

# RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y OPERACIÓN DE REEMPLAZO. REALIZACIÓN ESPECÍFICA DEL INTERÉS DEL ACREEDOR<sup>1</sup>

Jose Annicchiarico Villagrán<sup>2</sup>.

## RESUMEN:

El nuevo modelo de contratación reconoce el principio de eficiencia contractual y permite la satisfacción del interés específico del acreedor a través de la operación de reemplazo, superando los obstáculos del sistema clásico voluntarista. Con el mismo, no sólo se evitan los costos y las externalidades asociadas a la lentitud de los procedimientos judiciales permitiendo la resolución unilateral y el reemplazo, sino que se protege el interés del acreedor al permitirle la satisfacción inmediata de su interés en forma específica mediante la realización de una operación sustituta en el mercado. Este modelo es compatible con la regulación venezolana de los contratos.

## PALABRAS CLAVES:

contratos, nuevo modelo de contratación, eficiencia contractual, costos de transacción

## ABSTRACT:

The new contracting model acknowledges the principle of contractual efficiency and allows the satisfaction of the specific interest of the creditor through a replacement transaction, overcoming the obstacles of the classic continental system. Unilateral termination and replacement not only avoids the costs and externalities associated with the lengthy of judicial proceedings, but also protects the interest of the creditor by allowing its specific satisfaction through the completion of a substitute transaction in the market. This model is compatible with Venezuelan contract regulations.

## KEYWORDS:

contracts, new contracting model, contractual efficiency, transaction cost.

- 
- 1 **Nota:** El presente trabajo fue elaborado con motivo del Congreso Internacional Incumplimiento Contractual - Ejecución y Remedios del Acreedor, realizado los días 28 y 29 de noviembre de 2016, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, ponencia titulada "Resolución y operación de reemplazo".
  - 2 Profesor de Derecho Civil III de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

## INTRODUCCIÓN

1. Los ordenamiento jurídicos tributarios del Código Civil Francés de 1804 inspirados de las filosofías individualistas y liberales, reconocen a la voluntad libre y consiente de los contratantes la capacidad de generar relaciones jurídicas con fuerza vinculante. Las partes son entonces libres de contratar o no, de escoger con quien contratan, y de definir el contenido de las obligaciones que nacen del contrato dentro de los confines del orden público. Si bien las partes gozan de libertad contractual, una vez que se forma el contrato, sus estipulaciones tienen fuerza vinculante y obligatoria entre ellas. De manera que ninguna de las partes, obligadas como se encuentran a respetar la palabra dada, podría por su sola voluntad terminar o modificar el contrato, salvo por las causas permitidas en la Ley. Nos referimos a los principios de la libertad contractual y de la fuerza obligatoria del contrato. Estos principios dan fundamento al sistema clásico voluntarista creado por Código Civil francés del 1804<sup>3</sup> y a los sistemas de los países que siguen este modelo hasta nuestros días. Este es el caso del Código Civil Venezolano<sup>4</sup> y del Código Civil de Andrés Bello en vigencia en Colombia y Chile<sup>5</sup>, entre otros.
2. Una vez formado el contrato, la realización específica del interés del acreedor se verifica cada vez que el deudor, o un tercero, da cumplimiento en forma espontánea y exacta a las prestaciones prometidas en el contrato. Cuando el acreedor es víctima de un incumplimiento contractual, la realización específica de su interés implica la obtención por vía judicial del mismo resultado práctico que hubiese obtenido si el deudor hubiese ejecutado el contrato de forma espontánea, sea directamente del patrimonio del acreedor o mediante la cooperación de un tercero, siempre que medie, en este último caso, la au-

---

3 Ghestin, Jacques, *La Formation du Contrat en Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 30-34; Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil, II*, 2<sup>o</sup> edición, LGDJ, Paris, 1947, pp. 15,161,193; Mazeaud, Henri et León, Chabas, Francois, *Lecons de Droit Civil, II*, 9<sup>o</sup> edición, Montchestien, París, 1998, pp.103, 844, 868. Colin, Ambroise, Capitant, Henri, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français, II*, 3<sup>o</sup> edición, Dalloz, París, 1921, pp. 257, 310; Terre, Francois, Simler Philippe, Lequette, Yves, *Droit Civil Les Obligations*, 8<sup>o</sup> Edición, Dalloz, París, 1996, pp. 3 y Larroumet, Christian, *Droit Civil Les Obligations et Contrats*, 3<sup>o</sup> Edición, Economica, París, 1998), pp. 100.

4 Para una referencia doctrinal más extensa ver: Madrid, Claudia, “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo” en *Derecho de las obligaciones-Homenaje a José Melich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp.118

5 Pizarro, Carlos, “La influencia del Code en el derecho de Obligaciones” en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 59.

torización del juez al acreedor para actuar por cuenta y a costa del deudor. En el primer caso hacemos referencia al cumplimiento específico o ejecución forzosa en especie, en el segundo caso hacemos referencia a la llamada reparación en especie<sup>6</sup>.

3. Así mismo, ante la inejecución del contrato, el acreedor puede optar, bajo ciertos requisitos, por solicitar la resolución en lugar del cumplimiento del contrato. Si bien es cierto que la resolución no realiza directamente el interés del acreedor, en aquellos casos que las prestaciones del deudor sean fungibles, la resolución del contrato permitiría al acreedor liberarse de la relación contractual fallida, y obtener, de forma indirecta, a través de un negocio jurídico sustitutivo celebrado con un tercero, el mismo resultado práctico que hubiese obtenido si el deudor hubiese ejecutado el contrato de forma espontánea. Es el negocio sustitutivo y no la resolución del contrato, el que permitiría al acreedor, en principio, satisfacer en términos prácticos el interés específico del contrato original. Este negocio sustitutivo, también conocido como operación de reemplazo, constituye el tema objeto de este estudio<sup>7</sup>.
4. Decimos en principio, pues como se verá, el mecanismo de resolución y el régimen de indemnización del daño en caso de incumplimiento del contrato, tal como está previsto en el sistema clásico voluntarista, no fue concebido para la realización de una operación de reemplazo que permita satisfacer a cabalidad el interés específico del acreedor. Dicho sistema, por el contrario, se aferra al principio de la fuerza obligatoria del contrato e ignora los imperativos de la eficiencia contractual.

---

6 La operación de reemplazo prevista en los nuevos modelos de contratación, difiere de la llamada ejecución sustitutiva, (*Faculte remplacement*) prevista en el artículo 1.144 del *Code* y en la legislaciones tributarias del mismo. La reparación específica prevista en el *Code* concierne las obligaciones de hacer fungibles, jurisprudencialmente ampliada a las cosas genéricas, y consiste en la posibilidad que tiene el acreedor, dentro de un procedimiento ejecutivo, de hacerse autorizar por el juez a ejecutar el mismo la obligación a costa del acreedor. A diferencia de la operación de reemplazo, a través de la facultad de reemplazo, el acreedor no recibe la prestación en nombre propio, sí no por cuenta y a costa del deudor a los fines de obtener el la satisfacción específica de su derecho de crédito y debe considerarse como verdadera y propia actividad ejecutiva. Mélich, Jose, "La ejecución forzosa de la obligación de hacer" en *Estudios de Derecho Civil*, Fabreton, Caracas, 1974, pp. 182-184.

7 Es cierto que el mecanismo de reemplazo no supone en todos los casos la resolución del contrato. Es así en los casos de incumplimientos parciales o defectuosos no suficientemente graves, o en el caso de incumplimientos no esenciales en contratos de ejecución sucesiva. En dichos casos, el acreedor puede oponer la reducción del precio o valerse de los mecanismos de reparación específica solicitando al juez le autorice a ejecutar la obligación a costa del acreedor. En dichos casos la operación de reemplazo es autónoma, y la resolución del contrato no juega un rol en la realización del interés específico del acreedor.

5. Al lado del sistema clásico voluntarista se evidencia el surgimiento, hace ya más de dos décadas, de un nuevo modelo de contratación que intenta servir de modelo a las legislaciones internas y que trata de adaptar las normas de los antiguos código civiles sobre contratos y obligaciones a las condiciones vigentes del tráfico<sup>8</sup> y a los imperativos de la eficiencia contractual. Con el nuevo modelo de contratación se hace referencia a los modelos de contratación establecidos en los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (Principios Unidroit<sup>9</sup>, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL)<sup>10</sup>, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como la reciente Reforma del Código Civil Francés con vigencia a partir de octubre de 2016<sup>11</sup> y la Reforma del BGB<sup>12</sup> con vigencia a partir del año 2002.
6. El nuevo modelo de contratación da entrada al principio de eficiencia contractual y permite la satisfacción del interés específico del acreedor a través de la operación de remplazo, superando los obstáculos del sistema clásico voluntarista, en particular, la concepción clásica de la resolución como un remedio judicial y el régimen de indemnización de daños y perjuicios producto de la resolución. Con el mismo, no sólo se evitan los costos y las externalidades asociadas a la lentitud de los procedimientos judiciales permitiendo la resolución unilateral, sino que se protege el interés del acreedor al permitirle la satisfacción inmediata de su interés en forma específica mediante la realización de una operación sustituta.
7. La propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 299 la “eficiencia” como principio de rango constitucional del régimen socioeconómico a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Una política de eficiencia contractual es sin duda una política deseable. Por el contrario,

---

8 Vidal, Álvaro, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado” en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, cit., pp.138-139.

9 UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, (Roma, Ediciones UNIDROIT, 2010).

10 Comissions pour le Droit Europeen du contrat, *Principes du Droit Européen du Contrat*, (Versión Française préparée par Georges Rouhette, Paris, Société de Législation Comparée, 2003).

11 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

12 El primero de enero de 2002 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), del 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). La Ley fue publicada el 29 de noviembre de 2001 en el Boletín Oficial Federal (Bundesgesetzblatt).

un sistema que promueve contratos ineficientes, el derroche recursos y las conductas oportunistas de los contratantes es criticable. En efecto, los mismos provocan costos innecesarios a las partes y, en consecuencia, una inadecuada distribución de recursos entre los miembros de una sociedad.

8. Sin embargo, las soluciones del nuevo modelo de contratación es en muchos casos incompatible con los ordenamientos jurídicos que basan la teoría de los contratos en la voluntad libre y consciente de las partes, en el respeto de la palabra dada y en el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Lo deseable en el derecho continental de los contratos sería armonizar estos principios. Es decir, lograr no solo contratos seguros, sino también contratos eficientes. ¿Es posible adaptar el nuevo sistema a las legislaciones voluntaristas sin la necesidad de una reforma del Derecho positivo? Esa es la pregunta que tiene como objeto analizar el presente trabajo en relación al mecanismo de la resolución y reemplazo como medio de realización del interés específico del acreedor.
9. En este sentido y a los fines de dar respuesta a la anterior interrogante, se puede afirmar que la adaptación del nuevo modelo de contratación a los sistemas voluntaristas clásicos como el venezolano, el chileno y el colombiano, en relación a la resolución del contrato y reemplazo como un mecanismo de realización del interés específico del acreedor, plantea al menos dos tipos de problemas. Unos que derivan de los límites impuestos por el principio de la fuerza obligatoria del contrato y la *concepción clásica de la resolución* (I) y otros, relacionados con el principio de la reparación integral de daño y *el régimen clásico de la indemnización de daños y perjuicios asociados a la resolución* (II).

## **I. La fuerza obligatoria del contrato. Problemas relacionados con la concepción clásica de la resolución del contrato**

A diferencia de lo que proponen los nuevos modelos de contratación, la resolución en los sistemas voluntaristas clásicos, como el caso venezolano, es un remedio judicial (A), y de carácter excepcional (B). ¿Tales caracteres representan realmente un obstáculo a la realización del interés específico del acreedor?

### **1. La resolución judicial**

10. En caso de incumplimientos graves, el nuevo sistema de contratación postula que el reemplazo es eficiente y permite al acreedor realizar el interés específico

del contrato, siempre que se le permita al acreedor realizar la resolución de forma unilateral, sin tener que esperar la decisión de un juez<sup>13</sup>.

11. El reemplazo unilateral, en los contratos de ejecución instantánea, es una forma de resolución unilateral del contrato, pues a través de un mecanismo de justicia privada se sustituye un contrato original en su totalidad por un contrato de reemplazo.<sup>14</sup> Sin embargo, si bien esto es así, la operación de reemplazo no implica necesariamente la resolución unilateral del contrato cuando se trata de remediar incumplimientos no esenciales, particularmente en contratos de ejecución sucesiva. En dichos casos, se trata reemplazos que tienen como fin remediar problemas puntuales, en virtud del cual el acreedor obtiene, con el negocio sustituto, una satisfacción en especie de su obligación dentro del marco contractual original<sup>15</sup>. No nos interesamos en este trabajo en el reemplazo unilateral, como medida puntual que corrige ciertos incumplimiento defectuosos o no esenciales; nos interesamos en la operación de reemplazo que resuelve y sustituye la operación contractual fracasada por una nueva.
12. En este sentido, la resolución unilateral protege el interés del acreedor pues al permitir poner fin rápidamente al contrato, se preserva de esta forma la posibilidad de obtener la realización del interés específico a través de un tercero. Si se debe esperar la decisión del juez sobre la resolución judicial para realizar

---

13 En los PELC, la operación de reemplazo está prevista en el artículo 9:506 “*Artículo 9:506: Negocio de reemplazo: Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.* En los principios Unidroit en el Artículo 7.4.5: (*Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo*) *Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.* Convención de Viena Artículo 75: *Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.* Reforma del Código Civil francés 2016 Art. 1222. - *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l’obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.*

14 Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, París, 2008, pp 233.

15 Laithier, Yves- Marie, *Etude Comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, LGDJ, París, 2007, pp. 269. Genicon, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, París, 2007, pp 413

- la operación de reemplazo es muy probable que el acreedor pierda el interés en la ejecución o satisfacción en especie de la obligación a través de un tercero<sup>16</sup>.
13. El acreedor no tiene incentivo de realizar una operación de reemplazo si corre el riesgo de que antes de que sea declarada la resolución judicial, el deudor le imponga la ejecución del contrato original y termine vinculado en dos contratos de igual contenido.
  14. Y es que hasta que la resolución judicial no sea decretada por el juez, el acreedor no puede disponer de la contraprestación. La contraprestación está afectada al cumplimiento. El acreedor se encuentra vinculado al contrato original, pues los efectos de la resolución no se producen hasta que el juez declara la resolución. El acreedor corre además con la carga de demandar la resolución del judicial del contrato en caso de que no quiera verse obligado por la contraparte a ejecutar su propia prestación.
  15. De manera que puede afirmarse que la resolución judicial es ineficiente. En efecto, no incentiva el reemplazo, es un obstáculo a la satisfacción inmediata del interés específico del acreedor a través de una operación sustituta, da lugar a la producción de daños externos, al derroche y a la mala distribución de los recursos entre las partes y en consecuencia en la sociedad<sup>17</sup>.
  16. En cambio, la resolución unilateral coloca en cabeza del deudor la carga de ejecutar fielmente su obligación y de demandar el abuso del acreedor en el ejercicio de derecho a resolución. Dicho sistema cumple una función conminatoria al desplazar el riesgo del acreedor al deudor que incumple la obligación. La resolución unilateral permite al acreedor adquirir los efectos de la resolución de forma inmediata y terminar el vínculo contractual por su sola declaración<sup>18</sup>. Si la resolución es ejercida en forma correcta, el acreedor obtiene la satisfacción de sus interés específico en forma inmediata a través de una operación sustituta con un tercero, evitando los daños externos que provoca el incumplimiento tardío o definitivo. Pero si la resolución unilateral es ejercida irregularmente, de cualquier forma, se evitan los daños externos y la externalidades asociadas el incumplimiento. La resolución unilateral, no sólo libera al acreedor, sino que el deudor queda liberado también de su obligación correspectiva, y puede acudir al mercado a satisfacer su propio interés

---

16 Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, cit., pp. 228 -240.

17 Genicon, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., pp. 415; Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, cit., pp 239

18 Genicon, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., pp 413

contractual, sin que ello lo libere de su obligación de indemnizar al acreedor producto de la resolución.

17. Los sistemas voluntaristas que imponen la resolución judicial, someten al acreedor a la lentitud y los costos de los procesos judiciales, justifican la institución en el principio de la fuerza obligatoria del contrato, y desconocen los imperativos de la eficiencia económica. ¿Es posible pensar en una armonización o adaptación del sistema voluntarista a estos nuevos imperativos de la eficiencia económica sin una reforma legislativa?
18. Ante la limitación de orden legal existente y el escaso tratamiento en la doctrina nacional sobre la posibilidad de introducir la resolución unilateral del contrato por incumplimiento, el Derecho Comparado puede servirnos para saber cuál ha sido el tratamiento que otros países de corte voluntarista le han dado a este problema, y sobre cuáles fundamentos podría apoyarse la doctrina y la jurisprudencia para darle entrada a la resolución unilateral por incumplimiento.
19. Si damos una mirada a la experiencia francesa, se puede apreciar que a pesar del carácter judicial de la resolución, en casos excepcionales la jurisprudencia ha admitido la resolución unilateral en caso *de urgencia legítima*, de *estado de necesidad* y la *legítima defensa*. Desde vieja data en Francia se admite la ruptura unilateral del contrato en caso de urgencia comprobada<sup>19</sup>. Es decir, el acreedor tiene el derecho invocar como causa de terminación unilateral del contrato la urgencia o la necesidad de evitar un daño mayor a una tercera persona, a su persona o a sus bienes. Se dice que excepcionalmente, la resolución judicial procede cuando hay “peligro en la tardanza” (*peril en la demeure*).
20. También, de forma excepcional, se ha caracterizado como caso de urgencia legítima, y como fundamento de la resolución unilateral el *estado necesidad*<sup>20</sup>. La doctrina mayoritaria admite ampliamente el principio según el cual un contratante puede excepcionalmente hacerse justicia privada rompiendo el

---

19 Fages, B., *Le comportement du contractant*, PUAM, Marseille, 1997., p.39

20 Savatier, René, note sous Poitiers, 12 juin y 23 dec 1918 en DP 1920, p 41. *La portée de cette théorie ne se restreint pas à l'usage de services. Elle permettrait de poser en principe que, dans tout les contrat synallagmatique, chaque partie a le droit de considerer de plain droit ses obligations comme éteintes et sa convention comme résiliée quand il y a en quelque sorte, peril en la demure, c'est à dire lorsque par la faute de l'autre partie, l'execution future de l'autre partie deviendrait particulièrement onerouse. Il y aurait lá une sorte de necesité, obligeant a derogar au principe de 1884.* En este mismo sentido: Cassin, René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, 1914, París, Tesis no publicada, pp. 355: “*Il faut encore, croyons nous, reconnaitre à l'autre partie la faculté de se degager de ses obligations avant tout intervention en justice, lorsque l'inexécution dont elle souffre est susceptible de mettre ses interets en peril pressant et qu'il y urgence à sauegarder ses derniers*”.



contrato, cuando debe enfrentarse a un comportamiento de la otra parte particularmente reprehensible, a los fines de evitar los problemas de una justicia demasiado lenta y a los fines de evitar la realización de un daño que, ante la ausencia de la ruptura del contrato, se producirían. Excepcionalmente, también se admite la resolución unilateral en caso de faltas particularmente graves<sup>21</sup>.

21. Esta manera de admitir la resolución unilateral constituye un mecanismo excepcional basado en la urgencia, en el estado de necesidad o en la legítima defensa, no justifican la admisión de un principio general de resolución unilateral del contrato que permita adaptar la resolución del nuevo de sistema de contratación a nuestros modelos voluntaristas. Tales fundamentos no permitirían la realización de la operación de reemplazo, en forma eficiente, salvo en circunstancias muy especiales.
22. Fuera de los casos excepcionales que en el Derecho francés admiten la resolución unilateral, se ha dicho que una reforma que consagre en forma positiva la resolución unilateral es inútil e innecesaria. Para esta corriente doctrinaria, el acreedor víctima del incumplimiento podría, a los fines de realizar la operación de reemplazo de forma inmediata, oponer la excepción de incumplimiento y demandar la resolución judicial.<sup>22</sup> Si el incumplimiento es suficientemente grave, la resolución judicial, tal como la presentan los sistemas voluntaristas inspirados del *Code*, tendría efectos retroactivos. De manera que el acreedor tendría la posibilidad de realizar la operación sustitutiva a riesgo y peligro de que el juez no declare la resolución. Tal solución no es menos eficiente que la propuesta en el nuevo sistema de contratación. Ya que en los sistemas en que se admite la resolución unilateral, el deudor puede controlar judicialmente *a posteriori* la resolución unilateral y a través de una sentencia favorable obtener la restitución de la vigencia del contrato. De manera que en ambos casos la operación de reemplazo se realiza a riesgo y peligro de que el juez *a posteriori* revise la procedencia resolución del contrato. Esto es así salvo que se considere que el control *a posteriori* no sería capaz de declarar la vigencia del contrato sino únicamente la reparación de daños y perjuicios por abuso de derecho.
23. Tal mecanismo de reemplazo a través de la excepción de incumplimiento y resolución judicial del contrato, sea que se oponga por vía principal o por vía de excepción o reconvencción, podría verse como un mecanismo perfectamente

---

21 Popineau-Dehaoullon, Catherine, *Les Remèdes de justice privée a la inexécution du contrat étude comparative*, cit., pp.181-186

22 Genicon, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., pp. 413

válido para realizar la operación de reemplazo. Sin embargo, la doctrina que analiza el tema en su gran mayoría son de la opinión contraria. En efecto, para este sector de la doctrina, la excepción de incumplimiento tiene un efecto provisional, sus requisitos de procedencia son menos estrictos que los exigidos para obtener la resolución del contrato, de manera que tal proceder conllevaría a una deformación de excepción de incumplimiento para dar entrada a una resolución unilateral, sin que pueda aplicarse un control adecuado sobre la gravedad del incumplimiento, lo cual atentaría con el principio de fuerza obligatoria del contrato.

24. Argumentan igualmente que tal mecanismo sería imperfecto pues no permitiría al acreedor beneficiarse de forma inmediata de los efectos de la resolución ya que las prestaciones quedaría todavía afectadas al cumplimiento de las obligaciones respectivas y no serían disponibles. En fin, los efectos de la resolución no serían adquiridos por el acreedor de forma inmediata. Lo que plantea problemas asociados al incumplimiento de parte del propio acreedor frente al deudor, así como problemas de responsabilidad asociados a los terceros que realicen la operación de reemplazo con el acreedor víctima del incumplimiento.<sup>23</sup>
25. Teniendo en cuenta los antecedentes, Sala de Casación Francesa, en el año 1998, en su famosa decisión *Tocqueville*<sup>24</sup>, dio entrada de manera general la resolución unilateral del contrato a riesgo y peligro del acreedor en caso de incumplimiento suficientemente grave. Sin duda se trata una creación de carácter pretoriana, contraria a la letra del artículo 1.184 del Código Civil Francés. En cualquier caso, la Sala de Casación Francesa consideró más conveniente regular la institución de la resolución unilateral de forma concreta que realizar una interpretación deformante de la excepción de incumplimiento.
26. Tal antecedente dio lugar a que en la reforma del código civil francés de 2016 se haya admitido en forma expresa, en su artículo 1.226, la resolución unilateral del contrato<sup>25</sup>. De manera que existen fundamentos susceptibles de

---

23 Pizarro, Carlos, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, cit., pp. 59.

24 Arrêt *Tocqueville* rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 13 octobre 1998 (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, *D.* 1999, jur., p. 198, note Ch. Jamin, *JCP G* 1999, II, 10133, note N. Rzepecki, *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud). La referida decisión fue luego confirmada por una sentencia de la misma Sala de Casación Civil del 28 de octubre de 2003, en la cual se indica “la gravedad del comportamiento de una parte en un contrato puede justificar que la otra parte coloque fin de manera unilateral por su cuenta y riesgo, sin importar si se trata de un contrato a tiempo determinado o indeterminado”.

25 Art. 1226. - *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence,*

lograr en la práctica una resolución unilateral del contrato a riesgo del acreedor. No es cierto que la resolución unilateral es un mecanismo que atenta contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo su admisión requiriere de una regulación específica que la permita adaptarse a los sistemas clásicos de sanciones.

27. En efecto, si bien los mecanismos dispuestos sobre la base del Derecho positivo anclado en sistema voluntarista son imperfectos (el mecanismo de la excepción de incumplimiento y resolución judicial, así como los fundamentos de urgencia, estado de necesidad y de legítima defensa), no por ello puede afirmarse que no es posible una lectura más acorde con las nuevas necesidades del tráfico comercial y a las propuestas de los nuevos modelos de contratación como es el principio de la eficiencia económica. Teniendo en cuenta el antecedente francés, es claro que es preferible admitir jurisprudencialmente la resolución unilateral y dar una regulación a la misma, que deformar otras instituciones de Derecho Civil.
28. En este sentido, conviene señalar que la resolución judicial no es un principio de orden público. Por el contrario, bajo determinadas circunstancias, y para diversos tipos de contratos, la misma Ley admite la resolución unilateral. Es el caso de la venta cuando el comprador o el vendedor no ofrece el cumplimiento de sus respectivas obligaciones al vencimiento de la obligación de pagar el precio o de entregar la cosa muebles, (artículo 1.531 del código civil venezolano) es el caso también en la venta mercantil (en los artículos 141 y 142, del Código de Comercio Venezolano). También las partes pueden establecer en sus contratos cláusulas de resolución unilateral, así como eventos de resolución de pleno Derecho. Finalmente, la resolución de pleno derecho es el efecto típico de la teoría de los riesgos. Cuando en un contrato bilateral la obligación de una de las partes se hace de imposible cumplimiento por una causa no imputable al deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho, aun cuando tal facultad le corresponde unilateralmente al acreedor víctima del incumplimiento no imputable. ¿Qué diferencia existe entre la imposibilidad de cumplimiento imputable a una de la parte y la imposibilidad no imputable? En ambos casos, el intento contractual es fallido y justifica la extinción del contrato.
29. Cabe entonces preguntarse, ¿porqué la aceptación de la resolución unilateral del contrato por incumplimiento tendría que considerarse como una violación

---

*il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément que à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.*

inadmisible al principio de la fuerza obligatoria del contrato? En realidad, la aceptación de la resolución unilateral a riesgo del acreedor no comporta una violación al principio de la fuerza obligatoria del contrato, en la medida que la resolución, como media excepcional, requiera de un incumplimiento suficientemente grave, siempre que su ejercicio por la víctima del incumplimiento sea objeto de control. Poco importa si se trata de un control anticipado, como en el caso de la resolución judicial, o de un control a *posteriori*, como es el caso de la resolución unilateral.

30. Y es que los límites que imponen el principio de la fuerza obligatoria del contrato a la resolución atienden en realidad a los presupuestos de su procedencia y no a su carácter judicial o unilateral. De allí que el principio de la fuerza obligatoria del contrato no constituye un obstáculo a la admisión de la resolución unilateral del contrato. Por el contrario, la no admisión de la resolución unilateral choca frontalmente con los imperativos de la eficiencia contractual y la protección del interés del acreedor víctima del incumplimiento. De esa manera, la judicialización de la resolución contractual limita el derecho del acreedor a obtener la satisfacción inmediata de su interés en forma específica a través de una operación de reemplazo cuando ello es posible. Más aún, la admisión es deseable si se tiene en cuenta que la resolución unilateral y reemplazo permiten evitar las externalidades y costos asociados al incumplimiento, los cuales perjudican patrimonialmente a la parte a quién se intenta proteger y en general a la sociedad.
31. En consecuencia, la resolución unilateral del contrato y la operación del reemplazo como mecanismo de realización del interés específico del acreedor es posible y deseable desde que su reconocimiento jurisprudencial no atente contra el principio la fuerza obligatoria de los contratos y evita los costos perjuicios asociados al incumplimiento. Lo anterior es así, siempre que el ejercicio razonable de dicha prerrogativa sea objeto de control a *posteriori*.
32. Dicho control versará sobre la gravedad del incumplimiento, pues sólo un incumplimiento grave o esencial justifica su procedencia. De allí que la doctrina clásica predique el carácter excepcional de la resolución, lo que nos lleva a analizar si dicho carácter excepcional de la resolución constituye o no un límite a la operación del reemplazo.

## 2. El carácter excepcional de la resolución. Límite a la operación de reemplazo

33. Según el sistema voluntarista, la resolución del contrato es una sanción típica de los contratos bilaterales que tiene un carácter excepcional. La doctrina moderna se debate en relación a los criterios para la determinación de la gravedad del daño<sup>26</sup>.
34. La doctrina voluntarista clásica<sup>27</sup> justifica la resolución de contrato en la pérdida sobrevinida de la justificación objetiva o justificación económica del contrato para una de las partes y en consecuencia en la frustración del interés del acreedor, víctima del incumplimiento. El presupuesto de la resolución en los contratos es una falla sobrevinida en un elemento estructural del contrato que justifica su desaparición sólo cuando es suficientemente grave, esencial o fundamental. Dicha falla alude a la pérdida sobrevinida de la justificación económica del contrato para una de las partes. Si una parte no puede retirar la ventaja económica que lo llevó a contratar, tal evento justificaría la posibilidad, para la víctima del incumplimiento, de hacer desaparecer el contrato de forma retroactiva como si nunca hubiera existido<sup>28</sup>.
35. En este sentido, tal como se admite tradicionalmente por la doctrina clásica, existe un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato cada vez que por una causa imputable al deudor, se hace imposible de forma definitiva el cumplimiento en especie de la obligación de una de las partes en un contrato bilateral, ya sea porque es materialmente imposible obtener el cumplimiento del deudor, o porque, aun cuando sea posible, el acreedor ha perdido interés en el cumplimiento tardío. Y es que dicha imposibilidad o pérdida de interés

26 Gorrin, Guillermo, "Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contrato" en *Libro homenaje a los cien años de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Venezuela, IV*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2581 y Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 4ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 164-197, 725.

27 Capitant, Henry, *De la causa de las obligaciones*, Gongora, Madrid, 1928, pp 341; Mélich, José, *Doctrina General del contrato*, 4ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006), p. 725

28 Larroumet, Christian, *Les Obligations-Le contrat* (n. 1) pp. 755-756. "La resolution, lorsqu'elle est prononcée par le juge, doit être fondée sur le fait que l'exécution ne pourra plus être obtenue par le créancier. Elle constate une situation dans laquelle il apparaît que le contrat a manqué son but (...) il n'y a pas de raison de maintenir le contrat lorsque il est admis que le créancier n'obtiendra pas satisfaction en nature (...) En effet, si l'exécution est encore possible ou si l'inexécution n'est pas grave, la cause de l'autre obligation ne vient pas à manquer"

priva al acreedor, de forma definitiva, no temporal, de la utilidad que esperaba retirar del contrato, su interés contractual<sup>29</sup>.

36. Ahora bien, la operación de reemplazo, por el contrario, supone precisamente la posibilidad de la realización del interés del acreedor en forma específica, no ya por el deudor sino por un tercero. De manera que, en los sistemas voluntaristas clásicos de Derecho continental, la sola posibilidad de poder sustituir el contrato original por uno nuevo que satisfaga el interés específico del acreedor, limitaría, en principio, la posibilidad de resolver el contrato y realizar una nueva operación sustituta con un tercero. Es decir, en la medida en que la ejecución de la prestación en *natura* es posible y el acreedor mantiene interés en la ejecución, el acreedor no tiene derecho a solicitar la resolución del contrato. Cabe entonces preguntarse si la concepción clásica de los sistemas voluntaristas constituye un límite a la admisión de la resolución y reemplazo como mecanismo de satisfacción del interés específico del acreedor.
37. Si damos una mirada al nuevo modelo de contratación, se puede evidenciar que el mismo plantea la resolución no sólo como una constatación del fracaso del intento contractual, ante la imposibilidad del cumplimiento en especie o la falta de interés del acreedor, si no que plantea la resolución como un mecanismo de sanción del deudor y de protección del interés del acreedor. En este sentido, se puede apreciar cómo para lograr estos fines se amplía el contenido de la noción de incumplimiento grave, esencial o fundamental. En efecto, los modelos de contratación uniforme, siguen el modelo del common law (Fundamental breach o substantial failure in performance). En general, tanto los principios Unidroit (Artículo 7.3.1, 7.3.3, 7.1.5), los PELC (8:103, 9:301, 9:304 y 8:106) y la Convención de Viena (Artículos 25, 49 2.a.II y III, 47, y 72) establecen los siguientes supuestos de incumplimiento esencial: (a) Cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre que sea previsible para la otra parte; (b) cuando la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) cuando el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) cuando el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. En todos estos sistemas se establece la posibilidad al acreedor de otorgar un período de gracia suplementario para el cumplimiento y de resolver el contrato si la otra parte no cumple

---

29 Vidal, Álvaro, "La noción de incumplimiento esencial en el código civil", en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, cit., p. 491.

antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella. Igualmente se permite la posibilidad de resolver el contrato anticipadamente si se sabe con certeza que el deudor no podrá cumplir al término de la obligación.

38. El incumplimiento es esencial no sólo ante la imposibilidad de la prestación, la pérdida del interés del acreedor o cuando se priva sustancialmente al acreedor de lo que tiene derecho a esperar del contrato, sino también, cada vez que el deudor manifiesta su intención de no cumplir. La voluntad del deudor de no cumplir destruye la confianza del acreedor. El incumplimiento es esencial también, cada vez que, aun cuando el deudor no ha manifestado su voluntad de no cumplir, dadas las circunstancias e incluso antes del vencimiento de la obligación, es evidente que el deudor, llegado el momento, no podrá dar cumplimiento a su obligación. Finalmente, existe cumplimiento esencial, cada vez que, incluso cuando es posible el cumplimiento en especie y el acreedor no ha perdido interés en el cumplimiento de la obligación, el cumplimiento en especie no es capaz de dar una satisfacción adecuada al acreedor, dadas las circunstancias.
39. Al comparar ambos sistemas se puede evidenciar que las causales de resolución no sólo responden a un criterio objetivo y cumplen una función económica, cuando autorizan la resolución cada vez se priva al acreedor de su interés contractual. Es el supuesto de la ruptura del equilibrio económico del contrato. La resolución también cumple una función punitiva, pues sanciona con la desaparición del contrato al deudor que intencionalmente no ejecuta el contrato. Cumple adicionalmente una función de garantía, cuando permite resolver el contrato cada vez que el acreedor, por los actos del deudor, pierde la confianza en la ejecución futura del contrato. En este último caso, la resolución del contrato proporciona al acreedor la posibilidad de liberarse del contrato que no le es útil, y obtener, cuando es posible, la satisfacción de su interés específico fuera del contrato, de forma inmediata y no de forma tardía; evitando la producción de externalidades, y en fin, permitiendo una solución eficiente al problema que le plantea al acreedor el incumplimiento contractual.
40. De lo anterior puede constatarse que la gravedad del incumplimiento, para este el nuevo modelo de contratación, no exige un incumplimiento definitivo o un incumplimiento de tal gravedad que haga que el acreedor pierda su interés en la vigencia del contrato. Si las condiciones de la resolución fueran tan exigentes y excepcionales, como en la doctrina clásica de los sistemas voluntaristas, no podría lograrse la satisfacción del interés específico del acreedor mediante un contrato sustituto o de reemplazo. Viendo las aparentes contradicciones

entre los dos sistemas, cabe preguntar: ¿es posible adaptar el nuevo sistema de contratación en aquellos ordenamientos jurídicos que inspirados en el sistema voluntarista clásico? Para ello veremos el tratamiento que le han dado en algunos países tributarios de este sistema.

41. En relación a la calificación de la gravedad del incumplimiento, debe constatarse cierto vacío en la doctrina venezolana sobre el tema, salvo ciertas excepciones como es el caso de Mélich<sup>30</sup>. Si bien Mélich hace un ejercicio de Derecho Comparado sobre las soluciones que en relación al tema han dado otras jurisdicciones como Francia, Italia y Alemania, no es evidente su posición, más allá de reconocer la falta de sistematización dado al poder discrecional otorgado al juez. En todo caso, es claro en reconocer en Venezuela la necesidad de que el juez verifique la “suficiencia” del incumplimiento para declarar la resolución, y esto ocurre cuando “...se demuestre a satisfacción del juez, que el retardo en el cumplimiento alegado como fundamento de ella produce efectivamente un daño más o menos relevante para el acreedor demandante de la resolución”<sup>31</sup>.
42. Para Mélich, todo cumplimiento no definitivo implica que la ejecución forzosa en *natura* es posible y que el acreedor mantiene interés en la utilidad o ventaja que le procuraría dicha ejecución. Por ello, siempre que la ejecución forzosa en *natura* es posible y el interés del acreedor en dicha ejecución se mantenga, sólo existe un retardo en el cumplimiento de la obligación que debe en principio inhibir la acción en resolución.
43. Si bien es claro que el incumplimiento culposo, definitivo y total, dada su gravedad justifica la resolución del contrato, ello no resuelve los casos en los cuales el incumplimiento es sólo temporal, o aquellos casos en los cuales el incumplimiento definitivo es sólo parcial, ni tampoco aquellos casos en los cuales el incumplimiento temporal es sólo parcial. En todos estos casos el juez dotado de un poder discrecional de apreciación deberá determinar si el “incumplimiento culposo” es de suficiente importancia como para deshacer retroactivamente el contrato.
44. Sin embargo, para Mélich<sup>32</sup>, el requisito de la gravedad no debe confundirse con el de la desaparición del interés del acreedor. Para este autor, todos los sistemas que establecen un lapso de gracia como el Código Francés de 1804, el español o el italiano de 1865, o los que establecen un lapso de gracias

---

30 Mélich, José, *La resolución del Contrato por Incumplimiento*, cit., p. 197

31 Mélich, José, *La resolución del Contrato por Incumplimiento*, cit., p. 202

32 Mélich, Jose, *La resolución del Contrato por Incumplimiento*, cit., p. 185



conminatorio por el acreedor, como el BGB del 2002, el italiano del 1942 o el código Suizo de obligaciones "...se persigue establecer un mecanismo destinado a determinar la disposición del deudor a cumplir, para permitir así la transformación del "retardo" en "incumplimiento definitivo e irrevocable". Sin embargo, tal artificio o ficción no es necesario, pues tal como lo demuestra la doctrina y la jurisprudencia comparada<sup>33</sup>, la resolución del contrato puede ser declarada incluso si el acreedor no ha perdido interés en el cumplimiento de la obligación y como muestra de tal afirmación recurre a la doctrina y experiencia de la jurisprudencia Francesa. Así, para Planiol y Ripert:

"...la culpa voluntaria, la inexecución con pleno conocimiento de causa (que exigirá una puesta en mora), justifica la resolución del contrato, aún si ningún perjuicio pecuniario se hubiera comprobado, y ello todavía si se tratare de un incumplimiento parcial de una obligación divisible. Esta es la sanción de la mala fe y la reparación del perjuicio moral causado por el incumplimiento. La mala fe puede justificar la resolución total"<sup>34</sup>

45. El caso alemán es particularmente interesante, pues desde el BGB de 1901, y por supuesto luego de la reforma del 2002, el presupuesto de la resolución del contrato no es el incumplimiento grave, sino por el contrario, la existencia de un incumplimiento que no sea insignificante. Es decir, la resolución, sometido a ciertos requisitos de forma, procede siempre que el incumplimiento no es insignificante. Sin embargo, el sistema alemán requiere que el acreedor otorgue un plazo razonable al deudor para que cumpla. La falta de cumplimiento dentro del lapso razonable otorgado autoriza la resolución del contrato. Es el conocido sistema del Nachfrist<sup>35</sup>. Siendo posible la ejecución en especie,

33 La posibilidad de que la resolución sea acordada con fundamento en la sola mala fe del deudor es reconocida por la jurisprudencia francesa. Ver: Planiol y Ripert, Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil, II*, cit. Ambos autores citan una jurisprudencia relativamente abundante de los tribunales franceses en este sentido. También ver: Ghestin, Jacques, *La Formation du Contrat*, cit., p. 4

34 Continúa Mélich diciendo en relación a la diferencia entre la gravedad y la desaparición del interés del acreedor lo siguiente: "la tendencia jurisprudencial a ratificar el comportamiento de la parte inocente que rompe unilateralmente el contrato, sin esperar la intervención del juez, aún antes de la consumación del daño y sólo en vista de la eminencia de este, cuando resulta que el deudor ya está en mora o es manifiesta su mala fe, es otra prueba de que la resolución no está supeditada a la desaparición de interés del acreedor y de que este concepto y el de la gravedad" del incumplimiento no puede homologarse.

35 BGB Section 323: "Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract: (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure. 2) The specification of a period of time can be dispensed with if: 1. the obligor seriously and definitively refuses performance, 2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within

procede de igual forma la resolución, cada vez que es claro la voluntad del deudor de no cumplir.

46. Esta forma de ver las cosas en virtud de la cual la “gravedad” del incumplimiento puede ser valorada por el juez, en ejercicio de su poder discrecional, o bien como una sanción a la conducta reprochable del deudor o bien como una constatación del fracaso del contrato, al hacerse imposible la satisfacción del interés del acreedor, tiene su justificación, según la doctrina, en las funciones que la resolución está llamada a cumplir. Se dice entonces que las funciones del mecanismo de resolución del contrato deben guiar al juez pues en definitiva la discrecionalidad de que goza, es otorgada en miras de que la ley logre un objetivo concreto. La más moderna doctrina francesa reconoce al mecanismo de la resolución tres funciones principales: 1.- Una función económica; 2.- Una función punitiva; y 3.- Una Función de Garantía. 36
47. La función económica es unánimemente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia. Ella explica que el contrato sea destruido cada vez que ella pierde su utilidad económica para una de las partes o incluso para ambas partes. Dentro de esta función se engloban todas los criterios que tratan de darle un fundamento a la resolución desde un punto de vista objetivo, entre ellas: la voluntad de las partes, la condición resolutoria implícita, la causa, la pérdida del interés, la interdependencia de las obligaciones el desequilibrio contractual. En este sentido, la resolución judicial es un simple instrumento de liquidación que permite eliminar un contrato que desde el punto de vista de la utilidad que las partes esperaban retirar ha fracasado. Se trata de eliminar el contrato, el cual no tiene razón de existir, visto el fracaso de la operación económica proyectado por las partes.
48. Por su parte, la función de garantía de la resolución consiste en permitir al acreedor salir de un contrato que no ha sido ejecutado o en cualquier caso, no ha sido bien ejecutado, de la manera que sus intereses patrimoniales resulten

---

*the period specified is of essential importance to the obligee, or 3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead. (4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met. (5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial. (6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance”.*

36 Genicon, Thomas, *La resolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 152

lesionados en la menor medida posible. Así, los efectos restitutorios de la resolución permiten, en algunos casos, colocar al acreedor en la posición más segura ante el incumplimiento contractual de la contraparte.<sup>37</sup>

49. Por último, la función punitiva, ampliamente reconocida, aunque no sin críticas, por la jurisprudencia extranjera en países como en Italia y Francia, según la cual la resolución tiene por objeto autónomo sancionar al deudor culposo. La función punitiva lleva consigo un efecto conminatorio al cumplimiento del contrato y un efecto cautelar.<sup>38</sup> Para Mélich, al acogerse "... la doctrina de la sanción, se percibe que sólo el incumplimiento subjetivo (culposo) da lugar a la sanción..."<sup>39</sup>.
50. Este mismo autor, al hablar de la gravedad objetiva y subjetiva del incumplimiento, sintetiza el rol de las tres funciones del mecanismo de la resolución judicial, cuando expresa que puede distinguirse netamente entre la gravedad del incumplimiento, que se refiere a la extensión de la importancia o a la extensión de la obligación violada, y a la gravedad de la culpa, que alude al grado de deficiencia de la voluntad (dolo, culpa grave, culpa leve, etc.). La misma ambigüedad terminológica del texto legal (Artículo 1.167 del Código civil venezolano) ha servido también para apoyar una jurisprudencia según la cual debe ser pronunciada la resolución si el incumplimiento deriva del dolo del deudor, incluso si no se ha establecido daño alguno para el acreedor, o si se trata sólo de una inejecución parcial de una obligación divisible. Todo esto se explica por la función misma de la resolución, que sirve para prevenir la multiplicación de daños que sufriría el acreedor si tuviera que esperar la consumación del incumplimiento total para satisfacerse por equivalente<sup>40</sup>.
51. Se constata que la valoración de la gravedad del incumplimiento por el juez debe tener en mente la función económica de la resolución, es decir, el juez debe desechar el contrato cuando el mismo, desde el punto de vista del interés de las partes, ha resultado un fracaso. El interés debe entenderse como la utilidad que las partes convinieron retirar del contrato al momento de su formación. Debe tener en mente que la resolución del contrato constituye también un mecanismo punitivo de que se vale el juez para sancionar al contratante que

---

37 Stark, Boris, *Essai de une theorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, Paris, 1947; Saleilles R. *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, Paris, 1925, y Gaudemet, *Theorie Général des obligations*, Dalloz, Paris, 2004.

38 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 128.

39 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 132

40 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 133

deliberadamente o de mala fe incumple el contrato, lo cual lleva aparejada una función conminatoria en relación al comportamiento leal de las partes. Por último, el juez debe tener en mente que la resolución del contrato constituye un mecanismo de garantía. Y es que la resolución constituye un mecanismo de protección del acreedor cuando el cumplimiento específico tardío o la indemnización de daños y perjuicios no constituye el remedio más adaptado. En dichos casos el acreedor puede obtener mediante la resolución y la operación de reemplazo la realización de su interés específico en forma inmediata.

52. Si nos apegamos a los mecanismos de interpretación de la ley establecidos en el artículo 6 del Código Civil, según el cual: “ *Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.*”, vista la ambigüedad del artículo 1.167 y la ausencia de analogías aplicables en el derecho Venezolano, deberíamos entonces acudir a los principios generales de derecho. Se observa con sorpresa que todo lo que se ha dicho hasta hora por la doctrina patria, con apoyo en los comentaristas del derecho italiano y francés, ha sido recogido en los principios de derecho de contratación internacional.
53. Y es que tal manera de comprender la cosas, concuerda perfectamente con los supuestos de incumplimiento esencial tanto los principios Unidroit (Artículo 7.3.1, 7.3.3, 7.1.5), los PELC (8:103, 9:301, 9:304 y 8:106) y la Convención de Viena (Artículos 25, 49 2.a.II y III, 47, y 72) de incumplimiento esencial, esto es: (a) cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, previsible por la otra parte; (b) cuando la ejecución estricta de la prestación es esencial según el contrato; (c) cuando el incumplimiento es intencional o temerario; (d) cuando el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. (d) en caso de retraso, cuando la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido.
54. Tal como se puede apreciar, según los nuevos modelos de contratación, el cumplimiento es “grave” o “esencial”, desde el punto de vista de la función económica de la resolución, cuando “...el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado...”. En este sentido, el interés del acreedor tiene que apreciarse en función de lo que tenía derecho esperar al momento de la formación del contrato, según si la ejecución de la obligación incumplida

era esencial de acuerdo la común voluntad de las partes al momento de la formación del contrato o según la naturaleza del contrato.

55. Pero también puede apreciarse de dichos modelos que la referida norma justifica la resolución, no sólo ante la pérdida del interés, sino también cuando el incumplimiento fue intencional o temerario, de donde se evidencia claramente la admisión en forma autónoma de la función punitiva y de garantía de la resolución.
56. Igualmente puede apreciarse la función de garantía cuando la norma permite al acreedor resolver el contrato cada vez que el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro o cuando le permite al acreedor fijarle un plazo al deudor para que este manifieste su intención o reticencia a cumplir. Y es que el acreedor tiene derecho a resolver el contrato, incluso si tiene pleno interés en el cumplimiento y este es posible, si el deudor manifiesta su voluntad de no ejecutar el contrato. Como fue dicho con anterioridad, el juez no debe esperar a que el acreedor sufra enormes daños para declarar la resolución cuando puede ahórraselos a ambas partes. Sobre todo cuando es cierto que el deudor no cumplirá. La resolución de contrato, en su función de garantía, debe admitirse de forma general en los sistemas de corte voluntaristas inspirados del Código Civil Francés de 1804 a los fines de permitir al acreedor lograr la realización de su interés en forma específica a través de la operación de reemplazo.
57. En conclusión, si damos una mirada al Derecho Comparado, en particular a la experiencia en Francia antes de la reforma del Código Civil francés, se puede evidenciar que tanto la doctrina pero sobre todo la jurisprudencia han dejado a la soberana apreciación del juez la gravedad del incumplimiento. De esta manera la jurisprudencia ha ido ampliando la noción de incumplimiento grave, de manera que este requisito de la resolución del contrato es una noción hasta cierto punto dúctil.
58. En la actualidad se admite que la resolución tiene no sólo una función económica, anclada en la en la teoría de la causa objetiva de la obligación en los contratos bilaterales. Se admite que la resolución tiene una función punitiva, y sobre todo, allí la innovación más importante, una función de garantía, pues permite al acreedor resolver el contrato y obtener la realización específica de su interés a través de un tercero, cuando el cumplimiento forzoso en forma específico resulta inadecuado por lo oneroso o por la tardío de su realización.

59. De manera que tampoco la noción del cumplimiento grave, entendido clásicamente como la imposibilidad de cumplimiento en especie de la obligación o la pérdida del interés del acreedor, puede decirse que constituye un obstáculo real o insalvable a la adaptación del nuevo sistema de contratación en los sistemas voluntaristas anclados en la doctrina clásica.
60. Visto lo anterior, nos corresponde ahora analizar los problemas de la realización de interés específico del acreedor a través del remplazo relacionados con el régimen clásico de indemnización de daños y perjuicios.

## **II. Principio de la reparación integral del daño. Problemas de la concepción clásica de la indemnización de daños y perjuicios de la resolución de contrato**

61. En los sistemas que siguen el modelo del Código Francés de 1804, la función reparatoria (A) y el principio de la reparación integral del daño (B) plantea problemas al acreedor que pretende realizar su interés específicos a través de la resolución y el remplazo.

### **1. La función reparatoria de la responsabilidad civil contractual y la indemnización de daños producto de la resolución**

62. Según la concepción clásica del Código Civil Francés, seguido por Venezuela, declarada la resolución del contrato, el contrato se extingue de forma retroactiva. El acreedor pierde en consecuencia el derecho a obtener la ventaja económica que esperaba del contrato. Según la doctrina clásica, sólo tiene derecho a reclamar la indemnización del interés negativo del contrato, pero no la utilidad contractual que esperaba retirar pues, en principio, el contrato nunca existió. No se puede solicitar la resolución del contrato y solicitar la ejecución del mismo pues existe claramente una contradicción entre ambos remedios<sup>41</sup>.
63. Dicha contradicción no se presenta en el nuevo sistema de contratación. A diferencia del sistema voluntarista clásico, el nuevo sistema de contratación permite al acreedor que resuelve el contrato reclamar como daños y perjuicios la diferencia entre el valor de la operación de remplazo y el valor de la presta-

---

41 Larroumet, Christian, Larroumet, Christian, *Droit Civil Les Obligations et Contrats*, cit., p.765

ción incumplida. Es lo que disponen los PELC (Artículo 9:506), los principios Unidroit (Artículo 7.4.5) y la Convención de Viena (Artículo 75 y 76):

“Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y no haya celebrado un negocio de reemplazo, pero exista un precio corriente de mercado para la prestación objeto del primer contrato, este perjudicado podrá resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida...”.

64. Si por ejemplo una empresa compra una computadora en 100 US\$ y el vendedor incumple su obligación de entrega, según el nuevo sistema, el acreedor puede notificar unilateralmente la resolución y comprar una nueva computadora de un tercero. Si el precio de la computadora en la transacción substituta le cuesta al acreedor 150 US\$, el acreedor tiene el derecho a solicitar al deudor del contrato original la indemnización por el monto de 50US\$, sobreprecio que tuvo que pagar a causa del incumplimiento del deudor. Dicho monto no es otra cosa que una indemnización que le garantiza al acreedor recuperar el interés positivo, o la ventaja que esperaba retirar del contrato. Ahora bien, cómo se explica que el contrato no existe, que el acreedor no debe cumplir con su obligación respectiva con el deudor, pero a pesar de ello puede solicitar la ventaja del contrato original.
65. Si la resolución cumple sólo una función económica, por la cual constata la ruptura del equilibrio económico del contrato y declara la extinción del contrato, la función reparatoria de la responsabilidad civil impediría que el acreedor pueda reclamar las ventajas o la utilidad de un contrato que ya no existe y a la que, por ende, ya no tiene derecho. Cualquier pago así realizado constituiría, según la lógica del sistema voluntarista clásico, un enriquecimiento sin causa del acreedor, pues la causa de dicha ventaja habría desaparecido. Desde el punto de vista de los requisitos clásicos del daño indemnizable, todo daño supone una lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, al desaparecer retroactivamente el derecho subjetivo de crédito que nació con el contrato, no habría daño indemnizable.
66. ¿Es posible la armonización de los sistemas en este punto? La respuesta a esta pregunta va a depender de la función que cada sistema otorgue a la resolución del contrato como remedio contractual. Si se tiene la resolución como

una sanción a un defecto estructural sobrevenido en el contrato, entonces el acreedor no tendrá derecho a la indemnización del interés positivo, es decir, no tendrá derecho a que le indemnicen la ventaja o utilidad que esperaba retirar del contrato original pues, en principio, las obligaciones recíprocas de las partes dejan de existir. En principio no existiría un daño contractual, si no hay obligaciones, no existe el derecho a la ventaja contractual, por ende no existe daño indemnizable. Por el contrario, la adaptación es posible si se le reconoce a la resolución una función de garantía. Esto es, que se le atribuya a la resolución la función de permitirle al acreedor la posibilidad de obtener la satisfacción en especie de su interés en el contrato original a través de la realización de un contrato sustituto con un tercero.

67. Se trata de predisponer los remedios del incumplimiento en función de la satisfacción del interés del acreedor y no simplemente, de una sanción al incumplimiento de las obligaciones contractuales o la constatación de la pérdida de la justificación económica del contrato para una de las partes. Es cierto que esta manera de ver las cosas trastoca la lógica clásica del sistema voluntarista que permite la resolución del contrato sólo en la medida que el intento contractual, desde el punto de vista de la utilidad que las partes esperan retirar, constituye un fracaso. Es la ausencia sobrevenida de la justificación económica para una de las partes la que legitima que dicha parte provoque la extinción del contrato y por ende de las obligaciones correspondientes. Es en realidad contestable que el acreedor del contrato resuelto solicite la indemnización por la lesión a un derecho que ya no existe<sup>42</sup> Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina francesa.<sup>43</sup> Sin embargo, una parte minoritaria de la doctrina asume la posición contraria.<sup>44</sup>
68. Esta incoherencia es la razón por la cual en el nuevo sistema de contratación se desconoce el efecto retroactivo de la resolución, y se afirma, a pesar de la extinción de las obligaciones al futuro y el derecho a la restitución de las prestaciones ejecutadas por las partes, la existencia del contrato. Las restituciones se fundamentan en el principio de la equivalencia de patrimonios y en

---

42 Treitel, UK, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 923 y Pina, Andrea, *La mesure du prejudice contractuel*, LGDJ, Paris, 2007, pp 452-453.

43 Genicon, Thomas, *La resolution du contrat pour inexécution*, cit., p.732: “une majorité se degage en faveur du cumul de la resolution et de dommages-interets negatifs (...) L'argument deployé, il est vrai, est à première vue inattaquable: l'ordre juridique se contredirait s'il empechait l'acte de produire ses effets attendus tout en octroyant à la victime 'exécution par equivalent de l'obligatoin c'est à dire l'interet positif”.

44 Guelfucci-Thibierge C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 120.



- el enriquecimiento sin causa. Afirmar que el contrato termina a partir de la resolución, que las obligaciones de las partes ya no existen y que las mismas tienen derecho a la restitución de las ejecutadas, no implica desconocer que el contrato existió y que el acreedor debe colocarse en la misma condición en que estaría si el contrato no se hubiese celebrado.
69. Lo cierto es que el contrato existió, que es precisamente su incumplimiento la causa de la resolución y la razón por la cual el régimen de reparación se rige por la responsabilidad contractual. Tal forma de ver el fenómeno de la resolución implica para el acreedor la posibilidad de exigir la reparación del daño causado por el incumplimiento, y en consecuencia, de recibir una indemnización que lo coloque, desde el punto de vista económico, en el mismo estado que se encontraría si se hubiese ejecutado el contrato y no, como postula la doctrina clásica de los sistemas voluntaristas, como si el contrato nunca se hubiera celebrado.
  70. El derecho a la indemnización de la ventaja económica comprendería únicamente el perjuicio causado, teniendo en cuenta que se le ha eximido de realizar la contraprestación. A primera vista pareciera existir cierta inconsistencia pues el acreedor termina obteniendo la utilidad que esperaba del contrato sin procurar al deudor la utilidad económica que por su parte le corresponde. Sin embargo, se trata de proteger el interés contractual del acreedor víctima del incumplimiento. El acreedor tendría derecho a la utilidad del contrato, no a título de contraprestación o de restitución, sino a título de reparación del daño que le causó el deudor por su incumplimiento.
  71. Si se mantiene la posición del modelo francés de 1804, de no poder el acreedor obtener la indemnización en función de la ventaja que esperaba retirar del contrato, la operación de resolución y posterior reemplazo no sería capaz de satisfacer el interés específico del acreedor del contrato inicial. Esto se ilustra fácilmente con un ejemplo. Si la empresa que compra una computadora no recibe el producto en el tiempo estipulado, resuelve el contrato, y obtiene una computadora de iguales características en el mercado por un precio superior -digamos que el precio del contrato original era 100US\$, y el precio del reemplazo es 150US\$- si bien el acreedor recibe el mismo resultado práctico que hubiese recibido si el deudor inicial hubiese ejecutado espontáneamente el contrato, en realidad no es así, pues el producto le cuesta 50US\$ más que en el contrato original. El interés específico del acreedor se satisface si obtiene el mismo producto, no importa si de las manos de deudor o de un tercero, y paga por el mismo precio. Desde el punto de vista económico, es la adquisición

del producto a 100US\$ y no a 150US\$, la manera como se realiza en forma específica el interés acreedor. Si el acreedor no puede obtener el producto a 100US\$, el acreedor no obtiene lo que tiene derecho a esperar del contrato original. En definitiva, la operación de reemplazo satisface o realiza el interés del acreedor en forma específica si al final de cuenta puede obtener el mismo producto en el mercado al mismo precio del contrato original.

72. La indemnización del interés negativo tiene como función colocar al acreedor víctima del incumplimiento en la misma situación en que se encontraría si el contrato no hubiese sido celebrado. Por su parte la indemnización del interés positivo tiene como función colocar al acreedor víctima del incumplimiento en la misma situación en que se encontraría si el contrato hubiese sido ejecutado. Cuando el acreedor realiza el reemplazo tienen derecho a exigir, si es el caso, la restitución de su prestación y la diferencia entre del precio de reemplazo y el precio del contrato original. El acreedor tiene derecho a recibir una indemnización que lo coloca en la misma situación que si el contrato hubiese sido cumplido.
73. La doctrina que defiende la indemnización del interés negativo ha intentado justificar la indemnización en el derecho que tiene el acreedor a ser indemnizado de la utilidad que se le ha privado de celebrar un contrato sustitutivo bajo la figura de la pérdida de la oportunidad.<sup>45</sup> Tal manera de ver la cosas es criticable, pues la pérdida de la oportunidad no garantiza la indemnización de la diferencia del valor entre el contrato original y el contrato de reemplazo, sino el pérdida de la oportunidad de celebrar ese contrato. En consecuencia, el quantum de la indemnización va a depender del grado de certeza o del grado de probabilidad que existía de que ese contrato de reemplazo, en condiciones idénticas, se hubiese realizado al momento de la celebración del contrato original.
74. Si bien la indemnización del interés positivo es aceptada por un minoría de la doctrina en Francia, la corriente que admite el cumulo de la responsabilidad y la reparación del interés positivo es ampliamente aceptada en otros países

---

<sup>45</sup> Pina, Andrea, *La mesure du prejudice contractuel*, cit., pp. 476 y 531 La pérdida de la oportunidad según este autor consiste en la oportunidad que la víctima de la inexecución contractual debió renunciar a fin de celebrar el contrato no ejecutado. La pérdida de la oportunidad no se indemniza a título de interés positivo pues ella tiene precisamente como causa la celebración del contrato. Ella es en cambio indemnizada en caso de desaparición retroactiva del contrato pues tal efecto hace desaparecer la justificación a la renuncia realizada

en los cuales se acepta que la función de la resolución es proteger el interés del acreedor víctima del incumplimiento. Esto es así en el derecho alemán luego de la reforma del 2002 (Artículos 323 y 324)<sup>46</sup>, el derecho austríaco, la doctrina italiana<sup>47</sup> en la doctrina venezolana<sup>48</sup>.

75. Tal solución es coherente con los sistemas que admiten que la resolución del contrato no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, tal solución es criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica en aquellos sistemas en que la resolución mantiene su efecto retroactivo. En conclusión, se trata de dos visiones en relación a la función que la resolución del contrato está llamada a cumplir: en un caso la terminación del contrato por una razón estructural, la pérdida de la justificación económica de una de las partes ante la imposibilidad del incumplimiento de la obligación por la otra, y en otro caso, como un remedio destinado a la protección del interés del acreedor víctima del incumplimiento.
76. Si bien el remedio de la resolución y el reemplazo permite la satisfacción del interés específico del acreedor víctima del incumplimiento, tal remedio no justifica la protección del acreedor a cualquier costo. Si fuera así, la ineficiencia que plantea el sistema voluntarista clásico se mantendría en el nuevo sistema de contratación, y su adopción o adaptación perdería cualquier justificación. En efecto, el sistema voluntarista clásico es ineficiente por cuanto no promueve la gestión razonable de los remedios por parte del acreedor, quien puede en principio solicitar la ejecución especie o la indemnización de daños y perjuicios, aun cuando ello conlleve un largo proceso judicial y la producción de cuantiosos daños externos. Es por ello, que el nuevo sistema de contratación establece que la protección de acreedor que decide terminar el contrato no puede admitir una gestión irracional del acreedor. El mecanismo de control de la razonabilidad de la conducta del acreedor, a quien se protege en la satisfacción de su interés contractual, es la consagración, en el nuevo sistema de contratación, del deber o carga del acreedor de mitigar los daños producto del incumplimiento.

46 Section 324. Revocation for breach of a duty under section 241 (2) *"If the obligor, in the case of a reciprocal contract, breaches a duty under section 241 (2), the obligee may revoke the contract if he can no longer reasonably be expected to uphold the contract"*. La reforma en Derecho alemán es una innovación puesto que antes del 2002, el BGB de 1901 no permitía la acumulación de daños y perjuicios a la resolución del contrato.

47 Coviello, Leonardo, "Risoluzione per inadempimento e risarcimento del danno" en *Rivista de Diritto Civile*, 1935, pp. 35,36(14) y 38. Cita tomada de Mélich, José, Resolución (n. 28) pp.391

48 Mélich, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., pp.393.

## **2. El principio de la reparación integral de daño y el deber o la carga de mitigar los daños producto del incumplimiento**

77. El último problema que plantea el remedio de la resolución y el reemplazo como mecanismo de realización del interés específico del acreedor tiene que ver con la aceptación en el sistema voluntarista clásico de obligación de moderar el daño, dada su contradicción aparente con el principio de la reparación integral de daño.
78. Según el nuevo sistema de contratación, el acreedor tienen deber de evitar que los daños producto del incumplimiento se agraven, siempre que ello sea posible a través de medidas razonables. Si no lo hace, el deudor puede solicitar la reducción de la indemnización de los daños causados al acreedor, en la medida del valor del daño que pudo ser evitado.
79. En principio, esta obligación es desconocida en el sistema voluntarista clásico pues contraría al principio de la reparación integral de daño. En virtud de dicho principio, el acreedor tienen derecho a la indemnización integral del daño que le cause el incumplimiento, tanto en relación al llamado daño interno, es decir la reparación en función de la utilidad del contrato no recibida a causa del incumplimiento, como el llamado el daño externo, es decir todas las consecuencias patrimoniales negativas que excedan el puro interés contractual. En materia contractual, el principio de reparación integral del daño se limita a los daños previsibles y directos, salvo que el incumplimiento sea doloso.
80. La existencia de un deber de mitigación de daños en cabeza del acreedor, propio de los sistemas voluntaristas clásicos, trastoca al menos desde dos puntos de vista la finalidad del mecanismo de resolución y reemplazo como mecanismo de realización específica del interés del acreedor. El primero tiene que ver con la jerarquía de los remedios y la otra con el monto de la indemnización.

### **A. *Problemas asociados al monto de la indemnización***

81. Admitida la indemnización del interés positivo en la resolución y reemplazo en el nuevo sistema de contratación, tal remedio impone al acreedor actuar de manera razonable y eficiente en la realización de la operación de reemplazo. En efecto, el deudor que obtiene una prestación sustituta sólo tendrá derecho a reclamar la diferencia entre el precio del contrato original y el del contrato

de remplazo, siempre limitado a que el precio de la operación de remplazo sea razonable.

82. Así, si se realiza la operación de remplazo, el acreedor podrá pedir la indemnización del mayor precio del remplazo siempre que el mismo sea razonable, sino se hace el remplazo o el precio del sustituto no es razonable, el acreedor sólo tendrá derecho a la diferencia entre el precio del contrato original y el precio corriente del mercado. Obviamente esto es así, siempre que el precio de la operación del remplazo sea mayor al precio del contrato original, si el precio de la operación de remplazo es inferior al precio del contrato, el acreedor no tendrá obviamente derecho a daños, pues no existen. La ganancia deberá descontarse de cualquier otra indemnización. Es la figura conocida como el *lucro cum damno*, a los fines de determinar el *quatum* de la indemnización. En definitiva, dicho límite razonables no es otra cosa que la aplicación del deber de mitigar el daño<sup>49</sup>. Dicho deber es un mecanismo de control de los medios de justicia privada dispuesto por el nuevo sistema en beneficio de la realización del interés del acreedor.
83. Estos límites propios de los imperativos de eficiencia, son contrarios al principio de reparación integral del daño. En efecto, la carga de mitigar el daño constituye un límite a la realización del interés específico del acreedor, pues de la indemnización del interés positivo, al cual tiene derecho luego de la resolución y el remplazo, se encuentra limitado. Y es que si el acreedor realiza una operación de remplazo a un precio no razonable, no podrá recuperar del deudor, como reparación de daños y perjuicios positivos, la diferencia entre el precio total de remplazo y el precio del contrato original. Lo anterior se puede ilustrar con un ejemplo: Si una empresa compra una computadora por 100US\$ y, ante el incumplimiento del vendedor, resuelve el contrato y realiza una operación de remplazo por el monto de 200US\$, cuando el precio razonable de remplazo es 150 US\$, la empresa solo podrá exigir al vendedor, como indemnización de daños y perjuicios, la diferencia entre el precio *razonable* de remplazo y el precio del contrato. Esto es 50 US\$ y no la reparación integral del interés positivo, es decir la diferencia entre el precio total de remplazo y el precio del contrato original, es decir 100 US\$. En fin

49 Annicchiarico, José, "La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano" en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015, IV*, cit., pp: 2675-2698; Fontiveros, Enrique, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño* RVLJ, Caracas, 2016, y Martín, Lilian, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Universidad Externado, Bogotá, 2012.

de cuenta, la empresa que pretendió comprar una computadora por 100US\$, termino pagando 150US\$, esto es 200 US\$ que pago por el reemplazo, menos los 50US\$ que recibe como indemnización del vendedor original.

84. Si bien la carga de mitigar el daño que pesa sobre el acreedor que realiza la operación de reemplazo limita su posibilidad de obtener la satisfacción de su interés en especie, dicha limitación no tiene como causa una deficiencia del remedio de la resolución y reemplazo, sino el incumplimiento de un deber o una carga que le es totalmente imputable al acreedor.
85. La adaptación del remedio de resolución y reemplazo en los ordenamientos jurídicos que siguen el sistema voluntarista del *Code* es únicamente posible mediante el reconocimiento una obligación de moderar e daño. Si no se adapta o reconoce tal deber, la adaptación del nuevo sistema carecería de sentido, pues no se evitarían los daños que se pretenden evitar. Se trasladaría la ineficiencia de los sistemas tradicionales, que impiden la terminación del contrato y el reemplazo, dejando al acreedor dentro de un contrato fallido, y sin ninguna posibilidad de evitar los daños externos, a un sistema en el que el acreedor, si bien tiene la potestad de deshacer unilateralmente el contrato, no está obligado actuar razonablemente para obtener el reemplazo y evitar las externalidades y perjuicios producto del incumplimiento, cuando es la satisfacción del acreedor al menor costo para la sociedad, lo que precisamente se persigue. El acreedor que sabe que no tendrá derecho a la indemnización de los daños exteriores, en cambio, se verá obligado a realizar un esfuerzo por evitar que estos sucedan. Se verá obligado a realizar el reemplazo de la manera más razonable y eficiente que le sea posible, de manera que pueda alcanzar la realización de su interés específico, que no es otro que obtener la misma prestación al mismo precio acordado en el contrato original.
86. Por último, la carga de mitigar los daños no sólo limita el derecho del acreedor a obtener la reparación integral del daño, sino que también limita su derecho la satisfacción específica de su interés específico directamente del deudor. En efecto, al admisión de un deber de mitigar los daños en los términos adoptados por el nuevo sistema de contratación, imponía de facto una jerarquización de los remedio, que excluiría en algunos, el derecho de acreedor de solicitar el cumplimiento específico del propio deudor.

B.. *Problemas asociados a la jerarquía de los remedios*

87. En el sistema clásico voluntarista del Code rige el principio de la primacía de la ejecución en especie<sup>50</sup>. Si el contenido del derecho de crédito del acreedor es igual al contenido del deber de prestación del deudor, lo lógico es que el acreedor, frente al incumplimiento, tenga el derecho a reclamar en justicia la prestación prometida por el deudor y no otra cosa. Sólo cuando no es posible el cumplimiento en especie de la obligación, se le permite al acreedor optar entre la resolución del contrato y la indemnización de los daños o ejecución por equivalente y daños.<sup>51</sup>
88. A diferencia de lo anterior, en el nuevo sistema de contratación se postula, al menos en principio, que el acreedor es libre de escoger el remedio que mejor satisface sus intereses. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, pues la libertad en la elección del remedio debe ejercerse de forma razonable. Si el acreedor escoge el remedio más oneroso para el deudor, cuando puede obtener igual satisfacción a su interés a través de otro remedio, en principio estaría violando su deber de mitigar el daño que le causa el incumplimiento. En este sentido, el deudor tendría la posibilidad de solicitar una reducción de los daños y perjuicios que deba pagar al acreedor en la medida del valor del daño que pudo ser evitada.
89. Así las cosas, cada vez que se trate del incumplimiento de deberes fungibles, sea que se trate de obligaciones de dar sobre bienes fungibles, o de obligaciones de hacer sobre conductas fungibles, el remedio menos costoso para el deudor que igual satisface al acreedor es la operación de reemplazo. Si por ejemplo, el acreedor que es víctima de un incumplimiento, decide solicitar bien sea el cumplimiento específico y la indemnización de daños y perjuicios externos por el reatardo, o la indemnización de daños y perjuicios internos y externos producto del incumplimiento, en lugar de valerse del mecanismo de resolución y reemplazo, en tal caso, el deudor podría alegar la violación del deber de mitigar los daños y solicitar la reducción de la indemnización de los daños. Esto es así, pues con la elección del remedio más razonable se evita la producción de daños mayores. El daño exterior deberá soportarlo el acreedor, por violar su carga de mitigar el daño.

50 Mélich, Jose *Doctrina general del Contrato*, Caracas, Fabreton, 2006, p. 451.

51 Annicchiarico, Jose, "Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato" en *Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2015, p. 285.

90. De manera que el nuevo sistema de contratación, a través del deber de mitigar el daño, establece de facto, una jerarquía entre los remedios. De hecho los principios Unidroit (7.2.2.C) PELC (9:102.D) disponen que, en los casos de obligaciones fungibles, el remedio de cumplimiento específico se excluye cada vez que el acreedor puede realizar una operación de reemplazo: “si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía.”
91. Es por ello que se afirma que la aceptación del deber de mitigar el daño en un sistema que ofrece libertad de elección de remedios al acreedor se corre el riesgo de aceptar la indemnización de daños como la regla, y establecer la ejecución específica como un remedio de excepción cuando los sistemas voluntaristas predicen, en principio, totalmente lo opuesto.
92. El problema se agrava si se tiene en cuenta que la no aceptación del deber de mitigar en los sistemas clásicos de corte voluntarista implicaría que todo el esfuerzo de adaptación que permita la realización del interés específico del acreedor de la manera más eficiente posible sería en vano. La pregunta entonces que se plantea es si es posible adaptar la operación de reemplazo del nuevo sistema de contratación, dejando de lado el principio de la primacía de la ejecución en especie, y el principio de la reparación integral, sin que ello implique abandonar las bases de nuestro sistema continental a favor de los sistemas utilitaristas.
93. La crítica a la admisión a ultranza de todos estos mecanismos, es que no se puede trastocar toda la tradición civilista del contrato por un imperativo de eficiencia económica. Y es que la eficiencia contractual no es el único valor en juego cuando se habla de contrato, existe otros valores como la seguridad y la justicia que no puede simplemente ceder a las necesidades de la eficiencia económica.
94. A los fines de la que la adaptación no se convierta en un trasmutación de sistemas, la operación de reemplazo debería permanecer como una opción más del acreedor, y no un remedio obligatorio en aquellos casos en que se incumpla una obligación de dar o de hacer fungible, de manera de no trastocar las bases de aquellos sistemas cuya legislación positiva es voluntarista. Los sistemas que admiten el deber de mitigar el daño, tales como Italia (Artículo 1227-2)<sup>52</sup>

---

52 1227(2) del Código Civil Italiano “...*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza...*”



y Alemania (Artículo 44)<sup>53</sup>, se limitan a establecer dicho deber como un mecanismo de valoración del daño, como una medida de quantum del daño producto del incumplimiento contractual sin afectar la libre elección de los remedios. En este sentido, se sacrifica la eficiencia económica en búsqueda de un sistema que armoniza dicho imperativo con otros de igual importancia como la seguridad jurídica y el de justicia contractual.

### III. CONCLUSIONES

95. La resolución unilateral del contrato y reemplazo, es un mecanismo que permite la satisfacción del interés específico del acreedor en el modelo moderno de contratación. Su adaptación a los modelos de corte voluntaristas diseñados sobre el modelo del Código Civil Francés de 1804, como es el caso de Venezuela, Chile y Colombia, es posible.
96. Los problemas que plantea su adaptación tienen que ver por un lado con el principio de la fuerza obligatoria del contrato y por otro lado con el principio de la reparación integral del daño producto de la resolución del contrato.
97. La doctrina clásica voluntarista fundamenta el carácter judicial de la resolución del contrato en el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Ahora bien, la resolución unilateral no atenta contra dicho principio en la medida en que los presupuestos de su procedencia puedan ser controlados por el juez. Poco importa si dicho control es posterior, como en la resolución unilateral, o anterior, como en la resolución judicial. La anterior afirmación se depende de los casos de resolución unilateral previstos en la ley, de la posibilidad de pactar cláusulas resolutorias, de los casos de resolución de pleno derecho previstos en la Ley y del hecho que la resolución judicial no es un principio de orden público.
98. La doctrina clásica voluntarista fundamenta el carácter excepcional de la resolución del contrato en el principio de la fuerza obligatoria del contrato y en la noción de la causa de la obligación. Si la causa de la obligación justifica la resolución del contrato, ella no es el único fundamento. La jurisprudencia y la doctrina extranjera, principalmente en Francia y en Italia, reconocen a la resolución una función no solamente económica, sino una función punitiva,

---

53 Art. 44(1) *“Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. L'indemnité”*

y sobre todo una función de garantía. En este sentido, el acreedor puede solicitar la resolución del contrato no sólo cuando se le priva de su interés contractual, sino cuando pierde confianza en su contratante, incluso cuando no haya perdido su interés en la ejecución en especie del contrato. Esto sucede cuando el deudor incumple intencionalmente, cuando manifiesta que no cumplirá, e incluso en aquellos casos en los cuales, incluso cuando no ha manifestado que no cumplirá, es evidente de las circunstancias que el deudor no podrá ejecutar su obligación. El acreedor no puede ser expuesto a soportar los perjuicios, externalidades y costos de un contrato fallido. Tal manera de concebir la resolución del contrato fomenta las conductas oportunistas del deudor, provoca externalidades y costos evitables que perjudican a una de las partes y en general a la sociedad.

99. Para que la resolución y reemplazo sirva de mecanismo de satisfacción de interés específico del acreedor, la resolución debe ser entendida como un mecanismo de garantía que protege los intereses de acreedor y sanciona al deudor que incumple. En este sentido, tal como lo afirma la nueva doctrina francesa, y gran parte de la doctrina italiana, el acreedor que hace valer la resolución del contrato tiene derecho a la indemnización del interés positivo del contrato. Así, la resolución no debe colocar al acreedor en el estado en que se encontraría si el contrato no hubiese sido celebrado, sino en el estado en que se encontraría si el contrato hubiese sido ejecutado.
100. Si bien la resolución debe ser entendida como un mecanismo de satisfacción del interés específico del acreedor, el acreedor debe administrar razonablemente los daños del incumplimiento. En este sentido, pesa sobre su cabeza una carga de obtener en el mercado un reemplazo a un precio razonable. Si no lo hace, de la reparación integral del daño causado por el incumplimiento del deudor, serán descontados aquellos daños que el acreedor hubiera podido evitar razonablemente. De lo que se trata es de hacer contratos seguros pero eficientes.
101. Por último, la carga de moderar los daños por parte del acreedor ante el incumplimiento contractual, provoca de facto, en los contratos sobre prestaciones fungibles, una jerarquía en la escogencia de los remedios por parte del acreedor. En efecto, el acreedor cada vez que puede obtener el producto o el servicio mediante una operación de reemplazo, estará obligado a acudir al mecanismo de la resolución y reemplazo. De no hacerlo, si bien podrá obtener el cumplimiento específico del deudor o la indemnización de daños y perjuicios, en dichos casos no tendrá derecho a que le indemnicen todos los daños que pudieron ser evitados mediante la utilización del mecanismo

más eficiente de reemplazo. Este aspecto del nuevo sistema de contratación, es probablemente el más polémico a la hora de su aceptación en los sistemas voluntaristas tributarios del Código Civil Francés de 1804. Dada las características del tráfico actual, predominantemente de bienes y servicio en masa, el nuevo sistema implicaría una modificación sustancial a los sistemas anclados en el respeto de la palabra dada. Modificación en nuestra opinión deseable, sin embargo debe armonizarse con los otros principios que inspiran la teoría general del contrato. En definitiva lo deseable es tener contratos seguros, justos y eficientes.