la resolución del contrato. Los principales argumentos esgrimidos por él pueden resumirse, con sus propias palabras, así:

I.—"...En cuanto a la interpretación gramatical y lógica del artículo 1231, se ve que éste no ha creado ni siquiera condicionado la acción de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones y contratos; acción que ya estaba creada en los artículos 1284, 1291 y 1516 (5), sin subordinación a ninguna otra acción. El art. 1231 lo único que trae en cuanto a la acción de daños contractuales, es una mención incidental, para advertir, de paso, que el acreedor, que basado en el incumplimiento del otro contratante, demanda la resolución de la ejecución, puede acumular a cualquiera de estas dos acciones la de daños y perjuicios..." (pp. 199-200)

II.—"...Los daños contractuales no nacen de la resolución judicial ni de la acción de ejecución, sino del incumplimiento total o parcial del contrato; se trata de tres acciones hermanas, puesto que nacen de un solo y único origen. Como hermanas, no pueden depender una de otra, sino que, demostrado el incumplimiento proceden todas las que se hayan intentado, o al menos la única que haya sido propuesta..." (p. 200).

III.—"...La acumulación permitida por la ley no obedece a la finalidad de establecer ninguna subordinación de acciones, sino sólo a un propósito de economía procesal, a fin de que cuando el acreedor tenga interés no sólo en la reparación de daños sino

también en una declaratoria judicial de resolución, no se vea obligado a seguir dos juicios y pueda lograr ambos fines en uno solo..." (pp. 200-201).

IV.—"...La misma expresión usada por el legislador: además de los daños y perjuicios, demuestra la autonomía de esta acción. La *demasía*, lo que se agrega, no es el complemento regido por la preposición **de** y el adverbio **además**, sino la idea que antecede a éste, o sea, las acciones de resolución y de ejecución del contrato. Como se trata de un principio de gramática general, no sólo de gramática castellana, ya este argumento, respecto de la redacción del art. 1165 italiano (de 1865), copiado por nuestro legislador, lo hizo valer la Casación de Roma en su fallo de 15 de junio de 1914 en el juicio Lampronti contra Serney, en el cual fallo se lee: "El adverbio **además** (oltre) adoptado en el art. 1165 c.c. significa la duplicidad de la acción correspondiente a la parte contratante que ha cumplido sus compromisos, y **al mismo tiempo la autonomía de las dos acciones** por la resolución o cumplimiento del contrato y por el resarcimiento del daño... Así es que, si la demanda de resolución o de cumplimiento coactivo se ha ejercitado, la de resarcimiento puede coexistir; **pero si las primeras no fueron propuestas, nada impide que se ejerza la otra...**" (pp. 200-201).

V.—"...Autores y tribunales sostienen con harta frecuencia que el acreedor, aunque haya aceptado el cumplimiento tardío de la estipulación contractual y no pueda por ello demandar ya la resolución ni la ejecución, no pierde por eso el derecho de ejercer la acción de daños y perjuicios que le hubiere ocasionado el retardo; y asimismo, que tampoco pierde el derecho de demandar los perjuicios ocasionados por la falta de calidad estipulada en la cosa permitida y que recibió en cumplimiento del contrato. La razón de ésto es muy obvia. Un contratante puede aceptar al deudor el cumplimiento tardío del contrato o bien la cosa de calidad inferior a la prometida, no porque ello no le cause perjuicio o quiera perdonarle, sino porque se los causaría mayores el incumplimiento absoluto, la falta de la especie o cosa. Este su legítimo interés en hacer que el daño sea el menor posible no puede tomarse como una renuncia a su derecho a reclamar ese daño menor que de todos modos tuvo que sufrir..." (pp. 208-209).

VI.—“...Las instituciones fundamentales, primordiales, son las primeras en manifestarse y en obtener una sanción, como que surgen espontáneamente, de satisfacción de necesidades y derechos de orden primario... En cambio, las instituciones meramente accesorias o complementarias, o bien las sanciones de éstas, no aparecen sino tardíamente... Esta ley o norma de desarrollo se halla perfectamente realizada en la institución del resarcimiento de los daños por incumplimiento de contrato; esta acción fue la primera en nacer; ya en el Derecho Romano se hallaba tan desarrollada como hoy en día, como una acción autónoma independientemente del ejercicio de cualquier otra acción. En cambio la acción resolutoria resultante del pacto comisorio tácito del art. 1231 no surgió sino en el derecho consuetudinario francés... Ilógico sería que lo que existió primero como sanción fundamental, y la más indispensable, de la culpa contractual, hubiere pasado a ser tan sólo una dependencia de lo que no vino sino siglos después a completar a aquella sanción...” (pp. 209-210).

Por último en apoyo de su tesis de la autonomía de la acción por responsabilidad civil contractual cita algunos autores de reconocida autoridad en la época, tales como PIPPA, “Dritto Commerciale”, vol. 4º, p. 326 y 327, Nº 409; BOLAFFIO, “Dei Mediatori delle Obligazioni Commerciali in Generale”, 5º ed., 1923, p. 277; COBIANCHI, en su comentario a la sentencia Nº 100, pp. 526-530 del repertorio de Cogliolo y Supino titulado “Il Dritto Commerciale”, parte II, Giurisprudenza, 1915, y finalmente analiza algunas soluciones concordantes de la jurisprudencia y doctrina francesas.

3.—Jurisprudencia de la Casación venezolana que consagra la autonomía de la acción

La concluyente argumentación del Doctor ARISMENDI LAIRET no dejó de hacer mella en la jurisprudencia analizada, como lo revela ya alguna que otra sentencia de la década de los años cuarenta (6); pero fue sólo en su sentencia de 10 de noviembre de 1953 cuando nuestra Casación asentó definitivamente la tesis de la autonomía de la acción por daños y perjuicios contractuales.

“No es cierto —se lee en esta sentencia de la Corte, cuya ponencia correspondió a otro fino jurista, el Doctor AL-

BERTO DIAZ— que la ley ordene que la acción de daños y perjuicios contraactuales se intente siempre como subsidiaria de la principal por ejecución o por resolución del contrato, o lo que es igual, que prohíba en forma absoluta y general, que se promuevan acciones de daños y perjuicios provenientes de contratos independiente o separadamente de la acción por cumplimiento o resolución de éstos. Un contrato cumplido y liquidadas las obligaciones recíprocas, puede dar lugar a reclamaciones de daños y perjuicios por defectos o deficiencias apreciadas o descubiertas después de finiquitado. Igualmente, un contrato cumplido con retardo, por ejemplo, el transporte de una mercancía, que recibida con retraso, y por ello vendida con pérdida o menor utilidad de la prevista, puede dar origen a una acción autónoma de daños y perjuicios, pues resultaría absurdo pedir resolución o cumplimiento de un contrato de transporte de mercaderías o de frutos ya distribuidos o vendidos. En un contrato de arrendamiento rural o urbano extinguido por vencimiento del plazo, recibida por el arrendador la cosa arrendada y el precio del arrendamiento, no se puede hablar de resolución del contrato ni procedería una acción pidiendo el cumplimiento. Sin embargo, la ley da acción por los deterioros causados al inmueble. En materia conexonada con la cuestión que se ventila en el presente juicio, la Ley hace responsable al arquitecto y al empresario de una obra importante por defecto de construcción y hasta por vicio del suelo, y esa responsabilidad persiste durante diez años, a contar del día de la entrega de la obra o en que ha terminado la construcción" (7).

Desde entonces los tribunales de instancia se han visto obligados a seguir la nueva orientación que les señaló este fallo de la casación venezolana (8), si bien, afectados por un cierto fetichismo por la letra del artículo 1167 del Código Civil, no faltan todavía algunos que se esfuerzan por restringir el alcance de la citada doctrina de nuestra casación.

Esta tendencia restrictiva ha pretendido encontrar apoyo en la letra del fallo de la casación de fecha 13 de junio de 1956 que, al

ratificar lo que venía expresando la Corte desde su citada sentencia de 10 de noviembre de 1953, expresa textualmente:

"Ha sido categórica la doctrina de esta Corte en cuanto a que el Código Civil no prohíbe directa o indirectamente que se promueva acción de daños y perjuicios independientemente de la resolución o de incumplimiento del contrato; al contrario, ordena que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, haciendo responsable al deudor de daños y perjuicios en caso de contravención, concepto jurídicamente diferente y de efectos distintos al de inexecución o incumplimiento, cuestión ésta prevista antes en el artículo 1167".

En efecto, con fundamento en la idea de que los casos considerados por la Casación en que cabría admitir la autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales "se refieren sólo a los cumplimientos defectuosos, dejando en vigencia el principio de que la acción de daños y perjuicios contractuales debe intentarse como consecuencia de la resolución o del cumplimiento", algunos tribunales de instancia se han esforzado en los últimos tiempos en hacer renacer los supuestos teóricos sobre los cuales descansaba la vieja doctrina (10). La verdad, sin embargo, es que ellos se apoyan en una cita incompleta de la doctrina de la Casación, pues aun prescindiendo de la sentencia de 1953, bastaría leer lo que se asienta en el fallo de 8 de junio de 1955 —precisamente aquel que tuvo por ponente al Dr. PEDRO ARISMENDI LAIRET (11)— para verificar que la doctrina de la Corte tiene un alcance que va más allá del mero cumplimiento defectuoso. Refiriéndose, en efecto, a las acciones por cumplimiento de contrato, por resolución del mismo y por daños y perjuicios contractuales, dice la Corte en esta sentencia: "esas tres acciones son independientes una de otras, sino que todas son hermanas nacidas de una misma fuente, que es el incumplimiento, y con base en éste **puede ejercerse aisladamente cualquiera de ellas, con igual autonomía que las otras**, o acumularse las que no sean incompatibles, como lo serían la resolución y la ejecución de contrato, o las mismas incompatibles, una como subsidiaria de la otra".

Conservar en toda su pureza esta doctrina de la Corte, impidiendo que una interpretación restrictiva de la misma logre imponerse, nos parece de excepcional importancia para la cabal comprensión de los objetivos típicos de la acción resolutoria en relación con los otros derechos de que la ley dota al acreedor para reaccionar al incumplimiento de quien resulta su deudor en virtud de un contrato bilateral. Es por ello pues que, no obstante lo superfluo que pudiera aparecer insistir a estas alturas en la tesis de la autonomía de la acción por daños y perjuicios contractuales, agotados como fueron por el Doctor ARISMENDI LAIRET los sólidos argumentos que le sirven de sustento, me parece conveniente retomar la cuestión desde el ángulo de la diferencia estructural de nuestro sistema jurídico frente a la construcción en que se apoya el Código Civil alemán por lo que se refiere al ejercicio de los derechos del acreedor en el contrato bilateral.

4.—La individualización de la acción por resolución del contrato

El incumplimiento de un contrato es un hecho que tiene para el acreedor consecuencias dañosas. Esos daños pueden ser de varias clases. En primer lugar, el incumplimiento implica la privación de la prestación esperada. En segundo lugar, la pérdida patrimonial consecuente a la privación de la prestación en sí misma considerada, dentro de la cual puede ser incluido el llamado lucro cesante (art. 1273 C.C.). Pero, cuando la obligación incumplida tiene su fuente en un contrato bilateral, hay todavía la posibilidad de que el acreedor de la obligación incumplida pueda sufrir el daño indirecto que representa la pérdida de lo que él mismo ha dado o se ha obligado a dar a cambio de la prestación de su deudor que resulta incumplida. Para evitar al acreedor la consumación de las dos primeras especies de daños, la ley le concede la acción por cumplimiento (la llamada "ejecución forzosa en forma específica"), y cuando ello no es ya posible, por haberse consumado ya el daño, le concede la acción por responsabilidad civil (la llamada "ejecución por equivalente"). Por lo que respecta, en cambio, al daño que hemos caracterizado en tercer lugar, susceptible como hemos dicho de presentarse sólo cuando hay un contrato bilateral, esto es, al daño que consiste en haber cumplido o tener que cumplir todavía con la propia obligación

—no obstante que el deudor recíproco no ha cumplido—, nuestro ordenamiento positivo ha considerado conveniente proveer al acreedor de otro instrumento dirigido a prevenir tal daño: la llamada acción por resolución del contrato.

Este típico medio de tutela del interés del acreedor debe distinguirse de la ejecución por equivalente, pues la afirmación hecha por los MAZEAUD de que "la resolución judicial es un modo de reparación del perjuicio que causa al acreedor el incumplimiento de su obligación por el deudor" (12) conduce sólo a graves confusiones en la materia. En efecto, el precio o el correspondiente que el acreedor de la obligación incumplida ha entregado o que se ha obligado a entregar en razón de la obligación recíproca no es siempre el riguroso equivalente de la prestación debida y no satisfecha por el deudor demandado, tanto que, en caso de imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor, no podría éste pretender liberarse de su obligación de indemnizar con la sola restitución del precio o correspondiente que el acreedor le había entregado, sino que este último tiene el derecho a pedir, en sustitución de la prestación que no le fue cumplida, un equivalente que habrá de calcularse según criterios objetivos y subjetivos en función de esa misma prestación no cumplida y no en función de aquella contraprestación que está en su propio cargo.

En un contrato bilateral, en efecto, deben mantenerse netamente diferenciadas la obligación del deudor incumpliente, cuyo "equivalente" en el momento preciso del incumplimiento se trata de apreciar a los fines del resarcimiento de que habla el artículo 1164 C.C., de la propia obligación del acreedor reclamante; a la que si bien el artículo 1135 C.C. llama "equivalente" de la primera, lo hace sólo por referencia a la que fuera la voluntad de las partes en el momento de la asunción de las obligaciones. Es este inadvertido punto de referencia diferente que se emplea para la determinación en uno o en otro caso del término con el que se predica la equivalencia, lo que ha podido confundir a quienes pretenden ver en la acción resolutoria una manifestación de la acción por daños y perjuicios contractuales. Pero semejante ilusión se disipa prontamente cuando se adquiere conciencia de los diferentes intereses del acreedor que tutelan la acción por cum-

plimiento (en especie o por equivalente) y la acción por resolución de contrato (13). Entonces resulta evidente también que el acreedor no podría pretender la restitución del correspondiente entregado por él si no hace pronunciar primero la resolución del contrato; pues mientras la relación jurídica existente entre él y su deudor deba regirse por el contrato, a lo que él tiene derecho es al cumplimiento de la prestación debida por su deudor o al equivalente en que ella se traduce (art. 1264 C.C.) y no a la omisión o restitución de cuanto él mismo deba en razón del contrato. Sólo en cuanto se tengan firmes estos principios puede comprenderse la originalidad de la acción resolutoria y la diferencia que existe entre un sistema jurídico que, como el nuestro, conceda tal acción, y otro que, al contrario, la rechace, como ocurría con el Código Civil Argentino antes de su última reforma en 1968 (14).

5.—**Contraposición entre los sistemas germánicos y latinos en materia de resolución de contrato**

Como lo revela, en efecto, la anotación de VELEZ SARSFIELD al art. 1204 del Código Civil argentino, esta disposición se apoyaba en el abrogado artículo 919 del Código Civil de Austria (**Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch**), el cual conforme a la tradición germánica mantenía firmemente el principio de la fuerza obligatoria del contrato. En efecto, no sólo el ABGB, sino también el art. 864 del Código Civil sajón (**Sachsische BGB**), los artículos 393 y 394 del Código Civil prusiano (**Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten**) y los diversos proyectos locales de codificación civil (15) que antecieron al Código Civil alemán de 1900 (**Bürgerliches Gesetzbuch**), rechazaban la idea de resolución del contrato en homenaje a una rígida interpretación del principio de la intangibilidad del contrato (art. 1159). Allí donde se piense, en efecto, que una vez perfeccionado el contrato del cual emergen obligaciones para ambas partes, no hay por qué permitirle a ninguna de ellas sustraerse al vínculo libremente asumido, parece lógico concluir que los daños que puedan seguirse a una de las partes por la renuencia de su contraparte al cumplimiento de alguna de las obligaciones que el contrato pone a su cargo pueden reprimirse con la simple acción de cumplimiento forzoso en es-

pecie, o a lo sumo, en caso de haberse llegado ya a la imposibilidad de cumplimiento por una causa imputable al deudor, con la acción de responsabilidad civil.

Para reprimir tales daños no hay en verdad ninguna necesidad de concebir la acción resolutoria, como de hecho no llegó a ser imaginada jamás en el derecho romano clásico. El daño que se tiende a prevenir o a reprimir con el ejercicio de la acción resolutoria es pues el que se concreta en la pérdida de la propia prestación del acreedor si éste tuviera que cumplir el contrato, o si habiendo cumplido ya, sólo pudiera contar, para reprimir la inconsecuencia de su deudor recíproco, con las acciones de cumplimiento forzoso y de responsabilidad civil.

Precisamente las resistencias que la acción resolutoria encontró en el derecho alemán, por haber permanecido éste ajeno a la tradición canónica y feudal en la cual se enraíza esta acción, hizo que el BGB, a diferencia de lo que ocurre con los códigos de inspiración francesa, como el nuestro, mantuviera netamente separada esta peculiar función de la acción resolutoria frente a la que es típica de la acción por responsabilidad civil. En el sistema que diseña el B.G.B. se destaca nítidamente el derecho del acreedor a pedir la indemnización por el incumplimiento del deudor de este derecho anómalo que, con fundamento en una singular evolución histórica, se le concede a quien resulta acreedor en razón de un contrato bilateral de pedir la resolución del mismo (esto es, a "desistir del contrato", como en su expresiva terminología lo llama el propio B.G.B.) Si consideramos, por ejemplo, la hipótesis que trata el S 325 (16), o sea, la de un incumplimiento absoluto por imposibilidad de la prestación debida a culpa del deudor, veremos, en efecto, que se le da al acreedor la doble alternativa de exigir la "indemnización" o de "desistir del contrato", hipótesis en que los Códigos latinos no parecen concebir más que la segunda posibilidad. El abrogado artículo 1231 del Código Civil venezolano de 1922, que aludía a la llamada "condición resolutoria tácita", llegaba inclusive a emplear esta forma de redacción: "...La parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato, **si es posible**, o de pedir su resolución", adicionando

apenas la eventualidad en esta última hipótesis de unos daños y perjuicios compensatorios. El contraste entre esta forma de redacción de las disposiciones legales que consagran la acción resolutoria en los Códigos Civiles latinos y las que le dedica el BGB, se hace más notable todavía cuando, al profundizar en el estudio de este último y ponérsenos de relieve las artificiosidades de una construcción fundada precisamente en las dificultades que tiene que superar el BGB para armonizar el régimen de la acción de cumplimiento por equivalente con el de la acción de resolución, termina por hacérsenos patente simultáneamente el contrario peligro a que nos expone la aparente simplicidad y naturalidad con que nuestro sistema ha recogido la idea de la resolución del contrato basada en un incumplimiento en sentido lato. En el sistema del BGB la opción entre resolución y cumplimiento por equivalente, como opción entre dos términos netamente contrapuestos, y que se da no sólo en el caso ya señalado de imposibilidad total de cumplimiento, sino aun en caso de imposibilidad meramente parcial de la prestación o en caso de mora, presenta la peculiaridad de que si, por considerar el acreedor que el cumplimiento parcial o demorado ya no tiene interés para él o si por la expiración del plazo debe considerarse ya legalmente excluido el cumplimiento conforme a las previsiones de los ss 326 y 283 (17), pudiese el acreedor hacer que se le aprecie la situación como un incumplimiento total y absoluto y optare en el caso por pedir el cumplimiento por equivalente de la prestación así incumplida, se encontraría él a su vez en la necesidad de cumplir totalmente la prestación a su cargo. Sólo si el acreedor optare en este mismo supuesto por la resolución del contrato quedaría también excluida para él la necesidad del cumplimiento de su propia y personal obligación. Se mantienen así claramente separados los campos de la acción resolutoria —donde precisamente por desistirse del contrato no cumple ninguna de las dos partes— y de la acción de cumplimiento por equivalente, en donde para pedir indemnización por aquello que ha dejado de cumplir el demandado, debe comenzar el actor por acreditar el propio cumplimiento.

“Si se trata de contrato bilateral —escribe al respecto ENNECERUS (18)— el acreedor sólo puede exigir la indemnización

(interés de cumplimiento) a condición de entregar simultáneamente al abono de aquella la contraprestación a que viene obligado (salvo que la otra parte esté obligada a realizar antes la prestación). Ahora bien, si la contraprestación que incumbe al acreedor es de carácter pecuniario, podrá claro está, declarar que la compensa con la indemnización a él debida y reclamar directamente la diferencia. Pero, aun en el caso de que su contraprestación no sea pecuniaria ha de autorizársele para exigir la indemnización con deducción del valor de su contraprestación (la diferencia del valor), siempre que, por razones de equidad, ya no pueda exigírsele que haga la prestación a que, por su parte, estaba obligado". Y más adelante añade (19): "Si la relación obligatoria es bilateral, el acreedor tiene a su elección, además de las pretensiones mencionadas, un derecho de resolución, al cual se aplican en lo pertinente las disposiciones sobre el derecho de resolución convencional § 325 ap. 1 prop. 1 y 327; 246 al 356). Si el acreedor hace uso del derecho de resolución, el contrato se considera en consecuencia como no concluido, y si la prestación del acreedor ha sido hecha ya, debe restituirse con los frutos e intereses".

6.—El carácter forzosamente excluyente de las acciones por resolución de contrato y por daños y perjuicios contractuales en el sistema alemán y los esfuerzos por superar los inconvenientes que ello causa.

La imposibilidad de acumular la acción de responsabilidad civil con la acción por resolución del contrato, una vez que la ejecución forzosa en especie ha quedado excluida, y que conduce a la necesidad de una opción para el acreedor (ss 325, 283, 326 BGB), determina en el derecho alemán una minuciosa y muy lógica reglamentación de los efectos de la acción resolutoria, pero al propio tiempo hace que quede en el terreno de la discusión doctrinal todo lo relativo a la formulación de las reglas aplicables a la acción de responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato bilateral. En efecto, si el acreedor opta por la resolución no se vacila en llevar a sus últimas consecuencias el principio de una anulación retroactiva del contrato, lo que significa que el acreedor no recibe en absoluto la prestación

de su cocontratante, pero que igualmente queda plenamente liberado de su obligación. Si, por el contrario, el acreedor opta por los daños y perjuicios, dos teorías opuestas se disputan la consideración del problema:

“Según la **“Teoría del Cambio” (Austausch, Surrogations Theorie)** —escribe CONSTANTINESCO (20)— la relación contractual en su conjunto continúa existiendo. Se debe simplemente sustituir por la indemnización la prestación del deudor que ha resultado imposible de hecho (ss 325) o jurídicamente (ss 283 y 326). El contrato modificado así por el hecho de la imposibilidad continúa existiendo y debe ejecutarse. El acreedor recibirá los daños y perjuicios en lugar de la prestación que se le debe, pero, de su parte, quedará obligado a ejecutar su propia obligación en la forma prevista. Esta teoría deriva su nombre de que las prestaciones deben cambiarse como en todo contrato sinalagmático. Ella se llama también **Surrogations Theorie** porque a la ejecución de una de las prestaciones se sustituye un valor de reemplazo. Del lado opuesto se encuentra la **“Teoría de la Diferencia” (Differenztheorie)**. Según esta teoría el contrato sinalagmático en su totalidad, con la prestación y la contraprestación, se transforma en una pretensión unilateral a los daños y perjuicios que hace valer la parte de buena fe en contra de la culpable. En lugar de obligar al acreedor a ejecutar su prestación y al deudor a pagar daños y perjuicios por la totalidad de la obligación incumplida, parece más simple dispensar al acreedor de ejecutar su obligación y obligar al deudor a pagar sólo la diferencia entre el valor de los daños y perjuicios tomados en su conjunto y el de la prestación de su acreedor. El acreedor no tiene nada que suministrar; el deudor debe pagar solamente la diferencia entre los dos valores indicados. El contrato se encuentra así transformado en un crédito unilateral del acreedor sobre el beneficio neto”.

En forma similar nos presenta ENNECCERUS los términos del problema. “Es discutidísimo —escribe este autor (21)— lo que a propósito de obligaciones recíprocas quiere decir **indemnización por incumplimiento**. Según el punto de vista que acaso sea el predominante en la teoría, bajo esta expresión se entiende únicamente el daño que el acreedor experimenta por el incumplimiento de su

crédito; lo llamó **interés de prestación**; el acreedor queda obligado, naturalmente a la contraprestación y no la puede repetir si ya la ha hecho (**teoría del cambio**). Según otro punto de vista, seguido especialmente por el tribunal del Reich, se entiende exclusivamente el daño que el acreedor experimenta por el hecho de omitirse **totalmente** (por ambas partes) el cumplimiento del **contrato**; o sea que, caducando su obligación de hacer la contraprestación, el acreedor puede exigir el plus valor que la prestación a él debida tiene para él con relación a la propia, brevemente, el **interés del contrato** o la diferencia de valor (**teoría de la diferencia**)”.

En nuestro sistema, donde se prevé en cambio la posibilidad de acumular la acción de responsabilidad a la acción de resolución, si se admitiera que en ningún caso la parte cumplidora puede pedir la totalidad del daño que le acarrea el incumplimiento de su deudor sino previa deducción del valor de la prestación recíproca que él deja de cumplir, vendría a consagrarse el postulado de la **Differenztheorie**; pero no ya en un caso límite, justificado por las peculiares circunstancias del caso de especie, sino en todo caso, con una rigidez dogmática que no existe en cambio en el sistema de la jurisprudencia alemana, en donde como vimos permanece abierta la posibilidad de que el acreedor, cuando así convenga a su interés, pueda reclamar la totalidad de la indemnización del daño que le acarrea el incumplimiento del deudor, dejando a la vez en manos de éste la prestación a cargo suyo ya cumplida previamente o permitiéndosele cumplirla, precisamente para fundar así la exigencia de total indemnización. Como se ha observado en Alemania por los adversarios de la **Differenztheorie**, la naturaleza del contrato sinalagmático supone el cambio de las prestaciones a que se obligan recíprocamente ambas partes, no el cambio de los valores de tales prestaciones, resultado éste al que se llegaría si la parte cumplidora, para obtener el resarcimiento del daño que le causa el incumplimiento de su obligación por la parte infiel, tuviera necesariamente que descontar siempre el valor de la prestación a su propio cargo al verse en la forzosa necesidad de exigir su restitución o la caducidad de la obligación a su cargo. La justificación, pues, que todavía tiene en Alemania la **Differenztheorie** —donde se la presenta como un correctivo de un sistema, que, llevado por exageraciones de un logicismo formal, no admite la acumulación de la resolución y la indemnización, sino que

obliga a una abstracta opción entre estos dos extremos— se convertiría en cambio en un contrasentido en un sistema que, como el nuestro, al permitir por el contrario la acumulación de ambas acciones, tal como lo evidencia el artículo 1167 C.C., habría buscado sustraerse más bien a formulismos teóricos que nada tienen que hacer con la realidad. Comentando, en efecto, la adopción de la **Differenztheorie** por la jurisprudencia alemana escribe CONSTANTINESCO (22): "La jurisprudencia alemana permite al acreedor elegir la solución que prefiera en el caso de que él hubiere ya ejecutado su prestación. Así, el acreedor puede, si lo desea, mantener la prestación que ya ha efectuado y exigir los daños y perjuicios por el todo. Puede, al contrario, exigir la restitución de su prestación y demandar, como daños y perjuicios, solamente la diferencia de valor existente entre su prestación y el conjunto de los daños y perjuicios. Al permitir al acreedor en este caso elegir la solución que le conviene, la jurisprudencia ha dado pruebas de una exacta visión de las necesidades prácticas. Hubiera sido injusto imponer una u otra solución a riesgo de perjudicar sus intereses legítimos".

Ahora bien, si la interpretación restrictiva de la jurisprudencia de nuestra casación a que nos hemos referido anteriormente lograra imponerse, se desvanecería ese que hemos considerado el mérito principal de nuestro sistema frente a la artificiosa construcción del BGB, esto es, la flexibilidad de nuestro sistema para adaptarse a los concretos intereses del acreedor. En efecto, si como hemos visto la **Differenztheorie** se ha construido precisamente para permitir al acreedor que opta por la resolución no tener que renunciar por tal motivo a obtener las ganancias que le habría deparado la fiel ejecución del contrato, a fin de concebir todo el proceso como el resultado del ejercicio de una acción de cumplimiento por equivalente en que el acreedor-demandante tendría el derecho de oponer en compensación de lo que él mismo debe a su deudor-demandado, el valor de la contraprestación a que estaba obligado; la interpretación restrictiva que se pretende hacer de nuestra jurisprudencia de casación conduce a su vez al perjuicio de que la proposición final del artículo 1167 del C.C. venezolano, implica necesariamente la identificación de la acción resolutoria con la acción por daños y perjuicios contractuales. Mientras que en el sistema alemán la dificultad habría provenido de la opción entre reso-

lución y reparación, concebidas como acciones no sólo autónomas sino excluyentes, en tanto que la abstracta concepción que se tiene de la resolución, como algo que aniquila el contrato retroactivamente, impide toda consideración de una indemnización por el incumplimiento de una obligación que vendría a resultar extinguida por efecto de esa misma resolución; en nuestro sistema jurídico la dificultad provendría de la opción entre una acción de cumplimiento (entendido rígidamente como cumplimiento en sentido estricto) y una acción por resolución (entendida a su vez esta última como una forma de reparación por equivalente), en tanto que se consideraría que la elección de la primera alternativa conduciría sólo a la posibilidad de adicionar a la demanda el pedimento de "daños y perjuicios moratorios", y que los "daños y perjuicios compensatorios", con los cuales se identifica inconscientemente la demanda de resolución, necesariamente tendrían que ser satisfechos al acreedor-demandante con la liberación o con la devolución de su propia prestación, no debiendo interpretarse la referencia a unos daños y perjuicios adicionales que se hace en el artículo 1167 C.C., sino como la autorización de un suplemento en el caso de ser menor el valor de la prestación del acreedor dejada de cumplir o devuelta a él por el deudor que el de la prestación incumplida por este último. Cuando se mira, en efecto, el fondo de la aludida tesis restrictiva de la jurisprudencia de nuestra casación se advierte claramente que el error de ella obedece a la consideración de que los daños que con la resolución se tratan de prevenir son los consistentes en la privación que representa para el acreedor la obtención de la prestación debida por su deudor y de las ventajas consecuenciales, en lugar de percibir que el fin típico de la acción por resolución es más bien, como lo hemos dicho, el eventual daño que representa la pérdida de lo que él mismo ha dado o se ha obligado a dar. Basta, en efecto, con percibir esta función típica de la acción resolutoria para que no tarden en disiparse las confusiones en que se basa la doctrina sobre la pretendida accesoriadad de la acción por daños y perjuicios contractuales. Tal accesoriadad, que puede resultar impuesta en muchos casos por la fuerza de los hechos o por los intereses del acreedor en un caso concreto, nada tiene en verdad que hacer con la naturaleza de la acción de resolución o con una supuesta peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico.

7.—La posibilidad de acumulación de ambas acciones como razón específica de la redacción del artículo 1167 C.C.

El acreedor legitimado para promover la acción resolutoria que le conducirá a librarse de su propia prestación o a la recuperación de la misma en caso de que ya la hubiera cumplido, no obtendrá muchas veces con el solo ejercicio de esta acción la indemnidad que frente a la infidelidad de su co-contratante debe garantizarle el ordenamiento, pues la extinción de la relación jurídica derivada del contrato que le procura la sentencia de resolución, deja subsistente otros daños ya consumados, como los gastos que él hubo de realizar para llegar a la conclusión del contrato frustrado o las legítimas expectativas de ganancias que había esperado del mismo o que habría podido obtener si no se hubiera atado a ese mismo contrato que luego ha resultado infructuoso. Es claro que en tal supuesto, precisamente porque el resultado de la acción de resolución sería sólo el de eliminar el daño que representaría para el acreedor tener que cumplir todavía su propia prestación, pero no las pérdidas que se concretan en la privación de las ventajas que habría obtenido con la realización de la prestación de su contraparte, debe pensar el acreedor en el ejercicio de otra acción distinta de la pura acción resolutoria. Ahora bien, si ante la falta de cumplimiento en especie por parte del deudor, es justo autorizar al acreedor a acumular a la acción de resolución una acción por daños y perjuicios (cumplimiento por equivalente) ello no puede significar que se le reconozca el derecho a reclamar íntegramente el subrogado de ese cumplimiento en especie que no le satisfizo su deudor, porque eso sería tanto como ignorar que ese cumplimiento en especie, o, en su defecto, el subrogado del mismo, tenían como contrapartida la propia prestación del acreedor que la sentencia de resolución le dispensa a su vez de ejecutar. Será necesaria, pues, una liquidación del contrato bilateral, como consecuencia de la cual el acreedor podrá obtener la totalidad del daño que le causó la infidelidad de su deudor, pero descontando el valor de su propia prestación que él dejará de cumplir a su vez con fundamento en la sentencia de resolución. Ilógico sería, en verdad, que el acreedor pudiera pedir la totalidad del equivalente de la prestación dejada de cumplir por su deudor, en base a la acción por daños y perjuicios, y que al propio tiempo obtuviere la liberación o restitución.

ción de su propia prestación, sin la cual no habría tenido fundamento el deber de cumplimiento de su deudor. Por esto precisamente era que el BGB no podía concebir sino la forzosidad de una opción entre la indemnización y la resolución, posición dogmática que como hemos visto fue abandonada por la jurisprudencia alemana en su extrema consecuencia, para llegar en cambio a excluir la indemnización sólo en la medida del daño que resulta una vez compensada la exclusión de la propia prestación. Pero también es esta la única razón de la aclaratoria que se hace en la proposición final del artículo 1167 C.C., a saber, que la acción de daños y perjuicios puede intentarse no sólo adicionalmente a una acción de cumplimiento (como es el caso de los llamados "daños y perjuicios moratorios"), sino también adicionalmente a una acción por resolución, debiendo entenderse todavía a este último respecto que tal acumulación procede sólo en la medida del daño que resulte después de compensar la exclusión de la propia prestación (**compensatio lucri cum damno**). Ahora bien, que se haya introducido la expresa declaratoria de estos principios en el texto del artículo 1167 C.C., para disipar toda duda acerca de que en nuestro sistema cabe tal acumulación de la acción por daños y perjuicios a la acción de resolución, no significa en absoluto que se haya querido excluir paralelamente la autonomía de la acción por daños y perjuicios contractuales.

Nada autoriza, pues, a predicar que en nuestro sistema, en caso de imposibilidad de la prestación por dolo o culpa del deudor de una obligación derivada de un contrato bilateral, no pueda el acreedor mantener la relación surgida del contrato y —dejando en poder de su deudor la prestación ya efectuada por él u obligándole a recibir tal prestación— reclamar directamente el equivalente pecuniario de la prestación a que tenía a su vez derecho. Es esta una posibilidad que puede tener interés para la parte cumplidora en la relación surgida de un contrato bilateral, no sólo en la hipótesis en que el objeto de la prestación ejecutada por ella no se encuentre ya en el patrimonio del incumpliente, sino aún en la hipótesis en que, encontrándose, sea preferible, hasta por razones de comodidad, si se tratara por ejemplo de mercancías molestosas o de difícil conservación, obtener el equivalente en dinero de la contraprestación dejada de cumplir por el deudor y que se

ha hecho imposible obtener en especie por culpa de este último. ¿Por qué, en efecto, condenar a la parte cumplidora, ante la imposibilidad de obtener ya el cumplimiento en especie de su deudor, a tener que resignarse a la restitución de su propia prestación apenas adicionada con la diferencia de valor que ella haya podido sufrir en el mercado? ¿Acaso no debe respetarse la fuerza obligatoria del contrato que ligaba a su deudor a recibir esa mercancía y a suministrarle en cambio una contraprestación definida, so pena de una indemnización en dinero calculada según el valor de esta última y no previa deducción del valor atribuible a la prestación del propio acreedor? El principio de la intangibilidad del contrato (Art. 1159 C.C.), las reglas que rigen la responsabilidad contractual (Arts. 1264, 1271 y siguientes del C.C.) y los propios principios de la acción resolutoria (Art. 1167 C.C.) que restringen la legitimación para hacerla valer a la parte cumpliente, imponen ciertamente respetar ese derecho del acreedor.

Si se desea, por tanto, preservar la que constituye la principal ventaja de nuestro sistema frente al sistema alemán es necesario llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de la autonomía de la acción por daños y perjuicios contractuales y rechazar radicalmente la jurisprudencia restrictiva de la doctrina de nuestra casación que con tanto acierto contribuyó a perfilar aquel extraordinario jurista que fue el doctor PEDRO ARISMENDI LAIRET.

NOTAS

- 1.—**Cfr.** M. 1921, p. 431
- 2.—**Cfr.** M. 1925, p. 212, sentencia de la Sala de Casación de la Corte Federal y de Casación de 27 de febrero de 1924.
- 3.—DFIM, sent. 6-4-37, M. 1938, T.I., p. 426; DFSC2, sent. 21-2-52, J.T.R. Vol. II, p. 182; DFSC2, sent. 4-3-1952, J.T.R., Vol II, p. 176-178; DIFCI, sent. 21-7-1952, J.T.R. Vol. II p. 175; DFSC2, sent. 10-10-1952, JTR, p. 179-181; DFIM, sent. 16-6-53, J.T.R., Vol. III, pp. 106-107; Juzgado 2do. Dpto. Lib. del Dto. Fed., sent. 31-7-1952, "Gaceta de Tribunales", p. 3; 21C, sent. 10-5-1957, J.T.R., Vol. VI, T.I. p. 288-290. **Cfr.** además la jurisprudencia a que se alude en la nota 1ª, que no es en el fondo sino una derivación de la misma doctrina.
- 4.—**Cfr.** Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo IV, Octubre-Diciembre, Nº 4, Caracas, 1939.
- 5.—El aludido artículo 1.231 del Código Civil de 1922 corresponde, como ya lo dijimos, al vigente artículo 1.167. Los artículos 1.284 y 1.291 del Código Civil de 1922

son idénticos en su totalidad a los actuales artículos 1.264 y 1.271. En cuanto al artículo 1.516 del Código Civil de 1922, que es el artículo 1.475 del Código vigente, la parte aludida desapareció en la reforma de 1942.

- 6.—**Cfr.** el fragmento de una sentencia de la Corte Suprema en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal citado en la Memoria de la Corte Federal y de Casación de 1941, p. 457. Aun la propia casación, si bien en forma incidental, siendo ya Presidente de la Corte el doctor Pedro Arismendi Lairé y bajo la ponencia del doctor Alonso Calatrava, aludió al carácter autónomo de la acción en sentencia de 24-4-1940, M. 1941, Tomo II, p. 66. Por lo demás la tesis no dejaba tampoco de tener antecedentes en la jurisprudencia nacional, tal como lo revela una sentencia de la Corte Suprema en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal publicada en el diario "El Universal" en noviembre de 1932.
- 7.—G. F. N° 2, 2ª. Etapa, pp. 433-434. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por otras sentencias de la misma Corte de Casación, en Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, así: Sent. 8-6-55, G. F. N° 8, Vol. II, 2ª Etapa, p. 147, siendo ponente el doctor Pedro Arismendi Lairé; y sent. de 13-6-56, G. F. N° 12, Vol. II, 2ª Etapa, pp. 165-166, bajo la ponencia del doctor Rafael Angel Camejo.
- 8.—1 IMC, sent. 7-5-54, J.T.R., Vol. IV, T.I. p. 424-425; 1SC2, sent. 28-2-55, J.T.R. Vol. IV, t. I, pp. 425-427; 41C, sent. 9-8-57, J.T.R., Vol. VI, T. I., p. 291; DFMIM3, sent. 26-10-59, J.T.R. vol. VII, T. I., p. 675-676; ZUIC1-275-1, Sent. 18-12-69, Archivo M. de J.

La nueva jurisprudencia encontró además el apoyo de la doctrina, tal como puede verse en el trabajo del doctor Eloy Maduro Luyando, Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.V., N° 15, pp. 269-274.

- 9.—**Cfr.** *supra* nota 7 *in fine*.
- 10.—**Cfr.:** DFMIM3, sent. 26-10-59, J.T.R., Vol. VII, Tomo I, pp. 675-676; DFMSC2, sent. 10-5-62, J.T.R., Vol. X., p. 190-195.
- 11.—**Cfr.** *supra* nota 7.
- 12.—**MAZEAUD, Henri, Leon y Jean:** "Lecciones de Derecho Civil", traducción castellana. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte II, Vol. III, N° 1.089, p. 345. "El acreedor —explican estos tratadistas franceses—, como todo acreedor tiene la posibilidad, a falta de cumplimiento, de pedir un cumplimiento por equivalente; pero esa reparación será de escasa eficacia en presencia de un deudor insolvente. Al dispensarle al acreedor de cumplir con su propia obligación o al permitirle recuperar la prestación por él efectuada, la resolución se presenta como un modo de reparación de mayor eficacia; y mucho más adecuado, por eso, puesto que elimina el perjuicio que resultaría para el acreedor de la obligación de cumplir sin contrapartida su propia prestación. Además, a esa reparación puede agregarse otra en forma de una indemnización por daños y perjuicios, cuando la actitud del deudor haya causado otros menoscabos al acreedor".
- 13.—"Una propiedad del contrato bilateral, a menudo superficialmente considerada, consiste —escribe ESSER— en que una parte puede tener un interés más digno de protección en el cumplimiento de su propia prestación que en el recibo de la contraprestación. Ocurre así que el actor o el director artístico que debe participar en una representación teatral no es satisfecho si el empresario le paga el salario, pero no le permite trabajar o presentarse. El obligado tiene aquí un derecho a poner en acto su propia prestación. En tanto en cuanto la contraparte omite su necesaria colaboración, a la cual tiene derecho el que quiere cumplir, existe aquí no simple retardo en la aceptación más responsabilidad por la

imposibilidad imputable al acreedor, sino un caso de infracción positiva del contrato con todas las consecuencias que de ello se derivan". Cfr. "Schuldrecht", Karlsruhe, 1960, s 81 II, p. 253.

- 14.—El artículo 1.204 del Código Civil argentino decía: "Si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no cumpliere, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento".

Esta disposición, que por lo demás tenía un campo de aplicación muy restringido pues en materia comercial el artículo 216 del Código de Comercio acogía ampliamente la acción resolutoria y muchas otras disposiciones particulares del propio Código Civil argentino le daban también cabida, había sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina argentina (Cfr. BENDERSKY, Mario J.: "Incumplimiento de Contrato", Editorial Depalma, Argentina, 1936, N° 30, p. 52 y ss.). Nada raro hay, por tanto, en que la última reforma del Código Civil argentino (Ley N° 17.711 en vigencia desde el 1° de julio de 1968) haya sustituido el citado texto por otro que dice así: "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso estableciera uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para que el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución".

- 15.—Tales los proyectos de Hesse (arts. 137, 146), de Dresde (art. 151) de Bavaria (arts. 115-138), al igual que los primeros proyectos del Código Civil alemán. Cfr. CONTANTINESCO, Leontin Jean: "La resolución des contrats synallagmatiques en droit allemand", París, 1940, p. 52 y ss.

- 16.—§ 325: "I (1) Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace **imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder**, la otra puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o **desistir del contrato**. (2) En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el párrafo 2º, o a **desistir del contrato**. (3) En lugar de la pretensión de indemnización de daños y del derecho de resolución puede hacer valer los derechos señalados para el caso en el párrafo 323.

II. Lo mismo vale en el caso del párrafo 283 si la prestación no es efectuada hasta el transcurso del plazo o si en este tiempo no está realizada en parte".

- 17.—§ 326: "I (1) Si en un contrato bilateral una parte está en **mora** en cuanto a la prestación que le incumbe, **la otra parte puede señalarle un plazo prudencial** para la efectucción de la prestación con la declaración de que rehusará la

aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. (2) Después del transcurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o a desistir del contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la pretensión al cumplimiento está excluida. (3) Si la prestación hasta el transcurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 325, párrafo 1º, inciso 2º.

II. Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1º, sin que sea necesaria la determinación de un plazo”.

§ 283: “I (1) Si el deudor está condenado en firme, el acreedor puede señalarle un plazo oportuno para la efectuación de la prestación con la declaración de que después del transcurso del plazo rehusará la aceptación de la prestación. (2) Después del transcurso del plazo, el acreedor puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento, siempre y cuando que no sea efectuada la prestación en tiempo oportuno; la pretensión de cumplimiento está excluida. (3) La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si la prestación se hace imposible a causa de una circunstancia de la que no ha de responder el deudor.

II. Si hasta el transcurso del plazo la prestación es solo en parte afectada, corresponde al acreedor también el derecho señalado en el parágrafo 280, párrafo 2º”.

18.—“Tratado de Derecho Civil” de ENNECERUS-KIPP-WOLF, traducción castellana, Barcelona, 1945, Tomo II, vol. I, “Derecho de Obligaciones”, § 4.812, p. 251.

19.—Op. cit., § 48 III, p. 251.

20.—Op. cit., Nº 288, p. 404.

21.—Op. cit., § 53 III 1, p. 276.

22.—Op. cit., Nº 234, p. 421.