



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**“LA INEFICACIA FUNCIONAL DEL
CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO”**

TESIS DOCTORAL

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO
DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA.**

AUTOR

Mg. LUIS ARMANDO HOYOS VÁSQUEZ.

ASESOR

DR. VICTOR ANACLETO GUERRERO

LAMBAYEQUE, 2018.

DEDICATORIA

A mi señora madre:

***Doña María Felicita Vázquez Vda. de Hoyos,
quien a mi más temprana edad advirtió mi
vocación por la carrera del Derecho y me apoyó
en la formación y ejercicio de mi profesión con
abnegación y amor.***

AGRADECIMIENTO

A mis profesores de la Facultad de Derecho De La Universidad Nacional Mayor de San Marcos y a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Piura y Tumbes, vocales Crespo Vera, Vásquez Zúñiga y José Moreno Pavilla y al Fiscal Torres, a los primeros por haberme enseñado en forma óptima las disciplinas jurídicas; y a los Magistrados, por haberme orientado, en especial con su ejemplo en la Aplicación del Derecho, con eficiencia y probidad.

ÍNDICE

| | |
|---------------------|----|
| DEDICATORIA | 1 |
| AGRADECIMIENTO..... | 2 |
| ÍNDICE..... | 3 |
| RESUMEN..... | 7 |
| ABSTRACT..... | 9 |
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

| | |
|---|----|
| 1.1. El Negocio Jurídico. Concepto y fines. | 15 |
| 1.2. Estructura del Negocio Jurídico. | 20 |
| 1.3. Ineficacia estructural. | 23 |
| 1.4. Ineficacia funcional. | 24 |
| 1.5. La Nulidad y la anulabilidad como caso de ineficacia estructural. | 24 |
| 1.6. La Nulidad Virtual. | 28 |

CAPITULO II

INEFICACIA FUNCIONAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

| | |
|--|----|
| 2.1. Negocio Jurídico y contrato..... | 30 |
| 2.2. Causas de ineficacia funcional. Rescisión y resolución contractual. | 32 |
| 2.3. Notas comunes de la rescisión y de la resolución del contrato. | 34 |
| 2.4. Diferencia de las causas y efectos de la rescisión y resolución contractual. | 35 |

CAPITULO III

CONTRATOS CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

| | |
|---|----|
| 3.1. Concepto y contenido de estos contratos..... | 37 |
| 3.1.1. Bilateralidad del contrato..... | 37 |
| 3.1.2. Reciprocidad de prestaciones..... | 38 |
| 3.1.3. El contrato bilateral imperfecto. | 40 |
| 3.1.4. Contrato con prestaciones plurilaterales autónomas. | 42 |
| 3.2. Efectos de los contratos con prestaciones recíprocas. | 42 |
| 3.2.1. La excepción de incumplimiento..... | 43 |
| 3.2.1.1. Naturaleza jurídica del a excepción. | 45 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.1.2.Otro de los requisitos de procedencia de la excepción es el incumplimiento de la prestación. | 46 |
| 3.2.1.3.Simultaneidad del incumplimiento..... | 49 |
| 3.2.1.4.La excepción persigue suspender el cumplimiento de la prestación. | 50 |
| 3.3. La excepción de caducidad de plazo..... | 52 |
| 3.3.1. Ocurrencia en el riesgo. | 53 |
| 3.3.1.Suspensión de la prestación..... | 54 |
| 3.3.2.La naturaleza jurídica de la excepción. | 54 |
| 3.4. La resolución por incumplimiento. El Pacto Comisorio. | 55 |
| 3.4.1.El pacto comisorio en el derecho comparado. | 56 |
| 3.5. La teoría del riesgo..... | 59 |

CAPITULO IV

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

Concepto, naturaleza jurídica y breve reseña histórica de la resolución contractual.

| | |
|--|-----------|
| 4.1. PARALELO CON OTRAS FIGURAS AFINES. | 64 |
| 4.1.1.Con la resolución por imposibilidad sobreviniente inimputable..... | 64 |
| 4.1.2.Con la acción redhibitoria..... | 66 |
| 4.1.3.Con la señal o arras. | 67 |
| 4.1.4.Con la condición resolutoria..... | 69 |
| 4.1.5.Con la revocación..... | 70 |
| 4.1.6.Con el desistimiento o rescisión unilateral. | 73 |
| 4.1.7.Con la excesiva onerosidad de la prestación. | 74 |
| 4.1.8.Con la nulidad. | 75 |
| 4.1.9.Con la excepción de incumplimiento contractual. | 76 |
| 4.2. Requisitos para la procedencia de la resolución. | 77 |
| 4.3. El Incumplimiento. | 78 |
| 4.3.1.total, parcial, defectuoso y tardío de la prestación. | 78 |
| 4.3.1.1.El incumplimiento total..... | 78 |
| 4.3.1.2.El incumplimiento parcial..... | 79 |
| 4.3.1.3.Cumplimiento defectuoso..... | 80 |
| 4.3.1.4.Cumplimiento tardío. | 82 |
| 4.4. Mora..... | 83 |
| 4.5. La mora del deudor. | 83 |
| 4.6. La mora en las obligaciones a plazo expreso. | 86 |
| 4.7. La mora en el Derecho Peruano..... | 87 |

| | |
|--|------------|
| 4.7.1. Es indudable que para que exista mora, debe existir demora y atraso en el cumplimiento de la prestación. | 87 |
| 4.7.2. Que el retraso sea imputable al deudor. | 88 |
| 4.7.3. Que a pesar del retraso el cumplimiento de la prestación sea posible. | 88 |
| 4.7.4. Que a pesar del retraso la prestación sea útil para el acreedor. | 88 |
| 4.7.5. El requerimiento del cumplimiento de la obligación. | 89 |
| 4.8. Excepciones al requerimiento o intimación al deudor. (Mora ex re) | 90 |
| 4.8.1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. | 90 |
| 4.8.2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. | 91 |
| 4.8.3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. .. | 91 |
| 4.8.4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor. | 92 |
| 4.9. Efectos de la constitución en mora. | 93 |
| 4.9.1. Daños y Perjuicios moratorios. | 94 |
| 4.10. Mora del acreedor. | 99 |
| 4.10.1. Daños y Perjuicios moratorios. | 101 |
| 4.10.2. La transferencia del riesgo. | 102 |
| 4.11. La culpa. | 102 |

CAPITULO V

LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS NOMINADOS Y LA RESOLUCIÓN DE OBLIGACIONES.

| | |
|---|------------|
| 5.1. Resolución en la compra venta. | 104 |
| 5.2. Resolución en la permuta. | 123 |
| 5.3. La resolución en la locación de cosas. | 124 |
| 5.3.1. La resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta. | 125 |
| 5.3.2. La resolución del contrato de arrendamiento por dar al bien un destino diferente. | 126 |
| 5.3.3. Por permitir actos contrarios al orden público y las buenas costumbres. | 128 |
| 5.3.4. Resolución del arrendamiento por sub-arrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador. | 129 |
| 5.3.5. Cuando el arrendador o arrendatario no cumplen cualquiera de sus obligaciones. | 130 |
| 5.4. La Resolución del contrato en la locación de obra. | 130 |
| 5.5. Resolución en el contrato de donación. | 132 |
| 5.6. Resolución en la renta vitalicia. | 133 |

| | |
|--|-----|
| 5.7. La resolución del contrato en el comodato | 135 |
| 5.8. Resolución de contrato de sociedad civil..... | 136 |

CAPITULO VI

PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA RESOLUCIÓN

| | |
|--|-----|
| 6.1. El requerimiento y su contenido..... | 138 |
| 6.2. El apercibimiento..... | 141 |
| 6.3. Momento en que debe hacerse el requerimiento..... | 142 |
| 6.3.1.Requerimiento anterior al vencimiento del plazo..... | 142 |
| 6.3.2.Requerimiento contemporáneo a la constitución en mora..... | 143 |
| 6.3.3.Hasta que momento puede efectuarse el requerimiento una vez ocurrida la mora..... | 143 |
| 6.4. Opciones del emplazado..... | 143 |

CAPITULO VII

EFFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.

| | |
|--|-----|
| 7.1. Resolución de las obligaciones o del contrato. | 146 |
| 7.2. La retroacción cuando no ha mediado cumplimiento..... | 147 |
| 7.3. Efectos de la resolución cuando ha mediado cumplimiento. | 148 |
| 7.4. Efecto de la resolución con relación a terceros..... | 149 |
| 7.5. La indemnización de daños y perjuicios..... | 153 |

CAPITULO VIII

| | |
|---|-----|
| CASUÍSTICA JUDICIAL EN MATERIA DE RESOLUCIÓN..... | 155 |
| CONCLUSIONES..... | 175 |
| RECOMENDACIONES | 178 |
| BIBLIOGRAFÍA | 179 |

RESUMEN

Si los contratos constituyen acuerdos de dos o más personas para crear, regular, modificar, o extinguir una relación jurídica patrimonial, entendida esta como una obligación, que comprende a su vez, los sujetos, acreedor y deudor; el objeto: La Prestación; y la relación jurídica o vínculo jurídico que deriva del contrato o la ley, es evidente que el Derecho trate los casos patológicos de incumplimiento de la obligación, dando al acreedor potestades que le permiten dirigirse al patrimonio del deudor por ser la garantía común de sus acreedores para el efecto de ejercer regularmente su interés legítimo y es así como el acreedor puede ejercer la acción pauliana, la acción de simulación, la acción subrogatoria, la intervención en la sucesión causante del acreedor para preservar su patrimonio así como otros varios supuestos.

El ordenamiento jurídico ha denominado a estas facultades del acreedor como tutelas y así tenemos: a). La tutela satisfactiva que comprende los casos del cumplimiento voluntario o espontáneo del deudor; el cumplimiento por un tercero siempre que no se trate de prestaciones personalísimas; la ejecución forzada; la reclamación del contravalor dinerario de la prestación, que no es sino un sucedáneo o sustituto de la prestación; y en ciertas obligaciones reciprocas promover la resolución contractual; b). Tutela conservatoria que persigue asegurar el crédito, como ocurre cuando el acreedor obtiene el reconocimiento de la deuda, interrumpe la prescripción o subroga al deudor en el ejercicio de los derechos y acciones patrimoniales que le corresponden; c). Tutela resolutoria que opera en los contratos con prestaciones reciprocas en que el contratante que cumple la prestación; resolverá el contrato que tiene con el que no cumple permitiéndole desligarse de esa relación contractual; d). Tutela resarcitoria que le permite al acreedor una indemnización por los daños que ha sufrido en su persona y bienes con motivo del incumplimiento de la prestación.

En el presente trabajo se desarrollan indistintamente las tutelas que asisten al acreedor, pero básicamente aquellas relacionadas a los efectos del incumplimiento de la obligación por parte del deudor, tratando sobre la resolución del contrato que aparece en normas contenidas en el Libro VII del Código Civil de 1984 denominado “Fuente de las Obligaciones”; y en el Libro VI denominado “Las Obligaciones”, en que una normativa dispersa trata sobre los casos de incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, particularmente en los casos de obligaciones de hacer en que el acreedor tiene

la obligación de que pueda procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro a costa del deudor, caso en que la ley considera que debe obtenerse la

autorización judicial respectiva, (Art. 1219 inciso 2 del Código Civil y el inciso 4 del mismo artículo) contrario sensu, pues este último dispositivo prevé que solo en este último caso, (Inciso cuarto) no necesita el acreedor recabar previamente autorización judicial, lo que implica que en los otros supuestos del artículo 1219 del citado Código si necesita autorización judicial.

Igual para el caso de un contrato en que no se haya fijado plazo para el cumplimiento de la prestación pero que se dedujere que ha sido en beneficio del deudor, el Juez debe fijar el plazo de la prestación, se dice en proceso sumarísimo o bien en las obligaciones de bien incierto y en las alternativas, en que aparecen casos en que el Juez debe efectuar la elección pero obviamente a través de un proceso.

Del desarrollo del marco teórico se advierte la necesidad de proponer procedimientos rápidos, breves, útiles para que el Juez con la sola presentación de prueba idónea o suficiente, disponga la ejecución de la obligación de hacer, por un tercero, o bien para que fije el plazo para la ejecución de la obligación de hacer, sin necesidad de acudir a un proceso que comprenda demanda, contestación, fase de pruebas, decisión, impugnación, etc, todo ello sin perjuicio de que el deudor pueda oponerse y que el Juez determine si hay fundamentos suficientes para que se ventile la oposición en un procedimiento igualmente débil. .

ABSTRACT

If the contracts constitute agreements of two or more persons to create, regulate, modify, or extinguish a patrimonial legal relationship, understood as an obligation, which includes, in turn, the subjects, creditor and debtor; the object: The Provision; and the legal relationship or legal link that derives from the contract or the law, it is evident that the Law deals with the pathological cases of breach of the obligation, giving the creditor powers that allow it to address the debtor's assets as it is the common guarantee of its creditors. For the effect of regularly exercising their legitimate interest and is how the creditor can exercise the Pauline action, the action of simulation, the action surrogate, the intervention in the succession causing the creditor to preserve their assets as well as several other cases.

The legal system has called these powers of the creditor as guardianships and we have: a). Satisfactory guardianship that includes the cases of voluntary or spontaneous compliance of the debtor; compliance by a third party provided it is not very personal benefits; forced execution; the claim for the cash equivalent of the benefit, which is nothing more than a substitute or substitute for the benefit; and in certain reciprocal obligations to promote the contractual resolution; b) Conservatory guardianship that seeks to ensure credit, as occurs when the creditor obtains the recognition of the debt, interrupts the prescription or subrogates the debtor in the exercise of the rights and patrimonial actions that correspond to him; c) Resolute guardianship that operates in contracts with reciprocal benefits in which the contracting party fulfills the benefit; it will resolve the contract that it has with the one that does not comply allowing it to be separated from that contractual relationship; d). Remedial guardianship that allows the creditor compensation for the damages suffered in his person and property due to breach of the benefit.

In the present work, the guardianships that assist the creditor are developed indistinctly, but basically those related to the effects of the debtor's breach of the obligation, dealing with the resolution of the contract that appears in the regulations contained in Book VII of the Civil Code of 1984 called "Source of Obligations"; and in Book VI called "The Obligations", in which a scattered law deals with cases of non-compliance with the obligations to give, do and not do, particularly in cases of obligations to do in which the creditor has an obligation to the benefit may be procured or made available by another at the expense of the debtor, in which case the law considers that the

judicial authorization, (Art. 1219 paragraph 2 of the Civil Code and paragraph 4 of the same article) *contrary sensu*, because this last provision provides that only in this last case, (paragraph four) does not need the creditor to obtain prior judicial authorization, which implies that in the other cases of Article 1219 of the aforementioned Code if you need judicial authorization.

Same in the case of a contract in which there is no fixed period for the fulfillment of the benefit but it is deduced that it has been for the benefit of the debtor, the Judge must fix the term of the benefit, it is said in summary process or in the obligations of uncertain good and in the alternatives, in which cases appear in which the Judge must make the choice but obviously through a process.

The development of the theoretical framework warns of the need to propose quick, brief, useful procedures so that the Judge, with the only presentation of suitable or sufficient evidence, arranges the execution of the obligation to do, by a third party, or to fix the term for the execution of the obligation to do, without having to resort to a process that includes demand, answer, phase of tests, decision, challenge, etc, all this without prejudice of which the debtor can object and that the Judge determines if there is sufficient grounds for the opposition to be aired in an equally weak procedure.

INTRODUCCIÓN

Como se expuso en el proyecto de tesis en los rubros justificación de la investigación y objetivos, no existía una regulación legal precisa sobre la ineficacia funcional del contrato por incumplimiento, en vista que los dos casos de aquel tipo de ineficacia: La resolución de los contratos y rescisión de los contratos, están contenidas en el Libro Fuente de las Obligaciones (Libro VII del Código Civil de 1984), pero también, de modo muy disperso, en las propias normas sobre obligaciones de otro libro del mismo Código (Libro VI), en que el incumplimiento de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer nos lleva a casos de ineficacia por resolución, incluso en otra sección de este último libro, se trata sobre la inejecución de las obligaciones dándole al acreedor, entre otras facultades, no la de dejar sin efecto la obligación, sino usar los medios legales para obtener su cumplimiento, o procurar que la cumpla un tercero por cuenta del deudor originario.

A mi modo de ver existe una normatividad dispersa que debiera concentrarse sistemáticamente y regular con mayor precisión los casos de resolución de los contratos para facilitar su mejor interpretación y aplicación, pues los operadores jurídicos toman conocimiento de las normas de la resolución a partir del año 1984 en que entra en vigencia el Código Civil de ese año, que derogó al Código Civil de 1936 en que se confundía la resolución con la rescisión de los contratos, como lo señala Aníbal Torres Vásquez.¹

Por otro lado, la regulación del Código Civil es imprecisa porque cuando se trata de resolución de los contratos, tiene efectos *ex nunc*; es decir, desde ahora, desde el momento que se produce la causal de resolución, y las prestaciones anteriores a la causal quedan totalmente saneadas. Empero cuando se produce la causal de resolución el contrato ya no tiene eficacia, ya que es un efecto de la sentencia que lo declara en los casos de resolución judicial; sin embargo, se advierte ***mutatis mutandis*** que el contrato si tiene efectos con posterioridad a su resolución.

Por ejemplo, un contrato de arrendamiento pactado por el plazo de dos años, en que se produce la falta de pago al año, priva al contrato de sus efectos jurídicos por resolución, sin embargo, el arrendatario continua ocupando el inmueble hasta que se dicte la sentencia de resolución, incluso con anterioridad a su desalojo y se le obliga a pagar por este periodo adicional una compensación que en rigor equivale a la renta del inmueble, de forma que el contrato que no debía producir efecto alguno sigue produciendo ventajas para ambas partes, al

¹ www.ettorresvasquez.com.pe.

arrendatario porque continua en el uso del inmueble y al arrendador porque obtiene una utilidad semejante a la renta.

También se regula casos de ineficacia en los contratos que contienen obligaciones de dar, de hacer y no hacer, pues una de las opciones del acreedor frente al incumplimiento culpable del deudor, es dejar sin efecto la obligación, lo cual implica resolver el contrato, como lo estipulan los artículos 1138 inciso dos, 1148 inciso tres y 1158 inciso tres del Código Civil, pero no precisan estas normas, si puede hacerse esta resolución en forma unilateral o debe acudir a la vía judicial, opinando los autores que la vía judicial es la procedente. Empero, en muchos casos de obligaciones de hacer, resultaría ineficaz acudir a la vía judicial como en los casos de las emergencias médicas en que está en juego la vida de una persona, y frente al incumplimiento del contrato de atención médica inmediata, el interesado no puede emprender una engorrosa vía judicial sino que debe estar facultado para obtener la prestación requerida con la intervención de otro profesional, dejando sin efecto unilateralmente el contrato que lo vinculaba anteriormente. Esta situación ha sido considerada en una ejecutoria de la Corte Suprema. Sin embargo podría optarse también en otros casos de emergencia, en los que no están en juego valores fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad física o similares, pero si otros intereses importantes del acreedor, casos en que podrá solicitar la autorización judicial, la que deberá ser expedida luego de un proceso eficaz en que presentada la solicitud de autorización con la prueba idónea respectiva, el juez ordene que se practique la obligación de hacer por parte de un tercero, por el solo mérito de la prueba que se le presenta. Por ejemplo cuando se trata de la obligación de hacer una represa para evitar una inundación, si el obligado por el contrato no la ejecuta, cabe obtener una autorización judicial inmediata, a través de un procedimiento expeditivo idóneo y no de un proceso en que se supone deben agotarse los estadios de postulación, prueba, decisión, impugnación, etc.

Cabe advertir que en caso de las obligaciones de hacer cuando el acreedor opta porque la obligación la cumpla un tercero sólo existe en el Código Procesal Civil vigente un procedimiento y es sólo para los casos de obligaciones de hacer contenida en título ejecutivo, en los que el acreedor debe presentar un presupuesto de la obra y proponer al tercero, pero sólo intervendrá este último cuando el propio deudor no cumpla con ejecutar la prestación, en el plazo que le ha fijado el Juez en el proceso ejecutivo de donde resulta que es una opción que no está debidamente complementada en el Código Civil porque no todas las obligaciones de hacer constan en título ejecutivo; y aún en este último caso el procedimiento ejecutivo no es un medio eficaz; por ejemplo si se contrata la construcción de un inmueble (obligación de hacer) por escritura pública (título ejecutivo) para que se ejecute en un plazo de seis meses y el deudor (el

constructor) no cumple la prestación, el acreedor tiene la facultad de que cumpla la prestación un tercero (Artículo 1219 inciso 2 del C.C) por cuenta y costo del constructor originario, estando expedita la vía del proceso ejecutivo, empero admitida la demanda el Juez le va a fijar un plazo al constructor original para que cumpla la prestación y si no lo hace después del vencimiento de este plazo recién podrá intervenir el tercero; procedimiento que dado lo recargado del despacho judicial terminará seguramente después de un año y por consiguiente no resulta una vía eficaz no obstante existir una prueba más que suficiente como es la escritura pública.

Parece pues, necesario, encontrar vías más expeditas para que el acreedor haga valer esta opción de que un tercero ejecute la obligación de hacer por cuenta y costo del deudor; igualmente es necesario encontrar vías más expeditas en otros casos en que la normatividad hace intervenir al Juez, como ocurre en las obligaciones de dar bienes inciertos cuando no se ha fijado plazo elección y el Juez debe fijar dicho plazo, pero no se indica mediante que procedimiento; también cuanto la elección en el mismo tipo de obligaciones se confía a un tercero y éste no la efectúa, caso en que el Juez hará la elección en proceso no contencioso según la 6ta disposición final del TUO del Código Procesal Civil. Decreto Legislativo N° 768 aprobado por la Resolución Ministerial N° 93-JUS del 23.04.1993; regla que también rige para el caso de las obligaciones alternativas según lo dispuesto en el artículo 1162 tercer párrafo del Código Civil.

Otro caso en que la normatividad hace intervenir al Juez es el previsto en el artículo 182 del Código Civil, en que el Juez debe fijar la duración del plazo cuando en el acto jurídico no se ha señalado pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor o cuando la duración del plazo haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y estos no lo señalaren, casos en que la demanda se tramita en proceso sumarísimo; que, sin embargo no resulta un proceso idóneo porque agotadas las etapas de postulación, prueba, decisión, impugnación dicho proceso en la práctica dura más de un año. Pongamos el caso del contrato celebrado con un carpintero para hacer un escritorio en que resulta evidente que ha querido concederse un plazo al carpintero, correspondería según el artículo 182 de Código Civil comentado, acudir al Juez, para que señale el plazo en proceso sumarísimo lo que implica una demanda, su contestación expresa o en rebeldía, el agotamiento de las fases postulatoria, probatoria, e impugnatoria y todo ello para que el Juez señale un plazo al carpintero y cumpla con la fabricación de un simple escritorio.

Aun cuando el tema central de la investigación es la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones de dar, de hacer, y no hacer ello compromete un estudio integral de temas conexos en el Código Civil, así respecto al acto jurídico, sus requisitos de validez y eficacia, sus modalidades,

las causas de nulidad y anulabilidad, pues solo podrá hacerse valer la ineficacia funcional por incumplimiento respecto de un contrato válido; igualmente corresponde tratar sobre la simulación o fraude, que en el fondo persiguen también el incumplimiento del contrato, materias que se regulan en el Libro II del Código Civil de 1984, a diferencia del Código Civil de 1936 en que las normas sobre acto jurídico estaban incorporadas en el Libro de las Obligaciones.

De igual modo el análisis del régimen de los contratos con prestaciones reciprocas, previsto en el título VI de la Sección Primera del Libro VII, Fuente de las Obligaciones, porque esta especie de contratos pueden ser resuelto por incumplimiento incluso sin necesidad de intervención judicial según lo establecido en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil.

También comprende identificar debidamente la resolución por incumplimiento para no confundirlos con otras figuras jurídicas como la resolución redhibitoria; la condición resolutoria; la revocación; el desistimiento o rescisión unilateral; la nulidad, entre otros.

Cabe igualmente tratar la resolución por incumplimiento en contratos nominados como la compra venta, la permuta, la locación de cosas, el contrato de donación, la renta vitalicia, etc.

Luego del estudio de las instituciones mencionadas y que tienen relación directa e inequívoca con la ineficacia funcional del contrato por incumplimiento, he creído conveniente recomendar por lo menos la modificación de los artículos 1219 inciso 2, y 182 del Código Civil, pretendiendo de ***jure ferenda*** complementarlos con un procedimiento eficaz que sustituya el proceso sumarísimo o no contencioso; incluso proponiendo sendos proyectos de ley al respecto.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

1.1. El Negocio Jurídico. Concepto y fines.

El negocio jurídico denominado en el Código Civil Peruano “Acto jurídico”, es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. (Art.140 Código Civil) de donde se infiere que es una declaración de voluntad destinada a la consecución de fines prácticos, lícitos y admitidos por el ordenamiento jurídico, tanto relacionados con necesidades e intereses de orden económico o social.

Este concepto parte de una llamada declaración de voluntad, que es un elemento constituyente del negocio jurídico, que puede consistir en una sola declaración de voluntad o un conjunto de declaraciones según se trata de un negocio unilateral o plurilateral, respectivamente; pero siempre con la finalidad de producir efectos jurídicos.

Esta manifestación de voluntad, según Guillermo Lohmann Luca de Tena² comprende tres intenciones que pueden presentarse conjuntamente: La primera de ellas, una intención empírica o práctica, que suele ser económica; luego una

² Lohmann Luca de Tena, Guillermo. El Negocio Jurídico. Editorial Jurídica Gryjley. Pág. 49.

intención jurídica, vinculada a la anterior y en tercer lugar la intención de obtener el resultado hasta las últimas consecuencias, aunque pareciera, según nuestra opinión, que cuando una persona celebra un acto jurídico la intención es una sola: perseguir un fin práctico que ampara el derecho, pues frecuentemente el agente no tiene un conocimiento cabal de la norma jurídica sino que en la mayoría de los casos presume que el acto que ejecuta es social y jurídicamente aceptado.

El acto de voluntad resulta de un proceso psicológico que según la teoría de Duguit³, no es divisible, pues se distinguen cuatro momentos según el tratadista, que son: La concepción, la deliberación, la decisión y la ejecución. En cuanto a los dos primeros se producen en el fuero interno pero no hay trascendencia jurídica; en cambio la decisión cuando ya es exteriorizada y mejor aún la ejecución, que siempre es externa, sí producen consecuencias de derecho. Cabe advertir sin embargo que la sola voluntad no basta para producir los efectos jurídicos correspondientes, aunque ella sea predominante, sino que deben concurrir otros elementos sin los cuales la voluntad carece de sentido, como son la causa, el objeto y en menor grado la capacidad y la formalidad que debe revestir el negocio.⁴

José Luis León Barandiarán.⁵ dice *“El acto jurídico, es, pues, el hecho jurídico de carácter voluntario y lícito, cuyo efecto es querido directamente, por el agente, y en el cual existe una declaración de voluntad”* y aun cuando manifiesta que respeta la terminología del Código nacional respecto al acto jurídico como hecho voluntario y lícito, precisa que para el derecho alemán no es igual el negocio jurídico que el acto jurídico pues este último es toda decisión de voluntad idónea para crear efectos jurídicos lícito o no; en cambio el negocio jurídico sólo opera para negocios lícitos de donde concluimos que el acto jurídico sería el género y el negocio jurídico la especie.

La declaración de voluntad debe darse partiendo del presupuesto de la capacidad, pues únicamente un agente capaz puede producir un acto jurídico, habida cuenta que el agente absolutamente incapaz sólo genera un acto jurídico

³ Citado por Lohmann. Ob cit. Pág. 50.

⁴ Lohmann. Ob. Cit. Pág. 51.

⁵ “León Barandiarán, José Luis *“Acto Jurídico”*. Gaceta Jurídica Editores. 3° Edición. Lima. 1999, pág. 36

nulo (Art. 219 inciso 2 Código Civil), a no ser que el agente incapaz absoluto no privado de discernimiento haya generado el acto jurídico para satisfacer necesidades ordinarias de su vida diaria (Art. 1358 Código Civil); y si el acto es practicado por un sujeto relativamente incapaz, ese acto será anulable según lo determinado por el artículo 1221 del Código Civil; empero si se trata de un agente capaz se habrá generado un acto jurídico idóneo.

Otro componente del acto jurídico, es el objeto, que está referido a la materia sobre la que debe versar la manifestación de voluntad con consecuencias jurídicas, dejando de lado la concepción lógica del objeto entendido como finalidad, que es cosa distinta, y que está comprendida más bien dentro de la causa. Dicho objeto según Viforeanu⁶ deben contener los siguientes caracteres:

1. Existir, o tener la posibilidad de existir, porque las cosas futuras pueden formar el objeto de una obligación.
2. Ser determinado o determinable.
3. Ser posible (se refiere a la imposibilidad absoluta, pues la imposibilidad relativa se resuelve en daños y perjuicios);
4. Ser lícito (esto quiere decir que no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres). Si los tres primeros elementos son de verdadera evidencia, no se puede decir lo mismo del cuarto, cuyo contenido tiene necesidad de ser precisado, porque es en atención al carácter lícito, necesario al objeto, que la ley limita la libertad contractual.

El objeto con estas características indudablemente constituye un presupuesto del acto jurídico, a tal extremo que si ese objeto es física o jurídicamente imposible o indeterminable producirá la nulidad absoluta del acto jurídico. (Art. 219 inciso 3 Código Civil).

Como lo afirma Pietro Rescigno,⁷ profesor emérito de la Universidad de Roma La Zapiensa, los requisitos del objeto son: La posibilidad, la licitud y la

⁶ Citado por León Barandiaran. Ob. Cit. Pág. 51.

⁷ Rescigno, Pietro. En Observatorio de Derecho Civil. Acto jurídico. Volumen X. Motivensa Editora Jurídica. Lima 2011. Pág. 103

determinación o determinabilidad del objeto, señalando que deben presentarse estos caracteres no necesariamente al momento de la celebración del negocio, como ocurre con la capacidad jurídica, capacidad de actuar, poder de actuar, sino con posterioridad como en el caso de los contratos sobre bienes futuros y también en los contratos sujetos a condición o plazos suspensivos, en que la posibilidad se apreciará al cumplimiento de la condición o al vencimiento del plazo como lo dispone el artículo 1404 del Código Civil Peruano.

En cuanto a la causa del negocio jurídico existen posiciones encontradas pues apunta León Barandiarán que sobre ello “Se ha debatido fragorosamente”. Y por su parte el jurista peruano Lhomman sostiene que la causa, “*No habiendo sido recibida por la puerta se ha permitido su ingreso por la ventana*” pero que según su parecer la legislación peruana aunque con bastantes reticencias se adhiere a la moderna doctrina de la causa.

Partiendo de la idea que todo acto tiene una causa, una razón suficiente, el acto jurídico por igual tiene una razón de ser. Lhomman Luca de Tena⁸ afirma que en el Derecho Romano no aparecía una formulación orgánica de la causa, al parecer por su primitivo carácter formalista, pues la transferencia de la propiedad, por ejemplo se hacía mediante las solemnidades de la *mancipatio*, la *jure in cessio* o se perfeccionaba con la *traditio* y en cuanto a las relaciones obligacionales se utilizaba la formalidad de la *estipulatio*, y por estas a estas solemnidades se prescindía de establecer la causa como razón suficiente para la verificación de estos negocios; en otros términos, no era necesario averiguar la razón o causa que llevaba a las partes a celebrar un contrato pues era suficiente que cumplieran con el rigor de la formalidad establecida para cada caso. Sin embargo, con posterioridad se fue admitiendo la categoría institucional de la causa, como elemento determinante y explicativo de la transferencia patrimonial, pudiéndose hablar de la causa final como el fin de la voluntad convencional; de la causa eficiente como generadora de obligaciones y de la causa impulsiva como simple motivo psicológico.

⁸ Lhomman Luca de Tena. Ob. Cit. Pág. 85.

Los canonistas posteriormente le dieron valor a la palabra empeñada por encima de toda consideración formalista hasta que el jurista francés Domat destaca la justificación o razón de la transmisión patrimonial, coincidiendo posteriormente con esta teoría los pandectistas alemanes que formulan una “Sistemática filosófica sobre la causa”, siendo el Código Alemán de 1900 (B.G.B.) un Código causalista a diferencia del Código de Napoleón que no la menciona como un elemento esencial del acto jurídico.

En síntesis, cuando se analiza la causa no basta con determinar el porqué de la obligación o sea si hay una razón fundada y cierta para ella, sino también el para qué de la obligación o propósito o finalidad que se persigue, lo que determina su licitud o ilicitud.

En cuanto a la causa, el artículo 140 del Código Civil, segundo párrafo, establece como requisito del acto jurídico que su finalidad sea lícita; y, por otro lado, el artículo 219 inciso cuarto del mismo código, sanciona con nulidad absoluta el acto jurídico cuyo fin sea ilícito de donde resulta que la finalidad (Causa o razón) es un elemento fundamental del acto jurídico y éste no debe contravenir normas relacionadas al orden público o buenas costumbres.

También debemos considerar a la forma, que constituye un componente del acto jurídico en razón de que éste requiere necesariamente una forma para exteriorizarse pues todo aquello que ocurre *in mente* no tiene trascendencia jurídica. La generalidad de los actos jurídicos, sin embargo, se producen mediante una forma libre, pero hay otros actos jurídicos que por su importancia les asigna la ley una forma imprescindible, bajo sanción de nulidad, de suerte que si el acto jurídico no observa la forma impuesta por la ley bajo sanción de nulidad, resulta un acto nulo (Artículo 219 inciso sexto Código Civil). En otros casos no será nulo el acto jurídico sino que la forma impuesta por la ley solo persigue un fin probatorio, son las formas *ad probatione*, o sea que las impone la ley pero no sanciona con nulidad su inobservancia y el acto jurídico puede probarse con otros medios probatorios.

La regla es que existe libertad de forma y, excepcionalmente, formas impuestas por la ley, cuya inobservancia se sanciona en algunos casos con nulidad absoluta del acto jurídico (forma *ad solemnitaten*); y en otros, no hay sanción de

nulidad, pues la forma requerida es solo un medio de prueba de la existencia del acto. (Forma ad probatione)

1.2. Estructura del Negocio Jurídico.

La teoría del negocio jurídico constituye una teoría en abstracto, una categoría que se debe a importantes exponentes de la escuela histórica alemana del siglo XIX, como Friedrich Carl Von Savigny (1779 – 1861) y Bernhard Windscheid. (1817 – 1892)

En el Código Civil Francés de 1804 y en el Italiano de 1865 se regulaban por separado los contratos, los testamentos, las donaciones, y otros negocios jurídicos y así ocurrió también en el Código Civil Peruano de 1852; empero en el Código Civil de 1936 aparece ya regulado el acto jurídico, por haberse inspirado este código en el Código Civil Alemán de 1900; sin embargo las normas respectivas se ubicaron dentro del Libro Quinto del Derecho de Obligaciones incorporando normas generales y otras sobre vicios de la voluntad, la simulación, el fraude, sobre las modalidades del acto jurídico, la forma, la nulidad del acto jurídico, la confirmación, incluyendo un título sobre los actos ilícitos.

El Código Civil vigente de 1984 con mayor propiedad ubicó estas regulaciones en el Libro Segundo, porque en efecto el acto jurídico se produce no sólo en el campo de las obligaciones sino en el derecho de familia, de sucesiones etc; sin embargo, existe la tendencia actual de restituir la autonomía conceptual del testamento, la donación, los actos jurídicos gratuitos, las promesas unilaterales, abandonando el carácter fundamental o la unicidad de la figura del acto jurídico, incluso sostienen juristas alemanes que el negocio jurídico es un **Kunstfigur** (Una imagen artificiosa).⁹

⁹ Alpa Guido (Italia) La autonomía Negocial. En Observatorio de Derecho.Civil. Vol. X. Motivensa Editora Juridica. 2011. pág.

La estructura del negocio jurídico es también una construcción teórica (Una especie de entelequia) en que pueden advertirse, sin embargo, los siguientes componentes:

a). Los presupuestos, b). Los elementos y c). Los requisitos.

a). **Los presupuestos** deben preexistir al acto jurídico y son el **sujeto** y el **objeto**, pues no puede darse un acto jurídico sin que previamente exista un sujeto que lo va a producir y un objeto o materia sobre los que debe recaer el negocio jurídico. Por ejemplo, el acto jurídico denominado testamento requiere previamente la existencia del testador (del sujeto) y de aquello sobre lo cual va a expresar su llamada última voluntad (Materia u objeto).

b). **Los Elementos** están constituidos por aquellos componentes de carácter esencial que deben darse conjuntamente para que exista un negocio jurídico. Así como los elementos del agua son el hidrogeno y el oxígeno y los elementos de una silla son el banco y el espaldar, así también los elementos del acto Jurídico son la manifestación de la voluntad y la finalidad; ello quiere decir que los elementos no pueden separarse porque producen la inexistencia del ser, que ocurre si se separa en el caso del agua el oxígeno o el hidrógeno, y en el caso de la silla si se separa el banco o el espaldar, ya no serán ni agua ni silla.

En efecto, si a la silla se le quita el espaldar, ya no es silla es solamente banco; igualmente si al acto jurídico se le quita la manifestación de voluntad ya no es acto jurídico, los elementos son pues todas aquellas partes que finalmente quedan al practicar la última subdivisión de un objeto. La Real Academia de la Lengua precisamente define el elemento, como la parte integrante de algo y lo elemental como lo fundamental o primordial. De ahí que sea una **contradictio in terminis** hablar de elementos accidentales cuando todo elemento es esencial y no accidental.

Tradicionalmente se ha considerado, por ejemplo, que los contratos tenía elementos esenciales, naturales y accidentales, y se consideraban dentro de los elementos naturales las obligaciones de saneamiento que existen por ministerio de la ley en todos los casos de sesión de la propiedad el uso o posesión de un

bien; sin embargo, en un análisis más riguroso no son elementos del contrato, sino efectos o consecuencias de esos contrato que, incluso, por acuerdo de partes pueden derogarse en un contrato en particular; y, entonces no son elementos porque los elementos, como se ha visto, son imprescindibles. Y más propiamente efectos o consecuencias de un contrato en particular.

c). Finalmente, en la estructura del acto jurídico encontramos los **requisitos** que son aquellas exigencias impuestas por la ley a los presupuestos y a los elementos de un negocio jurídico, así todo sujeto no es un presupuesto idóneo para a celebración de un acto jurídico sino que tiene que ser un sujeto capaz y no todo objeto puede ser materia de un acto jurídico sino que tiene que ser un objeto física o jurídicamente posible y determinado o determinable; y en cuanto a los elementos que son la manifestación de la voluntad y la finalidad deben cumplir también con requisitos; la primera tiene que ser una declaración no viciada de error, dolo, violencia o intimidación o que observe la forma prevista por la ley bajo sanción de nulidad; porque solo en estos casos habrá una manifestación de voluntad que partiendo de un proceso psicológico bajo los parámetros de libertad, discernimiento e intención se forma y se manifiesta espontáneamente en una declaración idónea.

Y en lo que respecta a la finalidad (o causa) no toda finalidad está amparada por el derecho. Un contrato **per se** es lícito en sí mismo y está destinado a cumplir una función económico social, como por ejemplo un contrato de alquiler, empero puede ser utilizado como un instrumento contrario al orden público y las buenas costumbres, es decir tener una finalidad distinta a su finalidad legal; por ejemplo el alquiler de un inmueble para que sirva de depósito de estupefacientes siendo que es una actividad ilícita. Por consiguiente la finalidad que es elemento del acto jurídico debe ser una finalidad lícita y si no fuera así causará la nulidad absoluta del acto (Artículo 219 inciso cuarto del Código Civil).

Cuando se dan en forma idónea los presupuestos, los elementos y los requisitos, del acto jurídico, se convierte en una manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos; es decir en una manifestación que ampara el derecho.

Caso contrario, las falencias que se adviertan en la estructura de un acto jurídico producirán su nulidad absoluta o relativa, como casos de ineficacia estructural

1.3. Ineficacia estructural.

Cuando el acto jurídico carece de los presupuestos o elementos, o éstos no reúnen los requisitos que le impone el ordenamiento jurídico, se va a producir una falencia o un defecto en su estructura, o sea una causa intrínseca de su invalidez, llamada por ello ineficacia estructural, invalidez que asume las variables de nulidad y de anulabilidad. En el primer caso, dichas causas son de trascendencia social, afectan a valores trascendentes para la vida en comunidad y por ello el ordenamiento jurídico no las tolera, de forma tal que dicho acto jurídico nace nulo, con una invalidez absoluta; mientras que en el segundo caso (anulabilidad) afecta intereses particulares y el acto jurídico no nace nulo, pero puede producirse su invalidez a través de una sentencia judicial.

La ineficacia estructural se presenta al momento de la formación del acto jurídico; es decir, cuando se otorga o celebra el acto jurídico. Dice Lizardo Taboada Córdova¹⁰ que *“La doctrina usa indistintamente los términos de celebración, formación, nacimiento, conclusión o perfección para hacer referencia a este momento”*.

La ineficacia estructural es coetánea al momento de la formación del acto jurídico, lo que el mismo autor llama *“Un defecto congénito”*¹¹. El acto jurídico se presenta mal conformado o mal estructurado, lo que acarrea su invalidez, absoluta o relativa.

Como todas las causales tienen que estar previstas en la ley para producir la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, se fundamentan en el principio de legalidad, lo que equivale a decir que *“(...) La invalidez no puede ser pactada, no puede ser acordada por las partes que han celebrado un acto jurídico”*.¹²

¹⁰ Taboada Córdova, Lizardo. Nulidad del Acto jurídico “ Grijley. 2da. Edición 2002. pág. 30.

¹¹ Idem. pág. 31.

¹² Ibidem.

1.4. Ineficacia funcional.

Cuando no se presentan ninguno de los defectos o anomalías en la estructura del acto jurídico, éste resulta idóneo y va a producir las consecuencias establecidas por el ordenamiento; sin embargo puede sobrevenir un evento posterior ajeno a su estructura, que produzca su ineficacia, que se denomina por ello ineficacia funcional.

A diferencia de la ineficacia estructural cuyas causas sólo pueden estar determinadas por la ley, como se ha visto, la ineficacia funcional en algunos supuestos puede producirse por acuerdo de las partes; así, la resolución de un contrato cuando se pacta una cláusula expresa e inequívoca en que las partes convienen una causa de resolución, que va a operar precisamente cuando se produzca esta circunstancia, con efectos *ex nunc*; es decir, desde el momento que se produce la causa de resolución.

Por consiguiente, la ineficacia funcional tiene lugar no en el momento de la celebración del acto jurídico perfectamente estructurado, sino con posterioridad, cuando ocurre el evento previsto en la ley o pactado como causal de resolución por las partes.

1.5. La Nulidad y la anulabilidad como caso de ineficacia estructural.

Como se ha referido anteriormente la ineficacia estructural se produce de modo originario por una causa intrínseca a diferencia de la ineficacia funcional que va a producirse por causa extrínseca; en la primera, surgen dos categorías: La nulidad y la anulabilidad referidas ambas a un defecto de estructura, o sea que no se dan los presupuestos, los elementos y los requisitos que impone el ordenamiento para producir un acto jurídico válido.

Si el vicio implica la ausencia de los presupuestos, elementos o requisitos o el contenido es ilícito atentando contra principios de orden público, buenas costumbres o normas imperativas, entonces se afecta intereses de la comunidad en general razón por la que el ordenamiento jurídico procede de

modo severo declara que ese acto es nulo, viciado de nulidad absoluta, en tanto que cuando el vicio es de otra índole que solo afecta intereses particulares, el acto es anulable.

Dichas causas de nulidad o anulabilidad puede ser genéricas o específicas, siendo que las primeras se aplican a todos los actos jurídicos mientras que las causales específicas se contraen a determinados tipos de actos jurídicos; así tenemos que las causales genéricas de nulidad están referidas *numero clausus* en el artículo 219 del Código Civil y las causales genéricas de anulabilidad lo están en el artículo 221 de mismo Código; en tanto que las causales específicas están dispersas en todo el ordenamiento; podríamos señalar, por ejemplo, las causales específicas de la nulidad del matrimonio o las que declaran nula la renuncia anticipada a las acciones por error, dolo violencia o intimidación.

El artículo 219 del Código Civil comprende las siguientes causas de nulidad absoluta:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente,
2. Cuando se haya practicado por personas absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

El artículo 221 del Código Civil, comprende las siguientes causas de anulabilidad del acto jurídico:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

Conviene precisar que las nulidades específicas (Que no aparecen en el artículo 219 del Código Civil) son de dos clases, las nulidades virtuales o tácitas y las nulidades expresas o textuales, y el ejemplo que hemos dado de la nulidad de la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación es precisamente un caso de nulidad específica, expresa o textual porque está prevista en el artículo 218 del Código Civil. Los casos de nulidad virtual o tácita se desarrollarán en el siguiente capítulo, pero conviene aclarar que las causas de anulabilidad no son virtuales o tácitas sino son siempre expresas o textuales, por ejemplo, la anulabilidad de los actos anteriores a la interdicción de un incapaz, está determinada expresamente en el artículo 582 del Código Civil.

Es conveniente por otro lado, tratar sobre las diferencias sobre la nulidad y la anulabilidad; así la nulidad del acto jurídico es por defectos insubsanables que afectan el interés público; la anulabilidad, en cambio, es por vicios en su estructura que afectan el interés privado de las partes que han celebrado el acto jurídico. La nulidad puede ser alegada por quienes tienen interés o por el Ministerio Público; puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta y no puede subsanarse por confirmación (Artículo 220 del Código Civil); la anulabilidad dará lugar a la nulidad del acto jurídico a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas de aquellas en cuyo beneficio la establece la ley. La nulidad produce actos que no tienen ningún efecto jurídico: la anulabilidad produce actos que tienen efecto jurídico hasta que no sean declarados nulos, incluso pueden ser subsanados o confirmados. La nulidad opera de pleno derecho no requiere sentencia judicial; la anulabilidad requiere sentencia que la declare. La nulidad para hacerla valer, está premunida de una acción que prescribe a los diez años. La anulabilidad esta premunida de una acción que prescribe a los dos años.

La nulidad puede ser expresa o textual o tácita o virtual; la anulabilidad siempre es expresa o textual.

Si la nulidad opera de pleno derecho, cómo se explica que exista una acción para declarar judicialmente la nulidad y la razón estriba en que un acto fulminado de nulidad absoluta no produce ningún efecto jurídico, como indican Luis Diez Picazo y Antonio Bullón:¹³ *“La nulidad del negocio es susceptible también de ser alegada por vía de excepción frente a la parte que reclama el cumplimiento del negocio nulo.*

La acción de nulidad sin embargo no es imprescindible ejercitarla. Tal nulidad opera ipso iure, porque el negocio lleva en sí mismo, en su estructura, la ineficacia. Por tanto, las partes que lo han concluido pueden actuar como si este no hubiera acontecido, como si se diera la misma situación preexistente a su celebración. Pero el recurso a la acción es necesario cuando una de ellas sus sucesores o causahabientes pretendan ejercitar un derecho sobre la base de un negocio nulo (estimándolo como válido) o porque interesa obtener una declaración judicial de su ineficacia total al impedir su existencia en ejercicio de un derecho”.

No siendo necesario que judicialmente se declare nulo el acto jurídico porque estructuralmente ya lo es, puede ocurrir que una persona, sus sucesores o causa habientes pretendan hacer valer dicho acto como si fuera válido, y en tal situación corresponde hacer valer la acción de nulidad, porque el acto jurídico viciado de nulidad absoluta no produce ni va a producir efectos jurídicos, pero si efectos prácticos que pueden perjudicar el derecho de terceros, siendo necesario que judicialmente se declare la invalidez de dicho acto jurídico, no porque sea necesario en razón a que es nulo ipso jure, sino porque es útil la acción de nulidad para que cesen todos los efectos prácticos que está generando dicho acto.

Señalan Diez Picazo y Bullón¹⁴ que en Derecho español *“La acción tiene carácter imprescriptible, reconocido por la jurisprudencia, como derivado de la regla quod ab initium vitiosum est, non potes tractu tempore convallescere”.* (Ss. de 20 de octubre de 1954 y 21 de octubre de 1958, entre otras)”

¹³ Diez Picazo, Luis. Bullón Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Vol. I. Undécima Edición. Ed. Tecnos 2003. pág. 546.

¹⁴ Diez Picazo y Bullón. Ibidem

De modo que mientras en el derecho español judicialmente se ha establecido que no prescribe la acción de nulidad, empero no por norma expresa, sino por la jurisprudencia en razón a que el acto jurídico nulo lo es siempre a pesar del transcurso del tiempo, entre nosotros el Código Civil establece que dicha acción prescribe a los diez años; por consiguiente, se atacará el acto nulo no mediante acción sino mediante excepción. Lizardo Taboada Córdova¹⁵ manifiesta *“Debemos ser bastante claros sobre este aspecto. Aun cuando el Código Civil peruano no ha optado por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, posición que desde nuestro punto de vista hubiera sido preferible, debemos insistir en lo que señalamos interiormente; el transcurso del tiempo no puede convalidar en ningún momento un acto jurídico nulo y por ello la solución a este problema sería la de considerar que si bien la acción de nulidad ya no puede ser interpuesta al prescribir la misma por el vencimiento del plazo de ley, la parte contra la que se pretenda hacer valer el acto nulo, exigiéndosele su cumplimiento, tendrá la posibilidad de defenderse, deduciendo la prescripción ya no como acción, sino como excepción”*.

1.6. La Nulidad Virtual.

Con expresiones “Es nulo”, “Bajo sanción de nulidad” u otras similares, se identifican los casos de nulidad expresa; empero existen casos en que el acto jurídico contraviene el orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas, pero que la ley no los declara nulo expresamente, sino que partiendo de otras normas, se puede advertir su nulidad.

Así es un ejemplo recurrente en la doctrina el caso del matrimonio de personas del mismo sexo que la ley no lo declara nulo, pero que viene a deducirse dicha nulidad del artículo 234 del Código Civil que define el matrimonio básicamente como la unión válidamente concertada entre un varón y una mujer. Otro ejemplo, dice Taboada Córdova¹⁶ sería el de una persona que designa a su gato como su heredero conjuntamente con sus hijos.

¹⁵ Taboada Córdova, Lizardo. Ob. cit. pág. 94.

¹⁶ Taboada. Ob. cit. pág. 97.

En los casos anteriormente expuestos no sería necesario que una norma específica los declare nulos, habida cuenta que esta nulidad resulta obvia y se infiere del propio ordenamiento jurídico.

Igual ocurre cuando ciertos actos jurídicos se celebran sin observar requisitos de carácter legal, omisión que no permite concluir que el acto es nulo. En efecto cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, el acto celebrado en forma distinta a la impuesta por la ley no es nulo, pues el ordenamiento exige únicamente dicha forma como medio de prueba y puede acreditarse la existencia del acto por otro medio distinto a la forma ordenada legalmente, como ocurre en el contrato de obra en que el contratista no puede introducir variaciones a las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente. Según el artículo 1775 del Código Civil las modificaciones al contrato original de obra deben contar con la aprobación estricta del comitente, pero no puede concluirse que la falta de esta aprobación escrita produce como consecuencia la inexistencia de tales variaciones, pues se pueden probar por otros medios.

La nulidad virtual está sancionada el artículo 219 inciso 8 del Código Civil, cuando esta disposición declara que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa; y precisamente el artículo V del Título Preliminar prescribe que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; por consiguiente pueden darse infinidad de actos que infringen estas disposiciones de orden público o de buenas costumbres y por ello devienen nulos.

Es bueno destacar que también se da la nulidad virtual cuando se infringen normas de carácter imperativo, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 1354 del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Finalmente no debe confundirse el acto nulo declarado así expresamente, a que se contrae el artículo 219 inciso 7 del mismo Código, pues este caso no es de nulidad tácita sino de nulidad expresa.

CAPITULO II

INEFICACIA FUNCIONAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

2.1. Negocio Jurídico y contrato.

Como se ha visto ya al tratar el negocio jurídico, su concepto y fines, así como su estructura resulta una categoría que implica una manifestación de voluntad con el propósito de obtener resultados prácticos; es decir, efectos tutelados por el ordenamiento, jurídico pues su finalidad no es otra que satisfacer necesidades auto regulando sus intereses privados.

Los particulares pueden libremente a través de los negocios jurídicos crear, modificar regular o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial o extra patrimonial, así al celebrar un contrato surge las relaciones de carácter patrimonial entre el acreedor y el deudor; a diferencia de un acto privado como el reconocimiento de un hijo en el que van a surgir relaciones de familia y también de orden personal y hasta sucesorio llegado el caso.

El contrato es definido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, (Art. 1351 del Código

Civil); en tanto que el acto jurídico es definido como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (Art. 140 del Código Civil)

El denominado acto jurídico en el Código Civil Peruano no es otro que el negocio jurídico así denominado en la doctrina, de donde podemos sacar la conclusión de que el contrato crea relaciones jurídicas patrimoniales específicas (Obligaciones) mientras que el acto jurídico o negocio jurídico crea obligaciones patrimoniales y extra patrimoniales, de donde resulta que el contrato es la especie y el negocio jurídico es el género. Igual en los casos de modificación de regulación o extinción de estas relaciones.

Como lo explica Renato Scognamiglio¹⁷ Profesor emérito de la universidad de Roma “La Zapiensa” la noción del contrato contenida en el artículo 1321 del Código Civil Italiano, como el “acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” implica que esta definición no es otra cosa que una noción del negocio jurídico con fines específicos de orden patrimonial.

El reconocimiento de un hijo, el otorgamiento de un testamento, el fijar el domicilio conyugal no tienen un contenido patrimonial y serán, por consiguiente negocios jurídicos o actos jurídicos según la denominación del Código Civil Peruano; en cambio, la suscripción de un contrato, el pago, el emplazamiento del deudor son actos jurídicos de carácter patrimonial, y caerán también dentro de la órbita general del negocio jurídico, entendido éste como toda manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas y, en efecto, los actos anteriormente mencionados de carácter no patrimonial o patrimonial son actos jurídicos o sea están comprendidos en el universo de las relaciones jurídicas; sin embargo cuando el acto está destinado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de orden

¹⁷ Scognamiglio, Renato, Contribución a la Teoría del negocio Jurídico. Ed. Grudjley. Lima-Perú 2004. Pág. 153

patrimonial, estos actos jurídicos constituyen ya una especie, denominada contrato.

Una vez celebrado el mencionado acto jurídico específico puede posteriormente ser materia de ineficacia, o sea que en el momento de su constitución o celebración se dieron todos los presupuestos, elementos y requisitos del ordenamiento; es decir, estructuralmente es un acto jurídico válido y como tal desde su constitución produce los respectivos efectos jurídicos pero en el curso de su funcionamiento puede producirse situaciones que conduzcan a su ineficacia y estaríamos en este caso ya no frente a una ineficacia estructural, que hemos tratado anteriormente, sino frente a una ineficacia funcional.

2.2. Causas de ineficacia funcional. Rescisión y resolución contractual.

En tanto que la ineficacia estructural se produce en el origen del acto jurídico y éste inicialmente tiene un defecto de estructura, la ineficacia funcional opera con posterioridad y particularmente en los negocios jurídicos denominados contratos, suponiendo previamente que no existen defectos estructurales o efectos intrínsecos, pero que va a sobrevenir una causa que afecte su eficacia como un evento ajeno a su estructura, de forma que los contratos tienen inicialmente un origen idóneo, pero con posterioridad sobrevienen dichos eventos; por ejemplo, el incumplimiento del contrato, aunque debe precisarse que esta regla de ineficacia posterior al contrato no es absoluta aunque es la más frecuente, pues como se verá más adelante en los casos de rescisión la causa de ineficacia no se presenta con posterioridad sino al momento de la celebración del contrato y están expresamente consideradas por la ley.

En el ordenamiento civil peruano no había una distinción conceptual y normativa entre las dos causales de ineficacia. La resolución contractual era considerada como rescisión, por ello en los casos de incumplimiento se demandaba uniformemente la rescisión del contrato y no la resolución. Así el artículo 1401

del Código Civil de 1936, en lo relacionado a la entrega del bien materia de la venta, estipulaba: *“Si por culpa del vendedor no se realiza la entrega de la cosa en el tiempo convenido o legal, el comprador, a su elección, tiene el derecho de pedir, o la rescisión del contrato, o la entrega de la cosa”*.

La confusión de conceptos de rescisión y de resolución también se advertía en el Código Civil Argentino, según BORDA¹⁸ y la misma confusión se observa en la doctrina, a tal punto que MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE¹⁹ agrupa distintos conceptos sobre rescisión y resolución, de autores como RIPERT Y BOULANGER, BORDA, LOPEZ de ZAVALIA, GOMEZ MIGUEL, SALVAT, PUIG BRUTAU, LARENZ, MOISSET de ESPANES, MIRABELLI, BIANCA, SPOTA, VALENCIA, LAVALLE, DIEZ PICAZO, MESSINEO, que no guardan coincidencia en lo que consideran la rescisión, pues para unos es dejar sin efecto un contrato anterior. Y para otros es la supresión de los efectos del contrato debido a causas injustas o perjudiciales pero que el contrato sigue siendo válido, pero otros consideran la rescisión como la invalidación del contrato, etc; en tanto que respecto a la resolución existen posiciones discordantes, pues para unos constituye la extinción de un contrato por una causa legal o convencional, para otros representa la supresión o abolición de las prestaciones derivadas del contrato.

Los autores del Código Civil actual (1984) consignaron en los artículos 1370 a 1372 dentro del Título I sobre Disposiciones Generales de los contratos, la rescisión y la resolución contractual con caracteres y efectos distintos y como dos causales de ineficacia, debidamente diferenciadas.

El artículo 1370 del Código Civil, prescribe que “La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo” en tanto que el artículo 1371 señala que **“La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”**; y el artículo 1372 del mismo corpus regula los

¹⁸ Citado por De La Puente y Lavalle en EL CONTRATO EN GENERAL. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II. 1993. pág. 172.

¹⁹ Ob. cit. Ibidem

efectos y la naturaleza judicial o extrajudicial de las dos causales de ineficacia así como lo relacionado a que tales efectos puede ser materia de pacto en contrario y regula también sobre los derechos de terceros adquirentes de buena fe.

2.3. Notas comunes de la rescisión y de la resolución del contrato.

La rescisión como la resolución del contrato presentan notas comunes; ambas constituyen casos de ineficacia funcional, esto es, que parten de un contrato válido pero cuyos efectos no van a tener lugar, ello explica que el artículo 1371 del Código Civil, diga que *“La resolución deja sin efecto un contrato válido...”* y si bien no hace mención el artículo 1370 del mismo Código relativo a la rescisión que esta causal deja sin efecto un contrato válido, ello ocurre porque es obvio que tratándose una causal de ineficacia funcional opere en un contrato válido. La conclusión entonces es que la rescisión y la resolución contractual suponen la preexistencia de un contrato válido; y otra semejanza es que ambas causales pueden ser sometidas a una decisión judicial con el añadido de que la rescisión sólo puede ser declarada judicialmente, pero una como otra causal pueden transitar por la vía judicial con la finalidad que se declare por sentencia la ineficacia.

Otra semejanza es que la ley permite pactar sobre el momento en que debe producirse la ineficacia; así por ejemplo, la rescisión se declara judicialmente pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato (ex tunc). Nada impide sin embargo que las partes opten porque este efecto se produzca a partir de la fecha de la misma sentencia (ex nunc); así también los efectos de una sentencia de resolución se retrotraen al momento que se produce la causal que la motiva (ex nunc) pero las partes pueden pactar que los efectos de la resolución se produzcan desde la celebración del contrato (ex tunc) de donde se advierte que sobre los efectos de una u otra causal, las normas en esta materia no tienen carácter imperativo.

También es semejanza que tanto en la rescisión como en la resolución no se perjudican los derechos adquiridos de buena fe, lo que implica que si en el ínterin

del contrato se ha producido la adquisición de un derecho por un tercero de buena fe, en la declaración de ineficacia no afectará este derecho. Por ejemplo, si el comprador ha transmitido el derecho de propiedad adquirió en virtud de un contrato de compra venta que posteriormente se resuelve, esto no afectará a quien adquirió de este comprador, en el ínterin el mencionado derecho de propiedad o a quien arrendó el mismo bien, siempre que hayan procedido de buena fe, todo esto por el principio de seguridad jurídica porque sería caótico que los contratos celebrados de buena fe estuvieran supeditados a la contingencia de la rescisión o resolución de los contratos originarios de quienes se obtuvo el derecho de propiedad o arrendamiento. Si yo tomo en alquiler un departamento en virtud a que el locador es propietario por un contrato de compra venta, si este contrato de compra venta pierde sus efectos ello perjudicará únicamente al mencionado locador, pero no a mi persona si obré de buena fe y, por lo tanto el contrato de arrendamiento continuara con sus efectos legales de forma normal.

2.4. Diferencia de las causas y efectos de la rescisión y resolución contractual.

Como se expuso anteriormente habían conceptos disímiles sobre la rescisión y la resolución en la doctrina, y expresaba al respecto DE LA PUENTE Y LAVALLE²⁰ *“Ante este panorama de confusión, en que los conceptos de rescisión y resolución no están claramente delineados y obedecen a enfoques distintos, lo cual ha sido una fuente de desconcierto para los operadores del Derecho, el codificador de 1984 decidió conscientemente tomar un nuevo camino orientado a delimitar claramente los respectivos campos de acción de la rescisión y de la resolución. Ha sido consciente que esta decisión no es fácil de plasmar, porque en el Derecho no es a veces posible adoptar posiciones nítidas, pero, aun conociendo tales riesgos, consideró que es preferible, parafraseando a ECHECOPAR, regular con una imitada imperfección a no regular, dejando todo a la duda o al capricho”*.

²⁰ CFR. De la Puente y Lavalle “El Contrato en General. Tomo IV. Vol. 15. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1993. Págs. 465-466

Partiendo de los lineamientos dados por el legislador vamos a precisar las diferencias indicando que la rescisión se declara judicialmente, o sea que no puede optarse por una rescisión convencional, obviamente no es ésta una regla absoluta porque en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden acordar dejar sin efecto el contrato por rescisión aunque el nombrado jurista observa que ello sólo puede ocurrir siempre que el acuerdo “Se fundamente en una causal existente al momento de la celebración del contrato”²¹ pero no así cuando se fundamente la rescisión convencional en una causal sobreviniente, discrepando con quienes opinan que el simple distracto o el mutuo disenso son suficientes para producir la rescisión. Mantenemos la tesis de que en virtud del principio de legalidad según el cual las causales de rescisión deben estar previstas en la ley, los casos en que las partes privan de eficacia a un contrato por causas distintas a las señaladas legalmente para rescindirlos, no son casos puntuales de rescisión sino de distracto por mutuo disenso.

²¹ Ob. Cit. pág. 176 – 177

CAPITULO III

CONTRATOS CON PRESTACIONES RECIPROCAS

3.1. Concepto y contenido de estos contratos.

3.1.1. Bilateralidad del contrato.

Si el contrato es el acuerdo de dos o más partes para generar, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, este acuerdo supone necesariamente como presupuesto la existencia de dos o más personas que manifiestan su voluntad para tal fin; de ahí que es de la naturaleza del contrato que sea un acto jurídico bilateral y ello no impide que ambas partes asuma obligaciones una respecto de la otra o sea que se obliguen recíprocamente entre sí; o bien que una de las partes asume una o varias obligaciones en favor de la otra, surgiendo los contratos con prestaciones reciprocas o los contratos con prestaciones unipersonales, respectivamente, pero en uno y otros caso habrá dos partes.

Tradicionalmente desde el Código Napoleónico se consideró que el contrato es sinalagmático o bilateral cuando las partes se obligan

recíprocamente y unilateral cuando sólo una de las partes se obliga en favor de otra u otras, sin que estas asuman obligación alguna.

La palabra sinalagma fue introducida en los textos que redactaron los juristas romanos cuando Justiniano les encomendó compilar la diversa normatividad existente y fueron ellos los que inicialmente utilizaron esta denominación, dándole el carácter de interdependencia de las obligaciones concepto que ha sido materia de distintos enfoques hasta que el Derecho Canónico consignó la bilateralidad como el intercambio de prestaciones bajo la buena fe y la palabra empeñada de forma que quien falte al cumplimiento de su prestación no tiene derecho a la contraprestación.

Luego de una serie de críticas sobre lo que es contrato bilateral, contrato sinalagmático o interdependencia de las obligaciones aparece la doctrina germánica con la noción de “Atribución patrimonial” que considera que en todo negocio se concibe un derecho patrimonial hasta que se llega a la moderna figura de contrato con prestaciones “Co respectivas” como lo hace el Código Civil Italiano.

Lo cierto es que en todo contrato existe un nexo causal entre las obligaciones, como en la compra venta la necesidad del comprador se satisface asumiendo la propiedad del bien que adquiere, pero la del vendedor se satisface adquiriendo en dinero a cambio del bien que enajena, y resultan ambas obligaciones ligadas entre si.

3.1.2. Reciprocidad de prestaciones.

Los comentaristas del Código Civil de 1936, como LEÓN BARANDIARÁN, CASTAÑEDA Y CORNEJO, distinguieron la diferencia de contrato bilateral y del contrato unilateral, hoy con mayor precisión denominado contrato con prestaciones reciprocas y contrato con prestaciones unilaterales, en el sentido que en el primero ambas partes se

obligan a cumplir determinadas prestaciones en favor una de la otra; en cambio en el segundo una de las partes se obliga en favor de la otra, que no asume obligación alguna .

No es pacífica la doctrina en cuanto a que son reciprocas las obligaciones o las prestaciones, llegándose a sostener que si la relación es entre dos obligaciones se produce la llamada sinalagma genético o si es entre dos prestaciones, es sinalagma funcional, de suerte que si se coloca el cumplimiento de las obligaciones en el momento de la celebración del contrato será un sinalagma genético o si se produce en el momento del cumplimiento de la prestación, será un sinalagma funcional.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, afrontando el problema sostiene que conviene recordar que la obligación como objeto del contrato es una obligación jurídica en virtud de la cual surgen el deudor y el acreedor teniendo aquel el deber de ejecutar una determinada prestación en favor de este último; en cambio la prestación consiste en un dar, hacer, o no hacer algo en interés del acreedor y su ejecución obedece no a la celebración del contrato (que dio origen a la obligación) sino a la existencia de la relación jurídica obligacional creada por el contrato de modo que existen dos planos diferentes en que la obligación atañe al contrato y la prestación a la obligación.

Cita como ejemplo que en el contrato de compra venta el vendedor asume la obligación de transferir la propiedad del bien; en cambio el comprador la de pagar su precio en dinero; pero en ambos casos estas obligaciones generan prestaciones vinculadas entre sí, de suerte que deben coexistir, o sea que para que se den prestaciones reciprocas deben existir obligaciones de la misma índole de forma que el proceso obligacional, - dice el mencionado jurista- empieza con la obligación nacida por el contrato y a que esta obligación da lugar a la reciprocidad de las prestaciones, que constituyen el contenido de las respectivas obligaciones.

Para clarificar su respectiva posición se remite al caso del contrato en favor del tercero, en que el promitente se puede obligar recíprocamente con el estipulante pero debe ejecutar la prestación que ha nacido de esa obligación no a favor del estipulante pero sino a favor del tercero correspondiéndole al estipulante el derecho a interponer la excepción de incumplimiento de la prestación.

3.1.3. El contrato bilateral imperfecto.

Puede ocurrir que un contrato originalmente sea de obligación unilateral con el cumplimiento unilateral de prestaciones impuesto a una de las partes mientras que la otra no asume obligación con prestación alguna. Son las que hemos llamados contrato con prestación unilateral.

Pero puede ocurrir que posteriormente ese mismo contrato se convierta en un contrato con prestaciones reciprocas al surgir obligación con prestación que debe cumplir la otra parte razón por las que vienen en llamarse este tipo de contratos que originalmente son de una determinada naturaleza y por mutación adquieren otra, “Contratos sinalagmáticos imperfectos” han sido considerados de este tipo, el depósito, el mutuo, el comodato y hasta la donación.

Para ciertos autores el contrato obtiene su denominación desde el momento en que se celebra no existiendo los contratos sinalagmáticos imperfectos pues hay que tener presente al momento de su celebración si ambas partes se obligaron o una sola de ella

Respecto al contrato de mutuo debe considerarse que en el Código Civil de 1936 era un contrato de naturaleza real en tanto que en el Código de 1984 es un contrato de naturaleza obligacional; de forma que al celebrarse este contrato, el mutuante adquiere la obligación de entregar un bien al mutuuario para que éste pueda usar, disfrutar y disponer de ese bien; pero

el mutuuario también adquiere obligaciones como abonar el interés al mutuante, salvo pacto en contrario, y devolverle otros bienes de la misma especie, calidad y cantidad; por tanto el mutuo no es un contrato sinalagmático imperfecto sino un contrato de prestaciones reciprocas.

En el comodato también hay obligaciones reciprocas, pues el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo pero el comodatario se obliga por su parte a devolver el mismo bien de donde resulta también un contrato con prestaciones reciprocas.

En cuanto al contrato de depósito voluntario, según el artículo 1818 del Código Civil, se presume que el depósito es gratuito, a no ser que por pacto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias se deduzca que es remunerado situación en la que se aprecia ya obligaciones co respectivas a lo que hay que agregar que el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos hechos en la custodia y conservación, de forma que el contrato que tuvo un inicio solo con una prestación unilateral impuesta al depositario de custodiar el bien y devolverlo cuando lo necesite el depositante (Art. 1814 CC) se convierte, por los gastos de conservación, en uno de prestaciones reciprocas.

En cuanto al contrato de donación, el donante se obliga a transmitir gratuitamente la propiedad de un bien al donatario y si a éste no se le impone como contraprestación cargo alguno, será un contrato de prestación unilateral; empero si el donatario debe cumplir determinados cargos podría decirse que es un contrato con prestaciones reciprocas aunque un sector de la doctrina considerando que estos cargos o modos impuestas al donatario son sólo obligaciones accesorias que no cambian la naturaleza del contrato como un contrato de prestación unilateral.

3.1.4. Contrato con prestaciones plurilaterales autónomas.

Existen contratos que crean pluralidad de prestaciones, pero estas carecen del nexo de reciprocidad de una respecto a las otras, o sea no existe interdependencia entre las prestaciones y las contraprestaciones.

En el contrato de compra venta que es el contrato típico de prestaciones reciprocas, la prestación del precio por parte del comprador y la obligación de transferir la propiedad por parte del vendedor son una la causa de la otra, existiendo una evidente interdependencia, empero en el contrato por ejemplo de sociedad anónima cuyo objeto sea el de fabricar zapatos los contratantes se obligan al cumplimiento de determinadas prestaciones, pero entre ellas no hay reciprocidad; resultando de aplicación el artículo 1434 del Código Civil, según el cual la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida se considere esencial, de acuerdo a las circunstancias; y, por otro lado, en los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento.

De lo expuesto por la norma en comentario se advierte que si una prestación dentro de este tipo de contratos se torna imposible por una de las partes esto no determina la resolución del contrato precisamente porque se ha establecido relaciones autónomas a no ser que se considere la prestación incumplida como esencial por ejemplo si al constituir la sociedad anónima con el objeto de fabricar zapatos uno de los contratantes se habría obligado a aportar una nueva máquina, única en su género para producir zapatos de una determinada especialidad, si esta máquina se destruye privaría de todo interés a la constitución de la sociedad; entonces sí habría lugar a la resolución contractual.

3.2. Efectos de los contratos con prestaciones reciprocas.

A diferencia de otros contratos, se advierte en los contratos con obligaciones reciprocas los siguientes efectos:

1. La excepción de incumplimiento;
2. La Excepción de caducidad de plazo,
3. la resolución por incumplimiento, y
4. La Teoría del riesgo, recogidas en normas del Código Civil en el Título VI, Contrato con prestaciones recíprocas de la Sección I del Libro VII Fuente de las Obligaciones en el Código Civil vigente, en los artículos 1426, 1427 y siguientes, así como en la disposición pertinente del libro VI de Las Obligaciones del mismo Código.

3.2.1. La excepción de incumplimiento.

El artículo 1426 del Código Civil trata sobre la excepción de incumplimiento tradicionalmente conocida como la “exceptio non adimpleti contractus” estableciendo que: “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”.

Este dispositivo permite identificar los elementos de la excepción y así tenemos:

- a) Que exista un contrato con prestaciones recíprocas, vale decir que no opera esta excepción en los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, y menos en los contratos con prestaciones unilaterales;
- b) Que se haya pactado que las prestaciones se cumplan de modo simultáneo, de manera que no procederá en los casos en que estas prestaciones estén sujetas a las modalidades de condición y plazo suspensivos;
- c) Que la excepción persigue suspender el cumplimiento de la prestación, esto es, que constituya un mecanismo para forzar el cumplimiento del contrato y no para dejarlo sin efecto;

- d) Que la suspensión termina cuando se cumple la contraprestación o se garantice su cumplimiento;
- e) Que es una excepción o medio de defensa sustantivo y no de carácter procesal.

Aun cuando no existe conformidad en establecer el origen de la excepción pues para unos autores es de origen romano, a partir de la exceptio doli, o sea la excepción por dolo que consideraba una actitud dolosa de una de las partes el exigir el cumplimiento de la prestación si ella no había cumplido, a su vez, la que le correspondía; o si tuvo su origen en el Derecho Canónico, que estimaba que no era ético que una persona exigiera el cumplimiento de una prestación a cargo de su deudor si por su parte no honraba la obligación que le correspondía como acreedor en favor de aquella persona; o si tuvo su origen en los comentaristas del Derecho Romano o en los juristas de la escuela francesa, lo cierto es que después de varias vicisitudes históricas fue considerada universalmente en las legislaciones modernas, siendo el principal propulsor el D.G.B. o Código Alemán de 1900.

Al analizar el fundamento de que una prestación no se cumpla sino se cumple también la contraprestación o se garantiza su cumplimiento cuando ambas deban ejecutarse de nodo simultaneo, surge en la doctrina, entre otras, la teoría de la causa, la teoría de la reciprocidad de las obligaciones, la teoría de la voluntad presunta de las partes y la teoría de la buena fe, ya sea que se encuentre respectivamente el fundamento que una de las deudas es causa jurídica de la otra o que en virtud de la reciprocidad de las prestaciones debe mantenerse el equilibrio de las mismas; o que la voluntad de las partes impuso que ambas prestaciones sean cumplida en el mismo lapso o que los contratos deben de celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, teniendo presente lo que las partes entendieron al momento de su celebración. Estos fundamentos sirven de sustento, por igual, a que se haya regulado este medio de defensa que, además, responde al sentido común.

3.2.1.1. Naturaleza jurídica del a excepción.

Decía el artículo 29 de la Ponencia que se proyectó inicialmente para la redacción final del artículo 1426 del Código Civil: **“En los contratos con prestaciones recíprocas no podrá una de las partes demandar su cumplimiento si ella no ha cumplido u otorgado seguridades para cumplirlo”** pudiendo advertirse su carácter procesal pues el demandado podía hacer valer esta excepción frente a la pretensión del demandante; sin embargo, la Exposición de motivos y la propia redacción del artículo 1426 del Código Civil, establecen que cuando se invoque el cumplimiento de una obligación debe tener expedida la obligación que asumió por haber cumplido la prestación o, en todo caso, haber garantizado su cumplimiento. Es de carácter sustantivo pues puede hacerse valer con anterioridad a un proceso si el acreedor exige el cumplimiento de la prestación al deudor cuando no ha cumplido o a asegurado el cumplimiento de la obligación que le corresponde en favor del deudor requerido; y ello no le impide que se haga valer también en un proceso cuando demandado es requerido en las mismas circunstancias, ocasión en la que no hará valer la excepción con el carácter de excepción procesal sino como excepción sustantiva, incluso en el artículo 446 del Código Procesal Civil no figura como excepción procesal la excepción de incumplimiento.

Por consiguiente, la excepción no requiere necesariamente que opere en la vía judicial o sea que exista una demanda de cumplimiento, sino que también puede producirse la excepción de incumplimiento en forma extra judicial si en un contrato con prestaciones recíprocas una de las partes exige a la otra, mediante una comunicación idónea, por ejemplo una carta notarial, y la otra parte contesta por el mismo medio su decisión de suspender la prestación cuya ejecución se le requiere hasta que el primero ejecute a contraprestación a su cargo o la garantice.

3.2.1.2. Otro de los requisitos de procedencia de la excepción es el incumplimiento de la prestación.

Al respecto debe señalarse que el incumplimiento es diferente a la imposibilidad, pues en el primer caso la obligación todavía puede cumplirse, mientras en el segundo, resulta la ejecución absolutamente imposible.

El incumplimiento es considerado en dos aspectos: Un incumplimiento absoluto y otro relativo, pero en ambos casos la obligación es susceptible de cumplimiento. En el incumplimiento absoluto, se ha producido un caso en que el deudor ha desatendido totalmente el cumplimiento de la prestación es decir no la ha ejecutado, pero también hay incumplimiento absoluto cuando el acreedor no tiene ya interés alguno en la obligación. Por ejemplo si se contrata una prestación de hacer para ejecutarse en una fecha festiva de aniversario de una institución o de un pueblo, carecería de todo interés para el acreedor hacer cumplir la prestación con posterioridad a esta efemérides, entonces en este caso habrá un incumplimiento definitivo.

Se dice que el incumplimiento es relativo cuando existe todavía interés en el acreedor como el cumplimiento tardío o defectuoso; es decir cuando se cumplió la prestación en forma incompleta, en forma extemporánea o de forma no idéntica a la prestación pactada, pero aún en estos casos el acreedor puede aceptar la prestación incompleta, tardía o defectuosa.

El incumplimiento absoluto da lugar a la “Exceptio Non Adimpleti Contractus” a que se refiere el artículo 1426 del Código Civil, empero qué ocurre cuando el acreedor ha cumplido la obligación que le respecta y el deudor sólo ha cumplido la obligación en forma parcial o tardía o de modo defectuoso, en que cabe la posibilidad de que a prestación se cumpla de modo integro e idéntico a lo pactado si persiste el interés del acreedor, habida cuenta que la excepción de incumplimiento persigue fundamentalmente el cumplimiento de la obligación o, como se ha visto es

un mecanismo legal que hace valer el deudor suspendiendo su prestación hasta que se cumpla la que también asumió el acreedor por tratarse de obligaciones con prestaciones recíprocas.

En los casos antes señalados debe considerarse que el cumplimiento parcial puede ser rechazado por el acreedor pues según el artículo 1220 del Código Civil, el pago consiste en la ejecución íntegra de la prestación y según el artículo 1221 del mismo Código, no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación, a menos que la ley o el contrato lo autorice; y por otro lado según lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta su obligación (incumplimiento absoluto) o la ejecuta parcial, tardía o defectuosamente (Incumplimiento relativo)

En los casos de incumplimiento relativo el requerido o demandado en su caso tiene expedito su derecho para suspender la ejecución de la obligación a su cargo si el actor material o judicial exige el cumplimiento cuando está incurrido en incumplimiento relativo y este derecho se identifica con la expresión latina *“exceptio non rite adimpleti contractus”*.

Si el artículo 1426 del Código Civil, destaca el incumplimiento es verdad que el cumplimiento parcial, el cumplimiento tardío y el cumplimiento defectuoso son formas de incumplimiento que facultan al acreedor a considerar no cumplida la prestación, porque no satisfacen ya su interés, dando lugar a que pueda hacer valer la resolución del contrato por incumplimiento; pero para el caso de que le asista interés en el cumplimiento total, extemporáneo o idéntico a la prestación, pueda valerse igualmente de la *“exceptio non rite adimpleti contractus”*, por producir los mismos efectos de la *“non adimpleti contractus”*, habida cuenta que ambos persiguen el cumplimiento de la prestación.

Existen pues dos enfoques del incumplimiento uno relativo al acreedor que exige al deudor el cumplimiento de la prestación y a quien no puede

oponerse la excepción si ha cumplido por su parte con la prestación que le correspondía; y otro incumplimiento le corresponde al deudor que puede ser también un incumplimiento absoluto; pero también puede suceder que el acreedor que exige el cumplimiento este incurso en un incumplimiento relativo, esto es que por su parte haya cumplido la obligación solo ejecutando en parte la prestación, o lo haya hecho de modo tardío o defectuoso. En el primer caso resulta nítido que si el acreedor no ha cumplido en absoluto la prestación mal puede exigir que su deudor o haga; y cuando el acreedor requiere el cumplimiento de la prestación estando incurso en incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, si procede que el deudor requerido oponga la excepción llamada “*exceptio non rite adimpleti contractus*”.

Pero puede ocurrir que no se trate de un incumplimiento significativo o sustancialmente importante por parte del acreedor que exige el cumplimiento de la contraprestación, así por ejemplo en la compra venta de un automóvil requiere el vendedor el pago del precio al comprador este no puede retenerlo por el hecho de que el automóvil presente un rayado insignificante en la pintura de fábrica, caso en el que el deudor sólo podrá retener una parte suficiente de la prestación y en opinión de TUHR²² sería contrario a la buena fe que el demandado le negara su prestación al acreedor por un incumplimiento relativamente insignificante de la prestación, caso en el que no podrá más que retener la parte necesaria para garantizar convenientemente parte de su crédito.

Entre nosotros, basta considerar como regla general que la ley no ampara el abuso del derecho, porque efectivamente se puede invocar el incumplimiento de la otra parte para retener la propia prestación, pero si aquella ha cumplido la prestación racionalmente en su totalidad salvo insignificantes detalles, entonces invocar la excepción de incumplimiento raya en el abuso.

²² THUR, Andreas Von. Citado por Manuel de la Puente y Lavalle, El Contrato en General. Tomo IV. Vol. 5. PÁG. 248-249.

3.2.1.3. Simultaneidad del incumplimiento.

Opera la excepción siempre que se trate de obligaciones recíprocas cuyas prestaciones deben cumplirse de forma simultánea, en razón de que así lo fueron pactadas por las partes (Sinalagma genético), y por ello su ejecución debe ser también simultánea (Sinalagma funciona) como se ha visto al tratar sobre los elementos de la excepción que se identifican en el artículo 1426 del Código Civil. Señalamos que no procederá la excepción si las prestaciones del actor están sujetas a las modalidades de condición y plazo suspensivos, de modo que si una prestación debe cumplirse cuando se ha cumplido el hecho futuro e incierto en que consiste la condición suspensiva, aquella a un no es exigible y, por tanto, el deudor carecerá de fundamento para oponer la excepción; igual ocurre cuando la prestación del acto esté sujeta a plazo suspensivo, caso en el que el deudor no podrá suspender a prestación que le corresponda alegando que el actor no ha ejecutado la prestación correspondiente, pues esta última todavía no es exigible.

También cuando el emplazado, requerido o demandado para el cumplimiento de una prestación la debe cumplir en primer lugar en tanto que el actor o acreedor deben cumplirla después, caso en el que el primero no podrá suspender el cumplimiento de la prestación alegando que el segundo ha cumplido por su parte, precisamente porque este último debe cumplir con posterioridad. Por ejemplo, si un contrato de compra venta se pacta que se entregue el bien a los cinco días de celebrado el contrato y que el precio se pague en su totalidad dos meses después, si el comprador exige la entrega del inmueble al vendedor éste no puede hacer valer la excepción de incumplimiento alegando que no se le ha pagado el precio, pues mientras su obligación es exigible (vencieron los 5 días para la entrega del bien), la obligación del comprador de pagar el precio aun no es exigible (no ha vencido el plazo de dos meses).

Por tanto, la simultaneidad supone que las prestaciones sean exigibles por igual y no que una prestación sea exigible y otra tenga el carácter de diferida.

3.2.1.4. La excepción persigue suspender el cumplimiento de la prestación.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 1426 del Código Civil, la parte requerida para el cumplimiento de una prestación, puede oponer la excepción si la otra parte no ha cumplido con la prestación que le corresponde situación que, como se ha visto se presenta en los contratos con prestaciones reciprocas en la que existe una clara interdependencia entre las prestaciones asumidas por las partes. Pero se trata sólo de una suspensión transitoria que ocurre – como prescribe el artículo – hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento, pero esta transitoriedad no se producirá si el actor no satisface la prestación ni garantiza su cumplimiento. Esta situación anómala en que el acreedor o actor no satisface la prestación que le corresponde o no la garantiza, no ha sido considerada en el artículo 1426 del Código Civil, como lo señala DE LA PUENTE Y LAVALLE y cita al Jurista chileno LOPEZ SANTAMARIA, quien refiere que en este caso ya no hay una situación provisoria estando amenazado de muerte el contrato y que según este autor lo más razonable para que la convención no quede en un limbo puede ser la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios, tal como lo ha decidido en una oportunidad, la Corte Suprema de Chile; sin embargo el propio De la Puente y Lavallo²³ se inclina porque demandado el cumplimiento de la prestación, el obligado deduzca reconvención pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento del actor, solución que aconseja dice DIEZ PICASSO refiriéndose al Derecho alemán que acoge esta regla.

²³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel .El Contrato en General. Tomo IV. Vol. 15. Ob. Cit. págs. 241, 242.

Cabe tener presente que opuesta la excepción el contrato sigue vigente sólo que las obligaciones que contiene están suspendidas, así es quien ha requerido el cumplimiento de la prestación se halla en la situación de que queda suspendido porque el emplazado, requerido o demandado, le ha opuesto la excepción de incumplimiento; pero también la prestación a cargo de este último queda suspendido igualmente hasta que no se cumpla o satisfaga o garantice la prestación que corresponda al actor. Un ejemplo puede ayudar a clarificar este asunto Si en un contrato de compra venta el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo para que la entrega de la cosa y el pago del precio se produzcan ambos en forma simultánea un día determinado, y llegado ese día el vendedor exige el pago del precio pero no ha entregado la cosa, el comprador se vale de la excepción de incumplimiento y retiene el pago del precio hasta que el vendedor haga entrega de la cosa; por consiguiente ambas obligaciones con prestaciones reciprocas aparecen suspendidas, pero vigente el contrato y, por consiguiente no podrá el vendedor solicitar la resolución del contrato por incumplimiento ni menos echar mano a la resolución expresa si se hubiera pactado, ambas formas de terminar con la vigencia del contrato; así opina el Jurista varias veces nombrado De La Puente y Lavalley, consignando: *“Otro efecto de la excepción entre las partes es que la relación jurídica obligación creada por el contrato permanente vigente, aunque enervada en su eficacia, razón por la cual mientras la excepción esté pendiente no podrá el accionante solicitar la resolución de dicha relación por incumplimiento, impidiendo también la operatividad de la cláusula resolutoria expresa”*.²⁴

Coincidimos con la opinión del calificado jurista porque, en efecto según el artículo 1428 y 1430 del Código Civil Peruano, la resolución del contrato es una facultad que le asigna la ley a la parte que ha cumplido las prestaciones del contrato frente a la que no ha cumplido, y es así que no tendría lugar en el caso de la excepción de incumplimiento en la que

²⁴ Ibidem

precisamente el fundamento es el que la parte que requiere el cumplimiento no ha satisfecho lo que le corresponde; todo esto en razón a la interdependencia de las prestaciones, al sinalagma genético y funcional que existe en los contratos con prestaciones recíprocas.

3.3. La excepción de caducidad de plazo.

Con frecuencia las obligaciones derivadas de un contrato contienen prestaciones que no deben cumplirse en forma simultánea, sino que éstas se contraen para que se cumpla primero una prestación y después otra. Es en esta clase de obligaciones donde puede producirse la excepción de caducidad del plazo, cuando el deudor de la prestación que debe ejecutarse en primer lugar advierte que la prestación que debe ejecutar el deudor en segundo lugar no va producirse oportunamente.

Inicialmente el artículo 30 de la Ponencia original era el siguiente “Si después de concluido un contrato de prestaciones recíprocas sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar la prestación en primer término rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o de garantías suficientes.

Como se advierte de esta redacción inicial la parte que debía cumplir la prestación en primer lugar podía advertir en la otra parte, a la que le correspondía cumplir la prestación en segundo lugar, una disminución en su patrimonio capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación; sin embargo, si el patrimonio está conformado por los activos y pasivos de una persona, y hay quienes sostienen incluso que solo la persona que tiene bienes posee patrimonio, lo que hay que agregar que el patrimonio comprende también bienes inmateriales como la creación intelectual o artística razón por la que fue pertinente cambiar la mención de disminución de patrimonio por la de riesgo consistente en el fundado peligro de que la otra parte no pueda ejecutar idóneamente su prestación por ejemplo en el

caso de que la segunda prestación deba cumplirla un pintor, es obvio que no ha disminuido su patrimonio si se encuentra físicamente incapacitado para cumplir de modo cabal la prestación a la que se ha comprometido, y en este caso, existe más bien el riesgo fundado de que no cumpla la prestación en forma íntegra, oportunas o idéntica la que asumió en el contrato, procediendo la excepción de caducidad del plazo que permite a quien debía cumplir la prestación en primer lugar, suspenderla hasta que dicho deudor satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento, como lo establece el artículo 1427 del Código Civil.

En efecto, el artículo 1427 del Código Civil prescribe: “Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la aparte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuarla prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”

Para que se pueda dar este medio de defensa sustantivo deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas.
- b) Que se haya pactado el cumplimiento de las prestaciones una después de otra.
- c). Existencia del riesgo de no cumplirse la segunda prestación.
- d). Que su finalidad es suspender la ejecución de la primera prestación hasta que el deudor de la segunda prestación satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento, por lo que le corresponde tratar sobre en qué momento se presenta el riesgo.

3.3.1. Ocurrencia en el riesgo.

Evidentemente del tenor del artículo 1427 del Código Civil, se advierte que el riesgo de incumplimiento de la segunda prestación debe

considerarse después de celebrado el contrato; porque si fuera un incumplimiento notorio al momento de celebrar el contrato, sería distinta la solución legal, pues si no conocía uno de los contratantes las circunstancias que posteriormente advirtió de que no se iba a cumplir la prestación, entonces ha contratado por error, espontáneo o propio o por error a que fue inducido por la otra parte.(dolo)

3.3.1. Suspensión de la prestación.

Como se ha anotado con anterioridad la característica básica del contrato con prestaciones reciprocas es el nexo causal que existe entre las prestaciones; por consiguiente, responde a la lógica jurídica que si una parte no va a cumplir la prestación que le corresponde la que debía hacerlo en primer lugar tendrá el derecho de suspender la prestación respectiva, siendo una medida idónea que tiene que ver con la seguridad de que las prestaciones deben cumplirse de acuerdo a lo pactado fundamento que recoge la Exposición de Motivos elaborada por la Comisión Reformadora.²⁵

3.3.2. La naturaleza jurídica de la excepción.

Si un deudor en una obligación reciproca advierte que su contraparte, también su deudor no va a poder cumplir la prestación que le corresponde tiene el derecho de suspender la que debía cumplir primero y entonces se advierte que este es un medio de defensa de carácter sustantivo y no procesal porque esto último sería un medio de defensa frente a una demanda que en rigor no podía plantear el segundo deudor por ser inexigible aún pero en el supuesto hipotético que se planteara en efecto una demanda, por el segundo deudor, el primer deudor podría alegar que el demandante estuvo imposibilitado de cumplir la prestación que le correspondía y probar esta afirmación pero en todo caso no dejaría

²⁵ Código Civil., Exposición de Motivos y Comentarios. Art. 1427. Compilación de Delia Revoredo de Backey. Ed. Okuma. Lima 1985. Tomo VI.

de ser una excepción de derecho material o sustantivo ya que no figura en el Código Procesal Civil como excepción procesal, ARIAS SCHREIBER²⁶ por el contrario sostiene que es una excepción procesal.

3.4. La resolución por incumplimiento. El Pacto Comisorio.

Viene a llamarse pacto comisorio aquel pacto que figure en una cláusula por la que se estipula que cualquiera de ellas puede reclamar la resolución del contrato si no cumple la otra con las obligaciones que le conciernen, pero es fácil advertir que en este concepto se destaca el pacto comisorio como un acuerdo explícito de las partes para dejar sin efecto el contrato en el caso de incumplimiento de una de ellas, empero también existen las modalidades como son:

- a) El pacto implícito (No explícito) que existe en todo contrato con prestaciones recíprocas.
- b) La resolución por voluntad del acreedor, siendo el pacto expreso la resolución una tercera modalidad.

La primera modalidad, del pacto implícito se conoció “Condición resolutoria tácita” y tenía lugar en los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes, sin justificación alguna incumplía la obligación que le correspondía.

La Exposición de Motivos²⁷ decía que durante más de cuarenta años de vigencia del Código Civil (1936) la condición resolutoria tácita había aprobado la bondad de su contenido, pero la condición es una modalidad del acto jurídico de un alcance distinto que supone un hecho futuro incierto que al producirse recién va a generar efectos jurídicos (Condición suspensiva) porque los efectos de un acto jurídico producido ese hecho futuro incierto va a perder sus efectos como consecuencias (Condición

²⁶ Arias Schreiber, ob. cit

²⁷ Ob. Cit.

resolutoria) , todo ello destaca una naturaleza distinta al llamado pacto comisorio, de ahí que se convino en la fórmula del Código Civil Italiano, reemplazando la llamada condición resolutoria tácita, por la solución prevista en el art. 1428 del Código Civil vigente, según la cual, la parte que ha cumplido la obligación puede solicitar que la otra cumpla la suya o bien la resolución del contrato.

3.4.1. El pacto comisorio en el derecho comparado.

La propia exposición de motivos ya glosada decía que “(...) La condición resolutoria tácita ha probado la bondad de su contenido y viene siendo aplicada en todas las legislaciones desde su consagración en el art. 1148 del Código Civil Francés de Napoleón”. Antes de tratar sobre la diversa normatividad referente a la resolución del contrato por incumplimiento es bueno comentar sucintamente los avatares históricos de esta institución.

En el Derecho Romano se ha considerado igualmente respecto a la compra venta y también aunque con menor incidencia en el Reglamento de inmuebles y de los contratos innominados pero en cuanto al primer contrato, una vez celebrado, las partes quedaban sometidas estrictamente al cumplimiento de sus obligaciones que debían cumplirse por separado, de forma que si una de ellas no cumplía esto no exoneraba a la otra de cumplir la obligación que había asumido pero como esto hacía riesgoso el contrato de compra venta, pues el vendedor terminaba por perder la propiedad de la cosa y no obtener el pago del precio, habida cuenta que la entrega de la cosa no estaba supeditada al pago del precio, surgió la necesidad de incorporar en estos contratos una cláusula según la cual si el comprador, vencido el plazo correspondiente no cumplía con pagar el precio, el vendedor podía optar por exigir dicho pago o por la resolución de la compra venta, teniéndose la cosa como no vendida (Inempta) todo esto podía ocurrir en virtud de la lex conniosoria, medio que también opero

a los contratos de arrendamiento y así ocurrió progresivamente en los contratos indeterminados.

Posteriormente en el Derecho Canónico se tuvo en cuenta la voluntad de las partes, en virtud de la cual los pactos eran obligatorios de forma que en los contratos con prestaciones recíprocas debían cumplirse las prestaciones y si una de ellas no cumplía su promesa la otra tenía derecho a que se le exonerara de su obligación haciéndolo extensivo a todo tipo de pactos.

En el Derecho Francés autores como DUMOLIN, JOSSERAN, DOMAT, POTIER, terminaron por admitir a la necesidad y utilidad de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento; el primero difundiendo la doctrina canonista; el segundo defendiendo la tesis de que por costumbre se terminó aceptando de que en lugar de la cláusula resolutoria expresa que prescribía el Derecho Romano se sobre entendía ya que en todo contrato bilateral, había una cláusula resolutoria implícita llamada condición resolutoria tácita, precisando DOMAT que aunque no haya cláusula resolutoria el incumplimiento podía dar lugar a la resolución, tesis que recogió y amplió POTIER.

Las anteriores doctrinas del antiguo Derecho Francés dieron lugar al artículo 1184 del Código Napoleónico; que indica “La condición resolutoria esta sobrentendida 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 el cumplimiento de la convención, cuando ello sea posible, o demandar su resolución, con abono de daños y perjuicios. La resolución debe demandarse judicialmente y puede concederse un plazo a demandado, según las circunstancias.

Posteriormente otros Códigos como el Código Italiano de 1865 y el Español de 1889 mantuvieron la tesis del Código francés consagrando que en los contratos bilaterales está implícita la condición resolutoria hasta que el Código Civil Italiano de 1942 que aporta esta tesis considerando que en los contratos con prestaciones recíprocas la parte que ha cumplido la obligación podrá elegir el cumplimiento o la resolución del contrato, incluidos los daños y perjuicios que se hubieran originado.

El Código Alemán, al igual que el Código Suizo de las obligaciones así como el Código Austriaco acogieron la variante de autorizar la resolución extrajudicial mediante el procedimiento de intimar al deudor para que cumpla la prestación dentro de un plazo fijado.

En Latinoamérica el Código de Comercio que inicialmente rigió para la provincia de Buenos Aires y a partir de 1962 para toda la nación, así como el Código de Comercio uruguayo establecieron que la condición resolutoria está comprendida implícitamente en los contratos bilaterales o sinalagmáticos para el caso que una de las partes no cumpla su compromiso. “Sin embargo – apunta Anteo E. Ramella²⁸ cuando años más tarde Vélez Sarsfield redactó el Código Civil, no mantuvo ese criterio, sino que por el contrario, siguiendo las aguas del artículo 619 Código Civil Austriaco, antes de la reforma, y el artículo 1960 del 28.

Esboco de Freitas, sentó en el artículo 1204 de éste el principio inverso, estableciendo que; “Si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumpliera, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento”.

Refiere el mismo Ramella²⁹ que hubo una reacción en la doctrina y la jurisprudencia hasta que se produjo su modificación, en 1963 mediante

²⁸ Ramella E, Anteo. “La Resolución por incumplimiento. Pacto Comisorio y Mora en el Derecho Civil y Comercial. Ed. Astrea. Segunda reimpresión. Buenos Aires 1979. Pág. 36 y Sgtes.

²⁹ Ibidem.

Decreto Ley 4777 incorporando un texto que se aparta en cuanto al procedimiento para llegar a la resolución, incluida la postura que adoptó la Comisión Reformadora de 1978, otorgándose finalmente a la parte cumplidora la facultad de resolver las obligaciones cuando ha mediado incumplimiento de la otra pues no solo en los contratos bilaterales sino en los contratos de campo más amplio como los de prestaciones recíprocas.

3.5. La teoría del riesgo.

Como anota Aníbal Torres Vásquez³⁰ el Código Civil regula la teoría del riesgo en dos lugares: En el Título I de la sección primera del libro sexto al regular las obligaciones de dar bienes ciertos y en el Título VI de la sección primera del Libro séptimo, sobre el Contrato con prestaciones recíprocas, manifestando que hay una estrecha relación entre el derecho de los contratos con el derecho de las obligaciones.

Por un caso fortuito o de fuerza mayor puede convertirse una prestación en imposible de ejecutarse; por consiguiente, debemos precisar que toda obligación está expuesta a este tipo de riesgo tanto en el caso que exista una obligación pendiente como en el caso que no exista obligación alguna como sería que el propietario de un bien lo pierde por uno de esos fenómenos inevitables e irresistibles y extraordinarios. En este último caso el que pierde obviamente es el propietario (*res perit dominus*) .

Sin embargo la pérdida de un bien también puede producirse en una obligación pendiente de ejecución, o sea que la prestación de dar, hacer o no hacer se torna imposible, pérdida que puede ser de orden físico o jurídico, así por ejemplo la destrucción total del bien a consecuencia de un cataclismo o su desaparición por causa de un naufragio, resultando necesario establecer quien asume el riesgo el acreedor (*res perit creditori*) o el deudor (*res perit debitori*)

³⁰ Torres Vásquez, Anibal. "Teoría General del Contrato" Tomo II. Ed. Instituto Pacífico SAC. Lima 2012. pág. 1201.

La teoría del riesgo implica pues resolver cuál de las partes de una obligación soporta la pérdida que convirtió en imposible la obligación. Los romanos – dice – Torres Vásquez³¹ construyeron la teoría del riesgo en torno al contrato de Compra venta. Estableciendo que la propiedad no se establecía desde la celebración del de compra venta sino desde que el vendedor entregaba el bien al comprador, pero este último asumía los riesgos de pérdida, mejora o desmejora de las cosa desde la celebración del contrato de suerte que no aplicaba el principio del res perit domino sino del res perit de bitori, pues el comprador (acreedor de la obligación el de dar) asumía la pérdida a pesar de no ser todavía dueño de la cosa. Es así como entre estos dos principios de si la pérdida debe afrontarla el propietario o el acreedor, incluso el deudor; que se ha desenvuelto la evolución de la teoría del riesgo aplicaba el principio del res perit domino sino del res perit de bitori, pues el comprador (acreedor de la obligación de dar) asumía la pérdida a pesar de no ser todavía dueño de la cosa. Es así como entre estos dos principios de si la pérdida debe afrontarla el propietario o el acreedor, incluso el deudor; que se ha desenvuelto la evolución de la teoría del riesgo.

En el caso del Código Civil Peruano, cuando se trata de la compra venta de un inmueble la propiedad se transmite ipso jure al comprador salvo que la ley comprenda una disposición diferente o exista pacto en contrario; y en el caso de la transferencia de los bienes muebles, la propiedad del bien la adquiere el comprador sólo cuando lo recibe y se convierte en poseedor; sin embargo según lo dispuesto en el artículo 1567 del Código Civil el riesgo de la pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega, ello quiere decir que el deudor de la entrega (vendedor) asume el riesgo cuando todavía no se ha ejecutado la tradición o entrega del bien, con independencia que sea propietario aún si la compra del bien es mueble, o y el acreedor deja de estar obligado a la respectiva contraprestación y el deudor queda sujeto al pago de daños y perjuicios (Inciso primero) y cuando el bien se pierde por culpa del acreedor, igualmente

³¹ Ob. Cit. pág. 1205.

la obligación del deudor queda resuelta pero este conserva el derecho de la contraprestación respectiva (Inciso segundo); y si el bien se pierde sin culpa de las partes, también la obligación del deudor queda resuelta pero en este caso pierde el deudor el derecho a la contraprestación respectiva, de forma que en resumen la parte culpable asume los daños y perjuicios a consecuencia precisamente de su comportamiento.

En las obligaciones de dar bienes ciertos, el artículo 1138 del Código Civil establece varias reglas para determinar los efectos de la pérdida del bien cuando es por culpa del deudor, por culpa del acreedor y sin culpa de las partes, estableciendo que la obligación queda resuelta antijurídico empero cuando no hay culpa la ley sanciona que la pérdida la asume el deudor. Pongamos un ejemplo en este último caso, si en un contrato de compra venta el deudor está obligado a entregar en un plazo convenido, un automóvil que ha vendido por un determinado precio y estando dicho automóvil en su poder se producen un siniestro que lo destruye y del cual no tiene la culpa, tampoco tiene culpa el acreedor, el automóvil se perderá para el vendedor (deudor de la entrega) perdiendo el precio que había ya recibido.

En las obligaciones de hacer el Código Civil regula el riesgo en los artículos 1154 a 1156 también sobre la base de la culpa los casos en que la prestación resulta imposible; y así cuando la prestación resulta imposible por culpa del deudor el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación sin perjuicio de su derecho a los daños y perjuicios consiguientes; por ejemplo, si un constructor se obliga a ejecutar una edificación (Obligación de hacer) y esta deviene en imposible por su culpa como podría ser que por su demora negligente surge una prohibición en adelante de edificar, entonces no podrá obviamente cobrar derecho alguno y responderá además por los daños y perjuicios que ocasionó su proceder anti jurídico.

Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, por el contrario el deudor conserva su derecho a la respectiva contraprestación como podría ser cuando el propietario no presta la colaboración debida o no presta los

materiales que ofreció, le sobrevienen una ordenanza que prohíbe edificar en una determinada zona, el deudor queda facultado para cobrar el integro de los haberes que había convenido como la retribución que había convenido..

Pero cuando la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación queda resuelta; el deudor debe devolver al acreedor lo que por la obligación haya recibido, advirtiéndose aquí también el principio *res perit debitori*.

En las obligaciones de no hacer los artículos 1158 y 1159 del Código Civil establecen normas que tiene que ver con la culpa del deudor de la obligación de no hacer caso en el que el acreedor puede exigir la obligación forzada a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor o bien exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirla por cuenta del deudor y, por último, dejar sin efecto la obligación y en todos estos casos la indemnización de los daños y perjuicios que se hubieren irrogado remitiéndose según el artículo 1160 del Código Civil en este tipo de obligaciones a otras normas relativas a la obligación de hacer.

Más adelante se verán los casos específicos sobre teoría del riesgo en las prestaciones reciprocas y particularmente en el contrato de compra venta.

CAPITULO IV

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

Concepto, naturaleza jurídica y breve reseña histórica de la resolución contractual.

Para abordar el concepto de del pacto comisorio, debe tenerse en cuenta si es un pacto comisorio expreso que se produce cuando las partes acordaron expresamente la resolución del contrato o si es un pacto implícito que está en todo contrato sinalagmático y que se produce a consecuencia de que una de las partes no cumplió su obligación.

Si se trata de un pacto comisorio expreso, éste más bien viene a ser una cláusula contractual, y en el caso peruano está prevista en el artículo 1430 del Código Civil, que a la letra indica “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”.

El problema está en determinar cuál es la naturaleza jurídica cuando no se trata de un pacto expreso como en el caso de los artículos 1428 y 1429 del Código Civil, que establecen la resolución del contrato frente al incumplimiento de una de las partes, sin necesidad que se hayan pactado expresamente, entonces podemos concluir que es una disposición legal y no la voluntad de las partes, la que establece la resolución del contrato o también podríamos admitir si se trata de una cláusula implícita que existe en todo contrato con prestaciones recíprocas dada la naturaleza de estos contratos en que una prestación está predeterminada o conexa con otra prestación, como el contrato de compra venta en que la prestación de transferir la propiedad de un bien está en conexión directa con la prestación del pago de su precio en dinero.

En cuanto a la reseña histórica que brevemente podríamos señalar nos remitimos a lo ya indicado en el ítem 17 anterior.

4.1. PARALELO CON OTRAS FIGURAS AFINES.

En este punto vamos a seguir el pensamiento del profesor argentino Anteo E. Ramella³²

4.1.1. Con la resolución por imposibilidad sobreviniente inimputable.

Es el caso que se produce cuando la prestación se torna imposible sin culpa del deudor; en efecto, el deudor por caso fortuito o fuerza mayor no cumple la prestación, o la cumple en forma parcial defectuosa o tardía, y, en este último caso cuando ya no existe interés del acreedor. También el caso de imposibilidad absoluta en que es menester que la prestación se torne física o legalmente imposible sin culpa del deudor, cuando es sin culpa de las partes el artículo 1431 del Código Civil prescribe: "En los contratos con prestaciones recíprocas si la

³² Ob.cit. Págs. 6 a 15.

prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho, en este caso el deudor liberado pierde el derecho a la contra prestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero las partes pueden convenir en que el riesgo este a cargo del acreedor.

De lo anteriormente expuesto se infiere que en el caso de incumplimiento es menester para ejercer la facultad resolutoria la culpa de la otra parte, que no ha cumplido: en tanto que la resolución por imposibilidad tiene como fundamento que la parte que no ha cumplido no ha incurrido en esta conducta en forma culpable sino que el incumplimiento se debe acaso fortuito o fuerza mayor.

También puede advertirse otra diferencia que en el caso del incumplimiento, como lo señala el artículo 1428 del Código Civil, se puede solicitar el cumplimiento de la prestación.

Como se advierte en los casos de resolución por incumplimiento difieren de los casos de imposibilidad y de la prestación por caso fortuito o causa mayor y tienen también un tratamiento diferente

En cambio, en la resolución por imposibilidad, le asiste por igual tanto a la parte que ha cumplido como la que no ha cumplido pedir la resolución del contrato.

Es conveniente destacar que si el deudor está imposibilitado solo temporalmente a cumplir la obligación, por caso fortuito o fuerza mayor, el acreedor no podrá pretender la resolución de contrato y deberá esperar que superado los obstáculos se cumpla la prestación. El artículo 1433 del Código Civil para los casos de imposibilidad de cumplimiento de la obligación sin culpa del deudor o con su culpa, señala que “Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el incumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor

su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contra prestación debida”.

4.1.2. Con la acción redhibitoria.

Entre las obligaciones de saneamiento se encuentra la acción por vicios ocultos llamada redhibitoria. En efecto en todo contrato sobre transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien hay lugar a saneamiento, esto es que el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por vicios ocultos del bien o por sus hechos propios que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la que fue adquirido o disminuyan su valor.

En el caso de los vicios ocultos como lo observa bien Ramella³³. Debe tratarse de un defecto en una cosa que debe ser:

- a) Oculto,
- b) Existente al tiempo de la adquisición; y
- c) Que la haga impropia para su uso o destino.

En tal caso (de vicios ocultos) el Código Civil peruano consagra veintiún artículos para referirse sucintamente a que, entre otros, “El adquirente puede pedir en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato”, Artículo 1511 de Código Civil, y es así como debe distinguirse la resolución por incumplimiento, de la resolución por vicios ocultos o resolución redhibitoria.

En la resolución redhibitoria como se ha visto hay vicios ocultos en la cosa a tal punto que de haberlos conocido el adquirente antes de la celebración del contrato hubiera podido abstenerse de celebrarlo o bien habría dado menos por la cosa.

Por consiguiente, la acción redhibitoria sólo se produciría en los contratos que imponen.

³³ Ob.cit. Págs. 12 a 20.

También se advierte como diferencia que la acción redhibitoria sólo puede exigirse y obtenerse en la vía judicial, en cambio en la resolución por incumplimiento puede lograrse por vía extra judicial como se advierte de los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil Peruano.

4.1.3. Con la señal o arras.

En el libro VIII Fuente de las Obligaciones, Sección I.- Contratos en General. Título XIII y XIV, se regulan las llamadas arras confirmatorias y arras de retractación.

En cuanto a las arras confirmatorias si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causas imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir e doble de las arras.

Se advierte que tanto en la acción resolutoria, como en el caso de las arras, hay un incumplimiento que va a producir la ineficacia del contrato.

Las arras de retractación a diferencia de las anteriores, no implican que el contrato se ha celebrado sino que le asiste a cualquiera de las partes el derecho de no celebrar el contrato o sea el derecho de arrepentirse de forma tal que quien ha recibido las arras de retractación como quien las ha dado, tienen ambos el derecho de retractarse, pero si la parte que entrega las arras se retracta las pierde, pero si la parte que recibe las arras se arrepiente debe devolverlas dobladas, lo que suele llamarse también arras penitenciales porque otorgan el derecho a retractarse del contrato que se ha prometido celebrar pero bajo sanción de ejercer el derecho perdiendo la cosa que se ha entregado en arras, en el primer caso o restituyendo la que se recibió y otra igual en el segundo caso, por parte de quien la recibió.

En el pacto comisorio o más propiamente en las normas sobre resolución de contrato por incumplimiento, es necesario que se produzca el incumplimiento de la otra parte lo que puede dar lugar a la resolución y a

exigir la indemnización correspondiente; en tanto que en las arras se autoriza a cualquiera de las partes a resolver arbitrariamente el contrato con prescindencia de si ha mediado incumplimiento de la otra parte, sólo que quien pretende la resolución afrontara la consecuencia de la pérdida de las arras o restituirlas dobladas.

Pongamos el caso siguiente: A celebra un pacto con B de celebrar un contrato posteriormente de compra venta de un automóvil, debidamente determinado y por un precio también determinado y para asegurar que este contrato se celebre A (el comprador) le entrega a B (El vendedor) la suma de cinco mil soles en arras, y ocurre que posteriormente el comprador se desiste o arrepiente de celebrar el contrato definitivo, caso en que perderá las arras que entregó (cinco mil soles). Pero pongamos el caso en que A quiere ejecutar el contrato y B, es el que se arrepiente, la solución es prima facie que B), (el vendedor) deberá devolver el doble de las arras, quedando subsistente la pregunta siguiente, ¿Podrá el comprador prescindiendo de las arras exigir al vendedor la celebración del contrato de compra venta?.

En primer lugar, del pacto de arras penitenciales, también llamada de retractación, otorgan a quien se retracta el derecho de hacerlo o arrepentirse y en este segundo caso asume la penitencia de pagar – como en el ejemplo – el doble de las arras recibidas, que en rigor solamente es pagar la suma de cinco mil soles igual que el comprador que se hubiera desistido de la compra, toda vez que cinco mil soles ya ha recibido y de su patrimonio solo destina cinco mil más de modo que matemáticamente solo perdería cinco mil soles, por no celebrar el contrato definitivo .

Es una cuestión debatida si le asiste a la parte que ha cumplido optar no por el derecho a las arras sino por la resolución del contrato por incumplimiento en cuyo caso, la parte que no tendrá que devolver las arras o exigir el doble sino que está facultada para exigir a la incumplidora la indemnización de los daños.

Opinión que no compartimos porque ambas partes acordaron el derecho de una o de otra de desistirse, y entonces si ocurre tal contingencia, solo se

producirá en contra el pago de las respectivas arras penitenciales, porque no se le puede demandar por incumplimiento si este no es caso de dolo o culpa propiamente dicha, sino al ejercicio regular de un derecho que no acarrea responsabilidad alguna.

4.1.4. Con la condición resolutoria.

La condición es un hecho futuro e incierto del cual dependen de la eficacia del acto jurídico.

El Código Civil trata de la condición como una de las modalidades del acto jurídico, junto al plazo y al modo o cargo, y tiene carácter de resolutoria la condición, cuando de producirse el hecho futuro e incierto que se ha establecido como condición y que puede ser un hecho positivo o negativo, cesan los efectos del acto jurídico; en otros términos podríamos decir que cesan, se extinguen, se resuelven los efectos del acto jurídico, igual que en el plazo resolutorio.

Por ello habría una coincidencia en la resolución por incumplimiento con la condición resolutoria.

Empero hay diferencias en la resolución por incumplimiento, la parte cumplidora puede desestimar la resolución y optar por demandar el cumplimiento; en cambio, la condición resolutoria opera por ministerio de la ley prescindiendo de la voluntad de las partes.

Por otro lado, en la resolución por incumplimiento el titular puede resolver el contrato en el ámbito judicial o extrajudicial en tanto que producida la condición resolutoria es menester recurrir a la justicia para lograr la restitución de lo que deben devolverse las partes por haber quedado sin efecto el acto jurídico.

El incumplimiento imputable a la otra parte va a producir precisamente que el contrato no se cumpla; en tanto que la condición resolutoria puede incluso aniquilar las consecuencia de un contrato enteramente cumplido.

Finalmente la resolución por incumplimiento tiene ordinariamente efectos ex nunc de forma tal que el contrato ya no tiene efectos jurídicos a partir del momento que se produce la causal de resolución, salvo pacto en contrario (Artículo 1371 y 1372 segundo párrafo del Código Civil) en tanto que en la condición resolutoria, puede pactarse que los efectos sean retroactivos (Ex tunc) (Art.177 Código Civil) porque de ordinario los efectos no son retroactivos.

4.1.5. Con la revocación.

(Por la revocación se dejan sin efecto extinguen) obligaciones.

En el Código Civil Peruano se denomina mutuo disenso de modo que las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto, a condición de que no se perjudique el derecho de un tercero.

El mutuo disenso es tratado en un solo artículo, el 1313 del Código Civil, en los términos expuestos, aunque también se denominaba mutuo disenso a la separación convencional de los cónyuges dejándose ese término de mutuo disenso y optando por el de “separación convencional” en el artículo 333, inciso once del mismo Código.

Como lo señalan Felipe Osterlin Parodi y Mario Castillo Freire³⁴ el mutuo disenso tiene efectos a cualquier momento en que se declara y esto jamás son retroactivos aunque este principio que funciona en el derecho de familia, no es igual en el ámbito contractual en que las partes pueden dejar sin efecto un contrato ex tunc, vale decir con efectos retroactivos en virtud del principio de autonomía de la voluntad, señalando los mismos autores que una

³⁴ Osterlin Parodi, Felipe. Casillo Freyre, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores.pág.804

persona así como es libre para generar un vínculo jurídico, lo es también para extinguir esa obligación, razón por la que no todos los Códigos civiles regulan el mutuo disenso. Otra característica del mutuo disenso - y que lo asemeja a la resolución por incumplimiento – es que no requiere de pronunciamiento judicial para que produzca efectos jurídicos.

Por otro lado la ley peruana no le otorga al mutuo disenso una forma específica para celebrarlo pero señalan Osterlin y Castillo³⁵ que la opinión predominante en la doctrina es que cuando la ley exige solemnidad para el contrato que se quiere extinguir, debe seguirse la misma formalidad para el mutuo disenso, en aplicación del principio contenido en el artículo 1413 del Código Civil que dispone que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Como lo advierte Ramella³⁶ en el mutuo disenso debe concurrir la voluntad de las partes que celebraron originalmente el contrato pero también debe considerarse los casos en que se extingue el negocio jurídico por la voluntad unilateral de uno de los otorgantes.

En efecto y como lo señala este autor la ley autoriza la revocación por regla general de los contratos a título gratuito, pudiendo citarse como ejemplo los casos de depósito y el comodato precario; y excepcionalmente se admiten los contratos onerosos como el mandato retribuido.

En él, caso del depósito el artículo 1814 del Código Civil establece: “Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicita el depositante” lo que implica que el depositante puede solicitar, la devolución al depositario en el momento que lo crea conveniente; y por su parte el artículo 1832 del mismo Código señala: “Si en el contrato no se hubiese fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que le avise al depositante

³⁵ Ob. Cit. Pág. 806.

³⁶ Ob. Cit. Pág. 810.

con prudente anticipación para que lo reciba”, de suerte que el depositante tanto en el depósito a plazo fijo como a plazo indeterminado tiene la facultad legal de solicitar la devolución del bien y, por su parte, en los casos de depósito a plazo indeterminado, el depositario esta facultad también para restituir el bien en cualquier momento, previo aviso prudencia al depositante, pero en ambos casos se va a producir la extinción del depósito.

La diferencia en estos casos con la resolución por incumplimiento es que mediante la acción que otorga la ley al depositante o al depositario en el caso de depósito a plazo indeterminado, no requiere de incumplimiento alguno, como si ocurre en la resolución de contrato por incumplimiento, de manera a que en el caso del depósito la extinción del contrato se produce por un acto voluntario unilateral, en cambio la resolución por incumplimiento se produce para el caso del incumplimiento culpable de una de las partes frente a la parte que ha cumplido.

En el caso del comodato el artículo 1728 del Código Civil prescribe: “Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente a comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego o devuelva”, estableciendo el artículo 1738 inciso quinto, de mismo Código que son obligaciones de comodatario, entre otros, “Devolver el bien en el plazo estipulado o en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato” De ambas normas se infiere que se extingue e comodato cuando vence el plazo concedido para el uso del bien o se cumple la finalidad para la que se entregó por el depositante al depositario, situaciones en las que el depositante exige la devolución o el depositario cumple con esa devolución y se pone así fin o se extingue el respectivo contrato ; en cambio la resolución por incumplimiento apunta también a poner fin a un determinado contrato pero por incumplimiento de una de las partes frente a la parte que ha cumplido .

En el caso del mandato retribuido, debe tenerse en cuenta que el artículo 1796 del Código Civil establece como obligación del demandante, entre otras “A pagarle (al mandatario) la retribución que le corresponde y hacerle provisión de ella según los usos; y por su parte el artículo 1801 del mismo Código establece que el mandato se extingue, entre otras causales por la ejecución total del mandato o al vencimiento del plazo del contrato.

En relación a la resolución por incumplimiento, advertimos una diferencia, en el sentido que esta ópera por incumplimiento de una de las partes, para el caso de incumplimiento del mandante o del mandatario; en cambio el mandato se extingue - como se ha visto – por el cumplimiento del plazo del contrato y también cuando se ha ejecutado totalmente el mandato.

4.1.6. Con el desistimiento o rescisión unilateral.

La ley autoriza en algunos casos a que unilateralmente se desista una de las partes de la obligación que ha contraído; así en el contrato de obra regulado en los artículos 1771 y siguientes del Código Civil, el artículo 1786 establece lo siguiente:

“El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiera podido ganar si la obra hubiera sido concluida”.

Como puede verse no es menester para que se extinga el contrato que el contratista haya incumplido la prestación que le respecta, por culpa, sino que la otra parte, el comitente, opta por la extinción de los efectos del contrato asumiendo la responsabilidad que señala el dispositivo legal.

4.1.7. Con la excesiva onerosidad de la prestación.

Según lo dispuesto en el artículo 1440 del Código Civil, “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada pueden solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

También procede en los contratos conmutativos de ejecución inmediata cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella; y en los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato; por ejemplo, si una persona contrata con un pescador la adquisición de toda la cantidad de pescado que pueda este último obtener en su lancha por un precio determinado, siendo aleatorio el contrato, el adquirente tendrá que pagar así sea muy pequeño el volumen de pesca obtenido por el pescador durante su jornada en la que no han habido causas extrañas que perjudicaron el volumen de pesca; pero si más bien ha ocurrido un fenómeno extraño a esta actividad, como sería, por ejemplo, un acto de piratería, entonces el adquirente podrán invocar que se ha convertido en excesivamente oneroso el pago del precio que inicialmente pactó con el pescador.

También está regulado en el Código Civil que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada, estableciéndose también que es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación y que caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios, término que corre a partir del momento de que hayan desaparecido dichos acontecimientos.

Tanto la resolución por incumplimiento, cuanto la excesiva onerosidad de la prestación encuentra su fundamento en la interdependencia de las prestaciones, esto es, que se presentan en los contratos con prestaciones reciprocas; y, por otro lado cuando se trata de contratos de ejecución continuada, sus efectos no alcanzan a las prestaciones ya cumplidas; sin embargo la facultad resolutoria le es conferida en la resolución por incumplimiento a la parte que ha cumplido, mientras que en la excesiva onerosidad de la prestación la facultad está conferida a la parte que ha dejado de cumplir; agregándose en este último caso que no se ha cumplido la prestación por un acontecimiento impredecible y extraordinario, esto es por caso fortuito o fuerza mayor, en tanto que en la resolución por incumplimiento no se ha cumplido la prestación por culpa del deudor.

4.1.8. Con la nulidad.

La acción de nulidad por las causales del artículo 219 del Código Civil, (Nulidad absoluta) o por las causales del artículo 221 del mismo Código (Nulidad relativa), van a traer como consecuencia que el acto jurídico, en el primer caso, tenga los efectos facticos o de hecho, pero nunca tuvo efectos jurídicos; o bien los efectos jurídicos que tuvo el negocio cesan a partir de la sentencia que lo declare; pero en ambos casos se trata de causas de anulación que se presentan al momento de la celebración del acto jurídico de ahí que se le ha venido en llamar ineficacia estructural, a diferencia de la resolución por incumplimiento que más bien supone un acto jurídico idóneo en su estructura, es decir, que no adolece de causa de nulidad absoluta o relativa, sino que la resolución por incumplimiento se va a producir con posterioridad y no por un vicio originario.

Otra diferencia que advierte Ramella³⁷ es que en la resolución por incumplimiento se afectan los intereses particulares del acreedor, mientras que, la nulidad puede afectar intereses individuales (Anulabilidad) o intereses públicos. (Nulidad absoluta)

³⁷ Ramella Anteo, F. "La Resolución por incumplimiento". Ob. Cit. Pág. 23.

Por otro lado, la nulidad prevista en el artículo 219 del Código Civil, opera de pleno derecho, es decir, por ministerio de la ley, ipso jure, mientras que la resolución por incumplimiento requiere ser demandada para que se adviertan y sancionen sus requisitos de procedencia, aun cuando también se dan casos de resolución de pleno derecho como en las situaciones previstas en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil en que procede la resolución, del primer caso cuando la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra requiere la satisfacción de la prestación dentro de un plazo no menor de quince días bajo apercibimiento de que si no se cumple la prestación el contrato queda resuelto de pleno derecho; como el segundo en que también queda resuelto el contrato sino se ha cumplido la prestación que se había establecido con toda precisión, sin necesidad esta vez de requerimiento alguno bastando que la parte cumplidora notifique a la parte que no cumple que la prestación no se ha cumplido a pesar de que se convino expresamente que dicho incumplimiento acarrearía la resolución del contrato.

Por otro lado, en la nulidad tanto en el caso de la nulidad absoluta como en el caso de la anulabilidad cuando hay sentencia declarando nulo el acto anulable, en ambos casos, las cosas vuelven a su estado original, como si el acto jurídico nulo no se hubiera celebrado; en cambio en la resolución por incumplimiento el contrato queda resuelto a partir de la causal posterior a su celebración que produjo la resolución del contrato.

4.1.9. Con la excepción de incumplimiento contractual.

Al respecto el artículo 1426 Código Civil prevé lo siguiente: “En los contratos con prestaciones recíprocas, en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contra prestación o se garantice su cumplimiento”.

Como puede verse, ambas figuras se presentan en los contratos con prestaciones recíprocas, y tienen como fundamento el incumplimiento culpable de una de las partes; empero la diferencia estriba en que la excepción de incumplimiento contractual apunta a que la parte que no ha cumplido la prestación a su cargo, lo haga o garantice su cumplimiento: en tanto que la resolución por incumplimiento va a traer como consecuencia la extinción del contrato.

4.2. Requisitos para la procedencia de la resolución.

Como se advierte de lo expuesto anteriormente es requisito esencial de la resolución por incumplimiento, precisamente el no cumplir con la prestación de dar, hacer o no hacer, y que se ha pactado (Cuando la obligación proviene de un contrato con prestaciones recíprocas), y debe abordarse entonces el problema de cumplimiento que no significa otra cosa que el pago y el Código Civil, define como la de ejecución íntegra de la prestación (Art. 1220 Código Civil); entonces puede darse el caso de un pago parcial, que es incumplimiento, puede darse el caso de que no se cumpla la prestación en el modo pactado que también es un caso de incumplimiento, o bien que el cumplimiento sea tardío, que deviene igualmente en incumplimiento cuando ya no existe interés de parte del acreedor.

Pero ese cumplimiento parcial, defectuoso o tardío, debe ser, además, importante y de no escasa importancia.

Es una regla general que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (Art. 1362 Código Civil) y que es obligatorio todo cuanto se haya expresado en ellos (Art. 1361 Código Civil); de donde se infiere que corresponde analizar cada contrato en particular para ver si se ha producido el incumplimiento o el cumplimiento parcial tardío o defectuoso del contrato sin perder de vista las reglas de interpretación del acto jurídico previstas en los artículos 168 al 170 del Código Civil.

Como ya se ha dejado expuesto hay que apreciar la magnitud del incumplimiento que pueda producir la resolución del contrato. Al respecto el Artículo 1455 del Código Civil Italiano de 1942, señala “No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia habida cuenta del interés de la otra”

En efecto un incumplimiento de escasa importancia no puede generar una consecuencia muy extrema como la de fulminar el contrato, porque si así ocurriera, se produciría un caso de abuso del derecho, que la ley proscribe.

Reproducimos el ejemplo de la compraventa de un automóvil que se niega el comprador a recibir por aparecer insignificantes ralladuras en el capot; es decir, que el bien materia de la venta tiene estas pequeñísimas deficiencias que sólo podrán dar lugar a que el comprador exija la reducción de la contraprestación, como lo señala la parte final del apartado 2 del artículo 1138 del Código Civil.

Al respecto, en la doctrina extranjera, se dan determinadas reglas como por ejemplo que el incumplimiento es grave cuando la parte de la prestación cumplida resulta de un modo diferente a la pactada; también cuando el incumplimiento constituye una completa disminución de la cosa; igual que cuando la parte afectada, de haberlo previsto, no hubiera celebrado el contrato; o cuando perjudica la finalidad económica que se ha perseguido.

Lo fundamental es que cuando se produce un conflicto de intereses relativo al incumplimiento, será finalmente el Juez el que determine si ese incumplimiento es de tal naturaleza o importancia que debe producir la resolución del contrato.

4.3. El Incumplimiento.

4.3.1. total, parcial, defectuoso y tardío de la prestación.

4.3.1.1. El incumplimiento total.

El incumplimiento total, implica que el deudor ni siquiera ha iniciado la ejecución de la prestación a que se había obligado; por ejemplo, el caso de un constructor que habiendo pactado ejecutar una edificación

determinada no ha desarrollado absolutamente ninguna actividad con esta finalidad, o el abogado que comprometió sus ser vicios profesionales en un proceso, no ejecutó acto alguno destinado a este propósito.

4.3.1.2. El incumplimiento parcial.

Siempre que no se haya obligado el deudor a cumplir la prestación en partes o en forma fraccionada, mal puede exigir al acreedor que tenga por ejecutada la prestación que aparece más bien del contrato que debe cumplirse en forma total. El artículo 1221 del Código Civil prescribe que no debe compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen; por consiguiente este cumplimiento parcial no aceptado por el acreedor se convierte en un incumplimiento de igual naturaleza que el incumplimiento total, que faculta al acreedor a obtener la resolución del contrato.

Proponemos el caso siguiente:

Si una persona se ha comprometido a ejecutar una edificación; y en efecto la ha cumplido casi en su totalidad, a excepción de pintar una última habitación, por este hecho no podría demandarse la resolución del contrato, sino únicamente exigir la ejecución o la rebaja de la contraprestación y en uno u otro caso la indemnización de daños y perjuicios, si los hubiere.

Es, más o menos, el principio que rige en el pago por armadas de la compra venta, en que el Código Civil (Artículo 1561 Código Civil) prescribe que la falta de pago de tres armadas sucesivas o alternadas producirá, a petición del vendedor, la resolución del contrato; pero en ningún caso la falta de pago de una o dos armadas porque en este caso mutatis mutandis se trata de un incumplimiento de escasa importancia.

Sin embargo, habría que considerar en cuanto al incumplimiento parcial, si la parte no cumplida de la prestación es o no de escasa importancia.

Según el artículo 1455 del Código Civil Italiano si el cumplimiento implica satisfacer el interés del acreedor y, en efecto, se advierte que la parte no cumplida no afecta este interés, por ser de escasa importancia, entonces no habría lugar a la resolución por incumplimiento; empero dicha disposición no aparece en el Código Civil Peruano de 1984 que como apunta De la Puente y Lavalle³⁸ pese haberse inspirado en aquel código el nuestro no contiene una disposición semejante, concluye siguiendo a los juristas franceses, españoles y argentinos que cita, que si la ejecución, aunque incompleta, es importante para los efectos de contrato, debe rechazarse la solicitud de resolución; porque, caso contrario, de admitirse la resolución se estaría dando lugar a un abuso del derecho.

4.3.1.3. Cumplimiento defectuoso.

También considerado un incumplimiento inexacto como en las obligaciones de hacer cuando el carpintero se obligó a confeccionar un escritorio de determinadas dimensiones y forma del tablero del número de gavetas o cajones y no ha cumplido con ejecutar la prestación en el modo convenido De La Puente y Lavalle citando a Llambias³⁹ dice que el acreedor frente a un pago defectuoso tiene tres alternativas posibles.

1. “Rechazar el pago, asimilándose entonces el intentado cumplimiento defectuoso a la ejecución total.
2. Aceptar ese pago sin reserva alguna, hipótesis en la cual el efecto cancelatorio del pago funciona plenamente por mediar, por acuerdo de partes, una dación en pago (crf. Art. 779 Cód. Civil), que importa una novación por cambio del objeto debido.
3. Aceptar el pago con reserva del derecho a obtener la indemnización del daño que el defecto de cumplimiento le causa al acreedor”.

³⁸ De la Puente y Lavalle. El Contrato en General. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Perú. Volumen XV. Tomo 4. Segunda parte. 1993. pág. 324.

³⁹ Idem. pág. 64.

Para luego el mismo De La Puente y Lavalle⁴⁰ afirmar que la facultad de rechazar la prestación defectuosa, no es absoluta sino que debe ejercitarse teniendo en cuenta los principios de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho para finalizar indicando que en materia de obligaciones de hacer interpretando el art. 625 del Código Civil (sic) la doctrina y jurisprudencia peruana ha establecido que es factible la destrucción de lo hecho o el rechazo de la prestación sólo cuando la diferencia e imperfección tengan importancia y gravedad.

El artículo 625 citado por De La Puente y Lavalle, no es el correcto pues se refiere a la participación de los hermanos en el Consejo de Familia y más bien corresponde analizar los efectos del cumplimiento parcial por culpa del deudor, consagrado en el artículo 1151 del Código Civil, particularmente el inciso dos, que permite al acreedor considerar no ejecutada la prestación (por cumplimiento parcial) si resulta sin utilidad para él; o bien aceptar la prestación ejecutada (parcialmente) exigiendo que se reduzca la contraprestación si la hubiere.

Pongamos el ejemplo de un abogado que manda confeccionar un escritorio tipo gerencial a un carpintero con una plataforma amplia y en forma de media luna, con tres gavetas a cada costado y una central con cuatro soportes (patas) con determinadas talladuras, y el carpintero ejecuta la prestación haciendo un escritorio de plataforma rectangular sin la gaveta central y sin las moldaduras en los soportes. Según el Código Civil Peruano el abogado puede considerar no ejecutada la prestación sólo si resulta sin utilidad para él, pero ¿Cómo demostrar que no le es útil, si tiene todos los elementos necesarios para servir a su finalidad como instrumento de oficina?. Sólo estaría facultado, en este caso el acreedor para aceptar la prestación parcialmente ejecutada, exigiendo que se reduzca el honorario del carpintero.

⁴⁰ Ob. Cit. Idem.

Entonces qué valor tiene lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil, según el cual, los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos y si se puede considerar el escritorio defectuosamente confeccionado como un caso de dación en pago en que le asiste al acreedor el derecho de aceptarlo o no, según la regla del artículo 1265 del Código Civil, con el añadido de que con relación a las obligaciones de hacer el artículo 1148 del mismo Código señala que el obligado a la ejecución de un hecho **debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados**, lo que implica que solo habrá un cumplimiento efectivo de la prestación cuando ésta se ha ejecutado en el modo que las partes han convenido; en el caso del ejemplo, necesariamente con las características que se estipularon para el tablero, gavetas etc, a pesar de que el escritorio que guarda conformidad con estas características pudiera serle útil al acreedor. (El abogado)

Puede interpretarse igualmente en un sentido lato el término de la “utilidad”, que puede comprender aquellas características que el acreedor considera estéticamente favorables, como podía ser la apariencia más distinguida de dicho instrumento de trabajo, teniendo en cuenta que un escritorio gerencial impresiona mejor al cliente de un escritorio ordinario o corriente.

4.3.1.4. Cumplimiento tardío.

Es regla de derecho para que proceda la resolución por el caso de cumplimiento tardío que contra quien se haga dicha resolución haya incurrido en mora.

Ocorre sin embargo que el sólo incumplimiento fuera del plazo legal o convencional no es suficiente para constituir en mora al deudor, pues el retraso le es imputable únicamente cuando se ha debido a dolo o culpa del deudor, y también cuando se dan otros requisitos, de ahí que sea necesario tratar sobre la mora en particular y sus consecuencias.

4.4. Mora.

La tardanza o retraso en el cumplimiento de la obligación puede resultar imputable al deudor pero también al acreedor; y en este último caso no le es imputable al deudor el cumplimiento parcial, defectuoso o tardío de la prestación, porque como se ha visto, sólo el incumplimiento culposo le genera al deudor la consiguiente responsabilidad civil.

La mora del acreedor fue conocida en el Derecho Romano, pero como afirman Pizarro y Vallespinos⁴¹ no fue sistematizada y los textos que la regulan están dispersos en el Digesto y en el Código de Justiniano, pero puede estimarse que su concepto era igual al que sustenta la Doctrina moderna como el retraso en el cumplimiento de una obligación exigible provocado por el acreedor.

4.5. La mora del deudor.

No es sencillo manifiestan los autores antes nombrados conceptuar la mora debido a la cantidad inagotable de las definiciones que se han propuesto, y ellos la definen como el retraso imputable al deudor que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío, pues puede desembocar indistintamente en el incumplimiento tardío, en la realización de ofertas reales de cumplimiento o en la renuncia del acreedor a los derechos que le confiere el estado de mora de su deudor o en el incumplimiento definitivo.

Para que se configure la situación de mora deben darse tres presupuestos: a). La exigibilidad de la prestación debida. Lo que implica que el acreedor se encuentra facultado para exigir el cumplimiento específico de la prestación; por consiguiente no habrá mora en el cumplimiento de una obligación natural, como tampoco habrá mora si están pendientes un plazo o una condición suspensivos.

⁴¹ Pizarro Ramón, Daniel. Vallespinos Carlos. Gustavo. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 3. Ed. José Luis de Palma. Pág. 266

b). Cooperación del acreedor.- Pues en muchos casos el acreedor tiene deberes de cooperación que debe ejecutar para posibilitar que el deudor cumpla la obligación a la que se ha obligado, como el caso de quien se compromete a suministrar los materiales para que el deudor ejecute una edificación o para el caso de que el acreedor deba hallarse presente en un lugar determinado para que pueda cumplirse la prestación, por ejemplo, cuando debe estar presente en un determinado lugar donde debe entregarse la cosa en las obligaciones de dar o para que se practique el servicio, en las obligaciones de hacer y si no se realizan estos actos previos no se puede imputar al deudor el incumplimiento.

c). Posibilidad y utilidad del cumplimiento tardío. Lo que implica que exista la posibilidad o que sea susceptible de ser cumplida la prestación específica por convenir a los intereses del acreedor; caso contrario cuando el cumplimiento tardío ya no interesa al acreedor, se produce el incumplimiento definitivo; por ejemplo, si la modista cumple con confeccionar el vestido de novia pero ya para después del día de la boda.

Si bien hemos señalado los presupuestos conviene precisar los requisitos de la situación de mora, en los que también son tres los que deben cumplirse:

a). El retardo; b). La imputación al deudor, objetiva o subjetivamente de dicho retardo y c). la constitución en mora del deudor.

a) El retardo o retraso.- Lo que supone la demora o sea que la prestación no se ha cumplido en el momento pactado para ello, retardo que sin embargo no obsta para que la prestación pueda cumplirse, a no ser que como se ha visto ya no satisface el interés del acreedor y si ha devenido imposible también no hay incumplimiento de este requisito, de que pueda ser satisfecha la prestación.

Pizarro y Vallespinos⁴² consideran que existen distintos enfoques en la doctrina argentina y comparada sobre mora y retardo pues en algunos

⁴² Ob. Cit. pág. 508 y 509

casos se identifican los conceptos y la mora viene a ser el simple retardo en el cumplimiento de la obligación sin que sea necesario considerar la culpa del deudor, pues estiman que debe distinguirse la mora de la responsabilidad derivada de la mora, y siendo así la mora es la dilación en tardanza en cumplir una obligación; en cambio para otro sector pues el retardo puede producir efectos por si solo pero no por ello se puede considerar que dicho retardo produzca la mora siendo necesario que el retardo sea imputable al deudor por dolo o culpa.

En efecto el retardo también produce consecuencias jurídicas como por ejemplo el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento específico tardío de la prestación, la resolución del contrato por incumplimiento entre otros; para estos autores el retardo o simple demora y la mora que es el retardo culposos, son ambas distintas formas de lesionar el derecho de crédito pero que tienen diferencias entre sí.

- b) La imputación al deudor, objetiva o subjetivamente de dicho retardo.-** Lo que implica que para que el retardo pueda considerarse como mora debe existir el factor de atribución que conforme a una opinión clásica está basada en la culpa, como dolo o culpa propiamente dicha.
- c)** Para otra opinión debe darse un factor de atribución subjetivo (Mora subjetiva) y un factor de atribución objetivo (Mora objetiva), empero dentro de esta corriente se advierten diferencias importantes, poniendo de relieve la falta de uniformidad de la doctrina en estas materias.
- d) La constitución de mora del deudor.-** Este tercer requisito implica que la mora no sólo es el retraso imputable del deudor sino que es necesario además que se le constituya en mora por un acto del acreedor (Interpelación) o bien por el mero transcurso del tiempo (dies interpellat pro homine).
- e)** En el primer caso, o sea el sistema de interpelación “ex persona” tiene su origen en el Código Francés que estableció que el deudor no incurre en mora de pleno derecho por el simple cumplimiento del plazo sino que se exige que sea el propio acreedor el que requiera el cumplimiento,

manifestando su voluntad de obtener su cumplimiento de la obligación, entendiendo que el incumplimiento vencido el plazo es un simple retraso, habida cuenta que la mora tiene graves consecuencias y que la falta de ese requerimiento hace que el deudor este conminado a cumplir la obligación dejando de lado la presunción de que la demora no le provoca daño al acreedor; aparte de otros beneficios de la interpelación, terminando con el principio del *favor devitoris*.

En tanto que en el sistema de la mora “ex re” la mora se produce sin interpelar al deudor, principio que tiene sus raíces en el Derecho Romano, pues las partes fijaron una fecha para el cumplimiento de la prestación de donde resulta que la interpelación es una formalidad innecesaria, que implica dar lugar a excusas injustas del deudor, entre otros fundamentos.

4.6. La mora en las obligaciones a plazo expreso.

Entre los casos de mora ex- re del derecho Romano, anotan Pizarro y Ballespinos⁴³ estaban los supuestos de obligaciones a término, de obligaciones derivadas de delito y en caso singular cuando el deudor no era hallado. Muchos son los juristas que se adhieren a estas ideas como BORDA, MOISSET DE ESPANES, WAYR, MOSSET ITURRASPE, BUERES, BUSTAMANTE ALSINA, que en resumen sostienen que la interpelación es inconveniente pues ya está fijada de antemano la fecha en que debe cumplirse la prestación caso en que el deudor debe ceñir su conducta a la fecha prevista como todo hombre honorable y correcto, no teniendo lugar la falsa pretensión de tolerancia del acreedor.

Por otro lado es una exigencia innecesaria que el acreedor tenga que interpelar al deudor y si no lo hace está privado de percibir intereses o de beneficiarse con las otras consecuencias de la mora; al favorecer al deudor no siempre es verdad que se esté protegiendo al más débil, por

⁴³ Ob. Cit. pág. 519

ejemplo en el contrato de seguro en que el deudor no es la parte más débil.

La mora automática rige plenamente en las obligaciones a plazo en países como en Italia, Portugal, Brasil, Chile, Bolivia, México, Ecuador, Colombia; incluso en Francia y España existe una tendencia a abandonar el sistema de mora por interpelación.

4.7. La mora en el Derecho Peruano.

Mario Castillo Freyre en⁴⁴ señala que los elementos esenciales de la mora son:

1. El retraso.
2. Que el retraso sea imputable al deudor.
3. Que a pesar del retraso el cumplimiento de la prestación sea posible.
- 4.- Que a pesar del retraso la prestación sea útil para el acreedor.
- 5.- El requerimiento del cumplimiento de la obligación.

4.7.1. Es indudable que para que exista mora, debe existir demora y atraso en el cumplimiento de la prestación.

Esto es, que halla vencido el plazo respectivo aun cuando existen casos en los que no habiendo vencido el plazo procede la resolución por incumplimiento, por ejemplo cuando antes del vencimiento del plazo el deudor manifiesta inequívocamente que no va a cumplir con la prestación, o cuando ha perdido el beneficio del plazo por insolvencia, empero se dan estos casos no de demora sino de resolución del contrato por incumplimiento; en cambio la mora siempre tiene que entrañar una demora por retraso.

⁴⁴ Castillo Freyre, Mario. Derecho de las Obligaciones. Colección "Lo esencial del Derecho" Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2017. pág. 151.

4.7.2. Que el retraso sea imputable al deudor.

En efecto, puede haber ocasiones en las que el deudor no cumple puntualmente la prestación, en el tiempo establecido, por caso fortuito o fuerza mayor, o sea no es imputable el incumplimiento que debe ser necesariamente culposo, o sea por dolo del deudor o por culpa propiamente dicha.

4.7.3. Que a pesar del retraso el cumplimiento de la prestación sea posible.

El tercer elemento constitutivo de la mora consiste en que la prestación - a pesar del retraso - sea todavía posible de cumplir, porque si producido el retraso ya no es posible, o se trata de un caso no de mora sino de un incumplimiento definitivo. Incluso cuando no cumplida la prestación el acreedor interpeló al acreedor exigiendo el cumplimiento de la prestación y esta deviene posteriormente imposible por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor sufrirá las consecuencias de la mora.

4.7.4. Que a pesar del retraso la prestación sea útil para el acreedor.

En efecto, el acreedor puede mantener el interés del cumplimiento de la prestación porque todavía le es útil a pesar del retraso. Este es un cuarto requisito de la mora, porque si ya no le es útil se tratará de un caso de incumplimiento definitivo y ponemos como ejemplo el caso de la novia que contrató con la modista la confección de su vestido nupcial, prestación que debía cumplirse antes de la fecha fijada para su matrimonio, pues si el vestido se elabora después de esa fecha, es obvio que ya no le interesa porque seguramente se vio obligada a adquirirlo de una tienda. No será un caso de mora sino de incumplimiento definitivo.

Anota Castillo Freyre⁴⁵ que un caso singular es la demora en el pago de dinero en la que se advierte que aún con retraso subsiste el interés del acreedor en recibir dicho pago, a no ser el caso excepcional que en el contrato se haya especificado el motivo por el cual resultaba esencial que el pago sea realizado en una fecha y hora determinada, y de no darse el caso, no podría fundamentar jurídicamente – dice dicho autor – que el cumplimiento de la obligación ya no le sirva.

4.7.5. El requerimiento del cumplimiento de la obligación.

Es la llamada interpelación que ocurre cuando el acreedor emplaza al deudor para que cumpla con el pago, requerimiento que no está sometido a formalidad alguna pues podría producirse, como señala el mismo Castillo Freyre⁴⁶, llamándolo por teléfono, enviándole una carta notarial, buscándole en su casa, enviándole una carta simple, remitiéndole un correo electrónico, entre otras formas, y agregamos de nuestra parte que tendrá cuidado el acreedor de que dichos medios de interpelación estén sustentados en prueba idónea.

El requerimiento de pago o intimación se encuentra regulado en el artículo 1333 del Código Civil, que establece una regla general: “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”; empero en la misma norma se establece excepciones a esta regla general, en que no es necesario el requerimiento:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 3) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

⁴⁵ Ob. Cit. pág. 153

⁴⁶ Ob. Cit. pág. 154

4.8. Excepciones al requerimiento o intimación al deudor. (Mora ex re)

4.8.1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

La ley puede exonerar del requisito de intimación al deudor para que con el solo vencimiento de la obligación, este quede constituido en mora como sería probablemente según Castillo Freyre⁴⁷ el caso de las obligaciones tributarias.

Por su parte Pizarro y Ballespinos⁴⁸ señalan algunos casos particulares en que la normatividad argentina antes de la ley 17711 prescindía del requisito de la interpelación señalando como ejemplos: El de la promesa de dote a la mujer (Art. 1242) en que el deudor quedaba constituido en mora desde el día de matrimonio, el caso de restitución de bienes dotales (Art.1322); el caso de la obligación de efectuar aportes a la sociedad (Art. 1721).

El caso de deudas por saldos de la tutela (Art. 466); el caso de deuda contraída por el usufructuario de dinero (art. 2944); el caso del poseedor de mala fe de reintegrar los frutos percibidos y los dejados de percibir por su culpa (Art. 2438), manifestando dichos autores que en materia tributaria, administrativa y comercial frecuentemente habían normas que consagraban la norma automática, prescindiendo del requisito de la interpelación.

Ahora bien la mora automática también puede ser estipulada expresamente por las partes, incorporando una cláusula específica sobre ella.

⁴⁷ Ob. Cit. pág. 153

⁴⁸ Ob. Cit. pág. 154.

4.8.2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

Pizarro y Ballespinos⁴⁹ pone el ejemplo de quien contrata un servicio de transporte (taxi) para que lo lleve determinado día al aeropuerto a fin de tomar un avión a Europa, caso en el que la falta de cumplimiento en el día y hora señalado, frustra el interés del acreedor, siendo necesario interpelar, pues la designación de dicho día y hora fue determinante para el acreedor a fin de dirigirse oportunamente al aeropuerto; por nuestra parte, reproducimos el caso del vestido de novia.

4.8.3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

Cuando el deudor manifiesta por escrito que no va a cumplir la prestación resulta obviamente innecesario requerir el pago que implica exigir el cumplimiento de la prestación. En este caso la mora se produce a partir de la fecha del documento escrito en que el propio deudor manifiesta que no va a cumplir la prestación.

Castillo Freyre⁵⁰ pone como ejemplo el caso en que una persona contrae una obligación el primero de octubre, que debe cumplirse el diez de octubre, y el día doce del mismo mes, es decir cuando han transcurrido dos días del cumplimiento de la obligación el deudor dirige una carta al acreedor manifestándole que no va a pagar, entonces surge la cuestión de establecer desde qué momento el deudor estaría constituido en mora, pues hay varias fechas primero, diez y doce de octubre. El primero de octubre no ha vencido todavía la obligación pues se ha contraído recién esa fecha, por tanto, no hay mora; el diez de octubre

⁴⁹ Ib. cit. pág. 155.

⁵⁰ Castillo Freyre. Ob. cit. pag. 156.

tampoco produce constitución en mora pues se señaló esa fecha como el día del cumplimiento y el acreedor no le requirió el pago ese día, toda vez que no se trataba del caso de mora automática, concluyendo el mencionado autor que el deudor estaría constituido en mora el doce de octubre fecha en que emite la carta relacionada con la negativa de cumplir el deudor.

Pero luego el mismo autor⁵¹ plantea el mismo caso pero con el dato de que el deudor envía la carta el día nueve de octubre y no el doce, situación en la que señala que en esa fecha – nueve de octubre – no habría mora porque la obligación vence el día doce; señalando que tampoco habría mora el día diez de octubre en razón de que ese día es el fijado para el cumplimiento y todavía no hay demora con el agregado que podría arrepentirse y antes del vencimiento de ese día se acerque y ejecute la obligación a su cargo, y si esto no ocurre no cabe duda que la mora se produce el día siguiente once de octubre.⁵²

4.8.4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

En este caso de mora automática conviene establecer cuándo resulta de aplicación una formula tan genérica de que no pueda intimarse al deudor debido a una causa que le es imputable al mismo deudor, situación que el propio Castillo Freyre dice que tuvo inicialmente una interpretación sobre los alcances de este dispositivo y que luego se ve obligado a cambiar su punto de vista. Pone como ejemplo que “A” le presta dinero a “B” y que este último se obliga a pagárselo el día primero de octubre y que vencido el plazo “B” no honra su obligación, viéndose obligado “A” a llamarlo por teléfono y a enviarle innumerables correos electrónicos a partir del cinco de octubre

⁵¹ Castillo Freyre. Ob. cit. pag. 156.

⁵² Ob. cit. pag. 157.

aunque no logra localizarlo en ninguno de estos intentos. Posteriormente el diez de octubre se enteró el acreedor que su deudor ha viajado el día tres de ese mes a Tailandia con la intención de no retornar y quedarse a residir allí.

En el caso propuesto el mencionado autor concluye que la intimación sería imposible pues no habiéndose fijado un domicilio en el contrato, “B” se mudó sin comunicarle a su acreedor.

¿Desde cuándo se consideraría “B” en mora? Acaso desde el día en que viajó – tres de octubre, o desde el día en que “A” intentó intimarlo – cinco de octubre, o desde que “A” se enteró que “B” salió del país, el diez de octubre, y manifiesta el reconocido Jurista que el viaje se produjo el día tres de octubre pero que no es el momento definitivo pero no hay intento de intimación desde esa fecha, manifestando que si no existen actos tendientes a intimar al deudor no puede sostenerse que la intimación es imposible por causa imputable al acreedor ; sin embargo cambiando este error encausa su razonamiento que si hay un domicilio contractualmente establecido cualquier requerimiento de pago realizado a ese domicilio tendría como resultado la mora del deudor pero se trataría de un caso no de mora automático sino de mora por intimación, y termina por afirmar que aun para el caso que no existiera domicilio el acreedor puede ocurrir a las normas sobre domicilio previstas en el Código Civil y cuando no pudiera obtenerse aún en este último caso el domicilio del deudor, entonces resultaría aplicable más bien el inciso cuarto del artículo 1333 del Código Civil pues ya en este último caso la intimación no es posible por causa imputable al deudor.

4.9. Efectos de la constitución en mora.

Ya sea el caso en que se haya producido la mora por intimación o el caso de la mora automática va a traer consecuencias que pueden considerarse de dos tipos:

1. Daños y perjuicios moratorios;
2. Intereses moratorios.

4.9.1. Daños y Perjuicios moratorios.

Para el caso de una mora por intimación hay dos momentos: Uno cuando el acreedor intima al deudor y lo hace caer en mora y dos, cuando el deudor ejecuta posteriormente la prestación, estableciéndose así el denominado periodo de mora, de suerte que los daños y perjuicios resarcibles son los que se producen en dicho periodo con la denominación de daños y perjuicios moratorios y que constituyen la primera consecuencia de la mora, aun cuando también pueden producirse otros daños y perjuicios que ya no son moratorios sino que se denominan compensatorios; y ocurre que en tanto los daños y perjuicios moratorios tienden a indemnizar al acreedor por el retraso en el pago, los daños y perjuicios compensatorios tienen por objeto indemnizarlo por el incumplimiento definitivo de la obligación o por el cumplimiento parcial y también por el incumplimiento defectuoso de la obligación.

Una segunda consecuencia o efecto de la mora son los llamados intereses moratorios que tienen lugar en las obligaciones de dar suma de dinero en que los daños y perjuicios consisten, salvo excepciones, en los intereses moratorios.

Cuando en las obligaciones de dar suma de dinero el deudor es constituido en mora, está obligado a pagar los intereses, a no ser que se haya pactado la cláusula de indemnización por daño ulterior, de suerte que más bien debe resarcir al acreedor del integro de los daños y perjuicios pactados, pero en este último caso se requiere que preexista un pacto sobre daño ulterior pacto que es igualmente posible en otras obligaciones y no únicamente en las obligaciones de dar suma de dinero.

En el ordenamiento peruano el artículo 1336 del Código Civil, prescribe que el deudor constituido en mora responde los daños y perjuicios que irrigue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente cuando ella obedezca a causas que no le sea imputable y que

puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa porque la causa no imputable habría afectado la afectación aunque se hubiese cumplido oportunamente; de este dispositivo podemos extraer lo siguiente:

- 1. Una responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el retraso.-** Como se ha expuesto anteriormente el deudor debe responder por los daños y perjuicios producidos en el lapso entre el momento en que incurrió en mora y el momento en que ejecuta la prestación, porque se trata precisamente de daños y perjuicios moratorios, de suerte que el acreedor que aún mantiene interés en el cumplimiento de la prestación le puede exigir al deudor la ejecución de dicha prestación, y ésta podría cumplirse tardíamente pero también el deudor está obligado a indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios producidos en el lapso mencionado.

Situación distinta sería que el acreedor constituya en mora al deudor y éste no satisfaga el requerimiento del acreedor, en cuyo caso se trataría de un incumplimiento definitivo que daría lugar a que el acreedor opte por resolver la obligación y por la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, según lo dispuesto por el artículo 1428 del Código Civil, pues no obstante la negativa del deudor le asiste el derecho al acreedor también de optar por la ejecución de la prestación más, daños y perjuicios, que tendrían el carácter en este caso de una indemnización compensatoria y no de una indemnización por morosidad. Al respecto Aníbal Torres Vásquez⁵³ precisa “Tanto la mora como el incumplimiento definitivo dan lugar, entre otros efectos, a la indemnización de daños” empero, en la mora, el deudor debe la prestación principal (Posible de realizar) más la indemnización por los daños moratorios.

⁵³ Torres Vásquez, Aníbal. “Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Pacífico Editores SAC. Lima 2014. Pág. 112

En cambio, la indemnización de daños por incumplimiento absoluto reemplaza a la prestación principal (Imposible de ejecutar o inútil para el acreedor) y comprende además cualquier otro daño sufrido por el acreedor, indicando el mismo autor⁵⁴ que constituido en mora el deudor el acreedor no puede rechazar el cumplimiento pero tiene derecho a reclamar también el pago de los daños y perjuicios según el art. 1321 del Código Civil.

2. **Corresponde el deudor constituido en mora asumir el riesgo por la imposibilidad sobreviniente de la prestación, aunque no le sea imputable.-** La regla es que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto por la ley o por el título de la obligación, según lo dispuesto por el art. 1317 del Código Civil; ello
3. Quiere decir que si le resulta imposible cumplir la obligación al deudor por caso fortuito o fuerza mayor, estaría exonerado de culpa y por tanto no responde de los daños y perjuicios, pues no se puede forzar a persona alguna que pueda vencer un evento extraordinario inevitable e irresistible que impide precisamente la ejecución de la obligación o que determina que el deudor pueda cumplir dicha obligación en forma parcial, en forma tardía, o en forma defectuosa (Art. 1315 Código Civil)

Por su parte, el artículo 1431 del mismo Código establece que en los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho

⁵⁴ Ibidem

En este caso el deudor liberado pierde derecho a la contra prestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero las partes pueden convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor.

Se trata de dos casos: Uno de incumplimiento en que no se puede ejecutar la prestación absoluta o solo se ejecuta en forma relativa en razón de la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, y en el segundo caso, la prestación ha devenido imposible, o sea ya no se puede ejecutar de ninguna manera por resultar física y jurídicamente imposible.

Cuando al deudor se le constituye en mora según el artículo comentado (1336), responde cuando ha sobrevenido la imposibilidad de la prestación o sea que ésta ya no puede ejecutarse de ningún modo y aun que esta imposibilidad no se deba a su culpa caso en que resulta ajeno al responder, constituido en mora responde de todas maneras porque es precisamente una sanción a su conducta censurable.

Producida la destrucción o pérdida del bien el deudor moroso responde por ella en virtud del tradicional principio de *obligatio per moram debitoris perpetua fit* no importando que la pérdida se haya producido por hecho imputable o no al deudor; el deber de prestación se torna en un deber de indemnizar daños y perjuicios dice el autor mencionado: “Por ejemplo si el bien perece a consecuencia de una inundación (caso fortuito) antes que el deudor sea constituido en mora este no es responsable por la pérdida; pero si ya estaba constituido en mora, el riesgo de pérdidas del bien corre por su cuenta, no obstante que el hecho fortuito no le es imputable.

Ello quiere decir que como el bien ha perecido, queda obligado el deudor moroso a pagar su valor al acreedor; no obstante no es una regla absoluta.

4. La carga de la prueba de la ausencia de culpa le corresponde al deudor. –

El deudor puede demostrar que el retraso en el cumplimiento de la obligación se ha producido no por su culpa, y si logra acreditar esta afirmación, queda liberado de la responsabilidad por pérdida o destrucción del bien. A él le corresponde la carga de la prueba igual que en el caso de la responsabilidad extracontractual, en que el artículo 1919 del Código Civil dispone que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo y que el descargo por causa de dolo o culpa corresponde al deudor.

- 5.** En efecto, si el deudor obró con la mayor diligencia debida y se produce a pesar de ello el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor, o la pérdida o destrucción del bien no responderá por daños y perjuicios de forma que aun constituido en mora le queda todavía la posibilidad de acreditar la ausencia de culpa quedando liberado de responsabilidad por este motivo.

6. Que la prestación también hubiera resultado imposible por causa no imputable aunque se hubiese cumplido oportunamente.

Probar que no existió culpa de su parte permite al deudor no afrontar las consecuencias de la pérdida o destrucción del bien pero si fuera pero si fuera realmente culpable queda aún otra posibilidad de liberarse de la responsabilidad cuando llegara a probar que la causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor) habría afectado por igual la prestación; es el caso en que el evento imprevisible e irresistible hubiera igualmente afectado la prestación si se hubiera cumplido oportunamente; en otras palabras la destrucción o perecimiento del bien se habría producido de igual forma que estando en poder del deudor moroso o en poder del acreedor.

Al respecto Torres Vásquez⁵⁵ propone el siguiente ejemplo: “Ticio deudor de un brillante frente a un coinquilino suyo; al retardar la entrega, pierde el objeto en la ruina completa del edificio en el cual tienen ambos su habitación.

El hecho de la mora no exonera a Ticio de responsabilidad del subsiguiente perecimiento y de la consiguiente imposibilidad de entregar el brillante; podría eximirse demostrando que el brillante se hubiese perdido también en poder del acreedor en la ruina del edificio del cual no se ha salvado nada.

Por nuestra parte proponemos el siguiente caso: Juan le vende un toro a Pedro y habiendo recibido el precio debe entregarlo en una fecha determinada en el establo de Pedro, pero llega el día de la entrega y no cumple razón por la que Pedro le requiere la entrega del semoviente convirtiendo a Juan en un deudor moroso y en tal situación tiene lugar una epidemia de fiebre aftosa que causa la muerte del semoviente como parte del ganado de Juan pero la misma suerte hubiera corrido el animal en el establo de Pedro si hubiera sido entregado oportunamente porque también el ganado de Pedro ha sido diezmado por la misma epidemia.

4.10. Mora del acreedor.

La demora para que se cumpla la prestación puede deberse, como se has visto, a una conducta culpable del deudor, que debe comprender igualmente los otros requisitos ya aludidos: Retraso; que la prestación sea posible; que subsista el interés del acreedor; y el requerimiento de pago (intimación) o que la mora se produzca en formas automática; pero el retraso en el cumplimiento de la obligación también puede deberse a conducta del acreedor, debiendo cumplirse

⁵⁵ Ob. cit.

todos los requisitos antes referidos salvo el de utilidad del pago porque el acreedor pone de manifiesto con el incumplimiento que le respecta que no tiene interés en el pago, más bien el interés es del deudor que quiere que se acepte el pago.

En muchos casos el acreedor debe colaborar para que se pueda cumplir con la obligación, como ocurre cuando debe abrir su casa si se ha pactado que la pinte el deudor o debe estar presente cuando el deudor debe entregarle un bien, pues en estos casos su negativa impide al deudor pagar la obligación, dando lugar a que la obligación del deudor se transforme en un derecho, intimando al acreedor que en esta forma caerá en mora.

La negativa del acreedor a recibir la prestación por su falta de colaboración son también censurables y debe existir una sanción; estos casos de mora se conocen también como mora accipiens; mora creditoris o mora credendi.

Pueden darse casos como los señalados por Aníbal Torres Vásquez⁵⁶: “(…el acreedor no se encuentra en el lugar del pago, no imparte las instrucciones necesarias para que el deudor ejecute su prestación, no hace la elección tratándose de obligaciones alternativas, no posa para que el deudor lo retrate, no proporciona los materiales necesarios para la ejecución de la obra o servicio, no permite el acceso al lugar donde se deben hacer los trabajos”, precisando que son requisitos de la mora del acreedor:

- 1) Que la obligación sea exigible.
- 2) Que el deudor haga el ofrecimiento de pago.
- 3) Que el retraso en el cumplimiento se deba que el acreedor rehúsa la prestación o no presta su colaboración para que se pueda ejecutar la prestación (Causas que le son imputables); y
- 4) Que la negativa del acreedor sea sin motivo justificado. Precisando que el ofrecimiento de pago implica la intimación, a diferencia de la mora del

⁵⁶ Aníbal Torres. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Pacífico Editores

deudor; que puede ser, por analogía, una intimación judicial o extrajudicial;

- 5) Que el ofrecimiento de pago debe contener los principios de identidad, integridad, tiempo y lugar, agregando que el ofrecimiento de pago puede hacerlo el deudor o un tercer;
- 6) Que la prueba de la negativa del acreedor le corresponde al deudor;
- 7) Que el deudor puede consignar la prestación: pero aquello no implica la mora, pues solo el pago.

Los efectos de la mora del acreedor son igualmente dos:

- 1.- Daños y perjuicios moratorios.
- 2.- La transferencia del riesgo.

4.10.1. Daños y Perjuicios moratorios.

Si el deudor lleva un automóvil a la casa del acreedor para entregárselo como se había acordado en el contrato de compra venta, y el acreedor no lo recibe el día indicado sino recién mes y medio después, el cuidado, custodia o conservación del vehículo habrá generado gastos al deudor y estos tienen que ser asumidos por el acreedor, que se encuentra en mora esto guarda relación con el artículo 1141 del Código Civil sobre las obligaciones de dar, cuando establece que los gastos de conservación son de cuenta del propietario del vehículo; y, en el presente caso, el propietario es todavía el deudor habida cuenta que la transmisión de la propiedad de un bien mueble opera con la tradición o entrega. Entonces según este dispositivo siendo propietario aún el vendedor, porque no se ha ejecutado la entrega asumiría estos gastos, empero estando el acreedor en mora debe resarcirlos al vendedor, porque si no estuviera en mora el acreedor, por no haber sido intimado, entonces los gastos debe asumirlos el deudor.

4.10.2. La transferencia del riesgo.

El ejemplo propuesto una vez intimado el acreedor, el deudor debe conservar el automóvil hasta su entrega pero ocurre que deviene un siniestro por ejemplo el incendio y destrucción del vehículo y como ha sido constituido en mora el acreedor asume las consecuencias de la pérdida del bien, esto es que el vendedor del automóvil puede exigir el precio del vehículo.

Sin embargo es conveniente precisar que este riesgo lo asume el acreedor en los casos en que no ha mediado culpa pues si el vehículo se perdiera por culpa del deudor quedará resuelta la obligación y no podrá exigir el precio, pues en este caso le es imputable la pérdida del bien y rige lo dispuesto en el artículo 1136 del Código Civil.

Además, según lo prescrito en el artículo 1340 del mismo Código el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de incumplimiento de la obligación salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

4.11. La culpa.

La resolución del contrato por incumplimiento requiere de la culpa de la parte contra la cual se pretende hacer valer la resolución.

En este aspecto no es pacífica la doctrina pues para una corriente adscrita a la tesis subjetiva la culpabilidad es un requisito inexcusable pues la resolución opera con una sanción a una conducta censurable ; en cambio para quienes se adscriben a la tesis objetiva, lo que cuenta es el hecho objetivo del incumplimiento, al margen de que exista culpa o no pues existe una interdependencia de las prestaciones recíprocas que tuvo origen en el inicio del contrato y debe mantenerse en su ejecución siendo intrascendente el comportamiento culposo o no de una de las partes; empero se critica a esta última corriente porque implicaría condenar al deudor a las consecuencias de la resolución, a

pesar que el incumplimiento de ella se ha debido a culpa del acreedor resultando entonces una sanción injusta.

Igualmente en este aspecto conviene resaltar que también es requisito que la parte que pretende la resolución este limpia de culpa, que no sea incumplidora así se desprende del artículo 1428 del Código Civil cuando establece que en los contratos con prestaciones reciprocas cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la prestación la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, y en uno u otro caso la indemnización de daños y perjuicios, lo cual se infiere que una de las parte no ha cumplido con la prestación pero la otra si ha cumplido, entonces la parte culpable no puede liberarse de la obligación; no puede admitirse que una persona puede obtener un beneficio de su propia negligencia.⁵⁷

⁵⁷ Cfr. Ramella, Ateneo E. La resolución por incumplimiento. Ib. Cit. Pág. 123.

CAPITULO V

LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS NOMINADOS Y LA RESOLUCIÓN DE OBLIGACIONES.

En el ordenamiento civil peruano, coexisten normas generales sobre resolución por incumplimiento que se aplican, como se ha visto, en los contratos con prestaciones recíprocas, pero también existen normas sobre resolución en los contratos en particular como la compra venta, la locación de obra, etc., incluso normas sobre resolución en las obligaciones de dar, hacer y de no hacer.

5.1. Resolución en la compra venta.

En efecto en el contrato de compra venta aparecen varias normas sobre resolución de este tipo de contratos que por ser normas específicas deben aplicarse y no las normas de carácter general, virtud del principio de que la ley especial deroga a la ley general, salvando así las antinomias que podrían producirse .

El vendedor asume la obligación principal de transferir la propiedad del bien y el comprador la de pagar su precio en dinero de forma que si el vendedor incumple la obligación de transferir la propiedad el comprador que ya cumplió la prestación que le correspondía puede acogerse a la resolución por incumplimiento según la norma general prevista en el artículo 1428 del Código Civil; empero si se ha pactado el pago del precio en armadas no será de aplicación este dispositivo que es de carácter general sino el artículo 1561 Código Civil, según el cual cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no el vendedor puede pagar la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo dándose por vencidas las cuotas que estuvieran pendientes.

O sea que una cosa es la falta del pago del precio convenido que da lugar a la resolución porque la compra venta es un contrato con prestaciones reciprocas y otra vez que haya estipulado el pago del precio en armadas en que la ley autoriza al vendedor a pedir la resolución del contrato si el comprador deja de pagar tres de estas armadas en forma sucesivas o alternadas.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1562 del Código Civil las partes pueden convenir la pérdida el derecho a optar por la resolución del contrato si el comprador hubiese pagado determinada parte del precio en cuyo caso el vendedor solo podrá exigir el pago del saldo del precio pero mas no la resolución del contrato. Por ejemplo Juan le vende su automóvil a Pedro por la suma de diez mil dólares que este último debe pagar diez armadas mensuales pero se ha pactado por el vendedor y comprador que si se llega a pagar cinco armadas ya no procederá la resolución del contrato porque ambas partes han acordado que no se haga valer por el comprador esta opción y solo le quedará exigir el saldo de las cinco armadas restantes. Pero puede advertirse claramente que el artículo 1562 del Código Civil, restringe la posibilidad del acreedor de optar por la resolución del contrato de compra venta, obviamente cuando ha sido materia de un acuerdo entre comprador y vendedor, pero si no existe este acuerdo rige la norma genérica establecida en el artículo 1561 del Código Civil anteriormente glosado según el cual si deja el comprador de pagar tres armadas

sucesivas o no el vendedor puede optar o dejar sin efecto el contrato mediante la resolución o si bien conviene a su interés exigir al deudor el inmediato pago del saldo del precio dándose por vencidas las cuotas que estuvieran pendientes.

Pongamos un ejemplo, Juan le vende a Pedro un automóvil por la suma de diez mil dólares precio que debe pagarse en diez armadas mensuales de mil dólares mensuales, Pedro no cumple con pagar la tercera, la cuarta y la sexta cuota, entonces como no existe pacto en contrario, Juan puede optar por resolver el contrato por la falta de pago de tres cuotas en este caso alterna o bien puede optar por cobrar todo el saldo pendiente, esto es las tres cuotas vencidas, (tercera, cuarta y sexta) y las cuotas pendientes (séptima, octava, novena y décima), porque en el caso de estas últimas ha caducado el plazo en beneficio del deudor.

Sin embargo aun cuando estas normas son de fácil interpretación ocurrió un caso en el Distrito Judicial de Lambayeque; y es el siguiente: Con fecha 17 de mayo del 2010, doña Clemencia Vásquez Mejía promueve el proceso N° 2040-2010, contra Bernardo Orestedes Carhuatanta Correa sobre devolución de inmueble y otros conceptos y luego de ser declarada inadmisibile termina por ser admitida a trámite como pretensión de resolución de contrato, y el demandado absuelve la demanda con fecha 24 de agosto del mismo año manifestando que es verdad “que (...) con fecha 09 de febrero de 1988, como aparece en el documento anexado en mi escrito N° 1, celebré con doña Clemencia Vásquez Mejía y don Moisés Rodríguez Elera, un contrato de compra venta sobre un solar y construcciones rústicas allí levantadas, ubicado en el distrito de Oyotún, por la suma de I/. 150,000.00, quedando el recurrente en posesión legítima del inmueble materia de la venta y que está ubicado en la Av. Tarapacá N° 636 de este distrito. (Sexto párrafo de la contestación de la demanda)

Sostiene el demandado que el contrato que se había celebrado hace 22 años era de compra venta conviniendo el pago del precio en armadas; que la primera armada ascendente a la suma de I/. 60,000.00 la recibieron los vendedores al momento de suscribir el contrato; que en efecto en el contrato en

la cláusula tercera que “la segunda, de DIEZ MIL INTIS, que serán entregadas por el comprador en este mismo Juzgado en fecha 16 del presente mes y que la última de OCHENTA MIL INTIS que serán canceladas en fecha 9 de abril del presente año”

De suerte que en la cláusula tercera del contrato fluye nítidamente que se trataba de un contrato de compra venta en armadas, y se consigna expresamente en la cláusula tercera: “El precio pactado por el presente contrato es la suma de CIENTO CINCUENTA MIL INTIS los mismos que serán pagados en tres armadas, distribuidas de la siguiente manera; La primera de SESENTA MIL INTIS ...” etc.

“Debo hacer presente a su Despacho – dice el emplazado comprador – que la demanda es igualmente improcedente porque la resolución del contrato de compra venta está prevista en el artículo 1561 del Código Civil, según el cual cuando el precio debe pagarse en armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas sucesivas, o no el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir el pago del saldo total; texto que en el mismo artículo; antes de su modificación por la Ley 27420 del siete de febrero del dos mil uno, también consideraba igual la falta de pago de tres armadas para que hubiera lugar a la resolución y en el presente caso, quedaron pendiente solo dos armadas, que fueron pagadas, pero que no facultan en el supuesto de haberse omitido el pago a plantear la resolución”. (11vo. Párrafo de la contestación de la demanda)

Se hace presente que analizamos únicamente este aspecto de la contestación de la demanda pues el demandado también alegaba que había pagado los saldos pendientes, empero la materia del proceso era muy simple, si cambia la resolución del contrato cuando según la propia demanda solo habían quedado impagas dos cuotas o armadas y no tres como lo señala el artículo 1561 del Código Civil; y en el curso del proceso se adjuntó la copia respectiva de la Casación N° 1032-2000/Cono Norte, extraída de “Código Civil en la

jurisprudencia casatoria”⁵⁸ Que a la letra dice: “... *El pago de la obligación contenida en el contrato de compra venta materia de autos, adquirió la naturaleza de un pago fraccionado o a plazos, toda vez que su cumplimiento no se realizó en un solo momento sino que se estipularon varios momentos para su efectivización, [...] Que en tal sentido, el incumplimiento de pago de una de las armadas acordadas, no resulta ser causa suficiente para legitimar a los accionantes vendedores a solicitar la resolución del contrato de comprar venta, en virtud de lo estipulado en el artículo mil quinientos sesentiuno del Código Civil; que establece como causal de resolución el incumplimiento de pago de tres armadas sucesivas o no, norma especial que resulta de puntual pertinencia al caso de autos, y que prevalece frente a las reglas generales aplicables a los contratos con prestaciones recíprocas contenidas en los artículo mil cuatrocientos veintiocho y mil cuatrocientos veintinueve del Código acotado [C.C]* (Casación N° 1032-2000/Cono Norte, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, págs.. 11518-11519.”⁵⁹

Que mediante sentencia de fecha 08 de mayo del 2013, se declara fundada en parte la demanda , resuelto el contrato de compra venta y se dispone la entrega del inmueble más el pago de frutos, considerando el Juzgado en el tercer considerando que la resolución del contrato deja sin efecto la relación jurídica patrimonial rompiendo el ligamen de las partes; que puede producirse dicha resolución como consecuencia de una causas legal o como consecuencia de una causa voluntaria como ocurre en el presente caso “Por cuanto se trata el incumplimiento de una de las partes al pago íntegro del valor del bien inmueble pactado en la suma de ciento cincuenta mil intis”, considerando entre otros requisitos “Que una de las partes contratantes falta al cumplimiento de su prestación total o parcialmente”; “Que con fecha nueve de febrero de 1988

⁵⁸ Hinostroza Minguez, Alberto. “El Código Civil en la jurisprudencia casatoria”. Ed. Justicia. SAC. Lima 2011. pág.756.

⁵⁹ Ibidim

doña Clemencia Vásquez Mejía y don Moisés Rodríguez Elera, en calidad de esposos propietarios vendedores suscribieron un contrato de compra ventas de un inmueble ubicado en la avenida Tarapacá N° 636 de un área de 150 metros cuadrados, con don Bernardo Orestedes

Carhuatanta Correa en calidad de comprador”, precisando luego que se pactó el pago del precio en tres la primera de Sesenta mil intis que los vendedores reciben en el momento de celebrarse el contrato, y que la segunda y la tercera debían pagarse en las fechas que allí se indican (Cuarto considerando) .

Que el demandado alega haber pagado del saldo de las armadas de diez mil y ochenta mil intis pero que no lo ha probado como era su obligación, terminando por declarar fundada en parte la demanda, sin que existe una sola mención al artículo 1561 del CC relativo al pago del precio de armadas de un contrato de compra venta.

Que apelada dicha sentencia por el demandado con el argumento preciso que a pesar de tratarse “(...) de un caso de resolución de contrato de compra venta por la presunta falta de pago de dos armadas (Febrero y Abril de 1988) no aplica Ud., el artículo 1561 del Código Civil, que a la letra dice “Cuando el precio debe pagarse en armadas por diversos plazos, **si el comprador deja de pagar tres de ellas**, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieran pendientes”.(Segundo párrafo del escrito de apelación de fecha 27.05.2013)

Sostiene también el demandado en el tercer párrafo de su escrito de apelación “(...) El propia Juzgado afirma (sexto considerando) que el recurrente “... solamente canceló la primera armada de I/.60,000.00 no cumpliendo el demandado con acreditar en este proceso el pago de las otras cuotas restantes”, que eran, obviamente dos y no tres como exige la *fatíspecie* legal contenida en el artículo 1561 del Código Civil, mencionado”.

Incluso en el mismo escrito de apelación se citó a autores nacionales como Manuel Muro Rojo⁶⁰ y Aníbal Torres Vásquez⁶¹; tratando el primero el asunto en los siguientes términos: ***“La norma se refiere a tres armadas, ni más ni menos, lo que ha generado discusión puesto que aplicando literalmente el artículo, el vendedor no tendría las acciones que allí se contemplan cuando, por ejemplo, el comprador pagó ocho (8) armadas den un total de diez (10) e incumplió el pago de las dos últimas. Lo mismo ocurriría si las partes pactaron el pago del precio en dos armadas o, inclusive, en tres armadas siendo este último caso que la primera se pagó al momento de la celebración del contrato. En todas estas hipótesis y similares la resolución del contrato es imposible, quedándole únicamente al vendedor la opción de cobro de las armadas, siempre que estuvieran vencidas”***.

Y por su parte Aníbal Torres Vásquez sostiene: “En algunos contratos la ley determina la entidad del incumplimiento para poder resolver el contrato. Así por ejemplo en la compra venta en que el precio debía pagarse en armadas en diversos plazos, el vendedor sólo tiene derecho a la resolución si el comprador deja de pagar tres cuotas o más (Art. 1561 Código Civil)

También en el escrito de apelación (8º párrafo) se invocó el art. 1352 del código Civil que establece que las reglas particulares de cada contrato (en este caso de compra venta) prevalecen sobre las reglas generales y que no podía el Juez de Primera instancia sustentar la sentencia en una regla general de resolución de contrato sino aplicar la regla específica con el agregado que el artículo 122 del Código Procesal Civil obliga al Juez indicar los fundamentos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto.

La Sala Civil mediante sentencia de fecha 8 de mayo del 2014 declara nula la sentencia recurrida con la ponencia del Dr. Pablo Díaz Piscoya sostiene que el derecho a un debido proceso comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales y exige que las

⁶⁰ Código Civil Comentado. Tomo VIII. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2010. pág. 136.

⁶¹ Torres Vásquez, Anibal. Teoría General del Contrato. Ed. Pacífico. Lima 2012. pág. 1185.

sentencia expliquen en forma suficiente las razones de sus fallos con mención expresa de los fundamentos facticos y jurídicos que sustentan las decisiones conforme a lo dispuesto en los artículos 139 inciso 3 y 5 de la Constitución en concordancia con el artículo 122.3 del Código Procesal Civil y el artículo 12 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que por otro lado es obligación del juzgador verificar, inclusive hasta el momento de expedir sentencia, que concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción necesarios para una correcta formación de la relación jurídica procesal pues el Juez puede declarar su invalidez aún en la propia sentencia conforme al art. 121 del Código Procesal Civil; que es insuficiente el fundamento del Juzgado considerar suficiente la intervención de la demandante Clemencia Vásquez Mejía y no del otro vendedor Moisés Rodríguez Elera, pues el derecho de propiedad de la demandante sería sobre el inmueble de la calle Tarapacá N° 270 en tanto el de la compra venta c cuya resolución se demanda es el signado con el N° 636 de la misma calle, destacando otras falencia en la sentencia recurrida; interpuesto recurso de Casación es declarado improcedente.

Luego de estas vicisitudes procesales, con fecha 7 de marzo de 2016 el Juez Ángel Fredy Pineda Ríos expide nueva sentencia y en el considerando primero indica: *“La pretensión principal, tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, conforme lo establece el artículo 1371 del Código Civil, produciendo la extinción de la relación obligacional; que con la celebración del contrato antes indicado los justiciables se generaron obligaciones reciprocas, pues según lo dispone el artículo 1361 del citado Código, los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos, lo cual concuerda con el numeral 1428 del mismo cuerpo de leyes, que prescribe, que si alguna de las partes falta al cumplimiento de su obligación la otra puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato y en el caso de cumplido con el pago del precio del bien, elemento necesario para la existencia válida de un contrato de compra venta, conforme lo estipula el artículo 1529 del Código sustantivo”*.

El artículo 1371 del Código Civil indica que “la resolución deja sin efecto un contrato valido por causal sobreviniente a su celebración”, o sea es una disposición legal que se limita a describir la resolución contractual. El artículo 1361 del Código Civil se refiere a la obligatoriedad de los contratos. El artículo 1428 Código Civil se refiere a la resolución por incumplimiento en los contratos en general con prestaciones reciprocas⁶² y el artículo 1529 del mismo Código trata sobre la definición de la compra venta.

En el quinto considerando, apartado 2) el Juez Pineda Ríos consigna “En la tercera cláusula se indica que el precio pactado es la suma de ciento cincuenta mil intis”, **cuyo pago**, se abonaría en tres armadas, distribuida de la siguiente manera: a) la primera, de sesenta mil intis al momento de suscribir el contrato (09 de febrero de 1988); b) la segunda armada de diez mil intis, debía pagarse el dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, y c) la tercera de ochenta mil intis debían ser cancelados el 09 de abril de 1988. (folio 28)

Y en el considerando décimo primero se hace notar que el primer punto controvertido consiste en “Establecer si concurre la causal de resolución de contrato por la falta de pago total del saldo del precio, reproduciendo los argumentos de la sentencia anterior ya glosados sobre el concepto de resolución y que esta puede ser por causal legal o por una causal voluntaria dándose el primer supuesto en el presente caso; luego aborda los requisitos de la causal de resolución por incumplimiento, precisándolos: “(...) i) que exista un contrato con prestaciones reciprocas válido, ii) que una de las partes contratantes falte al cumplimiento de su prestación, total o parcialmente, iii) que el incumplimiento parcial sea importante que de haber sabido el acreedor que la prestación no se cumpliría en su integridad no habría celebrado contrato, iv). Que el incumplimiento no se deba acaso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o del propio acreedor, v) que la parte que pretenden la resolución

⁶² Que hemos utilizado las sumillas adoptadas para cada artículo en la quinta edición oficial del Código Civil, exposición de motivos y comentarios. Compiladora Delia Revoredo Marsano. Tomo III. Ed. ECB. Ediciones SAC. Lima 2015.

no sea incumplidora, y vi) que se invoque judicial o extrajudicialmente” (Como puede verse se trata de la resolución por incumplimiento de carácter general; pero no de la resolución por incumplimiento del pago por armadas del precio.

En el décimo cuarto considerando nuevamente se hace referencia al pago en armadas en el apartado 1) y luego en el apartado 2) se dice: “El hecho antes descrito en efecto constituye causal de resolución que si bien es cierto que el artículo 1561 del Código civil señala que ***Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieran pendientes.***; sin embargo debe tenerse en cuenta razonablemente que dicho supuesto se aplicaría en los casos de haberse pactado por o menos cuatro armadas y que se hubiera incumplido tres que equivalgan a más del 50%, conforme al artículo 1562 vigente a la fecha del contrato”.

Agregando la sentencia en los puntos 3) y 4) del décimo cuarto considerando “En el supuesto que se incumplan tres armadas” no resulta exigible en el presente caso pues sólo se pactaron tres armadas pagándose únicamente la primera que equivalía al 40% del precio y se dejaron de pagar las dos últimas (que equivalían al 60% del precio), por lo que debe verificarse respecto del incumplimiento de dicho saldo si resulta razonable la resolución.

En efecto, así resultaba aplicable en el caso de autos el texto original del artículo 1562 del Código sustantivo vigente a la fecha del contrato, que señalaba que: ***En el caso del artículo 1561, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio. Es nulo todo pacto en contrario,*** de lo cual se infiere que la demandante producto de no haberse cancelado dicho saldo mayor al 50% en las fechas en que debía realizado los pagos, si conservaba y conserva el derecho a pedir la resolución del contrato, derecho que no ha sido perjudicado incluso con el nuevo texto de dicho artículo 1562 pues en ningún

caso se pactó que con el solo pago del 40% del precio sería improcedente la acción resolutoria.

La argumentación del Juez Pineda Ríos resulta forzada y se opone paladinamente a la interpretación dada por la doctrina nacional sobre el artículo 1561 del Código Civil, reproduciendo para este efecto lo expuesto ya anteriormente por los juristas Muro Rojo cuando en forma categórica sostiene si un comprador dejó de pagar dos armadas de un total de diez no procede la resolución si incumplió el pago de las dos últimas **“Lo mismo ocurriría si las partes pactaron el pago del precio en dos armadas, o inclusive, en tres armadas siendo en este último caso que la primera se pagó al momento de la celebración del contrato”**. En todas estas hipótesis y similares la resolución del contrato es imposible quedando únicamente al vendedor el cobro de las armadas siempre que estuvieran vencidas.

Por otro lado Pineda Ríos sostiene que el artículo 1561 Código Civil solo procedería en los casos que se hubieran pactado por lo menos cuatro armadas en el pago del precio, distinguiendo donde la ley no distingue, contraviniendo el aforismo ***ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus***.

En efecto el artículo 1561 del Código Civil dice: “Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos”, supone el caso de un pago en armadas que necesariamente deben ser como mínimo dos a cumplirse en distintos plazos.

También es un contrato de compra venta cuyo precio se ha fijado en armadas, cuando se han establecido tres armadas, pero en estos supuestos la propia ley restringe el derecho del vendedor a optar por la resolución del contrato, quedando únicamente en pie la posibilidad de ejecutar el saldo o los saldos pendientes del precio, de allí la afirmación categórica de Muro Rojo⁶³; y

⁶³ Muro Rojo, Manuel. Ob. Cit. Oág. 136.

además es más explícita la sentencia de la Corte Suprema cuya sumilla obra en “Código Civil, Jurisprudencia Casatoria de Alberto Hinostroza Minguez;⁶⁴

El pago de la obligación contenida en el contrato de compra venta materia de autos, adquirió la naturaleza de un pago fraccionado o a plazos, toda vez que su cumplimiento no se realizó en un solo momento sino que se estipularon varios momentos para su efectivización.

De lo expuesto en esta Casación se establece nítidamente que cuando el pago se efectúa en un solo momento en su totalidad, es un pago al contado; y si se conviene el pago en distinto momento, más de uno, es un pago fraccionado o a plazos; como en el caso que estamos comentando en que no se estableció el pago del precio de 150 mil intis en un solo momento si no en más de un momento, esto es un pago inicial al momento de suscribir el contrato y dos armadas sucesivas posteriores, de modo a que resultaba un imposible jurídico que la parte vendedora pretendiera resolver el contrato cuando solo existía dos cuotas o armadas pendientes.

Por otro lado indica Pineda Ríos que el artículo 1562 del Código Civil, “Vigente a la fecha de celebración del contrato decía en su texto original que en el caso del artículo 1561 Código Civil el vendedor pierde el derecho de optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento y queda nulo todo pacto en contrario de forma que deja de lado la base del artículo 1562 que es la relacionada al pago fraccionado del precio; y, solo en este caso cuando se ha pactado el pago del precio en armadas (Art. 1561 Código Civil) es que puede hacer valer el vendedor la resolución del contrato, pero siempre que se hayan dejado de pagar tres armadas alternativas o no, empero este derecho del vendedor tienen un límite legal cuando la falta del pago de las tres armadas resultan irrelevantes porque ya se ha pagado con las otras armadas más del cincuenta por ciento del precio total, de modo que no puede interpretarse aisladamente el artículo 1562 del Código Civil, - vigente al

⁶⁴ Hinostroza Miguel, Alberto. Ob. Cit. Pág. 756-757.

momento de la celebración del contrato – porque este es un límite a la facultad de resolver el contrato por la falta de pago de tres armadas, esto es un artículo 1562 – que depende del presupuesto factico del artículo 1561 porque recién este artículo 1562 del Código Civil se emancipa del artículo 1561 a partir de la vigencia de la ley 17420 publicada el 07.02.2001 y esta palabra emancipa la usa precisamente Manuel de la Puente y Lavalle en “Estudios sobre el Contrato de Compra venta” citado por la compiladora Delia Revoredo Marsano.

El maestro de la Puente y Lavalle⁶⁵ analiza en dichos estudios el artículo 1561 del Código Civil y el 1562 del mismo Código, manifestando: Para que el vendedor pueda recurrir al mecanismo resolutorio, si el pago del precio debe efectuarse por armadas en diversos plazos, se requiere, de conformidad con el artículo 1561 del Código Civil, que el comprador deje de pagar tres de ellas, sucesivas o no, caso en el cual el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al vendedor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

Sin embargo, el mecanismo resolutorio tropieza con el grave obstáculo colocado por el artículo 1562 del mismo Código, según el cual; en el caso del art. 1561, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio, siendo nulo todo pacto en contrario.

Y agrega el jurista nombrado “Desde luego, por constituir el art. 1562 del Código Civil una excepción a la regla general del art. 1428 del mismo código solo funciona en el caso del artículo 1561 o sea cuando el precio deba pagarse en armadas por diversos plazos, no siendo de aplicación por analogía a casos diversos; y que *“El artículo 1562 fue modificado en forma radica por la Ley 27420 que la convirtió en una norma autónoma y de carácter dispositivo”*.

⁶⁵ Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tm. VI. Segunda edición. Ed. ECB. Ediciones SAC. Lima 2015. pág. 265.

funcionando para todos los casos – se haya dividido o no en armadas el pago del precio pues el derecho de resolución dependerá del acuerdo de las partes haciéndolo improcedente si pactan las partes en el caso que el comprador haya pagado determinada parte del precio, que puede ser cualquier porcentaje mayor o menor al cincuenta por ciento.

Por eso coincidiendo con el gran jurista peruano, sostenemos que el artículo 1562 Código Civil era un apéndice del artículo 1561 y que hoy por hoy es un artículo emancipado que respecto al pago del precio consagra cuando pierde el vendedor - por pacto la opción de la resolución del contrato.

La sentencia de vista, de fecha 3 de marzo del 2016, hace referencia a conceptos sobre la libertad de contratar y a la libertad contractual así como a una definición genérica de la resolución por incumplimiento y en el punto 6.3 relativo a “Pronunciamiento sobre los argumentos de la apelación referidos al tema de fondo, sostiene que el demandado no ha probado alguno haber pagado las dos armadas restantes y nuevamente se fundamenta en el argumento del artículo 1371 del Código Civil “Que define la resolución y en el artículo 1428 del Código Civil relativo a la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas pero no analiza el fundamento de la apelación relativo a que era inaplicable el artículo 1561 del Código Civil para el caso de auto sé que exigía la falta de pago de tres armadas y no de dos como en el presente caso menos acoge las exquisitas reflexiones el Juez Pineda Ríos en el sentido que el artículo 1561 del Código Civil solo funciona para los contratos de compra venta cuyo precio se haya fijado por lo menos en cuatro armadas; terminando por confirmar la sentencia que declara resuelto el contrato.

En este caso está pendiente el Recurso de Casación.

Por su parte el artículo 1533 del Código Civil establece que si había perecido una parte del bien cuando se hizo la venta, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo en proporción al precio que se fijó por el todo; o sea que en este caso el comprador tiene dos

posibilidades, a). Una, retractarse de la compra venta y b). Solicitar la rebaja del precio con relación al menoscabo que ha sufrido el bien.

No cabe duda que la retractación del contrato no puede hacerse valer de modo unilateral como la facultad de revocar el contrato, sino que le asistiría el derecho de pedir la resolución del contrato que había celebrado, a fin de que quede sin efecto en aplicación de la norma general del artículo 1428 del Código Civil, para cuyo efecto de la propia norma del artículo 1533 del Código Civil se advierte que el comprador ya había cumplido con el pago del precio razón por la que se autoriza al comprador a dejar sin efecto el contrato o a pedir la rebaja del precio convenido que según la regla del artículo 1428 Código Civil para optar por la resolución del contrato la parte que se vale de esta resolución es la que ha cumplido o garantiza su cumplimiento, como podría ser el caso del pago del precio diferido.

En cuanto a la venta de un bien ajeno el artículo 1537 del Código Civil dice que si es posible que este contrato mediante el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno y que en este caso rigen los artículos 1470 a 1472 del mismo Código referidos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, disposiciones que determinan que una persona (promitente) se compromete a obtener de un tercero asuma una obligación o cumpla un hecho en favor de su contraparte (promisorio); con el agregado que si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido hay en favor del promisorio el pago de una indemnización, que opera como sustitución de la obligación o del hecho del tercero incluso puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

De lo anterior fluye que si una persona promete (promitente) que otra (promisorio) adquiere la propiedad de un bien entonces la primera debe de gestionar que el propietario del bien acepte transferir la propiedad al promisorio y si no se logra cumplir este objeto se estaría frente a un caso de incumplimiento que dará lugar a la resolución del contrato más la

indemnización de daños y perjuicios, pudiendo en este caso por resultar obvio que el promisorio solo puede optar por la resolución del contrato y no por su cumplimiento, en razón a que la negativa del propietario a transferir la propiedad de un bien que le pertenece es irremovable, resultando jurídicamente imposible pretender de esta persona la venta forzosa del bien.

Por otro lado, el artículo 1538 del Código Civil declara que si la parte que se ha comprometido adquiere luego en propiedad el bien queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al promisorio, sin que valga pacto en contrario. En efecto el promitente logra obtener la propiedad del bien ajeno y resulta por tanto obligado a transferir dicha propiedad al promisorio en virtud de que entre ambos existe un contrato de compra venta de bien ajeno y si no cumple con esta obligación será procedente la resolución por incumplimiento sin perjuicio de los daños y perjuicios consiguientes a tenor del artículo 1428 Código Civil; y a diferencia del caso anterior el promitente puede ser obligado a transferir el bien mediante la ejecución forzada, o sea obligado al cumplimiento del contrato.

La particularidad de estos casos es que ambas partes - promitente y promisorio – saben que el bien es ajeno porque si el promisorio desconocía que el bien era ajeno, esto es que no pertenecía al vendedor, en este caso dicha compra venta será materia de rescisión y no de resolución según el artículo 1539 del Código Civil.

En cuanto a la obligaciones del vendedor, el artículo 1550 d Código Civil establece que el bien debe ser entregado en el estado en que se encuentra al momento de celebrado el contrato, incluyendo sus accesorios y surge aquí una cuestión dilucidada si el vendedor solo entrega el bien y no los accesorios.

El jurista argentino Anteo E. Ramella⁶⁶ manifiesta que efectivamente es materia de debate en la Doctrina determinar que si el incumplimiento de las

⁶⁶ La Resolución por incumplimiento. Ob. Cit. Pág. 64

obligaciones accesorias da lugar a la resolución; y sostienen que si se ha pactado expresamente por las partes que el incumplimiento de la entrega de los accesorios le da el derecho a optar por la resolución entonces no hay lugar a dudas a este respecto, pronunciándose que compartimos porque los contratos son obligatorios para las partes.

Pero que la solución no es tan clara cuando no se han previsto las consecuencias resolutorias por incumplimiento de la relación accesorias; y que un sector de la doctrina se inclina por la negativa estimando que no es causa suficiente, pero que otra corriente a la cual se adhiere el autor nombrado opina que el incumplimiento de una obligación accesorias puede justificar la resolución contractual cuando dicho incumplimiento “Hace imposible, o dificulta, o pone en peligro, el exacto cumplimiento de la obligación”⁶⁷

Pareciera que un ejemplo podría calificar el pensamiento de amella, como la venta de un hotel en que los accesorios, camas, mesas de noche, sillones, televisor, etc, son indispensables para el funcionamiento de esta actividad; y, por ende, si el vendedor incumple la entrega de estos accesorios se va a producir un caso de resolución por incumplimiento.

El artículo 1556 del Código Civil trata sobre la resolución de la compra venta por falta de entrega estableciendo que el vendedor, resuelto el contrato, debe reembolsar al comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado más daños y perjuicios. Se trata pues también de un caso de incumplimiento por parte del vendedor que no cumple con la entrega del bien debiendo restituir al comprador el pago de alcabala y los gastos del contrato como serían los costos notariales o registrales sin perjuicio de la indemnización por incumplimiento que comprende el daño emergente, el lucro cesante y daño moral, cuando éste se hubiera irrogado efectivamente al comprador. El artículo 1559 del Código Civil relativo al pago parcial del precio establece que si en el contrato no se estipuló plazo para la cancelación del saldo, el vendedor se

⁶⁷ Ob. cit. pág. 65.

puede ejercer el derecho contemplado en el artículo 1429 del Código Civil, o sea que puede requerir al comprador el pago del saldo pendiente dándole un plazo no menor de quince días bajo apercibimiento de que, en caso contrario el contrato queda resuelto; y en tal caso resuelto el contrato, el vendedor debe devolver la parte del precio pagado deducido los tributos y volverlos al comprador, pero deduciendo los gastos o tributos y los gastos del contrato gastos del contrato; todo ello sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios.

Un ejemplo podría ayudar al examen de esta disposición legal. Si Juan vende a Pedro su casa por el valor de cincuenta mil dólares y ha recibido parte del pago del precio esto es diez mil dólares pero no se estipuló el plazo para que el comprador pague el saldo de cuarenta mil dólares entonces en esta situación el vendedor requiere el pago de dicho saldo dando un plazo al comprador, por ejemplo de treinta días bajo apercibimiento de que si vencido dicho plazo no cumplió el comprador con pagar el saldo del precio, entonces el contrato queda resuelto de pleno derecho, es decir sin necesidad de acudir a la vía judicial empero como el vendedor ha recibido la suma de diez mil dólares debe devolverlos.

El caso anterior entonces pone de manifiesto otra resolución por incumplimiento cuando ha recibido el vendedor parte del precio, y opta por resolver el contrato dándole al comprador un plazo no menor de quince días pero también puede optar el vendedor por exigir el pago del saldo del precio y no por la resolución del contrato.

También existe posibilidades de resolver el contrato de compra venta cuando no se otorga, en el plazo convenido la garantía debida por el saldo del precio; conforme a lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, o sea es una disposición que complementa la anterior (art. 1559 Código Civil) o sea cuando el vendedor recibe una parte del precio y el comprador asumió la obligación de garantizar el saldo restante en un determinado plazo, y, pero el comprador renuente es requerido por el vendedor para otorgar esa garantía, esta vez en

un plazo no menor de quince días y si no lo hace queda el contrato resuelto de pleno derecho, asumiendo no cabe duda el comprador renuente a devolver el bien si lo hubiera recibido, así como los gastos o tributos y los gastos del contrato, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios.

En la compra venta de bienes muebles, cuando estos no se han entregado al comprador, queda autorizado el vendedor a disponer del bien libremente si el comprador no paga el precio en todo o en parte ni otorga la garantía a que se hubiera obligado; como lo prescribe el artículo 1564 del Código Civil, caso en que el contrato queda resuelto de pleno derecho es decir sin necesidad de decisión judicial. Un ejemplo nos ayudara a interpretar este artículo: En efecto, Juan vende a Pedro un automóvil por la suma de diez mil dólares pero no ha entregado el vehículo al comprador de suerte que Juan el vendedor sigue siendo propietario del bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 947 del Código Civil que declara que la transferencia de la propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal en contrario; por tanto el vehículo sigue siendo del vendedor que no paga el precio, en todo o en parte ni otorga la garantía que se hubiera obligado y con estos precedentes a pesar de existir un contrato de compra venta el vendedor se va a desligar de dicho contrato frente a este comprador que no cumple con pagar todo o parte del precio ni otorga las garantías a que se comprometió, caso en el que el vendedor dispone del bien como si no existiera contrato porque este contrato queda resuelto de pleno derecho por el comportamiento antijurídico del comprador.

Sin embargo pueden producirse muchas situaciones de hecho en las que resulte fácil la sencilla aplicación de este dispositivo, por ejemplo. Que extensión debe tener el pago parcial para que ya no pueda el propietario vendedor disponer del bien y si no se ha fijado fecha para el pago del precio, cómo es que se vería obligado el comprador a pagar dicho precio aun cuando sería aplicable para este caso lo dispuesto en el artículo 1240 del Código Civil según el cual si no hubiese plazo designado el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

5.2. Resolución en la permuta.

La permuta es un contrato con prestaciones recíprocas en virtud del cual las partes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes (Art. 1602 Código Civil), contrato que se rige por las disposiciones sobre la compra venta, en lo que le sean aplicables (Art.1603 Código Civil), de forma que en materia de resolución de contrato por incumplimiento habrá que estar a las disposiciones pertinentes sobre resolución de la compra venta.

El Código Civil peruano solo trata la permuta en dos artículos, y no existen disposiciones como la de los artículos 1486 y 1488 del Código Civil Argentino⁶⁸ disponiendo el primero que “Sí una de las partes ha recibido la cosa que se le prometía en permuta, y tiene justos motivos para creer que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció, y puede pedir la nulidad del contrato, aunque no fuese molestado en la posesión de la cosa recibida”.

Este artículo a su vez encuentra su complemento en el artículo 1488 del Código Civil, en el que se establece: “El co-permutante que hubiese enajenado la cosa que se le dio en cambio, sabiendo que ella no pertenecía a la parte de quien la recibió, no podrá anular el contrato, mientras que el poseedor a quien hubiese pasado la cosa, no demandase contra él la nulidad de su contrato de adquisición”.

Sin embargo en opinión de Ramella⁶⁹ no se trataría de casos de resolución de contrato sino de nulidad.

En el régimen impuesto por el Código Civil peruano a la permuta habría que aplicar necesariamente las normas sobre resolución de compra

⁶⁸ Crf. Ramella, Anteo E. Ob. Cit. pág. 185

⁶⁹ Ibidem

venta. Así, si se permutara la entrega de una cosa contra la transferencia de otra, en partes armadas, habría que aplicar la resolución del contrato de permuta si una parte cumplió y la otra deja de cumplir tres armadas sucesivas o no conforme a lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil, relativo al incumplimiento del pago del precio cuando se ha pactado en armadas

5.3. La resolución en la locación de cosas.

En la locación de cosas, también llamado arrendamiento, debe tenerse en cuenta que es un contrato con prestaciones recíprocas según el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida, de forma que puede producirse la resolución por incumplimiento cuando una de las partes cumple sus obligaciones y la otra no.

Sin embargo existen varias disposiciones en el régimen legal de este contrato que se refieren concretamente a casos de resolución, incluso todo un capítulo, que comprende los artículos 1697 y 1698 del Código Civil; estableciendo en el primer artículo:

- 1) La resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta.
- 2) La resolución del contrato de arrendamiento por dar al bien un destino diferente.
- 3) Por permitir actos contrarios al orden público y las buenas costumbres.
- 4) Resolución del contrato por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.
- 5) Cuando el arrendador o arrendatario no cumplen cualquiera de sus obligaciones.

5.3.1. La resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta.

El inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil, señala: *“Si el arrendatario no has 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 periodos menores a un mes, basta que venzan tres periodos”*.

Es claro el dispositivo cuando se ha pactado la renta en forma mensual, que es el caso más frecuente en el arrendamiento de inmuebles urbanos, pero en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar que se convierta en una causa de resolución la falta de pago, por ejemplo de un mes y quince días, porque no se trata de una disposición de orden público de imperativo cumplimiento.

La misma norma establece que cuando el pago de la renta se pacta por periodos mayores basta el vencimiento de un solo periodo más quince días, pacto que sin embargo en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que conoce de una norma de imperativo cumplimiento puede ampliarse.

Es interesante reflexionar si en estos casos en que se ha planteado la falta de pago las rentas convenidas por alguien, puede producirse la resolución del contrato sino se paga la renta antes del vencimiento del año, si así se hubiese pactado. Por ejemplo: Se alquila un bien por la renta anual de cincuenta mil soles que las partes convienen en que se pague dentro de los seis meses de celebrado el contrato. Aquí existe un pacto expreso la resolución de modo que si procedería la resolución del contrato si no se cumple dicho plazo, si es que así se ha establecido de modo expreso e inequívoco conforme a lo dispuesto en el artículo 1430 del Código Civil. En efecto esta norma dispone *“Puede convenirse*

expresamente que el contrato se resuelve cuando un 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”.

De forma que el contrato puede resolverse incluso sin necesidad de acudir a la vía judicial por el simple procedimiento extra judicial previsto en este artículo, no debe perderse de vista que según lo dispuesto 1697 inciso dos del Código Civil, que indica *“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”.*

Es una forma de sancionar la reiterancia en el incumplimiento del pago de la renta, a pesar de que ya hubo sentencia contra el arrendatario, precisamente para pagar todo o parte de la renta y se vence exceso de quince días el plazo siguiente.

Era muy frecuente en la casuística judicial las demandas sobre desalojo de casas o departamentos urbanos por la falta de pago de la renta, dándose una situación absurda por inequitativa de que el inquilino continuaba ocupando el bien sin pagar renta alguna y el arrendador debía acudir a un largo y tedioso proceso judicial para lograr la restitución del inmueble alquilado.

5.3.2. La resolución del contrato de arrendamiento por dar al bien un destino diferente.

En un contrato de arrendamiento es frecuente que las partes han convenido el destino que el arrendatario debe dar al bien arrendado. Así en inmuebles urbanos se consigna que el destino puede ser para casa habitación o para fines industriales y comerciales y en los predios

agrícolas para el cultivo de determinadas especies, por ejemplo para la siembra de caña de azúcar o para la siembra de arroz, menestras, todos estos casos no son iguales por la duración del proceso agrícola respectivo, que comprende los periodos de siembra, abonamiento y cuidados en general del sembrío y finalmente el cultivo o extracción de los frutos obtenidos, quedando luego el predio agrícola en condición de ser devuelto a su dueño.

Pero también puede ocurrir que no se haya convenido expresamente el destino del predio, caso en el que la disposición en comentario admite el destino tácito, como puede colegirse cuando se alquila una casa habitación sin precisarse de modo expreso que el arrendatario está obligado a destinarla precisamente a su habitación y no a darle otro uso distinto como sería el de utilizarla como local comercial; o la inversa como el alquiler de un local que según su estructura está destinado naturalmente a un fin comercial y el arrendatario lo destina para casa habitación.

Todos estos cambios del destino expreso o tácito del inmueble, por parte del arrendatario constituye causa de resolución del contrato de arrendamiento; que puede obtenerse judicialmente, interponiendo la demanda de resolución del contrato; o extra judicialmente haciendo uso de los procedimientos previstos en el artículo 1428 y 1429 del mismo Código.

Al respecto Jack Bigio Chrem⁷⁰ reproduce una cita de Raimundo M. Salvat: *“Desde luego, establece que el locador no se limitará al uso o goce estipulado, usando de la cosa arrendada para diverso destino del convenido, aunque la mudanza del destino no traiga perjuicio alguno para el locador (Art. 1555 C.C). La regla que resulta de esta última parte*

⁷⁰ Bigio Chrem, Jack. “Resolución del arrendamiento”, en Código Civil comentado. Tm. VIII. Ed. Gaceta Jurídica. 3ra. Edición. Lima 2010

tiene su fundamento en la fuerza obligatoria de la convención, la cual existe para ambas partes; el locador no podría, sin faltar a este principio, modificar el uso convenido en el contrato (Art. 1197 C.C.) la circunstancia de que la mudanza no traiga perjuicio al locatario, no es suficiente para autorizar la violación del contrato”.

5.3.3. Por permitir actos contrarios al orden público y las buenas costumbres.

El arrendatario puede permitir que en el inmueble se desarrollen conductas o comportamientos que afecten el orden público o las buenas costumbres; por ejemplo destinar el local a un antro de prostitución o consumo de drogas, lo que permitirá al arrendador a solicitar la resolución del contrato por la vía judicial, presentándose en este caso una interpretación restrictiva para emplear la vía extra judicial, pues esta supone siempre que el conmine al arrendatario a cumplir una determinada obligación o bien a resolver el contrato por incumplimiento (art.1428 Código Civil) o la que le conmine a cumplir una nueva determinada prestación dándole un plazo y si el arrendatario no cumple esa prestación en el plazo no menor de quince días de haber asido fehacientemente requerido, entonces el arrendador da por resuelto el contrato de pleno derecho, esto es sin necesidad de acudir a la vía judicial, pero para el caso de que en el inmueble se esté desarrollando actividades ilícitas, el arrendador tendría que conminar al arrendatario a que cumpla la obligación de destinar el inmueble al uso convenido y si no lo hace así operaría recién la causa resolutoria extra judicial, pero queda en duda si es procedente en un caso de estos en que siempre las actividades ilícitas van a requerir la prueba respectiva y esto podrá lograrse obviamente en el proceso judicial de resolución y no en el de requerimiento anteriormente comentado.

5.3.4. Resolución del arrendamiento por sub-arrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.

En principio, el contrato de arrendamiento es un contrato bilateral en virtud del cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (art. 1666 Código Civil); de donde resulta que es obligación del arrendatario precisamente usar el bien, o como indica el artículo 1681 inciso 1 del mismo Código, recibir el bien, y darlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias, pero ello no impide que el arrendatario sub-arriende el bien o ceda el arrendamiento según las reglas de los artículo 1692 y siguientes del Código Civil. En el primer caso el arrendatario arrienda total o parcialmente también por una renta el bien con asentimiento escrito del arrendador, de modo que es posible que se celebre un sub arrendamiento cuando el propio arrendador lo autoriza por escrito y no está prohibido en el contrato; y. el segundo caso, de cesión de arrendamiento se produce cuando el arrendatario transmite sus derechos y obligaciones a un tercero que lo sustituye y se rige por las reglas de la cesión de posición contractual; cesión que puede producirse porque no existe en el contrato una prohibición expresa y debe darse siguiendo las prescripciones de los artículos 1435 y siguientes del Código Civil.

Cuando el arrendatario procede a subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso (Primer caso) o sin asentimiento escrito del arrendador (segundo caso), se produce una causal de resolución del contrato por incumplimiento; esto es, que el arrendador puede demandar judicialmente la resolución del contrato o extrajudicialmente la misma resolución siguiendo los procedimiento establecidos en los artículos 1428 y 1429 del citado código.

5.3.5. Cuando el arrendador o arrendatario no cumplen cualquiera de sus obligaciones.

Como es un contrato con prestaciones recíprocas, la parte que ha cumplido la prestación que le corresponde, en el caso del arrendamiento sea el arrendador o arrendatario, puede obtener la resolución del contrato por incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones de la otra parte (arrendador o arrendatario); así el arrendador podrá obtener la resolución del contrato si el arrendatario, por ejemplo no cumple, en ejecutar obras de conservación a las que se hubiera obligado o el arrendatario podrá obtener la resolución del contrato si el arrendador no cumple con las obras a que se hubiera obligado para mejorar el uso del bien.

Son pues casos de incumplimiento de carácter general y lo que hace este artículo es reproducir lo ya establecido en el artículo 1428 del Código Civil que somete al contrato de arrendamiento o locación de cosas a las reglas de resolución establecidas para todos los contratos de prestaciones recíprocas.

5.4. La Resolución del contrato en la locación de obra.

El contrato de locación de obra, modernamente denominado también de locación de obra o de empresa es también un contrato de prestaciones recíprocas y en el Código Civil se describe como aquel en virtud del cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución. (art. 1771 Código Civil)

Es un contrato con prestaciones recíprocas, y como tal también procede la resolución cuando el contratista o el comitente incumplen sus obligaciones frente a la otra parte contratante que si cumple.

Sin embargo existen normas propias de estos contratos como aquel relativo a la comprobación del avance de la obra que autoriza al comitente a exigir al contratista a dar un plazo para que este último se ajuste a ejecutar la obra a la forma convenida y a las reglas del arte dando un plazo al contratista para ello y si no se ha cumplido o ceñir la obra a lo estipulado, el comitente, transcurrido el plazo convenido puede solicitar la resolución del contrato.

En efecto el artículo 1777, primera parte del Código Civil establece lo siguiente:

“El comitente tiene derecho a inspeccionar por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se comprueba que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios. Tratándose de un edificio de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra”.

¿Podrá hacerlo por la vía judicial, apercibiendo al contratista en el requerimiento en el sentido que si vencido el plazo no se ciñe la obra a lo estipulado, queda resuelto el contrato de pleno derecho? Estimamos que para estos casos, en que existe prueba que actuar, la ley asigna la posibilidad de resolver el contrato sólo por vía judicial; y tal vez refuerce este criterio el que la norma en comentario consigne que el comitente *“Puede solicitar la resolución del contrato”*, y solicitar implica pedir, requerir a la autoridad competente, en este caso el órgano jurisdiccional.

También existe resolución de contrato cuando el comitente advierte diversidades o vicios de la obra que el contratista debe subsanar a solicitud del comitente, y cuando no se subsanan, permitirán al comitente que la retribución sea disminuida proporcionalmente sin perjuicio del resarcimiento del daño; sin embargo, cuando la diversidades o los vicios son de tal naturaleza que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

Por su parte los artículos 1786 y 1787 del Código Civil, prevén los casos del derecho del comitente a separarse del contrato aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra como en el caso de la muerte del contratista, pero no son situaciones que dan lugar a la resolución del contrato.

5.5. Resolución en el contrato de donación.

La donación es un contrato en virtud del cual el donante se obliga a transferir gratuitamente al depositario la propiedad de un bien (Art. 1621 Código Civil) pero como explica Guillermo Lohmann Luca de Tena⁷¹ no es únicamente la gratuidad la que caracteriza este tipo de contratos, sino la liberalidad que consiste en la espontánea libertad de enriquecer al donatario con el correlativo empobrecimiento del donante, de ahí que con mayor precisión el Código debió comprender la liberalidad pues existen contratos como el mandato y el comodato donde hay también gratuidad pero no liberalidad.

A parte de lo expuesto existen ciertas hipótesis en que el contrato ofrece un carácter oneroso y que son, como lo señala Ramella⁷²: Las donaciones con cargo, las donaciones remuneratorias y las donaciones

⁷¹ Lohmann Luca de Tena Guillermo. Código Civil Comentado. Tm. VIII. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2010. Pág. 391

⁷² Ramella, Anteo E. La resolución por incumplimiento Ob. Cit. Pág. 293

mutuas, consistiendo la primera en la obligación de transferir un bien al donatario pero que este por su parte, debe cumplir determinadas prestaciones apreciables en dinero; cuando se practica la donación pero en recompensa de los servicios prestados al donante por el donatario, también estimables en dinero; y en el caso de las donaciones mutuas cuando dos o más personas se obligan en un mismo acto a transferirse la propiedad de bienes.

En estos casos la donación pierde su carácter de gratuita para convertirse en un contrato de donaciones onerosas y en muchos casos con prestaciones reciprocas en que funciona perfectamente la resolución por incumplimiento.

El artículo 1631 del mismo Código prescribe que puede establecerse la reversión solo en favor del donante y que es nula si se ha estipulado en favor de tercero, sin embargo no alcanza la nulidad de esta cláusula a la nulidad de la donación, pero esta reversión no implica la resolución del contrato que, como se ha visto requiere el incumplimiento culposo de una de las partes y el cumplimiento de la parte que hace valer la resolución.

Por su parte el artículo 1637 de mismo Código establece que el donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación, pero como se advierte fácilmente tampoco son casos de resolución de contrato.

5.6. Resolución en la renta vitalicia.

La renta vitalicia es un contrato nominado en que se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible en los periodos estipulados según la definición que aparece en el artículo 1923 del Código Civil, definición que puede advertirse es ineficiente.

Por este contrato – según explica Claudia Canales Torres⁷³ una persona asume la obligación de pagar una pensión periódica a otra durante un tiempo indeterminado porque ello depende de la duración de la vida de una o varias personas, de forma que la función fundamental de la renta vitalicia consiste en la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, al rentista en la forma y tiempo que señale el correspondiente contrato.

El rentista puede ser el propio contratante de la renta vitalicia para que se obligue a su contraparte; pero también puede ser rentista un tercero a este respecto dice Canales Torres⁷⁴ “Por ejemplo, sería el caso de la renta que se obliga a pagar “A” a favor de “C”, durante toda la vida de este, recibiendo a cambio un bien que le transfiere “B”. En esta hipótesis, las partes contratantes serían “A” y “B”, y el beneficiario de la pensión sería “C”. Se advierte claramente que nos encontraríamos frente a un contrato de tercero, regulado por los artículos 1457 a 1469 del Código Civil. Por lo tanto, es una regla general que el contribuyente se obligue a pagar la renta a la contraparte. Empero, no existe razón alguna para impedir que se haga en beneficio de un tercero, que es una figura contractual regulada en los artículos antes mencionados”.

El artículo 1934 Código Civil trata sobre el pago de las pensiones vencidas pero que el acreedor en tales casos puede reclamar únicamente el pago de estas pensiones y el aseguramiento futuras y no así el de pedir la resolución del contrato; en cambio procede la resolución del contrato cuando el que recibió el bien y se obligó a pagar la pensión no da las garantías estipuladas en la celebración de ese contrato de renta vitalicia oneroso y como sostiene la nombrada autora que esta norma se aplica a los contratos de renta vitalicia a título oneroso resultando de aplicación el artículo 1428 del Código Civil (Que

⁷³ Canales Torres, Claudia. Código Civil Comentado. Tm. IX. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2010

⁷⁴ Ibidem

regula la resolución por incumplimiento); el artículo 1429 del Código Civil, (Que regula la resolución de pleno derecho); y el artículo 1430 del mismo Código. (Que regula la cláusula de resolución expresa).

5.7. La resolución del contrato en el comodato

El Comodato es un contrato nominado en virtud del cual el comodante se obliga entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (Art. 1728 Código Civil) por consiguiente, el comodatario usa o usufructúa el bien no consumible, en forma gratuita.

También existe comodato respecto de un bien consumible solo si es prestado a condición de no ser consumido.

El bien consumible según Carlos A. Soto Coaguila⁷⁵ es aquel que se caracteriza porque desaparece con el primer uso y reproduce para este efecto lo dispuesto en el artículo 23125 del Civil Argentino que establece; *“Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad”*.

El Comodato sobre bienes consumibles tiene por finalidad la entrega del bien consumible, pero no para que se consuma precisamente como ocurre cuando – según este autor – se presta un excelente vino con la finalidad de ser exhibido en una feria o exposición pero que luego debe ser devuelto sin ser consumido, igual ocurriría con el préstamo de bolsas de granos o artículos de almacén que se prestan para armar un escenario o para un comercial o propaganda.

⁷⁵ Soto Coaguila Carlos A. Comentario al artículo 1729 CC, en Código Civil Comentado, Tm. VIII. Ed. Gaceta Jurídica. 3ra. Edic. Lima 2010. Pág. 50

Esta figura contractual se caracteriza por que el comodatario usa el bien durante un tiempo o para un determinado fin, en forma gratuita, porque si el donatario se obligara a cumplir una prestación, no sería un contrato de comodato sino un contrato atípico en el que procedería la resolución correspondiente.

Por consiguiente y en rigor no existe la resolución de contrato de comodato.

5.8. Resolución de contrato de sociedad civil.

El contrato de sociedades es un contrato plurilateral en que las prestaciones que asumen los contratantes no están vinculadas por un nexo de reciprocidad, sino que cada contratante se dirige a un fin común el mismo que no figura en la sección segunda del libro VII Fuente de las Obligaciones en que solo están considerados: La compra venta, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo, el arrendamiento, el hospedaje, el comodato la prestación de servicios, la Fianza, la cláusula compromisoria y compromiso arbitral, la renta vitalicia y el Juego y apuesta.

CAPITULO VI

PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA RESOLUCIÓN

Como se ha visto procede la resolución del contrato en los contratos con prestaciones recíprocas, por la vía judicial y también por la vía extra judicial, cuando en este último caso una de las partes falta al cumplimiento de su prestación y la otra parte en lugar de exigir dicho cumplimiento opta por la resolución del contrato, además de la indemnización de los daños y perjuicios (Art.1428 Código Civil), otorgando el Código un breve procedimiento extrajudicial al afectado que consiste en requerir a la otra parte mediante carta por vía notarial la satisfacción de su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, caso contrario, el contrato queda resuelto lo que ocurre si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado; o bien otorga igualmente el Código al afectado un procedimiento extrajudicial para obtener la resolución del contrato siempre que sea estipulado expresamente y con toda precisión que prestación que no se cumple puede originar la resolución del contrato.

Como puede advertirse de estos preceptos existen varios requisitos para hacer valer la resolución extrajudicial y que deben ser analizados en particular como son:

1. El requerimiento y su contenido.
1. El apercibimiento.
2. El momento en que debe hacerse el requerimiento,
3. Las opciones del emplazado:

6.1. El requerimiento y su contenido.

En principio el acreedor que ha cumplido la prestación que le corresponde debe tener amplia tutela legal al extremo que pueda obtener la resolución del contrato sin necesidad de acudir a la vía judicial, y si bien es verdad y puede darse la intervención judicial para el caso de las resoluciones previstas en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, ello será solo a posteriori si se denuncia que el contrato no se resolvió en la oportunidad legal o que no se cumplió cabalmente el procedimiento extrajudicial, por consiguiente, esta causa de resolución llamada por autoridad del acreedor puede ser cuestionada en juicio y entonces resultaría una mejor vía el procedimiento judicial de resolución que posee certeza propia y calidad de cosa juzgada.

El requerimiento persigue precisamente emplazar al incumplidor para que cumpla dentro de un plazo, y de no ser así sobrevendrá la resolución del contrato, sin embargo, anota Ramella⁷⁶ Puede ocurrir:

1. Que la prestación se hubiera tornado imposible por culpa del deudor.
2. Que de la actitud del deudor resultara que la intimación no conduciría a ningún resultado positivo, por ejemplo, cuando éste haya manifestado que no cumplirá la obligación.
3. Que por la demora en cumplirla, la prestación no tuviera ya utilidad para el acreedor. En todos estos casos la intimidación de cumplimiento carece de sentido, y de ahí que algunos códigos extranjeros hayan relevado

⁷⁶ Ramella, Anteo E. La resolución por incumplimiento. Ob. Cit. Pág. 160.

expresamente al acreedor de la carga de fijar un plazo de cumplimiento, para llegar a la resolución.

En efecto si la prestación se hubiera tornado imposible por culpa del deudor, no tiene sentido requerirle su cumplimiento pues en estos casos el contrato queda resuelto de pleno derecho y también queda resuelto el contrato cuando la prestación resulta imposible por causa imputable al acreedor, aun cuando las consecuencias en estos casos son diferentes.

El artículo 1432 Código Civil, en su primer apartado, establece que si la prestación resulta imposible por culpa del deudor el contrato queda resuelto de pleno derecho y este deudor culpable no puede exigir la contra prestación quedando sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Por consiguiente, el acreedor exigirá la devolución o restitución al deudor de la contraprestación que hubiere recibido este último, o bien queda liberado el acreedor de la prestación que le corresponda; y tiene derecho además a la indemnización por los daños y perjuicio.

Y si quien resulta imputable de que la prestación haya devenido imposible es el acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho pero dicho acreedor deberá satisfacer la contra prestación correspondiéndole los derechos y acciones que hubieran quedado relativos a la prestación.

No tiene sentido ni finalidad alguna entonces exigir el cumplimiento de la prestación, en el primer caso.

En el segundo supuesto de que el deudor haya manifestado que no cumplirá la obligación, consideramos que si es procedente requerirle el cumplimiento dándole un plazo para ello no menor de quince días y si persiste en su negativa se hará efectivo el apercibimiento de declarar

resuelto el contrato de pleno derecho, y por último el tercer caso si la demora en cumplir la obligación trae como consecuencia que la prestación ya no tendría utilidad para el acreedor , entonces carece de objeto requerir al deudor para que cumpla una prestación inútil para el acreedor, porque esta resolución extrajudicial exige el emplazamiento del deudor para que cumpla con la prestación e implicaría un riesgo para el acreedor que el deudor requerido en efecto, cumpla con la prestación que ya es inútil para el acreedor , entonces tendrá que optar necesariamente por la resolución judicial.

El requerimiento es una declaración unilateral de voluntad y tiene carácter de irrevocable , quedando subordinada al requisito que el destinatario no cumpla la obligación y en razón de este incumplimiento pueda producirse el efecto resolutorio; como tal el requerimiento es un verdadero acto jurídico es pues una manifestación de voluntad que persigue un efecto jurídico (Art. 140 Código Civil); por consiguiente son de obligación todas las normas pertinentes relativas al acto jurídico del libro II del Código Civil.

El requerimiento supone un sujeto activo que es el titular de la facultad resolutoria o bien su representante legal p su apoderado; y por otro lado, un sujeto pasivo que es el que ha dejado de cumplir la obligación.

El requerimiento no está sujeto a la forma *ad solemnitatem* del Código Civil porque la ley no sanciona con nulidad la inobservancia de su trámite por vía notarial pero si está sometido a la forma *ad probatione* porque la ley impone que el requerimiento se haga por vía notarial, pero no sanciona con nulidad su inobservancia. (Art. 144 Código Civil)

En la legislación argentina en cambio no existe forma determinada para llevar a cabo el requerimiento de ahí que pueda hacerse incluso

verbalmente, a este respecto dice Ramella⁷⁷ que se apartó del legislador de su fuente, el artículo 1454 del Código Italiano. Que se prescribe la forma escrita.

Por otro lado, el requerimiento debe ser expreso y claro de forma que el emplazado comprenda que le exigen el cumplimiento de una obligación previamente asumida o legalmente exigida; así mismo el requerimiento debe contener el ofrecimiento de cooperación del acreedor si así resultare necesario para este fin, así como también el ofrecimiento de cumplir la obligación correlativa para que no se pueda invocar por el emplazado la mora o la excepción por incumplimiento contractual.

Debe contener también el requerimiento la concesión de un plazo no menor de quince días para el cumplimiento de la prestación que se exige al deudor no importando que según los usos o pacto expreso autoricen otro plazo menor, norma que tiene sentido porque tratándose de un incumplimiento se supone que ha vencido el plazo originalmente establecido o el que admiten los usos y costumbres. El plazo no menor de quince días es obligatorio y tiene que formar parte del requerimiento.

El plazo comienza a correr desde que el deudor recibe la carta notarial no comprendiendo el diez a quo (El día que comienza, pero si el día que termina) y respecto al cómputo hay que estar a las reglas establecidas en el art. 183 del Código Civil.

6.2. El apercibimiento.

El requerimiento a la parte incumplidora no se limita a exigirle que cumpla la prestación en un plazo determinado no menor de quince días sino que debe incluir la advertencia de que si no cumple dicha prestación el contrato

⁷⁷ Ramella, Anteo E. La resolución por incumplimiento. Ob. Cit. Pág. 160

queda resuelto o lo que es lo mismo la declaración s, porque lo lógico sería advertir que la intención es lograr que se cumpla la prestación sino que e que si no se cumple la prestación e en el plazo señalado, el con trato quedará resuelto.

Interesante debate se suscita si la parte cumplidora exige únicamente el cumplimiento de la prestación en su comunicación notarial pero no incluye el apercibimiento de que dicho incumplimiento generará la resolución del contrato, porque podría interpretarse que no desea dicha resolución; en este caso la intención es clara: Obtener el cumplimiento de la prestación y no la resolución del contrato además, para que se produzca el efecto resolutorio el artículo 1429 del Código Civil incluye el apercibimiento en la carta notarial.

6.3. Momento en que debe hacerse el requerimiento.

A este respecto, conviene evaluar los siguientes casos:

- 1) Requerimiento anterior al vencimiento del plazo.
- 2) requerimiento contemporáneo a la constitución en mora.
- 3) Hasta que momento puede efectuarse el requerimiento una vez ocurrida la mora.

6.3.1. Requerimiento anterior al vencimiento del plazo.

Si conforme a la norma se requiere al obligado el cumplimiento de la obligación, debe concluirse que este no la ha satisfecho y es por ello que se le emplaza con la severa consecuencia de resolver el contrato no cabe pues o no tiene efecto jurídico alguno que se produzca el emplazamiento antes del vencimiento de la obligación careciendo de todo sentido práctico.

6.3.2. Requerimiento contemporáneo a la constitución en mora.

Cuando la mora no opera en forma automática sino que es necesario la intimación, podrían sostenerse que el requerimiento resolutorio debe de producirse además del requerimiento moratorio, o sea dos requerimientos o doble requerimiento debiendo adherirnos a la tesis de que basta uno solo de estos requerimientos

6.3.3. Hasta que momento puede efectuarse el requerimiento una vez ocurrida la mora.

Como la acción personal prescribe a los diez años según lo dispuesto en el artículo 2001 inciso primero del Código Civil resulta obvio que el emplazamiento para cumplir con la obligación tiene que hacerse dentro de este plazo legal; pero aún puede efectuarse después de diez años porque a prescripción de la acción no opera ex officio sino que tiene que ser invocada por el obligado ante el juez y si no lo hace dicho requerimiento posterior al plazo de prescripción produciría sus efectos resolutorios pertinentes.

6.4. Opciones del emplazado.

Recibida la carta notarial por el emplazado para el cumplimiento este tiene como opciones:

1). Cumplir la obligación.

Puede ocurrir que el emplazado una vez requerido para que cumpla la obligación, en efecto lo haga. El problema es dilucidar si solo debe cumplir durante el plazo que se le ha concedido y por tanto que no puede ejecutar la prestación de inmediato, debiéndose concluir a este respecto que el emplazado puede cumplir la prestación en ambos casos

de forma inmediata (Plazo no es a favor del acreedor) o dentro del plazo concedido.

Otro problema para resolver es si el deudor debe cumplir la prestación y pagar los daños y perjuicios cuando estos son líquidos, correspondiendo determinar que basta solo con el cumplimiento de la prestación porque según el texto de los artículos 1428 y siguientes del Código Civil lo que cabe exigir es el cumplimiento de la **“prestación”**

Que es el objeto de la obligación y no así de las consecuencias del incumplimiento que haya generado daños y perjuicios.

Otro asunto interesante al respecto es si requerido el deudor para el cumplimiento, ejecuta la prestación con posterioridad al plazo que se le ha concedido y si ello impide la resolución, siendo la respuesta que vencido el plazo ya operó la resolución y por tanto desde ese momento cesaron los derechos del deudor de cumplir la obligación.

2). Impugnar el requerimiento.

Son muchas las situaciones que pueden haberse producido desde el nacimiento de la obligación, por ejemplo que el deudor ya ha cumplido con el pago respectivo o que se admitió por el acreedor la ampliación de plazo respectivo; también puede impugnar el requerimiento el deudor cuando no exista obligación, por no haberse concertado o por haberse extinguido por novación, condonación, consolidación, transacción, etc.; o bien puede impugnar el requerimiento porque el acreedor dejó de cumplir una obligación correlativa. En algunos casos el procedimiento extra judicial habrá concluido, en otros no por ejemplo cuando al acreedor se le impugna su requerimiento por haber dejado de cumplir una obligación correlativa y consciente de ello el acreedor accede y practica la obligación que le corresponde caso en el que es lógico que esté autorizado a practicar un nuevo requerimiento.

Pero pueden haber casos en que el acreedor no admite las respuestas del emplazado y da por concluido el contrato caso en que más bien es el deudor quien deba hacer valer su oposición en juicio pero como esta no es una carga que le imponga la ley un sector de la doctrina discrepa con esta posición; sin embargo, es obvio que una vez resuelto el contrato, el acreedor haga valer los efectos que se den a su favor y es aquí donde necesariamente se va a producir la oposición del deudor cuando estima que debió atenderse la impugnación al requerimiento. Por ejemplo, resuelto un contrato de compra venta de semovientes porque el deudor (vendedor) no entregó las especies, contestando el requerimiento en el sentido que no lo hacía porque según el contrato debía pagarse la totalidad del contrato, el acreedor no da mérito a esta respuesta y más bien tiene por concluido el contrato por incumplimiento, y reclama la devolución del precio y los daños y perjuicios, atribuyendo culpa al deudor, en este caso se ventilara judicialmente si el requerimiento que se hizo fue suficiente y está bien dada la resolución del contrato, o si el acreedor debió atender la respuesta del deudor verificándose que en efecto, según una determinada cláusula del contrato debía cumplir el acreedor (Comprador) el pago total del precio para que resultara exigible el cumplimiento de la co respectiva contraprestación.

3). No impugnar el requerimiento y no cumplir la obligación.

Puede ocurrir que el deudor acepte expresamente el requerimiento incluso pretendiendo excusas por el incumplimiento de la obligación que, sin embargo no cumple, caso en el que procede la resolución contractual; igual solución se da cuando el requerido guarda silencio.

CAPITULO VII

EFFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.

Así como la nulidad absoluta del acto jurídico o la nulidad relativa declarada por sentencia, tiene como efecto la invalidez del acto jurídico desde su inicio; y también la condición resolutoria y el plazo resolutorio producen efectos respecto del negocio jurídico de que se trata; así también la resolución por incumplimiento presenta efectos propios de este instituto que deben tratarse a continuación y que son fundamentalmente cuatro:

- 1) Resolución de las obligaciones o del contrato.
- 2) La retroacción cuando no ha mediado cumplimiento.
- 3) Efectos de la resolución entre las partes cuando ha mediado cumplimiento.
- 4) Efecto de la resolución con relación a terceros.

7.1. Resolución de las obligaciones o del contrato.

Para cierto sector de la doctrina el contrato se agota con la creación de las obligaciones y son estas las que subsisten y no el contrato.

No debe perderse de vista sin embargo que si bien el objeto del contrato es la obligación, (de dar, hacer o no hacer) y que el objeto de la prestación es la obligación de modo que el contrato, las obligaciones que la contienen y las prestaciones objeto de las obligaciones constituyen una unidad de suerte que no aceptamos la tesis de que producido el contrato solo quedan en pie las obligaciones y lo cierto es que producida la resolución del contrato propiamente su extinción, ya no pueden subsistir obligaciones y menos las prestaciones a que ellas se refieren.

Pero en el caso puntual de la resolución por incumplimiento, se advierte que lo que se va a declarar es la resolución de las relaciones jurídicas que ha originado el contrato, pues la resolución no alcanza las prestaciones ya cumplidas porque los efectos de la resolución se producen desde el momento que ocurre la causa resolutoria como lo prescribe el artículo 1372 del Código Civil quedando subsistentes los efectos jurídicos de la parte del contrato ya cumplido; sin embargo esta teoría no se condice por lo dispuesto por el artículo 1371 del mismo Código según el cual, la resolución deja sin efecto un contrato valido por causal sobreviniente a su celebración .

7.2. La retroacción cuando no ha mediado cumplimiento.

Como se advirtió al tratar sobre la ineficacia funcional del negocio jurídico, la rescisión se declara judicialmente pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato (Primera parte del artículo 1372 del Código Civil). O sea tiene efectos retroactivos. Igual ocurriría si producida la resolución del contrato el incumplimiento culpable fuera de ambas partes, caso que según Ramella⁷⁸ las obligaciones de ambos contratantes se extinguen con efecto retroactivo, existiendo coincidencia con lo dispuesto en el

⁷⁸ Ramella, Anteo E. La resolución por incumplimiento. Ob. Cit. Pág. 160.

segundo párrafo del artículo 1372 del Código Civil, en interpretación extensiva pues los efectos se retrotraen al momento de la causal que motiva la resolución que es el incumplimiento, y si este incumplimiento aparece desde su origen entonces las obligaciones de ambas partes se habrán extinguido.

7.3. Efectos de la resolución cuando ha mediado cumplimiento.

En este segundo caso se advierte que el contrato ha sido cumplido en una parte y en otra no de forma que habrán obligaciones que no se resuelven y quedarán firmes de donde se puede concluir que también quedaran firmes las contraprestaciones respectivas.

Ahora bien quien demanda la resolución obviamente tiene que haber cumplido las prestaciones que le respectan, pues opera el instituto frente al incumplimiento de la otra parte y desde ese incumplimiento (ex nunc).

Un ejemplo sería útil para determinar los alcances de la disposición legal: A cede en arrendamiento a B un inmueble por el plazo de 24 meses a cambio de una renta de mil soles mensuales.

El arrendatario B deja de pagar los meses quince, dieciséis y diecisiete y ya le demanda el desalojo (Que comprende la resolución) por la falta de pago de la renta de dos meses y quince días (Que como hemos visto es una causa de resolución contractual del arrendamiento), y, en efecto obtiene sentencia que declara extinguido el contrato. Esta sentencia no tendrá efectos retroactivos con relación al pago de la renta que comprende a los meses primero a décimo cuarto, pero ya no existirá obligación legal de pagar la renta correspondiente devengada desde que se produjo la causal de resolución o sea la de quince días del mes número diecisiete, la correspondiente los meses dieciocho, diecinueve, veinte, veintiuno, veintidós, veintitrés y veinticuatro porque ya no existe legalmente contrato.

7.4. Efecto de la resolución con relación a terceros.

Lacónicamente el artículo 1372 que trata sobre los efectos de la resolución (También de la rescisión) establece “*No se perjudica los derechos adquiridos de buena fe*”.

Como se ha visto anteriormente la resolución tiene efectos retroactivos entre las partes, que operan de modo pleno y en cuanto a los terceros también hay efectos retroactivos a no ser aquellos casos en que medie la buena fe.

Quien adquiere un inmueble. Por ejemplo, no está en condiciones de saber que el contrato de su enajenante es un contrato resoluble por existir elementos que permitían suponer una posterior resolución. Hugo Forno Flores.⁷⁹ Supone el caso de un contrato que ya se había producido el incumplimiento, es decir, que podía resolverse; o bien que ya habían ocurrido eventos que tornaba excesivamente onerosa la obligación y aunque no lo dice expresamente se trataría de casos en que no puede invocar la buena fe el tercero.

Ampliando el ejemplo anterior vamos a suponer que A, le transfiere un bien a C, por un contrato de compra venta, pero A), ha adquirido el bien de B) y aparece en este contrato que A) debe el saldo del precio a B); por consiguiente, C) está adquiriendo la propiedad de A), a sabiendas de que le debe a B) y, en tal situación, está en condiciones de advertir que ese contrato en que su vendedor adquirió la propiedad es resoluble y, por tanto, si se produjera la resolución de dicho contrato de compra venta entre A) y B), C, no podría entonces invocar la buena fe para no verse afectado con dicha resolución.

⁷⁹ Forno Flores, Hugo. “Efectos de la Resolución y Rescisión” En Código civil Comentado. Tm. VII. 3ra. Edición Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2010. Pág. 171

El mismo autor⁸⁰ expone en caso de una ejecutoria suprema en que los compradores demandan la resolución del contrato porque la vendedora no cumplió con una obligación de entregar saneados los títulos del inmueble. “La sentencia de vista – dice Forno Flores – La sentencia de vista acoge la pretensión resolutoria pero no ordena la devolución del inmueble, acaso porque tal pretensión no fue incluida en la demanda seguramente porque no es a los demandantes compradores a quienes tal restitución interesa, ni tampoco fue planeada por la demandada en su reconvención. Justamente el recurso de Casación se fundamenta en otros casos que la Corte Superior no aplico el tercer parrado del 1372 del Código Civil a no ordenar a los compradores que restituyan el inmueble a la compradora.

No es muy clara la exposición y análisis del caso que hace Forno, pero se puede advertir líneas importantes de su argumentación que los efectos resolutorios son distintos si se trata de un contrato de ejecución instantánea o un contrato de duración con prestaciones continuadas o periódicas. En el primer caso, la resolución “*Golpea íntegramente la relación de manera que toda ella desaparece*” de modo que la relación jurídica “Desaparece hacia atrás como si nunca hubiese existido”, de modo que la resolución despliega todos sus efectos retroactivos, en tanto que los contratos de duración la resolución despliega sus efectos solo hasta el momento que se produce la causal que la motiva.

Haciendo un esfuerzo de interpretación, parece que Forno Flores propone como solución que la resolución tiene plenos efectos resolutorios.

Cuando se trata de prestaciones que debieron cumplirse en forma espontánea pues el interés del acreedor se encuentra insatisfecho en su totalidad; y si en tal caso el adquirente (Comprador) ha transferido el

⁸⁰ Ibidem

bien a un tercero esta retroactividad también afecta al tercero; en cambio cuando se trata de una resolución de un contrato de prestaciones periódicas o continuadas, como el efecto de la resolución opera ex nunc, a partir de la causal que la motiva, no hay retroactividad absoluta y plena, y, por tanto, hay parte de un contrato eficaz y parte ineficaz, de modo que si el comprador transfirió el bien a un tercero, este último no se vería afectado si obró de buena fe.

Al respecto Francesco Messineo⁸¹ “En cambio, respecto de los terceros, especialmente de los sub adquirentes de una de las partes, la resolución carece de eficacia sobre los derechos ya adquiridos por ellos antes de la resolución (Retroactividad llamada obligatoria) salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución (Art. 1458, párrafo), si el contrato tuviera por objeto derecho sobre inmuebles o sobre muebles registrados”.

Los terceros que han adquiridos derechos antes de la resolución, no se verían afectados a no ser que la demanda de resolución haya sido inscrita en los Registros Públicos.

Es interesante con relación a la retroactividad de la resolución contractual, transcribir íntegramente la Casación N° 1977-2001/Lima⁸² “Respecto a la retroactividad de la resolución contractual”, de interpretarse literalmente el artículo 1372 del Código Civil (abarcando en la misma figura a los contratos de ejecución instantánea y a los contratos de ejecución duradera) llegaremos a resultados como el del enriquecimiento indebido [...]; por lo que, si la norma es analizada en un contexto en el que el derecho es concebido como un sistema de justa solución de conflictos, dotado de una coherencia interna, al analizar el artículo 1372 del Código Civil en forma sistemática por comparación

⁸¹ Messineo, Francesco, Doctrina General del Contrato. Ara Editores. Lima 2007. Pág. 734.

⁸² En Código Civil en la Jurisprudencia Casatoria. Alberto Hinostroza Mingues. Ed. Justicia. Lima 2011. Pág. 689-690.

con el artículo 1954 del mismo cuerpo de leyes (enriquecimiento indebido), podremos concluir que, si a través de la resolución se deja sin efecto la relación jurídica obligacional y de manera consiguiente se deben restituir las prestaciones. En la restitución también deben estar involucrados aquellas prestaciones ejecutadas (en los contratos de ejecución instantánea) con anterioridad a la causal de resolución, ya que [...] afirmar lo contrario implicaría mantener atribuciones patrimoniales cuya causa de justificación jurídica ha desaparecido.

Por lo que se concluye (...) que a los autos resulta de aplicable el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil, en el sentido que producida la resolución del contrato las prestaciones ejecutadas deben restituirse; además, el tenor literal del segundo y tercer párrafos del artículo 1372 "(Código Civil) se enmarca en el supuesto de los contratos de ejecución duradera; sin embargo en el caso de los contratos de ejecución instantánea (como el de autos), atendiendo a una interpretación sistemática por comparación con otras normas (enriquecimiento indebido), la resolución contractual se proyecta hasta el momento mismo en que surge la relación jurídica..." Casación N° 1977-2001/Lima, publicada en el diario Oficial El Peruano el 02-01-2003, págs. 9861-9863).

Finalmente podemos aseverar que la interpretación del párrafo final del artículo 1372 del Código Civil, es que los sub adquirentes de buena fe que hayan adquirido a título oneroso o gratuito el bien o pueden verse afectados por la resolución anterior del contrato, afirmación en la que coinciden autores como De la Puente y Lavalle y Jack Biggio Chren.⁸³

⁸³ De la Puente y Lavalle - Jack Biggio Chren. Ob. cit.

7.5. La indemnización de daños y perjuicios.

En un intento por sistematizar las facultades que otorga el ordenamiento jurídico al acreedor, autores como Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos agrupan estas facultades en cuatro tipos de tutela; a). Tutela satisfactiva. b). Tutela conservatoria, c). Tutela resolutoria, y d). Tutela resarcitoria; las tres tutelas anteriormente mencionadas, se dan cuando el acreedor obtiene la satisfacción de la prestación que se le debe, o bien se vale de disposiciones de la ley para conservar el crédito, como por ejemplo la facultad de ejercer la acción subrogatoria u oblicua que le permite subrogarse en los derechos patrimoniales del deudor, vía acción o de defensa, a fin de que este deudor que se muestra renuente a ejercer sus derechos o a defenderlos, mantenga su patrimonio en condiciones de cumplir las obligaciones a su cargo; y también la facultad de resolver o dejar sin efecto una obligación (o un contrato) cuando se ha producido el incumplimiento culpable del deudor casos en que le asiste la cuarta tutela, la tutela resarcitoria.

En efecto una de las consecuencias del incumplimiento de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso es la de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios ocasionados, a no ser que el deudor haya empleado la diligencia ordinaria requerida para el cumplimiento de la obligación sin haberlo logrado caso en el que no se le puede obligar al pago de dichos daños y perjuicios, o bien cuando el incumplimiento o cumplimiento relativo han sido determinados por un fenómeno extraordinario impredecible o irresistible (Caso fortuito o fuerza mayor).

La indemnización de daños y perjuicios supone culpa en el deudor, y en el Código Civil Peruano no existe culpa cuando el deudor ha puesto de manifiesto la diligencia necesaria o cuando las causas del incumplimiento son por caso fortuito o fuerza mayor, empero cuando no median estas circunstancias tienen que afrontar los daños y perjuicios de carácter patrimonial como también el daño moral cuando este se hubiera irrogado; daños y perjuicios que deben ser invocados y probados y que en nuestro

ordenamiento son el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral para todos los casos de incumplimiento de la obligación por culpa del deudor o por cumplimiento parcial tardío o defectuoso del deudor también en el caso que se hubieran producido por su culpa. (Arts. 1314 y Ss. C.C)

Cuando se ha acreditado el daño pero no así el monto o quantum de esos daños y perjuicios el Juez puede fijarlo con valoración equitativa (Art. 1332 C.C), pero es práctica judicial que en la sentencia que concede daños y perjuicios al demandante se disponga que se fijen estos mediante prueba pericial.

En cuanto al daño moral, resulta obvio que también debe probarse porque el artículo 1331 del Código Civil establece que la prueba de los daños y perjuicios (Incluido el daño moral) y su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

CAPITULO VIII

CASUÍSTICA JUDICIAL EN MATERIA DE RESOLUCIÓN

Ejecutorias Nº 1 y 2

1. *“... Ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor el Código Civil en su artículo mil cuatrocientos veintiocho ha concedido al acreedor la facultad de elegir entre solicitar la resolución del contrato dejando sin efecto el mismo o exigir el cumplimiento de la obligación en cuyo caso las obligaciones generadas por el contrato se mantienen vigentes...”* (Casación Nro. 1914-01 /Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano 01-04-2002, págs. 8567-8568).
2. *“... Este dispositivo (art.1428 C.C.) concede a la parte perjudicada con el incumplimiento de un contrato con prestaciones recíprocas dos opciones, el cumplimiento o la resolución del contrato y, en todo caso la indemnización de daños y perjuicios; (...) por ello no se puede limitar este artículo a una sola opción la del cumplimiento del contrato, como pretende la parte demandada, por lo que la adora al escoger la resolución del convenio ha actuado conforme a ley. (Casación Nro. 1007-95 / Cajamarca, publicada en Diario Oficial El Peruano el 19-12-1996, págs. 2544-2545).*

Comentario.

Las dos ejecutoriase precedentes se refieren a los alcances de los artículos 1428 del Código Civil; en efecto se precisan en ella que el acreedor como parte perjudicada por el incumplimiento del contrato con prestaciones recíprocas, tiene dos opciones, exigir el cumplimiento o la resolución del contrato y en uno y otro caso la indemnización por daños y perjuicios que como se ha visto comprende el daño patrimonial y el daño moral; y así mismo precisa la primera ejecutoria que cuando se exige el cumplimiento del contrato dichas obligaciones se mantienen vigentes.

Ejecutoria N° 3

3. *“... El hecho de que el artículo mil cuatrocientos veintiocho del Código Civil [.] contemple el derecho a indemnización para cualquiera de los dos supuestos, vale decir, la exigencia del cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, no significa que el quantum indemnizatorio será en ambos casos el mismo, dado que en el primero, producto del cumplimiento del contrato habrá una contraprestación más la indemnización que correspondiere, en cambio en el segundo, por la resolución no habrá contraprestación directa sino sólo indemnización, él mismo, que entonces será en un monto mayor al fijado en el primer caso, puesto que comprenderá mayores elementos a resarcir; que, entonces, la indemnización considerada por la Sala Revisoria como reparadora también de la imposibilidad física de exigirse el cumplimiento de contrato, en modo alguno constituye una indemnización endeble diminuta o inequitativa, [...], sino el amparo de la ley ante una situación especial...” (Casación Nro. 962-2004 / Sultana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06 2006, págs. 16063-16067*

Comentario:

En esta sentencia destaca la Corte Suprema que el monto de la indemnización en el caso de que el acreedor opte por exigir y obtener la ejecución de la prestación es distinto al monto de la indemnización cuando el acreedor se decide por la resolución del contrato, pues en el primer caso ha recibido la prestación y la indemnización por daños y perjuicios tiene que ser menor que en el segundo caso en que se resuelve el contrato y, por tanto, el acreedor no ha recibido la prestación.

Ejecutoria N° 4 y 5.

4. *“... El artículo 1428 del Código Civil, regula el mecanismo de la resolución del contrato por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, en donde si alguna de las partes falta [sic -léase faltó-] al cumplimiento de su obligación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y en uno u otro caso la indemnización por daños y perjuicios, mecanismo del cual se encuentra habilitado el contratante legitimado afectado por el incumplimiento de la otra parte contratante y que por su parte si ha cumplido [sic -léase sí ha cumplido-] con su obligación; forma de actuar que es entendido [sic -léase que es entendida-] como una manera de tutela en los contratos en donde rige la contraprestación entre las partes y con la finalidad de provocar la ineficacia del acto ante un incumplimiento...” (Casación Nro. 210-2007/ Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano él 02-09-2008, págs. 22697-22698).*
5. *“El artículo 1428 del Código Civil, regula el mecanismo de la resolución del contrato por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, en donde si alguna de las partes falta [sic -léase faltó-] al cumplimiento de su obligación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y en uno u otro caso la indemnización por daños y perjuicios, mecanismo del cual se*

encuentra habilitado el contratante legitimado afectado por el incumplimiento de la otra parte contratante y que por su parte si ha cumplido [sic -léase sí ha cumplido-] con su obligación; forma de actuar que es entendido [sic -léase que es entendida-] como una manera de tutela en los contratos en donde rige la contraprestación entre las partes y con la finalidad de provocar la ineficacia del acto ante un incumplimiento..." (Casación Nro. 210-2007/ Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano él 02-09-2008, págs. 22697-22698).

Comentario:

En las ejecutorias precedentes se hace hincapié en que el contratante afectado por el incumplimiento de la otra parte se encuentra habilitado para ser indemnizado por daños y perjuicios que es una manera de tutelar a la parte cumplidora; no siendo necesario que cuando el acreedor opta por la resolución del contrato esté obligado a constituir en mora al deudor pues se puede plantear directamente la resolución ante el Poder Judicial sin tener que intimar previamente al deudor, afirmación que dice la ejecutoria se encuentra ratificada por el inciso tercero del artículo 1150 del Código Civil que faculta al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor a dejar sin efecto la obligación.

Ejecutoria N° 6

6. *"La citada norma [art. 1428 del C/C, [...]] prevé el derecho que tiene el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato frente al incumplimiento del deudor, está referida sobre todo para el caso de incumplimiento de la obligación principal del contrato, más no [sic -léase mas no-] para el caso de una obligación accesoria sobre el pago de una penalidad que se regula con carácter especial por las normas sobre cláusula penal..." (Casación Nro. 2574-2004/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano él 31-07-2006,*

págs. 16595-16596).

Comentario.

En esta ejecutoria se determina que el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación se refiere al cumplimiento de la obligación principal, que no comprende el pago de una penalidad que se regula por las normas de la cláusula penal.

Ejecutoria N° 7

7. *“... A diferencia de aquellos casos en los que sí existe simultaneidad en los contratos con prestaciones recíprocas, en los que la prestación de una de las partes no se ejecuta simultáneamente con la de su contraparte (...), debe determinarse el valor de las prestaciones ejecutadas hasta el momento en que se produce la causal de resolución a efectos de poder determinar el importe del monto reembolsable” (Casación Nro. 642-98/ Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-03-1999, págs. 2820-2821).*

Comentario.

Esta resolución suprema señala que es indispensable determinar el valor de las prestaciones ejecutadas hasta el momento que se produce la causal de resolución a fin de poder determinar el importe legal del monto reembolsable, no cabe duda con el fin de evitar un enriquecimiento indebido.

Ejecutorias N° 8, 9 y 10.

8. *“... Si bien es cierto el artículo invocado por el recurrente [art. 1428 del C.C.] señala la posibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de resolución de contrato judicial, la mencionada norma no enerva el requisito de probanza que se debe tener en cuenta al solicitar la referida indemnización, la que no*

procedería sin haberse probado previamente la existencia de un daño...” (Casación Nro. 2471-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8827).

9. *“... El Artículo mil Cuatrocientos veintiocho del Código Civil faculta demandar acumulativamente la resolución del contrato y los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de obligaciones por una de las partes, por lo que su planteamiento con el carácter de pretensión subordinada no constituye una acumulación indebida...” (Casación Nro. 616-99/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-1999, págs. 3410-3411),*
10. *“... La demanda pretende el pago de daños y perjuicios, sin haber recurrido previamente a una de las alternativas que ese artículo (1428 del C.C.) indica; que se resuelve el contrato o que se obligue a la Municipalidad a que le dé cumplimiento; en consecuencia, no existía viabilidad procesal para que proceda el pago de daños y perjuicios” (Casación Nro. 942-96 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27-05-1998, pág. 1184).*

Comentario.

En estas sentencia en casación se resalta que si bien existe derecho a solicitar la indemnización por daños y perjuicios en los supuestos de resolución de contrato, estos daños y perjuicios tienen que haber sido probados como existentes, a través de la prueba pertinente en el proceso judicial respectivo; y que si se ha demandado los daños y perjuicios en acumulación subordinada, ello no constituye una acumulación indebida; y por último, si el actor sin haber recurrido previamente a una las alternativas del artículo 1428 del Código Civil; pretende el pago de daños y perjuicios indicando que se resuelva el contrato o que se le obligue al deudor al cumplimiento, entonces no existe viabilidad procesal para que proceda el pago de daños y perjuicios.

Pareciera en este último caso que el acreedor demandó a una municipalidad para que se resuelva el contrato o se obligue a su cumplimiento, es decir una acumulación indebida de pretensiones cuando solo procede que el acreedor demanda el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, una de las dos opciones, o bien la resolución del contrato como pretensión principal y para el caso que se desestime esta resolución la pretensión de cumplimiento de contrato, pues como se ha visto al tratar anteriormente sobre la vía judicial para obtener la resolución de contrato, no pueden acumularse pretensiones incompatibles entre sí, a no ser que se haga en acumulación subordinada.

Ejecutorias N° 11 a 13.

11. *“... La interpretación correcta del Artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil consiste en que la resolución del contrato (...) de pleno derecho por incumplimiento, es facultativa y no obligatoria y que la parte perjudicada puede acudir a la vía judicial directamente...” (Casación Nro. 633-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial B Peruano el 13-12-1996, págs. 2521-2522).*
12. *“... Nuestro Código Civil [...] regula varios mecanismos de resolución por incumplimiento del contrato previstos en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil, esto es, la resolución judicial, la resolución por intimación o por autoridad del acreedor, la resolución por cláusula resolutoria expresa),] respectivamente. La parte que cumpla con su prestación puede acudir al poder judicial [sic] a demandar la resolución del contrato contra la otra, el incumplidor, en cuyo caso no está obligado “(sic -léase está obligado-) a cursar previamente [la] carta notarial a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil...” (Casación Nro. 210-2007/ Santa, publicada en el Diario Oficial0 Peruano el 02-09-2008, págs. 22697-22699)*

13. *“...Dicha norma [art. 1428 del C.C.] establece a la letra que: 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... A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandado queda impedida de cumplir su prestación, de lo que se desprende que para solicitar judicialmente la resolución del contrato basta que una de las partes haya incumplido judicialmente con su obligación, siendo que no es necesario requerir vía notarial a la otra parte el cumplimiento de una o unas determinadas obligaciones, puesto que el artículo mil cuatrocientos veintinueve del mismo Cuerpo Legal dispone a la letra que. En caso del artículo mil cuatrocientos veintiocho [del C.C.] la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta...”, es decir, que el requerimiento notarial no es requisito sine qua non para acudir al órgano jurisdiccional a fin de solicitar la resolución del contrato, ya que es optativo...” (Casación Nro. 2838- 01/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8748-8749).*

Comentario:

En la primera ejecutoria de este grupo se precisa que la parte perjudicada por el incumplimiento de la obligación puede resolver el contrato mediante el mecanismo que ahí se establece (Art. 1429 CC), o puede acudir directamente al poder Judicial demandando la resolución del contrato, porque le es facultativo optar por una vía u otra; destacándose en la segunda ejecutoria que no es requisito cursar previamente la carta notarial para acudir a la vía judicial; y que a partir de la fecha de la notificación con la demanda de resolución, cuando ha elegido el acreedor esta opción la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación y que no es necesario en este caso el requerimiento notarial.

Ejecutoria N° 14.

- 14.** *“... La carta notarial que comunica la resolución del contrato, no implica la renuncia del acreedor a su derecho de cobrar, si es que el crédito se mantiene impago y si está respaldado con una garantía...”*
(Casación Nro. 30-2002/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8796).

Comentario:

Esta ejecutoria trata sobre el caso en que el acreedor comunica a su deudor por carta notarial la resolución del contrato, estableciendo que ello no implica la renuncia del acreedor a su derecho de cobrar si es que el crédito se mantiene impago y si está respaldado con una garantía: Es necesario una mayor información de la que aparece en la sumilla porque en el caso del pacto comisorio expresado previsto en el artículo 1430 del Código Civil, la comunicación que hace el acreedor al deudor en el sentido de que se vale de la cláusula resolutoria expresa, tiene como consecuencia inmediata la resolución del contrato y, como consecuencia, la extinción del crédito de forma que perdería su derecho a cobrarlo, quedando subsistente únicamente la indemnización por daños y perjuicios.

Ejecutorias N° 15 y 16.

- 15.** *“... El artículo 1429 del Código Civil, regula la forma de actuación del derecho que da origen a la resolución por incumplimiento, supuesto de la norma que posibilita al acreedor que sufre el incumplimiento de la otra parte a tenor de lo dispuesto en el artículo 1428 del Código Civil, a la intimación previa del cumplimiento debido vía carta notarial dentro del plazo establecido por la ley como es un plazo no menor de quince días, siendo que en caso de no verificarse el cumplimiento de la obligación i correspondiente dentro del plazo de ley se proceda [sic -*

léase se procede-] a la resolución del contraté correspondiendo señalar que esta manera de resolución por 'intimación' o 'por autoridad del acreedor' también denominado [sic -léase también denominada- [...] como pacto comisorio implícito, tácito o legal' es un mecanismo extrajudicial que no requiere previamente que las partes la hayan pactado, dado que es una facultad otorgada al acreedor por ley. El acreedor íntima al incumplidor para que en el plazo señalado cumpla con su prestación, en caso contrario se tendrá por resuelto el contrato.

El plazo de quince días que señala la norma en comento es un plazo de gracia, porque otorga al incumplidor la última posibilidad de cumplir con su prestación..." (Casación Nro. 210-2007/ Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22697-22699).

16. *"... El artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil establece claramente:*

En el caso del artículo mil cuatrocientos veintiocho [del C.C.] 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'; [...] del referido texto se puede inferir que, por regla general, todo contrato, aun cuando las partes no hayan pactado la inclusión de una cláusula resolutoria expresa por incumplimiento de prestaciones, puede ser objeto de resolución de pleno derecho mediante el mecanismo que dicho dispositivo establece; [...] esta Sala de Casación estima que la facultad de una de las partes para hacer uso

del requerimiento con apercibimiento que contempla el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil, no se ve obstaculizado cuando en el contrato no se ha establecido el plazo para que la otra parte cumpla con una de las prestaciones a la que se comprometió; toda vez que si bien es verdad el plazo es un requisito esencial para conocer con total certeza desde cuando es exigible la prestación al deudor, esto es, el momento a partir del cual una de las partes cae en incumplimiento esta omisión se ve subsanado [sic léase subsanada-] cuando dentro del requerimiento el acreedor concede un plazo prudencial para que él deudor satisfaga su prestación éste con su silencio o no respuesta a dicha carta, está tácitamente conviniendo con el acreedor de qué su parte ha incumplido la prestación que se le requiere, de conformidad con el artículo ciento cuarentiuno del Código Civil...” (Casación Nro. 4888-2006/ Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22128-2212).

Comentario

En estas dos ejecutorias (15-16) la Corte Suprema ha establecido que el plazo que concede el acreedor al deudor no menor de quince días es un plazo de gracia, habría que interpretar un plazo adicional para que el deudor cumpla la prestación y que si no se hubiera fijado plazo en el contrato, que es un requisito esencial para conocer con total certeza desde cuándo es exigible la prestación o sea desde cuando se produce el incumplimiento, esta omisión se ve subsanada cuando el acreedor le concede al deudor un plazo prudencial y si el deudor no cumple o mantiene su silencio, tácitamente está conviniendo con el acreedor que su parte ha incumplido la prestación que se le requiere.

Lo resuelto en esta casación (16) es discutible pues en materia de plazos existe hasta tres normas del Código Civil: El artículo 182, que indica que si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y

circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor el juez fija su duración. También fija el juez la duración del caso cuya duración haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y esto no lo señala y que la demanda se tramita como proceso sumarísimo.

Del artículo anterior se infiere que el plazo no lo puede señalar el acreedor, sino únicamente el deudor o tercero cuando así se ha pactado, por el Juez cuando no lo han señalado estos últimos; sin embargo según esta ejecutoria el acreedor estaría autorizado a fijar un plazo no menor de quince días, cuando en el contrato no se ha fijado plazo, lo que no guarda relación con lo dispuesto en el artículo 182 ya comentado.

Por otro lado, el artículo 1240 del Código Civil en lo referente al pago, que es el cumplimiento íntegro de la prestación, prescribe que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el plazo después de contraída la obligación.

En el supuesto de este artículo si procedería que el deudor hiciere uso de la facultad que le confiere el artículo 1429 del Código Civil, pues estando facultado para exigir de inmediato el cumplimiento inmediato de la obligación esta faceta también para darle al deudor un plazo prudencial no menor de quince días a fin de obtener la resolución extrajudicial del contrato; pero habrán obligaciones en las que no caben que una vez contraída la obligación se exija el inmediato cumplimiento de la prestación, como en las obligaciones de hacer, en que contraída una obligación para construir una casa, sino se ha señalado plazo, el acreedor no puede exigir que se cumpla de inmediato la construcción del inmueble porque si no se ha señalado plazo para ello, es obvio que el deudor tendrá que cumplir la prestación en un plazo razonable que en la construcción de un inmueble no es menor a seis meses, y no de inmediato; siendo aplicable para tal efecto lo dispuesto en el artículo 1148 del Código Civil que establece que el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados, o, en su defecto,

en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

No funcionaría pues en este caso que el acreedor otorgue un plazo no menor de quince días al constructor, como lo permite el artículo 1428 del Código Civil, pues resultaría con una facultad que no aparece en el contrato, cual es la de imponer unilateralmente el plazo para el cumplimiento de la prestación.

Ejecutoria N° 17.

17. *“... Al tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas en donde se da el binomio de prestación-contraprestación en donde la parte que no ha incumplido tiene interés en desligarse del vínculo contractual de quien no ha cumplido, resultan aplicables los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento y la necesaria y previa comunicación notarial que debe de realizarse a la otra parte para que satisfaga la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil, siendo que [...] tales consideraciones no pueden verse alteradas por el invocado supuesto de las arras penales habida cuéntame las mismas a tenor de lo dispuesto en el artículo 1478 del Código Civil, conllevan la aplicación de una pena para quien no cumple con su obligación pues, cumplen su rol de determinar por acuerdo de las partes y en forma previa los daños reclamables en caso de inejecución de las prestaciones del contratos [sic -léase contrato-] y que si bien prevén la posibilidad de la parte que cumplió y recibió las arras se quede con ellas así ame que se deje sin efecto un contrato, al no haberse invocado en el texto de la citada norma la resolución de pleno derecho, para que se determine la resolución automática resulta necesaria la regulación pertinente en el caso de una resolución judicial o extrajudicial ‘ conforme a lo dispuesto en los artículos 1428 y 1429 y 1430 del Código*

Civil según sea el caso. Casación Nro. 210-2007/ Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22697-22699.

Comentario.

Esta ejecutoria tiende a resolver el problema que si procede la resolución automática del contrato cuando se ha pactado arras confirmatorias, cuando según el artículo 1478 del Código Civil establece que si la parte que hubiese otorgado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto conformando las arras, o si quien no cumple es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras. La ejecutoria interpreta que cuando esta norma dice “dejar sin efecto el contrato”, no implica que el acreedor, por si y ante sí, declare sin efecto el contrato, porque – dice la ejecutoria - que el nombrado dispositivo no ha considerado en el texto la resolución de pleno derecho por lo que debe acudir el acreedor a la resolución judicial o extrajudicial conforme a los artículos 1428 y 1429 del Código Civil.

Ejecutoria N° 18.

18. “... Existe una intimación al cumplimiento [,,] en donde se indica el plazo que se concede para el cumplimiento y el apercibimiento en caso ello no ocurra; vencido el plazo se hace efectivo el apercibimiento [.., | y se da por resuelto el contrato. Resolución que por cierto se realiza a nivel extrajudicial/ y que en caso sea llevada a los tribunales, la sentencia sería meramente declarativa...” (Casación .Nro. 3727-2002i Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, pág. 12776).

Comentario.

Esta ejecutoria determina cual son los alcances de la resolución extrajudicial, estableciendo que en el caso de llevada a los tribunales, se supone que cuando el deudor impugna el procedimiento extrajudicial, entonces en la vía judicial incoada por el deudor como sentencia declarativa; y también no cabe duda la del caso en que obtenida la resolución extrajudicial, el acreedor pretenda los efectos de esta resolución, caso en el que se tendrá también como sentencia declarativa.

Ejecutoria N° 19 a 23.

19.“... *La resolución de un contrato puede efectuarse judicial o extrajudicialmente; i cuanto a la resolución extrajudicial, nuestro ordenamiento ha previsto dos posibilidades, la contemplada en el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil que prevé resolución de pleno derecho; y la prevista en el artículo mil cuatrocientos treinta del acotado, que regula la llamada cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio...*” (Casación Nro. 3584-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07- 2001, págs. 7452-7453).

20.“... La resolución extrajudicial de un contrato puede producirse en el caso del artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil, si la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra la requiera [sic -léase requiere-] 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 quede resuelto y si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho; [...] asimismo, el artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil permite la resolución extrajudicial de un convenio, cuando se ha

convenido expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumplí determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión; [...] la resolución extrajudicial del contrato, invocada por la demandante no se encuentra en ninguno de los casos antes señalados, y por lo tanto no puede admitirse..." (Casación Nro. 1568-2000/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7159-7160).

21. "... [Una] forma de resolución del contrato por incumplimiento, es mediante el pacto comisorio o cláusula resolutoria expresa regulado en el artículo 1430 del acotado [C.C.], que resulta ser otro mecanismo extrajudicial al alcance de la parte cumplidora o fiel del contrato y que tiene origen en él acuerdo dé las partes. Esta cláusula indica que las partes contratantes la insertan en el contrato estableciendo que queda resuelto el mismo cuando uno o cualquiera de los contratantes no cumple con la prestación que queda a su cargo. Una vez que el cumplidor comunica al incumplidor que esta [sic -léase que está-] haciendo uso de la mencionada cláusula, el contrato queda resuelto de pleno derecho.," (Casación Nro. 210-2007/ Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22697-22699)
22. "... Para la aplicación de la cláusula resolutoria se tiene que verificar por un lado que se ha producido el incumplimiento y tal situación es la que genera la resolución, pero ésta será ineficaz hasta que la parte fiel le comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, [...] por lo tanto la resolución automática de un contrato no tendrá efectos sino solo hasta que la parte fiel cumpla con cursar la comunicación a la que hace referencia la norma acotada [art. 1430 del C.C.]..." (Casación Nro. 3584-00/ lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7452-7453).
23. "... El artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo,

establecida con toda precisión; y que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. [...] Que la citada norma establece con carácter imperativo de un lado, que la resolución convencional de los contratos sí puede ser convenida por las partes y por ende operar de pleno derecho; y, de otro lado, que esta operará cuando a la parte deudora se le comunica de dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de tal decisión mediante notificación válida; dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objetivo se estará frente a una resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los contratos; colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad pues, continuará actuando en la creencia que el contrato aún se encuentra vigente porque el acreedor no ha hecho valer aún la facultad resolutoria..." (Casación Nro. 2056-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23676-23677).

Comentario.

En este grupo de ejecutorias se definen los dos tipos de resolución extrajudicial, la prevista en el artículo 1429 y la prevista en el artículo 1430 del Código Civil, señalando en la misma ejecutoria que la demandante no se funda en ninguno de los casos antes señalados y que por lo tanto no puede admitirse la resolución extrajudicial.

En la tercera ejecutoria (21) se precisa que el cumplidor comunica al incumplidor que está haciendo uso de la cláusula del contrato cuyo incumplimiento le autorizaba a darlo por resuelto de pleno derecho, y en la ejecutoria siguiente (22) se indica que la resolución del contrato no se producirá sino que hasta la parte fiel cumpla con comunicar a la otra que hace valer la resolución por incumplimiento expresamente pactada. Y la última (23) reitera que debe existir cláusula expresa y

que operará dicha resolución cuando la parte deudora toma conocimiento de la decisión de la parte cumplidora.

En este grupo de ejecutorias se definen los dos tipos de resolución extrajudicial, la prevista en el artículo 1429 y la prevista en el artículo 1430 del Código Civil, señalando en la misma ejecutoria que la demandante no se funda en ninguno de los casos antes señalados y que por lo tanto no puede admitirse la resolución extrajudicial.

En la tercera ejecutoria (21) se precisa que el cumplidor comunica al incumplidor que está haciendo uso de la cláusula del contrato cuyo incumplimiento le autorizaba a darlo por resuelto de pleno derecho, y en la ejecutoria siguiente (22) se indica que la resolución del contrato no se producirá sino que hasta la parte fiel cumpla con comunicar a la otra que hace valer la resolución por incumplimiento expresamente pactada. Y la última (23) reitera que debe existir cláusula expresa y que operará dicha resolución cuando la parte deudora toma conocimiento de la decisión de la parte cumplidora.

Ejecutorias N° 24 a 27.

24. *“... Las partes celebraron un contrato de compraventa [...] en el que pactaron que en caso de incumplimiento del pago de las armadas [...] la adora podía a su elección ejecutar la hipoteca o proceder a resolver el contrato; constituyendo dicho pacto una forma de cláusula resolutoria expresa en la que mediante carta notarial [...] la adora dio por resuelto el contrato ante el incumplimiento del pago de las cuotas en aplicación del artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil; [...] para que opere la cláusula resolutoria expresa, se requiere del incumplimiento de la prestación pactada en el contrato y que se comunique al deudor que se hace uso de la cláusula, no requiriéndose que se efectúe una intimación previa para el cumplimiento de la obligación, por cuanto este supuesto está previsto [sic -léase está previsto-] para el caso de la resolución extrajudicial por autoridad del*

acreedor a que se refiere el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil; siendo que en el presente caso resulta eficaz la carta notarial dirigida a los demandados para efectos de la cláusula resolutoria expresa, por cuanto dicha carta fue remitida al domicilio indicando [sic -léase indicado-] en el contrato, no habiendo acreditado los deudores que hubieran comunicado el cambio de su domicilio para que resulte oponible al acreedor conforme a los términos que exige el artículo cuarenta del Código Civil..." (Casación Nro. 3092-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15403-1540

- 25.** *"... Si bien es cierto que en virtud de la cláusula resolutoria se resuelve un contrato de pleno derecho, también es cierto que para el ejercicio legítimo de esta cláusula, se requiere que la parte que haga uso de ella haya cumplido a su vez con sus obligaciones..." (Casación Nro. 279-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-11- 2004, págs. 12784-12785).*
- 26.** *"... La interpretación correcta del Artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil es que la resolución de un contrato (con prestaciones recíprocas) en virtud al uso de la cláusula resolutoria, solamente se produce cuando la parte que hace uso de este derecho haya cumplido con su obligación..." (Casación Nro. 2522-97/ Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09-11-1999, págs. 3895-3896).*
- 27.** *"... Para que exista el ejercicio legítimo de la cláusula resolutoria, se requiere que la parte que la alegue haya cumplido a su vez con sus obligaciones, en consecuencia para determinar si resulta legítimo el ejercicio de este derecho, se requiere verificar el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de ambas partes lo cual solamente se puede hacer en una vía en donde se permita una amplitud de los medios de defensa y de la actividad probatoria, y no en la vía del proceso sumarísimo en donde se limitan los medios de defensa..." (Casación Nro. 118-01 /Lima, publicada en el Diario Oficial El*

Peruano el 31-08-2001, págs. 7615-7616).

Comentarios

Esta ejecutoria (24) trata del caso de incumplimiento del pago de armadas cuando se había pactado que el incumplimiento autorizaba al acreedor, a su elección a ejecutar la hipoteca o proceder a resolver el contrato, no resultando necesaria la intimación que si debe existir en el caso del artículo 1429 del Código Civil ; y que si la carta se dirigió al domicilio indicado en el contrato, producía todos sus efectos pues los deudores no habían comunicado al acreedor el cambio del domicilio según lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil.

Las restantes (25 – 27) precisan que para ejercer en forma legítima la cláusula resolutoria expresa se requiere que la parte que la invoca haya cumplido a su vez con sus obligaciones siendo la vía adecuada para verificar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones una que permita la amplitud de los medios de defensa y de la actividad probatoria y no la vía sumarísima en donde se limitan los medios de defensa.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El contrato, en el Código Civil de 1942, resulta una especie del negocio jurídico y como tal está sometido a las reglas establecidas en el Libro II, sobre los requisitos para su validez y eficacia; las formas que deben adoptar para su manifestación exterior; las modalidades del plazo y condición en los contratos; los vicios de la voluntad; las causas de anulabilidad y nulidad, entre otras.

SEGUNDO: También son aplicables a los contratos los casos de simulación y fraude, regulados en el Libro I del Código Civil mencionado relativos al acto jurídico.

TERCERO: El régimen de los contratos con prestaciones recíprocas previsto en el Título VI de la Sección Primera del Libro Séptimo.- Fuente de las Obligaciones, resulta de aplicación en los casos en que el contrato contiene obligaciones de prestaciones recíprocas, en que las partes asumen un sacrificio y un beneficio, unas de las otras.

CUARTO: Los contratos con prestaciones recíprocas pueden ser resueltos sin necesidad de intervención judicial, a solicitud del acreedor que ha cumplido la prestación y siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 1429 y 1430 de Código Civil.

QUINTO: Los casos de resolución de contrato por incumplimiento guardan semejanza con otras figuras jurídicas, como la resolución redhibitoria; la condición resolutoria; la revocación; el desistimiento o rescisión unilateral; la nulidad, entre otros.

SEXTO: Además de la resolución por incumplimiento, se dan casos especiales de resolución de contrato nominados como la resolución de la compra venta, la permuta; la locación de cosas: como locación de obra; de contrato de donación; de contrato de renta vitalicia; de comodato, y de sociedad civil.

SETIMO. Igualmente existen normas especiales que regulan la resolución en el caso de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, como alternativas frente

a la pérdida o deterioro del bien en las obligaciones de dar; o incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer; o incumplimiento de la obligación de no hacer. Casos en los que la culpa del deudor trae aparejado los respectivos daños y perjuicios.

OCTAVO: Los procedimientos para obtener la resolución, son de dos clases: Extrajudicial, como se ha visto en la cuarta conclusión precedente; y también se puede obtener la resolución por vía judicial, aportándose la prueba pertinente.

NOVENA: En materia de obligaciones de hacer cuando el acreedor quiere hacer valer la opción de que cumpla un tercero la obligación, por cuenta y costa del deudor, no hay una regulación jurídica específica y eficaz; pues el acreedor no puede recurrir directamente al tercero para que le practique la obligación de hacer, a no ser en caso excepcional de emergencia como lo ha establecido la Corte Suprema mediante ejecutoria, precisamente por no existir normatividad específica en esta materia.

DECIMA: El caso a que se contrae la conclusión anterior es el de una emergencia médica en que el acreedor decide que otro facultativo practique el acto médico en lugar del deudor original que no lo hace; empero en este caso no le autoriza el artículo 1219, inciso dos del Código Civil, concordante con el artículo 1150 inciso dos del mismo Código, sino más bien que este comportamiento del acreedor resulta justificado por las circunstancias y se inscribe en la facultad que le confiere el inciso tres del artículo 1219 del Código Civil; es decir, el derecho de ser indemnizado por el deudor por haber tenido que acudir a un tercero para que practique el acto médico de emergencia, debiendo cubrir el deudor todos los gastos ocasionados.

DECIMA PRIMERA: La casuística judicial en materia de resolución pone de manifiesto que no existe uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas pertinentes; en muchos casos, por la dispersidad de la propia normatividad.

DECIMO SEGUNDA: La ineficacia de ciertas normas se pone de manifiesto, por ejemplo, en el caso de que cuando no existe plazo para el cumplimiento de la obligación pero se desprende que ha querido concederse al deudor, es el Juez

quien debe determinar la duración de ese plazo, según el artículo 182 del Código Civil, de forma que si alguien manda a fabricar un escritorio pero no se ha fijado plazo en el contrato, habría que acudir al Juez para que fije dicho plazo al carpintero y como quiera que esta petición debe seguir el trámite del proceso sumarísimo, según la misma norma, este proceso con demanda, contestación y terminadas las fases probatoria e impugnatorias sería mayor a la de un año, en que recién el Juez fija el plazo para hacer un escritorio; algo que no responde al sentido común.

En el caso de la elección de bienes inciertos cuando a falta de plazo para la elección corresponde al Juez fijarlo (Art. 1144 C.C) o en el caso de la obligación alternativa (Art. 1162 C.C.), serán los mismos problemas de manifiesto retraso en razón de haberse optado todo un procedimiento judicial aparentemente eficaz para ello pero que en la práctica son de duración excesiva.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Modificar el inciso dos del artículo 1219 del Código Civil; cuyo texto sería:

“2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. No se requiere autorización judicial en casos debidamente justificados por la urgencia o emergencia de la situación”.

SEGUNDA: Modificar el artículo 182 del Código Civil, sobre plazo judicial, que quedaría redactado así:

“Art. 182. Si el acto no señala plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y esto no lo señalare, la petición en este y en los demás casos en que el Juez debe fijar el plazo se formulará adjuntando la prueba respectiva y el Juez sin más trámite fijará el plazo solicitado”.

La petición en este y los demás casos en que el juez debe fijar el plazo, se formulará adjuntando la prueba respectiva y el juez sin más trámite fijará el plazo solicitado.

TERCERO: La modificación anterior se condice con la solución urgente que se requiere al Juez, eliminando un procedimiento judicial oneroso y dilatorio; lo que no impide que en su oportunidad se formule oposición por el interesado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALDEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona, 1973.
- ALTERINI, Afilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*. Tomo I. Buenos Aires, 1996.
- ARIAS SCHEREIBER, Max. *Exégesis Contratos Parte General*. Lima, 1986.
- BRECIA, Umberto; D. BUSNELLI, Francesco; NOTALI, Ogo. *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I. Volumen II. Giro editores Ltda. Santa Fe de Bogotá. 1992.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Argentina 1979, Tomo I.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Argentina 1979, Tomo II.
- CARBONNIER, Jean: *Derecho Civil*. Barcelona, 1970.
- CARRIÓN LUGO, Jorge, *Análisis del Código Procesal Civil*, Cultural Cuzco S.A., Editores, 1994, Tomo I.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: *El derecho de los contratos*. Lima, 1966.
- CÓDIGO CIVIL 1984.- Gaceta jurídica. Primera Edición, febrero 2001.
- CÓDIGO CIVIL. Exposición de Motivos y Comentarios. Delia Revoredo Marsano. (Compiladora) ECB. Ediciones SAC. Lima 2015.
- CÓDIGO PROCESAL CIVIL.- Edición Oficial 1998.
- COLÍN ET CAPITANT. *Curso elemental de derecho civil*, T: I Y III, Madrid, Reus, 1922.
- CORNEJO, Ángel Gustavo: *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Lima, 1937.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil Peruano*, Tm. I. y II, Lima Lumen, 1956.
- COSSIO, Alfonso De. *Instituciones de Derecho Civil I, Parte general y Derecho de obligaciones*, Madrid, Alianza editorial, 1975.
- COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General de Derecho Civil*. México, 1938.
- CUADRO VILLENA, Ferdinand. *Acto Jurídico*. Editorial Cuzco. Lima, 1996.
- DE CASTRO BRAVO, Federico. *El negocio Jurídico*. Valencia 1992.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: *El contrato en general*, en *Biblioteca "Para leer el Código Civil"*. PUC. Lima, 1991, Vol. XI.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima, 1988.
- DIEZ PICAZO y PONCE DE LOON, Luis, *"Libertad y responsabilidad contractuales e intereses vitales de deudor"*, en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1990.
- DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, 1982.
- FERRERO, Raúl: *El negocio Jurídico*. Lima 1974.
- GARCÍA AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos*. Madrid, 1969.
- GIORGI, Giorgio: *Teoría de las Obligaciones*. Madrid 1909.
- JOSSE RAND, Louis: *Derecho Civil*. Buenos Aires, 1970.
- LAFAILLE, Héctor: *Tratado de las Obligaciones*. Buenos aires, 1947.
- LEÓN BARANDIARAN, José. *Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica Editores, Tercera Edición, enero 1999.
- LEÓN BARANDIARAN, José: *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima, 1975.
- LEÓN DE BARANDIARAN, José, *Contratos en el derecho civil peruano*, T. II, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1975.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El negocio jurídico*, Lima, Studium, 1987.
- LLAMBIAS: *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires, 1980.
- MANRESA NAVARRO, *Comentario al Código Civil Español*, T.VIII, Madrid, 1950.
- MAZEAUD, Henry León y Jean: *Derecho Civil*. Buenos Aires, 1959.
- MESSINEO, Francisco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos aires, 1971.
- MIRANDA CANALES, Manuel: *En Derecho de los Contratos*. Lima 1983.
- ORTEGA, Ramón: *Nulidades civiles en Derecho Colombiano*. Bogotá, 1975.
- OSTERLING PARODI, FELIPE, *Las obligaciones*, *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Vol. VI, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad

Católica del Perú, 1988.

- PALACIOS MARTINEZ, Eric. *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*. Juristas editores E.I.R.L. Lima -Perú.
- PETTIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1976.
- PUIG BRUTAO, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, 1959.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.
- SCIALOJA, Vittorino: *El negocio Jurídico*. Sevilla, 1942.
- SCONGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Universidad Externado de Colombia.
- SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Vols. I III, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- STOLFI, GIUSEPPE, *Teoría del negocio jurídico*, Madrid editorial revista de Derecho Privado, 1956.
- TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Acto jurídico Negocio Jurídico y Contrato*. Editora Jurídica Grijley, Lima 2002.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica. 2002.
- ZANNONI, Eduardo: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires, 1986.