



## Resolución contractual<sup>1</sup>

Rosa de Jesús Sánchez Barragán<sup>2</sup>

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p><b>Historia del artículo:</b> Recibido el 18 de abril de 2011 Aceptado el 15 de junio de 2011</p> <p><b>Palabras clave:</b> Derecho Civil Resolución Contractual Contratos Rescisión</p>	<p>El tema de la Resolución contractual, constituye una de las figuras más importantes del Derecho Civil Patrimonial, por su enorme trascendencia. Ha sido frecuente confundir la Resolución contractual con la Rescisión, pues con el Código Civil de 1936 no existía una norma que la definiese. Tanto el artículo 1370, 1371 y 1372 fueron introducidos por la Comisión Revisora, a mérito de una ponencia presentada por el Dr. Manuel De la Puente y Lavalle. A lo largo del presente trabajo de investigación se presentan algunos alcances sobre la figura de la Resolución Contractual.</p>
<b>Contract termination</b>	

### Introducción

El tema de la Resolución contractual, constituye una de las figuras más importantes del Derecho Civil Patrimonial, por su enorme trascendencia.

Ha sido frecuente confundir la Resolución contractual con la Rescisión, pues con el Código Civil de 1936 no existía una norma que la definiese. Tanto el artículo 1370, 1371 y 1372 fueron introducidos por la Comisión Revisora, a mérito de una ponencia presentada por el Dr. Manuel De la Puente y Lavalle.

A lo largo del presente trabajo de investigación trataré de dar algunos alcances sobre la figura de la Resolución Contractual.

La metodología empleada consta de cuatro Capítulos. En la Primer Capítulo, trato de dar algunos conceptos generales, como acto jurídico, su estructura, su eficacia e ineficacia; entre otros. En el Segundo capítulo, ingreso a analizar más a fondo la figura de la Resolución, (ante

cedentes, fundamento efectos, características, diferencias, etc.). En el Tercer Capítulo, analizo la Resolución judicial en todos sus aspectos que son necesarios para una correcta interpretación y aplicación. En el Cuarto Capítulo, enfoco el tema de la Resolución Extrajudicial, en sus dos aspectos: La resolución por Autoridad del Acreedor y la Cláusula Resolutoria Expresa.

Espero que con este trabajo se haya podido cooperar a un mejor conocimiento y estudio del Derecho Civil.

### 1. CONCEPTOS ELEMENTALES

Antes de iniciar el presente trabajo de investigación denominado RESOLUCION CONTRACTUAL, creo conveniente dar algunos conceptos generales:

#### 1.1. Acto jurídico.

<sup>1</sup> Artículo publicado en REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA (En la Sección especial) Setiembre del 2005, Número 55. Por cuestiones de orden en éste primer número se publica una primera parte, dejando el capítulo IV referido Resolución Extrajudicial, para ser publicado en la segunda edición de la revista.

<sup>2</sup> Doctorando en el Programa de Derechos Fundamentales de la Universidad Autónoma de Madrid – España. Magíster en Bioética y Formación por el Instituto Giovanni Paolo II de la Pontificia Universidad Lateranense de Roma, Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo – Lambayeque. Profesora de las Asignaturas de Derecho de las Personas e Introducción al Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú.

De acuerdo a la concepción tradicional del Acto Jurídico, de origen Francés, derivadas de las ideas de DOMAT, se entiende por Acto Jurídico toda manifestación de la voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, esto es, destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, tal como lo establece el Art. 140 de nuestro Código Civil.

Un concepto preciso nos lo da el Dr. Aníbal Torres al afirmar que “El acto jurídico es el hecho humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos consistentes en crear regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”<sup>3</sup>

Todo Acto Jurídico está conformado por determinados elementos.

#### 1.1.1. Estructura Tradicional del Acto Jurídico:

- Elementos Esenciales.- Entendidos como aquellos elementos que no podían faltar en la conformación del Acto Jurídico, previstos en el Art. 140 CC: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- Elementos Naturales.- Son los propios de la naturaleza del Acto Jurídico, o se derivan de él. Así tenemos el Saneamiento por evicción en el contrato de compra - venta.
- Elementos Accidentales.- Son lo que las partes señalan libremente (Condición, Plazo, Cargo)

## 1.2. Negocio jurídico.

La doctrina alemana e italiana ha desarrollado la teoría general del Negocio Jurídico considerándolo como un supuesto de hecho conformado sobre 1 base de la declaración o acuerdo de voluntades, que contiene la regulación de las relaciones entre los sujetos que persiguen la satisfacción de un interés o la obtención de un resultado práctico que el derecho considera digno de tutela legal por ser conformes con la función económico social que lo caracteriza.

#### 1.2.1. Estructura del Negocio Jurídico Estructura Moderna del Acto Jurídico:

A diferencia de la Doctrina Tradicional Francesa que equiparaba el Acto Jurídico con la manifestación de la voluntad, y que aludía a la existencia de elementos esenciales, naturales y accidentales; la Teoría del Negocio Jurídico si bien considera la importancia de la declaración de la voluntad en la conformación del Negocio Jurídico, señaló también que no es su único

componente, sino que en la estructura del Negocio Jurídico encontramos los presupuestos, elementos y requisitos.

- Los Elementos. Son los componentes que desde el interior conforman el Negocio Jurídico y son: (i) La Declaración de Voluntad y (ii) La Causa o Fin. Siendo que la formalidad es sólo un elemento pero de los negocios jurídicos formales o solemnes.
- Los Presupuestos. Son aquellas entidades que desde el exterior influyen en la existencia y eficacia del negocio jurídico, que necesariamente deben preexistir al mismo, y son: (i) El Objeto, (ii) El Sujeto de derecho.
- Los Requisitos. Son aquellas cualidades que deben tener los presupuestos y elementos, y son: (i) Declaración de voluntad sin vicios, (ii) La Causa o Fin lícita, (iii) Objeto física o jurídicamente o determinable, (iv) Sujeto con Capacidad de Ejercicios.

Mientras que los elementos y presupuestos son necesarios para la formación del negocio jurídico, los requisitos son necesarios para que el negocio jurídico correctamente formado pueda producir válidamente sus efectos jurídicos.

Cuando concurren los presupuestos, elementos y requisitos, el negocio jurídico está válidamente estructurado o conformado y será un negocio jurídico eficaz que producirá los efectos jurídicos buscados por la partes; cuando no concurren dichos aspectos estaremos ante un negocio jurídico defectuosa mente estructurado y por ello ineficaz. Al respecto el Art. 140 del Código Civil señala los componentes de un negocio Jurídico válido y eficaz que resultan aplicables también a los contratos.

## 1.3. Acto jurídico eficaz.

El acto jurídico es eficaz cuando produce los efectos que le son propios (consistentes en la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas); tales efectos son los contemplados por el ordenamiento jurídico (efectos legales) y los queridos por las partes (efectos voluntarios).

El acto jurídico produce sus efectos desde el momento mismo en que se perfecciona (en que nace) y para el futuro, pero a diferencia de la ley, puede tener efectos retroactivos por voluntad de las partes. Los efectos pueden ser inmediatos o diferidos, instantáneos o duraderos.

<sup>3</sup> TORRES, Anibal, *Código Civil Comentado*, IDEMSA, Lima, 2002, p.125

#### 1.4. Acto jurídico ineficaz.

Si el acto jurídico no produce sus efectos normales es calificado de ineficaz. El acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos como cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas.

El acto ineficaz no produce los efectos que le son propios, los que se deducen de su contenido o de las normas supletorias que lo regulan. Ello no impide que el acto ineficaz produzca otros efectos dispuestos por la ley, aunque no sean deseados por las partes (por ejemplo, el pago de daños derivados del incumplimiento de un contrato que se resuelve por tal causa).

En resumen podemos decir que se suele hablar de ineficacia del Acto Jurídico en sentido lato para designar todas las hipótesis en las cuales sus efectos no se producen o están llamados a decaer en un momento posterior.<sup>4</sup>

La ineficacia puede deberse a: (i) Causas Inherentes a la Estructura Del Acto Jurídico, (ii) Causas Extrañas a la Estructura del Acto Jurídico.

##### 1.4.1. Causas inherentes a la estructura del acto jurídico

Llamada ineficacia por Invalidez o Ineficacia Estructural<sup>5</sup> Sucede cuando faltan los elementos intrínsecos que determinan la invalidez del acto (falta de declaración de voluntad, de capacidad en el agente, de forma solemne, de causa fin lícita, de objeto posible, lícito, determinado o determinable, falta de precio en la venta, etc.); o cuando la condición suspensiva es ilícita o imposible, o la condición potestativa depende de la mera voluntad del deudor; o cuando el acto es contrario a normas imperativas, al orden público, o a las buenas costumbres.

La ineficacia por falta de un «requisito de validez» tiene su origen en la ausencia de los requisitos *ad substantiam* (o requisitos de validez) en el momento de la concertación del acto jurídico, por tanto, se trata de una ineficacia estructural. Esos requisitos sustanciales son:

- a. Los comunes a todo acto jurídico: los señalados en el Art. 140;
- b. Los exigidos para cada acto jurídico en particular: por Ej., el precio en dinero en la compraventa (Art. 1529), la entrega física o jurídica del bien prendado (Art. 1058.2), la inscripción del gravamen hipotecario en el registro de la propiedad (Art. 1099.3); y

- c. Los añadidos por las partes: por ejemplo, las partes pueden convenir que un acto jurídico no formal, como e la compraventa, solamente quedar] perfeccionado cuando sea elevado a escritura pública. La falta de cualquiera de estos requisitos legales o convencionales inválida el acto jurídico. El acto también es inválido cuando los requisitos *ad substantiam* están viciados (por error, dolo, violencia, etc.).

La condición suspensiva ilícita o imposible o que depende de la mera voluntad del deudo] por afectar la estructura interna de acto determina su invalidez.

El acto inválido o no produce efecto (acto nulo), o no los produce con estabilidad prometida (acto anulable).

La carencia de efectos, en los primeros, o la amenaza de destrucción que pesa sobre los segundos, proceden de un hecho intrínseco al acto como es la ausencia de un elemento esencial o la presencia de un vicio o defecto en esto elementos.

En resumen diremos que la Ineficacia por Invalidez se debe:

- Defecto coetáneo al momento de la formación del acto jurídico.
- Defecto en la estructura del acto jurídico desde el momento mismo de su formación o celebración.
- Se fundamenta exclusivamente en el Principio de Legalidad; pues todas las causales de invalidez vienen siempre establecidas por la ley, no pueden ser consecuencia del pacto entre las partes.

##### 1.4.2. Causas extrañas a la estructura del acto jurídico<sup>6</sup>

Llamada Ineficacia Funcional o ineficacia por falta de algún «requisito de eficacia», supone la existencia de un acto jurídico válido, pero, que debido a un hecho interno o externo, no produce efectos o no puede seguir produciéndolos ya porque el acto válido es solamente un elemento del presupuesto normativo del cual se derivan los efectos (ejemplo, el testamento válido no produce efectos sino a partir de la muerte del testador, momento a partir del cual sus bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus herederos - Art. 660), o ya porque las partes incumplen con ejecutar sus prestaciones, o por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación, o porque está pendiente la condición o el plazo, o porque la prestación a cargo de una de las partes deviene en imposible, etc.

En resumen la Ineficacia funcional se debe a:

- Supone la existencia de Acto Jurídico (Contrato) válido.

<sup>4</sup> BETTI, Emilio *Teoría General del Contrato*, p. 467 ss.

<sup>5</sup> ORRES, Aníbal, *Acto jurídico*, IDEMSA: 2a. ed.. Lima 2001p. 25.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 29.

- Las causales de ineficacia Funcional del Acto Jurídico son posteriores o coetáneas a la celebración del Acto Jurídico o contrato.
- Todas las causales de Ineficacia Funcional están basadas o se fundamentan en un defecto ajeno a la estructura del Acto Jurídico, y están referidas por lo general al incumplimiento de una de las partes, de la prestación debida.
- La categoría de la Ineficacia Estructural u originaria se aplica al Acto Jurídico y a los contratos, en tanto que la categoría de la Ineficacia funcional (Resolución y Rescisión) sólo se aplica al campo contractual, pues así lo establece el Código Civil.

Las partes pueden pactar algunos supuestos de ineficacia, en virtud de la autonomía privada.

**Las causas de Ineficacia del acto jurídico por Invalidez** son la nulidad (la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico está asimilada a la nulidad) y la anulabilidad; y **Las causas de la Ineficacia por Falta de algún Requisito de Eficacia** son: la rescisión, resolución, revocación, retractación, la pendencia de la condición o plazo suspensivos, la excepción de incumplimiento, la caducidad del plazo, etc.

### 1.5. Excepción de incumplimiento.- (*exceptio non adimpleti contractus*)

La excepción de incumplimiento, es una de las consecuencias de los contratos con prestaciones recíprocas. No se trata de una excepción procesal sino de un medio de defensa sustancial que faculta, cuando las prestaciones recíprocas deben cumplirse simultáneamente, a que cada parte contratante pueda suspender el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya o garantice su cumplimiento, con el fin de que se pueda mantener el equilibrio patrimonial entre tales prestaciones. Uno de los efectos sustanciales de la excepción de incumplimiento es que la suspensión de la prestación a cargo de uno de los contratantes no genera que éste incurra en mora, en tal sentido, dicho deudor no responderá de los daños que ocasione el retraso en el cumplimiento de la obligación.

Esta excepción se encuentra regulada en nuestro Código Civil:

**Artículo 1426.-** *En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo,*

*hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento*

### 1.6. Excepción de caducidad del plazo

A diferencia de la Excepción de Incumplimiento, la excepción de Caducidad del Plazo, opera en la hipótesis de prestaciones que deben satisfacerse en oportunidades distintas, y que permite a la parte que debía realizar la prestación en primer lugar suspender su cumplimiento, cuando exista riesgo de que la contraparte que debe hacerlo después, no la satisfaga. Nuestro Código Civil, la regula en el siguiente artículo: **Artículo 1427.-** *Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniere el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento*

## 2. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

Ha sido frecuente confundir la rescisión con la Resolución contractual, pues con el Código Civil de 1936 no existía una norma que la definiese. Tanto el artículo 1370, 1371 y 1372 fueron introducidos por la Comisión Revisora, a mérito de una ponencia presentada por el Dr. Manuel De la Puente y Lavalle.

### 2.1. Antecedentes históricos del derecho de resolución

#### 2.1.1. Derecho romano

Remontándonos hasta el Derecho Romano, nos dice CAPITÁN *“Que no existió un tratamiento uniforme a la Resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes. Nos dice que los jurisperitos romanos adoptaron e esta materia dos sistemas opuesto aplicando el uno a la venta y el otro, un poco más relegado al arrendamiento inmuebles y a los contratos innominados”*. Respecto a la venta, dice, no admitió nunca el Derecho Romano la posibilidad de la resolución judicial. Sólo establecía que una vez perfecto el contrato, las dos partes quedasen definitivamente ligadas y obligadas a ejecutar sus obligaciones. Si una se negaba, no por eso la otra venía menos obligada, no pudiendo acudir a los Tribunales a pedir la Resolución del contrato.<sup>7</sup>

Teniendo en cuenta la situación riesgosa para el vendedor (que por falta de pago, perdía el pago y la cosa) la práctica introdujo, como protección para el vendedor, el pacto de la *lex commissori* cláusula que se solía

<sup>7</sup> CAPITÁN, Henry, *De la Causa de las Obligaciones*, p. 322.

insertar en los contratos de compra - venta, en virtud de la cual, el vendedor que no opta por exigir al comprador el pago del precio una vez vencido el plazo convencional, tenía el derecho a que se tuviera una cosa como no vendida (*inempta*). E pues una opción entre exigir el cumplimiento del contrato o hacer uso de derecho de Resolución que le confería 1 cláusula. Bastaba que el vendedor manifestase al comprador la intención de prevalecer del pacto de la *lex commisoría* para que la venta se resolviese de pleno derecho, con efecto retroactivo.

Por lo demás la *lex commisoría* sólo protegía los intereses del vendedor, de tal manera que si él no entregaba oportunamente el bien al comprador, éste sólo podía pedir que se le diera su posesión en la vía judicial.

### 2.1.2. Derecho francés

JOSSERAND, nos dice que en el antiguo derecho francés la *lex commisoría* fue usándose de manera generalizada, hasta el punto que la cláusula comisoría se convirtió en cláusula de estilo y el derecho consuetudinario terminó por sobreentenderla en todos los contratos sinalagmáticos: aun cuando las partes no se hubieran explicado al respecto, la inejecución por una de ellas llevada consigo la Resolución del contrato; la condición resolutoria, de expresa que debía ser en Roma, se había convertido en tácita; se la sobreentendía.

POTHIER, en el siglo XVIII, llegó a decir "De la misma manera que puede crearse una obligación con el pacto de que no durará sino hasta cierto tiempo, se puede también, contratar con la cláusula que sólo durara hasta el cumplimiento de una cierta condición que se llama condición resolutoria"<sup>8</sup>

### 2.1.3. El Código de Napoleón

El código de Napoleón establece en su norma pertinente, que a la letra dice:

**Art. 1184.-** *La condición resolutoria está sobreentendida siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no satisficiera su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a la cual no se haya cumplido la obligación, puede elegir entre compeler a la otra al incumplimiento de la convención, cuando ello sea posible, o de mandar su Resolución, con abono de daños y perjuicios.*

La Resolución debe demandarse judicialmente y puede concederse un plazo al demandado, según las circunstancias.

### 2.1.4. El Código Alemán (BGB)

Establece lo siguiente:

**Art. 325.-** *Si la prestación que incumple a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, la otra parte puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o desistir el contrato.*

En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación, de con formalidad con el parágrafo 280, párrafo 2do, o desistir de todo el contrato. En lugar de la prestación de indemnización de daños y del derecho de Resolución puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del parágrafo 323.

### 2.1.5. El derecho español.

**Art. 1.124.** *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.*

*Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.*

### 2.1.6. Derecho peruano

Texto antes de la modificación por el artículo 5° del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11/12/92.

**Artículo 1372°.-** *La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la Resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.*

En ningún caso se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.<sup>9</sup>

## 2.2. La resolución contractual.

Nuestro Código Civil nos señala que la Resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> POTHIER, Roberth, *Tratado de las Obligaciones*, p. 424

<sup>9</sup> Texto antes de la modificación por el artículo 5° del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11/12/92

<sup>10</sup> Código Civil. Art. 1372

Por lo que en la Resolución, la relación contractual nace químicamente pura, y es sólo después que se presenta acontecimientos que determinan la pérdida de su eficacia.

MESSINEO sostiene que “la Resolución pone fin al contrato pero ella importe implícitamente, que pone fin también la relación obligacional nacida por ese contrato. Sólo que la resolución suele ser referida lógicamente al contrato, y porque éste no ha sido ejecutado o porque es de ejecución continuada. No es concebible la resolución de un contrato ya ejecutado o de la parte ya ejecutada del mismo”.<sup>11</sup>

Siguiendo a MESSINEO éste nos señala que varias son las razones por las que un contrato puede resolverse: ya se porque interviene la voluntad conocida de las partes o bien se tiene un incumplimiento voluntario o involuntario (por imposibilidad sobreviniente de la prestación) o bien exige una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva.<sup>12</sup>

A su vez DE LA PUENTE Y LAVALLE no da un concepto de Resolución señalando que son tres los elementos necesarios para que proceda la Resolución del contrato:

- Que se trate de un contrato válido.
- Que la causal que motiva la Resolución del Contrato sea sobreviniente a la celebración del contrato.
- Que deje sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola e ineficaz, de manera que no exista entre las partes el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente ejecutar las respectivas prestaciones. Ejemplo. Contrato de Arrendamiento, la resolución determinará que el arrendador deje de estar obligado a ceder el uso del bien al arrendatario y éste deje de estar obligado a pagar la renta al arrendador.<sup>13</sup>

### 2.3. Rescisión contractual.

El artículo 1370 de nuestro Código Civil establece que la Rescisión deja sin efecto un contrato por causal que existía al momento en que se celebró. Desde luego es necesario diferenciarla con la invalidez de la relación contractual, pues esta se produce por las causales de nulidad (artículo 219) y anulabilidad (artículo 221) de la Acto Jurídico. De lo expuesto aparece que si bien en la rescisión el contrato no se encuentra viciado en su origen de un modo que determine su nulidad o anulabilidad tiene, empero, un germen que puede conducirlo a su disolución.

### 2.4. Diferencias entre la resolución y la rescisión.

- a. A.- Las causales de Resolución son posteriores a la celebración del contrato, en tanto que las causales de Rescisión son coetáneas a la celebración del Contrato.
- b. B.- Las causales de Resolución pueden ser legales o convencionales en cambio las causales de Rescisión son Siempre de orden legal (Lesión, venta de bien ajeno y compra venta sobre medida), no existe Rescisión voluntaria, no se puede pactar la Rescisión.
- c. C.- La Resolución puede ser invocada judicial o extrajudicialmente; en cambio la Rescisión se invoca sólo judicialmente.
- d. D.- Los efectos de la sentencia en materia de Resolución se retrotraen al momento en que se produjo la causal de Resolución; en cambio en la Rescisión los efectos de la sentencia se retrotraen totalmente a la fecha de la celebración del contrato.

### 3. DISTINCIÓN ENTRE LA RESOLUCIÓN, ANULACIÓN Y RESCISIÓN.

Así pues MOSCO nos da una distinción entre la Resolución y la Anulación y Rescisión diciéndonos: “... mientras los derechos de anulación y rescisión nacen coetáneamente a la relación misma que toma su origen; en el contrato anulado, el derecho de Resolución sólo nace posteriormente...”<sup>14</sup>

#### 3.1. Características comunes de la resolución y rescisión.

- a. A.- Ambas son supuestos de Ineficacia Funcional que supone la existencia de contratos válidos. B.- En ambos casos el contrato tiene un defecto totalmente ajeno a su estructura
- b. C.- En ambos casos las partes que deben pactar en contrario respecto de los efectos de la sentencia que declara judicialmente la Resolución o Rescisión.
- c. D.- En ningún caso se perjudican los derechos de los terceros adquiridos a título oneroso y de buena fe.

#### 3.2. Características de la resolución contractual

<sup>11</sup> MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, tomo II, p.333.

<sup>12</sup> *Ibidem*

<sup>13</sup> PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, *Comentario al Código Civil*, tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú: Centro de Investigaciones y Servicios Educativos, Lima, 1999, p. 191.

<sup>14</sup> MOSCO, Luigi, *La Resolución de los Contratos por incumplimiento*, capítulo I, p. 4.

A. Las causales de Resolución se presentan con posterioridad a la celebración del contrato.

**Artículo 1371.-** *La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.*

B. Las causales de Resolución se fundamenta en el incumplimiento de la obligación.

**Artículo 1428.-** *En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios...*

C. Las Resolución de un contrato puede ser legal o voluntaria (convencional)

**Resolución Legal.-** Cuando la norma señala de manera específica la Resolución del contrato. Por ejemplo las causales para resolver el contrato de Arrendamiento.

**Artículo 1697.-** *El contrato de arrendamiento puede resolverse:*

1. *Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y, además, quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo periodo y, además, quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.*

2. *En los casos previstos en el inciso 1, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.*

3. *Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquel para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.*

4. *Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.*

5. *Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualquiera de sus obligaciones.*

**Resolución Convencional o voluntaria.-** En la cual las partes deciden la Resolución del contrato.

Puede ser:

- **Bilateral.-** Ambas partes decide la Resolución del contrato.
- **Mutuo Disenso.-** regulado en nuestro Código Civil en el Libro VI de las Obligaciones en el Título VIII art. 1313 Código Civil que dice:

Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.

Esta constituye una forma de Resolución Convencional de una relación jurídica surgida de un contrato.

El Mutuo Disenso tiene, pues, efecto extintivo, en el sentido que es un contrato que tiene por efecto extinguir un contrato preexistente.

Para que el Mutuo Disenso pueda tener efectos se requiere que el contrato que extingue, que suele llamarse contrato básico, no hay sido ejecutado o se trate de un contrato de duración.

- **Unilateral.-** cuando las partes han pactado su resolución de manera individual.

D. La Resolución puede ser invocada judicial o Extrajudicial o resolución de pleno derecho, esto es sin necesidad de sentencia o decisión judicial, al respecto analizaremos de manera simple.

El **art. 1372** establece «...La resolución puede ser invocada Judicial o extrajudicialmente...»

- **Resolución Judicial.-** Denomina da Resolución por Incumplimiento; normada en el art.

1428 del Código Civil, que a la letra dice:

**Artículo 1428.-** *En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.*

*A partir de la fecha de la citación con la demanda de solución, la parte de mandada queda impedida de cumplir su prestación.*

- **Resolución Extrajudicial.-** Puede ser invocada bajo dos supuestos:

**Resolución por Autoridad del Acreedor o Resolución de Pleno Derecho.-** regulada en él:

**Artículo 1429.-** *En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.*

*Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.*

**Condición Resolutoria Expresa.-** regulada en nuestro Código Civil en su art. 1430 en donde se nos señala:

**Artículo 1430.-** *Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.*

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

E. El contrato que se resuelve, produce efectos jurídicos perfectamente válidos, hasta el momento en que opera la resolución judicial o extrajudicial.

**Artículo 1371.-** *La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.*

F. En caso de la Resolución Judicial los efectos de la sentencia se retrotraen parcialmente, hasta el momento en que se presentó u operó la causal de Resolución.

*Art. 1372.- 2do párrafo. - . . .La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva...*

G. Las partes pueden pactar en contrario respecto de los efectos de la Resolución, bien sea para que la retroactividad sea total o para que no opere.

**Art. 1372 del Código Civil 3er párrafo.** - *En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario...*

H. Las partes deberán restituirse, las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento en que se produjo la causal de Resolución y si ello no fuera posible las partes deberán reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

**Art. 1372 del Código Civil 2do párrafo in fine.** - *Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.*

1. En ningún caso, como consecuencia de la resolución judicial o extrajudicial, se perjudican los derechos de los terceros sub adquirentes de buena fe y a título oneroso.

**Art. 1372 del Código Civil 3er párrafo in fine.** - *No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.*

### 3.3. Efectos de la resolución

**Artículo 1372°.-** *La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.*

*La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva.*

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

*En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.*<sup>15</sup>

Hecha la distinción entre ambas formas de extinción contractual, hay que añadir que sus efectos son totalmente distintos. Así, mientras la Rescisión opera retroactivamente, esto es, “*ex tunc*” y no presenta hechos consumados ni contempla derechos adquiridos la Resolución sólo surte consecuencia desde que es declarada, o sea “*ex nunc*”, y no proyecta sobre el pasado sino sobre el porvenir.

Pero el artículo 1372 con el propósito de incorporar una regla un poco flexibilidad admite que la ley o el pacto establezcan resultados opuestos y que, concretamente, la rescisión tenga carácter irretroactivo y la Resolución retroactivo.

El tema de que la resolución de contrato debe producir efectos retroactivos ha sido y sigue siendo discutido e la doctrina. Manuel DE LA PUENTE LAVALLE al analizar el artículo 1372 del Código Civil, señala, que “habiendo decidido el codificador civil, que la Resolución no tiene efecto retroactivo, su acción no recae en el contrato sino en los efectos del mismo (relación obligacional)”

Y agrega: “... lo que se explica que aparece sólo a partir de qué ocurre la causal y sobre el elemento contractual que está vigente en este momento, o sea la relación jurídica patrimonial creada por el contrato”.<sup>16</sup>

Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, a quien se atribuye el cambio producido señala que “se ha precisado, en concordancia con la doctrina mayoritaria, que la Retroactividad de la Resolución sólo se produce en los casos señalados: contratos de tracto sucesivo, o de ejecución continuada, o disposición legal o pacto en contrario” Agrega que “el otro planteamiento, la irretroactividad de la resolución, salvo indicación legal o convención distinta, había conducido a situaciones verdaderamente abusivas e inclusive dramáticas en los contratos de ejecución inmediata o instantáneas con derecho a Resolución por incumplimiento”<sup>17</sup>.

Suponiendo la existencia de una prestación consumible que ha sido en parte consumida es evidente lo riesgoso

<sup>15</sup> Texto según artículo 5° del Decreto Ley N°25940. publicado el 11/12/92. Inicialmente este artículo fue modificado por la 1° Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768. Código Procesal Civil. La 1° Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución

Ministerial N° 010-93-JUS. publicado el 23/04/93, ha recogido la modificatoria efectuada por el referido Decreto Ley N°25940.

<sup>16</sup> PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en general*, tomo II, p. 188.

<sup>17</sup> LOHMANN, LUCA DE TENA Juan, *Una necesaria explicación*, p. 56



que significa establecer que la prestación deba devolverse en el estado en que se encuentre pues ello significaría que el que resuelve sólo tiene el derecho de exigir la parte de la prestación que queda. Concluye en palabras con las que coincidimos plenamente, que “debió establecerse que las prestaciones deben restituirse tal y como fueron entregadas y que en el caso en que ello no fuera posible, deberá pagarse el valor que tenga al momento de la resolución, tal como lo establece el artículo 1236; esto es, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que tenga derecho a reclamar el que ha sufrido los efectos del incumplimiento, si fuera el caso”.

Es necesario tomar en consideración que la Resolución, aunque sea declarada posteriormente, opera desde el momento en que se produce la causal sobreviniente. Así pues cito a Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE en donde nos señala que “tratándose de la resolución por incumplimiento a que se refiere el Art. 1428 del Código Civil, la Resolución produce sus consecuencias, a partir de que se pone en conocimiento del juez, la inejecución de la prestación debida; en el caso de la Cláusula Resolutoria expresa la Resolución opera de pleno derecho desde el momento en que la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. **Esto no será retroactividad sino aplicación inmediata de la Resolución.** Es necesario precisar, como se ha ido diciendo en los párrafos anteriores que los efectos de la Resolución varían según se trate de cada uno de los contratos.

- Así tenemos que en los Contratos de Ejecución Inmediata, cuyas prestaciones son exigibles desde el momento de su celebración. Es difícil que haya lugar a la Resolución por incumplimiento, pues ejecutándose inmediatamente a la celebración del contrato todas las prestaciones derivadas de la relación jurídica creada por él, no cabe teóricamente un incumplimiento. Este sólo existiría si, pese a la necesidad de la ejecución inmediata, una de las partes no cumpliera con hacerlo en ese momento.

En tal caso la Resolución determinaría que las cosas deban tornar, en su aspecto económico, al estado anterior al que se produjo el incumplimiento, o sea al estado de celebrarse el contrato. Como en la Rescisión las partes deben restituirse las prestaciones o, si ello no fuera posible, a restituir su valor al momento de celebrarse el contrato.

- En los Contratos de Ejecución Diferida, en el que el término inicial de su ejecución es postergado por un plazo determinado o indeterminado; la consecuencia adecuada de la resolución es que quien, debido a la

postergación unilateral, no haya ejecutado la prestación a su cargo, quede liberado de hacerlo, pero deberá restituir a la otra parte la contraprestación que ha recibido y, si ello no fuera posible, rembolsar el valor que tendría al momento de producirse la causal.

- En los Contratos de Ejecución Instantánea, bastará que ambas partes se restituyan sus respectivas prestaciones o, si no fuera posible, su valor al tiempo de producirse la causal sobreviniente.

- En los Contratos de Tracto Sucesivo puede que se trate de prestaciones continuadas o de prestaciones periódicas. En ambos casos la Resolución del contrato, por no ser retroactiva, dará lugar a que cese la obligación de ejecutar las prestaciones periódicas pendientes, conservando pleno valor las partes de la prestación continuada ya ejecutada y las prestaciones periódicas efectuadas a de ocurrir la causal sobreviniente.

- En el caso de un contrato en el que una de las prestaciones fuera de ejecución inmediata y la contraprestación fuera de ejecución continuada caso de arrendamiento en que la renta hubiera sido pagada íntegramente por adelantado, la Resolución de contrato daría lugar a la devolución de la parte de la renta correspondiente a la parte de la cesión en uso que ha quedado sin efecto por razón de la Resolución.

“La resolución por incumplimiento que tiene lugar sólo en los contratos con prestaciones recíprocas, en la que producida la Resolución queda sin efecto, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, desaparece también en éste momento la causa en virtud de la cual tenía derecho a conservar la contraprestación que ha recibido la parte, que es precisamente la reciprocidad de las prestaciones, por lo cual la falta de restitución de dicha prestación constituiría un enriquecimiento sin causa a expensas de la otra parte.”<sup>18</sup>

#### 4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1372.

**“Artículo 1372°.-** La rescisión se declara judicialmente. Los efectos de la sentencia correspondiente se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución opera judicial ó extrajudicialmente. No tiene efecto retroactivo, salvo que la naturaleza de las prestaciones ya ejecutadas permita su restitución.

En los casos previstos en los párrafos anteriores cabe pacto en contrario. En ningún caso se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”.

Esta propuesta por Carlos CÁRDENAS QUIROZ se fundamenta en que la modificación tiene por objeto

<sup>18</sup> FORNO, Hugo, *Resolución por incumplimiento*, p. 107ss.

aclarar que la Resolución producirá efectos retroactivos, sólo en el caso de que resulte procedente la restitución de las prestaciones ya ejecutadas cuando su naturaleza así lo impusiera. El texto vigente del artículo 1372, según la modificación introducida por el Código Procesal Civil, incurre en el gravísimo error de establecer esos alcances retroactivos sin límite alguno, desconociendo casos como el del arrendamiento, donde, de resolverse la relación obligatoria creada por dicho contrato, es impensable la restitución de la renta ya pagada por ejemplo.

Precisa señalarse que la doctrina tradicional ha sustentado el principio de la irretroactividad, en el caso de producirse la resolución, como propia de los contratos de tracto sucesivo, es decir aquellos en los cuales la ejecución de las prestaciones nacidas de la relación obligatoria se desenvuelve en el tiempo.

Es así como se afirma, en palabras de Guillermo OSPINA PÉREZ, que si el contrato es de ejecución sucesiva (tracto sucesivo), la resolución no tiene efecto retroactivo, sino que obra solamente para el futuro (*ex nunc*), es decir que pone término a la eficacia futura de aquél, pero deja en pie sus efectos ya producidos. Así el incumplimiento de un arrendamiento solamente es causal de extinción de éste: las obligaciones del arrendador y del arrendatario termina, pero sin que haya lugar a restituciones mutuas entre ellos en razón de las prestaciones ya cumplidas con anterioridad. De aquí se concluye que los contratos de ejecución sucesiva que han comenzado a funcionar no son susceptibles de Resolución propiamente dicha.

Por lo que la doctrina francesa ha elaborado, al lado de la teoría de la resolución, aplicable solamente a los contratos de ejecución instantánea, la llamada *Teoría de la Resiliation* (especie de extinción *ex nunc*) para los contratos de ejecución sucesiva.<sup>19</sup>

OSPINA PÉREZ referido al tema también hace una opinión muy interesante. Señala el citado autor: “la comentada doctrina tradicional incurre en error, al atribuir a la distinción entre los contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución sucesiva, la diversa eficacia que pueda alcanzar la resolución de los mismos por causa de su incumplimiento. La verdad es que esta diferencia de régimen se explica adecuadamente por la naturaleza de las prestaciones que son objeto del contrato, pero con la prescindencia del lugar que a éste se le asigne en dicha clasificación. Los ejemplos que se suelen ofrecer en apoyo de tal doctrina así lo demuestran. En efecto, se dice que la

compra venta es un típico contrato de ejecución instantánea y que, por consiguiente, en caso de incumplimiento, su resolución debe operar retroactivamente, imponiendo a las partes la restitución de lo recibido o pagado por razón del mismo. Y se afirma que el arrendamiento de cosas o de servicios es un contrato de ejecución sucesiva y que, por tanto, sólo es susceptible de *resiliation* o terminación<sup>20</sup>.

El autor en mención, continúa diciendo, que lo que ocurre en realidad “es que la Resolución de la Compraventa afecta el pasado, porque las prestaciones que produce a cargo de las partes, hacer tradición de la cosa vendida y pagar el precio, son de tal naturaleza que, si ya se han ejecutado total o parcialmente, se pueden destruir retroactivamente (*ex nunc*).

Como uno de los fines que persigue la acción resolutoria es la indemnización del contratante en cuyo favor se establece, la mejor manera de lograrlo consiste precisamente en obligar al contratante incumplido a devolver lo dado o pagado, cuando esto sea posible, como ocurre, generalmente en la compraventa. Pero esta particularidad en manera alguna autoriza la afirmación dogmática de la doctrina tradicional, conforme a la cual el referido contrato es siempre de ejecución instantánea, porque ella equivale a negar, contra la evidencia, que en los casos en que se haya pactado varios plazos sucesivos para la tradición de la cosa vendida o para el pago del precio, el contrato entra a formar parte de la categoría de los de ejecución sucesiva, y hasta que puede ocurrir que tal pacto excluya la operancia retroactiva de la Resolución. Pero, repetimos que a esta conclusión se debe llegar, no porque el contrato sea de ejecución sucesiva, lo que es cierto, sino sencillamente por la imposibilidad de destruir uno sus efectos más importantes y ya producidos con anterioridad a la resolución<sup>21</sup>.

Díez - Picazo, reitera el planteamiento, cuando dice que: “BECHMA, ha caracterizado la distinción entre los contratos con prestaciones instantáneas y los contratos con prestación continuadas o contratos de tracto sucesivos, señalando que los primeros tienen por efecto la creación de un estado derecho de una nueva situación jurídica y los segundos crean un estado situación de hecho. Mientras que en los casos de Resolución o de anulación, el primer tipo de relaciones, es posible admitir que se produzca la restitución de las cosas con pleno efecto retroactivo respecto de la situación jurídica crea y de los efectos jurídicos

<sup>19</sup> “Los Contratos de Ejecución instantánea y de ejecución sucesiva”, en *Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana*, N° 18, Bogotá, 1991, p. 102.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 103

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 104

producidos, de los segundos tal retroactividad no parece admisible. Sin embargo, la distinción así trazada dista mucho de ser exacta, pues todos los contratos y todas las relaciones obligatorias constituyen nuevas situaciones jurídicas y, al mismo tiempo son el fundamento de nuevas situaciones de hecho. Por ello, la destrucción de los efectos anteriores, en las relaciones duraderas, debe ponerse en conexión más que con el hecho de que exista una situación jurídica, con el hecho de que la continuidad y la repetición de las recíprocas prestaciones, desenvueltas a lo largo del tiempo transcurrido, haya sido útil para ambas partes y haya permitido cumplir, aunque sea parcialmente las finalidades prevista por ellas”<sup>22</sup>.

## 5. NATURALEZA O FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN.-

Diversas son las opiniones vertidas por la doctrina en torno a la naturaleza fundamento del derecho de Resolución. Así se ha recurrido a la equidad, a la intención presunta de las partes, al consentimiento condicional, a la noción de la causa, a una sanción destinada a ejercer presión sobre las partes para inducir las a cumplir sus obligaciones; a la protección de las relaciones de derecho, etc.

Entendemos, que por encima de las motivaciones causantes del incumplimiento, en cuanto pueden traducir una valoración de la conducta del sujeto (dolo o culpa), el fundamento ha de referirse al hecho objetivo del cumplimiento considerado en sí mismo.

Por tal motivo, la Resolución más que una sanción impuesta a quien no cumplió con la prestación prometida, es un medio para posibilitar al contratante fiel a su compromiso, la ruptura del vínculo que lo une al incumplidor; y de esta forma posibilitarle recurrir a la constitución de un nuevo vínculo, en el que puede obtener la satisfacción del contenido económico.

### 5.1. Principios de la resolución

Existen una serie de principios que son comunes a la Resolución de los contratos Civiles y Comerciales:

A. Sólo rige respecto de los contratos bilaterales, ya que es necesario la existencia de reciprocidad en las prestaciones, citación que no se da en los contratos unilaterales.

B. La Resolución tiene efectos retroactivos en determinados contratos;

C. Para que proceda la Resolución debe existir ejecución culpable. Esto se traduce en la existencia de dolo o culpa en el contratante incumplidor. Si el incumplimiento

tuviera otras causas (caso fortuito o fuerza mayor) sería de aplicación la Teoría del Riesgo (art. 1138 C.C).

D. Consecuencia del principio anotado es que el derecho de pedir la Resolución sólo lo posee el contratante fiel que cumplió u ofrece cumplir sus obligaciones.

E. El incumplimiento para producir el efecto resolutorio debe ser importante y no fundarse en obligaciones accesorias. El criterio objetivo será el aplicado para su valoración.

F. Para demandar la resolución es necesaria la previa constitución en mora. (Art. 1428° C.C.)

G. La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento es subsidiaria respecto de la de manda de Resolución. (Art. 1428° C.C 1ra parte.)

### 5.2. Carácter de la acción de resolución.

La resolución Judicial tiene carácter Constitutivo; en el sentido que es la decisión judicial la que determina que la relación jurídica patrimonial quede sin efecto y la Resolución extra judicial tiene carácter Declarativo.

Sin embargo el carácter constitutivo de la acción no determina que la ineficacia opere desde el momento de dicha declaración, sino a partir de la presentación de la demanda, una vez ocurrida la causal sobreviniente que justifica la Resolución. En efecto, es desde momento que se pone en evidencia ante el órgano jurisdiccional representado por el juez que el contrato adolece de un defecto que determina la necesidad de su ineficacia.

## 6. CLASES DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

### 6.1. Resolución judicial por incumplimiento.

En los contratos con prestaciones recíprocas, si una de las partes no cumple con su prestación, la otra parte que cumplió y que estaba en la obligación de cumplir en ese momento, está facultada para:

A.- Solicitar el cumplimiento de la prestación; o

B.- Solicitar la Resolución del contrato.

En ambos casos, además se puede solicitar el pago de una indemnización de daños y perjuicios. La elección de una u otra opción dependerá de que la parte que cumplió, considere de que se ha extinguido o no su interés en el cumplimiento de la prestación.

**Artículo 1428 Código Civil** – *En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.*

<sup>22</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1993, p. 324ss.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Concordancias: C.C. arts. 121 1228, 1321, 1429, 1697, 1934

## 6.2. Resolución extrajudicial

### 6.2.1. Resolución por autoridad del acreedor

Cuando a la parte que ya cumplió no le conviene optar por la resolución judicial, pues tiene interés en el cumplimiento de la prestación, puede concederle a la contraparte, por conducto notarial, un plazo no menor de quince días para que cumpla con su prestación, bajo apercibimiento de proceder a la resolución de pleno derecho, sin necesidad de decisión judicial.

### 6.2.2. Cláusula resolutoria expresa.

Las partes que han celebrado un contrato, con prestaciones recíprocas, pueden pactar expresamente que el contrato queda resuelto de pleno derecho, si una de las partes incumple alguna las prestaciones establecidas con toda precisión. La Resolución opera desde que una parte comunica a la otra q quiere hacer uso de dicha cláusula. La resolución es de pleno derecho o extrajudicial.

## 6.3. Posibilidades del artículo 1428 del código civil.

Como bien se puede apreciar el Art. 1428 del Código Civil nos muestra dos posibilidades para accionar respecto del deudor moroso:

- Solicitar el cumplimiento del contrato o
- La Resolución del contrato.

Si optamos por solicitar el cumplimiento del contrato, esta posibilidad no es privativa de los contratos con prestaciones recíprocas, sino que se trata de una regla general aplicable a toda clase de contratos.

En cambio, si solicitamos la Resolución del contrato sólo puede ejercerse en los contratos con prestaciones recíprocas.

## EXCLUSIÓN DEL IUS VARIANDI.

“*Jus Variandi*” Es entendida en la doctrina como la posibilidad de cambiar de opción entre el cumplimiento o la resolución después que se ha iniciado la acción por una de esas vías.

El art. 1453 del Código Civil Italiano, que ha inspirado al art. 1428 de nuestro Código Civil establece que “... la Resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el

cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiera demandado la resolución.”

Nuestro ordenamiento jurídico civil establece que en su art. 1428 que a partir de la fecha con la citación de la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir con su prestación. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo resulta claro, que el demandante de Resolución, no podrá variar su demanda por una de Cumplimiento.

## 6.4. Naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento.

A nivel de doctrina existen dos posiciones bien marcadas para considerar cual es la verdadera naturaleza de la Resolución por incumplimiento:

### A. Posición Sancionadora

Diversos autores consideran, que la resolución por incumplimiento, reviste el carácter y toma la significación de una verdadera sanción, que se impone al deudor que no cumple con su palabra. En esta posición se encuentran JOSSEAND, BARBERO Y AULETTA.

### B. Posición Liberadora

Esta posición otorga a la resolución por incumplimiento, el carácter de medida destinada a liberar definitivamente a la parte fiel, de su deber de ejecutar la prestación a su cargo, aunque ello importe, en realidad, liberar también a la parte infiel. La sanción para la parte incumplidora no será la Resolución sino el pago de Daños y perjuicios. En esta posición se encuentra MESSINEO<sup>23</sup>.

De las dos posiciones, la de Francesco Messineo explica mejor la naturaleza de la Resolución por incumplimiento.

### 6.4.1. Fundamento de la resolución por incumplimiento.

El fundamento de la Resolución por incumplimiento, está dado por la ruptura de la situación de paralelismo o simetría que debe existir entre prestación y contraprestación, en los contratos con prestaciones recíprocas.

### 6.4.2. Requisitos para la acción de resolución.-

Los requisitos para poder accionar la Resolución por incumplimiento está dado por:

- Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas.
- Legitimación para obtener la Resolución.
- Incumplimiento de una de las partes.
- Imputabilidad del Deudor.

<sup>23</sup> MESSINEO, Francesco, ob. cit., p. 345.

— Importancia del incumplimiento.

A continuación los desarrollamos más detenidamente:

- **Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas.-**

El contrato con prestaciones recíprocas se caracterizan por una correlación de prestaciones o, en otras palabras, en la conexión de ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a lograr las partes contratantes.

En la Resolución por incumplimiento ese paralelismo que existe entre prestación y contraprestación, propio de los contratos con prestaciones recíprocas, se rompe.

Así pues en el art. 1428 de nuestro Código Civil otorga a la parte cumplidora la posibilidad entre solicitar el cumplimiento y la Resolución del contrato; siendo así que la primera opción es procedente en todos los contratos, la segunda sólo es exclusiva de los contratos con prestaciones recíprocas.

En los contratos con prestaciones autónomas, la inejecución de una de las prestaciones por una de las partes, sólo da lugar a la Resolución del vínculo contractual para dicha parte.

CAPITAN, JOSSERAND Y RIPERT - BOULANGER consideran que en los contratos aleatorios no procede la Resolución por incumplimiento.

- **Legitimación para obtener la Resolución.-**

La parte que solicita la acción de Resolución por incumplimiento, no se debe encontrar en la misma situación de infidelidad que la incumplidora, sino que al contrario sea una parte fiel en el cumplimiento de sus prestaciones.

- **Incumplimiento de una de las partes**

Es necesario que se invoque en la solicitud como causal de resolución que la contra parte no haya ejecutado la prestación a su cargo. Así pues «la mera negativa anticipada del deudor no puede tomarse como un incumplimiento prematuro, tanto más cuanto que el art 1428 c.c. exige que para la Resolución el incumplimiento efectivo y no sólo prematura negativa de cumplimiento»<sup>24</sup>.

- **Imputabilidad del Deudor.**

La regla general es, pues, que la inejecución imputable al deudor permite la Resolución. MESSINEO considera

«que la Resolución por incumplimiento opera tanto si el incumplimiento es imputable al deudor como si obedece a imposibilidad sobreviniente de la prestación».<sup>25</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico tal posición es inadmisibles por estar especialmente previsto en los arts. 1431 y 1432 del Código Civil que la imposibilidad de las prestaciones da lugar a la Resolución del contrato de pleno Derecho.

Resulta evidente que la inejecución de la prestación por causa imputable al deudor (dolo, culpa, inexcusable, o culpa leve) autoriza a la parte fiel para demandar la Resolución.

- **Importancia del incumplimiento.-**

Considero que resulta necesario distinguir entre el cumplimiento parcial, tardío y el defectuoso, denominado como incumplimiento relativo.

o **Cumplimiento Parcial.-** Referida en determinadas circunstancias cuando el incumplimiento de la prestación por parte del deudor resulta de escasa importancia para el acreedor. Cabe preguntarse si, en tal eventualidad, el art. 1428 C.C. deberá aplicarse con toda rigurosidad, admitiendo la posibilidad de la Resolución pese a que el interés del acreedor haya sido sustancialmente satisfecho.

o **Cumplimiento Tardío.-** La Resolución se justificará a decir de Diez Picazo en : 1.- Cuando determina una frustración del fin práctico per seguido por el negocio.- considerando que se trata de supuestos en los que el plazo es esencial; 2.- Cuando determina en el otro contratante un interés atendible en la Resolución.- entendida en este sentido que: si el demandado, aunque con retraso, ha ejecutado su prestación y esta ha sido aceptada por el actor, no procede la acción resolutoria; que si el de mandado está cumpliendo, pero realiza actos de cumplimiento retrasadamente, para que pueda ejercitarse la acción resolutoria necesaria la mora; y que si el demandado no ha ejecutado en lo absoluto la prestación y el plazo ha vencido, puede demandarse la Resolución sin necesidad, de constitución en mora.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> SÁNCHEZ, URQUIZA, *La resolución de los Contratos por incumplimiento*, p. 106.

<sup>25</sup> MESSINEO, Francesco, ob. cit., p. 333

<sup>26</sup> DIEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo I, p. 860.

- **Cumplimiento Defectuoso.**- El acreedor frente a la tentativa de un pago defectuoso, tiene tres alternativas posibles: 1.- Rechazar el pago y solicitar la Resolución. 2.- Aceptar el pago sin reserva alguna, dándole el carácter de dación en pago acordada por las partes y. 3.- Aceptar el pago con reserva de derecho a obtener la indemnización por el daño sufrido.<sup>27</sup>

Sólo la inexecución de una prestación principal puede dar lugar a la Resolución por incumplimiento. En tal sentido se dice que la Resolución no puede prosperar cuando se trata de deberes de tipo accesorio o complementario que no constituyen el objeto principal de la relación.<sup>28</sup>

Pero es necesario establecer cuál es el criterio con el que se tiene que juzgar el cumplimiento tardío, parcial o defectuoso, adoptándose ya sea un criterio objetivo o subjetivo, según MIRABELLI considera:

- Criterio Subjetivo.- En la cual se dice que para establecer si el incumplimiento es suficientemente grave para justificar la Resolución, debe recurrirse a la presumible voluntad de las partes.
- Criterio Objetivo.- En la cual se debe tener en cuenta la interdependencia funcional entre las prestaciones y la turbación que el incumplimiento ha causado.<sup>29</sup>

Después de analizar los dos criterios resulta claro adoptar en consecuencia, el criterio objetivo.

En principio y como regla general, éste incumplimiento debe ser total para que justifique la resolución del contrato. Empero, no debemos apartarnos del Principio de la Buena Fe que inspira los contratos y, dentro de este criterio, creemos que cuando la prestación haya sido casi totalmente satisfecha o el cumplimiento defectuoso sea de escasa relevancia, el juez podría negarle al actor el derecho a la Resolución y limitarse a exigirle al demandado su cumplimiento.

Conjuntamente con lo dicho en el párrafo precedente, el ejercicio de las facultades que contempla el art. 1428 del Código Civil, está condicionada a que haya habido incumplimiento voluntario del obligado. En consecuencia la hipótesis de incumplimiento por imposibilidad de satisfacer la prestación está prevista en otro artículo.

## 6.5. Ejercicio judicial de la resolución.

**Artículo 1428.-** En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

El Derecho Peruano, establece que la acción de Resolución es de carácter general, desde que puede interponerse en todos aquellos casos en que la causa de Resolución sea sobreviniente a la celebración del contrato, señalando que la demanda se funda en la inexecución de una prestación emanada de un trato con prestaciones recíprocas.

Además resulta necesario tener en cuenta que en el sistema peruano se establece, los efectos de la sentencia resolutoria se retrotraen al momento en que se produjo la causal que la motiva.

Es necesario tener en consideración para efectos prácticos que la demanda deberá como acción principal<sup>30</sup>, pudiendo acumularse la acción de indemnización de daños y perjuicios.

También podrá plantearse la acción en forma de Reconvencción, cuando la parte cumplidora (fiel) sea demandada por la otra para la ejecución de la prestación a cargo de aquella.

Pero no será aceptable que la acción de Resolución sea planteada como excepción, ya que el demandado no se limita a pedir que se le absuelva de la demanda, sino que pide la Resolución del contrato.

En cuanto a la carga de la prueba el actor amparará su demanda en la ruptura del paralelismo o simetría que justifica la resolución de la relación contractual. Siendo necesario que se acredite todos los elementos necesarios para llegar a esa situación, es decir:

- Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas.
- La ejecución de la prestación a su cargo o el ofrecimiento de la garantía de esa ejecución.
- La inexecución de la prestación correspondiente a la contraparte. Incumbe al actor, determinar que se han producido dos hechos determinantes: el cumplimiento por su parte, y principalmente, el incumplimiento por parte del demandado.

Si se demandara acumulativamente el pago de la indemnización de daños y corresponderá también al

<sup>27</sup> RAMELLA, Anteo, *Resolución por incumplimiento*, p. 62.

<sup>28</sup> DIEZ – PICAZO, Luis, ob. cit., p 847.

<sup>29</sup> MIRABELLI, Giuseppe, *De las obligaciones del Contrato en general*, p. 606.

<sup>30</sup> MORELLO, Augusto, *Ineficacia y Frustración del Contrato*, p. 169ss.

actor acreditar la existencia de éstos. En tal caso, para establecer el monto de la indemnización, sí funcionaría la presunción establecida en el art. 1329 del Código Civil, según el cual se presume (*juris tatum*) que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

#### 6.6. Artículo 1428.-" ...a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

El fundamento de esta norma se encuentra en la opción que tiene el acreedor para solicitar la Resolución del contrato por incumplimiento. Y que una vez que se le ha citado al deudor, con la demanda de resolución, éste deje sin efecto la alternativa resolutoria del acreedor, a través de la ejecución de la prestación a su cargo.<sup>31</sup>

#### 6.7. La constitución en mora.

La doctrina establece que la mora se ha de entender como el retraso traducido en términos jurídicos o la intimación para que el deudor cumpla con su prestación.

De acuerdo a lo que establece el art. 1428 de nuestro Código Civil, es requisito necesario, para solicitar la resolución: que se haya producido el incumplimiento. Consecuentemente, en el caso de retardo en la ejecución de la prestación se requiere convertir ese retardo en incumplimiento mediante la constitución en mora, para luego solicitar la resolución por incumplimiento.

Por lo tanto para solicitar la resolución por incumplimiento resulta necesario que previamente la parte incumpliente sea constituida en mora, mediante la interpelación correspondiente, debiendo mediar un lapso prudente entre la interpelación y la demanda de Resolución para permitir al moroso ejecutar la prestación a su cargo.

### 7. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

"Quien comete un daño, debe indemnizarlo" principio fundamental en el Derecho Civil Patrimonial. Así nuestro art. 1428 nos señala:

*Artículo 1428 Código Civil.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.*

Es necesario establecer, que la indemnización, en el caso que se plantee con una demanda de Resolución será tomada como una pretensión accesoria.

Esta posibilidad de poder acumular la acción de daños y perjuicios a la acción de Resolución; procede del Código Civil Francés en su art. 1184; mientras que el Código Civil Alemán considera que ambas acciones son excluyentes.

Resulta necesario hacer una distinción cuando la inexecución absoluta o relativa de la prestación es imputable al deudor y cuando no lo es.

- **Imputable al Deudor.** Estaremos frente a lo que dispone el art. 1321 de nuestro Código Civil que establece:

#### Indemnización de daños y perjuicios por inexecución imputable

*Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.*

*Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.*

**No Imputable al Deudor.-** El deudor no responderá por los daños ocasionados:

Daños y perjuicios derivados la inexecución por causas no imputables.

*Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicio resultante de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.*

*La acción de indemnización por daños y perjuicios puede plantearse bien sea acumulativamente a la acción de Resolución por incumplimiento o bien deducirse por separado, esto es en un proceso distinto y posteriori de aquél en que fuera declarada la Resolución.*

### Conclusiones

Para concluir, esta primer parte conviene formular que LO QUE SE RESUELVE como resultado del incumplimiento no es exactamente el contrato, como lo establece el artículo 1428, sino la RELACIÓN JURÍDICA OBLIGACIONAL SURGIDA DEL CONTRATO.

<sup>31</sup> FORNO, Hugo, ob. cit., p. 103ss

Así hacemos nuestra la opinión DE LA PUENTE Y LAVALLE cuando establece de que *“el contrato como declaración de voluntad, deja de existir una vez que cumple su cometido de crear una relación obligatoria y que es esta relación lo que constituye la ley del contrato y tiene por contenido jurídico todos los derechos y todos los deberes nacidos por efecto del contrato. Por ello, lo*

*que se resuelve por razón del incumplimiento por una de las partes de la prestación que le corresponde es esa relación obligatoria que tiene, como dice el Código de Napoleón, la fuerza de ley entre las partes, y no el contrato mismo pues lo que ataca las partes es la obligación nacida del contrato, o sea el deber jurídico de cumplir las prestaciones pactadas”.*