



LOS CONTRATOS

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Felipe **Osterling Parodi** / Mario **Castillo Freyre** / Aníbal **Torres Vásquez** / Juan **Espinoza Espinoza** / Rómulo **Morales Hervías** / Gunther **Gonzales Barrón** / Marco **Ortega Piana** / Jorge **Beltrán Pacheco** / Marco **Torres Maldonado** / Alfredo **Soria Aguilar** / Sofía **Anchayhuas Coronado** / Mauro **Paladini** / Víctor **Bolaños Velarde** / César **Carranza Álvarez** / César **Cortez Pérez** / Oreste **Roca Mendoza** / Jimmy **Ronquillo Pascual** / Guillermo **Chang Hernández** / Joe **Navarrete Pérez** / Carlos **Zamudio Espinal** / Álvaro **Bonilla Concha**

Coordinador: Manuel A. **Torres Carrasco**

GACETA
CIVIL
& procesal civil

LOS CONTRATOS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU INCUMPLIMIENTO

LOS CONTRATOS

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Felipe **Osterling Parodi** / Mario **Castillo Freyre** / Aníbal **Torres Vásquez** / Juan **Espinoza Espinoza** / Rómulo **Morales Hervías** / Gunther **Gonzales Barrón** / Marco **Ortega Piana** / Jorge **Beltrán Pacheco** / Marco **Torres Maldonado** / Alfredo **Soria Aguilar** / Sofía **Anchayhuas Coronado** / Mauro **Paladini** / Víctor **Bolaños Velarde** / César **Carranza Álvarez** / César **Cortez Pérez** / Oreste **Roca Mendoza** / Jimmy **Ronquillo Pascual** / Guillermo **Chang Hernández** / Joe **Navarrete Pérez** / Carlos **Zamudio Espinal** / Alvaro **Bonilla Concha**

Coordinador: Manuel A. **Torres Carrasco**

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
CIVIL
& procesal civil
INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

**LOS CONTRATOS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU
INCUMPLIMIENTO**

PRIMERA EDICIÓN
JUNIO 2013
3,250 Ejemplares

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2013-08114

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN:
978-612-311-062-8

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221300453

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Luis Briones Ramírez

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

PRESENTACIÓN

El contrato es una de las más importantes instituciones del Derecho Civil Patrimonial. Debido a su uso extendido e intenso entre los actores del mercado, la contratación civil tiene un rol estelar dentro de la disciplina jurídica, de tal manera que esta hoy sería inconcebible sin el Derecho de los Contratos.

Y no podría ser de otra forma pues el contrato es el instrumento que no solo permite asegurar o transferir derechos sino que también posibilita que los particulares delimiten su contenido. Por ello, muchas discusiones judiciales se resuelven interpretando la voluntad de las partes expresada en el contrato o, en todo caso, el comportamiento de estas antes, durante y después de su celebración.

Otra de las principales razones del éxito del contrato es su adaptabilidad. El contrato ha sabido mutar sus características para incorporar en sus dominios las nuevas expresiones negociales y las condiciones contemporáneas del mercado. En efecto, el fenómeno de la contratación masiva y el derecho del consumidor, así como el uso de las nuevas tecnologías de la información, han terminado recepcionando al contrato y sus instituciones como fuente ineludible de regulación.

Por esto la llamada crisis del contrato es solo una apariencia. Al contrario, el que el contrato haya sabido adaptarse y extenderse a nuevas áreas revela una vitalidad singular. Pueden existir ciertas expresiones o reglas que queden atrás, pero solo para dar paso a nuevas y renovadas expresiones del Derecho de los Contratos, lo que permite que el fenómeno de la contratación se integre completamente a las cada vez mayores y complejas exigencias del mercado.

Pero si bien es cierto que el Derecho de los Contratos se ha adaptado a las nuevas formas de contratación, también es cierto que estas necesitan

de aquel para completar su regulación o llenar los vacíos no previstos por las partes en el acuerdo o que no encuentran rápida y/o clara solución utilizando los usos y costumbres negociales. Entonces, reglas como la buena fe de las partes, el consentimiento, la fuerza vinculatoria del contrato, la conclusión del contrato a plazo indeterminado, la resolución de los contratos de prestaciones recíprocas, la regulación de los contratos típicos, entre muchas otras, son aplicadas directa o supletoriamente –aunque no sin algunas particularidades–, para resolver los conflictos que puedan surgir en la contratación de nuestros días.

Así, no es de extrañarse que no solo la contratación paritaria sino también la contemporánea, en cualquiera de sus expresiones (masiva, de consumo, digital, etc.), recurra a las reglas previstas en el Código Civil para hallar respuesta jurídica a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones generadas por la celebración de un contrato.

Es esto lo que se propone la presente obra colectiva, la cual está dirigida a cubrir aspectos de singular importancia dentro de la temática contractual: las instituciones o figuras del Derecho de los Contratos que se presentan cuando una o ambas partes, voluntariamente o no, incumplen alguna o todas las obligaciones que asumieron cuando celebraron un contrato. Así, en este libro se encontrarán completos y muy valiosos ensayos sobre las obligaciones con cláusula penal, la mora, la responsabilidad civil precontractual y contractual, la resolución del contrato y sus efectos, la teoría del riesgo, excesiva onerosidad de la prestación, las excepciones de incumplimiento y de caducidad de plazo, la obligación de saneamiento, entre otras. Igualmente se ofrece una selección de jurisprudencia que permitirá apreciar cuál es la respuesta de los tribunales nacionales cuando llega a su conocimiento causas sobre estos temas tan relevantes.

Solo me queda agradecer a cada uno de los autores que participan en este volumen que Ud. tiene en sus manos. Todos ellos son destacados profesionales y reconocidos especialistas en la materia, quienes han plasmado en sus comentarios diversas críticas, propuestas y apreciaciones sobre la regulación en el Código Civil de las instituciones antes mencionadas. Por ello, estoy seguro que esta obra no solo permitirá a los lectores un completo entendimiento de estas instituciones sino que también se constituirá en un texto de obligada consulta en nuestra doctrina jurídica nacional.

Manuel Alberto Torres Carrasco
Sub Director de *Gaceta Civil & Procesal Civil*

Primera parte
ESTUDIOS

Obligaciones con cláusula penal

Felipe OSTERLING PARODI^(*)

Mario CASTILLO FREYRE^(**)

CONSIDERACIONES GENERALES

Muchas veces la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios no es labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, esa no es la única solución que brinda el Derecho.

Nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran.

(*) Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

(**) Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio.

La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula solo aluda a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de “obligación con cláusula penal” no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

Más allá de esas consideraciones, la cláusula penal, a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.

Debemos subrayar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

No hay duda de que la importancia práctica, relevancia teórica y normatividad legal de la cláusula penal determinan que desde antes y después de la promulgación del Código Civil Peruano, en julio de 1984, haya merecido el mayor debate académico.

Como podremos apreciar en el análisis que iniciamos, el principal cuestionamiento que se formula es el relativo a la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, la misma que establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

Resulta evidente, además, que el tema suscita apasionados debates, pues sea cual fuere la opción que se elija, habrá razones académicas, prácticas y éticas para defender la tesis escogida. En esta materia, ciertamente, la solución no es pacífica. Parece que lo único concreto es que no existe una solución que quede exenta de crítica.

Tratando de conservar el menor apasionamiento y la mayor sinceridad, hemos decidido iniciar el tema de la cláusula penal desde la perspectiva de su funcionalidad, puesto que, en esencia, la definición de la cláusula penal pone de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumple esa modalidad obligacional.

I. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Nos corresponde analizar la funcionalidad de la cláusula penal en el marco concreto del Código Civil peruano de 1984.

Para tal efecto, vamos a estudiar a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.

En primer lugar tenemos que referirnos a su función compulsiva, la que estará presente como un elemento que refuerce el cumplimiento de las obligaciones, sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos.

Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código de 1984, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria:

Artículo 1341.- “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Artículo 1342.- “Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.

Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

Resulta claro que la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, relativiza –de alguna manera– la función compulsiva de la cláusula penal, en la medida en que al haber adoptado el Código Civil peruano de 1984, el sistema de la mutabilidad relativa, en la práctica se dan numerosos casos de deudores que, siendo conscientes de la posibilidad legal de alegar el exceso de la penalidad, decidan no cumplir o cumplir de modo tardío, teniendo abierta la posibilidad para reclamar judicialmente la reducción de la pena.

De otro lado, no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, situación que si bien no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada.

Luego, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que esta tiene

una finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil.

En adición, hacemos hincapié en que la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva.

Si la cláusula penal fuera diminuta y no se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre, en este caso, solo indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. En tal sentido, por más que la indemnización de los daños y perjuicios fuera solo parcial, resulta indudable que la cláusula penal seguiría teniendo función indemnizatoria.

Y, en el otro extremo, si la cláusula penal fuese excesiva en comparación con los daños y perjuicios causados, pero el deudor, por los motivos que fuere, no solicitara su reducción, quedaría obligado a pagarla en su integridad. En este caso, si bien es cierto que el deudor pagaría una indemnización mayor que los daños y perjuicios realmente causados, la misma indudablemente también cumpliría una función indemnizatoria. La tendrá en la parte correspondiente a los daños y perjuicios realmente causados (lo que resulta obvio), pero también en lo que respecta a los daños no causados, pues la cláusula penal constituye un pacto anticipado de indemnización ante un eventual incumplimiento del deudor.

Además, si el deudor no reclama ante los tribunales la eventual reducción de la penalidad convenida, tal renuncia a la reclamación constituiría, en nuestro concepto, una ratificación tácita de que los términos pactados como penalidad constituyen fiel reflejo de aquellos que posteriormente se causaron.

Otra función que la doctrina asigna a la cláusula penal es la punitiva o sancionatoria.

Resulta evidente que una penalidad tendría función punitiva en la medida en que el monto de la misma exceda la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados, y que, adicionalmente, se llegue a pagar por el deudor incumpliente.

Ahora bien, si tenemos en consideración las facultades que el Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograra que la misma se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Por otra parte, la función punitiva podría mantenerse vigente en la medida en que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. En estos casos, se debería entender que dicho deudor estaría aceptando tácitamente ser sancionado con la penalidad pactada.

Pero debemos reconocer que este último supuesto resultaría, en la práctica, extraño, y que en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra totalmente relativizada.

Cabe aclarar, adicionalmente, que la doctrina asigna a la cláusula penal una función de simplificación probatoria.

En efecto, como sabemos se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se ven irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores –dependiendo del caso– que el monto de la cláusula penal?

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el

deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma estipulada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que pueda reducirse el monto de la penalidad, necesariamente entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta legalmente, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal, o que, incluso, son superiores a dicho monto.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el aumento de la penalidad, habida cuenta de que, aun cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inejecución se encuentran por encima de la pena pactada, el deudor –qué duda cabe– buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente sino, inclusive, excesiva, solicitando su reducción proporcional.

En ambos casos la probanza de los daños y perjuicios es inevitable. Por ello la desnaturalización de la cláusula penal resulta manifiesta.

Por otra parte, un sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene una función resolutoria.

La cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

Dentro de tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración. En este caso, analógicamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor.

Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, el contrato

seguiría existiendo, por ser válido, pero ya no surtiría efectos ni sería capaz de generarlos.

En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.

Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, los mismos que pueden tener carácter judicial o extrajudicial, de conformidad con lo dispuesto por sus artículos 1428, 1429 y 1430. Y entendemos, por tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos mecanismos, no podríamos hablar de una resolución contractual propiamente dicha.

Es factible, desde luego, que el acreedor perjudicado también recurra a resolver el contrato, utilizando los mecanismos legales correspondientes. En estos casos no solo tendremos una situación similar, en los hechos, a las consecuencias de la resolución de un contrato, sino que estaríamos ante un contrato jurídicamente resuelto.

De esta manera, es válido sostener que si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor, en muchos casos, carecería de interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición.

La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. Aquí no se resuelve contrato alguno y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.

Luego, otro sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene la función de pena acumulativa.

En el caso del Código Civil peruano, y salvo que se hubiese pactado algo distinto, solo podría cumplir función de pena acumulativa en la medida en que se tratara de una cláusula penal moratoria, ya que el cobro de esta resultaría independiente del cobro de la prestación principal. El Código Civil señala expresamente este concepto en su artículo 1342.

Por otra parte, si la cláusula penal fuese compensatoria, y a pesar de que la citada norma no lo diga, se desprende de la naturaleza de la cláusula penal el que esta no pueda acumularse a la prestación *in natura*, prohibición que, en cambio, sí es establecida expresamente por el artículo 1383 del Código Civil Italiano de 1942.

Finalmente, la doctrina asigna a la cláusula penal una función moratoria, la que se encuentra expresada en el artículo 1342 del Código Civil.

II. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

La doctrina señala dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada.

En primer lugar, se requiere la existencia de una obligación principal válida, pues dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que ella se aplique.

La segunda condición es la validez de la pena estipulada.

Partiendo de estas premisas, corresponde ahora referirnos a los requisitos de exigibilidad de la cláusula penal.

Este tema responde a la interrogante de cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que el acreedor tenga derecho a reclamar la pena convencional.

1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal

En torno al incumplimiento de las obligaciones como primer requisito de exigibilidad de la cláusula penal, no compartimos el parecer de los autores que piensan que el incumplimiento debe recaer sobre alguna prestación de carácter principal, y que la penalidad no resulta exigible cuando el incumplimiento recae sobre una obligación de menor importancia.

Con absoluta independencia de la posibilidad que brinda el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el deudor puede exigir la reducción de la pena cuando considere que ha ejecutado parcial o defectuosamente la obligación, resulta evidente que el acreedor podrá exigir la penalidad no obstante que el incumplimiento se haya derivado de una obligación de menor importancia.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que el acreedor perjudicado no podría exigir la ejecución íntegra de la pena, pues el resto de prestaciones u obligaciones objeto del referido contrato habrían sido cumplidas.

Por lo demás, no resultaría procedente empezar a distinguir entre el incumplimiento de obligaciones que puedan calificarse como “importantes” y el incumplimiento de obligaciones susceptibles de denominarse como “poco importantes”, en la medida en que ingresaríamos a un terreno fundamentalmente subjetivo, en el cual resultaría muy difícil distinguir cuándo nos encontraríamos ante obligaciones cuya inejecución diera lugar al reclamo de las penalidades pactadas y cuándo no.

En el Derecho de Obligaciones todas las relaciones jurídicas obligatorias garantizadas con cláusulas penales deben considerarse de igual importancia. Al fin y al cabo, dentro de la legislación nacional resultará aplicable la última parte del artículo 1346 del Código Civil, precepto que establece que el deudor podrá solicitar judicialmente la reducción de la pena cuando el cumplimiento hubiese sido parcial o irregular.

2. Constitución en mora del deudor

En el régimen legal peruano, teniendo en consideración que la regla general adoptada por el Código Civil en su artículo 1333 es la mora por intimación y no la mora automática, debemos concluir en que un deudor no se encontrará en mora por el incumplimiento de su obligación, si no se hubiese producido la intimación o requerimiento por el acreedor, a menos que se hubiese generado alguno de los casos de mora automática.

Dentro de tal orden de ideas, asumiendo que el deudor se encuentre en mora, ello implicaría que el acreedor ya pueda exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria.

Si el acreedor no exigiera de inmediato el pago de la penalidad moratoria, ello significaría que tal acreedor podría requerir su cumplimiento en el momento que lo considere pertinente, permitiendo inclusive, en su caso, que el monto de la pena se incremente.

Por otra parte, si no se constituyera en mora al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, él no se encontraría en mora y, por lo tanto, no se le podría exigir el pago de la cláusula penal moratoria.

En consecuencia, cuando el deudor es constituido en mora por el incumplimiento de la obligación principal, automáticamente se derivan las consecuencias moratorias penales, no teniéndose que exigir, necesariamente, su pago.

Cabe señalar, adicionalmente, que si las partes contratantes hubiesen convenido una cláusula penal para el caso en que el deudor incumpliera una obligación de no hacer, es claro que el acreedor usualmente tendría expedito su derecho para reclamar el cumplimiento de la pena convencional compensatoria.

Conviene aquí recordar, como lo indicáramos oportunamente, que en la gran mayoría de supuestos la constitución en mora –y por tanto la penalidad moratoria– es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar para exigirle la cláusula penal.

No obstante, también debemos recordar que excepcionalmente, y de acuerdo con la naturaleza de determinadas obligaciones, sobre todo de aquellas de ejecución continuada o periódica, podría resultar factible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer.

De ser ello posible, tendríamos que concluir en que, habiéndose pactado una cláusula penal moratoria, el acreedor, a partir del momento de la constitución en mora, tendría el derecho a exigir la referida penalidad moratoria.

Si en este caso también se hubiese pactado una penalidad compensatoria, esta última solo podría ser exigida en la medida en que el incumplimiento moratorio se hubiese convertido en incumplimiento absoluto

de la obligación, con la salvedad de que la penalidad compensatoria podría ser adicionada a la penalidad moratoria, si esta última se hubiere pactado y devengado.

3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor

Un sector mayoritario de la doctrina concibe que la vigencia de la cláusula penal requiere que la inejecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es, que medie dolo o culpa. Los autores agregan que si el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, la pena no sería exigible.

Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa, la que afirma que siendo la imputabilidad, a título de culpa o dolo, uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

Como vimos al desarrollar el tema de la inejecución de obligaciones, basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida, para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, y en estos casos no sería exigible la cláusula penal. Es justamente este principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de acreditar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación.

Luego tenemos el caso en que el deudor incumple la obligación principal debido a culpa del acreedor. Aquí la cláusula penal no se debe, pues el incumplimiento del deudor es imputable al acreedor. Esta era la solución en el Derecho Romano y actualmente es aceptada por la doctrina moderna, aun por aquellos que atienden exclusivamente a la función compulsiva de la cláusula penal.

Tras lo expuesto, y como criterio general, podemos afirmar que para que proceda el pago de la cláusula penal, deberá presentarse necesariamente la culpabilidad del deudor. Sin embargo, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿podría pactarse que se exigirá la pena aun en el supuesto de que el incumplimiento de la obligación principal no se deba a culpa del deudor?

La doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, pero difiere en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal.

El Código Civil peruano permite, en virtud del artículo 1343, que el cumplimiento de la cláusula penal pueda demandarse aun cuando la inexecución de la obligación principal por el deudor no obedezca a dolo o culpa, en la medida en que exista pacto expreso. Dicho precepto señala una característica esencial de la pena convencional:

Artículo 1343.- “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

En consecuencia, podemos afirmar que para la exigibilidad de la pena es necesario el requisito de imputabilidad del deudor, a no ser que se pacte la cláusula penal para los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin culpa de este.

Por último, consideramos necesario mencionar un supuesto adicional. Nos referimos al caso del incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor.

En nuestra opinión, el deudor en mora responde necesariamente de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. Es decir, siempre resulta exigible el cumplimiento de la cláusula penal pactada. El deudor en mora también deberá la pena convencional, desde luego, por el deterioro o la pérdida de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

Ahora bien, conforme acabamos de observar, el artículo 1343 del Código Civil Peruano exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios.

Esta norma constituye una clara excepción a la regla general del artículo 1331 de dicho Código, que dispone que “la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Como la pena convencional importa la fijación anticipada de las pérdidas y los daños, estaría de más que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, ya que el deudor no podría pretender liberarse demostrando que él no ha existido.

Esta prescripción obedece a tres razones. En primer lugar, las partes acordaron la pena para el caso de inexecución o de mora; ocurrido el hecho previsto, la pena se aplica. La inexecución y la mora equivalen a condiciones suspensivas, a las que está subordinada la pena. Luego, la pena se establece para evitar la discusión de las pérdidas y daños; consecuentemente, no hay que debatir esa materia. Las partes previamente aceptaron que la inexecución o la mora serían perjudiciales. Es una presunción que favorece al acreedor y que no se destruye por alegaciones contrarias del deudor. En tercer lugar, la cláusula penal, además de ser una prefijación de las pérdidas y los daños, también funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa y como reacción punitiva contra el delito civil de inexecución o de mora. Bajo esta relación, consideramos que está excusada la prueba del perjuicio.

Se aprecia, entonces, que la cláusula penal tiene dentro de sus funciones aquella de simplificación probatoria, vale decir, que no resultará necesario que el acreedor pruebe la existencia de daños y perjuicios para poder reclamar la cláusula penal, ya que la misma constituye su valorización anticipada.

Aspecto distinto sería el considerar si en la realidad se producen o no los daños y perjuicios y, de originarse, si se generan en la magnitud correspondiente a la penalidad pactada.

Pero, independientemente de tales circunstancias, resulta innegable que dentro de cualquiera de los sistemas legislativos, bastará que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor para que pueda exigir la penalidad. Corresponderá al deudor, por tanto, demostrar que la inejecución de la obligación se debió a causa que no le es imputable, para eximirse del pago de tal penalidad. Estos principios son plenamente aplicables en el Perú.

Ahora bien, si analizamos el esquema expuesto dentro del régimen legal peruano, la solución no será exactamente la misma, en la medida en que, de producirse el incumplimiento culposo o doloso del deudor, el acreedor podrá exigir la penalidad pactada, pero el deudor podrá solicitar al juez su reducción, de haberse producido un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación o si el deudor considerase que la penalidad es excesiva con respecto a la entidad de los daños y perjuicios verdaderamente causados al acreedor.

Así, más allá de las consideraciones negativas en torno a este sistema, conviene advertir que dentro de la ley peruana es posible que el deudor exija la reducción de la penalidad y que, por tanto, el tema de la entidad de los daños y perjuicios termine como materia probatoria.

4. Momento de estipulación de la cláusula penal

Con relación a la oportunidad para pactar la cláusula penal, la mayoría de los autores sostiene que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal, o posteriormente, pero siempre antes de la inejecución de la misma. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor.

Sobre este punto la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento, tal cual se aprecia en el numeral 1344 del Código Civil:

Artículo 1344.- “La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior”.

Señala el artículo 1344 del Código Civil peruano, que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento.

Asimismo, si destacamos el carácter indemnizatorio que cumple la cláusula penal en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir, si sostenemos que esta es la valuación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de inejecución, resulta evidente que solo podrá pactarse antes del incumplimiento.

Lo común, sin duda, es que la cláusula penal se contraiga en el mismo contrato cuya obligación se asegura o para cuya hipotética mora en su cumplimiento se pacta. Sin embargo, no sería inusual que las partes, no habiendo estipulado la penalidad al momento de la celebración del contrato, la convinieran con posterioridad a su concertación.

Imaginamos que los supuestos en que se pacte una penalidad con posterioridad a la conclusión del contrato serán, sobre todo, aquellos en los cuales existe algún peligro de que el deudor inejecute el cumplimiento de su obligación, y que, por tal motivo, el acreedor lo presione para que celebre la estipulación correspondiente.

Así también conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, solo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda de que después del incumplimiento las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal, pues él podría constituir una transacción, en caso de que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones, o simplemente un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor.

5. Accesoriedad de la cláusula penal

Otro aspecto importante es que la cláusula penal es accesoria de la obligación principal, lo que se encuentra establecido en el artículo 1345 del Código Civil:

Artículo 1345.- “La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal”.

Para calificar a la cláusula penal como una obligación accesoria, no nos debemos fijar si ella está destinada a reemplazar o no, en calidad de indemnización, a la obligación que garantiza, o si la cláusula penal tiene función moratoria y, por tanto, podría ser complementaria de la obligación principal.

Para dicha calificación solo debemos preguntarnos si ella puede o no tener existencia sin la propia existencia de la obligación que garantiza, y como la respuesta negativa es evidente la cláusula penal resulta ser una obligación accesoria.

En nuestra opinión, por otra parte, es cuestionable pretender sustentar la accesoriidad de la cláusula penal en el hecho de que ella tiene carácter indemnizatorio, porque ello no sería sino apreciar el problema de una manera distorsionada.

La obligación de pagar daños y perjuicios no tiene carácter accesorio, pues cuando la ley le da nacimiento, no lo hace con carácter accesorio sino principal.

Mal haríamos en pensar que la obligación de pagar daños y perjuicios tiene carácter accesorio por el hecho de que la obligación que le precedió era distinta, ya que cuando existía esa obligación primigenia, ni siquiera había nacido la obligación indemnizatoria.

Con lo expresado, queremos demostrar que resulta cuestionable el carácter accesorio de la obligación de pagar daños y perjuicios. Por ello, no se podría adoptar este argumento para sustentar la naturaleza accesoria de la cláusula penal.

Por último, el que tenga carácter compensatorio o moratorio, es decir, que sea sustitutoria o acumulativa de la prestación principal, no influye, en lo absoluto, para calificar la naturaleza de la penalidad.

Aclarado esto, debemos precisar que constituye primera y fundamental consecuencia de la accesoriidad de la cláusula penal, el hecho de que la nulidad de la obligación garantizada por ella acarrea la nulidad de la cláusula penal. Se trata de la simple aplicación del antiguo y muy recurrido principio de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

6. Reducción de la cláusula penal

Nuestro ordenamiento jurídico permite que el juez reduzca el monto de la pena. Así, el artículo 1346 del Código Civil establece:

Artículo 1346.- “El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

La doctrina y la legislación comparada ofrecen variadas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal, que renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Las alternativas son numerosas.

Puede optarse por el sistema del Derecho alemán y del Derecho suizo, que permite la modificación de la cláusula penal, para aumentar o disminuir la indemnización fijada convencionalmente por los contratantes, a solicitud de cualquiera de ellos. O por el sistema del Código Civil Peruano de 1936, que obligaba al juez a reducir la pena cuando era “manifiestamente excesiva”, pero no permitía aumentarla. Por la doctrina de Ángel Ossorio y Gallardo, que admite la supresión de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inejecución o por el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla original del Código Napoléon, que sancionaba la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por la norma del Código Civil Brasileño de 1916, que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor “con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y

reprimir el negocio usurario, etc.⁽¹⁾”, parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes –con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal–, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. En ausencia de ellas mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan solo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitablemente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo I, Editorial Platense, La Plata, 1986, p. 245.

criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inejecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal peruano, solo lo podría hacer de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil peruano de 1984). Pero, cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción.

El riesgo de que el acreedor pudiera ver reducida la cláusula penal, con pruebas o sin pruebas, lo conduciría, necesariamente, a acreditar los perjuicios y su cuantía.

Y bien, si admitimos que generalmente es necesario incursionar en el terreno probatorio, y si se demuestra fehacientemente que el acreedor no sufrió perjuicios, ¿cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al pago de una indemnización? Porque debe observarse que las legislaciones alemana y suiza, iniciadoras de estas nuevas corrientes en el Derecho moderno, aceptan la reducción de la pena, mas no su supresión.

¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor?

Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debería el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización.

Parece pues congruente la tesis de Ángel Ossorio y Gallardo, cuando consigna, en el artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de 1943, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.

Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Asimismo, es importante señalar que el principio de la inmutabilidad condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula con la función compulsiva de la cláusula penal, ya que de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con su importe. Si se permitiese volver sobre lo pactado para elevarlo o reducirlo, bien podría no preverse nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial.

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio.

Se ha llegado incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de estos ha sido referida a los compensatorios o lucrativos, intentando con ello disminuir ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico⁽²⁾.

A modo de conclusión, debemos afirmar que nadie mejor que las partes mismas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

Asimismo, no debe perderse de vista que la cláusula penal solo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o por culpa del deudor. La inculpabilidad del deudor, salvo pacto en contrario, extingue la obligación (artículo 1343 del Código Civil peruano de 1984).

Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que solo permiten la reducción de la pena estipulada. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código Civil peruano de 1936 y al artículo 1346 del Código de 1984.

Estas normas parecen tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, tutela especial.

Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, según parecer de un sector importante de la doctrina de nuestra tradición jurídica,

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 89 y 90.

debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, “sobre todo en países nuevos y cosmopolitas –expresa Lafaille–,⁽³⁾ donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia”.

Los legisladores de 1936 y 1984 parecieron no haber tenido presente que también es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien podría haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de su obligación. En esta hipótesis, el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aun cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fuera superior al monto de la indemnización convencional. Los artículos 1227 del Código Civil peruano de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984 facultan a los jueces para reducir la pena, no para aumentarla.

La objeción es más grave si recordamos que el acreedor puede ser víctima del incumplimiento por dolo o culpa inexcusable del deudor. Para estos casos dispone el artículo 1321 del Código Civil que el deudor responde de los daños previstos e imprevistos, llámense daño emergente o lucro cesante, en cuanto sean consecuencia directa e inmediata de tal inejecución.

Este precepto funciona plenamente cuando se trata de la indemnización que determina el juez en ausencia de pacto. Pero si se ha estipulado una cláusula penal y, conforme a la ley peruana, ella no puede ser aumentada, el acreedor, víctima del incumplimiento doloso de su deudor, podría ver frustrado el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos. Si bien algunos autores franceses aceptan, para estos casos, como

(3) LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Vol. I, Tomo VI, Buenos Aires, 1947, p. 226.

fórmula de solución a la doctrina de la inmutabilidad que originalmente consagró el Código Napoléon, que vendría a prolongarse el daño, esta regla no es de valor incontestable y debe ser vista con beneficio de inventario frente al texto expreso de la ley.

Si admitimos la revisión de la pena no debemos analizar tan solo las tribulaciones del deudor. Prestemos igual consideración al acreedor que vio incumplido el contrato, inclusive por dolo o culpa inexcusable del deudor.

El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, un sistema de mutabilidad absoluta (que permita aumentar o reducir la penalidad) salvaría la incoherencia planteada bajo el sistema de la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. La fórmula resulta por demás lógica, puesto que si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido indica que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

No obstante ello, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal, que conlleva la posibilidad de modificar su monto. En efecto, la solicitud de disminución o aumento de la penalidad por parte del deudor o del acreedor, según corresponda, inducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo las partes habrían caído, irremediablemente, en el supuesto que quisieron evitar mediante la liquidación convencional anticipada de los daños que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza?

Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal?

Si doctrinariamente la solución de modificar la pena es susceptible de graves objeciones, la aplicación de la norma, en el campo contractual, puede originar serias intromisiones.

La indemnización que fija el juez en ausencia de pacto está constituida, necesariamente, por dinero, pues es el dinero el único valor general.

La indemnización convencional, o sea aquella que se determina por la cláusula penal, es de naturaleza distinta. Ella puede estipularse en dinero, pero también puede estar constituida por cualquier otra prestación de dar, o por alguna prestación de hacer o de no hacer, divisible o indivisible. Este es el principio uniforme de la doctrina y la regla del Código Civil peruano (artículos 1347 y 1348).

Si se pacta como penalidad alguna prestación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o cualquier prestación divisible pero no susceptible de ser reducida en términos equitativos, entonces el juez, para cumplir con el precepto del artículo 1346 del Código Civil, tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa.

Esta modificación judicial se justifica plenamente cuando la obligación es cumplida en parte o en forma irregular por el deudor. Es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello (artículos 1220 y 1221 del Código Civil peruano de 1984).

Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada se acordó sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida, y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas del deudor.

Pero esa doctrina no entra en juego cuando las partes acordaron una cláusula penal y se inejecutó totalmente la obligación. Variar la naturaleza

jurídica de la prestación, en estos casos, para reducir una penalidad que después de concertado el convenio y de incumplida la obligación se consideró excesiva, parece constituir una intervención injustificada en los asuntos ajenos, que atenta contra la seguridad de los contratos.

Justo es reconocer, por otra parte, que el sistema de la inmutabilidad previsto originalmente por la ley se presta a abusos. Los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización que podría llegar a ser arbitraria. Pero también es verdad que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Las críticas a la doctrina de la inmutabilidad de la pena prevalecen.

Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Esta solución podría estar constituida por el principio que consagraba el Código Civil brasileño de 1916.

La legislación brasileña de 1916 (a diferencia de la promulgada en el año 2002 y que entró en vigencia el año 2003), como hemos expresado, disponía que el juez no estaba facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podía exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional, y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

La limitación propuesta viene pues a constituir un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

Asimismo, no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras –contraprestación y cláusula penal– preestablecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinaría con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas.

Si la cláusula penal excede el valor de la obligación principal, sería reducida por el juez, en la misma medida en que se reduce cuando la obligación es parcial o defectuosamente cumplida.

En este caso se justifica plenamente tal reducción, y eventualmente, para llegar a ella, la modificación de la prestación pactada como cláusula penal y su sustitución por dinero, porque las partes habrían estipulado en contra de la ley, sabiendo de antemano que el valor de la cláusula penal excedía el valor de la obligación principal. Aquí las partes podían seguir una pauta objetiva –el valor de la obligación principal– señalada por el legislador para determinar el monto de la penalidad. Y esta pauta fue violada.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta. Ella también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiendo a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente.

Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como la cláusula penal, fomenta el respeto de la palabra empeñada y asegura eficazmente el resarcimiento en caso de que el deudor incumpla la obligación.

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación. Tal sucede cuando se paga un precio excesivo por un bien mueble, o cuando se paga un precio insuficiente por ese mismo bien. O cuando en un contrato de arrendamiento se pacta una renta exagerada, o una renta ínfima.

Conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron, es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas. El acreedor hablará, en estos casos, de una indemnización insuficiente, y el deudor, por su parte, de una indemnización excesiva.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Pero, aun dentro de la doctrina restrictiva del Código brasileño de 1916, la regla debería admitir ciertas excepciones.

En este sentido, podemos expresar que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los contratos paritarios, donde los contrayentes ostentan cierto grado de simetría de condiciones, en el supuesto en que las partes contratantes se relacionen mediante un contrato por adhesión, o celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, en el cual una de las partes colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar, no podría mantenerse intangible la cláusula penal, cuando ella esté destinada a la cobranza de intereses usurarios o sumas exorbitantes, porque en estos casos se estaría enmascarando, bajo esa apariencia, una convención ilícita.

Dentro de tal orden de ideas, es preciso afirmar que cumpliendo la cláusula penal una función indemnizatoria, no puede desconocerse que las partes contratantes no siempre se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita aducir categóricamente que contratan con la misma libertad. La idea tradicional de que existe una paridad jurídica de los contratantes, no puede sostenerse como verdad absoluta en nuestros días. La difusión que hoy tienen los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada –por necesidad– a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder

a los bienes o servicios que se le ofrecen y que se encuentran en manos de entes monopólicos, determinan lo contrario.

Como expresa el profesor Carlos Cárdenas Quirós⁽⁴⁾, “La libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron. El juez debería ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad”.

También resultaría discutible si el principio de la inmutabilidad de la pena podría prevalecer cuando el deudor pretendiese burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable.

Si el deudor impone al acreedor una cláusula penal simbólica, diminuta, que no constituya un verdadero resarcimiento, y luego incumple su obligación por dolo o por culpa inexcusable, entonces debería concederse al acreedor el derecho a pedir el aumento de la pena estipulada. La cláusula penal, en estas circunstancias, importaría una verdadera renuncia al derecho de exigir el pago del íntegro de la indemnización. El artículo 1328 del Código Civil peruano dispone que la responsabilidad, en los casos de dolo o de culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones y que es nula su exclusión o límite.

Por lo demás, el acreedor debería tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, de exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor solo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previsibles. Pero –recordemos– el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevisibles.

El ordenamiento jurídico peruano, al haber acogido el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, solo permite su modificación para reducirla, pero no para aumentarla. No obstante, la posibilidad de

(4) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual”. En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 348-351.

aumentar la indemnización en nuestro sistema jurídico, cuando no se hubiera pactado el daño ulterior y la pena resultara manifiestamente diminuta, podría intentarse en los supuestos de incumplimiento por dolo o culpa inexcusable.

En estos casos el deudor respondería por todos los daños causados, inclusive por aquellos que no hubiesen sido previsibles al momento de la celebración del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, debemos remitirnos a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil peruano. De la lectura de la norma citada podemos deducir que sería posible señalar –como lo hace Bustamante Alsina⁽⁵⁾ que “la regla según la cual el acreedor no puede pretender otra indemnización aunque el daño sufrido por él sea mayor, sufre excepción cuando el incumplimiento del deudor es doloso, pues no es admisible que invoque la cláusula Penal para disminuir la responsabilidad del daño que él ha ocasionado con su inejecución a designio”.

Según refiere Enneccerus⁽⁶⁾, esta es la teoría propugnada por el Código Civil alemán, pues si como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación de la pretensión de indemnización.

En efecto, como anota Estela Ferreirós⁽⁷⁾, “el dolo agrava la responsabilidad del deudor, y sería inmoral aceptar que por medio de una actitud dolosa se limite el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor; aceptarlo sería permitir que se enarbole la ilicitud”.

A estas consideraciones debe añadirse el supuesto en que, si se hubiese pactado una pena ínfima, esta tendría claramente la función de

(5) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 6ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 203.

(6) ENNECCERUS, LUDWIG, Theodor KIPP y WOLFF, Martín. *Derecho de Obligaciones*. Ob. cit., vol. I, Tomo II, p. 188.

(7) FERREIROS, Estela. *Incumplimiento obligacional (“astreinte” y cláusula penal)*. La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 132.

limitar la responsabilidad del deudor. De acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil peruano, este pacto sería nulo, siempre que el incumplimiento se hubiere producido por dolo o culpa inexcusable.

Al analizar la referida norma se debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea el incumplimiento doloso y, de ser así, si ella debe ser inmutable.

Sobre el particular, creemos que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso, dentro del ordenamiento jurídico peruano vigente, ella será inmutable en tanto en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería, de haber sido fijada judicial o legalmente.

Como anota Aída Kemelmajer de Carlucci⁽⁸⁾, la solución contraria resultaría atentatoria al orden público, habida cuenta de que si bien se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores (o incluso a culpa leve del deudor) no produzca responsabilidad o la genere disminuida, suprimirla o disminuirla por dolo, equivaldría a eliminar el contrato, que es uno de los pilares básicos de la sociedad moderna.

Sin embargo, no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir elementos para considerar que el artículo 1328 del Código Civil peruano no resultaría aplicable a la cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo⁽⁹⁾, cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal puede asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. No obstante, la diferencia entre estas dos instituciones radicaría en lo siguiente:

- La cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor; mientras que la penalidad generalmente se pacta a favor del acreedor.

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Ob. cit., pp. 144 y 145.

(9) Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Ob. cit., pp. 144 y 145.

- Asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

No obstante los argumentos expuestos por García Amigo, consideramos que si bien pueden existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la función que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

De ahí que, a criterio nuestro, la norma bajo análisis (el artículo 1328 del Código Civil peruano de 1984) resultaría plenamente aplicable para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en las que no se hubiese pactado la posibilidad de resarcir el daño ulterior.

Ahora bien, la consecuencia que se derivaría de la aplicación del referido principio, sería la nulidad de la cláusula penal, cuando esta tuviera por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. Bajo este criterio, el órgano jurisdiccional debería ordenar a quien incumpla, el pago de la indemnización de los daños efectivamente irrogados y por el monto que el acreedor consiga demostrar.

Por otra parte, debemos referirnos a los principios aplicables en el Derecho peruano para reducir el monto de la penalidad.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346 del Código Civil peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos, a saber:

- (a) En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre –de manera objetiva– que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.
- (b) No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños y perjuicios es preciso que el juez verifique que la penalidad es “manifiestamente excesiva”.

Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no fuera “manifiestamente excesiva” cuando el deudor hubiese demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

El cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que se haya pactado una penalidad razonable –inclusive diminuta, si nos ubicamos en un supuesto extremo–, pero que, sin embargo, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado y así lo demuestre la parte que ha incumplido.

Si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo referido no se habría verificado el supuesto de hecho que establece la norma, por lo cual no sería procedente la reducción de la penalidad.

La segunda solución posible al problema sería la de obviar la interpretación literal de la norma e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena.

Sin perjuicio de las opciones propuestas, consideramos que, siempre dentro del sistema acogido por el Código Civil peruano, la solución podría encontrarse en adoptar un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad.

El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena “manifiestamente excesiva” denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera.

Una primera forma de ver el problema nos indica que la verificación de este supuesto no le correspondería al deudor incumpliente, que solicite la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, tampoco sería susceptible de ingresar al terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendría que evaluar cuando el monto de la pena pactada fuese “manifiestamente excesivo”.

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato, solo podría tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal “manifiestamente excesiva”, que cumple con el requisito previsto por la norma y, por ende, que debe ser reducida.

No obstante ello, la objeción que se puede formular a tal planteamiento consiste en que no podría haber apreciación meramente subjetiva, en la medida de que para considerar a una penalidad como “manifiestamente excesiva” tendría que haberse acreditado el monto de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor, pues en caso contrario no habría forma de comparar, y luego de llegar a la referida conclusión.

Cabe señalar que el artículo 1346 del Código Civil peruano no es el único precepto de dicho cuerpo normativo que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños y perjuicios. Así, por ejemplo, el artículo 1332 del acotado Código establece el deber del juez de fijar, con valoración equitativa, el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es “manifiestamente excesiva” solo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos.

Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños y perjuicios efectivamente irrogados,

aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea “excesiva” y, mucho menos, “manifiestamente excesiva”. En este sentido, la necesidad de la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

- (c) La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto en que la parte que haya incumplido solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas “manifiestamente excesiva”, pero que, sin embargo, omite aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.

La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto.

En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, los tribunales peruanos han resuelto con criterio de conciencia, de acuerdo a aquellas que –a su leal saber y entender– constituyen penas “manifiestamente excesivas”.

No obstante haber hecho referencia tangencial al tema, queremos profundizar en el análisis de los criterios de orden económico que atentan contra el principio de mutabilidad relativa de la cláusula penal, contemplado en el Código Civil de 1984.

Cabe advertir que el sistema de regulación que propugna la inmutabilidad relativa no necesariamente cumple con proteger al deudor que se encuentra en desventaja, pues, lo reiteramos, como expresa Aída Kermelmajer de Carlucci⁽¹⁰⁾, “al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio”.

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Ob. cit., p. 89.

En este sentido, resulta claro que la posibilidad de reducir la cláusula penal no puede brindar una protección completa al deudor frente a los abusos que pudiera cometer el acreedor mediante la estipulación de pactos draconianos.

Por el contrario, la inseguridad que representa para el acreedor tener que desenvolverse en un sistema legislativo en que las penalidades no cumplen las funciones compulsiva y resarcitoria, que les son inherentes, podría generarle la necesidad de proteger sus intereses valiéndose del empleo de otros mecanismos. Así, la desnaturalización de la cláusula penal puede originar el aumento de los costos de transacción y el encarecimiento del crédito, lo que, de manera indirecta, puede contribuir al aumento de dificultades para hacer empresa en el Perú, con la consecuente disminución de oportunidades de empleo y desarrollo económico.

Desde esta perspectiva, las buenas intenciones del legislador para proteger a los deudores en desventaja en la contratación, podrían terminar repercutiendo en su propio perjuicio, al ser ellos quienes tengan que asumir los pasivos de la falta de seguridad jurídica y de confianza en el cumplimiento de los contratos, que el sistema de inmutabilidad relativa (o mutabilidad relativa) de la penalidad adoptado por la legislación nacional, contribuye a configurar en el Perú.

Mora

Aníbal TORRES VÁSQUEZ^(*)

INTRODUCCIÓN

El deudor debe cumplir la obligación estrictamente en los mismos términos en que ha sido convenida. La obligación pura y simple debe cumplirse de inmediato (art. 1240), salvo que de su naturaleza y circunstancias esté sujeta a un plazo implícito (art. 182); si es condicional debe cumplirse inmediatamente que se realiza la condición (art. 174); si es a plazo se paga el día de su vencimiento (art. 178).

El cumplimiento o pago es la ejecución de la prestación con arreglo a los principios de identidad, integridad, tiempo y lugar, de tal forma que así realizado libere al deudor, satisfaga el interés del acreedor y extinga la obligación.

El incumplimiento, como lo opuesto al cumplimiento, es la inejecución de la prestación o la ejecución parcial, tardía o defectuosa. Al primero se le denomina **incumplimiento total**; los tres casos restantes son casos de **cumplimiento defectuoso e inexacto** (parcial, tardío, defectuoso).

(*) Ex decano del ilustre Colegio de Abogados de Lima. Presidente de la Academia Peruana de Leyes y miembro honorario de los ilustres Colegios de Abogados de Loreto, Puno, Cusco, Cajamarca y Apurímac.

“El artículo 7.1.1 del Unidroit define el incumplimiento en los siguientes términos: El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

Existe una estrecha ligazón entre incumplimiento de la obligación y la mora. No hay mora sin incumplimiento de una obligación preexistente. Sin embargo, técnicamente, el **incumplimiento** es definitivo, absoluto, en cambio, la **mora** es el retardo o demora en el cumplimiento.

El incumplimiento se clasifica desde el punto de vista objetivo, considerando la prestación en sí misma, y desde la perspectiva subjetiva, tomando en cuenta los sujetos de la obligación (deudor y acreedor).

En el plano objetivo, el incumplimiento puede ser total, parcial, tardío o defectuoso. Es **total** cuando la prestación no es ejecutada en su integridad o se ha ejecutado de manera ínfima de tal forma que no satisface el interés del acreedor. Es **parcial** cuando la prestación ha sido ejecutada en forma incompleta; se extingue parte de la obligación, el deudor continúa obligado a prestar la parte incumplida. Pero si esta parte deviene inútil para el acreedor se extingue la obligación (último párrafo del art. 1316).

El incumplimiento es **definitivo** cuando no puede tener lugar la ejecución de la prestación por haber devenido imposible o, aun siendo posible, el momento de la ejecución era un término esencial; o la ejecución posterior no satisface el interés del acreedor o ya no le es útil.

Al incumplimiento **definitivo** se le denomina **absoluto**, y al **temporal** se le llama **relativo**. En el incumplimiento temporal hay solamente un retraso en la ejecución de la prestación. El retraso en el cumplimiento de la obligación puede o no constituir la situación de mora, por ejemplo, no hay mora si el acreedor no intima al deudor, que no ha pagado en tiempo oportuno, para que cumpla (art. 1333).

El incumplimiento, definitivo o temporal, es objetivo cuando la prestación deviene imposible por causas ajenas al deudor y al acreedor.

Desde la perspectiva subjetiva se distingue entre: 1) Incumplimiento imputable al deudor; la prestación no se ejecuta por causa del deudor.

2) Incumplimiento imputable al acreedor; la prestación no se realiza por causa imputable al acreedor. En ambos casos, el incumplimiento puede ser total o parcial.

Se pregunta Barbero⁽¹⁾, “cómo puede ser posible, y hasta concebible, un **incumplimiento no imputable**. O es ‘incumplimiento’ y es **siempre imputable**, ya que el incumplimiento se califica técnicamente como **violación de un deber, el deber de cumplir**, y como tal implica, prescindiendo de otras circunstancias, la indefectible razón de la propia imputabilidad; o no es imputable, y entonces **no es incumplimiento**, aunque objetivamente sea falta de la prestación; prestación, por lo demás, ya no debida por sobrevenida imposibilidad extintiva del deber de cumplir, o no debida actualmente por imposibilidad temporal, que al igual que la primera, aunque diferentemente de ella, no extingue, sino que, por común, **suspende el deber de cumplir**”. A pesar de esta opinión, las expresiones incumplimiento **imputable** e incumplimiento **no imputable** se han impuesto en la doctrina. El incumplimiento imputable al deudor, definitivo o temporal, determina la responsabilidad civil.

Con el retardo en el cumplimiento de la obligación aparece la mora, pero sin poder afirmar que no se cumplirá jamás. Todavía no se sabe si el incumplimiento será definitivo, pero, entre tanto, el deudor está ya en retraso con relación al tiempo en que debía pagar.

I. RÉGIMEN LEGAL DE LA MORA

La mora tiene una doble regulación: en el Código de Comercio promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

Comerciante es la persona natural o jurídica que se dedica habitualmente al intercambio de bienes y servicios (actividad comercial) como una fuente permanente de recursos.

En nuestro medio, el comerciante es un empresario formal o informal que, con la organización de un capital, por pequeño que sea, y el

(1) BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho Privado*. T. III. Obligaciones. Trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, p. 68.

trabajo, se dedica habitualmente al intercambio de bienes y servicios⁽²⁾. Es el Estado el que debe realizar las acciones para formalizar al comerciante informal.

Para los efectos del Código de Comercio (art. 1), son comerciantes: “Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; y las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este código”.

Según el artículo 2 del Código de Comercio, “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas por las del derecho común. Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga”.

No hay una definición generalmente aceptada sobre los actos de comercio. El Código Civil unitario de Suiza y el italiano contienen una regulación unitaria de los actos jurídicos, obligaciones y contratos. El artículo 2112 de nuestro Código Civil prescribe que se rigen por sus disposiciones los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil; deroga los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.

En cuanto a la exigibilidad de las obligaciones mercantiles, el artículo 62 del Código de Comercio dispone: “Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si solo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución”.

La constitución en mora del comerciante está regulada en los términos siguientes:

“Artículo 63. Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

(2) Código Civil italiano: Art. 2082. Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con fines de producción o de intercambio de bienes y servicios.

1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, el día siguiente de su vencimiento.
2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público”.

En las obligaciones mercantiles con fecha de vencimiento la constitución en mora del deudor es automática; no requiere que el acreedor intime al deudor para que pague. En cambio, si las obligaciones no tienen fecha de vencimiento, para que el deudor caiga en mora se requiere la intimación del acreedor en los términos del artículo 63.2. El principio es la mora automática, y la excepción, la mora por intimación.

En materia civil, la mora está regulada en los arts. 1333 a 1340. A diferencia del Código de Comercio, el principio es la mora por intimación, y la excepción, la mora automática.

II. CONCEPTO DE MORA

La mora (del latín *mora*) es el **retardo** culposo en el cumplimiento de la obligación, debido a que el deudor no quiere efectuar el pago o el acreedor no quiere recibirlo en el momento previsto, siempre que medien los otros requisitos legales. No todo retardo es mora, pero no hay mora sin retardo.

Los romanos denominaron a la mora: *cessatio, dilatio, frustratio y mora*⁽³⁾. Si es por culpa del deudor se dice que la mora es *solvendi, debitoris o debendi*; si es por acto del acreedor, se denomina *accipiendi, creditoris o credendi*⁽⁴⁾.

(3) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las obligaciones*. T. II, editado por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1963, p. 184 y ss.

(4) BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. IV, Río de Janeiro, 1917, p. 111.

Código Civil del Brasil del 2002: Art. 394. Se encuentra en mora el deudor que no efectúa el pago y el acreedor que no quiere recibirlo en el tiempo, lugar y forma que la ley o el convenio establecen.

La **mora del deudor** es la inexecución de la prestación en el momento previsto para su cumplimiento, pese a su posibilidad, exigibilidad e intimación, salvo que esta no sea necesaria en los casos previstos por la ley.

La situación de mora debe estar constituida con toda certidumbre. Existen dos formas de constituir en mora al deudor: 1) la **mora ex persona** o **mora interpelatoria**, requiere que el acreedor intime al deudor para que pague; y, 2) **La mora ex re** o **mora automática**, el deudor cae en mora sin necesidad de alguna acción por parte del acreedor, v. gr., cuando la obligación está sujeta a plazo esencial, el deudor queda constituido en mora *ipso iure* en el momento del vencimiento del plazo.

La **mora del acreedor** es el retraso en el cumplimiento fundado en que el acreedor se niega a aceptar la prestación ofrecida u omite la cooperación indispensable por su parte para que se pueda cumplir la obligación.

III. MORA E INCUMPLIMIENTO

La **mora** (retardo, retraso o demora en el cumplimiento) es diferente del incumplimiento (definitivo o absoluto). El **incumplimiento** es la inexecución definitiva, absoluta, de la prestación; extingue la obligación. En cambio, la **mora** es el retardo o demora en el cumplimiento de la obligación.

Al **incumplimiento** se le denomina **incumplimiento definitivo o absoluto**, mientras que la **mora** es un **incumplimiento temporal**.

La inexecución de la obligación en el tiempo establecido da lugar a una de estas tres situaciones:

1) Incumplimiento definitivo o absoluto.- Extingue la obligación. Hay la certidumbre de que la obligación no se cumplirá jamás. Los supuestos de incumplimiento definitivo son: i) la imposibilidad sobrevenida de la prestación; ii) la imposibilidad temporal que persiste hasta que el deudor de acuerdo con el título de la obligación o la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil (art. 1316); iii) la voluntad inequívoca del deudor de no

cumplir; la violación de la obligación de no hacer; y, iv) la falta de obtención del resultado en las obligaciones de resultado.

2) Mora.- El deudor cae en mora por la concurrencia del retardo con los demás requisitos que integran el estado de mora, la cual puede ser redimida ulteriormente. Es consustancial con la mora la posibilidad de cumplimiento tardío. Permanece intacta la acción de cumplimiento.

3) Simple retardo o demora.- El simple o mero retardo es el incumplimiento temporal que no llega a originar el estado de mora por faltar alguno de los requisitos que lo caracterizan como tal⁽⁵⁾. Por ejemplo, en la mora *ex persona*, la intimación transforma al simple retardo en mora.

La mora y el simple retardo son casos de incumplimiento temporal.

El artículo 7.4.1 del Unidroit prescribe: “Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros medios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos principios”. También para nuestro Código, cualquier incumplimiento, sea definitivo, constitutivo de la mora o simple retardo, es causa de responsabilidad civil.

En el incumplimiento definitivo no hay posibilidad de ejecución de la prestación, en la mora es posible el cumplimiento tardío. La mora puede ser purgada y el incumplimiento no.

Producido el incumplimiento definitivo se extingue la obligación, por lo tanto, no se puede hablar de mora; la mora no puede coexistir con el incumplimiento absoluto. Saber cuándo existe mora y cuándo incumplimiento es una cuestión de hecho. Como señala Messineo⁽⁶⁾, adviértase

(5) “Los juriconsultos de la época imperial tomaron de los *Veteres* la idea fundamental de la mora: el deudor que no ejecuta su obligación al vencimiento debe sufrir las consecuencias de su falta de palabra. Pero ellos han atenuado lo que esta regla tenía de excesivo, distinguiendo el mero retardo de la **mora**: en los contratos de buena fe es de uso dejar al deudor una cierta lentitud para liberarse; el deudor no estará en mora, sino cuando haya recibido un requerimiento (*interpellatio*) del acreedor. A partir de este momento es culpable” (CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones del Derecho Civil chileno y comparado*, T. II, De las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 736).

(6) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y comercial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo, t. IV. Derecho de las obligaciones. Parte general, Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 334.

que, frente al no cumplimiento del deudor, no se puede establecer inmediatamente si él es radicalmente incumpliente o solamente está en mora de cumplir (deudor moroso). De momento se aplicará, en la duda, los principios de la mora, salvo, eventualmente, considerar más adelante al deudor (según su ulterior comportamiento) como incumpliente en lugar de como simple moroso.

El incumplimiento definitivo extingue la obligación, en cambio, en el incumplimiento relativo procede la ejecución tardía de la prestación por ser todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor. Durante el incumplimiento relativo, llamado también incumplimiento impropio, puede o no haberse constituido en mora al deudor. El retardo en el cumplimiento es la antesala de la mora. El incumplimiento puede deberse o no a culpa de las partes. La mora se debe a culpa del deudor o del acreedor.

El incumplimiento definitivo, la mora y el simple o mero retardo son causas de responsabilidad civil.

IV. REQUISITOS DE LA MORA

Para que se configure la mora es necesario que concurren algunos requisitos, denominados también presupuestos o elementos. Esos requisitos son los siguientes:

1) Carácter positivo de la obligación.- La prestación objeto de la obligación debe consistir en **dar** o **hacer** algo. En la prestación de **no hacer**, por consistir la prestación en una conducta pasiva, todo acto realizado en violación de la obligación constituye incumplimiento. Hacer lo prohibido constituye incumplimiento definitivo y no mora⁽⁷⁾.

La imposibilidad de la mora en las obligaciones de no hacer, dice Díez-Picazo⁽⁸⁾, es la regla, pero no absoluta, puesto que es posible imaginar casos en que la situación de incumplimiento de una obligación

(7) Sin embargo, el derogado Código del Brasil de 1916, en el artículo 961 disponía: En las obligaciones negativas, el deudor queda constituido en mora, desde el día en que ejecuta el acto de que se debía abstener.

(8) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Vol. II, Las relaciones obligatorias, 6ª Ed., Civitas, Madrid. 2007, p. 627.

negativa no presente carácter definitivo y respecto de los cuales el deudor pueda de buena fe confiar en un plazo de tolerancia del acreedor. Así, en los pactos de no concurrencia que derivan de los negocios de cesión o de enajenación de una empresa, especialmente, en aquellos casos en que el cumplimiento del pacto de no concurrencia impone al deudor la obligación de trasladar su actividad fuera de la zona en la que el pacto rige. Si el deudor de esta obligación mantiene su actividad por un cierto periodo mínimo de tiempo, con la convicción de no causar con ello ningún perjuicio a los intereses del adquirente, parece posible, de acuerdo con la buena fe, pensar que en tales casos hay mora y no incumplimiento. Se puede replicar diciendo que son obligaciones negativas que van precedidas por una obligación positiva, como es el de poner fin totalmente o en una determinada zona a una actividad industrial o mercantil y que en casos como estos se puede producir mora de la obligación positiva accesoria de la principal negativa. Sin embargo, siempre resta la idea general de que cuando un *non facere* debe comenzar a partir de un determinado momento, el fenómeno de la continuación del *facere* anterior puede considerarse como simple retraso, si no está revestido de carácter definitivo y puede considerarse legítimo desde el punto de vista de la buena fe.

2) Retraso en el cumplimiento.- Sin retraso en el cumplimiento no puede existir mora. Pero no todo retraso determina la mora, sino solamente cuando el acreedor intime al deudor para que cumpla, salvo los casos en que, por disposición de la ley, no sea necesaria la intimación para que la mora exista (art. 1333). Si el deudor paga después de constituido en mora, esta termina, pero, como el pago es tardío, subsiste la obligación de indemnizar los daños.

3) Obligación exigible.- Para que la mora, como específica situación jurídica de lesión del derecho de crédito, pueda entenderse aparecida, es menester que la obligación haya devenido exigible⁽⁹⁾. La obligación es exigible cuando ha vencido el plazo suspensivo (art. 178), o cuando se ha cumplido íntegramente la condición suspensiva (art. 174). La obligación pura es exigible inmediatamente después de contraída (art.

(9) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 627.

1240)⁽¹⁰⁾, salvo que de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujera que se ha querido conceder un plazo al deudor, caso en el que el juez fija su duración (art. 182); las obligaciones extracontractuales son exigibles desde que se produce el evento dañoso (art. 1969 y ss.)⁽¹¹⁾.

La exigibilidad de la obligación decae con la prescripción extintiva y con la caducidad. Están excluidas de la mora las obligaciones naturales, por ser en sí mismas inexigibles.

4) Imputación al deudor del retraso en el cumplimiento.- No hay mora sin dolo o culpa del deudor o del acreedor, salvo los casos excepcionales de mora objetiva.

El Código expresamente establece que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (art. 1314). No se puede atribuir incumplimiento o mora cuando la inejecución de la obligación se debe a fuerza mayor o caso fortuito (art. 1315).

Como se presume la culpa leve del deudor que inejecuta su obligación (art. 1329), la prueba de que no ha incurrido en culpa corre a su cargo. El acreedor que demanda al deudor moroso para que cumpla con pagar la deuda y los daños de mora no tiene necesidad de alegar ni probar la culpa.

Se excluye la mora si el retraso en el cumplimiento se debe a fuerza mayor o caso fortuito. Así, por ejemplo, si el retraso en la entrega de la mercadería vendida se debe a una huelga de los transportistas, o porque a consecuencia de las lluvias se ha destruido parte de la carretera, lo que impide el pase de los camiones que llevan dicha mercadería.

5) Subsistencia de la posibilidad de ejecución de la prestación.- Mientras dura el retardo en el cumplimiento, la prestación debe ser

(10) CC del Brasil del 2002: Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

(11) CC del Brasil del 2002: Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

posible de ejecutarse, porque si deviene imposible se acaba la mora y se extingue la obligación por sobrevenida imposibilidad de su ejecución.

6) Que al deudor se pueda considerar todavía obligado a ejecutar la prestación y esta sea todavía útil para el acreedor.- La situación de la mora no se presenta o finaliza cuando, de acuerdo a la naturaleza de la obligación, al deudor ya no se le puede considerar obligado a ejecutar la prestación o cuando esta ya no es útil al acreedor. En estos casos, el incumplimiento es definitivo; no hay mora.

Si la prestación no se ejecuta por causa temporal no imputable al deudor, este no es responsable por el retardo mientras ella perdure; **sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que el deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla, o hasta que el acreedor pierda justificadamente interés en el cumplimiento o ya no le sea útil** (segundo párrafo del art. 1316). Dicha imposibilidad transitoria se considera definitiva, por tanto, extingue la obligación. Por ejemplo, se contrata los servicios de un médico para operar a un enfermo. El médico enferma antes de ejecutar su prestación, la que puede realizar luego que recupera su salud. Pero la enfermedad del médico se agrava y le amputan un brazo; es lógico que ya no se le pueda considerar obligado a operar a su paciente; la obligación se extingue. Igual, si antes que el médico recupere su salud, el enfermo sana, la obligación del médico ha devenido en inútil para el acreedor, se extingue.

7) Liquidez de la deuda.- La liquidez supone que en las obligaciones pecuniarias el capital adeudado esté completamente determinado o pueda estarlo mediante la realización de simples operaciones aritméticas; por ejemplo, cuando el precio de venta de un terreno se ha fijado por cada metro cuadrado y tiene que procederse a medir el terreno.

El segundo párrafo del artículo 1221 dispone que cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda. De acuerdo con esta norma, sin deuda líquida no hay mora: *in illiquidis non fit mora*, no se puede culpar del retardo al deudor que no paga por incertidumbre de la cuantía de la deuda: *non potest improbus videri qui ignorat quantum*

solvere debeat⁽¹²⁾. Para exigir el cumplimiento del crédito se espera su liquidación.

Sobre esta materia no hay acuerdo. Messineo⁽¹³⁾ dice que, a los efectos de la mora, se ha abandonado el carácter líquido de la deuda; “así se infiere de las circunstancias de que, entre los casos de que el deudor incurre en mora de derecho, figura aquel en que la deuda derive de acto ilícito, donde, de momento, falta el carácter líquido de la deuda de resarcimiento. Por tanto, se debe considerar que no perjudica, a los fines de la mora, el hecho de que la deuda sea ilíquida”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, señala Juárez⁽¹⁴⁾, ha sancionado el principio general de derecho *in illiquis non fit mora*, excluyendo la mora hasta la fecha de la sentencia, cuando para conocer la cuantía de la deuda se precisa seguir un juicio o se ha de fijar la misma en la fase de ejecución de sentencia. Ello ha sido matizado por reciente jurisprudencia (SSTS de 18 de febrero de 1994 y 21 de mayo de 1998), pronunciándose porque hay mora y en consecuencia devengo de intereses desde el momento de la interposición de la demanda, siempre que pueda colegirse fácilmente en la *litis* la existencia de una deuda.

La estricta aplicación de la máxima *in illiquis*, expresa Díez-Picazo⁽¹⁵⁾, produce algún tipo de desazón. Cuando hay acuerdo de las partes sobre la existencia de la obligación y la discrepancia es solamente sobre su cuantía, existe un derecho actual del acreedor, por lo que excluir sin más la mora no resulta convincente. Si la discusión recae sobre la cuantía de la prestación, debería considerarse, por lo menos, en mora al deudor en aquella parte que reconoce deber. Decir que hay iliquidez siempre que es necesario un juicio para zanjar la cuestión, favorece innecesariamente la litigiosidad, porque es manifiesto que los deudores harán necesarios los litigios.

(12) TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto civile*. Settima edizione, Cedam, Padova, 1953, p. 499.

(13) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 337.

(14) JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo. Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. En: *Instituciones de Derecho Privado*. Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), Civitas, Madrid, 2006, p. 161.

(15) Díez-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 630.

Como enseña Castañeda, en algunas hipótesis la iliquidez de la obligación no impide la mora del deudor; v. gr., en una obligación alternativa en que la elección corresponde al deudor, si este no elige en la época del vencimiento, se produce la mora, no obstante que la obligación no es líquida.

El deudor no puede liberarse de la mora alegando iliquidez del crédito si el carácter líquido de este depende de sus propios actos.

Si para establecer la liquidez del crédito es necesaria la cooperación del acreedor y este se niega, incurre en **mora credendi**.

8) Que el acreedor rehúse la oferta de pago.- La mora del acreedor requiere que este sin motivo justificado se niegue a recibir el pago o a colaborar realizando los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación (art. 1338).

Se requiere que el deudor haga el ofrecimiento de pago y se encuentre dispuesto a realizar todo lo que sea necesario para ejecutar la prestación.

9) La intimación del acreedor.- La mora del deudor requiere que el acreedor exija al deudor, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, salvo los casos previstos en los que no es necesaria la intimación.

V. MORA DEL DEUDOR. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1333

“Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

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

3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

1. Definición

El artículo 1333 señala que “incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exige, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”, salvo los casos de mora automática en los que la intimación no es necesaria para que la mora exista.

En otros términos, la mora es el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, unido a la interpelación de parte del acreedor para que pague (mora *ex persona*), salvo los casos del sistema de mora objetiva señalados en el segundo párrafo del art. 1333, que son casos de mora *ex re* que no requiere de la intimación⁽¹⁶⁾. Basta que el deudor incurra en mora para que se le presuma culpable. Es el deudor el que debe probar que incurrió en mora sin culpa que le sea atribuible (*mora inculcata*, sin relevancia jurídica).

La mora es el retardo imputable al deudor, unido a los otros requisitos de ley. Si el retardo se debe a fuerza mayor o caso fortuito no hay mora. Y no habiendo mora, no hay daños moratorios. Estos se deben solo si existe mora; no mero retardo. Distinto es que el caso fortuito o fuerza mayor hubiese ocurrido estando constituido en mora el deudor, caso en el que este responde por la imposibilidad de cumplimiento por causa que no le es imputable (art. 1336).

El simple o mero retardo, la mora y el incumplimiento definitivo no son conceptos idénticos. El mero retraso no determina la morosidad, sino que, para situar en mora al deudor debe mediar una intimación del

(16) “La mora se ve delimitada en el artículo 1333 del Código Civil, cuyo primer párrafo se adscribe al sistema de mora interpelatoria o mora *ex persona*, que exige que el acreedor requiera o interpele judicialmente o extrajudicialmente a su deudor comunicándole su voluntad de que cumpla con el pago sin dilación; mientras que su segundo párrafo adhiriéndose al sistema de mora objetiva prevé los supuestos en que se produce la mora automática en el cual el deudor incurre en mora por el solo vencimiento del plazo cierto” (Cas. N° 1128-2005-La Libertad, del 06/9/2006).

acreedor, salvo las excepciones en las que la mora tiene lugar sin requerimiento. El mero retardo y la mora suponen que la prestación es posible y, aunque tardíamente realizada, satisface todavía el interés del acreedor. El incumplimiento definitivo se produce cuando la prestación ha devenido imposible o, aun cuando siendo objetivamente posible, el acreedor ha perdido interés en su cumplimiento o ya no le es útil.

Cuando el deudor no cumple, no siempre se distingue con nitidez el simple **retardo** del **incumplimiento definitivo**; es difícil, evaluando el comportamiento de quien no paga, deducir si intenta solamente diferir el pago o pretende no pagar definitivamente. En todo caso, el retardo equivale a incumplimiento definitivo cuando, en seguida al aplazamiento, la prestación ha devenido imposible o inútil para el acreedor⁽¹⁷⁾.

Empero, como el retardo culposo, la mora y el incumplimiento definitivo culposo constituyen actos ilícitos del deudor, la consecuencia principal de ambos es la obligación de indemnizar los daños (art. 1321)⁽¹⁸⁾.

No hay mora en las obligaciones con prestación de no hacer, por cuanto en ellas cada acto de cumplimiento en violación de la obligación constituye incumplimiento⁽¹⁹⁾. Como señala López Cabana⁽²⁰⁾, “sin perjuicio de reconocer la existencia de algunas obligaciones de no hacer que admiten un incumplimiento temporal –como la violación de la abstención prometida, si consistía en suspender una actividad, o continuar una inactividad–, en las que tiene sentido aplicar las reglas de la mora, en las demás, que implican un incumplimiento definitivo e irreparable, no es adecuado sostener que es innecesaria la interpelación para hallarlo

(17) TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto civile*. Settima edizione, Cedam, Padova, 1953, p. 498.

(18) Código Civil del Brasil del 2002: Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

(19) Código Civil italiano: Art. 1222. *Incumplimiento de obligaciones negativas*. Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de estas, constituyen de por sí incumplimiento.

(20) LÓPEZ CABANA, Roberto M. “Mora y demora ante la perspectiva de una reforma legislativa integral”. En: Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina). Coordinadores: Jorge Muñoz Ziches, Atilio Aníbal Alterini y Carlos Alberto Soto. T. II, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, p. 1289.

incurso en mora al deudor. Un incumplimiento ulterior ya no es viable, y carece de todo interés articular artificiosamente un ingrediente de morosidad, cuando el daño moratorio está fuera de cuestión: la reparación subroga sin más la prestación incumplida, y queda descartado el examen de la previa constitución en mora”. En Derecho se habla por los principios, no por las excepciones, por tanto, es correcto afirmar que la regla prescribe que en las obligaciones con prestaciones de no hacer no hay mora.

Como el presupuesto fundamental de la mora *solvendi* es el incumplimiento culpable del deudor⁽²¹⁾, a él corresponde, si quiere eximirse de las consecuencias de la mora, probar que la falta de cumplimiento oportuno no le es imputable, por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida o que tal incumplimiento se debe al caso fortuito o fuerza mayor.

2. Sistemas de constitución en mora

Hay dos sistemas o modos de constituir en mora:

1) El sistema de la **mora interpelatoria** o mora *ex persona* (mora personal) que exige que el acreedor requiera o interpele, judicial o extrajudicialmente, a su deudor comunicándole su voluntad de ser pagado sin dilación. Rige a partir del *Code Napoleon*. Se sustenta en el principio *favor debitoris*, pues se supone que si el acreedor no requiere el pago a su deudor es porque la demora no le irroga daño.

Los codificadores franceses se inspiraron en Pothier⁽²²⁾, quien dijo: “Observad que, según nuestros usos, un deudor no se reputa constituido en mora de dar la cosa que debe, sino por una interpelación judicial válida hecha y solamente desde el día de la interpelación (...) Solo hay que exceptuar de esta decisión a ladrones que son considerados en mora de satisfacer la obligación que han contraído de restituir la cosa robada desde el instante mismo en que la han contraído por el robo que han cometido, sin que haya necesidad a su respecto de ninguna interpelación judicial”. Respecto de la obligación de hacer decía: “ordinariamente el

(21) Código Civil del Brasil del 2002: Art. 396. No habiendo hecho u omisión imputable al deudor, este no incurre en mora.

(22) POTHIER. *Traité des obligations selon les regles tant du for de la conscience que du for exterieur*. Ed. Bernardí, París, 1805, T. I, cit. de CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., p. 741.

deudor no puede ser constituido en mora, sino por una demanda judicial que el acreedor entabla contra él, para que sea obligado a hacer lo que ha prometido, y si no lo hace sea condenado a los daños y perjuicios. El juez ante esta demanda prescribe cierto tiempo en el cual el deudor será forzado a hacer lo que ha prometido (...).” Indica, como caso de excepción, que el deudor incurre en mora sin necesidad de interpelación del acreedor, cuando “se ha obligado a hacer una cosa que no podía ser hecha útilmente, sino en cierto tiempo que él ha dejado pasar hacerla”.

2) El sistema de la **mora automática** o *ex re* o *ipso iure* (mora objetiva), nace automáticamente por el solo vencimiento del plazo, sin necesidad de que el acreedor requiera el pago al deudor. Surge en el Derecho Romano, según el cual *dies interpellat pro homine* (el tiempo interpela en lugar del hombre).

Algunos códigos, como el peruano (art. 1333), inspirados en el *Code Napoleon* se rigen por la mora *ex persona*⁽²³⁾. Otros, debido a que la mora personal choca con las exigencias del tráfico económico, optan por el sistema de la mora automática⁽²⁴⁾ en las obligaciones sujetas

(23) Código francés (1804): Art. 1139. El deudor se constituye en mora, sea por un requerimiento o cualquier otro acto equivalente, sea por el efecto de la convención cuando expresa que, sin necesidad de acto alguno y por el solo vencimiento del término el deudor estará en mora. Código uruguayo (1868): Art. 1336. El deudor cae en mora, sea por interpelación judicial o intimación de la protesta de daños y perjuicios, sea por la naturaleza de la convención, o por efecto de la misma, cuando en ella se establece que el deudor caiga en mora por el solo vencimiento del término. También exige la interpelación los códigos de Bélgica (art. 1139); Luxemburgo (art. 1139); Haití (art. 930); Holanda (art. 1274); España (art. 1.100); Puerto Rico (art. 1053); Guatemala (art. 1428); Bolivia (art. 340). Exigen también la intimación pero sin comprender a las obligaciones sometidas a plazo: El Código alemán modificado en el 2002 (art. 286); el suizo de las obligaciones (art. 21); el libanés de las obligaciones y de los contratos (art. 257); el italiano (art. 1219); el portugués (art. 805); el griego (art. 340); el panameño (art. 985). El texto original del art. 509 del Código argentino exigía la interpelación judicial o extrajudicial; con la reforma de 1968, por Ley 17.711, se estableció como regla la mora automática.

(24) Código de Andrés Bello -art. 1608 del Código colombiano (1873); art. 1551 del Código chileno (1855): El deudor está en mora: 1° Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2° Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3° En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. Código argentino: Art. 509 (modificado por Ley 17.711 de 1968). En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y de las circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el

a plazo determinado, dado a que el deudor conoce exactamente el momento en que debe ejecutar su prestación. Y hay otros, como el BGB⁽²⁵⁾ y el Código italiano⁽²⁶⁾, que establecen la intimación como requisito de la mora, pero sin comprender a las obligaciones a plazo, en las que la sola expiración del plazo basta para constituir al deudor en mora, *dies interpellat pro homine*.

juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable. Código del Brasil (2002): Art. 394. Se considera en mora al deudor que no efectúa el pago y al acreedor que no quiere recibir en tiempo, lugar y forma que la ley o el convenio establecen. Código paraguayo (1987): Art. 424 (coincidente con el art. 509 del Código argentino). En las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquel. Si el plazo no estuviese expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiese plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable. Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación.

(25) BGB: Art. 286. Mora del deudor. (1) Si el deudor no cumple la prestación ante una intimación del acreedor, realizada con posterioridad al vencimiento, incurre en mora con la intimación. A la intimación se equiparan la presentación de la demanda a la prestación así como la notificación de una orden de pago en un proceso monitorio. (2) La intimación no es necesaria si: 1. Está determinado un tiempo para la prestación de acuerdo con el calendario, 2. La prestación presupone un acontecimiento y está determinado un tiempo razonable para la prestación de modo que se pueda calcular según el calendario a partir del momento en que se produzca el acontecimiento, 3. El deudor deniega seria y definitivamente la prestación, 4. Por motivos especiales, y con ponderación de los intereses de ambas partes, está justificada la producción inmediata de la mora. (3) A más tardar, el deudor de un crédito remuneratorio incurre en mora si no realiza la prestación dentro de los treinta días siguientes al vencimiento y a la recepción de una factura o nota de pago equivalente; para el caso en que el deudor es un consumidor ello solo rige si estas consecuencias están especialmente advertidas en la factura o nota de pago. Si la fecha de la recepción de la factura o nota de pago es incierta el deudor, que no es consumidor, incurre en mora a más tardar a los treinta días del vencimiento y recepción de la contraprestación. (4) El deudor no incurre en mora en tanto que la prestación se omite como consecuencia de una circunstancia de la que no debe responder.

(26) Código italiano (1942): Art. 1219. *Constitución en mora*. El deudor queda constituido en mora mediante intimación o requerimiento hecho por escrito. No es necesaria la constitución en mora: 1) Cuando la deuda deriva de hecho ilícito; 2) Cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; 3) Cuando ha vencido el término, si la prestación debe ser cumplida en el domicilio del acreedor. Si el término vence después de la muerte del deudor, los herederos no quedan constituidos en mora más que mediante intimación o requerimiento hecho por escrito, y transcurridos ocho días desde la intimación o desde el requerimiento.

3. La intimación como requisito de la mora

El Código, en su artículo 1333, se adhiere al sistema de la **mora personal** con las excepciones señaladas en los incs. 1 al 4. Es decir, el Derecho peruano, siguiendo al Código francés que rechaza la regla *dies interpellat pro homine*, adopta como regla la mora *ex persona* y como excepción la **mora automática**.

Por regla general, la mora no se produce automáticamente, sino que exige la intimación, interpelación o requerimiento, hecha al vencer la prestación o después del vencimiento, o sea la reclamación que el acreedor dirige al deudor para que preste⁽²⁷⁾. El último día del vencimiento debe transcurrir íntegramente, totalmente (art. 183.4). Después de ese día el deudor incurre en mora si es interpelado o si se trata de la mora automática.

Si no hay plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (art. 1240). Esto es distinto en el Derecho comercial, porque las obligaciones mercantiles que no tuvieran plazo prefijado por las partes, por las disposiciones del Código de Comercio, serán exigibles a los diez días después de contraídas si solo producen acción ordinaria (acción de conocimiento), y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución (art. 62 del C. de C.). Por tanto, si la obligación es comercial y solo puede exigirse en proceso de conocimiento no admite interpelación del deudor inmediatamente, sino después de diez días. En las obligaciones mercantiles que no tienen término para el vencimiento se requiere la interpelación para constituir en mora al deudor.

Son elementos de la mora del deudor (“*mora debitoris*” o “*solvendi*”): el **retraso** en el cumplimiento de la obligación exigible (elemento material); la imputabilidad del incumplimiento a título de dolo o culpa (elemento subjetivo); que el acreedor interpele⁽²⁸⁾, judicial o extrajudicial, a su deudor, salvo que la ley exima de este requisito. Además, se requie-

(27) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Trad. del alemán por Blas Pérez González y José Alguer, T. II, *Derecho de las obligaciones* por ENNECCERUS, Ludwig. Vol. I, Doctrina general, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1954, p. 263.

(28) Interpelar significa intimar o notificar. El artículo 90 del Código Procesal Civil colombiano denomina reconvencción a la intimación o requerimiento.

re de dos requisitos que deben darse copulativamente: a) La posibilidad de cumplimiento de las obligaciones; y, b) La subsistencia del interés del acreedor por el cumplimiento, aunque tardío, de la obligación. La falta de estos elementos excluye la mora.

La intimación, acto jurídico unilateral y recepticio, no es más que el requerimiento, judicial o extrajudicial, que hace el acreedor al deudor para que pague. Es unilateral porque requiere solamente de la manifestación de voluntad del acreedor. Y es recepticio, porque para que produzca efectos debe llegar, en forma indubitable, a conocimiento del deudor.

Además de los requisitos generales que debe cumplir todo acto jurídico (art. 140), la intimación debe reunir ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos⁽²⁹⁾.

Son requisitos intrínsecos: 1) Exigencia categórica, inequívoca y coercitiva de pago. Es aconsejable que con la intimación se avise al deudor que si no paga caerá sobre él el cumplimiento forzado o la resolución, más la indemnización de daños; 2) Exigencia de pago apropiado. El acreedor debe exigir al deudor que pague la prestación debida y no otra. Debe exigir el pago de manera que corresponda a las circunstancias de tiempo, lugar y modo; 3) Exigencia de pago factible. La intimación debe hacerse de manera que el deudor pueda realizar la prestación; no debe ser intempestiva.

Son requisitos extrínsecos de la intimación: 1) que el acreedor preste su colaboración para que el deudor pueda ejecutar su prestación; 2) en las obligaciones recíprocas, se requiere que el acreedor haya cumplido u ofrezca cumplir la prestación que le concierne.

Como la ley no exige una forma especial de intimación de la mora, limitándose a establecer que la exigencia del acreedor puede ser judicial o extrajudicial, constituyen actos de intimación toda reclamación judicial de la deuda: demanda⁽³⁰⁾, reconvencción, peticiones de medidas cau-

(29) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. 4ª Ed., 3ª reimpresión, Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 168.

(30) La Corte Suprema ha resuelto: “para hacer incurrir en mora debe mediar la intimación con el requerimiento que puede ser judicial o extrajudicial, pero este requerimiento no se satisface

telares dentro o fuera del proceso, etc. El deudor queda constituido en mora con la notificación de la demanda por la que el acreedor peticiona el cumplimiento de la obligación, la resolución del contrato, el desalojo del arrendatario por falta de pago de la renta, etc. No sería razonable exigir al acreedor que primero interpele judicial o extrajudicialmente al deudor para poder demandarlo por cumplimiento, resolución de contrato, desalojo, etcétera. En casos como estos, con la notificación de la demanda, sin lugar a dudas, se interpela (exige) al deudor para que pague, con lo que queda constituido en mora.

La intimación extrajudicial puede ser verbal o escrita o a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo (art. 141). La forma escrita puede ser pública, v. gr., una carta notarial, o privada, por ejemplo, una carta, un correo electrónico.

En la intimación verbal o mediante escrito privado, el problema no es de forma, sino de probar que la interpelación ha llegado efectivamente a conocimiento del deudor, de ahí que conviene hacerla en un medio que permita probar fácilmente su realización, como es la carta notarial, la participación de testigos, etcétera.

Intimado el deudor para que pague, queda este facultado para ejecutar su prestación, sin que el acreedor lo pueda impedir. La recepción del pago por el acreedor extingue la mora.

4. Los casos de mora automática

Como sabemos el artículo 1333 adopta como regla la mora *ex personae* y como excepciones establece cuatro casos de **mora automática**, o sea, en los que no es necesaria la intimación para que la mora exista.

Los supuestos de mora automática o mora *ex re* son:

(1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

con la simple interposición de la demanda y su admisión, sino que es necesario notificar al obligado con la demanda para que la mora exista” (Sala Civil Transitoria, Cas. N° 2292-00-Lima).

Conforme al inciso 1 del artículo 1333, la mora será automática para el deudor, quedando el acreedor dispensado de la intimación, en los casos siguientes:

1. **Por disposición legal.**- En ciertos casos, la ley puede establecer la mora automática, sin que sea necesaria la intimación al deudor. Veamos dos ejemplos:
 - a) Los padres, al terminar el ejercicio de la patria potestad, deben dar cuenta de la administración de los bienes de sus hijos (art. 427); si la cuenta final arroja un saldo en contra de los padres, estos están obligados solidariamente a pagar los intereses legales que se devenguen desde un mes después de la terminación de la patria potestad (art. 430), sin necesidad de la intimación judicial o extrajudicial;
 - b) En las obligaciones mercantiles, cuando el contrato tuviera día señalado para el cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, la morosidad comienza al día siguiente de su vencimiento, sin necesidad de la intimación (art. 63.1 del C. de C.). El protesto no es una forma de interpelación, porque en todas las obligaciones de este género que tienen plazo de vencimiento, la mora se produce automáticamente, desde el día siguiente del vencimiento (art. 63.1 del C. de C.). No es necesaria la *interpellatio* al deudor para ejercer los derechos de un título valor que tiene plazo de vencimiento, pues dicho título conlleva prima facie la existencia, exigibilidad y liquidez de la obligación puesta a cobro.
2. **Por pacto de las partes.**- Las partes pueden pactar expresamente (mora convencional) al constituirse la obligación o posteriormente, pero antes del vencimiento, estableciendo que el solo vencimiento del plazo dejará al deudor en mora, sin el requisito de la intimación. En este caso, el deudor renuncia expresamente al requisito de la interpelación. En la práctica, esta excepción legal de mora automática se ha convertido en regla con la inclusión en los contratos de las cláusulas de estilo que establecen que el deudor caerá automáticamente en

mora, sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial, por el solo vencimiento del plazo.

Como el sistema de la mora interpelatoria no se condice con el dinamismo del tráfico jurídico, ni con el principio según el cual las obligaciones deben cumplirse dentro de los plazos legales o convencionales (*pacta sunt servanda*), ni con el principio que establece que las obligaciones deben ejecutarse de buena fe en los términos prefijados, es necesario que, *de lege ferenda*, el Código sea reformado de tal forma que adopte como principio la mora automática.

Muchos Códigos antiguos y modernos se rigen por la regla romana *dies interpellat pro homine* (el tiempo interpela en lugar del hombre), por ejemplo, el Código de Andrés Bello señala que “el deudor está en mora, cuando no ha cumplido la obligación dentro del plazo estipulado” (art. 1608 del Código colombiano y artículo 1551 del Código chileno) el art. 509 del Código argentino dispone: “En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento”; el artículo 1219 del Código italiano señala que “no es necesaria la constitución en mora cuando ha vencido el término, si la prestación debe cumplirse en el domicilio del acreedor”; el artículo 286 del BGB, que mantiene intocable el principio romano, prescribe que “la intimación no es necesaria si está terminado el tiempo para la prestación de acuerdo con el calendario”.

(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.

La mora automática se establece vía interpretación del contenido de la obligación, cuando, valorando la naturaleza y circunstancias que rodean a la constitución y cumplimiento de la obligación, se llega a la conclusión que es urgente para el acreedor que la prestación se ejecute en el momento oportuno, pero sin que deje de tener utilidad la realización tardía⁽³¹⁾. Por ejemplo, la compra de un televisor para ver la final de

(31) En el Derecho Comparado hay legislaciones que establecen que cuando el plazo no es expreso la mora no se produce automáticamente. El segundo párrafo del art. 509 del Código argentino dispone: Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare

un mundial fútbol, pero que no es entregado en esa fecha. En este caso, si bien el comprador no pudo ver el partido final del mundial de fútbol que lo determinó a hacer la compra, la prestación sigue siendo posible y útil para el acreedor, por lo que el deudor queda automáticamente constituido en mora, por falta de entrega en el término, debiendo asumir sus consecuencias.

De la naturaleza y circunstancia propias de la obligación resulta que la las partes han querido (tácitamente) que se entregue el bien o se realice el servicio indefectiblemente en la época designada, sin necesidad de intimación alguna. El deudor, desde el momento de la constitución de la obligación, ha debido conocer o estar en la posibilidad de conocer que la falta de ejecución de la prestación, dentro del término establecido, perjudicará al acreedor.

Se ha pretendido conducir el caso examinado a las obligaciones con **plazo esencial**. El plazo es esencial cuando es determinante para el acreedor que la prestación se ejecute en tiempo oportuno. El incumplimiento de la obligación en tiempo equivale al incumplimiento definitivo, por cuanto la prestación deviene en completamente inútil para el acreedor; ello ocurre, por ejemplo, con el transporte de mercaderías perecederas, la construcción de un pabellón para una exposición que se realizará en un día determinado, el transporte de mercaderías a una nave que debe partir en fecha determinada, el servicio de mozos que se debe prestar el día de la boda, la contratación de un pianista para que actúe en un concierto a realizarse en una fecha determinada. El inciso 2 del artículo 1333 no se puede referir a obligaciones con plazo esencial, porque en tales casos no es posible la mora, pues esta implica que la prestación siga siendo posible y útil para satisfacer el interés del acreedor.

Pasado el término esencial, la prestación resulta materialmente imposible, v. gr., partió el medio de transporte en el que debió embarcarse la mercadería, o es inútil porque el interés del acreedor solamente es satisfecho si la prestación se ejecuta en dicho plazo, por ejemplo, pretender entregar el traje de novia después de la boda. La sobrevenida

tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.

imposibilidad o inutilidad de la prestación son causas de incumplimiento definitivo, que excluye la mora, lo que faculta al acreedor a resolver el contrato, salvo que evidencie en forma indubitable, que pese al no cumplimiento oportuno, mantiene aún el interés en dicho cumplimiento, renunciando así al plazo esencial establecido en su favor, lo que sucede cuando exige el cumplimiento de la obligación o acepta la ejecución de la prestación después del vencimiento del término esencial, en cuyo caso el deudor se encuentra en mora.

(3) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

Se produce la mora automática del deudor si, antes de ser interpellado para ser constituido en mora, comunica por escrito al acreedor su negativa a cumplir la obligación.

Si el deudor antes del vencimiento del plazo manifiesta por escrito su negativa a cumplir, y vencido el plazo no paga queda automáticamente en estado de mora. Antes del vencimiento del plazo no hay mora ni incumplimiento.

El inciso 3 del artículo 1333 es transcripción del inciso 2 del artículo 1219 del Código italiano. Al respecto, Messineo⁽³²⁾ dice que si el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir, el requerimiento de cumplimiento sería inútil.

(4) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

El deudor cae automáticamente en mora si, por causa que le es imputable, el acreedor no puede interpellarlo. Por ejemplo, cuando no se ha señalado el domicilio del deudor para el cumplimiento de la prestación obligacional, y se ausenta del lugar de su domicilio conocido sin saberse su paradero y sin habersele designado curador interino (art. 47) al tiempo del cumplimiento.

Si se ha señalado el domicilio del deudor para el cumplimiento y se ausenta o cambia de domicilio sin comunicar al acreedor, este puede intimarlo para el pago en el domicilio señalado, pues tal cambio de

(32) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 337.

domicilio no se le puede oponer. Si el acreedor conoce el nuevo domicilio del deudor puede interpellarlo en el primer domicilio o en el nuevo (art. 1239). En estos casos, la constitución en mora requiere la interpelación.

VI. MORA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

“Artículo 1334.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985”⁽³³⁾.

En las obligaciones de dar sumas ilíquidas de dinero, cuyo monto requiere ser determinado judicialmente, la notificación con el auto admisorio de la demanda produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor. La sanción moratoria solamente es aplicable si la demanda de pago de una suma ilíquida es declarada fundada. El deudor está obligado a pagar los intereses moratorios, no desde la ejecutoria de la sentencia, sino desde que es notificado con la demanda⁽³⁴⁾.

Problemas como las tácticas dilatorias de los deudores demandados para el pago de sumas de dinero, la lentitud con la que se desenvuelven los procesos judiciales, lo que se agrava en épocas de procesos inflacionarios, determinando que deudores de mala fe se beneficien, a costa del acreedor, con sentencias tardías, no tendrían solución considerando que no hay mora mientras la deuda no sea líquida. Estas razones justifican que, tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero que deben

(33) De conformidad con el D. Leg. N° 1071 (28/06/2008), la misma que de acuerdo con su Tercera Disposición Final, entrará en vigencia el 01/09/2008, para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

(34) “Tratándose de una demanda en la que la pretensión es que el banco demandado indemnice a los actores por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de su obligación contractual, cuyo monto deberá ser fijado en la sentencia, resulta de aplicación (...) el artículo 1334 del Código Civil, que establece que en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda lo que en el caso de autos tuvo lugar el 18 de marzo del 2000, conforme se advierte del cargo de notificación (...) por lo que los intereses deben devengarse partir de esa fecha” (Cas. N° 988-2006 Ica, *El Peruano*, 31/08/2007, p. 20116).

ser determinadas mediante resolución judicial, sea suficiente la citación con la demanda, sin esperar que se determine el monto adeudado, para que el deudor quede constituido en mora y esté obligado a pagar los intereses moratorios.

La norma del artículo 1334 solo es aplicable en los casos de retardo culpable del deudor, porque si la demora en pagar se debe a causas que no le son imputables no se le puede condenar a pagar intereses moratorios desde el momento en que fue notificado con el auto admisorio de la demanda (art. 1317). El deudor debe probar que el retardo no se debe a su culpa (art. 1329).

De acuerdo al principio indemnizatorio integral, tratándose de obligaciones derivadas de hechos dañosos *ab origine*, por violación del *neminem laedere*, no es necesario que exista reclamo judicial para la determinación del monto indemnizatorio, por cuanto en los actos ilícitos, la mora se configura automáticamente desde el día en que se produce el daño objeto de la indemnización. Al respecto, el artículo 1985 dispone que “el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”. Es decir, la mora es automática cuando la obligación tiene su origen en un acto ilícito.

VII. MORA EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS

“Artículo 1335.- En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá”.

El hecho de que en las obligaciones con prestaciones recíprocas, estas son interdependientes, la prestación es causa de la contraprestación y viceversa, la una no puede existir sin la otra, trae como consecuencia que una de las partes no puede exigir el cumplimiento a la otra sin haber cumplido la que le concierne, u otorgado garantías efectivas de que la cumplirá. En tal virtud, el artículo 1335 dispone que “ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá”. Desde que una de

las partes cumple su obligación o garantiza que la cumplirá empieza la mora para la otra⁽³⁵⁾.

En las prestaciones recíprocas que deben cumplirse simultáneamente, para hacer valer la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), no se requiere que una de las partes se encuentre en situación de mora. Dado a que 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 (art. 1426), ninguna de las partes se encuentra en mora aunque se hayan retrasado en el pago. No se puede considerar morosa a una de las partes si la otra tampoco ha cumplido.

Cuando las prestaciones recíprocas deben cumplirse en momentos diferentes, tampoco se requiere la constitución en mora para la aplicación de la **excepción de caducidad del plazo**, por la que si “sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento” (art. 1427).

De acuerdo al *contrario sensu* del artículo 1335, en las obligaciones recíprocas una de las partes de la obligación incurre en mora desde que la otra cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá. De este modo, el incumplidor incurre en mora automática, sin necesidad de intimación, por el solo hecho de que la otra parte cumple la obligación

(35) Código español: Art. 1.100, *in fine*: En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

BGB, Art. 298. *Prestaciones simultáneas*. Si el deudor solo está obligado a realizar una prestación a cambio de una prestación del acreedor, incurre en mora el acreedor si a pesar de estar dispuesto a recibir la prestación ofrecida a su vez no ofrece la contraprestación que se exige.

“Cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya, con fundamento legal en el artículo 1426 del Código Civil, aplicable a los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, pues la conciliación celebrada, por ser un acuerdo de voluntades no es otra cosa que un contrato, caso en el cual, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1335 del mismo Código, no se genera mora” (Cas. N° 2951-2004-Lima, *El Peruano*, 01/08/2006, p. 16895).

a su cargo o garantiza su cumplimiento. Se sustituye la regla de la mora interpelatoria por la mora automática.

Cuando se ha señalado momentos distintos para el cumplimiento, y no es el caso de aplicación de la **excepción de caducidad del plazo**, hay que hacer la siguiente distinción: Si incumplida la prestación que vence en primer lugar, la otra parte cuya prestación todavía no es exigible porque no ha vencido, puede poner en mora al incumplidor mediante la intimación judicial o extrajudicial. Si ha vencido también la obligación de cumplimiento posterior, para poner en situación de mora también es necesaria la interpelación.

Si el primer obligado ha cumplido en su momento, y después vence la otra obligación y no se cumple, la constitución en mora requiere la interpelación.

VIII. EFECTOS DE LA MORA DEL DEUDOR

“Artículo 1336.- El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente”.

Para determinar los efectos de la mora *solvendi* se parte del principio según el cual el deudor debe soportar las consecuencias de la lesión del derecho de crédito con la inejecución de la prestación. Esas consecuencias son: por una parte, la indemnización de los daños y perjuicios, incluso en el supuesto de que la prestación se ejecute fuera del plazo predeterminado. Y por otra parte, la denominada perpetuación de la obligación (*perpetuatio obligationis*) consistente en la exclusión de la liberación del deudor por la sobrevenida imposibilidad de la prestación, aun por caso fortuito o fuerza mayor, o sea cuando estos ocurren durante la mora⁽³⁶⁾.

(36) CC del Brasil del 2002: Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da

Durante la mora el deudor responde de cualquier culpa (leve, inexcusable, dolo), incluso de la imposibilidad ocurrida por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que pruebe que ha incurrido en el retraso sin culpa o que la causa que no le es imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

El primer efecto es la **obligación de indemnizar los daños**, llamados daños moratorios, causados por el deudor moroso al acreedor, con el retraso en la ejecución de la prestación.

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. 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.

Constituido en mora el deudor, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento, pero tiene derecho a reclamar adicionalmente el pago de los daños y perjuicios (art. 1321).

El segundo efecto consiste en la **asunción por el deudor moroso del riesgo de la sobrevenida imposibilidad de la prestación**, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable, como es el caso de la fuerza mayor o caso fortuito.

Es la consagración del tradicional principio de *obligatio per moram debitoris perpetua fit*, producida la destrucción o pérdida del bien en poder del deudor moroso, es indiferente para el efecto de la

prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Código italiano: Art. 1221. *Efectos de la mora sobre el riesgo*. El deudor que está en mora no queda liberado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación que se deriva de causa no imputable a él, si no prueba que el objeto de la prestación habría perecido igualmente en poder del acreedor. En cualquier modo que haya perecido una cosa sustraída ilícitamente, la pérdida de ella no libera a quien la ha sustraído de la obligación de restituir su valor. BGB: Art. 287. *Responsabilidad durante la mora*. Durante la mora el deudor responde de cualquier negligencia. También responde de la prestación por caso fortuito, a no ser que el daño se hubiera producido igualmente con el cumplimiento puntual de la prestación.

responsabilidad civil que tal imposibilidad se haya producido por hecho imputable o no al deudor. Este ya se encontraba en falta, y el caso se halla bajo la influencia de esa falta *seu culpa determinatus*⁽³⁷⁾. No hay liberación, sino transformación del deber de prestación en un deber de indemnizar daños y perjuicios. Por ejemplo, si el bien perece a consecuencia de una inundación (caso fortuito) antes de que el deudor sea constituido en mora, este no es responsable por la pérdida, pero si ya estaba constituido en mora, el riesgo de pérdida del bien corre por su cuenta no obstante que el hecho fortuito no le es imputable.

Sin embargo, el deudor moroso puede sustraerse de esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin su culpa o que la causa que no le es imputable habría afectado la prestación aunque la hubiese ejecutado oportunamente. Por 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 él 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”⁽³⁸⁾.

El deudor debe mantener indemne al acreedor aun de las consecuencias de la fuerza mayor o el caso fortuito (*qui versatur in illicito respondit etiam casu*), salvo que pruebe que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente. Al puesto de la originaria obligación de prestar se incorpora una responsabilidad por los daños causados con la falta de ejecución en el plazo debido: *perpetuaio obligationis*. La mora permanece como fundamento de la responsabilidad civil, porque el daño

(37) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*. T. II, modalidades y efectos. Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 321.

(38) BARBERO, Doménico. *Ob. cit.*, p. 111.

originado con la inejecución de la prestación por causa no imputable al deudor se considera *propter moram*⁽³⁹⁾ e *non solo post moram*⁽⁴⁰⁾.

El principio según el cual a lo imposible nadie está obligado, y en virtud del cual nadie está llamado a responder del no cumplimiento si este es imposible, deja de tener valor en favor del deudor que, por efecto de la mora, ha dado lugar a la sobrevenida imposibilidad de la prestación. La razón de la responsabilidad del deudor por la imposibilidad sobrevenida a la mora, aunque por causa que no le es imputable, es obvia: “si hubiese cumplido puntualmente, como era su deber, la sobrevenida imposibilidad, encontrando la prestación ya ejecutada, hubiese sido sin efecto y no se habría verificado siquiera”. Por tanto, el riesgo debe ser soportado por el deudor moroso, al cual, efectivamente, la imposibilidad, si no es directamente imputable, le es **imputable en causa**: esto es, en causa del retardo⁽⁴¹⁾.

La constitución en mora al deudor interrumpe la prescripción (art. 1996.2).

IX. PRESTACIÓN SIN UTILIDAD PARA EL ACREEDOR POR EFECTO DE LA MORA DEL DEUDOR

“Artículo 1337.- Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

La mora y sus efectos solamente se justifican en la medida que el incumplimiento es temporal. Uno de los requisitos de la mora es que la prestación debida sea posible de ejecutarse, aunque tardíamente, salvo que el retardo perdure “hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil” (art. 1316), caso en el que la obligación se extingue. Es decir, si por efecto de la mora la prestación

(39) La fuerza mayor, en general, y en especial el *factum principis*, no puede invocarse por la parte incumpliente que, cuando se produjo, se encontraba ya en mora (Casación italiana del 22/02/1943, en BARBERO, Doménico. Ob. cit., p. 110).

(40) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 500.

(41) BARBERO, Doménico. Ob. cit., p. 110.

resulta sin utilidad para el acreedor, la mora equivale al incumplimiento definitivo.

Cuando el incumplimiento es definitivo, no redimible ulteriormente, no es razonable la aplicación de las normas de la mora, porque la consecuencia indemnizatoria se produce sin necesidad de intimación alguna, en la medida que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil: incumplimiento, relación causal e imputabilidad del incumplimiento al deudor, se trate de la responsabilidad contractual o extracontractual. Constituye incumplimiento definitivo el hecho de que la prestación, durante la mora *solvendi*, devenga inútil para el acreedor.

El artículo 1337 es transcripción del artículo 1257 del Código de 1936. Al respecto, León Barandiarán⁽⁴²⁾ ha escrito lo siguiente: “Puede ocurrir que la prestación únicamente ofrezca utilidad para el acreedor dentro de determinado tiempo, de suerte que pasado el mismo dicha utilidad resulte vana. No podría imponerse en tales condiciones, que se aceptara la prestación *in natura*, ella es sustituida por la responsabilidad por daños y perjuicios”. Esta consecuencia debe producirse no solo en caso de tardanza en el cumplimiento total de la prestación, sino también en el caso de mora parcial, es decir, cuando solo en parte se cumple la obligación. En tal circunstancia, si “el contrato en su conjunto carece de interés para el acreedor, podrá también, rechazando el resto de la prestación y devolviendo la parte recibida, exigir indemnización por incumplimiento, o si se trata de un contrato bilateral, resolver el contrato en su totalidad” (Enneccerus). Esta doctrina de Enneccerus es perfectamente aplicable a nuestro Derecho, en conformidad con el artículo 1428.

Si a consecuencia del incumplimiento la prestación deviene en inútil para el acreedor, este no está obligado a recibir el pago, ni aun cuando el deudor quisiera agregar el pretendido daño moratorio, por cuanto el único daño indemnizable es el que sustituye a la prestación incumplida. No cabe ya la purgación de la mora por el deudor con el cumplimiento tardío de la obligación y el abono de los daños y perjuicios moratorios. Ya no hay daños moratorios, sino compensatorios. Estos se deberán no

(42) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones, modalidades y efectos*. T. II, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 323.

por la mora, sino por la inejecución absoluta de la prestación devenida en inútil para el acreedor⁽⁴³⁾.

Cuando la prestación, por el retardo en el cumplimiento, resulta sin utilidad para el acreedor, nos encontramos frente a un incumplimiento absoluto, cuya sola configuración abre la vía de la responsabilidad civil, sin que la mora juegue papel alguno.

Corresponde al acreedor probar que, de acuerdo a la finalidad que persiguió al relacionarse obligacionalmente, y al conjunto de las estipulaciones del título obligacional, la prestación solamente le era útil en la fecha que se había designado para su cumplimiento. No habrá dificultad en la prueba si del título de la obligación resultara que ella debería ser cumplida en la fecha señalada, so pena de ser rechazada si su ejecución se cumpliera posteriormente.

El deudor, constituido o no en mora, está obligado a indemnizar todos los daños que se produzcan durante el tiempo que culpablemente se demora en ejecutar su prestación. El mero retardo o demora en el cumplimiento origina responsabilidad civil para el deudor (arts. 1316 y 1321). La demora en el pago (esté o no el deudor constituido en mora) hasta que la prestación resulte inútil para el acreedor deviene en incumplimiento definitivo. Los daños indemnizables son los producidos desde el incumplimiento por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1321).

En suma, el caso contemplado en el artículo 1337 es uno de incumplimiento definitivo y no de mora, pues si la obligación resulta sin utilidad para el acreedor, ya no cabe reclamar el cumplimiento, sino exigir la indemnización por incumplimiento, o si se trata de contrato con prestaciones recíprocas, resolver el contrato en su totalidad, exigiendo además la indemnización de daños y perjuicios.

X. MORA DEL ACREEDOR

“Artículo 1338.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple

(43) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Ob. cit., pp. 240-241.

con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

La mora del acreedor es la situación en que este se encuentra por el retraso en la ejecución de la prestación debido a una causa que le es imputable.

El acreedor incurre en mora (*mora accipiendi*, o *creditoris*, o *credendi*) cuando obstaculiza el cumplimiento de la obligación, negándose a recibir la prestación que se le ofrece realmente, tal como debe ejecutarse, o no prestando la colaboración o ayuda que el deudor necesita para ejecutar dicha prestación⁽⁴⁴⁾. Por ejemplo, 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 del servicio, no permite el acceso al lugar donde se deben hacer los trabajos.

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 a que el acreedor rehúsa la prestación o no presta su colaboración para que se pueda ejecutar la prestación (causas que le son imputables); 4) que la negativa del acreedor sea sin motivo justificado.

La mora *credendi* se produce como consecuencia de que el deudor hace el ofrecimiento de pago y se halla en condiciones y dispuesto a realizar lo necesario para la ejecución de la prestación, y el acreedor rehúsa

(44) BGB: Art. 293. *Mora en la aceptación*. El acreedor incurre en mora si no acepta la prestación que se le ofrece. Art. 294. *Ofrecimiento real*. La prestación debe ofrecerse realmente al acreedor, tal como debe ejecutarse. Art. 295. *Ofrecimiento verbal*. Basta un ofrecimiento verbal del deudor si el acreedor le ha declarado que no aceptará la prestación o si para la ejecución de la prestación es necesaria una actuación del acreedor, especialmente si el acreedor debe recoger la cosa debida. El ofrecimiento de la prestación se equipara al requerimiento al acreedor para que lleve a cabo la actuación necesaria. Art. 296. *Innecesariedad del ofrecimiento*. Si para llevar a cabo la actuación del acreedor está previsto un tiempo de acuerdo con el calendario, solo es necesario el ofrecimiento si el acreedor lleva a cabo la actuación tempestivamente. Lo mismo rige si la actuación ha presupuesto un acontecimiento y se ha fijado un tiempo razonable para la actuación de modo que se pueda calcular según el calendario a partir de cuándo se produce el acontecimiento.

aceptarlo o no presta la colaboración inexcusable⁽⁴⁵⁾. No se requiere de otra intimación que la derivada del propio ofrecimiento de pago, a diferencia de la mora del deudor.

Sin embargo, como el código no dice nada sobre la forma de constituir en mora al acreedor, el deudor, que se encuentra en condiciones de poder cumplir con su prestación, aplicando por analogía el artículo 1333, puede intimar, judicial o extrajudicialmente, a su acreedor para que acepte la prestación o para que colabore realizando los actos necesarios que posibiliten su ejecución.

Si el plazo para la ejecución de la prestación no está determinado o el deudor está autorizado para pagar antes del vencimiento del plazo, el acreedor no incurre en mora si está temporalmente impedido para aceptar el ofrecimiento de pago⁽⁴⁶⁾.

El deudor debe ejecutar la prestación al punto en que por sí mismo puede hacerlo; hacer el ofrecimiento de pago, en conformidad con los principios de identidad, integridad, tiempo y lugar, y hallarse en condiciones de realizar todo lo que sea necesario para ejecutar la prestación, a lo que se agrega la negativa del acreedor a recibir el pago o a practicar los actos necesarios para que se pueda cumplir la obligación. El ofrecimiento de pago puede hacerlo el deudor o un tercero.

Conforme al principio que prescribe que quien afirma un hecho, debe probarlo, el deudor debe probar que el acreedor ha rehusado el pago o no ha prestado la colaboración necesaria para que se pueda ejecutar la prestación.

(45) “El acreedor quedó constituido en mora en razón de no practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, lo que se materializa en el hecho de haber pretendido, arbitrariamente, que la obligación pendiente de pago sea cancelada en un monto mucho mayor al realmente adeudado” (Cas. N° 2039-2006-Tacna, *El Peruano*, 05/01/2007, p. 18370).

(46) BGB: Art. 299. *Impedimento temporal de la aceptación*. Si el tiempo de la prestación no está determinado o el deudor está legitimado para realizar la prestación antes del tiempo determinado, el acreedor no incurre por ello en mora si está temporalmente impedido para la aceptación de la prestación ofrecida, a no ser que el deudor le haya anunciado la prestación previamente con un tiempo razonable.

Se menciona a la consignación como una forma de constituir en mora al acreedor⁽⁴⁷⁾. No participamos de esta idea por cuanto no procede la consignación sin que, previamente, el deudor ofrezca pagar, y este ofrecimiento unido a la negativa de aceptar o falta de cooperación del acreedor produce la mora *credendi*. Con la consignación, el deudor no constituye en mora sino paga al acreedor. Como consecuencia de que el acreedor se encuentra en estado de mora, el deudor tiene la facultad de consignar la prestación debida y quedar libre de la obligación. Si la consignación extingue la obligación (art. 1251), no es requisito sino efecto de la mora.

El deudor puede proceder a la consignación judicial de la prestación cuando el acreedor se niega a aceptar la prestación ofrecida o no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con su prestación (art. 1252). Producido el ofrecimiento de pago y la negativa del acreedor se genera la mora *credendi*. El deudor puede consignar la prestación a favor del acreedor moroso.

XI. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

“Artículo 1339.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”.

Son efectos de la mora del acreedor: 1) la obligación del acreedor de indemnizar los daños por el retraso en el cumplimiento; 2) el deudor queda eximido de responsabilidad por la sobrevenida imposibilidad de la prestación, debida a fuerza mayor o caso fortuito; 3) excluye la mora del deudor; 4) el deudor puede realizar la consignación de la prestación debida para liberarse de la obligación.

(47) Osterling y Castillo sostienen que existen dos formas de constitución en mora al acreedor: Sistema de las ofertas reales, y sistema de la consignación judicial. “(...) ponemos nuevamente de relieve el carácter meramente voluntario de la consignación, lo que nos conduce a afirmar que ella integra solamente un medio más para constituir en mora al acreedor, en adición al sistema de las ofertas reales” (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Vol. XVI –Cuarta Parte. T. XIV, Para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, 2241).

Conforme al artículo 1339, el acreedor moroso está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se originan durante el periodo del retraso en el cumplimiento de la obligación. La indemnización comprende el pago al deudor: 1) de los gastos originados por el ofrecimiento de pago no aceptado, 2) de los gastos que origine la guarda y custodia de la cosa debida, 3) de todos los daños que sufra el deudor durante el periodo de la mora, y 4) la liberación del deudor de pagar intereses⁽⁴⁸⁾.

Lógicamente, el deudor durante la mora del acreedor no debe intereses moratorios devengados por una deuda dineraria; solamente estará obligado a restituir los provechos de la prestación efectivamente percibidos; puede abandonar su posesión sobre el bien consignándolo judicialmente; además de la indemnización de daños tiene derecho al resarcimiento de los gastos adicionales en que debe incurrir con el ofrecimiento infructuoso y la custodia y conservación del bien debido⁽⁴⁹⁾.

XII. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR: ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

“Artículo 1340.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor”.

(48) Código Civil del Brasil del 2002: Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

(49) BGB: Art. 301. *Cesación del devengo de intereses.* Durante la mora del acreedor, el deudor no debe satisfacer intereses devengados por una deuda dineraria. Art. 302. *Provechos.* Si el deudor debe restituir o resarcir provechos de una cosa, su obligación se restringe durante la mora del acreedor a los provechos que percibe. Art. 303. *Derecho a abandonar la posesión.* Si el deudor está obligado a restituir una finca o un buque inscrito o una obra de construcción naval, puede abandonar su posesión una vez iniciada la mora del acreedor. Debe apercibirse al acreedor con una antelación del abandono, a no ser que el apercibimiento no sea factible. Art. 304. *Resarcimiento de gastos adicionales.* Con ocasión de la mora del acreedor, el deudor puede solicitar el resarcimiento de los gastos adicionales en que debe incurrir por el ofrecimiento infructuoso y la custodia y conservación del bien debido.

Con la mora del acreedor la obligación subsiste, pero quedan a su cargo los riesgos por la sobrevenida imposibilidad de ejecución de la prestación, sin culpa de las partes o por culpa leve del deudor.

El acreedor moroso está libre de responsabilidad si la sobrevenida imposibilidad de la prestación se debe a dolo o culpa inexcusable del deudor. Es decir, durante la mora del acreedor el deudor solo responde por dolo o culpa inexcusable⁽⁵⁰⁾.

Durante la mora del acreedor los riesgos por la imposibilidad de la prestación, aun cuando se deban a culpa leve del deudor, son de su cargo. El deudor que no ha podido pagar por culpa del acreedor está liberado de responsabilidad por la sobrevenida imposibilidad de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor y aun por su culpa leve, pero deberá probar la situación moratoria del acreedor.

En las obligaciones de dar y en las de hacer con entrega del resultado (ejemplo: ejecución de una obra), son efectos de la mora *credendi*, la asunción por el acreedor moroso de los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes y en general de los menoscabos de cualquier tipo que limiten o imposibiliten el cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa inexcusable del deudor. Lo dispuesto por el artículo 1340 es concordante con el artículo 1140, según el cual, en las obligaciones provenientes de delito o falta, el deudor que ha constituido en mora al acreedor queda eximido de pagar el valor del bien cierto; los artículos 1568 y 1569, sobre compraventa, para los casos en que el comprador no recibe el bien debido; y el artículo 1251 que libera al deudor si consigna el bien objeto de la prestación debida siempre que haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación, o cuando el acreedor injustificadamente se haya negado a recibir el pago.

(50) BGB: Art. 300. *Efectos de la mora del acreedor*. (1) Durante la mora del acreedor el deudor solo debe responder por dolo y negligencia grave. (2) Si se debe una cosa solo determinada mediante el género, el riesgo pasa al acreedor en el momento en que incurre en mora, esto es, cuando él no acepta la cosa ofrecida.

Antes de la constitución en mora del acreedor, el riesgo de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes, es asumida por el deudor, quien pierde el derecho a la contraprestación, si la hubiere (ins. 5 y 6 del art. 1138) (*periculum est debitoris*). Contrariamente, quedan a cargo del acreedor el riesgo de pérdida, deterioro o imposibilidad de la prestación, sin culpa de las partes o por culpa leve del deudor, ocurridos a partir del momento en que (el acreedor) es constituido en mora (*periculum est creditoris*).

Constituido en mora el acreedor, el deudor puede consignar válidamente con lo que se libera de la obligación.

XIII. PURGACIÓN DE LA MORA

Se llama purgación de la mora al acto con el cual se pone fin a la situación de mora, lo que importa la eliminación de sus efectos: indemnización de daños, intereses moratorios, riesgo de pérdida, deterioro o imposibilidad de la prestación *propter moram*.

Hay incumplimiento definitivo (absoluto) cuando la prestación no puede ser cumplida en ninguna época; y existe mora cuando todavía hay la posibilidad de cumplimiento. Es por ello que la mora puede ser purgada y el incumplimiento absoluto no.

El Código no regula las causas de cesación de los efectos de la mora del deudor (técnicamente de la purga de la mora), sin embargo, esas causas no pueden ser otras que las siguientes: 1) el cumplimiento tardío, acompañado del resarcimiento de los daños; 2) la renuncia del acreedor a la exigibilidad de la responsabilidad por mora o la prórroga del plazo de la obligación; 3) la novación de la obligación; 4) por la mora del acreedor que con su falta de aceptación de la prestación ofrecida o por su falta de colaboración impide el cumplimiento tardío, produciéndose la compensación o neutralización de ambas moras; 5) en las obligaciones con prestaciones recíprocas, si ambas partes no han ejecutado sus prestaciones a tiempo, la mora de una de las partes neutraliza la del otro.

La constitución en mora no priva al deudor de la facultad de liberarse de su obligación, aunque tardíamente. El cumplimiento tardío,

mediante el pago de la prestación más los daños y perjuicios, es la primera forma posible de purgación de la mora.

Por parte del acreedor se purga por la renuncia al crédito o solamente a la mora, como cuando acepta recibir el pago tardío o concede una prórroga al deudor. La renuncia a la mora puede ser expresa o tácita, la cual resulta de todo acto incompatible con la voluntad de aprovecharse de los efectos de la mora, pero no se presume. Si el acreedor no acepta el cumplimiento tardío, siendo este posible e idóneo para satisfacer su interés, se produce la mora *creditoris* que paraliza a la mora del deudor.

En los contratos con prestaciones recíprocas se concede al deudor el plazo de 15 días para purgar la mora, plazo que se cuenta desde que fue requerido por vía notarial para que satisfaga su prestación (art. 1429).

En las obligaciones de dar sumas de dinero no hay incumplimiento absoluto, sino mora por incumplimiento relativo, la cual cesa con el pago de la suma adeudada más los intereses moratorios, es decir, se permite la purga de la mora.

Si en un contrato con prestaciones recíprocas se pacta una cláusula resolutoria expresa que declara que producido el incumplimiento, la resolución se producirá de pleno derecho, no podrá el deudor purgar la mora.

El Código no contiene una norma de carácter general sobre purgación de la mora. Solo existen casos específicos por los que se concede al deudor moroso la posibilidad de purgar la mora y mantener la vigencia del contrato. Es necesario que la legislación civil provea los casos en que la mora puede ser purgada⁽⁵¹⁾. Debe establecerse que la notificación con la demanda de resolución importa interpelación judicial y constituye en mora al cocontratante⁽⁵²⁾.

(51) Código Civil brasileño del 2002: Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

(52) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Ob. cit., pp. 252-253.

La responsabilidad civil precontractual

“A gentlemen’s agreement is an agreement which is not an agreement, made between two persons, neither of whom is a gentleman, whereby each expects the other to be strictly bound without himself being bound at all” Bloom v. Kinder, 38 TC 77 (1958).

Juan ESPINOZA ESPINOZA^(*)

Si bien la naturaleza del pacto de caballeros (justamente) no es jurídica, por cuanto las partes no entienden establecerla, las expectativas que se señalan en este epígrafe coinciden –en no pocas ocasiones–, dentro del proceso de las tratativas.

I. INVOCANDO INEVITABLEMENTE A JHERING

Punto de partida necesario para cualquier estudio sobre la responsabilidad civil precontractual es el célebre ensayo de Rudolf Von Jhering de 1860, cuya traducción sería “*Culpa in contrahendo* o del resarcimiento del daño en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse”⁽¹⁾. El mérito de esta obra es el de afrontar por primera vez de una manera sistemática este tema, tanto es que él acuña el *nomen* “*culpa in contrahendo*”,

(*) Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima. Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).

(1) VON JHERING, Rudolf. “Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”. En: *Jhering Jahrbücher*, 1860.

nunca antes utilizado. Evidentemente, fue un trabajo revolucionario para la época y por eso es que debemos leerlo con ojos históricos. Estamos en un periodo de neta distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, así como de tributo a la culpa como eje central de la responsabilidad civil. El punto de partida de su investigación es la preocupación, en el caso de las tratativas, sobre quién asume los costos de un error que, posteriormente invalida el acto. Se pregunta: “¿la parte que ha cometido el error no responde de algún modo frente a la otra por los gastos ocasionados a esta por su propia *culpa*?”⁽²⁾ y se indigna exclamando “¿la parte que está en culpa resta indemne y la parte a la cual no se le puede reprochar nada se convierte en víctima de la culpa ajena!”⁽³⁾. Jhering pone una serie de ejemplos, como el caso de una persona que le pide a un amigo que compre ¼ de caja de puros; pero el amigo se confunde y le pide al comerciante 4 cajas de puros⁽⁴⁾ o que se encarga, por telegrama, vender acciones, pero por error en la transmisión del telegrama, se indica comprar⁽⁵⁾. Advierte lo siguiente “mi convicción que la vida no puede contentarse, en casos como éste o en otros similares, con declarar la nulidad del contrato, conforme al derecho romano; pero que ésta no pueda de ninguna manera ignorar una acción resarcitoria”⁽⁶⁾. Concluye que “la *culpa* se comete en ocasión de un proyecto de relación contractual. Una de las partes ha sufrido un daño en razón de la ejecución de un negocio propuesto por la otra y perfeccionado sucesivamente sobre la base de condiciones aparentes. Por esta vía he llegado a una neta delimitación del campo de acción de nuestra *culpa*, vale decir la culpa en la conclusión de los contratos: *culpa in contrahendo*”⁽⁷⁾.

Jhering va en busca de las fuentes romanas que puedan dar sustento a su teoría y descubre que “el mismo derecho romano había reconocido la obligación de resarcimiento de daños en dos casos: en ocasión de la venta *extra commercium* o de una herencia inexistente”⁽⁸⁾. Así:

(2) VON JHERING, Rudolf. Ob. cit., el ensayo ha sido traducido del alemán al italiano, por Federico PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del resarcimento del danno nei contratti non giunti a perfezione*, Jovene Editore, Napoli, 2005, p. 5.

(3) Ídem.

(4) Ibidem, p. 9.

(5) Ibidem, p. 13.

(6) Ibidem, p. 15.

(7) Ídem.

(8) Ibidem, p. 17.

<p>I.62 par. 1 de contr. Empt. (18.1) (MODESTI-NUS):</p> <p>“Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius deciperetur”.</p>	<p>I.62 par. 1 de contr. Empt. (18.1) Modestino:</p> <p>“Quien sin conocimiento compra un bien inalienable, sacro o público, en calidad de ciudadano privado, no posee una adquisición lícita, sin embargo, después de la compra el vendedor adverso deberá soportar, de todas formas lo que sucedió con él, si efectivamente fue un engaño”⁽⁹⁾.</p>
--	---

El mismo Jhering, afirma lo siguiente: “tenía como la impresión que los compiladores de las instituciones hubiesen tenido estas notas sobre los ojos, al redactar el siguiente texto”⁽¹⁰⁾:

<p>Par. 5 l. de empt.et vend. (3.23):</p> <p>“[loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit] quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit”.</p>	<p>Par. 5 l. de empt.et vend. (3.23) :</p> <p>“El que compra a sabiendas objetos sagrados, religiosos o públicos, por ejemplo, un forum, una basílica, ejecuta un acto nulo. Pero si, engañado por el vendedor, los ha comprado creyéndolos profanos o privados, tendrá la acción de compra, fundada en que no se hallaba en el caso de no haber la cosa, a fin de obtener de esta manera la indemnización del interés que tenía en no ser engañado. Lo mismo sucede si ha comprado un hombre libre creyéndolo esclavo”⁽¹¹⁾.</p>
---	---

Llega a la siguiente conclusión: “teniendo en cuenta el tenor literal de las fuentes, que recitan: quien haya vendido una herencia inexistente o una *res extra commercium* es responsable sin lugar a dudas, ello independientemente de su conocimiento o no del hecho”⁽¹²⁾.

Surge la pregunta en cuanto a la **naturaleza** de esta responsabilidad, ya que las fuentes reconocen la tutela en estos supuestos, vía la acción

(9) Quiero agradecer a mi esposa Nathalie Trentin, quien pacientemente me ha ayudado con la traducción de los textos de latín a italiano: la responsabilidad por la traducción al español es absoluta responsabilidad (objetiva) mía.

(10) VON JHERING, Rudolf. Ob. cit., p. 19.

(11) Esta parte (completa) ha sido tomada de *Instituciones de Justiniano*, tomado de M. ORTOLAN, (la primera edición traducida en español es de 1847), Cultural Cuzco, Lima, 2004, p. 157.

(12) VON JHERING, Rudolf. Ob. cit., p. 29.

contractual. Así, “¿Por qué se concede la acción contractual y cómo se concilia esta concesión con la nulidad del contrato?”⁽¹³⁾. Se advierte que las fuentes “no reconocen una explicación directa a este problema; pero, en mi opinión, éstas ofrecen puntos de referencia perfectamente suficientes para resolverlo”⁽¹⁴⁾. **Jhering parte del vínculo interno existente entre la culpa y la relación contractual.** En sus palabras, “este vínculo entre la **culpa** y la relación contractual se puede concebir como meramente exterior, como decir que la **culpa** misma será extracontractual y encontrará solo en la conclusión exterior del contrato la posibilidad de realizarse, sin ser, de ninguna manera, influenciada en su naturaleza jurídica de este vínculo con el contrato. Pero este vínculo es en realidad un vínculo interno; la **culpa** que se presenta aquí es exactamente de la misma especie de aquella que encontramos solo en las relaciones contractuales”⁽¹⁵⁾. Fundamenta la **naturaleza contractual de la culpa in contrahendo**, afirmando que “la expresión “nulidad”, si es empleada correctamente, no puede ser entendida sino en una acepción restringida: esta designa ausencia, no de todos, sino de algunos efectos. El fin de todo contrato es el cumplimiento; el efecto al cual va dirigido consiste, en la producción de una obligación de cumplimiento. Si ahora, en razón de la falta de alguna condición necesaria, este efecto se considera excluido, si en este modo el fin verdadero y propio del contrato viene a menos, lo llamamos nulo y, por tanto, determinamos las nociones de validez y nulidad sobre la base del fin práctico principal del contrato. Pero ello no impide en absoluto que el contrato pueda producir obligaciones de otro tipo, y tanto menos aquellas que no van dirigidas en algún modo al cumplimiento, sino por ejemplo a la restitución de la cosa entregada, a las arras, al resarcimiento de los daños”⁽¹⁶⁾. Agrega que, “la expresión “nulidad” del contrato, en la terminología romana y en la actual, designa solo la ausencia de este efecto (la obligación de cumplimiento) y no la de cualquier efecto en general”⁽¹⁷⁾.

(13) *Ibidem*, p. 31.

(14) *Ibidem*, p. 47.

(15) *Ibidem*, p. 53.

(16) *Ibidem*, p. 59.

(17) *Ibidem*, p. 65.

Observo en esta clásica y aún vigente doctrina que hay un esfuerzo en **contractualizar** las tratativas: situación que *ictu oculi* pertenece a una fase anterior y, por consiguiente, debería de regularse bajo los principios de la responsabilidad civil extracontractual. Totalmente de acuerdo que los actos nulos producen efectos jurídicos, en mi opinión precarios, hasta que no se declare judicialmente su invalidez⁽¹⁸⁾; pero sostener que la responsabilidad civil derivada de un acto inválido es de naturaleza extracontractual es una *contradictio in terminis*: pareciera que el interesante desarrollo dogmático que hace Jhering forzosamente debería encajar en su intuición inicial, cuando en realidad, la construcción teórica debe servir para validar (o no) la hipótesis. La restitución o las arras no resultan incompatibles con la invalidez, la vía de la responsabilidad civil contractual, sí.

No obstante, las fuentes romanas guardaban silencio al respecto. Jhering, centra la responsabilidad civil derivada de la fractura de la tratativa en el factor de atribución subjetivo de la **culpa**. Frente a esta evidencia, sostiene: “Pero se dirá, en estos textos no existe ninguna referencia al término **culpa**. ¡Cierto! Pero cuando el jurista reprocha al vendedor su ignorancia, cuando le reprocha que habría podido y debido conocer los defectos, y que motiva así su responsabilidad, ¿qué cosa es sino un reproche a título del culpa?”⁽¹⁹⁾. A propósito de los casos citados por las fuentes (venta de una *res extra commercium* y la herencia inexistente), afirma “Despojemos la **culpa**, en los dos casos contemplados por los textos, de su forma concreta y accidental; veremos que ésta consiste en el hecho que el vendedor contrata sin poder garantizar las condiciones de la validez del contrato imputables a su persona, e induce a la contraparte en error por la falsa apariencia de un contrato. El contrayente sale en ese preciso momento de la esfera meramente negativa de las relaciones extracontractuales, para entrar en el ámbito positivo de los contratos; pasa del dominio de la simple *culpa in faciendo* a aquel de la *culpa in non faciendo*, de la **diligencia** positiva; la primera y más general de las obligaciones que él asume es esta: emplear la *diligentia* necesaria en el

(18) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 3ª edición, actualizada, aumentada, revisada, Editorial Rodhas, Lima, 2012, pp. 480-481.

(19) VON JHERING, Rudolf. Ob. cit., p. 73.

contratar. No solo las relaciones contractuales existentes, sino también las relaciones que naciesen deben encontrarse bajo la protección de las reglas de la **culpa**, de modo que las relaciones contractuales no se comprometan gravemente y que todo contratante no sea abandonado al peligro de convertirse en víctima de la negligencia ajena⁽²⁰⁾. Agrega que, “la ley se limita a ofrecer protección contra el *dolus*, no contra la *culpa*, y se necesita molestarse solo con uno mismo cuando se sufre un daño por una ciega confianza en las palabras ajenas, ya que se debería saber que estas últimas no tienen ninguna fuerza obligatoria⁽²¹⁾”.

A efectos de delimitar los alcances culpa *in contrahendo*, Jhering realiza el siguiente *iter* en el comportamiento de los sujetos en las tratativas: “El primer paso hacia el contrato es la oferta. ¿La obligación de prestar la *diligentia in contrahendo* comienza con ésta? Ciertamente, solo que, hasta que la oferta no es aceptada, esta obligación no puede comportar ninguna consecuencia perjudicial; desde aquel momento, si la oferta es revocada antes de la aceptación, no habrá espacio para una demanda resarcitoria, aunque si la contraparte haya sufrido un daño. Quien confiando en una oferta, en vez de preocuparse antes de nada en aceptarla, comete la imprudencia de actuar en el campo, de adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para la ejecución del contrato, de contratar con los terceros, entre otras cosas, él mismo está en **culpa**, porque debía esperar la posibilidad de la revocación de la oferta hasta el momento en el cual no hubiese aceptado. Solo desde ese momento en adelante está en derecho de continuar a construir sobre la base del contrato perfeccionado real o solo aparentemente y, si las medidas que él ha adoptado a este efecto vienen a menos por una revocación de la oferta, hecha en tiempo útil; pero que no fue tempestivamente informado, él puede hacer asumir las condiciones perjudiciales al adversario que lo ha empujado a realizar tal actividad⁽²²⁾”.

Jhering hace un estudio comparativo de los modelos legislativos circulantes de la época, como es el caso del Código civil general de Austria y el Código prusiano. De este último cita el A.L.R.I. 5 § 284:

(20) *Ibidem*, pp. 83 y 85.

(21) *Ibidem*, p. 85.

(22) *Ibidem*, pp. 87 y 89.

“Lo que se encuentra establecido en mérito al grado de culpa por el cual se responde en la ejecución del contrato, se aplica igualmente al caso en el cual, uno de los contrayentes, en la conclusión del contrato, haya descuidado los deberes que le incumben”.

En las propias palabras del autor “no es fácil imaginar un reconocimiento más claro de mi *culpa in contrahendo*”⁽²³⁾. El encuadramiento dogmático lo suministra en la siguiente **regla**: “la *diligentia* contractual se necesita de la misma manera tanto en las relaciones contractuales aún en fase de formación, como en aquellas ya perfeccionadas. La inobservancia de esta *diligentia* da lugar, en ambos casos, a la acción contractual para el resarcimiento del daño”⁽²⁴⁾. En otras palabras, “la *culpa in contrahendo* no es otra cosa sino la *culpa* contractual orientada en una dirección especial”⁽²⁵⁾. De ello se derivan las siguientes consecuencias⁽²⁶⁾:

- i. En cuanto a la clasificación sistemática, se ubica en la culpa dentro de las relaciones contractuales.
- ii. En la formación del contrato, deben tenerse en cuenta los mismos grados de culpa contractuales (*i.e.*, culpa leve, culpa inexcusable).
- iii. Los sujetos que deben responder son “los contrayentes en primera persona, y no los terceros que cooperan en la conclusión del contrato, y solo en el caso en el cual una *culpa* perfectamente correspondiente a estos precisos cánones puede ser imputada a ellos”⁽²⁷⁾. El autor aclara, corrigiendo una posición precedente, que el oferente responde del error que pueda cometer el mensajero frente al destinatario de la oferta, ello sin perjuicio de la responsabilidad interna entre mensajero y oferente⁽²⁸⁾.

Partiendo de la clasificación propuesta por Friedrich Mommsen⁽²⁹⁾, que diferencia el **interés a la conservación**, es decir, “a la ejecución del

(23) *Ibidem*, p. 103.

(24) *Ibidem*, p. 105.

(25) *Ídem*.

(26) *Ídem*.

(27) *Ibidem*, p. 107.

(28) *Ídem*.

(29) MOMMSEN, Friedrich. Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der

contrato y en esta hipótesis el adquirente obtendría el equivalente en dinero de todo lo que éste habría tenido en caso de validez del contrato⁽³⁰⁾, del **interés a la falta de conclusión del contrato**, en este caso, el frustrado adquirente “obtendría lo que habría tenido si no hubiese la apariencia exterior de la conclusión del contrato⁽³¹⁾; Jhering propone la bipartición entre **interés contractual positivo y negativo**. En este orden de ideas, “si el vendedor reclamase a título de error esencial la restitución de la cosa expedida al adquirente, el interés a la conservación del contrato amontaría, cuanto menos, al mayor valor de la cosa respecto del precio de la venta, y el interés a la no conclusión consistiría en el reembolso de los gastos de transporte; cuando el mensajero ha ordenado, por error, 10 cajas de puros en vez de 1/10, el primer interés consiste en la ganancia que el vendedor habría realizado en 10 cajas y el segundo en el reembolso de los gastos de embalaje y expedición. Puede también suceder que el segundo interés falte totalmente, por ejemplo, cuando el mensajero haya rectificado inmediatamente su propio error⁽³²⁾. Puntualiza que “el interés de la primera especie tiene el propio fundamento en la validez del contrato, el de la segunda especie se funda en la nulidad del contrato⁽³³⁾. No solo eso: esta diferencia ya se conocía en el derecho romano: “la *act. redhibitoria* satisface el interés contractual negativo, la *act. quanti minoris* el interés contractual positivo⁽³⁴⁾.”

En este último análisis, Jhering, vislumbra incluso un **daño por pérdida de chance**: “la aparente conclusión del contrato puede también haber tenido como consecuencia la pérdida de ganancia, sea que éste (se refiere al vendedor) haya perdido otra ocasión para concluir el mismo contrato, sea que este se haya limitado a descuidar la búsqueda de una alternativa en tiempo útil. El cochero reservado erróneamente para un día diverso del que se tenía en mente, el albergador quien se le han fijado las habitaciones por error, en vez de fijarla en otro lado, no han sufrido ningún daño emergente seguidamente de estos errores; pero

Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, 1853, 107, citado por VON JHERING, Rudolf. Ob. cit., 33.000

(30) VON JHERING, Rudolf. Ob. cit.

(31) Ídem.

(32) Ídem.

(33) Ídem.

(34) Ibidem, p. 35.

si ambos, en razón de esta reserva, han rechazado otra ocasión que se les ofrecía de utilizar su carruaje o sus habitaciones, esta circunstancia equivale para ellos, en todo y para todo, en una pérdida de dinero constante. Sin una eventualidad del género, el error no habría ocasionado a ellos consecuencias perjudiciales”⁽³⁵⁾. Se señala que **el interés negativo puede, en ciertos casos, coincidir con el interés positivo**. Así, “en los dos casos ya mencionados, los actores obtienen exactamente lo que habría podido ganar en caso de la ejecución del contrato, pero como hemos tenido la manera de demostrar hace poco, ello avviene por motivos totalmente diversos”⁽³⁶⁾.

Se individualiza un **daño emergente** en el supuesto del error en la transmisión telegráfica, en el cual el mandatario “termina por reclamar en este caso, ni más ni menos, lo que habría tenido derecho de pretender en caso de total validez. Parece, entonces, que el comerciante, que ha expedido 10 cajas de puros ordenados erróneamente en vez de la décima parte de una caja y que las ve rechazadas por el destinatario, podría reclamar la ganancia perdida, en el caso en el cual, teniendo en cuenta de la baja de la mercadería, habría, sin lugar a dudas, podido vender esta cantidad”⁽³⁷⁾. No obstante, diferencia este supuesto del **retardo**. Así, “pero si esta venta era posible entonces, ésta lo es aún hoy; en otros términos, la ganancia no se ha convertido definitivamente en humo, sino solo retardado; el (comerciante) puede aún obtener una utilidad, mientras el albergador y el cochero no pueden hacerlo. Sin embargo, también para el comerciante pueden verificarse tales circunstancias, al menos para algunos artículos comerciales, que la ocasión perdida en razón de la ejecución del contrato aparente, de la controversia surgida respecto al retiro de los bienes, no deja ningún espacio para efectuar otra venta sin *stock* (*ut oportunitatem emptoris, cui venum dari potuit, perimeret*, como dice la *l. 33 de dolo* 4.3); este principio se aplicaría a los objetos de moda que, en el entretiem po, pasaron de moda, a los peces de mar que se han podrido, a los libros de los cuales ha salido, en el

(35) *Ibidem*, pp. 41 y 43.

(36) *Ibidem*, p. 43.

(37) *Ibidem*, pp. 43 y 45.

entretiempos, una segunda edición, a los boletos de una lotería cuyo sorteo ya fue efectuado, entre otros”⁽³⁸⁾.

También hay casos en los cuales **el interés negativo se reduce a cero**: “si el mensajero, apenas sale del negocio, se da cuenta de haber absuelto mal su tarea y rectifica inmediatamente el error, si, en el caso de un contrato concluido entre ausentes, la carta de revocación o la rectificación del error de escritura llegan al destinatario antes que él haya dado inicio a la ejecución de la orden recibida, el contrato aparente no ha tenido aún consecuencias exteriores ni objetivas; en cuanto a las consecuencias subjetivas e interiores, consistentes en la pena por la desilusión, como es obvio, no es tarea del derecho prestar atención”⁽³⁹⁾.

En la última parte de su ensayo, Jhering ofrece una interesante casuística, la cual –insisto– debe verse con ojos históricos: no se olvide que él partía de la interpretación de las fuentes romanas y además, en la época que escribió su investigación, se hacía uso del telégrafo, el cual, de acuerdo al avance tecnológico de ese entonces, generaba no pocos problemas con las inexactitudes o equívocos en la transmisión de los mensajes. El mismo autor, en un apéndice a su ensayo, cita la siguiente sentencia del Tribunal de Colonia⁽⁴⁰⁾:

“Considerando que la telegrafía magneto-eléctrica constituye en este momento un medio de comunicación aún, más o menos inexacto y poco seguro; que, en efecto, no conocemos aún suficientemente ni la fuerza motriz, ni las influencias que la obstaculizan, la detienen o la retrasan; que, de otra parte, independientemente de las operaciones meramente mecánicas, el actuar del personal empleado, a causa de la velocidad y de la rapidez extraordinarias a las cuales este personal está obligado a causa de la naturaleza misma de las cosas, puede dar lugar fácilmente a distracciones, errores o confusiones, tanto que todos los Estados que adoptan el servicio de telégrafos han, hasta hoy, negado toda garantía; que, consiguientemente, quien se sirve de este medio inseguro para la propia correspondencia, y quien descuida medios de prevención que tiene a disposición

(38) *Ibidem*, p. 45.

(39) *Ídem*.

(40) No se precisa en año, pero era relativamente contemporánea al ensayo.

para asegurarse de la exactitud de la transmisión, debe imputarse a sí mismo las consecuencias de la confusión y de los errores cometidos y reparar el daño ocasionado a la contraparte (art. 1382 del Código Civil)⁽⁴¹⁾.

Jhering agrupó el material casuístico, analizándolo bajo tres puntos de vista:

- i. **Incapacidad del sujeto**, a efectos de proteger a ciertos sujetos de ellos mismos o de otros se les somete al régimen de tutela o curatela y, por consiguiente, se les priva del poder de enajenar y de obligarse. Por ello, advierte que, “es nuestro deber vigilar en modo que la regla de la nulidad de sus contratos no implique nunca la ruina de los terceros que no son culpables en absoluto⁽⁴²⁾. Piénsese en el caso del incapaz relativo que se hace pasar por capaz frente a un tercero de buena fe.
- ii. **Inidoneidad del objeto**, sería el caso de contratos que impliquen la transmisión de bienes, que sea física o jurídicamente imposible. Tal sería el caso de la venta de un crédito inexistente⁽⁴³⁾.
- iii. **Falta de confiabilidad de la voluntad contractual**, dentro de la cual distingue:
 - a) **En cuanto a la declaración**, incluye dentro de esta los casos de **incompatibilidad intencional** entre la voluntad y la declaración de voluntad (que reconoce que no se presta de ninguna manera a una aplicación de la *culpa in contrahendo*, sino a un supuesto de responsabilidad extracontractual⁽⁴⁴⁾) de la **incompatibilidad involuntaria** entre la voluntad y la declaración de voluntad, como el caso del director de teatro que contrata a una cantante por confusión con otra que lleva el mismo apellido⁽⁴⁵⁾.

(41) *Ibidem*, pp. 215 y 217.

(42) *Ibidem*, p. 115.

(43) *Ibidem*, p. 141.

(44) *Ibidem*, p. 151.

(45) *Ídem*.

En este último supuesto, se sostiene que: “Cualquiera será de acuerdo que tiene el derecho no solo al reembolso de los gastos de viaje, sino también a la reparación de todos los otros daños”⁽⁴⁶⁾. Si uno transmite su voluntad por un mensajero o por el telegrama y se genera un error, el oferente responde por *culpa in eligendo*⁽⁴⁷⁾, afirmándose que, “no tengo ninguna rémora a reconocer que quien hace uso de tal medio de comunicación tiene una responsabilidad absoluta por la exactitud de la misma. (...) Quien recibe directamente de otro sujeto una comunicación, sea oral que escrita, tiene la certeza absoluta de su autenticidad, y si la contraparte ha cometido un error, debe responder”⁽⁴⁸⁾. En este orden de ideas, “es verdad que el tráfico comercial no podría ignorar estos medios de comunicación; pero quien hace uso de estos debe conocer su carácter engañoso y si, a pesar de ello, quiere arriesgar, debe hacerse cargo de las consecuencias”⁽⁴⁹⁾.

- b) **En cuanto a la voluntad misma**, como:
- i) **La revocación de la oferta en la conclusión de contratos por correspondencia**, Jhering se pronuncia en el sentido favorable a efectos de reconocer responsabilidad al oferente en el caso de conclusión *aparente* del contrato. Así, “cuando se trata de órdenes, pedidos, etc., que en la intención de su autor deben ser ejecutadas en el acto, sin deber esperar una respuesta, la aceptación está ínsita en el principio de la ejecución. El comisionado, al cual llega una orden para una venta pública, el zapatero, al cual se le ordenan un par de botas, o el comerciante, al cual se le ordena una mercadería, no tienen necesidad de comenzar respondiendo que aceptan el encargo;

(46) Ibidem, p. 153.

(47) Ibidem, p. 167.

(48) Ibidem, pp. 167 y 169.

(49) Ibidem, p. 169.

ellos responden solo en el caso en el cual no desean concretar el negocio, o si quieren darle un curso diverso a las condiciones”⁽⁵⁰⁾.

- ii) **Cambio de voluntad en la conclusión de contratos por medio de intermediarios**, se aplican los mismos criterios que en el punto anterior, “la única diferencia es que, en este caso, la carta es sustituida por una persona”⁽⁵¹⁾.
- iii) **Muerte del autor de la oferta antes de la aceptación en los contratos concluidos por correspondencia**, Jhering reconoce responsabilidad en el premuerto. Así, “la *culpa* consiste en el hecho que él, en vez de adoptar el único medio verdaderamente seguro de la comunicación oral hecha en primera persona, se vale de un medio incierto, a riesgo y peligro de la contraparte”⁽⁵²⁾. Se entiende, en el supuesto del contrato *aparente*. Para el Código Civil peruano, si bien la muerte o incapacidad del oferente no priva de eficacia a la oferta (art. 1383), la del destinatario de la oferta determina la caducidad de esta (art. 1387).
- iv) **Revocación de una promesa al público**, Jhering define a la promesa al público “como una promesa unilateral, sometida a una condición potestativa y dirigida *in personam incertam* o, como una promesa popular, cuya aceptación debe consistir en el cumplimiento de la condición”⁽⁵³⁾. No obstante reconoce la libre revocabilidad hasta el momento en el cual se cumple la condición⁽⁵⁴⁾, observa que, “al dar curso a la revocación, el oferente debía representarse las

(50) Ibidem, p. 179.

(51) Ibidem, p. 181.

(52) Ibidem, p. 187.

(53) Ibidem, p. 203.

(54) Ibidem, p. 205.

consecuencias perjudiciales que se habrían podido producir: si él decide de todas formas correr este riesgo, él pierde de vista las reglas que debe observar, contratando, frente a la contraparte, entonces, se mancha de una *culpa in contrahendo*⁽⁵⁵⁾, ello, sin perjuicio que “la propia culpa excluye la posibilidad de reclamar cualquier derecho al resarcimiento de los daños”⁽⁵⁶⁾. Como es el caso de quien se presente con un caballo, totalmente inapto para un concurso anunciado con la promesa de un premio, éste no puede solicitar el reembolso de los gastos de viaje, si sabe al último momento que la carrera ha sido cancelada⁽⁵⁷⁾.

Es importante advertir que el análisis que hace Jhering principalmente descansa en casos que nacen de los vicios de voluntad. Lo único que me permitiría es insistir en mi advertencia que este supuesto individualizado certera y agudamente, bajo la construcción dogmática de este autor, gravita en la culpa, aunque él mismo advierte que puede haber casos en los cuales el *dolus* está presente. Nótese que, incluso, reconoce la responsabilidad del oferente cuando actúa a través de un tercero, sea este una persona o el servicio telegráfico. Sin embargo, individualiza el factor de atribución en una *culpa in vigilando*. Como ya he advertido en otra sede⁽⁵⁸⁾, producto de la revolución industrial (que el mismo Jhering vivió) se sientan las bases para un desarrollo de la denominada responsabilidad objetiva y, justamente, bajo esos parámetros, la responsabilidad civil derivada por el hecho de un tercero, sea contractual (art. 1325 del CC) o extracontractual (art. 1981 del CC) es de naturaleza objetiva, bajo el criterio del beneficio, es decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación, independientemente que haya o no culpa. Una de las

(55) *Ibidem*, p. 209.

(56) *Ibidem*, p. 211.

(57) *Ibidem*, pp. 211-213.

(58) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Sexta edición, Editorial Rodhas, Lima, 2011, p. 151.

grandes enseñanzas de Jhering es la consecuencia con la propia línea de pensamiento: en homenaje a ello, considero que lo que llamó este jurista como *culpa in contrahendo*, contemporáneamente podría denominarse *responsabilidad in contrahendo*, de esta manera quedan comprendidos los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva. Ello, sin olvidar que, una doctrina por demás autorizada en el análisis económico del derecho sostiene que tanto el sistema de culpa como el de responsabilidad objetiva generan reglas “óptimas”⁽⁵⁹⁾. Es decir, se pueden llegar a resultados igualmente eficientes si dichos factores de atribución se aplican adecuadamente.

La responsabilidad *in contrahendo*, como lo señalé anteriormente, es de naturaleza extracontractual: mientras no haya una obligación (entendida como relación jurídica patrimonial) no podría configurarse una responsabilidad (denominada) contractual.

Jhering, prefiere referirse a la diligencia y no a la buena fe. El principio de la buena fe consiste, en su fórmula más simple, en el actuar correctamente. El principio de la buena fe puede ser afrontado desde dos perspectivas: una subjetiva, en la cual se considera como la convicción interna que se está actuando correctamente, conforme a derecho (llamada también buena fe creencia); y otra objetiva, caracterizada por el comportamiento correcto del sujeto que es percibido por la contraparte o por los demás (buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento). Se sostiene que la diligencia “es un criterio de responsabilidad frente a una prestación *ya* determinada completamente; presupone un contenido integralmente fijado”⁽⁶⁰⁾. Las semejanzas y diferencias entre la buena fe y de la diligencia son las siguientes:

- a) Tanto la buena fe como la diligencia son *standards* de comportamiento. Hago la precisión que el ámbito de aplicación de la buena fe excede el comportamiento de las partes dentro de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a esta.

(59) EPSTEIN, Richard A. *Reglas simples para un mundo complejo*, traducido por Fernando CORREA SALAS, Álvaro DÍAZ BEDREGAL, Alfonso MONTOYA STAHL y Juan Manuel ROBLES MONTOYA, Ius et Veritas, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005, p. 117.

(60) RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffrè, Milano, 1969, p. 160.

- b) Ambos *standards* de comportamiento (se entiende, dentro de un negocio jurídico) son independientes: la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación jurídica (justamente: su actuar correcto, sin afectar a la contraparte), mientras que la diligencia se circunscribe al programa negocial, vale decir, a la prestación (o prestaciones) ya delimitada(s) por las partes.
- c) Cuando se habla de diligencia como límite de la buena fe, se hace alusión solo al escenario en el cual la **creencia** de un sujeto puede ser calificada como buena fe subjetiva.
- d) La buena fe, dado su carácter de principio poliédrico (que asume diversas manifestaciones) también (en tanto parámetro de interpretación) puede servir para evaluar un comportamiento diligente.
- e) La buena fe y la diligencia si bien son independientes, sirven para evaluar el comportamiento de las partes dentro de la relación jurídica negocial.

En las tratativas lo que se quebranta es el principio de buena fe. La confusión puede residir en el hecho que el mismo abarca tanto situaciones negociales como no negociales.

II. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PRE-CONTRACTUAL

El art. 1362 del CC establece que:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Una de las fuentes inspiradoras de este modelo legislativo ha sido el art. 1337 del *Codice civile* italiano, el cual reza que:

“Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación de contrato, deben comportarse según la buena fe”.

Sobre este artículo se advierte que, en virtud de una interpretación extensiva “se considera actualmente pacífica expresión del deber

precontractual de buena fe una serie de deberes específicos, como, por ejemplo, el deber de secreto, de custodia, de suministrar determinada información, etc.”⁽⁶¹⁾.

En el **common law norteamericano** existen dos principios fundamentales: uno que va en sentido positivo (*freedom to contract*) y otro en el negativo (*freedom not to contract*). Este último “da razón de un ulterior dogma que se ha forjado en la realidad del tráfico comercial de matriz anglosajona: la denominada aleatoriedad de las tratativas, o sea el hecho que quien emprenda una negociación, lo hace bajo su propio riesgo y peligro, dada la eventualidad que la tratativa no llegue a buen término”⁽⁶²⁾. En efecto, la negociación es *in re ipsa* un proceso aleatorio, por cuanto, imponer obligaciones a las partes en esta etapa, “hubiera terminado por desincentivar el proceso de negociación”⁽⁶³⁾. Por ello, en el caso que se presente algún conflicto, sería inaplicable la *law of contracts*; salvo que —a propósito de no prosperar la negociación— se configure un específico tipo de ilicitud, entonces, el remedio estaría en las reglas de la *tort law* o del *unjust enrichment*. Sin embargo, para esta experiencia jurídica existe una suerte de “zona gris”, la cual “se caracteriza por aquellos supuestos en los cuales una parte nutra una confianza legítima sobre el buen resultado de la tratativa y, por consiguiente, sobre la conclusión del contrato y, no obstante, dicho evento no se verifica por causa de la conducta de la contraparte que, si bien no es ilícita, se revela incorrecta. En tales casos, el no reconocer algún tipo de remedio a la parte cuya confianza hay sido decepcionada se revelaría altamente injusto y, al mismo tiempo, legitimaría un ejercicio indebido de la libertad de no contratar”⁽⁶⁴⁾.

En la **experiencia jurídica alemana**, existe una interesante evolución a partir del célebre ensayo de Rudolf von Jhering sobre la *culpa in contrahendo* de 1860. Sin embargo, el *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* de 1900, no acogió este criterio de manera orgánica. Por ello, la única

(61) FRANCIOSI, Laura M. *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 21.

(62) *Ibidem*, p. 25.

(63) *Ibidem*, p. 26.

(64) *Ibidem*, p. 29.

manera para regular la responsabilidad en las tratativas, era recurrir al § 242 (*Treu und Glauben*), el cual norma que:

“El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico”.

La Corte Suprema alemana en 1911 asume la siguiente posición en un caso de una señora que, entrando a un local comercial hizo las tratativas para adquirir linóleo y, en ese momento, le cae –por descuido de uno de los dependientes– un rollo de ese material. Al no haberse perfeccionado el contrato, podría haberse pensado que la señora no tenía ningún tipo de acción en contra del vendedor. No obstante, “la Corte, recurriendo a la teoría de la *culpa in contrahendo*, considera que, por efecto de las tratativas, se instauró una relación particular entre potencial adquirente y vendedor, en virtud de la cual surge en cabeza del vendedor –por medio de su representante– el deber de abstenerse de ocasionar daños a la salud o a la propiedad de la contraparte”⁽⁶⁵⁾. En un caso sucesivo “la misma corte entendió que la relación de naturaleza paracontractual se instauró en el acto del ingreso del cliente en el negocio y, por consiguiente, a diferencia del caso del linóleo, en un momento anterior al verdadero y propio inicio de las tratativas”⁽⁶⁶⁾. La Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), en una decisión del 20.06.63, estableció que “cuando un cliente potencial sufra un daño en restaurantes, negocios, albergues, etc., incumbe sobre el propietario del ejercicio comercial la carga de demostrar que el evento dañino no sea imputable a una conducta negligente. Por efecto de tal actividad hermenéutica, se ha realizado una inversión de la carga de la prueba, introduciéndose una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad del proveedor”⁽⁶⁷⁾.

Entonces, para esta teoría establecida por esta línea jurisprudencial, en el curso de las tratativas se instaura una relación jurídicamente relevante, de la cual surgen deberes recíprocos, “cuya violación da lugar a una suerte de responsabilidad contractual, si bien no se ha concluido

(65) *Ibidem*, p. 69.

(66) *Ídem*.

(67) *Ídem*.

ningún contrato”⁽⁶⁸⁾. Estos deberes pueden ser clasificados en dos grupos: deberes de diligencia y deberes de lealtad, “en el ámbito de tales categorías, es posible individualizar ulteriores deberes específicos, como, por ejemplo, el deber de informar a la contraparte la existencia de causas de invalidez del futuro contrato y, cuando el contrato no se haya concluido, el deber de resarcir a la contraparte los daños sufridos por ésta, en la medida del interés negativo”⁽⁶⁹⁾.

Producto de esta evolución jurisprudencial, en el año 2002, entró en vigencia la reforma del derecho de las obligaciones del *BGB*. El § 280 establece que, si el deudor no cumple un deber que le corresponde por efecto de la obligación asumida, el acreedor puede solicitar el resarcimiento por los daños sufridos. Tal responsabilidad no encuentra aplicación, según las reglas generales, si el incumplimiento no es imputable al deudor. El § 311 (Relaciones obligatorias negociales y similares a las negociales), segundo apartado, dispone que:

“Una relación obligatoria con obligaciones a las que se refiere el § 241, segundo apartado⁽⁷⁰⁾, surge también mediante

1. el inicio de las tratativas contractuales;
2. el inicio de un contrato en el cual, en vista de una eventual relación negocial, una de las partes concede a la otra la posibilidad de producir efectos sobre sus derechos, bienes o intereses, o le confía estos últimos, o
3. similares contratos negociales”.

El apartado 3 de la misma disposición prevé que:

“una relación obligatoria con las obligaciones a las que se refiere el § 241, segundo apartado puede surgir también frente a personas que no están destinadas a ser parte en el contrato. En particular, tal relación obligatoria surge también cuando el tercero induce

(68) *Ibidem*, p. 70.

(69) LORENZ, Werner, citado por FRANCIOSI, Laura M. *Ob. cit.*

(70) Que regula “La relación obligatoria puede obligar, según su contenido, a cada parte al respeto de los derechos, de los bienes jurídicos y de los intereses de la otra parte”.

a la partes a confiar en notable medida en su persona y, en fuerza de dicha confianza, logra influir sobre el desenvolvimiento de las tratativas o sobre la estipulación del contrato”.

Es de particular interés, a nivel de **derecho comunitario**, el caso que ha llegado a la Corte de Justicia Europea, *Fonderie Officine Mecchaniche Tacconi SpA* contra *HeinrichWagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, en el año 2002. Frente a un supuesto de ruptura de tratativas respecto de un contrato de compraventa de un complejo industrial con una sociedad de *leasing*, como era Tacconi, previo consentimiento de HWS, había concluido un contrato de *leasing* que tenía por objeto dicho complejo. La controversia surgió por la falta de estipulación del contrato de compraventa entre HWS y Tacconi⁽⁷¹⁾. Tacconi, que demanda, invoca que es un supuesto de responsabilidad extracontractual (y por ello, sería competente el juez donde se produjo en evento dañino, o sea, el de Perugia, donde tiene su sede legal) –tal como lo prescribe el art. 5 (3) de la Convención de Bruxelles–, mientras que HWS sostiene que sería contractual (y por consiguiente sería competente el juez del lugar donde la obligación ha surgido o donde debe ser cumplida) –tal como lo prescribe el art. 5 (1) de la Convención de Bruxelles-. Ello es de relevancia, porque implica individualizar la normativa aplicable de la citada Convención de Bruxelles, del 27.09.68. Por ello, la Suprema Corte italiana decidió suspender el proceso y enviar la cuestión en vía prejudicial a la Corte de Justicia europea, que decidió lo siguiente:

“En respuesta a las cuestiones planteadas por la Corte Suprema, mediante resolución de 9 de junio de 2000, declara:

En circunstancias tales como las del litigio principal, caracterizadas por la ausencia de obligaciones libremente asumidas por una de las partes respecto de la otra en ocasión de negociaciones dirigidas hacia la formación del contrato, debido a una eventual infracción de las normas jurídicas, en especial de aquella que obliga a las partes a actuar de buena fe en tales negociaciones, una acción fundada en la responsabilidad pre-contractual del demandado es una cuestión relacionada con el agravio (*tort*), acto ilícito o cuasi-delito en el sentido

(71) FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., pp. 82-83.

del artículo 5(3) del Convenio del 27 de septiembre de 1968 sobre Jurisdicción y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y comercial, modificado por el Convenio del 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; por el Convenio del 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica, y por el Convenio del 26 de mayo de 1989, referido a la adhesión del Reino de España y la República Portuguesa⁽⁷²⁾.

La Convención de Bruxelles ha sido sustituida por el Reglamento (CE) del Consejo N° 44/2001, del 22.12.00, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Por ello, “la responsabilidad precontractual debe ser reconducida a la materia de la responsabilidad extracontractual, según la acepción comunitaria de tal instituto: en particular, la misma podrá ser entendida en relación de *species* a *genus* respecto a esta última⁽⁷³⁾”.

No obstante, el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11.07.07, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), en el art. 12, *Culpa in contrahendo*, expresa que:

- “1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, **será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado.**”

(72) “in answer to the questions referred to it by the Corte suprema di cassazione by order of 9 June 2000, hereby rules:

In circumstances such as those of the main proceedings, characterised by the absence of obligations freely assumed by one party towards another on the occasion of negotiations with a view to the formation of a contract and by a possible breach of rules of law, in particular the rule which requires the parties to act in good faith in such negotiations, an action founded on the pre-contractual liability of the defendant is a matter relating to tort, delict or quasi-delict within the meaning of Article 5(3) of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as amended by the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, by the Convention of 25 October 1982 on the Accession of the Hellenic Republic and by the Convention of 26 May 1989 on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic.”

(73) Ibidem, p. 95.

2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será:
 - a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o
 - b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o
 - c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país” (el resaltado es mío).

Como se habrá podido apreciar, la ley aplicable *in primis*, es la del contrato o la del contrato si éste se hubiera celebrado. En el considerando 30 de este Reglamento se aclara que:

“La *culpa in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un **concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional**. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo⁽⁷⁴⁾ 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento” (el resaltado es mío).

(74) El cual establece, como *Norma General*, que:

“1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

En el **derecho holandés**, a raíz de un caso, *Pas vs. Valburg*, decidido por la Hoge Raad, el 18/06/82, que tenía por objeto la construcción de una piscina comunal, se tiene una “aproximación tripartita”⁽⁷⁵⁾ de la responsabilidad civil derivada de la ruptura de las tratativas. Así, “en la primera fase los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrará, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato”⁽⁷⁶⁾. No obstante ello, “tanto la doctrina holandesa como la jurisprudencia más reciente en los Países Bajos tienden a limitar el alcance de la doctrina dimanante del caso *Plas/Valburg*”⁽⁷⁷⁾.

De esta breve reseña, podemos individualizar los siguientes modelos que califican la naturaleza de la responsabilidad *in contrahendo*:

- a) Como una **subespecie** de responsabilidad civil extracontractual, como es el caso de los modelos jurídicos francés o italiano.

2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

(75) *Ibidem*, p. 91.

(76) GARCÍA RUBIO, María Paz. *La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año XLV, N° 2130, Gobierno de España, Madrid, abril 2011, p. 6.

(77) GARCÍA RUBIO, María Paz. *Ob. cit.*, quien cita a J. CARTWRIGHT y a M. HESSELINK.

- b) Como un supuesto de responsabilidad civil contractual, como el caso del modelo jurídico alemán o el comunitario.
- c) Como un supuesto que se puede calificar gradualmente, según el desarrollo de la actividad precontractual, como es el caso del modelo jurídico holandés.

III. EL ROL PROTAGÓNICO DE LA BUENA FE EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En doctrina se distinguen las **reglas de validez** (que influyen en la validez del acto jurídico) de las **reglas de comportamiento** (que operan exclusivamente en el terreno resarcitorio). En sentido crítico, “el principio de buena fe precontractual *ex art. 1337 CC ita.* era considerado expresión paradigmática de las reglas de comportamiento. Según los autores de esta orientación, por efecto del combinado dispuesto de los arts. 1337 y primer párrafo del 1418 CC ita.⁽⁷⁸⁾, la violación del deber de comportarse según la buena fe en el curso de las tratativas habría comportado la nulidad del contrato eventualmente estipulado, por violación de una norma imperativa”⁽⁷⁹⁾. Frente a ello, en dos sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana (N^os. 26724 y 26725, del 19/12/07), se afirma que:

“El asunto según el cual, en la moderna legislación (también por incidencia de la normativa europea), la distinción entre normas de validez y normas de comportamiento estaría desapareciendo y sería un fenómeno de movilización del principio de buena fe en el terreno del juicio de validez de acto no es suficiente para demostrar el ya producido apartamiento del mencionado principio en el sistema del Código Civil. Que tal distinción, a menudo respaldada por la doctrina, está fuertemente enraizada en los principios del código civil es difícilmente contestable. Para persuadirse es suficiente considerar cómo este deber fundamental pesa sobre cada contrayente de comportarse según corrección y buena fe—inmanente al interior

(78) El cual dispone que el contrato es nulo cuando es contrario a las normas imperativas, salvo que la ley disponga diversamente.

(79) FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., pp. 218-219.

de todo el sistema jurídico, en cuanto conduce al deber de solidaridad fundado en el art. 2 Const. ita., y es subyacente en casi todos los preceptos legales de comportamiento de las partes en una relación negocial (...)— el Código Civil haga descender consecuencias que pueden, en determinadas condiciones, también reflejarse sobre la sobrevivencia del acto (como en el caso de la anulación por dolo o violencia, de la rescisión por lesión enorme o de la resolución por incumplimiento) y que en todo caso generan responsabilidad resarcitoria (contractual o precontractual), pero que, por ello mismo, evidentemente, nunca son considerados tales de determinar la nulidad radical del contrato (a lo sumo, eventualmente anulable, rescindible o resoluble), aunque la obligación de comportarse con corrección y buena fe tenga indiscutiblemente carácter imperativo. Y esto también porque el señalado deber de buena fe, y los deberes de comportamiento en general, están infaliblemente ligados a circunstancias del caso concreto para poder surgir, en vía de principio, a requisitos de validez que la certeza de las relaciones impone verificar según reglas predefinidas”.

En particular, en la sentencia N° 26724, se sostiene que:

“La violación de la obligación de comportarse según buena fe en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato asume relieve no solo en el caso de ruptura injustificada de las tratativas, o cuando sea estipulado un contrato inválido o ineficaz, sino también si el contrato concluido sea válido; pero resulte perjudicial para la parte que es víctima del comportamiento incorrecto y en tal hipótesis el resarcimiento del daño debe ser medido según la menor ventaja, o el mayor agravio económico producido por el comportamiento tenido en violación de la obligación de buena fe, salvo que sea demostrada la existencia de daños ulteriores que estén vinculados con dicho comportamiento por un comportamiento rigurosamente consecuencial y directo”.

Ello implica que la responsabilidad precontractual puede ser invocada no solo cuando no llega a término la conclusión del contrato, sino cuando habiéndolo perfeccionado, sea celebrado en condiciones perjudiciales para la parte víctima del comportamiento contrario a la

buena fe⁽⁸⁰⁾. En mi opinión, si entendemos que la denominada responsabilidad precontractual queda subsumida en las reglas de la responsabilidad extracontractual, se incurre en un salto lógico al afirmar que cabría aplicar estas últimas incluso cuando no se cuestiona la validez del contrato, sino el perjuicio a una de las partes. Creo que en este supuesto, (salvo que se trate de lesión, en cuyo caso se plantea la rescisión *ex art.* 1447 del CC) se aplicarían las normas de responsabilidad contractual (ya que, como se ha observado, no se cuestiona la validez del acto, sino una redistribución de costos y beneficios entre las partes). Piénsese en el caso del dolo incidental, regulado en el art. 211 del CC. El hecho que el principio de la buena fe atraviese por las distintas fases del *iter* contractual (art. 1362 del CC) no debe ser un obstáculo para identificar si estamos frente a un problema (por cierto, no excluyente) de validez o de responsabilidad (y dentro de esta, delimitar si es contractual o extracontractual).

El § 90 del *Restatement Second of Contracts* (1962-1979), establece lo siguiente:

“A **promise** which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires”⁽⁸¹⁾.

Se sostiene que esta *reasonably expect* (confianza razonable) “es extremadamente flexible: la posibilidad de revisar una confianza connotada por el requisito de razonabilidad es, como tal, susceptible de ser tutelada mediante el recurso a la § 90 en objeto, diversa según el contexto en el cual la promesa ha sido formulada. En particular, se deberá tener en cuenta: (i) si el *enforcement* de la promesa constituya el único medio a disposición para evitar una injusticia; (ii) si tal confianza sea razonable

(80) *Ibidem*, p. 222.

(81) “Una promesa que el promitente razonablemente esperaría para inducir la acción o tolerarla por parte del destinatario de la promesa o de un tercero, la cual [*la promesa*] induce tal acción o tolerancia es vinculante si la injusticia puede ser evitada solo mediante la ejecución de la promesa. El remedio concedido por el incumplimiento podrá ser limitado según el requerimiento de la justicia”.

en relación al remedio invocado; (iii) las modalidades con las cuales la promesa ha sido efectuada; (iv) hasta que punto las diferentes funciones a las cuales el requisito de la forma absuelve (documental, preventiva o de disuasión) se adecúen a las prácticas comerciales y viceversa; (v) hasta qué punto son de relieve otras consideraciones de política de derecho como, por ejemplo, el *enforcement* de los acuerdos y la prevención del enriquecimiento injustificado⁽⁸²⁾.

La Sección 8 (d)⁽⁸³⁾ del *National Labor Relations Act* (1935) establece que:

“A los efectos de esta sección, negociar colectivamente es la **ejecución de la obligación mutua del empleador y el representante de los trabajadores de reunirse las veces necesarias y negociar de buena fe** sobre los salarios, horas y otros términos y condiciones de trabajo o, la negociación de un acuerdo o cualquier otro problema que surja en virtud del mismo, así como la ejecución de un contrato escrito que incorpore cualquier acuerdo alcanzado a petición de cualquiera de las partes; **dicha obligación no impone a las partes el deber de aceptar una propuesta o requerir la realización de una concesión**: Previsto que allá donde exista efectivamente un contrato de negociación colectiva que protege a los empleados de una empresa relacionada con el comercio, la obligación de negociar colectivamente también significará que ninguna de las partes de dicho contrato deberá terminar o modificar dicho contrato, a menos que la parte desee tal rescisión o modificación—⁽⁸⁴⁾ (el resaltado es mío).

(82) *Ibidem*, p. 37.

(83) 29 U.S.C. §§ 151-169

(84) “For the purposes of this section, to bargain collectively is the **performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith** with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, **but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession**: Provided, That where there is in effect a collective- bargaining contract covering employees in an industry affecting commerce, the duty to bargain collectively shall also mean that no party to such contract shall terminate or modify such contract, unless the party desiring such termination or modification—”.

La Sección 1221 (e) del *Federal Automobile Dealers Franchise Act*, de 1982, más conocido como el *Automobile Dealer's Day in Court Act* (ADDA), dispone que:

“El término ‘buena fe’ significará el deber de cada parte en cualquier franquicia, y de todos los funcionarios, empleados o agentes de los mismos a actuar de una manera justa y equitativa el uno hacia el otro con el fin de garantizar a una parte la libertad de la coerción, la intimidación, o amenazas de coacción o intimidación proveniente de la otra parte: a condición de que la recomendación, patrocinio, exposición, persuasión, requerimiento o argumento no será considerado como una falta de buena fe”⁽⁸⁵⁾.

La actual versión del *Uniform Commercial Code*, define a la buena fe, en la Sección 1-201 (20), de la siguiente manera:

“honestidad y observancia de los criterios comerciales razonables del negocio justo”⁽⁸⁶⁾.

En el caso específico de las tratativas “la buena fe se configuraría como tort y lo que adquiriría importancia para el ordenamiento sería la violación de un deber de negociar en buena fe (breach of the duty to negotiate in good faith). En particular, constituirían ejemplos de comportamientos incorrectos: (i) negociar sin la real intención de concluir la estipulación de un contrato final, (ii) abusar del derecho de apartarse de las negociaciones (ruptura injustificada de las tratativas); (iii) estipular un contrato teniendo, desde el inicio, la intención de no ejecutarlo; (iv) emprender las negociaciones sin tener en la debida consideración el riesgo, muy probable, de no estar en grado de cumplir la prestación, una vez concluido el contrato; (v) no revelar la existencia de vicios notorios en los bienes objeto del contrato estipulado; (vi) aprovechar indebidamente

(85) “The term ‘good faith’ shall mean the duty of each party to any franchise, and all officers, employees, or agents thereof to act in a fair and equitable manner toward each other so as to guarantee the one party freedom from coercion, intimidation, or threats of coercion or intimidation from the other party: Provided, That recommendation, endorsement, exposition, persuasion, urging or argument shall not be deemed to constitute a lack of good faith”.

(86) “Honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing”.

la superioridad del poder negocial para concluir un acuerdo en condiciones inicuas para la contraparte⁽⁸⁷⁾.

El § 205 del *Restatement Second of Contracts*, regula lo siguiente:

“Todo contrato impone a cada una de las partes la obligación de buena fe y de lealtad negocial en su cumplimiento y ejecución⁽⁸⁸⁾.”

Se afirma que “en el *Restatement*, si bien no se reconozca expresamente la existencia de un principio general de buena fe contractual, sin embargo se admite la posibilidad de configurar la figura de la *bad faith in negotiation*, someténdola a sanciones y remedios específicos⁽⁸⁹⁾. En este sentido, la doctrina norteamericana, ha “conducido a unidad el sistema de las *piecemeal solutions* (soluciones fragmentarias); en particular, los remedios de la *law of tort*, *of restitution* y algunos remedios de matriz contractual, absolverán la común función de sancionar determinados comportamientos considerados inaceptables y que, mediante un procedimiento de abstracción, podrían considerarse como violaciones de un implícito principio de buena fe precontractual⁽⁹⁰⁾.”

La jurisprudencia norteamericana no es pacífica: En el caso *Hoffman v. Red Owl*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), ambas partes estuvieron en una larga y extenuante tratativa, en virtud de la cual, Hoffman había hecho una serie de desembolsos en la confianza de la estipulación de un contrato de *franchising*, a efectos de abrir un punto de ventas de la cadena de supermercados Red Owl. Ello en función de las afirmaciones del representante, Lukowitz, respecto del monto del capital con el cual contaba Hoffman para la afiliación. Después de dos años, Red Owl no suscribió el contrato definitivo, argumentando que encontró un mejor *franchisee*⁽⁹¹⁾. La Corte Suprema de Wisconsin amparó a Hoffman aplicando el *promissory estoppel*. Sin embargo, las Cortes de

(87) *Ibidem*, pp. 146-147.

(88) “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

(89) *Ibidem*, p. 152.

(90) *Ibidem*, pp. 152-153, quien cita a KESSLER y FINE.

(91) *Ibidem*, p. 32.

Illinois van en un sentido opuesto. Así, en el caso *Feldman v. Allengheny Int'l Inc.*, 850 F. 2d. (7th. Cir. 1988) se decidió que⁽⁹²⁾:

“En una transacción comercial ambas partes tratan de obtener supuestamente lo mejor del acuerdo. Esa es la esencia de la negociación y el libre mercado. En este sentido uno no puede calificar al propio interés como mala fe. Ninguna demanda concreta en las negociaciones podría calificarse de deshonesta, incluso si esta pareciese indignante a la otra parte. El recurso adecuado es alejarse de la mesa de negociación, no así demandar por ‘mala fe’ en las negociaciones”⁽⁹³⁾.

En el caso *Original Great American Chocolate Chip Cookies C. v. River Valley Cookies, Ltd.*, 970 F. 2d 273 (7th Cir. 1992), se advierte que:

“El Derecho contractual no exige a las Partes el comportarse de manera altruista el uno hacia el otro, esto no proviene de la filosofía que yo soy el guardián de mi hermano. Esa filosofía puede animar el derecho de las obligaciones fiduciarias pero las partes de un contrato no son mutuamente fiduciarios”⁽⁹⁴⁾.

Sin embargo, “se está consolidando paulatinamente una orientación mayoritaria decididamente alienada hacia el reconocimiento de un principio de buena fe precontractual. La actividad argumentativa de tal orientación se ha simplificado por el reclamo a los datos normativos preexistentes, en los cuales no es revisable ninguna referencia explícita al deber de negociar de buena fe, adicionalmente a la consideración que, los remedios existentes puestos a disposición a las partes involucradas en las tratativas –sintetizables en el conjunto de las denominadas *piecemeal solutions*– hacer superfluo el recurso a tal principio”⁽⁹⁵⁾.

(92) *Ibidem*, p. 154.

(93) “In a business transaction both sides presumably try to get the best of the deal. That is the essence of bargaining and free market. So one cannot characterize self-interest as bath faith. No particular demand in negotiations could be termed dishonest, even if it seemed outrageous to the other party. The proper recourse is to walk away from the bargaining table, not to sue for ‘bad faith’ in negotiations”.

(94) “Contract law does not require parties to behave altruistically toward each other; it does not proceed on the philosophy that I am my brother’s keeper. That philosophy may animate the law of fiduciary obligations but parties to a contract are not each other’s fiduciaries”.

(95) *Ibidem*, p. 180.

En el **common law inglés**, existe un “grado de rigidez por parte del ordenamiento en lo que concierne a daños precontractuales”, por cuanto “principios generales como la *culpa in contrahendo* o *responsabilité précontractuelle* son observados con notable sospecha por el derecho inglés”⁽⁹⁶⁾. Así, en el *leading case* Walford vs. Miles, la House of Lords rechazó la existencia de un deber precontractual de buena fe, afirmando que:

“El concepto de un deber de negociar de buena fe es intrínsecamente incompatible con la posición antagonista de las partes involucradas en las tratativas. El deber de negociar de buena fe por un lado no puede funcionar en la práctica y, por el otro, es del todo inconsistente con la posición de la parte involucrada en la negociación”⁽⁹⁷⁾.

En el **derecho francés**, el *Code civil* no disciplina expresamente el fenómeno de los *pourparlers*. En respeto de la autonomía privada, las partes involucradas en una tratativa tienen el derecho de estipular en contrato final como de no concluirlo⁽⁹⁸⁾ e, incluso, hacer tratativas paralelas. Sin embargo, la regla general en materia de responsabilidad precontractual “es que las partes son libres de apartarse de las tratativas solo en presencia de una justa causa y, cuando esté más avanzado el proceso negociacional, tanto más riguroso será el requisito de la presencia de una válida razón”⁽⁹⁹⁾. La patología de la fase negociacional se regula por los principios del ilícito civil. No obstante ello, “el requisito de un daño cierto pone límites a la tipología y a la entidad del daño resarcible”⁽¹⁰⁰⁾. Dado que no es un hecho cierto la conclusión del contrato, “el rompimiento de las tratativas legitimaría a la parte dañada al resarcimiento, si es el caso, exclusivamente de la pérdida de la *chance* de concluir dicho contrato”⁽¹⁰¹⁾.

(96) ALLEN, D.K. citado por FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 52.

(97) “The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations (...). A duty to negotiate in good faith is an unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party” (Walford vs. Miles, [1992] 2 W.L.R. 174, 181 (H.L.), citado por FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 39).

(98) CEDRAS, J. citado por FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 58.

(99) FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 59, quien afirma que la Corte de Casación francesa ha reafirmado constantemente este principio.

(100) *Ibidem*, p. 60.

(101) *Ídem*.

Por otro lado, “el requisito del nexo causal, si bien ha sido raramente objeto de discusión en los casos de responsabilidad precontractual, podría revelarse crucial para la definición de la controversia”⁽¹⁰²⁾. Se afirma que el comportamiento no cooperativo de una parte podría no ser de tal gravedad de justificar la interrupción de las negociaciones, sino, por ejemplo, podría legitimar el pedido de condiciones contractuales diferentes, o de la adopción de un diverso comportamiento pre-negocial de la contraparte (por ejemplo, negación de efectuar fotocopias en el local donde se hace la *due diligence investigation*)⁽¹⁰³⁾. El comportarse según la buena fe, implica la actuación de deberes específicos, como la corrección y la cooperación⁽¹⁰⁴⁾. La cuestión de la disciplina de las relaciones precontractuales se enriquece si se observa bajo la perspectiva del principio del *abus de droit*⁽¹⁰⁵⁾. Así, “con referencia a las relaciones precontractuales, el apartamiento injustificado de las tratativas o de una conducta negocial que no se centra en el principio de cooperación recíproca configuraría una hipótesis de abuso de la libertad de contratar”⁽¹⁰⁶⁾.

El **Código Civil de Lousiana** tuvo una reforma en el año de 1985. El art. 1759 establece la obligación de las partes de comportarse según la buena fe. Así:

“La buena fe debe regir la conducta del deudor y el acreedor en todo lo referente a la obligación”⁽¹⁰⁷⁾.

Respecto de la fase precontractual rige el mismo principio. Por ello, el art. 1983 prescribe que:

“Los contratos tienen fuerza de ley para las partes y podrán ser disueltos solo por el consentimiento de estas o razones previstas en la ley. Los contratos deben cumplirse de buena fe”⁽¹⁰⁸⁾.

(102) *Ibidem*, p. 61.

(103) *Ídem*.

(104) *Ibidem*, p. 62.

(105) *Ibidem*, p. 63.

(106) *Ídem*.

(107) “Good faith shall govern the conduct of the obligor and the obligee in whatever pertains to the obligation”.

(108) “Contracts have the effect of law for the parties and may be dissolved only through the consent of the parties or on grounds provided by law. Contracts must be performed in good faith”.

Sin embargo, el art. 1967, que define a la causa como la razón que obliga a las partes, sigue la línea del § 90 del *Restatement Second of Contracts*:

“La causa es la razón por la cual una parte se obliga.

Una parte puede ser obligada por una promesa cuando sabía o debía haber sabido que la promesa induciría a la otra parte a confiar en ella en su propio perjuicio, y la otra parte confiaba razonablemente en ello. La reparación puede ser limitada a los gastos o daños sufridos como resultado de la confianza del destinatario de la promesa en la promesa. La confianza en una promesa gratuita hecha sin las formalidades requeridas no es razonable”⁽¹⁰⁹⁾.

Como se advierte, “la tutela de la confianza precontractual ha terminado por desplegarse según el recorrido de la *reliance* –aunque declinada en una versión específica, aquella de la confianza perjudicial (*detrimental reliance*)– en vez de desarrollarse según el tradicional canon de de la buena fe precontractual, análogamente a las líneas predominantes de la experiencia estadounidense”⁽¹¹⁰⁾.

El art. 1.7 (*Buena fe y lealtad negocial*) de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales establece que:

“(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

El art. 1:201 (*Buena fe contractual*) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (1999), preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos establece prácticamente lo mismo:

(109) “Cause is the reason why a party obligates himself.

A party may be obligated by a promise when he knew or should have known that the promise would induce the other party to rely on it to his detriment and the other party was reasonable in so relying. Recovery may be limited to the expenses incurred or the damages suffered as a result of the promisee’s reliance on the promise. Reliance on a gratuitous promise made without required formalities is not reasonable”.

(110) *Ibidem*, p. 76.

“(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”.

Concretamente, en lo que a tratativas se refiere, el art. 2.1.15 (Negociaciones de mala fe) de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales norma que:

“(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

El art. 2:301 (Negociaciones contrarias a la buena fe) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos también regula que:

“(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”.

El § II. – 3:301: *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*, del *Draft Common Frame of Reference*⁽¹¹¹⁾ norma que:

(111) En *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian VON

- “(1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
- (2) Una persona que se encuentra comprometida en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con la buena fe y el trato justo y no terminar las negociaciones contrarias a la buena fe y trato justo. Este derecho no podrá ser excluido o limitado por contrato.
- (3) Una persona que ha incumplido el deber se hace responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento.
- (4) Es contrario a la buena fe y trato justo, en particular, para una persona entrar en negociaciones o continuar con estas sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte”⁽¹¹²⁾.

Sobre este último modelo normativo, “la solución acogida, más que reflejar un *common core* europeo, constituye una síntesis de las soluciones vigentes en los ordenamientos del civil law, vinculadas por la referencia implícita o explícita del deber de buena fe precontractual”⁽¹¹³⁾. A propósito de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales y de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, lo que es relevante “no es tanto una noción en positivo de buena fe, sino más bien, el concepto de *bad faith in negotiation*”⁽¹¹⁴⁾. Por ello, “es un

BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO and Fryderyk ZOLL, Sellier, European Law Publishers, 2008.

- (112) “(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.
(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.
(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”.
- (113) FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 229.
- (114) Ibidem, p. 232, quien advierte que: “No es casualidad que se encuentra en todos los modelos objeto de investigación una sustancial correspondencia entre las conductas consideradas perjudiciales y objeto de sanción, porque son contrarias al principio de buena fe (o sancionadas mediante el recurso a diferentes *doctrines*, consideradas expresión de tal principio” (*cit.*).

dato compartido que la buena fe precontractual deba ser calificada, *rebus sic stantibus*, como *excluder*⁽¹¹⁵⁾. ¿Qué quiere decir esto? Para esta teoría, “la buena fe operaría como “*excluder*” o sea como concepto desprovisto de significado específico, cuya función sería la de excluir del propio perímetro semántico-normativo una serie de conductas incorrectas (*bad faith*), como tales no admisibles en un determinado ordenamiento jurídico”⁽¹¹⁶⁾.

Así, “en términos generales, lo que a un determinado ordenamiento (de entenderse en sentido lato, omnicompreensivo de todos los formantes que concurren a componerlo, *in primis* el legislativo) tiene que contemplar, son las hipótesis de conducta incorrecta en las tratativas, en vez de guiar a las partes en la individualización de comportamientos virtuosos. Tan indicación podrá deducirse solo a posteriori, una vez estigmatizadas las conductas calificadas de mala fe objetiva. En consideración a ello, es necesario poner de relieve que el mérito (y la fortuna) de la teoría del *excluder* no ha sido tanto el de crear un *quid novi* en tema de buena fe, sino mas bien, el de haber sabido sistematizar y dar un nombre a un proceso ya existente y en curso de evolución que, *prima facie*, podía parecer heterogéneo e incoherente. En breve, la calificación de buen afeen términos de *excluder* se coloca como reconocimiento de un fenómeno ya de por si operante al interior de un determinado ordenamiento jurídico”⁽¹¹⁷⁾.

En la jurisprudencia alemana, el *Bundesgerichtshof*, con sentencia del 10.07.70⁽¹¹⁸⁾, también tiene en cuenta el comportamiento (en el caso particular, la inercia) del promisorio de la oferta, así:

“La conducta o las declaraciones de un sujeto, en el curso de las negociaciones, hacen surgir a la contraparte una legítima confianza acerca de la estipulación del contrato final, no obstante ello, tal conducta o tales declaraciones no vinculan por un tiempo indeterminado (...). En efecto, no solo la conducta de éste, sino también la de la contraparte deberá ser evaluada a la luz del principio de la buena fe (§ 242 BGB). En atención a tal principio, la contraparte

(115) Ibidem, p. 233.

(116) Ibidem, p. 144.

(117) Ibidem, pp. 234-235.

(118) Ibidem, p. 242.

debe, en particular, activarse para obtener una aclaración acerca de las reales intenciones del primero; en particular, si éste quiera o no estipular efectivamente el contrato definitivo”.

En materia de carga probatoria, la Corte de Casación italiana (Sección III), con sentencia N° 15040, del 05.08.04⁽¹¹⁹⁾, precisa que:

“La responsabilidad precontractual que deriva de la violación de la regla de conducta puesta por el art. 1337 c.c.ita. en tutela de la concreta conclusión del *iter* formativo de negocio, constituye una forma de responsabilidad extracontractual, a la cual se aplican las reglas en tema de distribución de la carga de la prueba; de ello se colige que, cuando los extremos del comportamiento ilícito se generen por el apartamiento injustificado de una parte (en un contexto connotado por la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato), no pesa en quien se aparta la prueba que el propio comportamiento corresponde a los cánones de la buena fe y corrección, sino incumbe, por el contrario, sobre la otra parte la carga de demostrar que el apartamiento rebasa los límites de la buena fe y de la corrección, postulados por la norma *de qua*”.

De esto se deriva que, al ser un supuesto que se encuentra incluido dentro de la responsabilidad extracontractual, deben concurrir los siguientes requisitos⁽¹²⁰⁾:

- i) El avanzado estado de las negociaciones, tales de generar la confianza acerca de la conclusión del futuro contrato.
- ii) El hecho que el apartamiento sea injustificado, circunstancia cuya prueba debe ser asumida por la parte que se haya perjudicado con el apartamiento.
- iii) La subsistencia de un daño ocasionado justamente por el injustificado apartamiento, a resarcirse dentro de los límites del interés negativo.

(119) *Ibidem*, p. 247.

(120) *Ídem*.

Es importante tener presente que cada una de las partes es libre de emprender **negociaciones paralelas**, “a condición que informe debidamente a la contraparte de la existencia de un potencial competidor”⁽¹²¹⁾.

IV. EL DEBER DE INFORMAR COMO PARTE INTEGRANTE DEL ACTUAR CONFORME A LA BUENA FE

Saber lo que se tiene que informar o no informar es el dilema en toda negociación. Ya ha quedado demostrado que actuar de buena fe no significa ir en contra de los propios intereses y, consecuentemente, tampoco implica informar todo (incluso aquello que puede ser perjudicial para el que detenta determinada data). El dilema es determinar si se trata (o no) de una información jurídicamente relevante que, a la larga, puede generar la contingencia de una responsabilidad civil. En el año 44 a.C., Cicerón en su obra *De Officiis*, contaba el caso de las naves que zarpaban a Rodas para vender grano, mientras la isla estaba afectada por una terrible carestía⁽¹²²⁾. Entonces ¿Quién llegaba primero a vender debería informar que ya están viniendo otras naves o vender el grano a un precio alto? ⁽¹²³⁾. Cicerón, siguiendo al sofista Antipatro, entendía que la información debería ser revelada, de acuerdo al parámetro del *Sapientem*

(121) *Ibidem*, p. 258.

(122) El propio Cicerón cuenta el caso de la siguiente manera:

Parágrafo 50. *Sed incidunt ut supra dixi saepe causae cum repugnare utilitas honestati videatur ut animadvertendum sit repugnetque plane an possit cum honestate coniungi. Eius generis hae sunt quaestiones: Si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus qui celaturus Rhodios non sit si id turpe iudicet sed dubitet an turpe non sit.*

Parágrafo 50. Pero, como he dicho antes, hay casos en los cuales la utilidad parece estar en conflicto con la honestidad, así que es necesario considerar si se está verdaderamente en contraste o estar identificado con la honestidad. Aquí los problemas de este tipo: si, por ejemplo, un hombre honesto hubiese importado de Alessandria a Rodi una gran cantidad de grano en periodo de miseria y de carestía de los rodenses y de precios altísimos, y supiese que varios mercaderes han zarpado de Alessandria y, en su recorrido, hubiese visto naves cargadas de grano dirigirse hacia Rodi, ¿debería decirlo a los rodenses o, callando, debería vender su grano al precio más alto? Imaginemos un hombre sabio y honesto y si nos ponemos el problema de las decisiones y de sus consideraciones, que no debería dejar al oscuros a los rodenses, si considerase ello una acción vergonzosa, pero podría estar en duda si la cosa sea o no despreciable.

(123) El caso lo cuenta también FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 261.

et bonum virum (hombre sabio y honesto). Por su lado, Diógenes de Babilonia (maestro de Antipatro) consideraba que “*venditorem quatenus iure civili constitutum sit dicere vitia oportere cetera sine insidiis agere et quoniam vendat velle quam optime vendere*” (“es necesario que el vendedor revele los defectos, limitadamente a las prescripciones del derecho civil, trate al resto sin fraude y, desde el momento que vende, trate de vender al precio más ventajoso”). Por eso afirmaba que “*Sed non quicquid tibi audire utile est idem mihi dicere necesse est*” (“Pero no es necesario que yo te diga todo lo que a tí es útil escuchar”)⁽¹²⁴⁾.

En el siglo XIII, Tomás de Aquino retoma el problema en su *Summa theologiae*⁽¹²⁵⁾ y afirma que, en este caso, “solo para más adelante se espera que el trigo tenga menor valor por la llegada de muchos negociantes, que es ignorada por los compradores; de ahí se sigue que el vendedor

(124) Los párrafos completos son los siguientes:

Parágrafo 51. *In huiusmodi causis aliud Diogeni Babylonio videri solet magno et gravi Stoico aliud Antipatro discipulo eius homini acutissimo; Antipatro omnia patefacienda ut ne quid omnino quod venditor norit emptor ignoret Diogeni venditorem quatenus iure civili constitutum sit dicere vitia oportere cetera sine insidiis agere et quoniam vendat velle quam optime vendere. “Advexi eui vendo meum non pluris quam ceteri fortasse etiam minoris cum maior est copia; cui fit iniuria?”. Parágrafo 52.* Exoritur Antipatri ratio ex altera parte: “*Quid ais? tu cum hominibus consulere debeas et servire humanae societati eaque lege natus sis et ea habeas principia naturae quibus parere et quae sequi debeas ut utilitas tua communis sit utilitas vicissimque communis utilitas tua sit celabis homines quid tuis adsit commoditatis et copiae? Respondebit Diogenes fortasse sic: “Aliud est celare aliud tacere neque ego nunc te celo si tibi non dico quae natura deorum sit qui sit finis bonorum quae tibi plus prodesse cognita quam tritici vilitas. Sed non quicquid tibi audire utile est idem mihi dicere necesse est”.*

Parágrafo 51. En casos similares diversa es la opinión de Diógenes de Babilonia, estoico importante y serio, y de Antipatro, su discípulo, hombre de extraordinaria agudeza: según Antipatro es necesario declarar todo, para que el comprador no ignore nada que sepa el vendedor; según Diógenes es necesario que el vendedor revele los defectos, limitadamente a las prescripciones del derecho civil, trate al resto sin fraude y, desde el momento que vende, trate de vender al precio más ventajoso. “He importado la mercadería, la he expuesto, la vendo a un precio no mayor de los otros, quizá menor, porque tengo una cantidad más grande. ¿A quién le hago daño?”. Surge de la otra parte el razonamiento de Antipatro: **Parágrafo 52.** “¿Qué dices? Tú, que deberías preocuparte de los hombres y dedicarte a la sociedad humana, tú que has nacido bajo esta ley y tienes estos principios naturales, a los cuales debes obedecer y conformarte, y lo que sea útil para tí sea lo útil para todos y, por el contrario la utilidad de todos será la tuya, ¿tú esconderías a los hombres la ventaja y la abundancia que se les presenta?” Diógenes responderá, quizás, así: “Una cosa es esconder y otra callar; y yo no te escondo, ahora, si no te lo digo, cuál es la naturaleza de los dioses, cuál es el bienestar máximo, cosas que, una vez conocidas, te beneficiarían más que saber el bajo precio del grano. Pero no es necesario que yo te diga todo lo que a tí es útil escuchar”.

(125) Citado también por FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 262.

que vende una cosa según el precio corriente no parece quebrantar la justicia al no manifestar lo que va a suceder después. Sin embargo, si lo expusiera o rebajase su precio, practicaría una virtud más perfecta, aunque a esto no parece estar obligado por deber de justicia” (II, Ilae, cuestión 77, artículo 3, punto 4). De estas reflexiones podemos concluir que, la no revelación de informaciones que afectan el valor de mercado del bien, será un hecho reprobable a nivel moral; pero no jurídicamente.

En el *Common law* norteamericano, en atención al principio del *caveat emptor*, entendido como “*let the buyer be aware*”, “el adquiriente está obligado a asumir la responsabilidad de buscar todas las informaciones necesarias para satisfacer el propio interés, no subsistiendo en el vendedor el deber de plena revelación (*full disclosure*) de hechos de importancia relevante a efectos de la operación realizada y, por consiguiente, en ausencia de un acuerdo *ad hoc*, el vendedor podrá ser considerado responsable por eventuales defectos en el bien comprado solo cuando el mismo sea culpable de *fraud*”⁽¹²⁶⁾. En el caso *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817), Organ era un comerciante de tabaco en New Orleans que, conociendo del tratado de paz de Gand entre Inglaterra y los Estados Unidos (de 1812), antes que fuera de dominio público, contrató la adquisición de una gran cantidad de tabaco con la empresa Laidlaw. A causa del bloqueo de la flota inglesa al puerto de New Orleans, debido a la guerra en curso, el precio de las hojas de tabaco era bajo y el mercado era estable. Antes que la adquisición concluyese, el encargado de Laidlaw solicitó expresamente a la contraparte si tenía noticias respecto de la guerra, que habría podido influenciar en el precio del tabaco. De la lectura del expediente no resulta claro cual fuese la respuesta o si alguna respuesta fuese dada. Cuando la paz fue anunciada, el precio del tabaco aumentó considerablemente y Laidlaw, que había entregado la mercancía, se la hizo devolver a la fuerza. Por este motivo, Organ interpuso una demanda a la contraparte pro los daños derivados por la pérdida del tabaco⁽¹²⁷⁾. El juez Marshall resolvió el caso de la siguiente manera:

“El problema en este caso es si el conocimiento de **circunstancias extrínsecas**, que podrían influenciar en el precio del bien, y que

(126) *Ibidem*, p. 263.

(127) *Ibidem*, p. 266.

eran conocidas exclusivamente por el comprador, habría debido ser transmitido a la contraparte. La corte es de la opinión que esto no estaba obligado en absoluto a comunicarle esta situación. Sería asaz difícil circunscribir los límites de la solución contraria, **cuando los medios de conocimiento son accesibles de igual manera para ambas partes**. Al mismo tiempo, sin embargo, cada parte debe evitar de decir o hacer cualquier cosa para prevalecer sobre la otra...⁽¹²⁸⁾ (el resaltado es mío).

De esta decisión se deriva lo siguiente:

- i. Existen circunstancias extrínsecas, independientes de la idoneidad del bien que se adquiere, cuyo conocimiento afectaría el valor de intercambio del mismo: quien detenta el conocimiento de las mismas, en línea de principio, no está obligado a comunicárselo a la contraparte.
- ii. No se puede aplicar reticencia (o dolo omisivo) por una información no dada que era igualmente accesible para ambas partes.

En el caso *Grunman Allied Industries vs. Rohr Industries*⁽¹²⁹⁾, no fue amparada la demanda por *fraud* y *misrepresentation* basada en la alegada falta de *disclosure* por obra del demandado, puesto que el primero había tenido un libre acceso a una serie de informaciones. Al rechazar la demanda, se pone en evidencia como las cortes de New York:

“fuesen particularmente desfavorables ... (a acoger tales demandas) en el caso de los hombres de negocios expertos y competentes, involucrados en operaciones de notable valor, que pueden tener acceso a una serie de informaciones, pero que no estén en grado de obtener ventaja por esta oportunidad”⁽¹³⁰⁾.

De este *dictum* se deduce que, particularmente en el caso de las personas que tienen experiencia en una actividad empresarial, no pueden invocar falta de información, cuando –por su particular posición– están

(128) *Ibidem*, p. 269.

(129) 748 F. 2d. 729, 730 (2nd Cir. 1984), citado por FRANCIOSI, Laura M. *Ob. cit.*, p. 279.

(130) *Ídem*.

en las mismas (o mejores) condiciones de la contraparte en obtenerla. Quien –teniendo la posibilidad– no accedió a determinada información, no puede trasladar esa falta de diligencia a la contraparte, calificando su omisión en un quebrantamiento al principio de buena fe. Máxime, cuando la contraparte permite un libre acceso de información. Ello, sin embargo, encuentra un límite, cuando –de acuerdo a una relación basada en la confianza– el *non disclosure* equivale a una *assertion*. En efecto el § 161 del *Restatement Second of Contracts*, norma que:

“La no divulgación de una persona de un hecho conocido por ésta, es equivalente a la afirmación de que el hecho no existe solo en los siguientes casos: (a) cuando ella sabe que la revelación del hecho es necesaria para evitar que alguna afirmación previa sea una tergiversación, sea fraudulenta o material; (b) allí donde el sujeto sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte como una asunción básica sobre la cual aquella parte está contratando, y si la no revelación de la realidad llega a ser un fracaso para actuar de buena fe y en conformidad con los estándares razonables de la negociación justa (c) donde se sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto al contenido o efecto de un escrito, evidenciando o plasmando un acuerdo en su totalidad o en parte, (d) en caso la otra persona tenga derecho a conocer el hecho debido a una relación de confianza entre ellos”⁽¹³¹⁾.

El § 551 (*Liability for Nondisclosure*) 2(e), del *Restatement Second of Torts*, establece que:

“Una parte involucrada en una operación de negocios tiene el deber de revelar a la contraparte, antes que el contrato se concluya, hechos esenciales a la operación realizada, si tiene conocimiento

(131) “A person’s non-disclosure of a fact known to him is equivalent to an assertion that the fact does not exist in the following cases only: (a) where he knows that disclosure of the fact is necessary to prevent some previous assertion from being a misrepresentation or from being fraudulent or material; (b) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to a basic assumption on which that party is making the contract and if non-disclosure of the fact amounts to a failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing; (c) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to contents or effect of a writing, evidencing or embodying an agreement in whole or in part; (d) where the other person is entitled to know the fact because of a relation of trust and confidence between them”.

que la otra parte esté por estipular el contrato a causa de un error sobre tales hechos y si esta última, en consideración de las relaciones con la primera, de los usos del comercio o de otras circunstancias objetivas, pueda razonablemente esperar la revelación de tales hechos”⁽¹³²⁾.

También contraviene al principio de buena fe la **tratativa maliciosa**, tendiente solo a obtener información confidencial y no concretar el contrato definitivo. Por ello, el art. 2.1.16 de los Principios Unidroit establece que:

“Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

Por su parte, el art. 2.302 (Quiebra de la confidencialidad) de Principios del Derecho europeo de los Contratos, norma:

“Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte”.

V. LA DUE DILIGENCE INVESTIGATION DENTRO DE LA TRATATIVA

Se advierte, con razón que el esquema clásico de “tratativas - contrato preliminar - contrato definitivo” ha sido superado por el de “carta de entendimiento - *due diligence* - estipulación del contrato definitivo - *closing*”⁽¹³³⁾.

(132) *Ibidem*, p. 281.

(133) Así Giorgio DE NOVA, citado por Laura M. FRANCIOSI, *op. cit.*, 309.

La *due diligence investigation* es “la actividad de investigación y profundización de datos e informaciones relativas al objeto de la tratativa y del contrato que está por celebrarse (denominado “*target*”), dirigidas a proporcionar al adquirente de un mejor conocimiento en mérito al mismo”⁽¹³⁴⁾. Se distinguen cuatro tipos de *due diligence*⁽¹³⁵⁾:

- (i) **La *due diligence* interna**, realizada por el potencial adquirente (generalmente, de sus *advisors* estratégicos) antes que alguna tratativa se realice, individualizando, por ejemplo, un potencial *target* para la operación de adquisición.
- (ii) **La verdadera y propia *due diligence* precontractual**, realizada generalmente por el potencial adquirente (y por sus *advisors*) focalizada en los aspectos importantes del objeto de las negociaciones, realizada con el vendedor en el curso de las tratativas, acompañada usualmente con una carta de entendimiento conteniendo una cláusula de confidencialidad o de un *confidentiality agreement* por separado.
- (iii) **La *due diligence* post-estipulación y *pre-closing***, realizada también en el curso de un proceso negocial *in fieri*; pero a diferencia de la anterior, connotado por la presencia de vínculos de matriz contractual entre las partes, así como también de un marco jurídico más estructurado del que opera en la fase anterior.
- (iv) **La *due diligence* post-closing**, orientada, por un lado, a permitir al adquirente un más completo y profundo conocimiento del bien objeto de la adquisición y, por el otro, para proceder a una verificación de la correspondencia de ciertos datos o hechos garantizados por el vendedor y, si es el caso, instrumental al recurso a eventuales mecanismos de indemnización o resarcimiento, pactados contractualmente⁽¹³⁶⁾.

(134) *Ibidem*, p. 310.

(135) *Ibidem*, p. 312.

(136) *Ibidem*, p. 313.

La información que puede ser materia de la *due diligence* puede ser de lo más variada, a saber, legal, tributaria, inmobiliaria, de seguros, ambiental, entre otros⁽¹³⁷⁾. La *due diligence* será realizada por un *due diligence team*. En este orden de ideas “justo para optimizar el éxito de la *due diligence*, el adquirente enviará antes de la realización de la misma un elenco –denominado *check list*– referente a las informaciones y los datos (generalmente subdivididos por áreas temáticas) que el mismo quisiera consultar, así que, en abstracto, debería haber una correspondencia entre el contenido del *check list* y el contenido de la *data room*”⁽¹³⁸⁾. Finalmente, “los resultados del proceso en examen serán recogidos en un documento denominado “*due diligence report*”, destinado justamente al adquirente y acompañado a menudo de una versión más reducida y manejable del mismo –denominado *executive summary*– en la cual deberían estar sintetizados los principales perfiles del riesgo o, en general, aquellos aspectos que merecen atención por parte del potencial adquirente en relación a la tratativa emprendida”⁽¹³⁹⁾.

La *due diligence investigation* está enmarcada dentro del deber de información que tiene el potencial vendedor en la fase precontractual. En el *common law*, a propósito de los bienes inmuebles, un vicio será considerado oculto⁽¹⁴⁰⁾:

- i) Si no pueda ser descubierto con el ejercicio de una razonable diligencia al inspeccionar el bien.
- ii) Si se identifica una laguna en la documentación relativa al título de propiedad ofrecida por el vendedor, que pueda perjudicar el ejercicio al derecho de propiedad del bien.

Los remedios acordados en caso de violación del deber de información que pesan en el vendedor en tal contexto y en ausencia de una precisa contractualización de tal deber, pueden ser de dos tipos⁽¹⁴¹⁾:

(137) *Ibidem*, p. 315.

(138) *Ibidem*, p. 317.

(139) *Ibidem*, p. 318.

(140) *Ibidem*, p. 335.

(141) *Ibidem*, p. 336.

- i) *Non-disclosure*, cuando la falta de revelación tenga como objeto un elemento esencial (*material fact*) a los efectos del contrato, el adquiriente podrá solicitar la resolución o, en alternativa, pedir la reducción del precio pactado.
- ii) *Misdescription*, la falta de revelación de una cuestión atinente a las características y al contenido del derecho de propiedad, o una incorrecta descripción del bien objeto del derecho, integran una hipótesis de *misdescription*. Los remedios son los mismos de la *non-disclosure*.

A estos remedios se agregan los previstos por el *tort of misrepresentation*. Así, son dos los supuestos específicos en los cuales el vendedor puede ser considerado responsable en función a tal figura⁽¹⁴²⁾:

- i) A causa de una declaración incorrecta (a menudo una garantía o *warranty*) subsumida en el contrato de adquisición o en la denominada *disclosure letter* –el específico documento que normalmente acompaña el contrato en examen, constituyendo un anexo e informando los extremos y términos de la *due diligence*– o, alternativamente, en los *files* que contienen los documentos puestos a disposición del adquiriente en la *data room*, cuyo elenco detallado usualmente también constituye un anexo al contrato de adquisición.
- ii) A causa de una declaración incorrecta realizada fuera del contexto de la *due diligence*, como, por ejemplo, una declaración escrita no reportada en la *disclosure letter* o una declaración oral. Sin embargo, para mitigar el rigor del *tort of misrepresentation* en el curso de las tratativas de negocios, se ha considerado que, al evaluar si una carta de entendimiento u otro documento precontractual comprenda una falsa o incorrecta declaración (*misrepresentation*), se necesitará conducir tal evaluación en una óptica de amplio respiro y verificar si, en conjunto, las declaraciones reportadas en el documento sean

(142) *Ibidem*, p. 337.

sustancialmente correctas, en vez de “concentrase de manera microscópica en cada declaración, frase o palabra”⁽¹⁴³⁾.

En el derecho inglés, una corte sería propensa a considerar que la falta subsunción de determinada declaración en el contrato final “constituya fruto de una negociación entre las partes, de una solución de compromiso lograda gracias a las incansables tratativas y, en consecuencia, ello precluirá al comprador el ejercicio de una suerte de *ius poenitendi* tardío, dirigido a reclamar un juego de puntos que ya fue objeto de acuerdo de las partes, sobre los cuales, presumiblemente, el comprador mismo haya cedido en sede de negociación”⁽¹⁴⁴⁾.

Tanto en el *common law* norteamericano como inglés “es pacífico que cada una de las partes tutele sus propios intereses para adquirir y se active para adquirir el bagaje informativo necesario para evitar un mal negocio”⁽¹⁴⁵⁾. Por ello, “en el modelo de *common law* se considera que la realización de la actividad de *due diligence* por parte del adquirente tendría como doble efecto el de elevar el *standard* de diligencia que pesa sobre tal sujeto, puesto que el mismo tendría la posibilidad de tomar conocimiento y evaluar una serie de datos útiles a los fines de la tratativa en curso –sea por cuenta propia, que valiéndose de asesores dotados de *expertise* específico– y, por el otro lado, ello circunscribiría las hipótesis de responsabilidad que pesan en el vendedor, porque el mismo debería ser considerado responsable solamente por los casos de conducta manifiestamente incorrecta, pudiendo eximirse de responsabilidad demostrando haber informado a la contraparte de una serie de circunstancias comunicadas en sede de *due diligence*”⁽¹⁴⁶⁾. Para los casos *intermedios* que, se puede decir, que “constituyen la situación ordinaria en las relaciones de negocios, se considera que deba valer en primero de los principios expuestos, o sea, que el nivel de diligencia impuesto al adquirente sea superior al normalmente requerido: por tanto, el deber de información que pesa sobre el vendedor se circunscribirá, en su contenido, a lo negociado por las partes en sede de organización de la *due diligence* y, por con-

(143) FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit., p. 338, quien cita el precedente Avon Insurance plc. v. Swire Fraser Ltd. (2000).

(144) Ibidem, p. 342.

(145) Ibidem, p. 345.

(146) Ibidem, p. 346.

siguiente, pesará sobre el adquirente el deber de probar que la falta de *disclosure* de una información por parte del vendedor constituya una conducta en violación de las reglas que presiden estas relaciones, valiéndose, hasta que se pruebe lo contrario, la presunción que haya actuado de conformidad a las obligaciones asumidas en sede de *due diligence*. Por el contrario, tal regla no encontrará aplicación respecto a aquellas informaciones que el vendedor *ex lege* esté obligado a comunicar a la contraparte, independientemente de la presencia de la *due diligence* o no⁽¹⁴⁷⁾.

Es importante tener en cuenta, la **naturaleza de la información** involucrada. Así, “cuando se trate de datos de dominio público o fácilmente accesibles o, conocibles a través de una diligente –pero factible– indagación, se considera que corresponda sobre tal sujeto el deber de conocer a través de asesores expertos en el sector o mediante la utilización de fuentes de información atendibles, no pudiendo el mismo imputar al vendedor la falta de revelación de tales datos como elemento determinante para activar los mecanismos de responsabilidad contemplados *ex lege* o eventualmente previstos en sede de contrato. En tal ámbito, viceversa, se considera que el adquirente bien pueda, una vez que haya tenido conocimiento de tales datos, solicitar a la contraparte aclaraciones sobre la naturaleza y exacto significado o alcance de los mismos. Sobre el vendedor, en efecto, se considera pacíficamente subsistente un preciso deber de claridad⁽¹⁴⁸⁾.”

La **responsabilidad de los asesores** de las partes por los resultados de la *due diligence* se disciplinará por los pactos establecidos entre estos y su cliente⁽¹⁴⁹⁾. En Italia se aplicará el art. 1176 CC ita., el cual precisa que:

“Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional la diligencia debe evaluarse respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada”.

(147) *Ibidem*, pp. 346-347.

(148) *Ibidem*, p. 347.

(149) *Ibidem*, p. 355.

Si se trata de una prestación de carácter profesional de particular dificultad, se cuenta con el art. 2236 CC ita., el cual norma que:

“Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador no responde de los daños, sino en el caso de dolo o de culpa grave”.

El *standard* de diligencia está regulado en el art. 1314 CC. El supuesto contenido en el art. 2236 CC ita. también está regulado, con sus matices nacionales, en el art. 1762 CC. Se afirma que puede configurarse responsabilidad extracontractual sobre los *advisors*, en particular, de los del vendedor, por los datos, inexactos o no verdaderos, difundidos por aquellos y de los cuales el potencial adquiriente haya tomado conocimiento o, aún de manera más significativa, sobre los cuales haya confiado⁽¹⁵⁰⁾.

Siguiendo con la experiencia jurídica italiana, “según una orientación jurisprudencial consolidada, corresponderá al adquiriente ser parte activa y diligente en la realización del proceso en examen, tendiente a tratar de adquirir el mayor número de informaciones posibles en relación a la tratativa iniciada, sobre todo si se considera que el mismo tiende a identificarse con un operador profesional, dotado de conocimientos, instrumentos, disponibilidad y *expertise* peculiares”⁽¹⁵¹⁾. Es el caso *Ircoss S.r.l. vs. Iritech S.p.a.*: a propósito de una compraventa de acciones en las cuales el vendedor no había prestado ninguna garantía. Sin embargo, este había alterado los libros contables. El comprador demanda la nulidad del contrato por dolo, debido a que, en su opinión, el valor de las acciones no era el que correspondía. La Sección III, Casación Civil, del 19/07/07, N° 16031, no amparó esta pretensión, debido a que:

“No es configurable una acción de nulidad de compraventa basada en una pretensión de revisión del precio a través de la revisión de los libros contables para demostrarlo, que no es otra cosa que un error en la evaluación por parte del adquiriente, incluso cuando el balance de la sociedad publicado antes de la venta sea falso o esconda una situación, en fuerza de la cual deben aplicarse las

(150) *Ibidem*, p. 356.

(151) FRANCIOSI, Laura M. Op. cit., p. 358, quien cita la decisión de la Sección III, Casación Civil, del 19.07.07, N° 16031, *Ircoss S.r.l. vs. Iritech S.p.a.*.

normas en materia de reducción y pérdida del capital social (Cass. 29.08.95 n. 9067).

Es necesario, a tal fin, tener presente, el objeto de la causa, es decir, la compraventa de acciones de una sociedad, que se asume estipulada a un precio que no correspondía a su efectivo valor –no interesa, en esta óptica, si ello dependa de falsas informaciones sociales–, en la hipótesis en la cual el vendedor no haya prestado ninguna garantía en orden a la situación patrimonial de la sociedad.

(...) El primer aspecto tiene en cuenta el típico destino económico de la cosa, es decir, su destino objetivo para realizar el típico fin del contrato elegido. Cabe, por tanto, **tratarse de características inherentes a la cosa, que no permiten márgenes de opinión, en cuanto no dependen de una evaluación estimativa, y ello por un criterio de apreciación del bien, a la luz de la pura y simple “conveniencia” del negocio, en la economía de una de las partes.**

Opinando diversamente, se daría tutela a una errada aplicación de la autonomía contractual, es decir, a los motivos que inducen a contratar, así como a las evaluaciones personales, de las cuales todo contrayente debe asumir el riesgo.

La imposibilidad de tutelar los meros errores de evaluación, que influyen solo en el precio, depende del mismo sistema de la autonomía contractual que reserva a la esfera de los motivos individuales, e irrelevantes, la apreciación en orden a la utilidad del negocio.

Con respecto a las acciones de la sociedad, la calidad de estas, según la común apreciación, deben considerarse determinantes del consentimiento, deben, por lo tanto, limitarse a aquellas que se refieren a la función típica de dichas acciones, es decir, al conjunto de facultades y derechos que estas confieren a su titular, en la estructura de la sociedad, sin tener en cuenta su valor de mercado, que puede resultar del balance, del estado patrimonial de la sociedad y de todos los otros elementos que influyen en su valor (Cas. 21.6.06 n. 5773; Cas. 13.12.06 n. 26690).

Justamente la variedad de dichos elementos internos y externos –como, por ejemplo, la posibilidad de desarrollo de la actividad

económica, la coyuntura de mercado, la pertenencia de la sociedad a un grupo en vez de otro- impide incluir el valor económico de la acción en el ámbito de sus cualidades a los efectos del art. 1429 c.c.ita.⁽¹⁵²⁾.

El contrayente que compra (o vende) acciones no puede quedar expuesto a riesgo de ver anulado el negocio que ha celebrado a un precio acordado, mediante una acción de anulabilidad que pretenda basarse en una revisión del precio, a través de la revisión de los libros contables, para demostrar aquellos que no es más que un error de evaluación.

(...) Dentro de esta óptica, emerge de manera neta, la diferencia entre venta de acciones –con la que se obtiene el *status* de socio y también la medida de la participación del nuevo socio en la s.p.a.– y la venta del todo el patrimonio p de determinados bienes de la sociedad” (el resaltado es mío).

No solo se considera irrelevante el error (inducido o no) respecto del valor económico de las acciones, ya que pertenece al irrelevante ámbito de los motivos del negocio. Esta instancia hace propias las consideraciones de la instancia inferior que advierte que la información de la situación económica del vendedor era ya conocida por el demandante. Así, se afirma que la Corte de mérito:

“Con referencia a la supuesta subsistencia del dolo ha puesto de relieve que ‘la apelante identifica el dolo (y por consiguiente la *culpa in contrahendo*) en la violación de los deberes de información –denominados deberes de protección– referentes a la verdadera consistencia patrimonial de TECNO.S.SAN, y a la imposibilidad de

(152) El texto completo recita: “El error es esencial:

1. cuando recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato;
2. cuando recae en la identidad del objeto de la prestación o en una cualidad del mismo que, según la común apreciación o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante del consentimiento;
3. cuando recae en la identidad o en las cualidades de la persona del otro contrayente, siempre que hayan sido parte determinante del consentimiento;
4. cuando, tratándose de error de derecho, haya sido la única y principal razón del contrato”.

llevar adelante la única actividad empresarial de la misma sociedad por defecto originario de los presupuestos técnicos.

Ha agregado además ‘en el caso específico IRCOSS lamenta que la falta de examen del resultado de la investigación habría impedido al tribunal de evaluar la falsa representación de un rápido desarrollo de TECNO.S.SAN.’ concluyendo en el punto específico que ‘por lo observado es evidente la absoluta irrelevancia de la actividad de autopromoción de la sociedad en cuestión (cfr. Material publicitario incluido en el fasc. de primer grado IRCOSS) y las proyecciones de futuras ganancias’.

Además, siempre en la óptica de la *culpa in contrahendo*, relativamente a la responsabilidad por haber callado a la futura contrayente las ulteriores circunstancias acerca del resultado negativo de análisis de las muestras sometidas a esterilización, **ya conocida por Ircoss el 15 de mayo de 1991**, así como el secuestro en Prato, del único camión en circulación dedicado al servicio, ha relevado que ‘es evidente que tales circunstancias no pueden considerarse incidentes en la determinación de la adquisición de una participación accionaria, puesto que, como ha puesto en evidencia el Tribunal, **el representante legal de IRCOSS, que era uno de los máximos expertos en el campo nacional de sector de la esterilización de los deshechos hospitalarios, había tenido la oportunidad de evaluar la realidad económica y de gestión de la hacienda**, que necesariamente debió haberle inducido también a considerar que la actividad de IRCOSS estaba en fase de experimentación de una tecnología (cubierta por una patente mundial) elaborada por otros, tal que, el camión secuestrado en Prato era dado en gestión a la USL en virtud de experimentación. **Es de agregar que el resultado negativo de análisis de la muestra sometida a esterilización era parcial y que el mismo asesor de IRCOSS se reservó la facultad de efectuar ulteriores análisis**’.

Y ha concluido: ‘Por consiguiente, en la época de la estipulación de la cesión la situación era del todo fluída (baste pensar en la reforma por parte del Consejo de Estado (s. 28 noviembre 1992 n. 951) de la sentencia del TAR LAZIO (s. 16 junio 1990 n. 1215) que, en

la época es citada por IRCOSS como ulterior elemento de evaluación de la conducta de IRITECH)” (el resaltado es mío).

La nota particular es que se toma en cuenta el *expertise* del adquirente y también la posibilidad de acceso a una mayor información del mismo⁽¹⁵³⁾. Por ello, “no puede reputarse de algún modo subsistente en el ámbito del ordenamiento italiano un deber absoluto y generalizado de informar a la contraparte, que legitime, por otro lado, la equiparación del adquirente a mero beneficiario pasivo de un flujo de informaciones que el vendedor esté obligado a revelar”⁽¹⁵⁴⁾. Así, “la verdadera dificultad está no tanto en el imponer o no obligaciones de *disclosure*, sino mas bien de modular el alcance y el contenido de las mismas, a la luz de la pluralidad de los intereses en juego”⁽¹⁵⁵⁾. Se debe tener en cuenta que “la imposibilidad de obtener el cien por ciento de las informaciones útiles a los efectos de la realización de las tratativas y de la estipulación del contrato es absolutamente considerado un dato pacífico y connatural al intercambio dialéctico entre vendedor y adquirente. Justo en consideración a tales aspectos, el adquirente tendrá la posibilidad de valerse de instrumentos ulteriores de información, también en vista de una correcta preparación y planteamiento del proceso pre-negocial”⁽¹⁵⁶⁾.

El eventual acuerdo dentro del cual se realiza la *due diligence investigation* deberá contener lo siguiente:

- i) Modular el contenido de la obligación de informar en consideración al estado en el cual las tratativas se encuentren, así como la tipología y las funciones absueltas por la *due diligence*, teniendo en cuenta la naturaleza de las informaciones involucradas. A propósito, sería oportuno diferenciar entre (i) informaciones que podrían ser divulgadas *ex lege* y, por consiguiente, públicas en cuanto son conocibles por todos; (ii) informaciones fácilmente accesibles y (iii) informaciones reservadas⁽¹⁵⁷⁾.

(153) Como lo hace ver también FRANCIOSI, Laura M. Ob. cit.

(154) Ibidem, p. 359.

(155) Ibidem, p. 360.

(156) Ibidem, p. 372.

(157) Ibidem, p. 377.

- ii) Vincular el *duty of disclosure* a las correspondientes obligaciones de confidencialidad⁽¹⁵⁸⁾.
- iii) Dotar de un adecuado mecanismo sancionador a la violación de tales obligaciones⁽¹⁵⁹⁾.

El art.7 (Deber de información) del Código europeo de contratos (llamado también Proyecto de Pavia o Proyecto Gandolfi, que se inició en 1990), establece que:

- “1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración.
- 2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el art. 6, apartado 4⁽¹⁶⁰⁾. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error”.

(158) *Ibidem*, p. 379.

(159) *Ídem*.

(160) El art. 6 (*Deber de protección*) establece:

- “1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.
- 2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.
- 3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.
- 4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes”.

El § II. – 7-204: *Liability for loss caused by reliance on incorrect information*, del *Draft Common Frame of Reference*, norma que:

- “(1) La parte que ha celebrado un contrato confiando razonablemente en la incorrecta información proporcionada por la otra parte en el curso de las negociaciones tiene derecho a una indemnización por las pérdidas sufridas, si el proveedor de la información:
- (a) creía que la información era incorrecta, o no tuviera fundamentos razonables para creer que era correcta, y
 - (b) conocía o podía razonablemente esperarse que haya tenido conocimiento de que el receptor confiaría en la información proporcionada para decidir si debe o no celebrar el contrato en los términos acordados.
- (2) Este artículo se aplica incluso si no existe el derecho a invalidar el contrato”⁽¹⁶¹⁾.

El art. 4:106 (Información incorrecta) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos regula que:

“Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del artículo 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta”.

El art. 4:107 (Dolo) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos regula que:

(161) “(1) A party who has concluded a contract in reasonable reliance on incorrect information given by the other party in the course of negotiations has a right to damages for loss suffered as a result if the provider of the information:

- (a) believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct; and
- (b) knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms.

(2) This Article applies even if there is no right to avoid the contract”.

- “(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
- (2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
- (3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
- (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
 - (b) el coste de obtener dicha información;
 - (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
 - (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte”.

Del análisis de estas disposiciones se tiene que “la imposición de un deber general de informar a la contraparte en el curso de las tratativas, en mérito a circunstancias relativas a la conveniencia económica del contrato, ha sido prevista en el Código europeo de los contratos, redactado por el Grupo de estudio de Pavia y coordinado por G. Gandolfi. Por el contrario, la opción a favor de un deber de alcance y contenido tan extenso, parece haber sido desatendida por la solución adoptada en el *Draft Common Frame of Reference*⁽¹⁶²⁾, en el cual la extensión del deber de información, si bien anclada al principio de buena fe y corrección, resulta graduada en consideración también del *expertise* de la contraparte, así como de la posibilidad de esta última de tener acceso a la información. Con ello se pone a cargo de dicha parte un deber de diligencia en la búsqueda y adquisición de las informaciones, con mayor razón en los casos en los cuales la misma se identifique en un sujeto dotado de *expertise* o de competencias particulares, propias o a través del

(162) Y también de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

auxilio de terceros profesionales, como sucede en las hipótesis de *due diligence*⁽¹⁶³⁾.

¿Qué sucede cuando un tercero interfiere en la tratativa y por su causa, se rompe o genera otro tipo de daños? Este es el caso *Texaco-Pennzoil*. Los hechos sucedieron entre finales de 1983 y la primera semana de 1984. El 28/12/83 Pennzoil lanzó una oferta pública de adquisición (OPA), que tenía como objeto un fuerte porcentaje de las acciones de Getty Oil Inc., a un precio de USD\$ 100.00 por acción. Los dos principales accionistas de Getty Oil Inc. eran Gordon P. Getty, *trustee* de la Sarah C. Getty Trust, que detentaba el 40.2% de las acciones y el J. Paul Getty Museum, un *charitable trust*, que poseía el 11.8% de las mismas. Dos días después, estos últimos proponen a Pennzoil retirar la OPA y proceder a la adquisición de una cuota de minoría del capital social de acuerdo a negociación. Entonces se realizaron tratativas entre los sujetos interesados, que culminaron en un documento denominado *Memorandum of Agreement*, el 02/01/84. En el mismo se contemplaba que Pennzoil y el Sr. Getty serían los únicos accionistas de Getty Oil Inc., con una cuota respectiva de 43% y 57% de las acciones. Se preveía además que tal operación debía estar sometida a la aprobación del consejo de administración de Getty Oil Inc.: aprobación que se dio al día siguiente, seguidamente del compromiso de Pennzoil de aumentar el precio de adquisición de las acciones poseídas por el público de los ahorristas e inversionistas de USD\$ 110.00 a un mínimo de USD\$ 115.00. El 04/01/84, antes que las contrataciones en el New York Stock Exchange se abriesen, Getty Oil Inc. y sus dos principales accionistas, el Sr. Getty y el Museo, emitieron una nota de prensa conjunta, en la cual se anunciaba la operación en objeto; el mismo comunicado fue emitido en mismo día por el adquiriente. En particular, la nota de prensa hacía referencia a un “*agreement in principle subject to the execution of a definitive merger agreement*”, se preveía además que “*upon execution of the definitive merger agreement*”, la OPA sobre las acciones de Getty Oil Inc. se retiraría. Contra toda expectativa, el 06/01/84 Texaco, una tercera compañía de petróleo, anunció también, por medio de una nota de prensa, de haber llegado a un acuerdo con los accionistas de Getty Oil Inc. para la

(163) Ibidem, p. 385.

adquisición de las acciones de esta última. La operación recibió aprobación del consejo de administración de Getty Oil Inc. en mismo día⁽¹⁶⁴⁾.

En este último contrato, los dos accionistas principales de la Getty Oil Inc. excluyeron expresamente de las declaraciones y garantías asumidas formalmente frente a la contraparte (bajo el título de “*representations and warranties*”) los acuerdos realizados con Pennzoil, declarando de ser libres de enajenar sus acciones a Texaco y que determinada venta no habría constituido violación de –ni se pondría en conflicto con –ningún contrato, acuerdo, compromiso o vínculo de cualquier naturaleza. Texaco, por su parte, aceptó indemnizar a ambos accionistas por cualquier daño, controversia o responsabilidad que habría podido surgir en relación o como consecuencia de los acuerdos realizados en precedencia con Pennzoil. El 10/01/84, Pennzoil demandó ante la Delaware Chancery Court por la ejecución de forma específica del Memorandum, solicitando como medida inhibitoria que prohibiese el cumplimiento de actos (la ejecución del contrato de compraventa estipulado entre Getty Oil Inc. y Texaco) que habrían prohibido tal posibilidad, dejando abierta solo la vía del resarcimiento de los daños. Se trataba, por consiguiente, de una acción de naturaleza contractual. La demanda fue rechazada⁽¹⁶⁵⁾.

En este punto, Pennzoil decide cambiar el terreno de la discusión en la propia casa, demandando directamente a Texaco sobre la base de una demanda de naturaleza extracontractual, la denominada *intentional interference of breach of contract*, en mérito a la cual el foro competente era Houston, Texas⁽¹⁶⁶⁾. En el *common law* se distinguen dos figuras distintas de ilícito: la tradicional de *tortius interference with contract relations*, en el caso de contratos válidos y aquella más reciente de, *tortius interference with prospective contract relations*, destinada a sancionar las interferencias endebidas por obra de un tercero en las tratativas entre dos o más sujetos⁽¹⁶⁷⁾.

Como se advierte, “es remarcable el hecho que, mutatis mutandis, la *quaestio iuris* principal era la misma que se argumentó en el juicio

(164) Ibidem, pp. 391-392.

(165) Ibidem, pp. 392-393.

(166) Ibidem, p. 394.

(167) Ibidem, p. 395.

precedente: si los acuerdos realizados entre las partes había dado vida a un verdadero y propio contrato o no, a efectos de legitimar la afirmación de responsabilidad del demandado por el ilícito en examen¹⁶⁸⁾. A diferencia de lo decidido por las cortes de Delaware, el jurado de la causa en Texas se pronunció a favor de la existencia de un acuerdo jurídicamente vinculante, o sea, de un verdadero y propio contrato, condenando al demandado al pago de la suma de 7.53 millones de dólares a título de *compensatory damages*, más la suma de 3 millones de dólares por *punitive damages*. Este último monto fue reducido en apelación y la controversia se resolvió con una transacción¹⁶⁹⁾.

La Sección 766 del *Restatement (Second) of Torts* regula este supuesto de la siguiente manera:

“§766

El que intencionalmente e indebidamente interfiere con la ejecución de un contrato (con excepción de un contrato para casarse) entre otro y una tercera persona, induciendo o causando que la tercera persona no ejecute el contrato, está sujeto a responsabilidad ante la otra por el daño patrimonial resultante al otro por la no ejecución del contrato de la tercera persona.

§766A

El que intencionalmente e indebidamente interfiere con la ejecución de un contrato (con excepción de un contrato para casarse) entre otro y una tercera persona, evitando que realice la ejecución del contrato o haciendo que su ejecución sea más onerosa o gravosa, está sujeto a responsabilidad por la pérdida patrimonial resultante.

§ 766B

El que intencionalmente e indebidamente interfiere con la eventual relación contractual (excepto en el contrato para casarse) está sujeto a responsabilidad por los daños patrimoniales derivados por la pérdida de los beneficios de la relación, si la interferencia consiste en:

(168) *Ibidem*, p. 396.

(169) *Ídem*.

- (a) inducir o causar que una el tercero no celebre o continúe la potencial relación, o
- (b) evitar que la otra parte celebre o continúe la potencial relación.

§ 766C:

No se es responsable por los daños patrimoniales derivados de daños físicos, salvo que ese daño sea por negligencia del actor:

- (a) que se cause cuando una tercera persona no realice un contrato con el otro, o
- (b) que se cause por la interferencia en la ejecución del contrato o que su cumplimiento sea más oneroso o gravoso, o
- (c) que se cause por la interferencia en la celebración de una relación contractual con una tercera persona^{”(170)}.

6. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

(170) **Section 766 of the Restatement (Second) of Torts:**

One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract, is subject to a liability to the other for the pecuniary loss resulting to the other from the failure of the third person to perform the contract.

Section 766A of the Restatement (Second):

One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person, by preventing the other from performing the contract or causing his performance to be more expensive or burdensome, is subject to liability to the other for the pecuniary loss resulting to him.

Section 766B of the Restatement (Second):

One who intentionally and improperly interferes with another's prospective contractual relation (except a contract to marry) is subject to liability to the other for the pecuniary harm resulting from loss of the benefits of the relation, whether the interference consists of:

- (a) inducing or otherwise causing a third person do not enter into or continue the prospective relation or
- (b) preventing the other from acquiring or continuing the prospective relation.

Section 766C of the Restatement (Second):

One is not liable to another for pecuniary harm not deriving from physical harm to the other, if that harm results from the actor's negligently

- (a) causing a third person not to perform a contract with the other, or
- (b) interfering with the other's performance of his contract or making the performance more expensive or burdensome, or
- (c) interfering with the other's acquiring a contractual relation with a third person”.

La resolución del contrato y sus efectos

Rómulo MORALES HERVIAS^(*)

INTRODUCCIÓN

Los efectos de la resolución del contrato están regulados en el segundo, tercer y cuarto párrafos del artículo 1372⁽¹⁾ del Código Civil peruano de 1984 y tiene un antecedente importante en el artículo 1458 del Código Civil italiano de 1942:

“Artículo 1458. *Efectos de la resolución.*- La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo en el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, con respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad di Roma “*Tor Vergata*”. Diplomado en Derecho Romano; y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma “*La Sapienza*”. Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la PUCP, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres.

(1) Segundo, tercer y cuarto párrafos del artículo 1372 del Código Civil peruano de 1984. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

La resolución, aunque hubiere sido pactada expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de resolución”.

Los efectos de la resolución del contrato en el Código Civil italiano de 1942 se aplican tanto en aquella declarada a través de una sentencia o laudo arbitral como la declarada por la sola declaración voluntad del acreedor. En este último caso, estamos propiamente en un desistimiento del contrato por incumplimiento de obligaciones y en concreto en las denominadas indebidamente “resolución por intimación o por autoridad del acreedor” y “cláusula resolutoria expresa” por incumplimientos graves de las obligaciones. Se ha declarado con certeza que existen dos modelos de resolución del contrato⁽²⁾:

“El modelo **judicial**, que impone al acreedor de la prestación incumplida dirigirse al juez para obtener una sentencia constitutiva, que produzca la extinción de las respectivas obligaciones de las partes, y;

El modelo sustancial, en el cual la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho, cuya legitimidad podrá ser sucesivamente evaluada por el juez con una mera verificación de la subsistencia de los requisitos previstos por la ley”.

Los proyectos de armonización en materia de contratos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (en adelante, Convención de Viena) se inclinan por regular el desistimiento por incumplimiento de obligaciones o la denominada por la praxis forense “resolución unilateral” del contrato o simplemente “resolución” del contrato [denominación utilizada por estos proyectos y la Convención de Viena].

El numeral 3 del artículo 7.3.2 de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, Principios de Unidroit):

(2) PALADINI, Mauro. “Nuevas perspectivas en materia de resolución de contrato por incumplimiento”. En: *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 19, Lima, 2008, p. 76.

“El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte”.

El numeral 1 del artículo 114 del anteproyecto del Código europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (en adelante, Proyecto Gandolfi):

“Si se produce un incumplimiento grave, (...), el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto”.

El numeral 1 del artículo 8: 106 de los Principios del derecho europeo de los contratos (en adelante, Proyecto Lando):

“En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga para proceder al cumplimiento, comunicándole dicha decisión”.

De ahí que el “ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte” (numeral 1 del artículo 9: 303 del Proyecto Lando).

El artículo 26 de la Convención de Viena:

“La declaración de resolución del contrato surtirá efecto solo si se comunica a la otra parte”.

Como se ha descrito acertadamente, la “declaración del acreedor que produce la resolución del contrato, tiene diversas denominaciones en los varios ordenamientos jurídicos” pero el término que debería considerarse apropiado es el de “desistimiento”⁽³⁾. El Código Civil peruano de 1984 regula distintos tipos de desistimientos pero no usa dicha denominación sino usa otras muy diferentes como los siguientes ejemplos: derecho de poner fin al contrato (artículos 1365 y 1769), derecho de dejar sin efecto el contrato (artículo 1478), derecho de retractación (artículo 1481), derecho de rescisión (artículos 1539, 1575 y 1579), derecho de resolución unilateral (artículo 1586) y derecho de separación (artículos 1613

(3) PALADINI. Ob. cit., p. 76.

y 1786). Salvo el derecho de dejar sin efecto el contrato, los demás derechos de desistimiento no son semejantes a la comúnmente conocida como “resolución unilateral” del contrato o derecho de desistimiento por incumplimiento de obligaciones.

Seguidamente nos ocuparemos de los efectos producidos cuando se declara judicial o arbitralmente la resolución del contrato o cuando se ejerce el derecho de desistimiento por incumplimiento de obligaciones.

I. EFECTO LIBERATORIO

La resolución de contrato “extingue las obligaciones no cumplidas”⁽⁴⁾. El efecto liberatorio es el efecto característico como lo prevén los proyectos de armonización en materia de contratos.

Así lo indica el numeral 1 del artículo 7.3.5 de los Principios de Unidroit: “La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras”. Del mismo modo lo señala el numeral 1 del artículo 9: 305 del Proyecto Lando: “La resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero (...), no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución”.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo 81 de la Convención de Viena sigue la tendencia de los proyectos de armonización en materia de contratos: “La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones (...)”.

II. IRRETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN

En doctrina nacional se ha dicho que si “la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, este contrato ha generado una relación jurídica patrimonial legalmente sana, por no adolecer de defecto alguno” y por eso “no es consecuente que se pretenda desconocer los efectos producidos por dicha relación jurídica durante todo el tiempo en que ella se desarrolló normalmente dentro de los

(4) BIANCA, Massimo. *Diritto civile. La responsabilità*. V, Ristampa, Giuffrè, Milán, 1999, p. 290.

cauces contractuales”. Así, las prestaciones “no tienen que verse afectadas por el posterior incumplimiento o imposibilidad de las respectivas contraprestaciones”⁽⁵⁾.

Por otro lado, otra doctrina nacional ha expresado que el Derecho “recurre a una ficción jurídica que consiste en considerar que la relación jurídica no solo deja de tener existencia desde la fecha en que, según la modalidad resolutoria utilizada, se produce la resolución misma sino que se entiende que también desaparece hacia atrás como si nunca hubiese existido. De esta forma, desaparecen también todas aquellas consecuencias jurídicas que encontraban apoyo en la relación jurídica extinguida, entre ellas la justificación jurídica (o causa, dirán algunos) de los desplazamientos patrimoniales (pagos) realizados como actuación de esa relación, aunque hayan tenido lugar durante el tiempo en que la relación estuvo vigente”⁽⁶⁾.

El segundo párrafo del artículo 1372 del Código Civil peruano señala erróneamente que los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva porque la regla general debe ser que los efectos de un contrato deben retrotraerse hasta el momento de la celebración del contrato. En efecto, en “los contratos de ejecución instantánea, la resolución tiene necesariamente carácter retroactivo que se proyecta hasta el momento mismo en que surgió la relación jurídica, porque ninguna etapa de ella encuentra justificada su subsistencia”⁽⁷⁾. No obstante en los contratos de duración, el “funcionamiento de la resolución en este tipo de contratos sí constituye en general una verdadera excepción pues no se afectan las prestaciones recíprocamente ejecutadas, las que permanecen firmes, es decir, no rige el principio de retroactividad y como lógica consecuencia tampoco el efecto restitutorio”⁽⁸⁾.

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Segunda reimpresión de la segunda edición actualizada. Tomo I, Palestra, Lima, 2007, p. 463.

(6) FORNO FLÓREZ, Hugo. “La retroactividad de la resolución en la jurisprudencia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 57, junio, Año 9, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 61.

(7) FORNO FLÓREZ. “El principio de la retroactividad de la resolución contractual”. *Ob.cit.*, p. 190.

(8) *Ibidem*, p. 193.

En consecuencia, compartimos la propuesta legislativa formulada por un sector de la doctrina nacional:

“La resolución del contrato opera judicial o extrajudicialmente y sus efectos se retrotraen al momento de su celebración, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica en los que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Lo dispuesto en este párrafo admite pacto en contrario”⁽⁹⁾.

Esta propuesta es compatible con el numeral 5 del artículo 114 del Proyecto Gandolfi: “Si el incumplimiento se produce durante la ejecución de un contrato de cumplimiento continuo o periódico, el efecto de la resolución no afecta a las prestaciones cumplidas con anterioridad”. Así, “por lo tanto, las prestaciones ejecutadas no deben ser restituidas quedando extinguida la obligación del correspectivo”⁽¹⁰⁾.

III. OBLIGACIONES DE RESTITUCIÓN Y DE REEMBOLSO

La resolución genera que “las prestaciones ya ejecutadas deben ser restituidas”⁽¹¹⁾. El efecto restitutorio –o reintegrativo– (esto es, aquel en virtud del cual las partes deben restituir las prestaciones ejecutadas) “no es otra cosa que la consecuencia más importante del principio de retroactividad de la resolución pues determina que, como consecuencia de la resolución operada en fecha posterior, un contratante deba devolver un bien que recibió cuando se encontraba vigente la relación jurídica y que tuvo como causa de justificación jurídica dicha relación”⁽¹²⁾.

Los proyectos de armonización en materia de contratos regulan la obligación de restitución:

(9) *Ibidem*, p. 195.

(10) BIANCA. *Ob. cit.*, p. 302.

(11) *Ibidem*, p. 290.

(12) FORNO FLÓREZ, Hugo. “El principio de la retroactividad de la resolución contractual”. En: *Themis*. Revista de Derecho, Edición de Aniversario, Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 30, Lima, 1994. p. 188.

El artículo 7.3.6 de los Principios de Unidroit:

“(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución solo podrá reclamarse para el periodo posterior al efecto de la resolución”.

El Artículo 115 del Proyecto Gandolfi:

“(...) el acreedor, como consecuencia de la resolución del contrato, tiene derecho a exigir al deudor que ha incumplido la restitución de lo que le ha dado para realizar la prestación que le es debida o, en todo caso, cualquier prestación a causa del contrato, sin perjuicio del derecho a obtener daños y perjuicios y del deber de restitución (...)”.

El artículo 9: 308 del Proyecto Lando:

“Al resolver el contrato, aquella parte que hubiera suministrado o entregado bienes cuya devolución sea posible y por los que no haya recibido pago u otra contraprestación, puede recuperar su propiedad”.

El artículo 9: 309 del Proyecto Lando:

“Al resolver el contrato, si una parte hubiera llevado a cabo una prestación que no puede devolverse y por la que no hubiera recibido pago u otra contraprestación, tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte”.

El numeral 2 del artículo 81 de la Convención de Viena:

“La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar de la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente”.

Pero la “parte que restituye una cosa específica tiene derecho de ser reembolsada por los gastos realizados por ella. El derecho de reembolso de la parte incumplidora tiene naturaleza restitutoria y se regula por el pago indebido”⁽¹³⁾. El derecho de reembolso “de los gastos se refiere en los términos más amplios para la parte incumplidora. En efecto, ella tiene derecho de reembolso de todos los gastos necesarios y útiles hechos por la cosa además del límite del aumento del valor de la cosa”⁽¹⁴⁾. Este derecho de reembolso no ha sido regulado expresamente en el artículo 1372 del Código Civil peruano.

IV. DERECHOS DE TERCEROS

El cuarto párrafo del artículo 1372 del Código Civil peruano establece una protección de inmunidad a los terceros que se hayan comportado de buena fe respecto de la resolución del contrato. Se ha expresado en sede nacional que los “mismos principios de seguridad en el tráfico que imponen la protección de los terceros de buena fe determinan que la retroactividad solo tenga efectos –llamados– obligatorios de modo que el tercero de buena fe resultaría afectado y mantendría su adquisición”⁽¹⁵⁾. Y como regla general “debe en todo caso considerarse de mala fe al tercero a partir del momento en que toma conocimiento que se ha producido la causal de resolución”⁽¹⁶⁾. Lo que cuenta “es sobre todo que la adquisición sea anterior a la resolución”⁽¹⁷⁾. Sobre los derechos de terceros, otra doctrina nacional se ha pronunciado que se “trata de una decisión de política legislativa de acordar tutela jurídica a las personas que no conocen los hechos que han causado la rescisión o resolución. El elemento determinante de esta protección es la buena fe de los terceros, derivada de su ignorancia de circunstancias existentes en cada caso”⁽¹⁸⁾.

En tal sentido, los derechos adquiridos de los terceros “presupone que ellos hayan conseguido la propiedad o un derecho real sobre el bien

(13) BIANCA. Ob. cit., p. 295.

(14) Ídem.

(15) FORNO FLÓREZ. “El principio de la retroactividad de la resolución contractual”. Ob. cit., p. 192.

(16) *Ibidem*, pp. 192-193.

(17) BIANCA. Ob. cit., p. 301.

(18) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Tomo I. Ob. cit., p. 465.

o también un derecho real de disfrute, en la medida en que sea oponible al tercero adquirente”⁽¹⁹⁾.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 117 del Proyecto Gandolfi: “El ejercicio por parte del acreedor de los derechos previstos en los artículos precedentes no perjudicará los derechos que los terceros hayan adquirido de buena fe sobre cosas del acreedor o sobre las que le sean debidas, antes de que él mismo, teniendo serios motivos para temer el incumplimiento, les haya apercibido por escrito o antes de que, cuando se trate de cosas inmuebles o muebles inscritas, se haya hecho constar la demanda en los registros inmobiliarios públicos, según las reglas en vigor en cada Estado (...)”.

Ahora bien, la resolución del contrato “hace oponible al tercero, si él inscribe su adquisición después que haya sido inscrita la demanda de resolución”⁽²⁰⁾. Si bien es cierto, el artículo 1372 del Código Civil peruano no contempla esta hipótesis, es evidente que los terceros no podrán alegar buena fe cuando exista una inscripción de una demanda de resolución previamente a su adquisición.

V. LA OBLIGACIÓN DE RESARCIMIENTO

La resolución del contrato “comporta la obligación de la parte incumplidora de resarcir el daño sufrido por la otra. Este daño está representado por la lesión del interés positivo, o sea de la lesión del interés a la ejecución del contrato”⁽²¹⁾.

Los proyectos de Armonización en materia de contratos se pronuncian del mismo modo pero en referencia al derecho de desistimiento por incumplimiento de obligaciones con la denominación “resolución”:

El numeral 2 del artículo 7.3.5 de los Principios de Unidroit indica lo siguiente:

(19) BIANCA. Ob. cit., pp. 301-302.

(20) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 867.

(21) BIANCA. Ob. cit., p. 296.

“La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento”.

El numeral 1 del artículo 116 del Proyecto Gandolfi señala que en caso de incumplimiento y cualquiera que sea la gravedad, el acreedor tiene derecho a obtener del deudor la indemnización de los daños causados. Y el numeral 1 del artículo 81 de la Convención de Viena regula a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida.

En doctrina se discute si cabe o no ejercer el derecho de resarcimiento a pesar de que se hizo uso de una cláusula resolutoria expresa. Existen dos posiciones bien definidas.

Una primera posición admite que utilizada la cláusula resolutoria expresa, igualmente se puede ejercitar posteriormente el derecho a un resarcimiento del daño. Así lo explica una doctrina italiana:

“En verdad, ni el artículo 1454 [Intimación al cumplimiento o la llamada Resolución por intimación o por autoridad del acreedor] ni el artículo 1456 [Cláusula resolutoria expresa] hablan del resarcimiento del daño, en tanto que, como se ha visto, habla de él el primer inciso del artículo 1453 [Resolución judicial]; pero tal silencio no obsta, ya que también en las dos hipótesis antes recordadas se trata de un incumplimiento que desemboca en la resolución por culpa del incumpliente [*sic*]; tales hipótesis no son sino variantes de la principal prevista por el artículo 1453; también respecto de ellas debe considerarse impuesta la obligación de resarcimiento del daño”⁽²²⁾.

Una doctrina nacional se adhiere a esta primera posición:

“Coincido con este parecer del maestro italiano [*Francesco Messineo*], desde que, también en el régimen peruano, debe considerarse que la regla general está contenida en el artículo 1428 del Código Civil, siendo los artículos 1429 y 1430 del mismo Código, variantes de casos de resolución, con modalidades propias, pero

(22) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1986, pp. 352-353.

que conservan el principio que informa el artículo 1428 en lo relativo a que el incumplimiento imputable al deudor lleva consigo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados con ese incumplimiento.

La acción de daños y perjuicios debe seguir su propia vía judicial, independientemente de los efectos de la resolución de pleno de derecho²³.

Existe una segunda posición doctrinaria que enfatiza la extinción del contrato –incluyendo el derecho de resarcimiento– si se declaró querer valerse de la cláusula resolutoria expresa:

“Una cláusula que otorga al acreedor la facultad de resolver el contrato con efecto inmediato incluso cuando el incumplimiento por ella previsto no sea imputable al deudor coloca el remedio en el siguiente inconveniente. El contratante que sufre el incumplimiento no obtiene el resarcimiento del daño pero al menos puede liberarse de la relación contractual, volviéndose libre de operar sobre el mercado, antes que sus intereses económicos estén irremediablemente comprometidos²⁴.”

Si el acreedor utiliza todo el procedimiento del artículo 1430 del Código Civil peruano, es lógico que el acreedor se libere del contrato porque el incumplimiento de la obligación del deudor lesionó su interés y generó una alteración importante en la economía del contrato. También es lógico que el contrato se considere como extinguido –incluyendo el derecho al resarcimiento– porque el incumplimiento del contrato frustró las expectativas del acreedor en el sentido que no se pudo lograr que la finalidad del contrato se realice tal como se programó contractualmente. No obstante, el acreedor está legitimado a preservar el derecho de resarcimiento haciendo reserva en la misma comunicación que haga uso de la cláusula resolutoria para ejercerlo ulteriormente. Si el acreedor no hubiera hecho reserva en la misma comunicación, ahí sí

(23) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 456.

(24) DELLACASA, Matteo. “La clausola risolutiva espressa”. En: AA.VV. *Trattato del contratto*. Bajo la dirección de Vincenzo Roppo, V, Rimedi-2, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 307.

estaríamos en un caso de extinción del contrato incluyendo la extinción del derecho al resarcimiento.

VI. INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y DE OTRAS CLÁUSULAS POR PACTO EXPRESO

El numeral 3 del artículo 7.3.5 de los Principios de Unidroit propone la siguiente norma: “La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aun después de haber sido resuelto”. En el mismo el numeral 2 del artículo 9: 305 del Proyecto Lando: “La resolución no afecta para nada a las estipulaciones previstas en el contrato para la solución de conflictos, ni a cualesquiera otras cláusulas que deban surtir efecto incluso tras la resolución”. Igualmente el numeral 1 del artículo 81 de la Convención de Viena indica que la “resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución”.

Estas normas colocan a la cláusula de solución de controversias en una situación de inmutabilidad o de vigencia obligatoria a pesar que el contrato se haya extinguido.

Además, las partes mismas podrán otorgar –en el momento de la celebración del contrato– la calidad de inmutabilidad a otras cláusulas que ellas seleccionen a pesar de la extinción del contrato.

CONCLUSIÓN

Es claro que el artículo 1372 del Código Civil peruano tiene una regulación deficiente porque no solo no considera todos los efectos que produce la extinción del contrato por resolución o por desistimiento por incumplimiento de las obligaciones, sino porque no tomó en cuenta la diferente naturaleza jurídica de ambos modos contractuales extintivos.

La responsabilidad contractual en el Código Civil peruano de 1984

Gunther Hernán GONZALES BARRÓN^(*)

I. EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL

Una de las críticas recurrentes al Código Civil de 1984 es que los distintos libros que lo componen no guardan la debida armonía y sistemática. Así, el Libro V, de Derechos Reales, tiene un gran parecido con su predecesor de 1936; el Libro VI, de Obligaciones, tiene distintas fuentes como el Código argentino de 1869, español de 1889 o francés de 1804. Por su parte, el Libro VII, de Fuentes de las Obligaciones, en la parte general de los contratos, se inspira fuertemente en el Código italiano de 1942.

En suma, la labor del intérprete resulta complicada sobremanera cuando se pretende encontrar coherencia entre las distintas normas que regulan el tema de la responsabilidad contractual, ya que si bien puede haber un precepto en el Libro de Obligaciones, también puede haber otro en el Libro de Fuentes de las Obligaciones que no guarda armonía,

(*) Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil de la PUCP, Universidad de San Martín de Porres y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Juez Superior Titular de la Quinta Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ha sido presidente de los Tribunales Administrativos del Cofopri y de la Sunarp.

ya sea en la parte general o en la parte especial referida a los contratos típicos. En tal contexto, la función de la doctrina, y también de la jurisprudencia, es ordenar la materia legal a efectos de lograr una normativa coherente, razonable, justa y que brinde una adecuada seguridad jurídica. Por ello se ha dicho, con plena justificación, que el estudio de esta parcela del Derecho impone la perspectiva “institucional”, y no la deformada visión “exegética” que resulta tan común en muchos libros que se limitan a repetir la ley pero con otras palabras⁽¹⁾.

II. LOS DOS TIPOS-BASE DE LESIÓN O INFRACCIÓN DEL CRÉDITO: LA IMPOSIBILIDAD Y LA MORA

La responsabilidad contractual –en sentido amplio– se construye sobre la base de dos figuras emblemáticas: **la imposibilidad y la mora**. El fundamento de ello es muy simple: una relación obligatoria está destinada a cumplirse; esa es su razón de ser en el mundo jurídico, ya que fue creada para extinguirse luego de realizar un acto de circulación de la riqueza. Pues bien, siendo ello así, el deber de prestación se encuentra sometido a dos hipótesis teóricas: o el deber puede cumplirse, ante lo cual el deudor puede encontrarse en mora –recuérdese que se necesita el requerimiento: *mora ex persona*–; o el deber no puede cumplirse en el mundo físico y/o jurídico, es decir, no existe deudor alguno que pueda procurar esa prestación. Un vendedor que no transfiere la propiedad de un bien, porque le falta adquirir el dominio, se encuentra en situación propia de mora ya que puede cumplir porque el bien está en el comercio de los hombres, pero no lo hace o no puede hacerlo. En cambio, un comprador que no transfiere la propiedad de un bien, porque este se perdió irremediablemente en virtud de destrucción física, se encuentra simplemente en situación de imposibilidad de cumplir, ya que ningún deudor puede procurar esa prestación.

Dependiendo de las circunstancias, el deudor estará en mora (artículo 1333 del CC) o imposibilidad (artículo 1316 del CC), por lo que la doctrina de las patologías del crédito se basa en ambas figuras, cuyo protagonismo estelar no se deduce de las deficientes normas de nuestro

(1) LEÓN, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias - Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 17.

Código Civil. Como ejemplo vale mencionar que el artículo 1316 solo doctrinalmente se le puede considerar referido a la imposibilidad, pues en realidad la norma ni siquiera menciona dicha figura, y por el contrario se limita a regular la extinción de la obligación si esta no se ejecuta por causa no imputable. Sin embargo, de esa premisa debe deducirse que la extinción solo puede justificarse cuando existe imposibilidad de cumplir, pues en caso contrario, cuando la prestación sea posible, entonces no habría razón alguna para que se produzca una extinción legal y automática de la obligación. Por lo tanto, la norma está incompleta y requiere ser entendida con el auxilio de la doctrina.

La centralidad de la imposibilidad y la mora no se infiere de la pobre regulación de nuestro Código, pero sí desde la pura lógica. En efecto, o el deudor puede cumplir o no puede hacerlo. En el primer caso el deudor está en situación de mora y el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso en cualquier momento (artículo 1333 del CC). Ahora bien, si la situación de mora se prolonga entonces el acreedor puede considerar que la prestación ya no es de utilidad para él, con lo cual queda facultado para utilizar la tutela extintiva a través de “rehusar su ejecución” (artículo 1337 del CC). En el segundo caso, de imposibilidad, ya no cabe nada más que hacer y, en consecuencia, la obligación se extingue si se ocasiona por causa no imputable (artículos 1138-5, 1156, 1160 –que remite al 1156–, 1165-3, 1166-4, 1316 del CC). Si la imposibilidad se debe a culpa del deudor, entonces este se encuentra obligado al resarcimiento (artículos 1138-1, 1154, 1160 –que remite al 1154–, 1165-1, 1166-1), siempre que se prueben los daños (artículo 1331 del CC).

En el Derecho alemán, luego de la reforma del Derecho de obligaciones en el 2002, la imposibilidad en cualquier caso, sea con culpa o sin culpa, produce como consecuencia la exclusión del derecho a obtener el cumplimiento⁽²⁾. Nótese que la solución germana es muy técnica, pues la imposibilidad de cumplir no necesariamente conlleva la extinción de la obligación, ya que incluso si no medió culpa del deudor, cabe que el acreedor reclame el subrogado. En efecto, el deudor puede haber adquirido algo en reemplazo del objeto que se suponía debió entregar

(2) ZIMMERMANN, Reinhard. *El nuevo Derecho alemán de obligaciones*. Bosch, Barcelona, 2008, traducción del alemán de Esther Arroyo, p. 47.

al acreedor; por ejemplo, la indemnización o acción para reclamarle a una compañía de seguros o a un tercero. Puesto que el deudor deja de estar obligado a su prestación, entonces pierde el derecho de exigir la contraprestación⁽³⁾.

Pero, la relación obligatoria no se extingue en forma automática, a pesar de que el deudor queda bloqueado para cumplir o exigir, pues el acreedor tiene el derecho (potestativo) de solicitar el sustitutivo consistente en la entrega del bien sustituto o que se le cedan las acciones contra terceros. En tal caso, el acreedor mantiene su obligación a la contraprestación, pero esta se puede reducir hasta el punto de que el valor del objeto de reemplazo o del derecho de indemnización esté por debajo de la prestación debida (§326.III BGB)⁽⁴⁾. Si el acreedor no pretende el sustituto, o este no existe, entonces tiene el derecho (también potestativo) de liberarse o desistirse del vínculo⁽⁵⁾. En efecto, el § 311a.1 BGB, que regula las relaciones obligatorias de causa negocial, señala que **la imposibilidad de la prestación no es contraria a la eficacia del contrato**, de lo cual se deduce que la prestación imposible del deudor es cambiada por las acciones contra los terceros, y paralelamente la contraprestación que le corresponde al acreedor sigue vigente.

En el Derecho peruano la solución es distinta, pues la obligación se extingue cuando no media culpa del deudor (artículo 1316 del CC), lo que conlleva que las acciones contra tercero siempre le correspondan al deudor ya liberado (artículos 1138-6, 1156, 1160 del CC), y no al acreedor como hubiera resultado más equitativo. En todo caso, nuestro

(3) Ibidem, pp. 65-66.

(4) EHMANN, Horst y SUTSCHET, Holger. *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, Traducción de Claudia Díaz y Ute Salach, p. 44.

(5) “Según el artículo 323.I el acreedor puede desistir del contrato si el deudor no cumple con una prestación debida o no según lo establecido en el contrato (es decir, de manera deficiente, cfr. artículos 434, 435 y 437) dentro del tiempo de cumplimiento, determinado por un plazo adecuado. Para el acreedor es irrelevante, si la prestación es imposible según el artículo 275.I a III o si el deudor no puede cumplir por alguna otra razón. Tampoco es condición para el derecho de desistimiento que la imposibilidad o la mora sea responsabilidad del deudor; es suficiente que el deudor no haya cumplido con la prestación dentro del plazo adecuado fijado. Bajo los presupuestos del artículo 323.II 1 a 3 la fijación del plazo es superflua y se da un derecho de desistimiento inmediato (sin responsabilidad); la fijación del plazo es desde luego también prescindible si la prestación es imposible (artículo 326.V)” : Ibidem, p. 44.

Código por lo menos guarda la coherencia en este punto: si la imposibilidad no imputable produce en forma automática la extinción, entonces el sustitutivo jamás podría corresponderle al acreedor (¿a título de qué?), y solo cabe que la atribución sea en favor del deudor.

En el caso de la imposibilidad por culpa, el actual Derecho alemán prevé el § 283: “Si el deudor no tiene que prestar según el artículo 275 párrafo 1 a 3, el acreedor puede pedir bajo las condiciones del artículo 280 párrafo 1 una indemnización por daños y perjuicios en lugar de la prestación”. Y bajo las condiciones del artículo 280 implica la existencia de culpa; por lo tanto, aquella norma regula la imposibilidad culpable. La indemnización en lugar de la prestación tutela el llamado “interés del cumplimiento”, es decir, busca dejar al acreedor en la misma situación patrimonial en que se encontraría de haberse producido el cumplimiento en la forma preordenada.

Naturalmente, el acreedor también puede reclamar el subrogado —como en la imposibilidad no imputable—, pero entonces la reclamación de los daños en lugar de la prestación originaria queda reducida al valor del subrogado⁽⁶⁾. En general, la imposibilidad de la prestación con culpa otorga al acreedor el derecho de exigir una indemnización en lugar de la prestación.

Con respecto a la imposibilidad por culpa del deudor, y en cuanto al Derecho peruano, la obligación subsiste lógicamente para justificar la subrogación de las acciones con terceros y la indemnización (artículos 1138-1, 1157, 1160 del CC). Pero, ¿qué se indemniza en el caso de imposibilidad por culpa si ninguna de las dos partes ejecuta su prestación? (artículos 1138-1, 1154, 1160). En tal caso, es de suponer que no se puede resarcir los daños en lugar de la prestación, pues no se está ejecutando la que corresponde a la contraparte, por lo que la indemnización debería reducirse a los gastos del contrato y al lucro cesante. Lo contrario sería postular un enriquecimiento sin causa. Ahora bien, si se trata de un contrato de prestación unilateral, en donde todo es beneficio del acreedor, entonces la indemnización abarca los daños en lugar de la prestación, por lo menos.

(6) ZIMMERMANN, Reinhard. Ob. cit., pp. 65-66.

Ahora bien, cabe señalar que existen obligaciones, que se encuentran en una determinada fase de desarrollo, en las cuales **la prestación no puede devenir en imposible**. Es el caso de los bienes inciertos, esto es, aquellos que se indican en su especie o cantidad (artículo 1142 del CC) o de los bienes fungibles, es decir, los que tienen idénticas características con otros de su misma especie y calidad. Aquí rige el principio *genus nunquam perit* (el género no se pierde), por el cual antes de la individualización del bien no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa (artículo 1146, 1 párrafo del CC). Es el supuesto paradigmático de las obligaciones pecuniarias, las cuales nunca devienen en imposibles, por lo que el deudor siempre se encuentra obligado a cumplir. Esta regla tiene una excepción cuando la obligación recae en un género limitado (por ejemplo: la vid del fundo rural del deudor), y todo el género se pierde sin culpa del deudor (artículo 1146, 2 párrafo del CC). Ahora bien, luego de practicada la elección o individualización del bien, con la elección de la cosa destinada para realizar el pago o mediante la especificación de este, o determinación dentro del género, entonces la obligación se convierte en una de dar bienes ciertos (artículo 1147 del CC), por lo que a partir de esa fase sí puede acaecer la imposibilidad de cumplir.

III. LA LLAMADA *PERPETUATIO OBLIGATIONIS*

Un punto que ha originado debate doctrinal es el siguiente: **¿la imposibilidad con culpa conlleva la *perpetuatio obligationis*?** La *perpetuatio* implica que la obligación subsiste, no en la prestación imposible por obvias razones, sino en una prestación sustitutiva en dinero o cumplimiento por equivalente, sin perjuicio que el acreedor reclame la indemnización por los mayores daños. Por lo tanto, en el caso de la imposibilidad por culpa, y según la doctrina de la *perpetuatio*, el acreedor tiene dos partidas distintas por exigir: la prestación sustituta (*aestimatio rei* = estimación de la cosa perdida) y la indemnización (*id quod interest* = daño). Se dice que esta distinción otorga claridad al tema y respeta los distintos presupuestos que permiten actuar a cada uno de los remedios

de tutela del crédito, ora el cumplimiento –aunque sea por equivalente–, ora el resarcimiento⁽⁷⁾.

La doctrina de la *perpetuatio obligationis*, de origen romana, expresa una idea metafórica que es correcta: la imposibilidad no conlleva la extinción de la relación obligatoria, sino solo produce la liberación del deber de prestar, por lo que quedan otros remedios de protección del acreedor. Sin embargo, modernamente se rechaza que la *perpetuatio* implique que se lleve a cabo una novación, es decir, la extinción de una prestación originaria y el nacimiento de una prestación indemnizatoria sustituta. Este rechazo se debe a que ambas “prestaciones” cumplen función distinta y exigen requisitos diversos.

La doctrina de la *perpetuatio*, en el incumplimiento culpable, lleva a diferenciar el valor de la prestación y el valor del daño; pero la distinción parece superflua si tenemos en cuenta que en dicha hipótesis, por definición, la tutela de resarcimiento está presente por efecto de la culpabilidad. Por lo tanto, se hace inútil hablar de dos partidas cuando siempre habrá un solo contenido económico. Por eso, en el Derecho alemán se habla de un concepto “indemnización en lugar de la prestación”.

IV. OTRA HIPÓTESIS DE INFRACCIÓN DEL CRÉDITO: LAS CONTRAVENCIONES POSITIVAS

Pero, la imposibilidad y la mora no son las únicas lesiones del derecho de crédito, pues también debe agregarse las llamadas “**contravenciones positivas de la prestación**”, es decir, cuando esta se cumple, aunque en forma deficiente o inexacta.

El Código Civil alemán de 1896 (BGB) reguló la ausencia de cumplimiento de la obligación bajo el molde de la imposibilidad y mora. Muy pronto, sin embargo, se anotó que existía una laguna pues se omitió regular los casos de contravención positiva de la prestación, esto es, cuando el deudor cumple pero de manera defectuosa (ejemplo: vicios ocultos) o incompleta (cumplimiento parcial). Por eso la durante

(7) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Trivium, Madrid, 1999, p. 21.

los trabajos preparatorios de la reforma del derecho de obligaciones, que culminó en el año 2002, se proponía que la imposibilidad dejara de ser la figura central en esta materia, y que su lugar lo ocupe el concepto general de “lesión del deber”, que incluiría los supuestos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, infracción positiva de la prestación. Sin embargo, la propuesta no se aprobó, por lo que la imposibilidad, ahora mejor definida, mantiene el carácter central que tenía en el derecho de obligaciones⁽⁸⁾. Por ello se dice que la reforma no rompe con el pasado, sino que lo moderniza. En tal sentido, se dice que: “en el Derecho alemán, el punto de partida continúa siendo el mismo que ha venido siendo a lo largo de todo el siglo XX: los contratantes pueden exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones *in specie*. Según el § 241 I BGB, que inicia el Libro II, el efecto de una obligación ‘es que el acreedor puede exigir la prestación de su deudor’. La consecuencia es: cumplimiento específico (...) La excepción más importante se encuentra en el § 275 I BGB: se excluye la pretensión al cumplimiento específico cuando la prestación es imposible. La regla tiene una larga tradición y, en última instancia, deriva del principio de Derecho Romano según el cual *impossibilium nulla est obligatio*, basado en una regla básica de la filosofía moral que significa ‘el deber implica poder’”⁽⁹⁾.

El Código Civil peruano tiene referencias precisas a las contravenciones positivas, tales como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Ellas son reiteradamente mencionadas en el Título IX del Libro VI del Código Civil (artículos 1314 y siguientes del CC). El saneamiento por vicios ocultos, por evicción o hecho propio del transferente son también hipótesis de normas reguladoras de la prestación defectuosa (artículo 1485 del CC).

No obstante, el concepto de “lesión del deber” adquiere también una gran importancia por ser el presupuesto básico para que opere la indemnización⁽¹⁰⁾. En efecto, la infracción de los deberes de la relación

(8) ALBIEZ DORHMANN, Klaus Mochen. “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LV, Fascículo III, julio-setiembre de 2002, pp. 1163-1165.

(9) ZIMMERMAN, Reinhard. Ob. cit., p. 46.

(10) ALBIEZ DORHMANN, Klaus Mochen. Ob. cit., p. 1165.

obligatoria es el primer requisito, junto con otros, para evaluar la procedencia de la pretensión indemnizatoria. “Desde el punto de vista conceptual, la piedra angular de la indemnización de daños se describe, en el Derecho alemán, con la expresión “infracción de un deber” (*Pflichtverletzung*) y, en los principios, con la de “incumplimiento”. El principal motivo de rechazo de la expresión “incumplimiento” es que este difícilmente incluye supuestos de cumplimiento defectuoso o de infracción de deberes accesorios. Pero, sin embargo, por otro lado la expresión alemana *Pflichtverletzung* tiene un sabor característico al asociarla a la noción de culpa –lo cual es incorrecto si se tiene en cuenta que la culpa es un elemento adicional de la responsabilidad, que puede o no estar presente–. Un trabajador que sufre de neumonía no tiene que ir a trabajar. Desde luego, no cumple su obligación contractual frente al empresario, pero difícilmente podría decirse, no sin cierto embarazo o torpeza, que aquel infringe un deber en el contexto de las normas sobre infracción contractual”⁽¹¹⁾.

V. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: DOS ACEPCIONES

La labor clarificadora de la doctrina debe comenzar con **definir el término responsabilidad contractual**, pues rápidamente se advierte que en este tema contamos con **dos acepciones, una amplia y otra restringida**.

El primer concepto incluye todos los remedios o instrumentos jurídicos, judiciales o extrajudiciales, que la ley reconoce en tutela y defensa del derecho de crédito. En efecto, el crédito es todo derecho del acreedor que consiste en exigir una prestación con valoración económica por parte de un deudor.

Aquí se encuentran las pretensiones de cumplimiento por obra del deudor (artículos 1150-1, 1151, 1158-1, 1219-2 del CC), o de tercero (artículos 1150-2, 1151-1, 1219-2 del CC), de corrección de la prestación (artículos 1151-3, 1158-2, 1508 del CC), de reducción de la prestación (artículos 1138-2, 1138-6, 1151-4, 1513, 1525 del CC), de resarcimiento en lugar de la prestación (artículos 1152, 1159, 1219-3, 1321,

(11) ZIMMERMMAN, Reinhard. Ob. cit., p. 55.

1495-7, 1512-5 del CC), de sustitución por el denominado *commodus representationis* (artículos 1138, 1157 del CC), de resarcimiento por prestación inexacta (artículos 1152, 1159, 1219-3, 1321, 1336), de resolución de contrato (artículos 1150-3, 1158-3, 1337, 1428 a 1430, 1495, incisos 1 a 6, 1511, 1525), de desistimiento sin causa (artículos 1365, 1613, 1703) o de desistimiento por justa causa (artículos 1769, 1833), entre muchas otras.

El segundo concepto abarca exclusivamente las hipótesis de resarcimiento por el daño producido como consecuencia de la infracción de un deber de origen convencional. Este resarcimiento puede reemplazar a la prestación que no pudo ejecutarse por imposibilidad o que ya no se ejecutó por carecer de utilidad para el acreedor. Por lo tanto, se trata de un “resarcimiento-sustitución” (artículos 1152, 1159, 1219-3, 1321, 1337, 1495-7, 1512-5 del CC). Por otro lado, también tenemos el resarcimiento que coexiste con la prestación, ya que esta se cumplió en forma extemporánea –la llamada indemnización por mora–, o se ejecutó en forma inexacta o deficiente, lo que origina resarcirse el menor valor económico que representa con relación a la prestación convenida (artículos 1138-2 –a la reducción de la prestación se suma el resarcimiento–, 1138-6, 1152, 1159, 1219-3, 1321, 1336). Se trata, por lo tanto, de un “resarcimiento-adequación” (a falta de una terminología más precisa), pues alude a una cosa mal hecha y que debe ser corregida mediante una indemnización en vías de adecuación al desmedro patrimonial.

La distinción entre “resarcimiento en sustitución” y “resarcimiento en adecuación” es de vital importancia para evitar confundirse en el fárrago de abstracciones que compone el Derecho de obligaciones. En efecto, cuando la prestación se ejecuta, y el acreedor la recibe mal que bien, entonces no puede pedirse el primer tipo de resarcimiento pues se vería duplicada la indemnización. En tal caso se produce un proscrito enriquecimiento sin causa. Por tal razón, son risibles las curiosas demandas que enfrenta nuestro Poder Judicial por las cuales se pide el cumplimiento de la prestación, “más una indemnización de un millón de dólares” (sic). Por supuesto que no existe ningún título que habilite para ello. Un conocimiento de los conceptos útiles ayuda a resolver con justicia, simplicidad y seguridad jurídica los distintos conflictos que se presentan en el tráfico económico.

La distinción entre ambos tipos de resarcimiento se encuentra presente, por ejemplo, en la cláusula penal, ya que ella puede ser compensatoria (artículo 1341), esto es, opera en sustitución de la prestación adeudada; o puede asegurar un pacto determinado (artículo 1342 del CC), lo que implica un resarcimiento solo en vía de adecuación, ya que la prestación principal debe también cumplirse. Igualmente esta distinción se advierte en la mora, ya que esta por propia definición solo produce la consecuencia jurídica de indemnizar el retardo, por lo que se trata de un resarcimiento en adecuación y que deja subsistente la exigibilidad de la prestación (artículo 1336 del CC).

Nuestra propia doctrina tradicional habla de la “indemnización compensatoria” frente a una “moratoria” (véase: Felipe Osterling), aunque la terminología no resulte precisa; por ejemplo, pues la mora no constituye la única infracción del deber que da lugar al resarcimiento; además, el término “compensatoria” resulta demasiado amplio, incluso abarca la mora, por lo que carece de rigurosidad técnica.

Resulta imperioso, por lo tanto, conocer en qué acepción se utiliza el término “responsabilidad contractual” para evitar errores motivados exclusivamente en el significado de las palabras. Como se dice en filosofía, antes de discutir sobre algún tema es necesario saber cuál es la definición de los términos de los que estamos hablando.

VI. REMEDIOS PARA LA TUTELA DEL CRÉDITO

La primera acepción de responsabilidad contractual se caracteriza por su extrema heterogeneidad, ya que agrupa figuras muy disímiles entre sí. Por lo tanto, los requisitos o excepciones que se aplican a una, no necesariamente se aplican a la otra. **Eso ha sido la causa de la confusión que todavía hoy se advierte en la doctrina**, conforme ha ocurrido con el debate sobre la responsabilidad objetiva o subjetiva, esto es, si se requiere el elemento de culpa o no, con el fin de exigir una indemnización.

Con el fin de mantener un debido orden y una correcta sistemática, se hace necesario construir una tipología de remedios contractuales, cuya finalidad es encausar el material legislativo, conservar coherencia valorativa y guiar al intérprete y al juez. Por nuestra parte, proponemos

la siguiente tipología de remedios vinculados a la **responsabilidad contractual en sentido amplio**:

- a) **Remedios de cumplimiento**: incluye los casos en los cuales la ley faculta al acreedor procurarse la prestación debida, ya sea coactivamente contra el deudor o con el auxilio de un tercero. También debe considerarse en este tipo las acciones de sustitución o corrección, cuando la ley faculta a que el deudor pueda entregar otro bien o repararlo o corregirlo. Este caso resulta especialmente importante en la legislación de protección al consumidor.
- b) **Remedios extintivos por equilibrio**: abarca las hipótesis en las cuales el acreedor se libera del vínculo para evitar el desequilibrio o la falta de simetría económica del contrato. Es el caso de la resolución, por la que se pone fin a la relación jurídica con el fin de evitar que el cumplimiento de una parte se salde en los hechos con el incumplimiento de la otra. También habría que incluir aquí a la extinción del contrato por imposibilidad en el cumplimiento.
- c) **Remedios reparadores del equilibrio**: se refiere a las situaciones en las que el vínculo obligatorio se mantiene; sin embargo, se hace necesario mantener el equilibrio roto. Por ejemplo, cuando se entrega un bien con defectos, y el acreedor desea conservar el bien, pero también la simetría económica, por lo que la ley autoriza a que se reduzca el precio.
- d) **Remedios de equidad**: son aquellas hipótesis por las cuales se otorga un instrumento de protección por causas excepcionales o por casos justificados en los que la ley da más apertura para liberarse de ciertas relaciones jurídicas. Por ejemplo, la lesión. Otro caso es el desistimiento por causa justificada en el contrato de locación de servicios, en donde se valora especialmente que se trata de la prestación de una actividad humana (ejemplo: circunstancia índole personal –muerte de familiar muy cercano– que afecta al locador), o la condición de los actos gratuitos en los cuales se facilita la liberación del donante o deudor (ejemplo: reversión pactada, revocación legal por causas de desheredación o indignidad, extinción por sobreveniencia o supervivencia de hijo. Todas estas figuras están reguladas en el contrato de donación).

- e) **Remedios conservativos:** por los cuales se mantiene el patrimonio del deudor a efectos de hacer efectiva su responsabilidad patrimonial por la obligación. Puede incluirse la acción revocatoria o pauliana, y la subrogatoria. En esta última, el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor, cuando aquel sea negligente e insolvente. Se trata de un mecanismo de conservación del patrimonio, ya que el crédito se encuentra dentro de los activos del deudor, por lo que se atribuye una acción directa al acreedor con el fin de hacerlo efectivo. Otro caso son las acciones conservatorias para los negocios jurídicos sujetos a condición.
- f) **Remedios resarcitorios:** Se basa en la infracción de un deber, con culpa, y que ocasiona daño. En tal situación se impone que el acreedor quede en situación de indemnidad, es decir, en la misma situación como si el daño no se hubiese producido. Abarca el “resarcimiento-sustitución” o el “resarcimiento por prestación inexacta”. Todos ellos son manifestaciones de la **responsabilidad contractual en sentido restringido**.

Es fácil advertir que esta tipología tiene carácter tentativo y provisional, pues resulta sumamente difícil incluir en algunas pocas hipótesis todos los instrumentos de protección que la ley reconoce en favor del derecho de crédito, y que no solo aparecen en los códigos del Derecho Privado, sino que también en la legislación de protección del consumidor, en la legislación bancaria y de seguros, y muchas otras. Por lo demás, existen figuras de difícil encuadre sistemático.

VII. DISTINTOS REQUISITOS EN LOS REMEDIOS DE TUTELA DEL CRÉDITO

Los remedios que la ley prevé para tutela del crédito, o de protección frente a la lesión de un deber, tienen cada uno distintos requisitos para su procedencia. Vamos a poner algunos ejemplos:

- En el caso de los remedios de cumplimiento, basta que el deudor no haya ejecutado la prestación debida, es decir, para solicitar el cumplimiento solo se requiere que el deudor no haya pagado. Por lo tanto, el acreedor solo debe probar la existencia de la obligación, pues ello implica prima facie el incumplimiento del deudor. Recuérdese

que en este caso el acreedor simplemente exige que se cumpla lo que ya está previsto en el título de la obligación (contrato), por lo que resulta suficiente invocar dicho título. Así tenemos los artículos 1219-1, 1229 y 1428 del CC, aunque este último resulta más explícito, pues ante el “incumplimiento”, el acreedor puede optar por requerir el “cumplimiento” o la “resolución”; y nótese que no se exige nada más. El problema del artículo 1428 es que está circunscrito a los contratos sinalagmáticos. Por lo tanto, el acreedor que requiere el pago no necesita probar nada, salvo la existencia de la obligación, por lo que resulta errado en estos casos exigir o presumir la culpa⁽¹²⁾.

- Las acciones de sustitución o corrección de la prestación permiten que el deudor pueda entregar otro bien, repararlo o corregirlo. Dichos remedios tienen la naturaleza de pretensión de cumplimiento, por lo que no se requiere ningún requisito adicional para actuarlos, salvo el llamado “incumplimiento” o infracción del deber.
- Los remedios extintivos, como la resolución contractual, tienen el objetivo de evitar el desequilibrio o la falta de simetría económica en el contrato. En tales casos también basta el solo “incumplimiento” (artículo 1428 del CC), sin que tenga relevancia alguna la culpa o los daños, pues lo que se pretende con la resolución es impedir que uno ejecute su prestación y el otro no. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina está conforme en no autorizar la resolución cuando el incumplimiento es de poca magnitud. Nuestro Código Civil no se pronuncia sobre el particular, pero resulta atendible la invocación del artículo 1362 del CC para lograr ese propósito, pues la ejecución del vínculo contractual debe hacerse conforme a las reglas de la buena fe. La razón de ser de los mecanismos extintivos es el siguiente: el equilibrio del contrato se mantiene **objetivamente** cuando ambos cumplen su deber, o cuando ninguno queda obligado

(12) Un ejemplo de este error puede verse en la Sentencia de la Tercera Sala Civil, Expediente N° 29-98, en la cual inútilmente se hace referencia a la existencia de culpa, ni siquiera presunta: “Aunque el demandado reconozca la deuda, no se puede exigir al acreedor que otorgue facilidades de pago a este; pues, se presume que la inexecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor y en tal virtud, no está facultado para exigir facilidades de pago no pactados”: En: *Código Civil*. Jurista Editores, setiembre de 2009, p. 312.

a hacerlo mediante la oportuna liberación del vínculo. Con la extinción de la relación jurídica entonces se recupera la simetría. Sin embargo, si la infracción del deber (“incumplimiento”) se origina por culpa, y se prueban los daños, entonces, además de la resolución, deberá sancionarse el resarcimiento en su modalidad de “sustitución”. El artículo 1428 contiene el error de hacer suponer que la consecuencia de la indemnización es obligatoria y necesaria cuando se declara la resolución. Pero no es así. Ambos remedios tienen presupuestos, efectos y función diversa, por lo que sus requisitos son distintos. Una vez más la doctrina debe acudir en auxilio del legislador.

- Los remedios reparadores del equilibrio se refieren a las situaciones en las que el vínculo obligatorio se mantiene, pero se hace necesario mantener el equilibrio roto. Así ocurre en la acción *quantum minoris* del saneamiento por vicios ocultos, en donde la ley autoriza la reducción del precio en forma proporcional a la magnitud del defecto. También resulta procedente con el solo “incumplimiento”, pues en realidad se trata de remedios que buscan lograr el cumplimiento exacto de la prestación. Ahora bien, el acreedor también podría solicitar una indemnización, pero en ese caso se necesitaría la existencia de los presupuestos que justifican la tutela resarcitoria.
- Los remedios de equidad incluye a las hipótesis por las cuales se otorga un instrumento de protección por causas excepcionales (desistimiento por causa justificada) o por la naturaleza del negocio jurídico en el que se facilita la liberación del deudor (donación). Aquí la tutela opera, no por incumplimiento, sino cuando se produce el supuesto de hecho de la norma; esto es, el drama familiar que justifica liberar al prestador de un servicio o la existencia de una causal de desheredación que da lugar a una revocación de la donación.
- Los remedios resarcitorios tienen como presupuesto la necesaria lesión de un deber, pues este es el primer paso para sancionar al infractor. Si no hay incumplimiento ni siquiera cabe plantear el tema del resarcimiento. Por ejemplo, A y B celebran la venta de una casa, y se pacta que el bien se entrega en 30 días; sin embargo, el comprador sufre el despojo de su arrendador y ello lo obligó a procurarse una casa con una renta altísima. Sin duda ese comprador sufre un

daño por la no entrega del bien, pero no hay incumplimiento (artículo 1428 del CC). Además de la infracción del deber se requiere culpa del deudor (artículo 1321 del CC) y la prueba de los daños (artículo 1331 del CC). De tal suerte que podría existir incumplimiento y culpa, pero no daños, en cuyo caso solo cabe optar por exigir el pago (cumplimiento) o la resolución, ex artículo 1428, para los cuales solo se requiere la lesión del deber. Un ejemplo de ello se presenta en una compraventa de acciones en donde el vendedor incumple su obligación de transferencia y entrega, pero las acciones bajan de precio en el mercado bursátil, por lo que el comprador se salva de una pérdida segura. En tal caso, la oportuna resolución del vínculo jurídico por efecto del incumplimiento, sin embargo, no lleva aparejado el resarcimiento por ausencia de daño.

Uno de los grandes méritos de la obra del profesor español Pantaleón Prieto ha sido, precisamente, demostrar que los distintos remedios de tutela del crédito se basan en supuestos de hecho diferentes: la responsabilidad contractual en sentido restringido, o tutela resarcitoria, se sustenta en un daño imputable causalmente a la falta de cumplimiento, y además tal incumplimiento se imputa subjetivamente al deudor bajo el título de la culpa. La pretensión de cumplimiento, por el contrario, no requiere ninguno de esos elementos, y basta que el cumplimiento sea objetivamente posible. Y en el caso de la resolución solo se necesita que el incumplimiento tenga una entidad y circunstancias tales que justifiquen dicha medida, sin necesidad de daño o culpa⁽¹³⁾.

Esta precisión hace inaceptable la tesis del profesor Jordano Fraga, referida a una responsabilidad contractual objetiva, pues el incumplimiento es el presupuesto natural para exigir la ejecución de la prestación, conforme lo convenido en el título de la obligación; pero nada autoriza a exigir un plus de resarcimiento cuando no exista el factor subjetivo de la culpa. En consecuencia, los distintos remedios de tutela del crédito cuentan con distintos presupuestos de actuación.

(13) Así lo reconoce: LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. cit., p. 89.

VIII. RESARCIMIENTO: REMEDIO DE ALCANCE GENERAL

La tutela resarcitoria es el **remedio general** de protección de las distintas situaciones jurídicas reconocidas. Así, supongamos el caso de la propiedad, del crédito o de la propia vida humana. La propiedad es un derecho que otorga todas las facultades de aprovechamiento sobre un bien, por lo que la actuación del derecho se logra cuando efectivamente se permite ese uso y disfrute. El crédito es un derecho por el cual un deudor queda obligado a ejecutar una prestación (conducta de contenido económica) para satisfacer el interés del acreedor; y la actuación de ese derecho solo se logra cuando este último recibe la prestación prometida. La vida es un derecho de la personalidad por el cual se permite disfrutar los placeres de la existencia; y este derecho se actúa solo mientras la vida subsiste. Pues bien, el propietario quiere disfrutar, el acreedor quiere recibir la prestación y el sujeto quiere vivir. Ese es el contenido directo de los derechos mencionados; sin embargo, puede ocurrir que estos derechos ya no puedan actuarse por imposibilidad, destrucción, muerte o interferencia ajena que deviene en absoluta. Ante una situación de ese tipo **el ordenamiento jurídico concede un remedio general, de carácter subsidiario, que sirve para tutelar todos los derechos subjetivos: el resarcimiento**. En efecto, ante la pérdida o imposibilidad de actuación de los derechos, entonces solo queda la compensación económica como mecanismo para protegerlos, aun cuando sea en forma indirecta. Así, el propietario quiere disfrutar de la cosa, pero a falta de ella puede compensarse con dinero por pérdida de esta; el acreedor quiere la prestación pero debe conformarse con dinero en caso de imposibilidad provocada por un tercero; el sujeto quiere la vida, pero sus herederos deben resignarse a un resarcimiento por la muerte ocasionada con dolo o culpa. **Nótese que todos los derechos, incluso los de muy distinto contenido, características y eficacia, tienen como remedio último la tutela por el resarcimiento.**

Por esta razón, el remedio indemnizatorio tiene relación con prácticamente todos los otros mecanismos de protección del crédito. Uno es general y los otros son especiales para tutelar la misma situación jurídica. Un tipo de resarcimiento puede reemplazar a la prestación que no pudo ejecutarse por imposibilidad o que ya no se ejecutó por carecer de utilidad

para el acreedor. Por lo tanto, se trata de un “resarcimiento-sustitución” (artículos 1152, 1159, 1219-3, 1321, 1337, 1495-7, 1512-5 del CC).

Por otro lado, el resarcimiento también coexiste, en muchos casos, con la prestación misma, ya sea por que esta se ejecutó con mora, en forma inexacta o deficiente (artículos 1138-2, 1138-6, 1152, 1159, 1219-3, 1321, 1336). Se trata, de un “resarcimiento-adequación”, en la cual se produce el cumplimiento no en las condiciones exactamente convenidas, razón por la que el acreedor puede nivelar su situación patrimonial mediante la oportuna indemnización suplementaria.

Esta vinculación no implica que el resarcimiento tenga carácter accesorio o derivado con cualquier otro de los mecanismos de tutela. Cada uno es autónomo. Ya lo vimos con el caso de la resolución (artículo 1428 del CC), pero también se aplica en la tutela de cumplimiento, por ejemplo, entre otros casos. Así, el acreedor A reclama la entrega de la cosa a su deudor D, para lo cual basta que este se encuentre en situación de incumplimiento. Ahora bien, si A pretende una indemnización se necesitará que D haya actuado con culpa y la consecuencia de ello sea la producción de daños en el acreedor. Pero, D podría oponer la ausencia de culpa, pues el Gobierno podría haber dictado una norma que prohíbe temporalmente la importación de ese bien, con lo cual estamos en presencia de un acto de fuerza mayor que excluye la culpa. No hay resarcimiento, pero luego de cumplirse el plazo de la medida, A podría perfectamente exigir el cumplimiento; y antes de ello estaría habilitado para declarar la resolución del vínculo por no ejecutar la prestación; ya que en tal situación no es relevante si se actuó con culpa o no.

La indemnización por mora también exige los mismos requisitos antes mencionados: infracción del deber, culpa y daño, ya que se trata de una modalidad más de tutela resarcitoria. La infracción del deber se materializa con el retardo jurídicamente calificado pues se necesita interpelación del acreedor (*mora ex personae*: artículo 1333 del CC, salvo las hipótesis de excepción que esa misma norma contempla). La necesidad de culpa y daños viene impuesta por las normas generales (artículos 1321 y 1331 del CC). En el caso de obligaciones pecuniarias se entiende que no es necesaria la culpa ni el daño (artículos 1146, 1324 y 1336 del CC).

La necesidad de culpa a efectos de la indemnización puede excluirse por pacto en contrario o cuando la ley así lo disponga (artículo 1317 del CC), en cuyo caso se habla de una “responsabilidad por garantía”, es decir, el solo incumplimiento objetivo da lugar al resarcimiento, siempre que se prueben los daños o haya cláusula penal.

En efecto, se puede eludir la prueba de los daños mediante la cláusula penal (artículo 1343 del CC), ya sea compensatoria (artículo 1341), en sustitución de la prestación, ya sea por causa de mora o en seguridad de un pacto determinado (artículo 1342 del CC), lo que implica un resarcimiento en vía de adecuación. No obstante ello, a solicitud del deudor, el juez puede reducir equitativamente la penalidad cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la prestación inexacta o defectuosa hubiera sido recibida por el acreedor (artículo 1346 del CC). La norma se justifica pues la protección del contrato no llega al extremo de amparar el abuso, la inequidad, la inexperiencia o la sujeción de una de las partes por la otra por efecto de poder económico, social o de hecho. El análisis económico del Derecho ha criticado esta norma, pero sus argumentos no son atendibles. En primer lugar, el simple cálculo economicista no puede sustentar una inmoralidad revestida de pacto contractual. En segundo lugar, la posibilidad de discutir el exceso de la penalidad no debilita la institución, sino que incentiva anteladamente que se convengan cláusulas justas y equitativas, pues se conoce la posibilidad de una revisión ante el exceso. Por el contrario, la ausencia de norma incentivaría el abuso, según la propia terminología economicista, pues el acreedor podría considerar que el monto no es revisable bajo ninguna perspectiva. Sin embargo, el Derecho Comparado enseña que, incluso ante la falta de previsión expresa, los jueces moderan las penalidades exageradas en virtud de las cláusulas generales de corte ético-jurídico, como el caso de la buena fe. Por lo tanto, el fácil expediente de derogar el artículo 1346 no sirve de nada, pues fácilmente se llega a la misma regla con la aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos (artículo 1362 del CC). Un ejemplo más de la ingenuidad del Análisis Económico del Derecho, ignorante de la historia y de la comparación jurídica.

En el caso de las obligaciones pecuniarias no es necesario acreditar los daños, pues en su condición de bien naturalmente fructífero y productivo, devengan en forma automática el interés legal por mora que

fija el Banco Central de Reserva (artículo 1324 del CC). Por supuesto es posible que se pacte una tasa distinta a la legal mediante convenio, en cuyo caso rige este último (interpretación a contrario del artículo 1245 del CC). Si antes de la mora se debían intereses mayores (naturalmente, compensatorios) entonces se siguen devengando luego de la mora en la misma cantidad (artículos 1246, 1324 del CC).

En las obligaciones pecuniarias tampoco es necesaria la culpa a efectos de exigirse la tutela de resarcimiento por mora, y según una larga tradición que viene desde el Derecho Romano. La razón se encuentra en el principio *genus nunquam perit*, por el cual los bienes fungibles, entre otros, no se pierden, por lo que siempre es posible el cumplimiento (artículo 1142 del CC). En tal sentido, la situación de no pago se convierte en culposa.

IX. RELACIONES ENTRE LOS DISTINTOS REMEDIOS CONTRACTUALES

El crédito es el derecho que se otorga al acreedor a efectos de exigir al deudor el cumplimiento de una prestación de valoración económica. Como ya hemos visto, existen múltiples mecanismos de tutela del crédito, los cuales hay que coordinar y sistematizar debidamente con el fin de evitar incoherencias valorativas o soluciones injustas.

Así, por ejemplo, ¿cómo se relaciona la tutela de cumplimiento con la tutela extintiva de resolución del vínculo obligatorio? Pues bien, ambas en principio son incompatibles, ya que el acreedor puede optar por exigir el pago o la resolución, en caso de incumplimiento (artículo 1428 del CC), pero no las dos al mismo tiempo o en forma simultánea.

Sin embargo, esta regla no es absoluta. Por ejemplo, en el caso de las prestaciones divisibles no parece que se infrinja ningún principio de orden público cuando se permita la “resolución parcial”. Por ejemplo, dos partes celebran la venta de una determinada cantidad de polos de algodón para la campaña de verano. El vendedor entrega la mitad de ellos, pero se ve impedido por circunstancias de mercado de cumplir con el saldo. El comprador que probablemente ya colocó esa mercadería no tiene interés en resolver totalmente el contrato, sino solo en la parte que no fue materia de cumplimiento. La lectura aislada del artículo 1428 podría

impedir esa alternativa, sin duda preferible para salvar parcialmente el negocio y tutelar el interés de ambos contratantes, empero la solución se encuentra en el Título IX del Libro VI del Código Civil (artículo 1314 ss.), en donde muchas de sus normas se refieren al “cumplimiento parcial”. Ello implica que el acreedor podría tener interés en una fracción del cumplimiento, ante lo cual solo cabe resolver el vínculo por el saldo no pagado. El artículo 1428 no es aplicable para ese específico supuesto.

En conclusión, hay que tener cuidado en la ordenación de los múltiples remedios contractuales, ya que su correcto entendimiento exige un esfuerzo de conocimiento “institucional” del Derecho de obligaciones, a fin de corregir por vía doctrinal el desorden legislativo.

X. RELACIONES CON LAS NORMAS DE SANEAMIENTO

A veces la coordinación de los remedios contractuales no es nada sencilla, pues los distintos institutos jurídicos han podido nacer en diversas circunstancias, que tal vez en el pasado encajaban sistemáticamente, pero que hoy, desaparecidas esas circunstancias, ya no ocurre así. Es el caso de las normas generales de incumplimiento de obligaciones y aquellas otras de saneamiento.

En el caso del **saneamiento por vicios ocultos**, el origen de estas disposiciones se encuentra en el Derecho Romano, en donde la entrega del bien producía formalmente el cumplimiento de la prestación; razón por la que se hizo necesario que el pretor en su famoso Edicto de los Ediles Curules (una especie de policía de los mercados)⁽¹⁴⁾ estableciera reglas especiales para las ventas en los mercados y plazas respecto de bienes transferidos con distintos defectos que no podían advertirse a simple vista. Sin duda, un antecedente con dos mil años de antigüedad de la moderna disciplina de protección del consumidor.

En el Derecho Romano no existía resolución de contrato, salvo que las partes conviniesen el llamado “pacto comisorio”. Fuera de ese caso el acreedor solo tenía derecho a exigir la prestación. En tal contexto, las

(14) MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Volumen I, Bosch Casa Editorial 1995, traducción del alemán de Ángel Martínez Sarrión, p. 401.

antiguas acciones por vicios ocultos o redhibitorios (*redhibire* = anular) permiten dejar sin efecto la relación jurídica (artículo 1511 del CC), o por lo menos se autoriza a reducir el precio en la medida del defecto que se soporta (artículo 1513 del CC). El conocimiento de la historia permite entender la razón de ser de estas figuras y su entronque con las normas generales sobre incumplimiento.

En el Derecho moderno, por el contrario, se cuestiona la subsistencia de las normas especiales sobre saneamiento por vicios ocultos, ya que se considera preferible la sistemática de establecer los mismos remedios en caso de incumplimiento de la prestación o de “falta de conformidad de la prestación ejecutada”, siempre que esta última tenga magnitud relevante. Así ocurre, por ejemplo, en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena 1980) en donde se habla de la “falta de conformidad” y ese tipo de lesión se reconduce a las normas generales sobre responsabilidad contractual⁽¹⁵⁾.

Es difícil relacionar el saneamiento de vicios ocultos en nuestro Código Civil con las demás normas sobre “inejecución de obligaciones”. El tema tiene relevante importancia práctica, pues el plazo de la prescripción extintiva para el saneamiento es apenas tres o seis meses contados desde la entrega, dependiendo si se trata de un bien mueble o inmueble (artículo 1514 del CC). En el resto de las hipótesis de inejecución el plazo se alarga por diez años. Una diferencia sustancial. Por ejemplo, un vendedor entrega e instala una maquinaria compleja en la planta industrial del comprador. Sin embargo, el bien no responde adecuadamente a los requerimientos convenidos, a lo que el comprador decide que la máquina se asiente antes de presentar un reclamo formal. Cuando decide hacerlo han transcurrido tres meses y quince días. Según el principio general de que la norma especial se prefiere a la general, entonces la prescripción está consumada y no hay nada que reclamar. Otra solución sería invocar las reglas generales

(15) La Convención de Viena desaparece las diferencias entre las distintas anomalías cualitativas de la cosa, y ya no se habla de vicio, defecto de calidad o *aliud pro alio*. Ninguna de ellas es tenida en cuenta y solo se habla de la “no conformidad de las mercaderías”, que refunde los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso e inexacto, en clara analogía con el Derecho inglés de la compraventa: FENOY PICÓN, Nieves. *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*. CRPME, Madrid 1996, pp. 365-366.

de la responsabilidad contractual en sentido amplio, esto es, la resolución de contrato por prestación inexacta grave (artículo 1428), el cumplimiento de la prestación a través de exigir la reparación o sustitución del bien (artículo 1219), o simplemente el resarcimiento de daños por un bien que no sirve para la función requerida (artículo 1321). Tal vez en la práctica esta última opción sea la preferible, pues las acciones por vicios ocultos no comprenden la tutela resarcitoria, pero sí la resolutoria y, por tanto, se entenderá que esta última, no regulada para esa hipótesis, subsiste. Esta conclusión lleva a afirmar que los remedios por vicios ocultos no son exclusivos, y que en todo caso quedan a salvo los otros mecanismos de protección, específicamente el remedio general para tutela de toda situación jurídica, cual es, el resarcimiento.

Otra forma de eludir los plazos perentorios de la prescripción extintiva en los vicios ocultos es reputar que el bien entregado no solamente es defectuoso (artículo 1503 del CC), o contrario a las cualidades especialmente prometidas (artículo 105 del CC), o con gravámenes jurídicos no informados (artículo 1509 del CC), **sino que simplemente se trata de un “bien distinto”**. Es decir, estamos ante una entrega falsa respecto de otro bien, que no fue el pactado (*aliud pro alio*)⁽¹⁶⁾. En tal caso, si se entrega una cosa por otra, se reputa que no hay cumplimiento, por lo que el acreedor tiene a su disposición todos los remedios generales propios del incumplimiento. Así ocurre, por ejemplo, si se compra un vehículo de marca y modelo específico, sin embargo se entrega uno de la misma marca pero de distinto modelo. Se entiende realizada una falsa entrega pues se trata claramente de otro bien.

Respecto al **saneamiento por evicción**, este se produce cuando “el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia” (artículo 1491 del CC). Nuevamente es necesario recurrir a la historia para entender la racionalidad de este instituto. Para tal efecto es necesario recordar que en el Derecho Romano la compraventa no generaba en el vendedor la obligación de transmitir el dominio, pues los juristas

(16) MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Ob. cit., volumen I, p. 408.

romanos, ante todo pragmáticos, habían advertido que era casi imposible determinar quién era el propietario de una cosa por lo cual nunca se iba a corroborar si el vendedor cumplía o no. Por lo tanto, la venta romana solo exigía al vendedor transmitir la posesión pacífica, libre de interferencias, a efectos de que el comprador pueda adquirir la propiedad a través de la usucapión anual o bianual, dependiendo del tipo de bien⁽¹⁷⁾. En este contexto el vendedor nunca puede ser imputado como incumplidor en caso de que el bien no sea de su dominio, ya que nunca asumió dicha obligación. Siendo ello así, en el Derecho Romano se estableció una acción específica para tutelar al comprador en el caso en que haya sido vencido (de allí proviene *evicción*, del término latino *evincere* = vencer) por un tercero en la titularidad del Derecho. Si el vendedor no está obligado a transmitir el dominio no se le considera incumplidor, pero alguna consecuencia debe originar, ya que no puede aceptarse que el comprador no adquiera nada y el causante de ese entuerto termine inmune. Por ello se creó la acción especial de evicción, fuera de las normas de responsabilidad contractual, en virtud de la cual el vendedor garantizaba al comprador en caso de que la propiedad resulte ser de un tercero, y en tal situación quedaba obligado a indemnizar con el doble del precio recibido.

El Código Civil de 1984, al igual que muchas otras codificaciones modernas, establece en forma expresa que el vendedor se encuentra obligado a transmitir el dominio (artículo 1529), con lo cual no solo se alejan del modelo romano, sino que hacen innecesarias las normas sobre saneamiento por evicción. En efecto, si una de las obligaciones del vendedor es lograr que el comprador se convierta en domino, entonces la falta de ese resultado lo pone directamente en situación de incumplimiento, y ya no se requiere la vieja acción romana, pensada justamente cuando el vendedor no tenía dicha obligación.

El BGB fue muy consciente de la racionalidad implícita en la evicción, y por ello no la contempló en su texto. La razón justificativa es

(17) Algunos Códigos modernos regulan la compraventa al estilo romano, pues el vendedor queda obligado a entregar una cosa determinada. Así el caso español. Por ello se dice que en la doctrina de ese país: “la entrega comporta uno de los pilares indispensables para poder hablar de la evicción y el saneamiento”: DURÁN RIVACOBÁ, Ramón. *Evicción y Saneamiento*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 52-53.

muy simple: si en el Código alemán el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad, entonces la evicción sale sobrando, ya que el problema siempre se resuelve por las reglas generales de responsabilidad contractual. Esta situación conlleva otra consecuencia de primera importancia: en el régimen de la evicción el comprador solo puede reclamar cuando el tercero vence judicialmente o administrativamente por el derecho transmitido⁽¹⁸⁾. Antes no, pues el vendedor no está en incumplimiento. Por el contrario, en el régimen donde el vendedor transmite el dominio no hay nada que esperar, ya que la falta de resultado lo pone en situación de no prestación.

El Código peruano incurre en dicha incoherencia, pues a pesar de imponer al vendedor la obligación de transmisión, sin embargo, todavía contiene normas sobre la evicción. Es decir, ante esa hipótesis el comprador cuenta con el remedio de incumplimiento (aunque increíblemente se trate de la rescisión por venta del bien ajeno: artículo 1539 del CC, cuando claramente debió reconducirse a la resolución) o de evicción. El primero queda habilitado por el solo hecho de que el vendedor no sea propietario; y el segundo cuando el comprador sea vencido en juicio. En descargo de nuestro Código cabe señalar que casi todas las legislaciones modernas incurren en ese error, salvo el caso alemán, ejemplo de coherencia y conocimiento jurídico.

XI. ¿Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD?

La causalidad se encuentra presente en la tutela específica de resarcimiento, pero con el fin de establecer sus alcances o ámbito (¿hasta donde llega?). Ello implica que la relación causal permite establecer qué daños son indemnizables y qué otros, por el contrario, son excluidos.

El artículo 1321, 2º párrafo del CC señala que la infracción de un deber (inejecución) permite que el acreedor pida resarcimiento por el daño emergente y lucro cesante que sean consecuencia directa e inmediata de la infracción (“causa directa”), siempre que medie culpa grave o dolo del deudor. La misma regla se aplica en los casos de culpa leve, pero el resarcimiento se restringe a los daños que podía preverse al tiempo en que fue

(18) MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Ob. cit., p. 392.

contraída la obligación (artículo 1321, 3° párrafo del CC). Por interpretación a contrario se deduce que los deudores que actúan con culpa inexcusable o dolo deben resarcir los daños que incluso no sean previsibles.

Sin duda, las consecuencias entre una y otra hipótesis son verdaderamente dramáticas, pues en la culpa inexcusable o negligencia grave (artículo 1319 del CC) el deudor puede verse arruinado, ya que la obligación de resarcimiento crece en forma desmesurada. Por tal razón, hubiera sido preferible que en lugar de disquisiciones bizantinas (culpa leve, culpa inexcusable, dolo = artículos 1318 a 1320 del CC), el Código solo distinga entre culpa y dolo; de tal suerte que la consecuencia desastrosa para el deudor solo pueda imputársele cuando exista voluntad consciente, deliberada y manifiesta por sustraerse de su obligación, lo que además exige la prueba suficiente para colocar a un deudor en dicha complicada situación.

Un tema que puede originar debate es si las partes pueden establecer otra regla sobre la causalidad de los daños, con lo cual se dé entrada a importantes modificaciones sobre el cuántum indemnizatorio. Por nuestra parte consideramos que la pregunta debe resolverse por la afirmativa, no solo por efecto de la libertad de estipulación, sino porque esa posibilidad de configuración convencional del régimen de responsabilidad parece estar puesta a disposición de los contratantes. Así ocurre con la culpa o la prueba misma de los daños, siempre susceptible de convención específica que modifique su régimen legal.

Con respecto a los daños indemnizables, el Código incluye el daño emergente, el lucro cesante (artículo 1321 del CC) y el daño moral (artículo 1322 del CC). Sobre este último, salvo en el caso de incumplimiento de prestaciones que originen un daño a la integridad física o a la salud, es difícil que pueda configurarse en el radio de acción de las obligaciones contractuales, ya que la prestación de valoración económica normalmente produce un daño del mismo tipo y no otro. En efecto, nadie podría sostener que una deuda dineraria origine sufrimiento en el acreedor, pues dicho incumplimiento se subsana con el pago de la obligación más el resarcimiento por causa de retardo. El *pretium doloris*, por impago de una deuda, no se considera un interés jurídico relevante merecedor de protección especial mediante la técnica del daño moral. En otras palabras, si alguien sufre por dinero ese es su problema y el de su

avaricia, pero el Derecho no puede tutelarlos. Por tanto, en principio, el daño moral no es indemnizable, salvo las excepciones ya acotadas, en el ámbito de la responsabilidad contractual.

XII. LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO

Según Busnelli, el derecho de crédito se puede lesionar por cualquier tercero y no solo por incumplimiento del deudor, lo que llevaría a pensar que se trata de un derecho absoluto pues cualquiera puede atacarlo. Para ilustrar esta teoría se cita el caso de un famoso accidente de aviación que dio lugar a la muerte de un equipo de fútbol italiano de Turín, por lo que la línea aérea resultó teóricamente responsable de que los futbolistas no hayan ejecutado su prestación de servicios frente al acreedor. Igual ocurrió en otro accidente en el que falleció un famoso futbolista (caso Meroni). En consecuencia, un tercero (línea aérea) devino en responsable por el incumplimiento de contrato que celebraron los deudores (futbolistas) frente al acreedor (club de fútbol), por efecto del fallecimiento de aquellos⁽¹⁹⁾. En conclusión, el tercero fue responsable, y no el deudor, por el incumplimiento que se produjo en el derecho de crédito cuyo titular era el acreedor.

En mi opinión, esta doctrina constituye un típico ejemplo de artificio conceptual con nula utilidad.

Así, un importante sector de la doctrina italiana sostiene, con razón, que en estos casos el acreedor ejercita contra el tercero una acción de sustitución (por ingreso en el derecho correspondiente al deudor) para efecto de hacerlo valer en beneficio del obligado, y en forma indirecta para él, pero no se trata de una acción directa⁽²⁰⁾. Así, cuando el club de fútbol (acreedor) ya no puede utilizar los servicios del futbolista (deudor), entonces el acreedor no acciona directamente contra el deudor,

(19) Cit. RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. “¿La propiedad no inscrita debe prevalecer sobre el embargo inscrito?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 176, julio 2008, p. 101 y ss. En la misma línea se encuentra un trabajo de: NINNAMANCO CÓRDOVA, Fort. “No todo está dicho. Nuevas aproximaciones al debate en torno al artículo 949 del Código Civil y su enfoque jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 74, abril 2007, p. 196.

(20) TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 12ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 1998, p. 114.

sino que ingresa en el patrimonio del deudor a efectos de obtener resarcimiento de un tercero.

En tal caso se trataría de una figura similar o análoga a la acción oblicua o subrogatoria (artículo 1219-4 del CC), por la cual el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando este sea negligente e insolvente. Es decir, si un deudor tiene un crédito impago y no lo cobra, su acreedor puede exigir dicho crédito. En el caso materia de análisis, el acreedor sería el equipo de fútbol, el deudor, el futbolista y el deudor del deudor, la línea aérea. No es que el titular del crédito insatisfecho tenga una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirecta por vía de subrogación. De esa forma se obtiene la misma excepcional protección, sin necesidad de creaciones heroicas.

Para otros, es una figura que se sustenta en la prohibición del enriquecimiento sin causa⁽²¹⁾, pues hay un daño injusto que da lugar a acción de resarcimiento por el deudor, pero que sí puede obligar al tercero.

Otros teóricos consideran que la cuestión es más desalentadora, pues opinan que en los últimos tiempos ha desaparecido la voz “lesiones del crédito - responsabilidad civil”, dentro de los repertorios de jurisprudencia italiana, para los casos emblemáticos de muerte del deudor por obra de un tercero y que influye en la relación obligatoria a la que se había comprometido con el acreedor. Se dice, así, que la casuística sobre el particular es sustancialmente negativa⁽²²⁾.

Por lo tanto, en la jurisprudencia italiana resulta excepcional otorgar un resarcimiento por parte de un tercero a favor del acreedor, cuya causa sea la muerte del deudor. Incluso en el mismo caso Meroni el fallo fue negativo. El argumento para rechazar la doctrina es sólido e irrefutable:

“Se puede añadir que, más allá de las argumentaciones que se leen en las sentencias, es verosímil estimar que el criterio guía de las decisiones negativas fue el de no acumular la responsabilidad del particular (causante del accidente y, por ende, también causante de la muerte

(21) BRECCIA, Umberto. *Le Obligazioni*. Giuffrè Editore, Milán, 1991, p. 748.

(22) VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Traducción del italiano de Aída Kemelmajer de Carlucci. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 88.

del futbolista) frente a los parientes supérstites, con la obligación de reparar al club. En este sentido, los jueces se adhirieron a la opinión de la mayor parte de la doctrina que observaba que bajo el aspecto social, al admitirse la concurrencia del acreedor contractual con los familiares, se llega a una injusticia sustancial, por cuanto los familiares sobrevivientes, al soportar la concurrencia con otros acreedores legitimados, recibirán una cantidad menor, en términos del monto del resarcimiento²³.

La opinión lúcida de Giovanna Visintini se encuentra en conjunción con la de Canaris, respecto a la dogmática jurídica, cuya función de ordenación y sistematización, en aras de la seguridad jurídica, no puede descuidar los fines valiosos que necesariamente debe buscar. Y aquí la tutela excesiva del acreedor pone en grave peligro a los familiares que han sufrido efectivamente la pérdida del ser humano. Es un caso más de contraposición entre el factor economicista y el factor personal. Para nosotros la solución es evidente.

Conforme puede advertirse, los problemas que en algunos contados casos se pretende solucionar a través de esta doctrina, bien pueden explicarse por medio de construcciones jurídicas más simples y menos alambicadas, sin necesidad de retorcidas teorías. Así lo hace la propia doctrina italiana, tal como lo ejemplifican los casos de Bianca, Trimarchi y Breccia. Si ello es así, ¿por qué en nuestro país tomamos como dogma una simple posición doctrinal? Este es un ejemplo más de subdesarrollo cultural²⁴.

Recuérdese que las construcciones legales deben ser simples, no artificiosas o rebuscadas, pues en ese caso pierden su sentido y finalidad de resolver dramas humanos, y no de inventar teorías o conceptos sobrenaturales. Es lo que se llama, desde el Derecho Romano, la *elegantia iuris*.

Por otro lado, la aplicación de la tutela aquiliana del crédito (o ejercicio de la acción indirecta, sería mucho mejor) resulta en realidad excepcional, y no puede generalizarse a todos los casos. Esa constatación descarta que se trate de un remedio de protección general, como es el caso

(23) *Ibidem*, p. 87.

(24) En ese caso colocamos el mencionado trabajo, **mejor para el olvido**, de: Jimmi Ronquillo Pascual. (“¿La propiedad no inscrita debe prevalecer sobre el embargo inscrito?”. *Ob. cit.*).

de la responsabilidad extracontractual, sino de un alcance muy específico, circunscrito a pocas hipótesis, por lo que se encuentra más cerca del carácter subsidiario del enriquecimiento de causa⁽²⁵⁾. Eso le da la razón, por ejemplo, a la ya citada opinión del profesor italiano Umberto Breccia.

En efecto, esta teoría solo se aplica a las hipótesis excepcionales en que el deudor no pueda cumplir la prestación por imposibilidad sobrevinida por ausencia de culpa del deudor. Aquí la prestación se extingue sin responsabilidad para el deudor, por lo que tal vez un resarcimiento subsidiario podría intentarse sobre el patrimonio del tercero, y en vista de que esa misma pretensión no es exigible frente al deudor, pues goza de una cláusula de exoneración de responsabilidad por imposibilidad no culpable.

Por el contrario, si la prestación es posible, pero el tercero ha contribuido al incumplimiento, entonces el acreedor seguirá teniendo a su favor el mismo derecho de crédito a cargo del deudor. Es decir, ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de este y, por tanto, en nada se perjudicó? Recuérdese que el acreedor solo tenía antes un crédito, y luego de la actuación del tercero el acreedor sigue teniendo el mismo crédito, y con ello el derecho de exigir el resarcimiento cuando pueda imputarse el incumplimiento al deudor con un margen de culpa. Por tanto, no hay daño resarcible cuando dentro del patrimonio del acreedor se tiene el mismo valor económico, esto es, un crédito. Se le tiene antes de la acción del tercero, y se le tiene después. Siendo ello así, no puede imponerse el resarcimiento cuando no hay daño (artículo 1969 del CC).

Por lo tanto, no puede existir una tutela aquiliana del crédito cuando esta no se aplica en todos los casos, sino en forma subsidiaria y excepcional. Ello significa que existen muchos créditos sin tutela de responsabilidad extracontractual. Y entonces, ¿cómo quedan esos créditos?, ¿ahora sí son derechos relativos? Es decir, ¿hay créditos como derechos

(25) Y no se piense que la responsabilidad aquiliana (ex art. 1969 del CC) es igual al enriquecimiento sin causa (ex art. 1954 del CC), pues la primera es un remedio general de tutela de las situaciones jurídicas de ventaja (concepto simplísimo, pero nada expresivo; por eso no lo usamos), mientras el segundo es un instrumento excepcional que evita que se consuma un injusto traslado patrimonial.

absolutos y otros que son relativos? La incoherencia de este artificio conceptual queda así demostrada.

En consecuencia, esta construcción jurídica no tiene la importancia que se pretende darle, y menos aún desarticula la ordenación del sistema patrimonial. Por lo demás, el mismo resultado se obtiene, y sin necesidad de tanta complicación, y a través de las figuras tradicionales y perfectamente encajonadas dentro de la sistemática del Derecho Civil. No es necesario complicaciones inútiles cuando el ordenamiento ya prevé soluciones realistas y simples.

Por último, en la práctica jurisprudencial peruana no existen rastros de aplicación de la “tutela aquiliana del crédito”, lo que es bastante significativo y elocuente de su nula utilidad.

Consideraciones sobre la imposibilidad prestacional

Marco Antonio ORTEGA PIANA^(*)

Agradeciendo en primer lugar a Gaceta Jurídica por la oportunidad brindada de participar en esta obra colectiva relativa a la inexecución de obligaciones, el propósito del presente trabajo es compartir algunas consideraciones puntuales sobre la denominada “teoría del riesgo” y su regulación en nuestro Código Civil.

I. PREMISAS

1. Partimos de ciertas premisas para fines del presente ensayo. Imposibilidad no es dificultad. Lo difícil es ciertamente aún posible de lograr, aunque con mayor sacrificio al programado. La respuesta jurídica excepcional a una dificultad extrema es el régimen sobre excesiva onerosidad de la prestación (teoría de la imprevisión), sobre la base que prevalece el interés de ambas partes de mantener el respectivo contrato, restableciendo su equilibrio (de ser posible).

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Abogado asociado al Estudio Grau.

Imposibilidad tampoco es incumplimiento, porque en rigor solo se incumple aquello que es posible de ejecutar, dado que a lo imposible nadie está obligado.

La imposibilidad a la que nos referimos, sobre la base que ya se generó una relación jurídico-patrimonial de carácter crediticio es una sobreviniente. De ser una imposibilidad simultánea a la formación del negocio, u originaria, estaríamos ante un negocio inválido, nulo, de conformidad con el artículo 219, inciso 3, del Código Civil, aunque en rigor creemos que sería más bien inexistente (categoría jurídica que no ha sido reconocida expresamente en nuestra legislación civil, subsumiéndose en la invalidez), ya que en palabras sencillas lo nulo es aquello que nació muerto, siendo que lo inexistente es aquello que ni siquiera nació al carecer de un elemental presupuesto, en este caso de su contenido mismo: el bien, o la actividad –positiva o negativa–, sobre el cual recae la prestación. Vale la pena precisar que dicha nulidad normativa se sustentaría en una imposibilidad definitiva, porque de no ser así, de ser meramente provisional, se debería aplicar en lo pertinente el criterio contenido en el artículo 1404 del Código Civil⁽¹⁾.

Atendiendo a lo expresado, la imposibilidad sobreviniente implica que, luego de celebrado el negocio, se configura una determinada situación que torna en irrealizable la prestación comprometida, la conducta esperada del deudor.

2. Aunque nuestro Código Civil hace referencia tanto a una imposibilidad física como a una jurídica, debemos entender que la imposibilidad originaria de índole física es propiamente la imposibilidad como categoría conceptual, dado que la imposibilidad jurídica correspondería más bien al objeto negocial ilícito, esto es, la pretendida generación de una obligación no conforme con el Ordenamiento Jurídico, lo cual es ciertamente nulo.

(1) Artículo 1404.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

3. De otro lado, la imposibilidad puede ser clasificada como parcial o total, de acuerdo a la amplitud de la afectación respecto a la prestación comprometida. Nuestro Código Civil regula ambos supuestos, empero, como se advertirá más adelante, es la imposibilidad total la que genera consecuencias más graves, en particular el decaimiento del vínculo contractual. En cualquier caso, debemos destacar que la imposibilidad parcial genera efectos limitados, ya que el deudor afectado seguirá obligado a cumplir con lo debido en aquello que sea posible de ejecutar, en la medida, desde luego, que el acreedor mantenga un interés subsistente, porque el cumplimiento de lo debido pretende finalmente satisfacer dicho interés, aplicándose una reducción de la contraprestación, de ser el caso.
4. Por último, en función a su extensión temporal, la imposibilidad puede ser también clasificada como provisional o definitiva, conforme ya hemos referido precedentemente. La de carácter provisional conllevaría una suspensión de la exigibilidad de la prestación afectada en función al interés del acreedor (y de ser el caso, del contrato mismo), quien no podría constituir estrictamente en mora al deudor; dicha suspensión operaría mientras el acreedor mantenga interés en la conducta debida. La de carácter definitivo, en cambio, significaría que la prestación afectada, posible en su momento, ya no se puede ejecutar, por lo que el interés del acreedor decae, se frustra definitivamente, determinando que el contrato pierda automáticamente su razón de ser y su propia eficacia.
5. Entendemos que la imposibilidad sobreviniente que merece mayor atención en el ámbito del Derecho de Obligaciones y de Contratos es propiamente la imposibilidad total y definitiva. El presente trabajo está orientado hacia ella.

Si la imposibilidad afecta la ejecución prestacional, y esta radica en la conducta debida para el intercambio de bienes y servicios, corresponde apreciar cómo opera tratándose de unos y otros.

Resulta manifiesto que, tratándose de ciertos bienes, la generación de una imposibilidad sobreviniente debe ser definida bajo ciertos criterios; no corresponde considerar si se trata de bienes registrados

y no registrados, muebles o inmuebles, etc., sino si se está frente a bienes corpóreos o no, y siendo corpóreos, si son fungibles o no.

Postulamos que la imposibilidad en materia de prestaciones de dar se asocia a las cosas como bienes corpóreos, susceptibles de entrega; postulamos además que se aplica únicamente tratándose de cosas no fungibles las mismas que, en nuestra legislación civil, están identificadas como “bienes ciertos”.

Recordemos que la fungibilidad es la posibilidad de sustitución de unas cosas por otras de la misma especie, cantidad y calidad, lo cual es factible porque por su propia naturaleza carecen de identidad singular, propia, inherente a sí misma. Una manzana es un bien fungible; una pintura del recordado Otto Bäuer es un bien no fungible.

De acuerdo a lo anterior, ¿corresponde sostener que ante la pérdida de cualquier bien resulta imposible la ejecución de la prestación comprometida, esto es, su entrega? Si dicho bien no admite sustituto, es irremplazable al ser individualizable, se habrá generado entonces la imposibilidad prestacional dado que no se puede entregar lo inexistente. En cambio, si el bien fuese sustituible, es manifiesto que no se genera imposibilidad alguna dado que la prestación comprometida siempre puede ejecutarse ya que pueden entregarse finalmente bienes cualesquiera de la misma especie, cantidad y calidad, en aplicación del principio jurídico conforme al cual “el género no perece”. No es que se entregue en rigor un bien por otro, sino que se está en todos los casos ante el mismo bien, de manera que el perecimiento de un ejemplar no significa que aquel haya devenido en uno de entrega imposible.

¿Y qué es lo que ocurre tratándose de los servicios?, ¿puede sostenerse también que se genera una eventual imposibilidad en el ámbito de las prestaciones de hacer y de no hacer? Lo usual es asociar la imposibilidad con las prestaciones de dar y, por lo tanto, con el compromiso de entregar cosas, cosas no fungibles; no obstante ello, bien puede invocarse una pretendida imposibilidad sobreviniente en materia de prestaciones de hacer, e inclusive de no hacer, conforme está previsto en los artículos 1154 al 1156, y 1160, del

Código Civil⁽²⁾. Una determinada actividad puede ser lícita hoy, en el sentido que sea conforme al Ordenamiento Jurídico, al momento de contratar, no mañana⁽³⁾. De quedar dicha actividad excluida del mundo de lo permitido en lo jurídico, resulta manifiesto que ya no se podrá exigir, ni se deberá ejecutar la prestación: imposibilidad sobreviniente.

En tal virtud, el tema de la imposibilidad sobreviniente no está restringido a las prestaciones de dar bienes no fungibles, “ciertos”, de cosas que no admiten sustituto, que no son genéricas, aunque es cierto que ese sea probablemente el escenario más frecuente en atención que las cosas pueden perecer, extraviarse, perderse e inclusive deteriorarse en tal magnitud que, de hecho, ello sea asimilable a un perecimiento, afectándose gravemente el interés del acreedor, para quien la cosa afectada con el deterioro carecerá de interés y utilidad.

A efectos del presente trabajo, vamos a concentrarnos en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar, pero con la precisión

-
- (2) “Artículo 1154.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda. La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor”.
- “Artículo 1155.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, este hubiera sido constituido en mora. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor”.
- “Artículo 1156.- Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”.
- “Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157”.
- (3) Frente a dicha posibilidad podría invocarse la pertinencia del régimen de inmutabilidad contractual establecido en el artículo 62 de la Constitución y que, conforme a ello, las modificaciones normativas posteriores a la celebración de un contrato privado no le resultan aplicables, pero bien sabemos que dicha interpretación literal debe ceder paso a una en la que se salve la capacidad legislativa del Estado, de manera que la autonomía privada está subordinada al interés general al cual está orientado, o debería estar orientado, el accionar del Estado.

que el problema de la imposibilidad sobreviniente se puede generar en cualquier ámbito prestacional.

6. De otro lado, cabe cuestionarse si la imposibilidad opera *in concreto* o *in abstracto*. ¿Puede sostenerse una imposibilidad relativa, asociada únicamente a la persona del deudor, o es que la imposibilidad es absoluta, más allá de la persona del deudor, porque afectaría en las mismas circunstancias a cualquier persona que, como el deudor, estuviese en la posibilidad de proceder al pago debido? Entendemos que la imposibilidad debe ser analizada en términos *in abstracto* o absolutos. Y es que si la imposibilidad fuese relativa, se trataría de un problema limitado a un individuo en particular respecto de lo cual no debe olvidarse que se espera razonablemente de todo deudor una conducta diligente que permita honrar el compromiso prestacional asumido. La imposibilidad, desde esa perspectiva, es un tema relativo a la circunstancia que ante el perecimiento de un bien ya no resulta posible ejecutar la prestación comprometida; se está, por consiguiente, ante un tema fáctico, objetivo de por sí, por lo que no cabe identificarlo con aspectos de naturaleza personal o subjetiva.

Habiendo señalado que la imposibilidad es sobreviniente porque se configura *ex post* una determinada situación que torna en irrealizable la prestación comprometida, la conducta esperada del deudor, debería también admitirse que dicha categorización debe ser con independencia de las circunstancias de momento y personas. La intensidad de la situación referida debe ser tal que no puede ser vencida por el deudor ni por cualquier otra persona que hubiese estado en su lugar, aun cuando hubiese actuado con extrema diligencia, porque la imposibilidad desborda sencillamente a la persona.

II. LA CAUSA EXPLICATIVA DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE

1. La imposibilidad prestacional, así planteada, puede tener explicaciones distintas: puede ser atribuible a algunas de las partes de la relación crediticia (a título genérico de culpa), o ser finalmente ajena a ambas partes. No es lo mismo que el perecimiento del bien sea

atribuible al hecho del propio deudor, o inclusive del acreedor, que respecto a situaciones ajenas a su control y dominio, a lo que se llama una fuerza ajena, como categoría omnicomprendensiva del caso fortuito y de la fuerza mayor.

Si la imposibilidad es atribuible al deudor mismo, consideramos que es como si este estuviese “boicoteando” la ejecución del contrato y frustrando con ello el interés del acreedor. Esa imposibilidad debe ser tratada, en consecuencia, como un incumplimiento contractual (aunque en rigor no sea tal, dado que lo imposible no es susceptible de cumplirse), abriéndose paso a la responsabilidad que será definitivamente exigible. Y si la imposibilidad fuese atribuible al acreedor, violando así el elemental deber de cooperación al cual está adscrito (tema de buena fe), de coadyuvar en lo pertinente para que el deudor puede ejecutar la prestación a su cargo (que permitiría liberarse a este último al satisfacer el interés del acreedor), hay también otra modalidad de “boicot” al vínculo obligacional, por lo que la respuesta jurídica no puede dejar de apreciar dichas circunstancias. Conforme a ello, la conducta del acreedor no debería relevarlo de sus propios compromisos, entendiéndose para todo efecto que el deudor afectado sí cumplió, porque la imposibilidad es imputable a la contraparte.

Puede apreciarse que una imposibilidad atribuible o imputable tiene ciertas singularidades: asimilación a un incumplimiento (si proviene del deudor) o asimilación a un cumplimiento (si proviene del acreedor), que no pueden obviarse y que generan reglas distintas a cuando se produce por causa no imputable, o por causa ajena al control de las partes.

2. Esta imposibilidad prestacional sobreviniente es ciertamente un riesgo negocial, esto es, una circunstancia que, en mayor o menor medida puede presentarse y, desde el preciso instante que es un riesgo representable por cualquiera de las partes, en el ámbito de la contratación privada es posible regularlo, siendo que en defecto de declaración expresa se está a las reglas contenidas en el Código Civil sobre “asunción del riesgo”.

En tal virtud, la pregunta es simple y puntual: ¿Quién debe asumir las consecuencias de este riesgo, de esta imposibilidad prestacional sobreviniente? El Derecho se coloca para ello en tres hipótesis de trabajo y proporciona sendas respuestas.

3. Primera respuesta. Si la imposibilidad es atribuible al hecho del deudor, a título de culpa, ello implica que la conducta del deudor ha frustrado el interés del acreedor y, por consiguiente, el contrato queda resuelto. Pero esa respuesta debe complementarse con una variable a ser considerada, esto es, si se está ante un contrato unilateral o plurilateral. Conforme a ello, la referida resolución implica, a su vez, que si el señalado acreedor era deudor en el contexto de un contrato plurilateral, aquel queda liberado de ejecutar la prestación a su cargo (sobre la base de la evidente premisa que dicha prestación fuese posible de ejecutar); y si dicha prestación ya hubiese sido ejecutada, se produce el efecto reintegrativo, conforme al cual debe restituirse lo ejecutado. Pero el tema no se limita a la eventual restitución prestacional, o a la pérdida de la contraprestación (en el marco de los contratos plurilaterales), sino que en razón de la frustración del interés del acreedor por causa atribuible al deudor, este quedaría sujeto a la responsabilidad civil que le sea exigible por inexecución de obligaciones, siendo que la extensión indemnizatoria quedará subordinada a la graduación de la culpa, sobre la base que se presume la culpa leve (artículos 1320 y 1329 del Código Civil⁽⁴⁾).

Siendo que un contrato es un instrumento de cooperación que genera el título jurídico que permite que un acreedor pueda exigir determinada actuación o conducta del deudor, en caso la prestación de dar ya no puede ejecutarse por causa imputable al propio deudor, deberá indemnizarse adecuadamente al acreedor por la frustración.

(4) “Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

“Artículo 1329.- Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

El artículo 1138, inciso 1⁽⁵⁾, del Código Civil así lo sanciona. Sin perjuicio de ello a través de su inciso 2⁽⁶⁾ se introduce la distinción entre pérdida (perecimiento o, en general, desaparición, conforme está considerado en el artículo 1137 del Código Civil⁽⁷⁾) y deterioro del respectivo bien “cierto”. Tratándose concretamente del deterioro, se parte de la premisa que es sustancial, ya que en caso contrario, de presentar “escasa importancia”, solo correspondería reducir la contraprestación (si la hubiese).

4. Segunda respuesta. Si la imposibilidad es atribuible al hecho del acreedor, a título de culpa, ello implica que el propio acreedor ha afectado su interés, por lo que sería absurdo que resultase procedente reparación alguna por dicho concepto, entendiéndose más bien y para todo efecto que la prestación que era inicialmente posible (y que deviene imposible por causa del acreedor) es como si hubiese sido normalmente ejecutada; “entendiéndose”, porque es obvio que no lo ha sido materialmente. De manera correlativa, y en la medida que hubiese una contraprestación en el marco de un contrato plurilateral, la imposibilidad de entrega del bien no debería afectar

(5) “Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

1.- Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

(...)”

(6) “Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

2.- Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso (...).”

(7) “Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:

1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.

2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

3.- Por quedar fuera del comercio”.

la exigibilidad de la referida contraprestación (sobre la base que esta es posible de ejecutar), de tal manera que el acreedor que generó la imposibilidad de la prestación que estaba a cargo del deudor, no queda liberado de su condición de deudor, ya que estamos ante un contrato en que ambas partes asumen compromisos de débito. Y dado que el deudor de la prestación que se tornó en imposible por culpa del acreedor puede reclamar la prestación que satisface su propio interés, no corresponde otorgar reparación alguna ya que no habría propiamente daños y perjuicios, entendiéndose para efectos prácticos que la imposibilidad atribuible al acreedor deriva en que se tenga por ejecutada la prestación a cargo de su deudor.

El artículo 1138, inciso 3⁽⁸⁾, del Código Civil sanciona lo expresado precedentemente. Y tratándose del caso de deterioro, dado que el acreedor es causante de su propio perjuicio, el inciso 4⁽⁹⁾ del señalado artículo establece que el acreedor debe recibir el respectivo bien en el estado en que se encuentre finalmente (recordemos que conforme a lo indicado en un inicio, la imposibilidad parcial permite que puedan generarse ciertos efectos).

5. La tercera respuesta se asocia a la imposibilidad prestacional por causa ajena a las partes, por causa no imputable.

Las causas no imputables serían finalmente caso fortuito y fuerza mayor (artículo 1315 del Código Civil⁽¹⁰⁾) cuya nota común, más

(8) “Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

3.- Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor (...).”

(9) “Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

4.- Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, este tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere (...).”

(10) “Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

allá de cualquier definición legislativa, radica finalmente en la irresistibilidad de sus efectos, a los cuales no se pueden sustraer las partes: causa ajena.

Siendo ello una situación representable teóricamente al momento de contratar, la regla primigenia debe ser, en el marco de la autonomía privada entendida como poder negocial reconocido por el Ordenamiento Jurídico para fines que las partes se autorreglamenten en función a la existencia de intereses dignos de tutela y protección, que se esté a lo convenido, con mayor razón si se considera que todo es previsible en función a los costos comprometidos en términos de razonabilidad económica; por lo tanto, son las partes las llamadas a definir si el contrato al cual están sujetas subsiste o no subsiste y, además, a qué costo, esto es, si la imposibilidad en cuestión –que afecta a la prestación– tiene incidencia o no en la exigibilidad de la contraprestación (si la hubiese, desde luego).

Sin embargo, dado que no se trata de un tema esencial, no resulta necesario que las partes lo regulen expresamente, por lo que en ausencia de declaración (esto es, ante la laguna contractual) se aplicará la integración supletoria, considerándose que las partes incorporaron implícitamente en su declaración el régimen previsto supletoriamente por la ley.

En tal virtud, ¿qué es lo que sanciona nuestro Código Civil sobre el particular? La imposibilidad de la prestación por causa ajena a las partes deriva en la pérdida del derecho a la contraprestación y en la respectiva resolución del contrato. Así está previsto en su artículo 1138, inciso 5⁽¹¹⁾.

La indicada solución legislativa sigue la tónica que impregna al Código Civil (dentro de la tradición romanística) de una orientación

(11) “Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

(...)”.

pro debitore, esto es, que se busca establecer las reglas más beneficiosas en favor de la parte deudora dado que es la pretendida “parte débil”. Ahora bien, en el marco de un contrato plurilateral y, además, sinalagmático funcional o de prestaciones recíprocas, donde cada parte es acreedora y deudora, ¿a qué deudor nos referimos?, ¿a qué deudor se buscaría beneficiar? Estimamos que ese deudor es el deudor de la contraprestación, esto es, de aquella prestación que es aún posible de ejecutar, quien es el acreedor de la prestación que se tornó en imposible por causa no imputable. Y es que de no mediar el decaimiento del vínculo –con el consiguiente efecto liberatorio– se entendería que dicho deudor seguiría obligado a cumplir con el compromiso asumido a pesar de no obtener su propia contraprestación.

6. Postulamos que las reglas jurídicas deberían tener, en principio, cierta razonabilidad económica, y que la misma debería explicar sus alcances. Así, cuando la pérdida de la cosa sobre la cual recae el compromiso prestacional de entrega es imputable al deudor, ello deriva en que, de manera supletoria, el Código Civil establezca que ese deudor pierde el derecho a la contraprestación (de la cual es acreedor), lo cual significa, a la inversa, que el acreedor de la prestación imposible –quien es deudor de la contraprestación posible– quede liberado de la ejecución de esta última y que, además, deba ser indemnizado. El artículo 1139 del Código Civil⁽¹²⁾ presume *iuris tantum* dicha imputación respecto del deudor, lo cual se explica porque este estaba precisamente en la posibilidad de ejercer control posesorio de la respectiva cosa y, en consecuencia, estaba en su esfera jurídica proceder a un cumplimiento en condiciones normales. Y cuando la pérdida de la cosa sea imputable al acreedor, se entiende que hay tal conducta e invasión a la esfera jurídica del deudor de la entrega del respectivo bien, que ello debe ser sancionado, asumiéndose que dicha entrega es como si hubiese sido ejecutada y, en consecuencia, que el respectivo deudor no pierde el derecho a reclamar la contraprestación correspondiente (si la hubiese).

(12) “Artículo 1139.- Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario”.

Y en el escenario singular de la pérdida por casa ajena a ambas partes, lo que prevalece es un elemental criterio de equidad y que habría sido adoptado seguramente por las propias partes, ya que cuesta aceptar que el riesgo sea asumido voluntariamente por el acreedor de la prestación imposible, quien no obstante que no recibiría lo esperado, sí debería cumplir con la prestación que estaba bajo su ámbito de competencia.

Por ello, de manera equilibrada, en aplicación de la regla *periculum est debitori* se asume que el riesgo o consecuencias de la imposibilidad es asumida por el deudor de la prestación perjudicada, quien al estar liberado de la ejecución pierde correlativamente el derecho a reclamar la contraprestación (por lo que el acreedor de la prestación que deviene en imposible, queda liberado a su vez de su propio compromiso prestacional), sin que sea procedente pago indemnizatorio alguno.

No obstante, en autonomía privada, nada impide (aunque sea atípico) que las partes puedan establecer cosa distinta, esto es, la aplicación de la regla *periculum est creditori*.

Dejamos constancia en cualquier caso que la regla comentada, en el sentido que el riesgo por causas no imputables es soportado por el deudor de la prestación que se ha tornado en imposible, es una cuestión totalmente distinta con los alcances del artículo 1139 del Código Civil, regla asociada al riesgo por causa imputable, la misma que deriva en la aplicación del régimen contenido en los incisos 1 y 2 del artículo 1138 del señalado cuerpo legislativo.

III. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR IMPOSIBILIDAD

1. Hemos enunciado precedentemente que la imposibilidad, en la medida que sea definitiva, afecta la eficacia del contrato, dado que en caso de pérdida o perecimiento del respectivo bien (en el escenario de las prestaciones de dar), o de deterioro sustancial, ello deriva en la extinción del vínculo. Sobre el particular las reglas contenidas en el artículo 1137 y siguientes del Código Civil, contenidas en su Libro VI (Las obligaciones) deben ser concordadas con las contenidas en el Libro VII (Fuentes de las obligaciones).

2. La resolución contractual, conforme es reconocido por calificada doctrina, es un remedio frente a determinadas patologías, sobre la premisa que nos encontremos ante un contrato celebrado válidamente.

Dichas patologías radican en la imposibilidad, dificultad e incumplimiento, siendo que en cada uno de dichos casos la resolución procede y opera de manera distinta. La imposibilidad debe ser sobreviniente a la celebración del contrato, al margen que provenga o no de causa imputable a alguna de las partes. La dificultad, conforme ya hemos expresado, debe ser extrema, siendo que su ejercicio debería ser considerado residual, dado que la posibilidad de revisión contractual se sustenta en un reajuste prestacional y, por consiguiente, en el implícito interés de las partes de mantener la relación contractual como instrumento de cooperación negocial. Y, por último, el incumplimiento debe ser grave, sobre la base que sea imputable, desde luego, asociándose al denominado “concurso electivo”, de manera que el acreedor debe exteriorizar necesariamente su voluntad de poner fin al contrato, siendo de aplicación el régimen establecido en el artículo 1374 del Código Civil⁽¹³⁾ sobre declaraciones recepticias, que forma parte de nuestro orden público contractual.

Conforme a lo anterior, de configurarse cualquiera de las referidas patologías, que tienen en común su carácter sobreviniente, el contrato ya no puede seguir existiendo, desplegando efectos, porque se ha afectado finalmente la composición de los intereses comprometidos, de manera que ello explica que la resolución ponga fin definitivo a la relación afectada.

3. Otro tema a considerar es que la resolución así definida puede operar de maneras diversas. Conforme a ello, puede operar automáticamente

(13) “Artículo 1374.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.

o no, puede operar jurisdiccionalmente o no, puede operar unilateralmente o no. Aunque este trabajo no está orientado a realizar un estudio sobre lo señalado, tampoco pueden ser obviados dichos aspectos. Si la resolución proviene de imposibilidad prestacional sobreviniente, opera “de pleno derecho” conforme a los artículos 1431 y 1432 del Código Civil⁽¹⁴⁾, ¿qué significa ello?

En el contexto de imposibilidad prestacional la mención a “de pleno derecho” corresponde a una expresión que quiere destacar que opera de manera automática, por la sola circunstancia configurativa, no siendo necesaria declaración constitutiva alguna, menos de entidad jurisdiccional. Y dicha solución tiene una evidente lógica: si el objeto de un contrato es de carácter obligacional, y el contenido de toda obligación es la prestación o conducta debida, sobre la base de la cual se sustenta el interés del acreedor, resulta manifiesto que de no poder ejecutarse dicha prestación, por imposibilidad relativa al bien o actividad sobre la que recae, carece de sentido que pudiese mantenerse el contrato, el cual decae inmediata y automáticamente, al margen de lo que se representen las partes en general y, en especial el propio acreedor perjudicado por la frustración negocial, quien carece en esas circunstancias del “curso electivo”, el mismo que es impracticable al no poderse optar entre mantener el vínculo o resolverlo. Conforme a ello, de generarse alguna controversia, el pronunciamiento jurisdiccional (mecanismo de solución heterónomo, en defecto de uno autónomo) sobre la imposibilidad sobreviniente será meramente declarativo, no constitutivo.

4. Conforme a lo anterior, por el mérito de esa resolución automática cesan los efectos del negocio que fue celebrado en su oportunidad,

(14) “Artículo 1431.- 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. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

“Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y este no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación”.

generándose el efecto reintegrativo sobre la base de lo enunciado en el artículo 1372 del Código Civil⁽¹⁵⁾, aunque considerando ciertamente que una cosa es un contrato de tracto único (unidad de vínculo, unidad de prestación) y otra cosa es un contrato de tracto sucesivo (unidad de vínculo, pluralidad de prestación), de manera que debería entenderse que es respecto a este último caso que se aplica lo relativo a los efectos retroactivos de la resolución a la oportunidad en que se generó la causal, ya que cada prestación es independiente una de otra, dado que el efecto debería ser absolutamente retroactivo, desde la celebración negocial misma, para los contratos de tracto único (en aplicación del principio de integridad en materia de pago), por más que el texto normativo no introduzca dicha distinción. Y es que el Código Civil es una herramienta normativa, no un texto académico.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIAL

1. AA.VV. *Código Civil comentado (por los 100 mejores especialistas)*. Primera edición, Tomo VI - Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
2. BUERES J, Alberto. “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual”. En: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963 - 2003*. Tomo I, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
3. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tercera reimpresión de la segunda edición actualizada. Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2011.

(15) “Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”.

4. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Reimpresión de la octava edición. Temis, Bogotá, 2008.
5. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NÚÑEZ SÁENZ, Ysmael. *Teoría general de las obligaciones (Concepto, estructura e incumplimiento)*, Jurista Editores, Lima, 2004.
6. ROPPO, Vincenzo. *El contrato* (traducción a cura de Eugenia Ariano Deho). Primera edición peruana, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria

¿Y qué le pasó al bien? A propósito del *do ut des*

Jorge Alberto BELTRÁN PACHECO^(*)

Marco Andrei TORRES MALDONADO^(**)

INTRODUCCIÓN

La divinidad de la naturaleza, tan llena de recursos y encantos, se localiza en donde existe armonía entre los diferentes tamaños, formas, colores, sabores, sonidos y muchas características variables. De todo ello no está excluido el linaje del hombre, muchos manifiestan que se debe

(*) Abogado, magíster y egresado del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Academia de la Magistratura, de la PUCP. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional Federico Villarreal, Universidad San Ignacio de Loyola, etc. Especialista en Derecho Civil Patrimonial y en Litigación Oral por la Universidad de Buenos Aires y el Centro de Altos Estudios Judiciales de Santiago de Chile.

Dedico el presente artículo a quien me ha iluminado los últimos días con su dulce compañía, mi tercer hijo Gianluca Luchiano Beltrán Grau y a la mamá más bella y fuerte, mi amada Yesenia Grau.

(**) Asistente de cátedra de Derecho Civil, en los cursos de Derecho de las Personas, Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asistente legal en el Estudio Mario Castillo Freyre.

tomar como algo natural e imprescindible la gran diversidad que hay entre los seres humanos, sería lógico aceptar dicho argumento cuando estas disconformidades sean por causas naturales, mas no por motivos que nacen de la actividad propia de algunas personas. *Simile* sucede con las aproximaciones a la naturaleza jurídica de la obligación respecto a sus variadas y notorias diferenciaciones entorno a su conceptualización. Las propuestas teóricas nunca son absolutas o estáticas, la dialéctica de los entes nos demuestra que todo se somete a transformaciones, vivimos en un periodo de apertura de las fronteras nacionales ergo el interés académico de los investigadores se engrandece hasta alcanzar los sistemas de fuentes doctrinales, jurisprudenciales y de legislaciones extranjeras.

Hoy es común enterarse de proyectos que tienden a la unificación jurídica europea, así como consideraciones con el fin de modernizar el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) tratando de dejar su tradicional tecnicismo y facilitando su comprensión. Varía el significado de obligación en este último, no obstante, detrás de esta distinta forma de expresarse se esconde también una divergencia de contenido: el nuevo término técnico significa algo más y al mismo tiempo lo mismo que la por todos conocida obligación. En este singular caso se transforma la tradicional expresión de Heráclito “*panta rei kai oudén ménei*” traducido como “Todo fluye, nada permanece”, no obstante la idea primigenia de obligación de la fuente romanista aún se presenta como contenido en abstracto esencial de lo que las corrientes dogmáticas modernas han elaborado, estamos frente a un “Nada fluye, todo permanece” en función al caso de la relación obligatoria.

Para nosotros, sin pecar de las rigurosidades académicas⁽¹⁾, la obligación debe ser entendida como aquella situación jurídica compleja de

(1) Al respecto: ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo II (Derecho de obligaciones). Vol. 1 (La obligación y el contrato en general). Ed. Bosch. Barcelona, 1980, p. 15; COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo*. Vol. 1. Trad. de A. Pérez Martín. Fundación Cultural de Notariado. Madrid, 1996, p. 497 y ss.; GIORGIANNI, Michele. *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Trad. de E. Verdera y Tuells. Ed. Bosch. Barcelona, 1958, p. 135; RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Trad. de R. Serrano Suñer y J. Santacruz. Ed. Reus. Madrid, 1929, p. 7. LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Primera edición. Jurista Editores. Lima, 2007, p. 46 y ss.; LARENZ, Karl. *Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Brinz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, pp. 18-45. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación, apuntes para una dogmática del concepto”. En: *Themis*.

cooperación concreta en torno a una función económico-social para el logro de un interés. En este proceso, la prestación, como comportamiento comprometido por aquellos sujetos en la relación obligatoria, titulares de un deber jurídico, con el propósito de lograr la satisfacción de los intereses de aquellos titulares de los derechos de crédito. Esta *prestazione* es posible cuando es, tanto a nivel fáctico como abstracto, susceptible de ser tipificado como un hecho de realización. Este es el lindero común que debería seguir cualquier obligación, no obstante, al enmarcarse en una función económico-social se abre la probabilidad de afectación del rendimiento diligente en la prestación conllevando a la afectación del interés de los titulares, estas susceptibilidades son comprendidas en la Teoría del Riesgo.

La gama de cosas y bienes cumple un rol trascendental en el tráfico jurídico, de esa manera se hace comprensible que la doctrina haya procurado una metodología de sistematización distinguiéndolo en ciertas categorías (ciertos e inciertos) que se vinculan con el Derecho de las Obligaciones. Para fines de la presente aproximación nos ocuparemos en un inicio de las obligaciones con prestación de dar, posteriormente pretendemos dar a conocer una serie de situaciones que rodean el funcionamiento de la prestación como son las distintas reglas del artículo 1138 en relación a la pérdida del bien regulado en el numeral 1137 del Código Civil a partir de una nueva lectura del Riesgo en materia civil. Sin desligarnos para este fin de la jurisprudencia nacional, legislación comparada y sobre todo las situaciones fácticas que sirven para elaborar cualquier concepto a nivel jurídico, vale la pena recalcar que las ideas, constructos teóricos o propuestas deben nacer de la percepción de nuestra realidad, la peruana.

Nº 27-28. Lima, 1994, pp. 41-56. ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El débito y la responsabilidad en la estructura de la Obligación: historia de una confusión”. En: *Cathedra*, Espíritu del Derecho. Nº 8. Lima, 2001, pp. 51-78. DÍEZ-PICAZO, Luis. “El contenido de la relación obligatoria”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII. Madrid, 1964, pp. 349-366. INZITARI, Bruno. *Instituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*. 8 ed. Turín. Giappichelli, 2001, pp. 457-460. BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. 2. Trad. de Ramón García de Haro de Goytisolo. Bosch Editor. Barcelona, 1955, pp. 115-122.

I. OBLIGACIÓN Y PRESTACIÓN: APUNTES CONCEPTUALES PARA UN MARCO GENERAL

Tradicionalmente se ha asumido que la relación jurídica obligatoria en tanto relación de “cooperación” busca que los sujetos se provean de los bienes indispensables para la satisfacción de sus necesidades. Esta relación obligatoria nos plantea que la prestación por sí sola no es importante, esto es que no quedará en el plano de una “simple conducta”, sino que debe estar orientada a la satisfacción de un interés. El interés a ser satisfecho deberá ser merecedor de tutela por el ordenamiento jurídico, pudiendo tener juridicidad o carecer de ella y siendo delimitado por la necesidad del sujeto interesado. Esta delimitación subsume las posibilidades materiales para poder proveerse de dichos bienes y las características propias del bien que tiene la cualidad de satisfacerla. La obligación como categoría jurídica tiene un objeto, el cual como presupuesto es necesario para su construcción, pero no un elemento esencial. El que el objeto sea un presupuesto no exime que se encuentre presente en toda la existencia de la relación obligatoria como efecto del negocio jurídico.

Díez Picazo⁽²⁾ manifiesta que: “Cómo ha puesto de relieve Heck, la prestación es un plan o proyecto acerca de una conducta futura de una persona. Se puede hablar por ello de un ‘programa de prestación’. Dicho en otros términos, es la programación lineal o intelectual de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior”. El problema con esta aproximación es que desnaturaliza el sentido esencial de la prestación, como conducta (carácter objetivo) y satisfacción del interés (carácter subjetivo)⁽³⁾. Asimismo, el comprender a la prestación

(2) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias*. Vol. 2. Quinta edición. Civitas. Madrid, 1996, p. 236.

(3) “A propósito de la relación obligatoria y, más propiamente, observando la correlación entre el desempeño del deudor y la satisfacción del acreedor, la doctrina pone de presente que en oportunidades dicha satisfacción no depende del todo del comportamiento de aquel, o puede alcanzarse como resultado no necesariamente suyo, y, en consecuencia, propone una distinción entre ‘prestación subjetiva’ y ‘prestación objetiva’, de modo que a la concepción general del deudor que con su conducta ha de satisfacer el interés del acreedor y se reputa haber logrado dicha satisfacción con su comportamiento exacto se contraponen o agrega la consideración de que a veces el deber del deudor no se determina con relación a un hacer o no hacer, sino con relación a un resultado: por ejemplo, el goce pacífico de un bien, ejemplo al que pueden sumarse el de la inscripción del título traslativo de dominio en el registro público correspondiente, que cualquier persona puede obtener, y el de la puesta

como una mera aspiración o expectativa se condice solo en su sentido como objeto de resultado, mas no como contenido que se centraría en el bien apto para satisfacer la necesidad. Consideramos que la prestación es entendida como comportamiento o conducta desplegada por el sujeto deudor a fin de lograr la satisfacción del interés del acreedor. De esa manera la relación que se instituye entre el acreedor y deudor se expresa mediante la pretensión creditoria, esto es, el derecho de crédito al cual está obligado el deudor.

Antiguamente parte de la doctrina equiparaba la obligación en sentido amplio al deber jurídico, esta idea ya ha sido superada porque el *obbligatio* u *obbligatio* es una clase de deber jurídico en el cual la norma impone una conducta carente de contenido patrimonial a sujetos determinados y en favor de otros, a los que atribuye el derecho subjetivo de exigir aquel comportamiento, por lo que definitivamente se habla de obligación para referirse a la situación jurídica en la que una persona (acreedor) tiene un derecho (crédito) que le permite exigir de otra (deudor) un comportamiento, como resultado de ello esta última tiene un deber de prestación. La noción de prestación toma en cuenta como elemento determinante de la definición del objeto de la obligación no tanto la conducta del deudor, sino a la satisfacción del interés del acreedor; es decir, concibe el objeto de la obligación no desde la perspectiva del deudor, sino desde la perspectiva del acreedor lo que es decisivo también para la efectividad del cumplimiento.

II. SOBRE LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE DAR BIEN CIERTO

Sostiene Inzirati⁽⁴⁾ que: “El deudor y el acreedor son los sujetos de la obligación (es decir, los protagonistas de la obligación). El **deudor**

de la cosa a disposición del acreedor, al tiempo que hace recordar el *concursum causarum* romano, como medio extintivo de la obligación, cuando el acreedor obtenía, a otro título, la prestación que se le debía. A lo cual ha de hacerse la precisión reiterada de que el deudor debe satisfacer el interés del acreedor, pero *por medio* de la prestación”. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, estructura, vicisitudes*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000, pp. 109 y 110.

(4) INZITARI, Bruno. “*Instituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*”. Octava edición. Turín. Giappichelli, 2001, p. 457. En: LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Primera edición. Jurista Editores. Lima, 2007, p. 111.

está obligado a dar al acreedor; por ejemplo una suma de dinero o una cosa, como un atado de leña o una maquinaria útil para hacer funcionar una empresa. O bien el **deudor está obligado a hacer** para el acreedor una actividad específica, como por ejemplo, transportar las cajas de vino del depósito del acreedor al negocio en la ciudad del distribuidor de vinos, o trabajar (algo que es muy común, por cierto) bajo dependencia del acreedor, como empleado, trabajador manual, proyectista, etc., o realizar una obra como la construcción de una casa, de una nave, de un armario empotrado en un muro, o reparar el motor de un automóvil o el sistema de ascensor de un edificio. De igual forma, el **deudor puede estar obligado frente al acreedor a no hacer** una determinada actividad, por ejemplo, a no vender un bien a otro o a no venderlo en cierto periodo del año en cierta zona geográfica, o incluso a no producir o comercializar cierto bien o a no edificar en el terreno propio”. La exposición del autor es general de las formas en que la relación obligacional se materializa en un caso concreto, de todos estos nos ocuparemos de la primera: La obligación con prestación de dar.

Dar consiste en transferir la propiedad de una cosa⁽⁵⁾, a su vez representa ser una expresión polisémica pues inicialmente equivale a entrega, deber de entregar una cosa, en sentido de la actividad dirigida a la transferencia de la posesión o aun de la simple detentación en beneficio del acreedor. Ulpiano en el Digesto 45, 1, 75, 10 señalaba que “Esta estipulación: ¿Prometes dar el fundo Tusculano? –es cierta y significa que el dominio ha de ser del que estipuló”. No obstante, el actual significado de **dar** debe ser entendido como una obligación de resultado. “El dare y la dación no se configuran como una pura actividad humana, sino que son el resultado de esa actividad y, más concretamente, como

(5) *Dare*, significa la promesa de transferencia de la propiedad, o de otro derecho real (*ius in re*) sobre la cosa. “La obligación de *dar* es la que tiene por objeto, no la entrega de una cosa, sino la *adquisición por parte del acreedor de un derecho real sobre esa cosa* generalmente del derecho de propiedad. Ya hemos visto que a diferencia del Derecho Romano y el antiguo Derecho francés, que así como el Código Civil alemán, distinguen cuidadosamente el acto generador de la obligación de dar (venta, donación, permuta) y el acto traslativo (tradición) que extingue la obligación por su cumplimiento, nuestro Derecho moderno (art. 1138) ha suprimido el intervalo entre ambas operaciones”. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Trad. de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus. Madrid, 1924, p. 18.

ha señalado F. Badosa, la producción de un efecto jurídico⁽⁶⁾. Este resultado se representa en obtener una finalidad como es la adquisición de la propiedad de aquella cosa, su restitución o la constitución efectiva de un derecho de goce o de garantía sobre ella.

Las obligaciones con prestación de dar, para nosotros, son aquellas cuya conducta comprometida consiste en el traslado de un bien determinado del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor, dicha transferencia que se realiza en realidad es un intercambio de titularidades pues puede ocurrir que el bien físicamente ya se encuentre en el patrimonio del acreedor por lo que únicamente habría una modificación de sujeto titular. No compartimos lo señalado por Ferrero Costa⁽⁷⁾ quien plantea que: “La obligación de dar es aquella que tiene por objeto la entrega de un bien; ya sea para constituir un derecho real, como el de propiedad; transferir el uso, como en el arrendamiento: ceder la simple tenencia, como en el depósito, o restituirlo a su propietario cuando desaparezca la causa que originó su tenencia, como el comodato”. En el citado concepto el autor confunde la naturaleza jurídica de las obligaciones de dar con las obligaciones de entregar. Esta última para nosotros es aquella donde la prestación consiste en entregar una cosa, esto es, en ponerla a disposición del acreedor, sea que la entrega envuelva tradición, sea que se trate de un título precario, o sea una restitución. En este terreno lo fundamental consiste en verificar que la satisfacción del acreedor consiste en recibir el bien o los bienes que le son debidos. A diferencia de ello, la obligación de dar se refiere al derecho sobre la cosa, en tanto que la obligación de entregar se refiere a la cosa misma.

Las prestaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transmitir al acreedor un derecho real sobre una cosa, especialmente la propiedad. Ciertos contratos por definición generan obligaciones de dar, como sucede con la compraventa, el aporte de cosas a una sociedad en propiedad o el usufructo. La obligación de dar, además de la transferencia de la propiedad o la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, comprende también la que tiende simplemente a entregar una cosa,

(6) DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 240.

(7) FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Tercera edición. Grijley, Lima, 2004, p. 31.

sea su posesión, uso o custodia. Las obligaciones⁽⁸⁾ de dar deben producir un enriquecimiento en el patrimonio del acreedor y un correlativo empobrecimiento en el patrimonio del deudor, aunque esto debe tomarse en un sentido relativo.

Ahora bien, las cosas en esencia no son ciertas ni inciertas, la calificación de estas depende del sistema jurídico, al constituir una relación obligacional, el ordenamiento predetermina las cosas que se encuentran en aptitud (**capacidad real**) para el cumplimiento del objeto de la obligación. En este caso el bien debe estar plenamente determinado en especie, calidad y cantidad. Por ejemplo, un reloj de marca A, del año W de origen X y peso Y, o un departamento en la avenida M, cuadra T, número K y tamaño F. Cada bien tiene una identidad propia, una propia realidad individual o certidumbre real que lo distingue de los otros bienes. La identificación es el acto de verificación de la identidad del bien, ella procede en base a varios criterios referidos a señas materiales o jurídicas que permiten su determinación o precisión.

Tratándose de un bien cierto, el cual las partes han establecido expresamente al celebrar la obligación no puede ser sustituido por otro a sola decisión unilateral del obligado. El acreedor tiene derecho a que se le entregue el bien, por eso no se le puede obligar a recibir otro bien, aunque el bien ofrecido como sustituto sea de mayor valor y por el cual dicho acreedor puede ser beneficiado económicamente. Si se admite válidamente el cambio, por arbitraria decisión del deudor, la obligación dejaría de ser de bien cierto. Por otro lado, si el acreedor acepta expresamente el cambio, esta modalidad de pago surtirá efectos cancelatorios. En función a ello nuestro Código Civil en su artículo 1132 plantea que: “El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor”. Es necesario precisar que la naturaleza de

(8) “La *substantia*, como decía el jurista romano Paulo, de la obligación, no radica en el hecho de que ella atribuya a alguien la propiedad de una cosa o un derecho real, sino en el hecho de que ella crea a cargo de un sujeto un deber jurídico de dare, facere o praestare a favor de otro sujeto. Este discurso quiere decir, precisamente, que la esencia de la obligación no radica en un derecho del acreedor, porque ella no atribuye al acreedor, en efecto, ningún poder ‘sobre mundo exterior’: la esencia de la obligación radica en el deber del deudor y, precisamente, en el deber de este para las prestaciones a favor del deudor”. CANNATA, Carlos Augusto. “Le obbligazioni in generale”. En: *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*. Vol. 9. 2ª ed. Ed. Turín. Utet, 1999, p. 13.

la presente disposición no es un deber jurídico sino una carga de recepción, no está obligado a recibir y no estaría en mora sino cumple con lo descrito en la fuente (contrato). Pues no se puede violar la identidad de lo comprometido, la integridad representada en un solo acto y la indivisibilidad como modo de ejecución en el tiempo. De modo que creemos que las obligaciones con prestación de dar bien cierto a su vez encierra no el deber, sino la carga de entregarlos en el tiempo, modo indicado y lugar oportuno consensuado por las partes.

III. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE (O SOBREVENIDA) EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA

Giorgi⁽⁹⁾ manifiesta que: “La obligación coloca al deudor en la necesidad jurídica de efectuar la prestación, cualquiera que sea, que constituye su objeto. Pero la necesidad jurídica, siendo como es, necesidad puramente moral, carece de exacción perfecta, y deja por lo mismo al libre arbitrio del deudor la posibilidad de no respetarla, esto es, de no cumplir la obligación. No basta. Así como el hombre propone y Dios dispone, puede ocurrir que también un obstáculo independiente del hecho positivo o negativo del deudor y superior a sus fuerzas le impida cumplir la obligación y a su pesar le coloque en la situación de incumplimiento”. La posibilidad o factibilidad se refiere a las cualidades del objeto para generar el resultado satisfactorio y debe vincularse con dos situaciones: una de hecho, concreta o física y otra de derecho, jurídica o abstracta. En el primer caso, grosso modo se trata de evitar escenarios que vulneren la ley de la naturaleza, “el objeto será físicamente posible en tanto reúna las condiciones materiales necesarias para el cumplimiento del resultado esperado por los sujetos que intervienen”⁽¹⁰⁾. Esto significa que si un bien no existe ni puede existir materialmente en el plano de lo factible estaremos ante un supuesto de imposibilidad física. En lo concerniente a la posibilidad jurídica, significa que el objeto de la obligación no se oponga a una norma jurídica de modo que sea un obstáculo

(9) GIORGI, Jorge. *Teoría de las Obligaciones*. Vol. 2. Trad. de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus. Madrid, 1928, p. 29.

(10) BILGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. “Presupuestos y elementos del negocio y del contrato”. En: *Derecho Civil*. Tomo I. Trad. de Fernando Hinestrosa. Vol. 3. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 869.

insalvable para que aquello tenga lugar, es decir, que dentro del ordenamiento jurídico no haya alguna disposición que impida el nacimiento de esas consecuencias. Lo sostenido no debe conllevar a pensar que se trate de un objeto ilícito, pues la ilicitud no es una imposibilidad porque puede realizarse, pero se convierte en un hecho ilícito y este no es imposible, sino reprochado y sancionado por el sistema jurídico.

Ahora bien, junto a la división anteriormente mencionada la doctrina ha tendido a distinguir entre los conceptos de imposibilidad originaria e imposibilidad sobrevenida o sobreviniente. En relación a la **imposibilidad originaria** esta se presenta cuando al tiempo de contraerse la obligación, la prestación era ya imposible. Cuando la imposibilidad es originaria el contrato es inválido. En otras palabras, se da cuando la prestación es imposible al momento de constituirse (o mejor dicho, de pretender constituirse) la relación obligatoria. La sanción para este tipo de imposibilidad es la nulidad. Por lo contrario, la **imposibilidad sobrevenida o sobreviniente** surge con posterioridad al momento de contraerse la obligación de manera que inicialmente el objeto era posible. Esto dará lugar a que el acreedor pueda exigir daños y perjuicios si la imposibilidad se debe a culpa del deudor. La imposibilidad es sobreviniente⁽¹¹⁾ cuando la prestación es posible al momento de constituirse la relación obligatoria, pero se torna imposible antes de su ejecución⁽¹²⁾. Bianca⁽¹³⁾ manifiesta que: “la

(11) “La imposibilidad ha de ser sobrevenida. Si la imposibilidad es originaria o anterior a la constitución de la obligación, la misma no habrá llegado a nacer, o si la imposibilidad solo era conocida para el deudor en el momento de constituirse la obligación, se producirá la *perpetuatio obligationis*, esto es, la ficción de existencia de la obligación a efectos de determinar su responsabilidad en el momento del cumplimiento. Así STS 15.2.94: el artículo 1184 del CC no se aplica al futbolista que contrata sus servicios con un club cuando ya había sido contratado por otro anteriormente, pues en este caso no hay imposibilidad, sino incumplimiento; como cuando a sabiendas se contrata por un armador construir una embarcación que no podía ser construida (STS 26.5.80)”. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho de las Obligaciones: Teoría General de la Obligación*. Vol. 1. Civitas, Madrid, 2000, p. 158.

(12) “Al contrario que la invalidez, que es la consecuencia de un acto afectado total o parcialmente en su íntima constitución, la ineficacia supone un negocio jurídico válidamente formado y, por consiguiente, susceptible de ejecución, pero que carece de efectos o que le priva de ellos un hecho posterior, tal vez extraño a la voluntad de las partes. No es posible encerrar en una sola fórmula las distintas hipótesis, y menos establecer en general sus características y consecuencias”. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Trad. de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1959, p. 123 y ss.

(13) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: L'obbligazione*. Tomo IV, Dott. A., Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 528.

imposibilidad sobrevenida es entendida como una situación impeditiva del cumplimiento que el deudor no está en grado de superar ni de prever con la diligencia requerida”. Así la imposibilidad sobrevenida estará referida a toda causa que surja con posterioridad a la construcción del vínculo obligatorio y antes del vencimiento del mismo. La Corte Suprema ha señalado en una jurisprudencia (Cas. N° 280-2000):

“En las obligaciones de dar bienes ciertos la imposibilidad de ejecutar la obligación debida resulta por algún suceso jurídico o por la naturaleza de las cosas. En el primer caso la imposibilidad es consecuencia de una prohibición legal, y en el segundo el bien materia de la relación obligacional ha dejado de existir o se ha perdido para las partes antes de su entrega”.

Nuestro Código Civil en sus artículos 1137, 1138, 1139 y 1140 se refiere a la imposibilidad sobrevenida. Además de estos numerales, el legislador de 1984 optó por darle un tratamiento único y especial en el artículo 1316 que *ad pedem litterae* menciona lo siguiente: “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil (...)”. La primera línea de la presente disposición, según De la Puente y Lavallo⁽¹⁴⁾ “no se trata del caso en que la prestación es imposible antes de la celebración del contrato (imposibilidad originaria o inicial, pues en tal caso el contrato sería nulo (inciso 3 del artículo 219 del Código Civil), sino cuando la prestación que era posible al momento de la celebración del contrato se convierte en imposible en el lapso comprendido entre la celebración del contrato y la total ejecución de la prestación (imposibilidad subsiguiente o sobrevenida)”. Al celebrarse la obligación con prestación de dar bien cierto lo común es que su cumplimiento

(14) DE LA PUENTE Y LAVALLO. Manuel. “La Teoría del Riesgo en el Código Civil de 1984”. En: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, p. 177.

se realice inmediatamente, no obstante en determinadas situaciones la relación obligacional está sujeta a modalidades, ello permite verificar dos momentos ciertos: la celebración, y posterior a ello el cumplimiento de lo convenido. Es durante este intervalo temporal en el que surgirá la patológica imposibilidad sobreviniente.

Estas modalidades (condición o plazo) que nos permiten verificar dos periodos se ligan con la imposibilidad sobreviniente⁽¹⁵⁾, que para nosotros es una forma de ineficacia de los contratos bilaterales por incumplimiento de las prestaciones debido a causas imprevistas e insuperables no imputables a las partes que imposibilitan la ejecución del contrato, la forma como se vinculan es porque esta imposibilidad se presenta durante esta espera de tiempo⁽¹⁶⁾. Ello motiva la aplicación de la denominada dogmática de los riesgos. Es en base a lo señalado que esta clase de resolución es denominada e identificada en la doctrina francesa con el nombre de la “Teoría de los Riesgos”, materia sobre la cual versarán las siguientes líneas.

IV. EL RIESGO: ¿ES POSIBLE UN ANÁLISIS ACERCA DE SU NATURALEZA JURÍDICA?

Según el DRAE *riesgo*, (Del *it.* *risico* o *rischio*, y este del ár. clás. *rizq*, lo que depara la providencia). Significa en su primera acepción: “1. m. Contingencia o proximidad de un daño”. Y en su otro alcance:

(15) “La distinción entre imposibilidad originaria e imposibilidad subsiguiente es de importancia trascendental, ya que la primera tiene por consecuencia la nulidad de la obligación y la segunda solo la transformación o extinción de la obligación según sea o no imputable al deudor. Por ello se hace necesario fijar el momento límite que separa uno de otro género de imposibilidad, momento antes del cual la imposibilidad será originaria y después del cual será considerada subsiguiente. Aunque el C. c. español no concreta en ningún precepto la solución, creemos que esta puede ser deducida de su articulado arrojando un resultado igual al de la tesis sentada en el texto. En efecto, la imposibilidad es originaria, determinando la falta de objeto del negocio, cuando existe al tiempo de concluirse el contrato y, si se trata de legados, al tiempo de la apertura de la herencia; será subsiguiente si ocurre después”. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. Trad. de la 35ª edición alemana, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, p. 239.

(16) Un estudio importante sobre esta materia, y compartido por nosotros, ha sido desarrollado por: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “El incumplimiento de las Obligaciones”. En: *Teoría General de las Obligaciones*. Pról. Gastón Fernández Cruz, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 139-220.

“2. m. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”. Hoy en día el concepto de riesgo aparece en las especialidades científicas más diversas e inclusive en las ciencias más variadas. Al manejo estadístico tradicional de los cálculos de riesgo se añade ahora la investigación económica, así como también lo perteneciente a las ciencias sociales, entre estas: la jurídica. Ha sido un error en la doctrina nacional⁽¹⁷⁾ el hecho de abordar el riesgo como una temática propia del Derecho, lo recomendable sería primero dilucidar sobre su existencia ontológica como categoría conceptual abstracta y segundo, hacer una aproximación a la misma desde una perspectiva jurídica.

Riesgo⁽¹⁸⁾, según Ulrich Beck⁽¹⁹⁾ “es una figura por cual la ética (y, por lo tanto, también la filosofía, la cultura, la política) es invocada nuevamente en los centros de la modernización, en la economía, en las ciencias naturales, en las disciplinas técnicas. Su constatación es una

(17) Véase al respecto: OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003; FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Tercera edición, Grijley, Lima, 2004; TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*. Tercera edición, Idemsa, Lima, 2008.

(18) “En el antiguo comercio marítimo oriental existía ya una conciencia del riesgo, con las disposiciones legales correspondientes. En un comienzo estas eran difícilmente separables de programas adivinatorios, invocación a deidades protectoras, etc. Sin embargo, en lo legal, en especial en la división de funciones de los prestadores de capital y los navegantes, hacían claramente las veces de aseguradoras, un papel que habría de extenderse de manera relativamente continua hasta ya entrada la Edad Media e influir en la conformación del Derecho comercial marítimo, así como en los seguros de este tipo. Pero inclusive en la antigüedad no cristiana falta una conciencia plenamente desarrollada de las decisiones. En realidad, no será sino hasta el largo periodo de transición que va desde la Edad Media hasta los inicios de la Modernidad cuando se empezará a hablar de riesgo. Las raíces de la palabra no son conocidas. Algunos piensan que es de origen árabe. En Europa, la expresión aparece ya en algunos escritos medievales, pero no es sino hasta la aparición de la imprenta cuando se extiende; en primer lugar aparentemente en Italia y en España. Faltan todavía tanto una investigación histórico-nominal como una histórico-conceptual detalladas. Pero esto es comprensible si tomamos en cuenta que la palabra aparece al principio en relativamente raras ocasiones y en ámbitos muy diversos. Los contextos importantes en los que se aplica son los de la navegación marítima y los contextos comerciales. Los seguros marítimos constituyen un caso temprano de control de riesgo planificado, pero también e independientemente de esto se encuentran en los contratos cláusulas como ‘*adrisicum et fortunam (...)*’. ‘*pro securitate et risico*’, o ‘*ad omnem risicum, periculum et fortuna Dei*’, que regulan quién ha de hacerse cargo de las reparaciones en el caso de que hubiera un daño”. LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Trad. de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, Coord. de la trad., Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 30.

(19) BECK, Ulrich. *La Sociedad de los Riesgos: Hacia una nueva Modernidad*. Trad. de Jorge Navarro, Colección Surcos, Paidós, Barcelona, 2006, p. 42.

simbiosis aún desconocida –no desarrollada– entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, entre la racionalidad cotidiana y la de los expertos, entre interés y hechos; su estudio, no puede ser aislado por uno u otro especialista, ni ser desarrollado y fijado de acuerdo a los propios estándares de racionalidad”. Para nosotros el riesgo, como categoría ontológica abstracta, debe ser apreciado como la probabilidad de que una amenaza se convierta en un desastre. Es decir, la vulnerabilidad o las amenazas por separado no representan un peligro, pero si se juntan se convierten en un riesgo, o sea, en la posibilidad de que ocurra un desastre o un efecto, contrario a lo deseado por los sujetos. La noción de riesgo subsume la idea de una prevención sin certeza, por lo que se constituirá como una probabilidad, posibilidad o contingencia de que ocurra un hecho indeseable.

Entendido el riesgo desde el presente, el futuro se presenta como algo incierto y recién en “los futuros presentes” será consecuentemente considerado como “deseable o indeseable”. Es claro que lo que suceda entonces dependerá de la decisión que se tome en el presente. En este punto corresponde señalar que la distinción entre riesgo y peligro está dada en la incertidumbre respecto a los daños futuros. Creemos que cuando el posible daño sea una consecuencia de la decisión que se tome, se estará ante un riesgo. Por otro lado, cuando se juzgue que el hipotético daño pueda ser provocado externamente, se atribuya al entorno por decir ajeno al sujeto, se estará ante un peligro. Lo relevante del concepto de riesgo sea la posible existencia de un daño contingente, esto es, evitable. Esto último se liga con la diligencia presente en el quehacer de los sujetos. Si somos cuidadosos en nuestra relación con el ambiente y si somos conscientes de nuestras vulnerabilidades o del acto que realizaremos frente a las amenazas existentes, podemos tomar medidas para asegurarnos de que las amenazas no se conviertan en pérdidas. Es por ello que los riesgos pueden reducirse o manejarse.

De lo mencionado, surge la cuestión, ¿es posible un análisis acerca de la naturaleza jurídica del Riesgo?, esto significa, ¿cómo concibe el Derecho al Riesgo?; para nosotros el riesgo debe entenderse jurídicamente como la posibilidad de pérdida o deterioro que puede sufrir el bien, objeto de la obligación, en el lapso de tiempo entre la celebración y el cumplimiento de la relación obligacional. Riesgo y peligro son dos

conceptos que involucran a la seguridad. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, riesgo⁽²⁰⁾ es una función que denota la probabilidad de efectos perjudiciales para el bien protegido por el ordenamiento; mientras que peligro se lo utiliza normalmente en un sentido más amplio y describe todo producto o procedimiento que pueda tener efectos perjudiciales, este último generalmente es utilizado en el Derecho del Consumo. “El riesgo imprevisible supone dos ideas: **primera**, la de magnitud, que sobrepase los límites de la previsión normal y corriente, y **segunda**, la de tiempo, el que transcurre entre la celebración del acto jurídico y la aparición del acontecimiento imprevisible que varía fundamentalmente las circunstancias”⁽²¹⁾. La existencia de estos riesgos⁽²²⁾ puede acrecentar la responsabilidad del deudor pero también pueden liberarlo respecto del acreedor, si la imposibilidad es sobrevenida el contrato queda sometido a nulidad; ergo, no requiere de declaración judicial alguna. Como indica Zusman Tinman⁽²³⁾ “La teoría del riesgo está destinada (...) a decidir si la obligación del acreedor (a su vez del deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse, también”.

(20) “El riesgo es no solo la posibilidad de una disminución patrimonial sino también de un aumento dejado de percibir, tendríamos que aceptar que cada uno de los sujetos soporta algún riesgo desde el momento en que solo uno de los sujetos tuviera la posibilidad de experimentar una disminución patrimonial. Precisamente en cuanto que la no disminución final del patrimonio supondría para la otra el no aumento de su patrimonio, y en consecuencia, una pérdida”. DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús. “El riesgo en la doctrina de Pothier”. En: *Derecho y conocimiento*. Vol. 1, Facultad de Derecho Universidad de Huelva, p. 369.

(21) BADENES GASSTE, Ramón. *El riesgo imprevisible: Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1946, p. 22.

(22) “Se llaman riesgos y peligros en el lenguaje jurídico moderno todos los casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida. No lo son las variaciones de valor dependientes de causas económicas o políticas, y aquellos vicios o defectos que el deudor esté, por la índole del contrato o por pacto especial, obligado a garantizar. Y como el género y la cantidad no perecen, apenas se necesita advertir que cuando la cosa, o para hablar más generalmente, la prestación debida, no sea un cuerpo cierto y determinado, o por lo menos, un género y una cantidad limitados de tal modo que equivalgan al cuerpo cierto y determinado, no ha lugar a hablar de riesgos y peligros”. GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. 4. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1909, p. 242.

(23) ZUSMAN TINMAN, Susana. *La Teoría del Riesgo*. Derecho PUCP. Número 34. Lima, 1980, p. 81.

V. LA PÉRDIDA DEL BIEN EN LAS OBLIGACIONES DE DAR BIEN CIERTO Y TEORÍA DEL RIESGO: UNA LECTURA DE LOS ARTÍCULOS 1137 Y 1138 DEL CÓDIGO CIVIL Y SOBRE LA ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDADES

1. Pérdida y deterioro: Breves notas conceptuales

Recordemos que estamos tratando de bienes ciertos, motivo por el cual su grado de insustituibilidad es total, salvo la voluntad de las partes de hacerlas sustituibles por otras. Los artículos 1137, 1138 y 1139 del Código Civil se refieren al supuesto de la imposibilidad sobreviniente, esto es, aquella que ocurre entre la constitución de la relación obligacional y la ejecución de la prestación. La Teoría del Riesgo se constituye por los diversos hechos que hagan que la prestación debida (dar bien cierto) devenga en imposible de cumplimiento, ya sea por algún caso fortuito, fuerza mayor, o culpa del acreedor o del deudor. Nuestro artículo 1137⁽²⁴⁾ consagra lo siguiente:

(24) Muy similar en su regulación tenemos el Código Civil chileno en su artículo 1670: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”. El *Code Napoléon* en su numeral 1302: “Cuando el cuerpo cierto y determinado que era objeto de la obligación, perezca, sea puesto fuera del comercio, o se pierda de manera que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extinguirá si la cosa hubiera perecido o se hubiera perdido sin culpa por parte del deudor y antes de que se constituyera en mora. Incluso cuando el deudor se constituya en mora, y no sea responsable al tratarse de caso fortuito, la obligación se extinguirá en caso de que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor si le hubiera sido entregada. El deudor estará obligado a probar el caso fortuito que alegue. Sea cual fuere la manera en que la cosa robada hubiera perecido o hubiera sido perdida, su pérdida no dispensará a quien la sustrajo, de la restitución del precio”. El artículo 2012 del Código Civil mexicano indica que: “La pérdida de la cosa puede verificarse: I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar”. El Código Civil colombiano en su artículo 1729: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”. El numeral 1344 del Código Civil venezolano plantea: “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera que haya perecido

Artículo 1137: La pérdida del bien puede producirse:

1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tengan noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera del comercio.

El denominado riesgo del bien se vincula con su pérdida (total) o deterioro (parcial) que disminuye su valor económico o lo convierte en inútil en el tráfico jurídico afectando con ello el fin previsto por su propietario. Esta imposibilidad tiene que ser evidentemente en un momento posterior a la fecha cierta de la celebración del contrato. El riesgo no es la pérdida misma ni el deterioro del bien, sino la mera posibilidad, pues el riesgo es uno solo. El criterio de distinción entre la pérdida y el deterioro no debe ser rígido, debido a que va a depender de cada circunstancia concreta en relación a la función del bien y el contenido de la obligación.

Para nosotros pérdida es la desaparición total del bien, es decir, la desmaterialización anómala o extinción de su materialidad. Es el perecimiento absoluto para el tráfico jurídico, por lo que también es necesario asimilar como pérdida cuando el objeto por disposición legal alguna o convencional (Derecho consuetudinario) sea puesta fuera del comercio. Asimismo, cuando este no se pueda recobrar o haya un desconocimiento respecto a su paradero. Según Alterini⁽²⁵⁾: “Se considera que existe pérdida de la cosa cuando se destruye totalmente, cuando desaparece o es puesta fuera del comercio. La pérdida supone la imposibilidad completa de la prestación”. A diferencia de ello, el deterioro no es la total desaparición, sino solo un menoscabo, desperfecto material o parcial de un bien, ya sea funcional o estructural y cuyo resultado no puede ser otro que una merma en su utilidad y valorabilidad económica. “Es un detrimento sufrido por la cosa que disminuye su valor económico”⁽²⁶⁾. En otra expresión, el deterioro es un daño parcial. Es un requisito

o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquel que la ha sustraído de restituir su valor”, entre otros.

(25) ALTERINI, Atilio Aníbal. *Curso de Obligaciones*. Tomo II. Cuarta edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992. p. 75.

(26) Ídem.

fundamental que tanto la pérdida como el deterioro se deben producir después de la celebración de la relación obligatoria. El criterio de distinción entre la pérdida y el deterioro no debe ser rígido, pues va a depender de cada circunstancia concreta en relación a la función del bien y el contenido de la obligación⁽²⁷⁾.

El Código Civil refiere en su primer inciso del artículo 1137, “por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial” como un supuesto de pérdida del bien cierto. El presente caso constituye un error de apreciación del legislador, pues equipara absurdamente el perecimiento con la inutilidad para el acreedor. Por perecimiento entendemos como aquella forma natural de la pérdida y que ocurre con mayor cotidianidad. En el perecimiento la destrucción del bien debe ser absoluta, ergo que elimine cualquier probabilidad de que el bien sea útil en el futuro. Por ejemplo, un terremoto de 8.5 grados que derrumbe la casa de adobe de la Sra. Diamantina. El perecimiento funciona tanto en bienes muebles como inmuebles, ya que este mismo terremoto puede destruir el televisor de Frumencio. Esclarecido el perecimiento, nuestro legislador lo iguala con la inutilidad del bien para el acreedor por daño parcial. Lo parcial es lo no total o no completo, de modo que se encuadra en la figura antes desarrollada del deterioro. El deterioro puede dar lugar a una disolución de la obligación cuando resulte inútil para el acreedor. Indudablemente creemos que el deterioro no puede ser un supuesto de pérdida del bien. No obstante, el *leitmotiv* de esta consideración de inutilidad por daño parcial (deterioro) como hipótesis de “pérdida” del bien debe analizarse desde la perspectiva de la causa e interés del acreedor sufriendo una metamorfosis de pérdida del bien al de pérdida del interés.

(27) “El deterioro, como principio, no puede alterar por su magnitud la imposibilidad de aprovechamiento del bien –en la concepción más amplia del término–. Por otro lado, la distribución implica una imposibilidad de aquel aprovechamiento. En el primer supuesto, la relación obligacional podrá continuar produciendo sus efectos y determinada la casusa de la afectación, deberá o no reparar la situación. En cambio, en el segundo la relación obligacional se interrumpe, dado que resultaría imposible su cumplimiento. Indagada la causa, el deudor deberá pagar al dueño el valor de sustitución, sin perjuicio de otros daños que hubiese ocasionado. GHERSI, Carlos Alberto. *Obligaciones civiles y comerciales: Complementando un análisis socioeconómico, constitucional, tratados internacionales y la ley de defensa del consumidor*. Segunda edición, Astrea. Buenos Aires, 2005, p. 106.

El segundo supuesto considerado como pérdida del bien es “por desaparecer de modo que no se tengan noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar”; el que se refiere a la desaparición total del bien por extravío e ignorancia del lugar donde pueda hallarse de tal modo que no se tenga conocimiento sobre su paradero. En este ámbito surge una problemática, ¿a partir de cuándo se debe considerar que un bien cierto se ha perdido? Para nosotros esto debe ser a partir del momento en el que no se sepa de la existencia del bien. Por ejemplo, Epigmenio se obliga a dar un teléfono celular a Urbanelia, sin embargo, una semana antes de la fecha fijada Epigmenio hace un viaje a la selva en cuyo recorrido pierde el bien sin tenerse idea de dónde puede estar, pues su ruta fue por zonas boscosas y resbaladizas. Ahora bien la otra hipótesis del presente inciso está referida a la imposibilidad de recobrarlo: esto no se refiere a un perecimiento físico del bien, lo más importante en este supuesto radica en la imposibilidad de recuperarlo. Veamos el siguiente ejemplo, Marciana está obligada a entregar un anillo, faltando unos días para hacerlo viaje al Cañón de Colca, lugar en el cual durante la práctica de un deporte de riesgo el anillo se le termina resbalando por un abismo pedregoso. Luego de contactarse con personas que tienen la maquinaria especiales para su recuperación y habiéndolo localizado, concluyen que por la difícil situación del terreno es imposible.

El último caso está vinculado al hecho de “quedar fuera del comercio”; en este punto la doctrina ha sido unánime en sostener que esta modalidad no se trata de una pérdida física sino de naturaleza jurídica por haber salido del tráfico comercial y como efecto de ello no puede ser más objeto de la relación obligatoria. En este presupuesto el hecho más común es que el bien inmueble determinado haya sido expropiado por el Estado para fines de intereses públicos. Es decir, en un inicio pertenecía a un patrimonio privado, pero en función a un hecho posterior este se deriva a uno de carácter público, conllevando al perecimiento de la relación obligatoria.

Grosso modo, todas estas circunstancias que constituyen supuestos de la pérdida del bien hemos señalado que deben de producirse con posterioridad a la fecha cierta de celebración de la obligación, pero antes del plazo de la entrega, puesto que, si tal hecho se presentase al momento de la concertación, la obligación nacería nula por tratarse de un

objeto imposible. “Si la imposibilidad fuese anterior a la obligación, no se podría decir que la obligación se extingue; sino que no habría nacido nunca por carecer de objeto, salvo las indemnizaciones que pudiera tener su fundamento en la mala fe o dolo de alguna de las partes”⁽²⁸⁾. De lo dicho, y a modo de recapitulación la imposibilidad debe ser posterior a la celebración del contrato y perfecta o total. En este intervalo, conforme a la causa que haya originado esa imposibilidad sobreviniente, se hará la respectiva asignación de responsabilidades. La Teoría del Riesgo tiende a determinar cuál de las partes contratantes debe soportar la pérdida patrimonial que se ha derivado por la imposibilidad sobrevenida antes de la ejecución de la prestación.

2. ¿Y quién es el responsable?: A propósito de su asignación

Uno de los elementos de la relación obligatoria (sea de fuente convencional o legal), es el vínculo jurídico, entendido como aquel nexo que une dos situaciones jurídicas (comúnmente una de poder y otra de deber) contrarias pero coincidentes, dentro del cual ubicamos dos conceptos: el débito y la responsabilidad. Desde una posición clásica de la responsabilidad se buscó postular la separación de estos conceptos pero luego de una serie de observaciones a la misma se concluyó que la responsabilidad es un concepto que se verifica desde que surge la relación obligatoria, de ahí que no podemos referirnos a “obligaciones” que carezcan de débito o de responsabilidad la que en este contexto se entiende como exigibilidad. El Código Civil en su artículo 1138 regula diversos escenarios que surgen, sea del perecimiento o del deterioro del bien, precisando sobre esta base los efectos que corresponden a cada una de ellos. El tratamiento de la presente disposición fue tomando en consideración el BGB de 1900 y el Código Civil portugués de 1967. El primer inciso reglamentando **la pérdida del bien por culpa del deudor** plantea que:

(28) CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado: De las Obligaciones*. Tomo X, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1950, p. 558.

Artículo 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

En este supuesto⁽²⁹⁾ “el acreedor puede exigirle al deudor el equivalente en dinero de la cosa perdida, más los daños que el incumplimiento le hubiere ocasionado. Evidentemente por tratarse de cosas ciertas no existen equivalentes absolutos”⁽³⁰⁾. Debemos distinguir el efecto sinalagmático del efecto resarcitorio, respecto al sinalagmático se señala que si el bien, objeto de la prestación, se pierde la conducta que iba a desplegarse queda ineficaz y la ineficacia de la prestación determina la ineficacia de la contraprestación. Esto se da debido a la reciprocidad o funcionalidad de la obligación. De la misma forma, como hay culpa del deudor se puede pedir la resolución de la obligación (resolución del contrato) y la pretensión resarcitoria sustitutoria (indemnización) a cargo del deudor porque es por causa imputable (culpa o dolo). Busso⁽³¹⁾ sostiene que “la responsabilidad del deudor solo existe si su conducta u otro acontecimiento del cual resulte la violación –inclusive aquellos que tengan carácter fortuito– le son imputables. Suele hablarse entonces de responsabilidad contractual. Pero aunque en la mayoría de las hipótesis se tratará de una responsabilidad de este género, podría suceder que así no fuese.

(29) El Código Civil mexicano sostiene en su artículo 1948, inciso 1: “Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente esta, se perdiere, deteriorare o bien se mejore la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación”.

(30) ALTERINI, Atilio Aníbal. Ob. cit., p. 75.

(31) BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado: Obligaciones*. Tomo III, Ediar Editores, Buenos Aires, 1949, p. 238.

En efecto, el deber de cumplimiento debe extenderse a todo género de obligaciones, inclusive a las de origen legal, y, en consecuencia, la responsabilidad por incumplimiento será en estos casos extracontractual”.

La segunda parte de este artículo es innovador pues se refiere a aquel supuesto en que el deudor pueda obtener una indemnización como consecuencia del bien que debe entregar. Es el típico caso que ocurre cuando el deudor de un automóvil de marca W y año X lo haya asegurado para tales eventualidades y que, producida la pérdida, le asista el derecho de solicitar indemnización a la entidad aseguradora. Esta indemnización que en principio corresponde al deudor, iría en definitivo a poder del acreedor para cubrir lo que aquel le debe por el perecimiento del bien y si no logra cubrir el monto de lo que debe abonar, servirá para reducir dicho resarcimiento.

El segundo inciso del artículo 1138 trata sobre **el deterioro del bien por culpa del deudor**, señalando que:

Artículo 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

Esto quiere decir⁽³²⁾ que si el bien se deteriora por culpa del deudor dependerá del acreedor si la afectación de su interés es nuclear o exógena

(32) Un tratamiento interesante no regulado en nuestro Código Civil podemos ubicarlo en el Código Civil argentino, el mismo que en su artículo 581 indica que: “Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios e intereses”.

(cuando la afectación del bien es superficial y el sujeto considera recibir el bien). Si es nuclear se resarce, mas si es exógeno y lo recibe la contraprestación se reduce lo que no evita el deber de resarcir. En otras palabras, el efecto del inciso 2 dependerá del derecho potestativo del acreedor. Consideramos que cuando el deterioro sea de escasa importancia, no habrá resolución alguna, porque el acreedor solo tiene derecho a pedir la reducción de su contraprestación, cuando haya, además de la indemnización correspondiente, porque hay culpa en el deterioro; y la culpa, por ser siempre de carácter personal, le genera responsabilidad al imputable. Debemos señalar que también en el presente caso la resolución del contrato se convierte en una potestad del acreedor, ergo debemos erradicar la falsa creencia de que es una resolución impuesta por la ley. La tercera regla del artículo bajo análisis está centrada en la pérdida del bien por culpa del acreedor, la que plantea lo siguiente:

Artículo 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

En este hipotético también debemos defender el efecto sinalagmático del resarcimiento. Si el bien se pierde entonces esta conducta deviene en ineficaz por lo que la contraprestación deja de producir efectos. Lastimosamente el presente numeral subsume una imprecisión conceptual, si nos preguntásemos ¿cuál es la solución propuesta para el caso de que el bien se pierda por culpa del acreedor? La respuesta dada por el legislador sería que la obligación se resuelva para el deudor, pro subsiste para el acreedor, quien deberá ejecutar la contraprestación. ¿Es esto factible? Evidentemente creemos que no, pues la relación obligatoria no puede resolverse solo para una de las partes y permanecer subsistente para el otro. Esto significa que la obligación no puede continuar permaneciendo si el objeto desaparece. Para nosotros la solución correcta sería que si consideramos que la obligación queda resuelta, entonces, no hay lugar a

la contraprestación y en lugar de ello, el acreedor queda responsable por los daños y perjuicios que ocasione al deudor. El cuarto supuesto regula **el deterioro del bien por culpa del acreedor**:

Artículo 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, este tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

Cuando se presente este caso el acreedor tendrá que recibir el bien cierto en el estado en que se encuentra y conservar el derecho de contraprestación. Consideramos que el efecto debería ser que la contraprestación se reduce, sin embargo, ese valor que no se ha reducido vendría a ser el efecto resarcitorio. En realidad la solución consagrada en el presente inciso es inobjetable debido a que tiene eficacia práctica, pues la sanción es a quien es responsable por el menoscabo que sufre el bien. El acreedor está obligado a recibir el bien sin reclamo alguno, pues como reza un principio “no se puede basar un reclamo en hecho propio”. Cuestionamos aquella doctrina que manifiesta que este inciso es utópico e irreal por cuanto es de suponer que la responsabilidad del acreedor en el deterioro exige fehacientemente que este tenga ya el bien cierto en su poder. No creemos en la validez de tal afirmación ya que en variados casos pese a encontrarse el bien todavía en poder del deudor, será el acreedor responsable de su deterioro. Por ejemplo, Gorgonio celebra un contrato donde se obliga a entregar un codiciado Blackberry Curve 9300 a Cacerolo, quien con motivo de constatar que el bien está siendo cuidado adecuadamente decide examinarlo, hecho que termina con la afección del mismo en uno de sus botones. El inciso 5 del artículo 1138 codifica **la pérdida del bien sin culpa de las partes**, el mismo que indica:

Artículo 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

5. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

Si el bien se pierde sin culpa de las partes, significa que la pérdida ha sido ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. En ese sentido, el artículo 1316 indica en su primera línea que **“la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)”** y con mayor razón si la causa no es imputable a alguna de las partes⁽³³⁾. Los efectos de este perecimiento sin culpa producen consecuencias distintas para las partes, de acuerdo con la naturaleza de los bienes (muebles e inmuebles). Recordemos que en caso de perecimiento del bien, primero debe establecerse qué le pasa a la obligación, si se extingue o no; y después quién de los sujetos va a sufrir el menoscabo patrimonial, porque el bien, como patrimonio tiene un titular que en algunos casos será el acreedor y en otros será el deudor. De modo que aplicando el principio *res perit dómīno* será necesario determinar qué parte es el *dominio* de la cosa, porque él soportaba la pérdida. Nuestro Código Civil ha establecido que perdido el bien, le corresponderán al deudor los derechos y acciones que pudieran haber quedado relacionados con el bien, tales como un seguro contra todo riesgo, por ejemplo. Finalmente, el inciso 6 trata acerca del **deterioro del bien sin culpa de las partes**, esta disposición señala lo siguiente:

(33) “Pero si la obligación de una parte corresponde en la otra una contraprestación (contrato bilateral o sinalagmático), la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida no puede exigir de la otra la prestación correspondiente, y si la hubiese ya recibido, está obligada a restituirla según las normas acerca de la repetición de lo indebido. El riesgo, en tal caso, recae **sobre ambos**, ya que cada una de las partes podría tener interés en la prestación de la otra, aún efectuando la propia, mientras que tiene que resignarse a la ineluctabilidad del caso fortuito o de la fuerza mayor, y soportar el daño. No responde a una exacta apreciación que recaiga sobre el deudor, y que la regla esté constituida por el *casum sentit debitor* (el riesgo lo sufre el deudor); esto solo puede ser verdad eventualmente –y solo empíricamente– en el caso de que el deudor hubiese proveído a aprontar el objeto, no teniendo en tal caso ningún derecho a reembolso; pero tampoco aquí queda excluido que, si el daño mayor es del deudor, tenga daño también la otra parte, la parte acreedora de la prestación imposible”. BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho Privado: Obligaciones*. Tomo III, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967, p. 120.

Artículo 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

La regulación de este dispositivo es auténtica para el supuesto de que las partes convienen en mantener válida la relación obligacional. Para nosotros la fuerza mayor será la imposibilidad absoluta procedente de un obstáculo irresistible, imprevisto e imprevisible (tempestad, rayo, terremoto, guerra, etc.). “No hay interés en distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, porque ambos producen la liberación del deudor. Esto está conforme a la equidad, pues no se puede exigir del deudor más de que un hombre inteligente del término medio es capaz de dar”⁽³⁴⁾. La jurisprudencia N° 2625-98 (Lima) respecto a este punto señaló:

“El Código Civil actual define el caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Extraordinario es aquello fuera de lo común; imprevisible es aquello a lo que no se puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano; e irresistible es aquello a la que no se puede oponer, por ser superior a los recursos y posibilidades de contención”.

El caso fortuito o la fuerza mayor⁽³⁵⁾, solo ocasionan un deterioro y no la pérdida, luego, nada más justo que el perjuicio lo soporte el

(34) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., p. 24.

(35) “El caso fortuito y la fuerza mayor son equiparados por la doctrina moderna. Las legislaciones actuales usan ambos conceptos en forma indistinta. Sin embargo, la distinción puede ser hecha en teoría: **Caso fortuito**: Se refiere únicamente a los accidentes naturales. Así por ejemplo, una inundación, un terremoto, etc. Es lo que el Derecho anglosajón denominó ‘hechos de Dios’. Fuerza mayor: Comprende los hechos de un tercero y los procedentes de una autoridad, también denominados ‘hechos del príncipe’”. ZUSMAN TINMAN, Susana. Ob. cit., p. 77. La distinción teórica desarrollada por la autora tiene su

deudor y como correlato que se produzca una reducción proporcional de la contraprestación. Aquí surge una interrogante: ¿Pero qué sucede si el acreedor ya no desea para sí el bien por razón del deterioro? Ubiquémonos en el caso en que dicho deterioro hace inútil el bien para el acreedor: ¿Sería justo que tenga que recibir el bien? Para nosotros si el deterioro es de naturaleza tal que le resulta inútil al acreedor, entonces, en lugar de recibir la cosa deteriorada con disminución proporcional de la contraprestación, puede optar por disolver la relación obligatoria. Ergo la determinación unilateral de su voluntad puede extinguir el vínculo como expresamente lo regulaba el artículo 1177 del Código Civil de 1936 facultando que el acreedor podrá disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se halle, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese.

VI. APRECIACIONES FINALES

A manera de conclusión resaltamos las principales ideas:

1. Primero, sostenemos que la obligación es aquella situación jurídica compleja en la que una persona (acreedor) tiene un derecho (crédito) que le permite exigir de otra (deudor) un comportamiento, por lo que esta última tiene un deber de prestación. En ese sentido sostuvimos que la noción de prestación toma en cuenta como elemento determinante de la definición del objeto de la obligación no tanto la conducta del deudor, sino a la satisfacción del interés del acreedor.
2. Segundo, esbozamos una noción de obligación con prestación de dar teniendo en consideración la **titularidad**, señalamos que estas son aquellas cuya conducta comprometida consiste en el traslado de un bien determinado del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor, dicha transferencia que se realiza en realidad es un intercambio de titularidades pues puede ocurrir que el bien físicamente

origen en el Digesto que diferenciaba ambos vocablos, al de “fuerza mayor” lo subsumía en la tensión antinómica libertad-autoridad; mientras que al de “caso fortuito”, lo refería a una eximente de culpa, en función de acontecimientos, hechos, etc., diríamos exteriores a la voluntad de las partes.

ya se encuentre en el patrimonio del acreedor por lo que únicamente habría una modificación de sujeto titular.

3. Abordamos el riesgo, en un primer momento como una categoría ontológica abstracta y posterior a ello, como un constructo jurídico. Asimismo la relación de esta con la denominada Teoría del Riesgo teniendo como correlato el artículo 1137 del Código Civil en función a la pérdida y deterioro del bien cierto.
4. Por último, analizamos las distintas reglas que establece el artículo 1138 en función cuando no es viable el cumplimiento específico de una relación obligatoria de dar bienes ciertos dándose sucesivamente el efecto anormal (patológico) que consiste en la indemnización de daños a cargo del deudor, o bien puede disolverse la obligación sin indemnización de daños en el caso de no existir responsabilidad del deudor. Para ello, la Teoría del Riesgo nos permitió examinar cada supuesto y determinar quién carga con los riesgos durante la existencia de la obligación, y qué consecuencias se dan ante la ocurrencia de ellos.

El Derecho, en especial el de las Obligaciones, ya sea mediante su praxis legislativa, jurisprudencial y doctrinal, debe mostrarse atento a nuevos escenarios que superen el cumplimiento normal (y diligente) de la prestación, debido a que la existencia de riesgos es permanente en cualquier relación obligatoria. Hoy en día la confianza es mermada pues el incumplimiento se puede dar por razones imprevistas e irresistibles ajenas a esta, no obstante, la excesiva patrimonialización de la obligación y un evidente economicismo práctico como beneficio conlleva a que vuelva surgir la usual y seductora expresión “donde hay más riesgo, hay más provecho”.

Resolución por incumplimiento contractual

Alfredo F. SORIA AGUILAR^(*)

Sofía ANCHAYHUAS CORONADO^(**)

I. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

Para entender a la resolución contractual por incumplimiento, resulta necesario reconocerla como uno de los supuestos de ineficacia del acto jurídico.

Por ello, antes de determinar los alcances específicos de la resolución por incumplimiento contractual, desarrollaremos brevemente, la ineficacia del acto jurídico.

La ineficacia de un acto jurídico no es la simple falta de producción de los efectos al celebrar el contrato, sino que, un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica, o porque aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, esta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio.

(*) Docente de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad del Pacífico. Árbitro del OSCE y del Centro de Arbitraje de la PUCP.

(**) Bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la UNMSM.

La ineficacia puede ser: (i) por una causa estructural (intrínseca o vinculada a la invalidez del acto jurídico) o (ii) por una causa distinta que se configura cuando el negocio ya existe y es válido (extrínseco o no vinculada a la invalidez del acto jurídico). La doctrina reconoce estos dos escenarios de ineficacia como ineficacia estructural e ineficacia funcional respectivamente, los cuales desarrollaremos a continuación.

1. Ineficacia estructural

En la ineficacia estructural, la imperfección se encuentra en la génesis del acto defectuoso y se vincula con la “ausencia o defecto de los elementos esenciales en el proceso de formación negocial, o mejor dicho, una cuestión de invalidez⁽¹⁾”. En consecuencia, la ineficacia estructural se vincula con los supuestos de invalidez efectiva (nulidad⁽²⁾) o invalidez potencial (anulabilidad⁽³⁾).

2. Ineficacia funcional

Según Zannoni “un acto puede ser ineficaz en razón de defectos o irregularidades constitutivos, es decir, que afectan en la estructura del acto jurídico, también hay otros supuestos en los que la ineficacia **sobreviene** en razón de que las estipulaciones del negocio, intrínsecamente idóneos dejan de constituir para los sujetos una regulación de intereses dotada de sentido”⁽⁴⁾.

No compartimos la terminología utilizada por Zannoni dado que el término “**sobreviniente**” que podría entenderse que solamente comprende a supuestos posteriores a la celebración del contrato, no incluye todos los supuestos de ineficacia funcional. Por lo que resulta más conveniente entender que este tipo de ineficacia tiene una causa exterior al negocio, es decir, no se trata de una causa vinculada a la estructura o validez del acto, sino que afecta el funcionamiento del mismo. Es así que, concordamos con Betti al denominar este tipo de ineficacia como “ineficacia

(1) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Segunda edición, Grijley, Lima, 1997, p. 516.

(2) Artículos 219 y 220 del Código Civil.

(3) Artículos 221 y 222 del Código Civil.

(4) ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 125.

extrínseca”⁽⁵⁾. Este término permite incluir dentro de sus alcances, a aquellos supuestos de ineficacia que podrían presentarse al momento de la celebración del acto jurídico, por ejemplo, como ocurre con las figuras de la rescisión, la inoponibilidad o la falta de legitimidad para contratar.

II. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL COMO SUPUESTO DE INEFICACIA FUNCIONAL

Como hemos descrito, la ineficacia puede ser funcional, lo que supone un acto jurídico válidamente celebrado, pero que se tornará ineficaz por una causa exterior al negocio.

Precisamente dentro del supuesto de ineficacia funcional encontramos a la resolución contractual por incumplimiento. Por ello Roppo⁽⁶⁾ ha señalado que “(...) la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación”.

III. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO DERECHO POTESTATIVO

El derecho de resolución por incumplimiento se caracteriza por constituir un mecanismo de tutela que el orden jurídico pone a disposición de la parte fiel del contrato para provocar la ineficacia de este, eliminando del espectro jurídico los efectos que el contrato hubiere producido.

La resolución no es una condición resolutoria que opera automáticamente. Constituye un derecho cuyo ejercicio dependerá de la parte fiel del contrato, es decir, ante la verificación del incumplimiento, el acreedor puede optar resolver la relación jurídica o recurrir otros remedios contractuales⁽⁷⁾: Como lo afirma Forno, “la resolución por

(5) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Trad. Martínez Pérez, Madrid, 1959, p. 348.

(6) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Primera edición peruana, Lima, 2009, p. 859.

(7) Por ejemplo, exigir al deudor simplemente la ejecución de lo pactado, solicitar judicialmente la ejecución forzada, procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, entre otros.

incumplimiento es un mecanismo de tutela puesto en interés del acreedor como una alternativa a su derecho al cumplimiento y por ello se configura frecuentemente como un derecho potestativo cuya actuación debe quedar librada a su entero arbitrio⁽⁸⁾.

IV. PRESUPUESTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Para que la parte fiel pueda ejercer el derecho resolutorio ante el incumplimiento contractual es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

a) Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas

El campo de acción de la resolución por incumplimiento es el de los contratos con prestaciones recíprocas, por cuanto la resolución busca restablecer el equilibrio que ha sido perturbado por el incumplimiento de una de las partes intervinientes.

Como bien lo sostiene Zamudio “no se debe entender el término prestación en forma técnica, esto es, un comportamiento material para la satisfacción del acreedor, pues esta perspectiva resulta bastante limitada, pues no todos los contratos que se encuentran tipificados en el Código Civil, por ejemplo, producen obligaciones. Por prestación, aquí, se debe comprender toda aquella ventaja que las partes contrayentes se intercambian una a favor de la otra en un contrato, esto, sin hesitación expresa de un concepto más amplio: atribuciones patrimoniales⁽⁹⁾. De lo que podemos concluir que la vinculación entre las partes contratantes se encuentra gobernada por lo que en doctrina se conoce como “sinágrama funcional” o “correspectividad”, en este sentido compartimos la opinión de Castro cuando afirma que “el ámbito de la resolución por incumplimiento parece ser, entonces, la correspectividad contractual, la cual, empero, no está referida a las prestaciones, porque, estas, en los

(8) FORNO FLORES, Hugo. “El plazo esencial y la tutela resolutoria”. En: AA.VV. *Estudios sobre el Contrato en General*. Selección, traducción y notas de Leysser León. ARA Editores. Segunda edición, Lima, 2004, p. 998.

(9) ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. Resolución por incumplimiento e inaplicación del artículo 1372 del Código Civil”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°130, Lima, julio 2009, p. 120.

contratos con efectos no obligacionales, no se presentan, sino a los resultados útiles (enriquecimientos o ventajas patrimoniales) obtenidos gracias a la actuación del programa contractual”⁽¹⁰⁾.

b) Que exista incumplimiento

La resolución por incumplimiento del contrato tendrá como presupuesto que una de las partes no haya ejecutado la “prestación” a su cargo. Como ya hemos comentado, el término prestación alude a toda aquella ventaja que las partes contrayentes se intercambian una a favor de la otra en un contrato.

El incumplimiento va a estar siempre en función del programa contractual establecido por las partes, por lo que es en función de este que se establecerá si el contrato ha sido cumplido o no.

V. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Para optar por la resolución del contrato por incumplimiento, además de los presupuestos enunciados, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

a) Que la prestación sea posible de ser cumplida

En nuestro sistema se distingue la resolución por imposibilidad sobreviniente de la resolución por incumplimiento. Al respecto, debe decirse en general que nos encontramos ante un supuesto de resolución de contrato cuando el mismo deja de surtir los efectos inherentes a su tipo; en otras palabras, la relación contractual instaurada entre las partes se extingue.

Dicha extinción puede producirse por dos causas: a) porque **la prestación a cargo de una de las partes es imposible de ser cumplida** y, por ende, en aplicación del concepto de corresponsividad, la correspondiente contraprestación no debe ejecutarse; o b) porque una parte contractual

(10) CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “La resolución judicial por incumplimiento del contrato”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 87. Lima, diciembre 2009, p. 78.

declara la extinción de los efectos del contrato debido al incumplimiento de su contraparte.

Precisamente los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil regulan el segundo supuesto, esto es, la resolución por incumplimiento.

Para que pueda operar el remedio resolutorio, uno de sus requisitos es que la prestación pueda ser cumplida. Ello resulta evidente dado que si la prestación fuera imposible de cumplir, la resolución del contrato operaría de pleno derecho, sin necesidad de que el acreedor ejerza facultad alguna, conforme lo establecen los artículos 1431 y 1432 del Código Civil.

b) Que el incumplimiento sea relevante

Nuestro Código Civil no tipifica las características del incumplimiento que da lugar a la posibilidad de ejercer el derecho potestativo de resolución. Sin embargo, la doctrina contemporánea acepta, de forma pacífica, que el incumplimiento que habilita a ejercer la facultad resolutoria, no puede ser un incumplimiento de escasa importancia.

En virtud al principio de conservación del contrato que concibe a la resolución como un remedio residual, así como el principio de buena fe, recogido en el artículo 1362 del Código Civil⁽¹¹⁾, podemos concluir que la resolución solo tiene cabida en aquellos supuestos en los que el incumplimiento debe ser relevante, es decir, de una importancia tal que influya en la economía del contrato y que haga imposible seguir vinculado a él, es decir, se requiere un incumplimiento importante, grave o esencial. Por ello, Forno ha sostenido que “(...) si se tiene un incumplimiento de escasa importancia, la resolución no es una opción válida para en el ordenamiento peruano (...), para determinar cuándo es que el incumplimiento de una de las partes es de tal entidad como para justificar la resolución, debe atenderse a las reglas de la buena fe, considerando que el incumplimiento debe ser cualitativo, cuantitativo o temporal (...)”⁽¹²⁾.

(11) **Artículo 1362 del Código Civil.-**

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

(12) FORNO FLÓREZ, Hugo. “La resolución por intimación”. En: *Themis*. N° 38. Lima, 1999. p. 114. En Similar sentido.

Conforme con lo indicado, la regla general es que el contrato no puede resolverse por un incumplimiento de escasa importancia. Esto tiene su principal sustento en un criterio de proporcionalidad toda vez que la resolución contractual constituye un remedio sumamente drástico que implica la extinción del contrato. Una medida tan extrema no sería, en modo alguno, razonable que se aplique ante un incumplimiento mínimo o de escasa importancia.

Si es que, como regla general, la resolución contractual resultara aplicable ante cualquier incumplimiento, por más irrelevante que sea, se incentivaría comportamientos oportunistas y antojadizos.

La gravedad del incumplimiento se encuentra relacionada “(...) por un lado, con la entidad objetiva de la infracción, y por otro lado, con la entidad de la lesión producida al interés del acreedor (...)”⁽¹³⁾; esto es que, para efectos de evaluar dicha noción, se debe recurrir a la apreciación tanto de criterios cuantitativos, como de criterios cualitativos que se presentan al momento de producirse el incumplimiento.

Según la aplicación del criterio cuantitativo u objetivo, a fin de evaluar la gravedad del incumplimiento del deudor, debe tomarse en cuenta si el incumplimiento del mismo es total o estamos ante un cumplimiento parcial. Si es total, no existe duda alguna que cuantitativamente hablando el incumplimiento es grave; en cambio, cuando nos encontramos ante un supuesto de cumplimiento parcial, debe efectuarse una comparación de aquello que ya fue ejecutado por el deudor respecto de aquello que falta ejecutar. Nos encontraremos ante un incumplimiento grave si luego de la comparación efectuada, se concluye que lo cumplido es mínimo respecto a lo que falta cumplir.

Por otro lado, según el criterio cualitativo o subjetivo, se evalúa si el incumplimiento es de tal naturaleza que se concluya que el mismo produce la lesión del interés del acreedor, por cuanto se considera que alcanza a la economía global del contrato afectando el propósito práctico tomado en cuenta por las partes, en tanto justificativo de la contratación misma.

(13) SACCO, Rodolfo. “La Resolución por Incumplimiento”. En: AA.VV. *Estudios sobre el Contrato en General*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. ARA Editores. Segunda edición, Lima, 2004, p. 955.

c) Que el legitimado para ejercitar el derecho potestativo de resolución no haya inejecutado la prestación a su cargo

Para que una parte se encuentre legitimada para solicitar la aplicación del remedio resolutorio por el incumplimiento de la otra parte, la primera no debe haber incumplido la obligación a su cargo. Esto significa que la resolución por incumplimiento solo procede cuando quien solicita su actuación no ha incumplido con ejecutar la prestación a su cargo.

VI. MECANISMOS RESOLUTORIOS ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO CIVIL

Una vez que se ha verificado el incumplimiento contractual, existen dos vías para resolver el contrato. Una es la vía judicial de resolución contractual en la que el juez declara la resolución del contrato; y la otra vía, es la resolución extrajudicial del contrato, denominada también como resolución por autoridad del acreedor, en la que la resolución contractual opera sin necesidad de intervención judicial. A continuación desarrollaremos los alcances básicos de cada una de dichas vías:

1. Resolución judicial

La resolución por autoridad jurisdiccional es aquella que se actúa a través de un proceso judicial o arbitral en donde la ineficacia contractual tiene lugar como consecuencia de una sentencia constitutiva. En tal sentido, en el artículo 1428 del Código Civil se señala 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 y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios (...)”.

Sobre la resolución judicial consideramos necesario efectuar las siguientes precisiones:

a) Consecuencias de la notificación de la demanda

Si el interés de la parte fiel ya no puede ser satisfecho con la prestación originalmente debida por el deudor y este opta por la resolución del contrato por la vía judicial, entonces, la parte demandada no podrá

cumplir la prestación y quedará sujeta a lo que se resuelva en la acción judicial correspondiente a partir de la fecha de la citación de la demanda. Este criterio ha sido expresamente reconocido por el artículo 1428 del Código Civil cuando establece en su segundo párrafo que: “(...) a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación (...)”.

Como señalan Osterling y Castillo⁽¹⁴⁾, ello resulta lógico, ya que en virtud de la norma sustantiva, se deja a opción del acreedor entre solicitar el cumplimiento o demandar la resolución del contrato, por lo que sería injusto permitir que el deudor, luego de ser citado con la demanda, deje sin efecto esta decisión a través de su ejecución. Por ello, al igual que Forno, compartimos la idea de que “si el acreedor ha perdido ya todo el interés en el cumplimiento y por ello no está dispuesto a recibir la prestación, recurrirá a la resolución judicial impidiendo de ese modo que el deudor cumpla a partir del momento en que es emplazado con la demanda”⁽¹⁵⁾.

Queda claro que el objetivo de la interposición de una demanda dirigida a la resolución es la obtención de una sentencia constitutiva que tendrá como finalidad el desvanecer los efectos contractuales.

Cabe indicar que, en materia arbitral, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje (petición de arbitraje). Ello de conformidad con la octava disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008. Esta norma, de acuerdo con su tercera disposición final, entró en vigencia el 1 de setiembre de 2008, para efectos de lo dispuesto en el artículo 1428 del Código Civil.

(14) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Efectos del incumplimiento”. En: *Lumen*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Número 5, Lima, enero-diciembre 2004, p. 70.

(15) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Resolución por intimación”. Ob. cit., p. 105.

b) La demanda de resolución judicial por incumplimiento constituye un acto de interpelación si es que no existiera situación moratoria previa

De La Puente afirma que “en el caso del artículo 1428 del Código Civil, para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento debido a retraso es necesario que previamente la parte incumpliente sea constituida en mora, mediante la interpelación correspondiente, debiendo mediar un lapso prudente entre la interpelación y la demanda de resolución para permitir al moroso ejecutar la prestación a su cargo”⁽¹⁶⁾. Sobre este aspecto, discrepamos respetuosamente del maestro De La Puente, pues entendemos que existen múltiples supuestos en los que al acreedor no le interesa el cumplimiento de la prestación y precisamente para estos supuestos se habilita la resolución judicial.

Nos referimos, por ejemplo, a los supuestos de las obligaciones con plazo esencial. En estos supuestos no tendría sentido alguno, ni resultaría necesario, exigir el cumplimiento de la prestación, y menos aun esperar algún plazo para que el deudor cumpla con subsanar el incumplimiento. Por ello, consideramos que, a través de la vía de la resolución judicial del contrato, lo que propuso el legislador es evitar que el acreedor tenga que otorgar plazos posteriores para la subsanación del incumplimiento que es la regla general para la resolución extrajudicial.

Sin duda, si es que frente a una situación de incumplimiento, el acreedor considera que el cumplimiento de dicha prestación aún le resulta de utilidad, aunque sea extemporáneamente, el acreedor tendrá incentivos para recurrir al mecanismo extrajudicial de resolución por intimación, dado que esa vía permitirá al deudor subsanar su incumplimiento. Sin embargo, si el acreedor ha evaluado que el incumplimiento de la contraparte ha lesionado de tal manera su interés que este ha mutado radicalmente, a punto tal que ya no puede ser satisfecho con la prestación originalmente debida por el deudor, el acreedor tendrá expedita la posibilidad de interponer una demanda judicial de resolución por incumplimiento.

(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Ob. cit., p. 342.

Si el acreedor no quiere que se ejecute la prestación otorgándole plazo para que el deudor subsane su incumplimiento, no parece lógico exigir al acreedor que es la parte fiel en la ejecución del contrato, que previamente tenga que constituir en mora al deudor.

c) Efectos de la sentencia resolutoria

Como hemos anotado, si es que el acreedor ha solicitado la resolución judicial de la relación jurídica contractual es porque, usualmente, ha perdido todo el interés en el cumplimiento. Por ello, no resultaría en modo alguno razonable que la relación jurídica continúe teniendo efectos hasta que se emita la sentencia que declara la resolución del vínculo contractual.

En tal sentido, consideramos que declarada la resolución de la relación jurídica por el juez, la ineficacia del contrato operaría desde el momento en que la parte demandada recibió la citación de la demanda. Por ello, compartimos plenamente la opinión de De La Puente cuando sostiene que “los efectos de la sentencia resolutoria pueden retrotraerse a la fecha de la citación con la demanda. Esto no quiere decir que la resolución se produzca por el hecho de plantearse la demanda, sino que la resolución existe por razón de la sentencia que la declara fundada, pero tiene efecto a partir del momento de la aludida citación”⁽¹⁷⁾.

2. Resolución extrajudicial de la relación jurídica contractual

La resolución extrajudicial del contrato evita el largo y muchas veces engorroso trámite judicial además permite que, de manera expeditiva, el acreedor pueda liberarse del contrato celebrado en caso de incumplimiento de su contraparte. Pese a las ventajas expresadas, como lo sostiene Ibáñez “la vía extrajudicial presenta el inconveniente de que no da la certidumbre que emana de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada”⁽¹⁸⁾.

(17) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Ob. cit., p. 334.

(18) IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 249.

En nuestro país, el acreedor puede resolver extrajudicialmente la relación jurídica contractual recurriendo a las siguientes alternativas:

- i) Resolución por intimación (artículo 1429 del Código Civil) que, como regla general, resulta aplicable para dejar sin efecto cualquier relación jurídica, sin necesidad de pacto alguno. Como acertadamente afirma Forno, la resolución por intimación establecida por el artículo 1429 del Código Civil, “no requiere de una estipulación de las partes porque este derecho de resolución emana directamente de la ley”⁽¹⁹⁾.
- ii) Resolución de pleno derecho (artículo 1430 del Código Civil) que requiere una cláusula resolutoria expresa, pactada por las partes, para dejar sin efecto el contrato de pleno derecho.

A continuación desarrollaremos estos dos supuestos de resolución extrajudicial del contrato establecidos por nuestra legislación.

2.1. Resolución por intimación (artículo 1429 del Código Civil)

La resolución contractual es el remedio extremo contra el incumplimiento contractual porque implica la extinción definitiva de la relación jurídica. Por ello, entendemos que el legislador estableció, como regla general, que en caso de incumplimiento, el acreedor no pueda resolver automáticamente el contrato, sino que, como lo expresa el artículo 1429 del Código Civil, el acreedor debe intimar a su contraparte, el deudor, otorgándole un plazo para que este último subsane su situación de incumplimiento y solamente si es que no hubiera cumplido con hacerlo, quedará resuelta la relación jurídica que los vincula.

Siendo que en nuestro Código Civil se recoge el principio denominado “de conservación del contrato”, ello trae, como lógica consecuencia, que el tratamiento legislativo a los remedios resolutorios tenga un carácter residual y de excepción, así como un cerrado campo de aplicación, desde que su finalidad esencial es fundamentalmente, en última instancia, producir la ineficacia de la relación contractual.

(19) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Resolución por intimación”. Ob. cit., p. 104.

Al respecto, como lo afirman Osterling y Castillo, “la doctrina nacional es unánime al establecer que la intimación debe contener el requerimiento a la parte infiel, la fijación de un plazo para que dentro de él satisfaga la prestación y el apercibimiento de que, si no satisface la prestación, el contrato queda resuelto”⁽²⁰⁾. A continuación analizaremos cada uno de dichos elementos que resultan esenciales para que una relación jurídica deje de tener efectos, conforme con lo expresado en el artículo 1429 del Código Civil.

a) Requerimiento a la parte infiel

El requerimiento debe ser suficientemente claro. Es decir, el acreedor debe señalar con claridad el incumplimiento que imputa al deudor. No basta con que se indique genéricamente que se ha “incumplido obligaciones” porque ello no permitirá al deudor cumplir con la subsanación dentro del plazo expresado por su acreedor o podría afectar al deudor, en caso este último tenga que discutir algún aspecto de dicho requerimiento.

Este requerimiento no se encuentra supeditado a la previa constitución en mora del deudor porque, como lo sostiene acertadamente Forno, “nada impide que si la situación de mora todavía no se ha presentado, la propia intimación resolutoria, en tanto que exigencia de cumplimiento, provoque los efectos de la mora porque la interpelación consiste justamente en la exigencia de cumplimiento”⁽²¹⁾.

Si bien el artículo 1429 del Código Civil dispone que el requerimiento se comunicará mediante carta por vía notarial, consideramos que no se trata de una forma solemne o de obligatorio cumplimiento pues, como lo establece el artículo 144 del Código Civil: “Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto”.

b) Fijación de plazo para la subsanación

Se trata de un plazo adicional que debe otorgar el acreedor al deudor para que este último subsane su situación de incumplimiento. Es decir, el

(20) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Efectos del incumplimiento”. Ob. cit., p. 71.

(21) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Resolución por intimación”. Ob. cit., p. 116.

plazo pactado para cumplir oportunamente la prestación ha vencido, sin embargo, para dejar sin efecto el contrato en la vía extrajudicial, nuestro sistema establece como regla general que el acreedor debe otorgar un plazo adicional no menor de quince días, para que el deudor pueda subsanar su incumplimiento y con ello evitar la resolución del contrato. Si el deudor logra subsanar su incumplimiento dentro del plazo concedido, el contrato continuará siendo eficaz y no quedará resuelto.

El plazo no menor de quince días se computa por días naturales o días calendario y el plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, conforme con lo establecido por el artículo 183 del Código Civil⁽²²⁾.

El acreedor tiene la facultad de establecer el plazo para que el deudor subsane su incumplimiento. Sin embargo, el plazo que establezca el acreedor deberá respetar el plazo mínimo de quince días calendario establecido por el artículo 1429 del Código Civil, salvo que las partes hubieran pactado un plazo inferior.

Es posible que el plazo otorgado por el acreedor, aquel plazo no menor a quince días que aplica como regla general, no sea un plazo suficientemente adecuado para que el deudor pueda subsanar su incumplimiento. Esto no resulta objetable, en modo alguno, dado que el deudor contaba con un plazo convenido originariamente que ha dejado vencer y el acreedor otorga este plazo adicional y posterior al vencimiento originario, no menor a quince días, porque es el mínimo que exige la ley, cuando no hay pacto al respecto.

Como lo indica Ibáñez, “si el acreedor no fija el plazo adecuado o idóneo y se atiene al mínimo legal es porque carece realmente de interés

(22) **Artículo 183 del Código Civil.**- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

- 1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
- 2.- El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
- 3.- El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
- 4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
- 5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

en el cumplimiento”⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾. Al respecto, Forno sostiene que “el acreedor no tiene que evaluar cuánto tiempo necesitará el deudor para poder ejecutar íntegramente la prestación sino más bien en qué momento es que decaerá su interés en la prestación; ese momento es el que, bajo la forma de un plazo, debe establecer en su requerimiento”⁽²⁵⁾.

El pacto de un plazo inferior a los quince días para subsanar podría encontrarse justificado por múltiples razones, entre ellas, el interés del acreedor de poder liberarse del contrato en un plazo de menor tolerancia para la subsanación. Si las partes pueden convenir que el contrato pueda resolverse sin otorgar plazo de subsanación alguno, como ocurre en el supuesto de la resolución de pleno derecho, resulta razonable y no existe impedimento alguno para que reduzcan el plazo de subsanación propuesto por el Código Civil. Recordemos además que, conforme lo establece el artículo 1356 del Código Civil, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Precisamente, el artículo 1429 del Código Civil no constituye una norma imperativa que impida a las partes pactar en contrario. En consecuencia, las partes podrían pactar válidamente un plazo distinto al propuesto por la legislación.

c) **Apercibimiento resolutorio**

Si es que el acreedor pretende que el contrato quede resuelto, el apercibimiento debe ser incorporado en el requerimiento, de lo contrario, la comunicación será simplemente una intimación para el cumplimiento. Es más, debe tenerse en cuenta que incluso, como lo sostiene

(23) IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Ob. cit., p. 262.

(24) Sobre el particular, Borda sostiene que “es obvio que hay obligaciones que, por su naturaleza, no pueden cumplirse en ese plazo, como ocurre, por ejemplo, con la construcción de un edificio. En tal caso la concesión de un plazo de solo quince días parece una amarga burla. Pero hay que tener en cuenta que el deudor ha contado ya, por el contrato, con un plazo suficiente para cumplir y no podría obligarse al acreedor a conceder un nuevo plazo igual sin grave perjuicio de sus intereses y sin abierta violación de lo pactado”. En: BORDA, Guillermo. *La reforma de 1968 al Código Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, Capítulo II, p. 989. Citado por MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Lexis-Nexis. Tercera edición, Buenos Aires, 2008, p. 137.

(25) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Resolución por intimación”. Ob. cit., p. 111.

Ibáñez, “en caso de duda, habrá que considerar que el requerimiento resolutorio no ha sido realizado y que el contrato no se ha resuelto”⁽²⁶⁾.

En su comunicación, el acreedor deberá señalar que el contrato quedará resuelto en caso el deudor no subsane el incumplimiento dentro del plazo otorgado. Otra posibilidad, consiste en indicar que el requerimiento se realiza conforme con lo expresado en el artículo 1429 del Código Civil, que regula la resolución por intimación.

Cabe anotar que, como lo expresa De La Puente, “el apercibimiento (...) no debe ser en el sentido que se podrá resolver el contrato, sino que este queda resuelto por el hecho del incumplimiento, siendo aconsejable, por ello, que se indique en el apercibimiento que la resolución se produce de pleno derecho”⁽²⁷⁾.

La relación jurídica quedará resuelta de pleno derecho. Es decir, la relación jurídica concluirá automáticamente, sin necesidad de notificación o acto adicional alguno, si es que el deudor no cumple con subsanar el incumplimiento en el plazo establecido.

Debe tenerse en cuenta que en los supuestos en los que el deudor subsana parcialmente o en aquellos en los que cumple defectuosamente, lo usual es que se considere que persiste el incumplimiento y en consecuencia, debe resolverse automáticamente la relación jurídica.

Decimos que es usual dicha consecuencia, dado que existen supuestos en los que el deudor subsana en gran parte (cumplimiento parcial) o subsana pero con un defecto mínimo (cumplimiento defectuoso) en lo que entendemos no cabría que se resuelva el contrato porque el acreedor estaría actuando de manera contraria a la buena fe⁽²⁸⁾ y ejerciendo abusivamente su derecho⁽²⁹⁾.

(26) IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Ob. cit., p. 253.

(27) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XV. Segunda parte, Tomo IV, Fondo editorial PUCP, Lima, 1993, p. 372.

(28) **Artículo 1362 del Código Civil.-**

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

(29) **Artículo II. Título Preliminar Código Civil.-**

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (...)”.

Asimismo, respecto del carácter principal o accesorio del incumplimiento debe tenerse en cuenta lo que propone De La Puente⁽³⁰⁾ cuando expresa que: “En cuanto al carácter de la prestación ejecutada parcial, tardía o defectuosamente, coincido con el parecer de la doctrina en el sentido que debe tratarse de una prestación principal, pero que, tal como dice Mirabelli, la inexecución relativa de prestaciones accesorias puede considerarse relevante cuando pone en peligro la ejecución de prestaciones principales”. Por ello, el incumplimiento de una prestación accesorial podría también motivar la resolución contractual si es que, en el caso concreto, el incumplimiento de dicha prestación, afecta el equilibrio entre las atribuciones patrimoniales.

2.2. Resolución de pleno derecho (artículo 1430 del Código Civil)

La facultad de resolver el contrato de pleno derecho ante el incumplimiento debe pactarse expresamente. El pacto de resolución de pleno derecho, denominado también como pacto comisorio, puede convenirse a favor de ambos contratantes o a favor de una sola parte. Cuando se establece el pacto de resolución de pleno derecho a favor de una sola parte, ello no significa que la otra no pueda resolver el contrato. La parte que no tiene a su favor el pacto de resolución de pleno derecho podrá resolver el contrato extrajudicialmente bajo la figura de la resolución por intimación o también puede optar por la resolución judicial del vínculo contractual presentando la demanda correspondiente.

Cuando existen obligaciones o estipulaciones en los que no tenga sentido alguno otorgar un plazo de subsanación, o en aquellos supuestos en los que el cumplimiento estricto de lo pactado es esencial o relevante, lo más conveniente será que se pacte la denominada cláusula de resolución de pleno derecho que establece el artículo 1430 del Código Civil. Por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones como la confidencialidad, la exclusividad, plazo esencial⁽³¹⁾, entre otros supuestos, en los que el cumplimiento estricto de lo pactado es esencial.

(30) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“El Contrato en General”*. Comentarios a la Sección Primera de Libro VII del Código Civil. Tomo II. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 393.

(31) En el supuesto de las prestaciones con plazo esencial, el otorgamiento de un plazo adicional para que se subsane el incumplimiento carece de sentido práctico. En este supuesto, a

Esta estipulación permitirá que el acreedor, ante la verificación del incumplimiento, pueda contar con la facultad de dejar sin efecto el vínculo contractual de pleno derecho. Es decir, la resolución contractual se producirá automáticamente, sin dilación y sin necesidad de intervención judicial, desde el momento en que el deudor reciba la carta del acreedor comunicándole que quiere valerse de dicha cláusula. Cabe precisar que aun habiéndose pactado la cláusula de resolución de pleno derecho, el acreedor podría optar por dejar de ejercer dicha alternativa resolutoria, para sujetarse al procedimiento resolutorio, de aplicación general, establecido en el artículo 1429 del Código Civil. Es decir, el acreedor podría optar por otorgar un plazo para que el deudor subsane su incumplimiento y dejar sin efecto el contrato si es que el deudor no cumple dentro del plazo otorgado. En palabras de Miquel “nada obsta a que el acreedor diligente, desestimando el pacto comisorio expresamente convenido, eche mano del pacto comisorio implícito”⁽³²⁾.

Conforme hemos explicado, la cláusula resolutoria no opera automáticamente ante el incumplimiento sino desde que el deudor recibe la notificación del acreedor, comunicándole la decisión resolutoria. Es decir, resulta necesario que el acreedor ejerza la facultad resolutoria y comunique dicha decisión al deudor de la obligación. En palabras de Osterling y Castillo “para que el pacto comisorio produzca efectos se requiere que el posible incumplimiento esté previsto en el pacto y que la parte fiel curse comunicación en el sentido de querer valerse de la resolución”⁽³³⁾.

Cabe anotar que para encontrarnos dentro de los alcances del artículo 1430 del Código Civil, no basta con enumerar en una cláusula las distintas causales de resolución del vínculo contractual, sino que, resulta necesario que dicha estipulación permita entender que la resolución opera de pleno derecho o que se sujeta a los alcances del artículo 1430 del Código Civil. En palabras de Mosco “es necesario que se especifique y

falta de pacto que permita la resolución de pleno derecho, la única vía que podrá utilizar el acreedor es el de la resolución judicial, dado que no tendría sentido alguno otorgar un plazo adicional para que se subsane el incumplimiento.

(32) MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Tercera edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 152.

(33) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Efectos del incumplimiento”. Ob. cit., p. 72.

concrete que se trata de una cláusula de tal clase, quedando patente que la voluntad se ha referido con toda certeza a la misma, para que de ella se derive la gravísima y excepcional sanción ipso jure, sin intervención estimativa del juez y sin posibilidad de dilación³⁴⁾.

Además, el propio artículo 1430 exige que las partes establezcan con toda precisión la prestación (o las prestaciones) cuyo incumplimiento son causales de resolución de pleno derecho. Es decir, una referencia genérica que indique, por ejemplo, “el incumplimiento de cualquier obligación convenida” no cumplirá con esa precisión exigida por la norma.

Cabe indicar que “si las partes determinan con toda precisión cuál es la prestación, por insignificante que esta sea, cuya inejecución absoluta o relativa da lugar a la resolución de pleno derecho, no cabe que el juez pueda impedir la resolución so pretexto de que el incumplimiento es de escasa importancia en relación con el objeto del contrato³⁵⁾”.

Finalmente, al igual que Jiménez³⁶⁾, consideramos que en los supuestos en los cuales no existe mora automática, no resulta necesario ni exigible que exista una comunicación de intimación previa para poder ejercer la facultad resolutoria. En efecto, el pacto que da lugar a la resolución de pleno derecho del vínculo contractual, implica que el acreedor no tiene interés en que se cumpla la prestación de manera distinta de lo pactado. En consecuencia, ese interés materializado en la cláusula resolutoria expresa, descarta la necesidad de intimación previa.

(34) MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Trad. José Pinto Riva, Dux, Barcelona, s.f. p. 205. Citado por: MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Lexis-Nexis. Tercera edición, Buenos Aires, 2008, p. 151.

(35) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Ob. cit., p. 401.

(36) Específicamente, Jiménez sostiene que “para ejercer la atribución de la cláusula resolutoria expresa (art. 1430) (...) no se requiere intimación previa”. En: JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La intimación en mora como requisito para resolver una relación obligatoria, ¿Se extiende a la cláusula resolutoria expresa?”. En: AA.VV. *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Soto Coaguila, Carlos (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 171.

Nuevas perspectivas en materia de disolución del contrato por incumplimiento^(*)

Mauro PALADINI^(**)

I. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: DE LA *LEX COMMISSORIA* A LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA (ARTÍCULO 1184 DEL *CODE NAPOLEÓN*)

Son dos los modelos de disolución del contrato, que los diversos ordenamientos adoptan en presencia del incumplimiento de uno de los contratantes:

- el modelo **judicial**, que impone al acreedor de la prestación incumplida dirigirse al juez para obtener una sentencia constitutiva, que produzca la extinción de las respectivas obligaciones de las partes.
- y el modelo **sustancial**, en el cual la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho, cuya legitimidad podrá ser sucesivamente evaluada por el juez con una mera verificación de la subsistencia de los requisitos previstos por la ley.

(*) Traducción del italiano de Luis Cárdenas Rodríguez, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, responsable del Área Civil de Gaceta Jurídica; bajo el cuidado de Olenka Woolcott Oyague.

(**) Profesor de Derecho Privado Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

En el modelo judicial, el juez es considerado la sola autoridad en grado de privar al contrato de su fuerza vinculante entre las partes.

En el modelo sustancial, es el acreedor el que mide sus propios intereses y decide que el vínculo del contrato, violado por el incumplimiento (o por el retraso o por el inexacto cumplimiento), no corresponde más a sus intereses.

La declaración del acreedor, que produce la disolución del contrato, tiene diversas denominaciones en los varios ordenamientos. En el sistema italiano se usa el término “*recesso*”; en el BGB alemán es definido *der Rücktritt*; en otros ordenamientos y en muchos textos normativos internacionales se habla simplemente de **declaración de resolución**; en Colombia, si bien el problema de la distinción entre modelo sustancial y modelo judicial esté aún en discusión, me parece que el término que debería considerarse apropiado –como se deduce del artículo 1882 del Código Civil– es **desistimiento**.

En el origen de esta duplicidad de modelos hay razones históricas, que hunden sus raíces en el mismo origen del moderno instituto de la resolución por incumplimiento.

Según una orientación difundida entre los estudiosos del Derecho Romano⁽¹⁾, los orígenes históricos de la resolución por incumplimiento deben ser buscados en la *lex commissoria*, cláusula accesoria de la compraventa, en virtud de la cual la propiedad de la cosa retornaba al vendedor si el comprador no pagaba el precio⁽²⁾. En el Derecho Romano, sin

(1) CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*, en *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1989, 1287, según el cual “la *lex commissoria* absolvía, en el ámbito de la compraventa, una función comparable, a grandes líneas, a la desarrollada por la así llamada condición resolutoria tácita, acogida por nuestro Código Civil (art. 1453 c.c.)”. La *lex commissoria* es definida un “subrogado convencional” de la resolución por incumplimiento por BOYER. *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 c civ)*, Paris, 1924, p. 105 ss.

(2) Como explica en forma difusa ARANGIO-RUIZ V. (*Istituzione di diritto romano*, Napoli, 1983, XIV ed., pp. 89-90), originariamente, empero, la *lex commissoria* no operaba como un pacto resolutorio, antes bien como cláusula que mantenía la propiedad de la cosa en cabeza del vendedor no obstante la *traditio*. En virtud de ello, luego de la falta de pago del precio, el vendedor, siendo todavía propietario, podía actuar en reivindicación frente al comprador. Después, la *lex commissoria* fue interpretada como pacto resolutorio agregado al contrato consensual de compraventa en sí perfecto, con la consecuencia, empero, que, verificado el incumplimiento, el vendedor no podía actuar en reivindicación, sino que disponía de la acción contractual para la restitución de la *res*. En fin, en el derecho justiniano, se afirma

embargo, la disolución del contrato se verificaba solamente en consecuencia de la expresa declaración del vendedor de querer valerse de la *lex commissoria*, según un esquema que podríamos reconducir al modelo que hace poco hemos definido como “sustancial”.

Según otra opinión⁽³⁾, en cambio, el origen de la resolución por incumplimiento debe ser buscado en el derecho canónico que admitía, para el caso de incumplimiento de una obligación correlativa, una condición tácita de la validez de la promesa que, en cuanto asumida con juramento, debía entenderse pronunciada incluso delante de Dios⁽⁴⁾. La resolución era conforme a la buena fe y la regla *fides non servanda est ei qui frangit fidem* constituía la sanción proporcionada frente a la parte que incumplía⁽⁵⁾.

Mas, a diferencia de la *lex commissoria*, la condición tácita del derecho canónico no producía la extinción de la obligación ni automáticamente ni como consecuencia de la declaración de querer dar por resuelto el contrato, antes bien exigía el recurso al juez, quien era la única autoridad titular del poder discrecional absoluto de pronunciar o negar la resolución.

El Código francés de 1804 recogió, en parte, ambos modelos, acogiendo sea la condición resolutoria tácita sea el perfil de la naturaleza judicial de la resolución de origen canónico. El artículo 1184 estableció, en efecto, que **la condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos en el caso en que una de las partes**

la idea por la cual, con el verificarse de la condición (el incumplimiento), la propiedad retorna automáticamente al vendedor, que puede accionar, por tanto, con la acción de reivindicación. En esta época se puede hablar, por ende, de “eficacia real” de la resolución, contrapuesta a la eficacia obligatoria que tenía en la época clásica.

(3) MAGNO D. *Studi sul negozio condizionato*, Roma, 1930, § 47; más recientemente, PETRONIO U. *Risoluzione (dir. interm.)*. En: *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1296-1298; en la doctrina francesa, CASSIN V. *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*. En: *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1945, pp. 162-165, cuya opinión es retomada y compartida por GHESTIN J. *La résolution pour inexécution (en droit français)*. En: *Il contratto inadempito*. Ob. cit., p. 111. Para la profundización de las características y de las fuentes de la resolución por incumplimiento en el Derecho canónico, DELL'AQUILA E. *La resolución*. Ob. cit., pp. 45-63.

(4) BARTOLO: *Non enim iurando promitto partí, sed magis Deo*.

(5) A esta interpretación “sancionatoria” de la resolución del contrato en el Derecho canónico se adhiere, en particular, AULETTA G.G. *La risoluzione*. Ob. cit., pp. 41 ss.

no cumpla su obligación, pero precisó inmediatamente que **en tal caso** –y, es decir, a diferencia de lo previsto por el precedente artículo 1183 referido a la condición como elemento accidental del contrato– **el contrato no puede ser resuelto de derecho. La parte fiel puede escoger entre constreñir a la otra a cumplir la prestación posible, o bien demandar la resolución con los daños y los intereses.**

El recurso al juez para obtener la disolución del contrato era inevitable en consideración de la contextual previsión del poder judicial de conceder al deudor “(...) una dilación de acuerdo a las circunstancias”⁽⁶⁾. Ya que, en efecto, en el así llamado “término de gracia” el deudor podía remediar la inexactitud de la prestación o bien sanar el propio retardo mediante el cumplimiento tardío, solo el juez podía sancionar la disolución de la relación contractual después de haber evaluado las características del incumplimiento y la eventual oportunidad de conceder al deudor una “dilación”⁽⁷⁾.

II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865 Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO ITALIANO DE 1882

También el Código Civil italiano de 1865, inspirándose en el modelo francés, acogió el instituto de la condición resolutoria tácita por incumplimiento (art. 1165⁽⁸⁾) y atribuyó al juez el poder de pronunciar la

(6) El tercer párrafo del artículo 1184 c.c. fr. –aún hoy vigente– establece, en efecto, que la *résolution doit demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.*

(7) El poder de conceder una dilación para el cumplimiento se remonta al Derecho consuetudinario francés, en el cual el recurso al juez preveía una primera fase que tenía como fin la fijación de un término para el cumplimiento tardío bajo la conminación de la resolución, y una segunda instancia dirigida a obtener el pronunciamiento de resolución judicial previa determinación del persistente incumplimiento y del infructuoso vencimiento del plazo. El Código francés, por tanto, aboliendo el doble recurso al juez “simplificó” el procedimiento de resolución del contrato, limitándose a prever el Poder Judicial de conceder un plazo al deudor en el ámbito del juicio de disolución ya instaurado por el acreedor. Para tales referencias y para las relativas puntuales citas, SMIROLDO, *Profilo*. Ob. cit., pp. 257-258.

(8) La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos bilaterales, para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación.

En este caso el contrato no es disuelto de derecho. La parte hacia la cual no fue cumplida la obligación, tiene la elección o de constreñir a la otra al cumplimiento del contrato, cuando sea posible, o demandar su disolución, además del resarcimiento de los daños en ambos casos.

resolución del contrato y de conceder al demandado una dilación “según las circunstancias”.

También en tal caso, la elección legislativa en favor del modelo “judicial” de resolución aparece inspirada en el intento de atribuir a la discrecionalidad del juez sea la evaluación de los presupuestos de oportunidad para pronunciar la disolución del contrato sea la liquidación del resarcimiento del daño consiguiente al incumplimiento contractual.

El Código de Comercio italiano de 1882, en cambio, prohibía al juez, expresamente, consentir al deudor el cumplimiento tardío dentro de un término dilatorio (art. 42)⁽⁹⁾.

Las razones de esta diversidad fueron individualizadas por la doctrina en las “características especiales de las obligaciones comerciales y en las exigencias del comercio, el cual vive y florece en la seguridad de los compromisos asumidos”⁽¹⁰⁾. La obligación comercial, además, era considerada “esencialmente girable”, a diferencia de la civil “que tiende a individualizarse entre las personas de los primeros contratantes”⁽¹¹⁾; por ello, la eventual dilación concedida a un deudor expone al acreedor a que sea deudor a su vez frente a un tercer sujeto, con el riesgo del incumplimiento y del deber de pago de daños⁽¹²⁾.

III. LA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA POR INCUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1857

Mientras el Código Civil español seguiría las huellas de las codificaciones francesa e italiana, un moderno modo de ver el derecho a la resolución del contrato es acogido en el Código Civil portugués de 1857, cuyo artículo 709 establecía, para los contratos bilaterales, que, en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra podía considerarse no más obligada al cumplimiento de la prestación que le correspondía. La

La resolución del contrato debe demandarse judicialmente, y puede ser concedida al demandado una dilación según las circunstancias.

(9) En las obligaciones comerciales el juez no puede otorgar la dilación permitida en el artículo 1165 del Código Civil.

(10) PARISI. *Obbligazioni (diritto commerciale)*. Ob. cit., p. 957.

(11) Ídem.

(12) Así, VIDARI. *Corso di diritto commerciale*. III, Milano, 1893, p. 2422.

necesidad de recurrir al juez era prevista solamente en el caso de acción para el cumplimiento de la prestación incumplida o para el resarcimiento del daño sufrido.

Por ende, aun no estando prevista una “declaración de resolución”, tal Código optaba abiertamente por el modelo de la resolución automática, afirmando que la pretensión de la parte que no había incumplido de no considerarse más vinculada al cumplimiento de su propia obligación constituía un efecto *ex lege* del incumplimiento de la prestación correspondiente, y atribuía, en consecuencia, al juez, una función de mero reconocimiento de la producida pérdida de los efectos obligatorios del contrato.

También la reforma de 1930⁽¹³⁾ confirmó tal planteamiento, extendiéndolo –como en el BGB– igualmente al caso en que la falta de cumplimiento de la contraparte se hubiera debido a la imposibilidad (material o jurídica) de cumplir la propia obligación.

IV. LA RESOLUCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

El Código español acoge el modelo de la condición resolutoria tácita, que ya había sido adoptado por los códigos civiles francés e italiano, estableciendo en el artículo 1124 que **la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.**

Mencionando, no obstante, en vez de la condición resolutoria tácita, la “facultad” de resolver la obligación, la doctrina y la jurisprudencia española han elaborado una diversa concepción en torno a la naturaleza jurídica y a las modalidades de ejercicio de la resolución del contrato, que parecen incluso ponerse en contraste con lo que expresamente sanciona el tercer párrafo del propio artículo 1124 según el cual: **el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.**

(13) Ley del 16 de diciembre de 1930.

La indeterminación del concepto de “facultad” ha permitido, en efecto, llegar a la conclusión por la cual la resolución del contrato puede producirse no solo mediante el pronunciamiento constitutivo del juez, sino también por efecto de la declaración unilateral comunicada al deudor por la parte que no incumplió⁽¹⁴⁾.

En el caso en que el deudor se adhiera a la declaración de resolución, se perfecciona una suerte de resolución consensual, que consiente entender definitivamente disuelto el contrato⁽¹⁵⁾.

Pero, cuando surja controversia entre las partes en cuanto al incumplimiento y a los presupuestos para la resolución, la sentencia del juez tendrá naturaleza meramente declarativa, limitándose a verificar si la declaración de resolución se efectuó en presencia o en ausencia de los presupuestos de ley.

El derecho a la resolución del contrato puede asumir, por tanto, en el Derecho español, las características de un “derecho potestativo de disolución del contrato”, que surge a causa del incumplimiento del deudor.

Los presupuestos que –según la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia– hacen legítima la declaración de resolución son los siguientes⁽¹⁶⁾:

-
- (14) Sobre el punto, el sintético y nítido examen de DÍEZ-PICAZO. *Una opinión española sobre el proyecto italo-francés de código de las obligaciones, en Le projet franco-italien du Code des Obligations*, bajo el cuidado de M. Rotondi, Padova, 1980. Para una más analítica reconstrucción de la evolución doctrinaria, ÁLVAREZ VIGARAY. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3ª ed., Granata, 2003, p. 73 ss., el cual refiere la elaboración de otros autores en los cuales, si bien implícitamente, pareciera que la facultad de resolución, en vista de lo dispuesto por el art. 1124, 3er párrafo, debiera entenderse solo como judicial: así, por ejemplo, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*. VIII, vol. 1, 5ª ed., Madrid, 1950, p. 353; en verdad, según el autor, en el derecho español subsisten tres formas de resolución por incumplimiento: judicial, consensual y por declaración unilateral del acreedor.
- (15) La falta de contestación de los presupuestos de la resolución por parte del deudor que incumple perfecciona un acuerdo resolutorio, que no difiere de la resolución consensual y que halla su propio fundamento, por tanto, en la norma general que reconoce la autonomía negocial de las partes (art. 1255: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*).
- (16) Sul punto, ampliamente ÁLVAREZ VIGARAY. Ob. cit., pp. 175-276.

- a) la reciprocidad de las obligaciones:⁽¹⁷⁾;
- b) la violación de una obligación principal que deriva del contrato⁽¹⁸⁾;
- c) la gravedad del incumplimiento: entendida no solo como incumplimiento definitivo y total, sino también como cumplimiento defectuoso, parcial o retardado, que prive al acreedor del interés a recibir la prestación⁽¹⁹⁾.

La declaración unilateral de resolución del contrato encuentra, además, en el Código Civil español significativas confirmaciones sistemáticas en algunas normas sobre los contratos singulares, en las cuales el remedio resolutorio está textual y claramente configurado a manera de un derecho potestativo de desistimiento, sometido solamente a determinación judicial *ex postea* en cuanto a sus presupuestos sustanciales de ejercicio. Así es, por ejemplo, en el artículo 1454 (que consiente la disolución del contrato en caso de dación de arras⁽²⁰⁾), en el artículo 1486 (en tema de vicios y defectos de la cosa vendida), en el artículo 1504 (que prevé la resolución “de pleno derecho” de la venta inmobiliaria por falta

(17) Reciprocidad de las obligaciones, que la jurisprudencia española interpreta con rigor en el sentido de la interdependencia funcional de las obligaciones, hasta el punto, por ejemplo, de reconocer la resolución del contrato de compraventa en favor del vendedor por incumplimiento de la obligación de pago del precio por parte del vendedor, el cual había hecho valer, sin embargo, la *exceptio inadimplenti non est adimplendum* en relación al rechazo del vendedor de repetir el contrato en la forma del acto público: el incumplimiento del vendedor, en efecto –a criterio del Tribunal Supremo– atiene a “aspectos accesorios o complementarios” (STS 9 de julio de 1993; STS 12 de julio de 1991, ambas comentadas por DE LA HAZA DÍAZ. *El incumplimiento resolutorio. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 1996, p. 8.

(18) Y es tal aquella obligación que constituye el medio principal para conseguir el resultado típico del contrato, o bien aquella que sirva a completar y garantizar la actuación de las obligaciones principales: CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia, 1992, 127.

(19) DELL’AQUILA E. *La resolución*. Ob. cit., p. 178 ss.; DE LA HAZA DÍAZ. Ob. cit., p. 20. Para el Derecho italiano, sobre los criterios de aplicación del art. 1455, por todos, CUBEDDU, *L’importanza dell’inadempimento*, Torino, 1995, p. 17 ss.

(20) La norma, no obstante, no presenta el tecnicismo de nuestro art. 1385 c.c., ya que no distingue entre finalidad confirmatoria y finalidad penitencial. La jurisprudencia española, sin embargo, entiende que, en la duda interpretativa acerca de la dación de la suma de dinero, se debe preferir la calificación en términos de pago parcial sobre el precio (*ex plurimis*, STS 11 de abril de 1994; STS 7 de febrero de 1986). La solución es criticada por la doctrina, que excluye, también, que la norma tenga naturaleza excepcional (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, II, 9ª ed., Madrid, 2001, p. 266).

de pago del precio, a salvo la facultad del comprador de pagar hasta que le sea dirigida la intimación judicial o por acto notarial⁽²¹⁾).

Al evaluar las consecuencias de tan fecunda elaboración del dato normativo, la doctrina española⁽²²⁾ ha afirmado expresamente que el sistema de resolución por declaración unilateral se revela más conveniente y mayormente adecuado a la protección de los respectivos intereses involucrados en la relación contractual.

En particular, en el caso en que el acreedor no deba repetir la prestación ya ejecutada (por no haberla ejecutado aún), la necesidad de recurrir al juez para obtener la disolución del vínculo contractual constituiría un “bloqueo” de su situación económico-patrimonial, por la imposibilidad de disponer de los bienes objeto de la prestación, sobre los cuales permanece el derecho de crédito de la contraparte que incumplió hasta el pronunciamiento judicial constitutivo de la resolución del contrato.

V. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL BGB DE 1896 Y LAS ALTERNATIVAS DE OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

También el examen de la disciplina contenida en el BGB –ya en la originaria formulación antecedente a la reciente reforma del *Schuldrecht*– induce a configurar el remedio resolutorio acogido por dicho ordenamiento a manera de una declaración unilateral de la parte que no incumple.

Es preciso señalar, sin embargo, que la Pandectística, previamente, se había mostrado, de manera decidida, contraria a una regla general de resolución del contrato por incumplimiento, dejando a salvo la sola hipótesis en que la resolución fuese pactada convencionalmente⁽²³⁾.

(21) Por tanto, “el incumplimiento no determina automáticamente la resolución, sino que es un presupuesto con el fin de que el vendedor ejerza su derecho potestativo de resolución”: así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. Ob. cit., 285.

(22) Sobre el punto, ampliamente, DÍEZ-PICAZO. Ob. cit., 56. Para la mayor rapidez y practicidad de la resolución por declaración unilateral, ÁLVAREZ VIGARAY. Ob. cit., p. 283.

(23) WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*. Trad. Fadda e Bensa, II, Torino 1930, p. 248.

Viceversa, el *BGB* introduce el derecho de resolver el contrato frente a la imposibilidad de la prestación imputable a la contraparte, poniendo tal derecho como alternativo al de demandar el resarcimiento del daño (§ 325)⁽²⁴⁾.

La clara elección de confiar al contratante la facultad de desligarse del contrato como consecuencia del incumplimiento testimonia la progresiva emancipación del modelo romanista de la “condición resolutoria tácita”, que demostraba su inconveniencia en correspondencia con el desarrollo y la internacionalización del tráfico económico.

Al modelo del *BGB* se uniformizó en parte el Código Civil austríaco luego de las novelas de los años 1914-1916, que –diversamente de la versión originaria– reconocieron al contratante inocente el derecho de desligarse del contrato después de haber fijado al deudor un término para el cumplimiento tardío (§ 918).

Los sistemas anglosajones, a su vez, siempre han optado por el modelo de resolución del contrato mediante declaración unilateral del acreedor de la prestación incumplida o cumplida de manera inexacta o con retraso.

Se puede afirmar, así, que –hasta los últimos decenios del siglo XX– la acción judicial de resolución y la resolución por incumplimiento representan dos modelos, tendencialmente (mas no necesariamente) alternativos, para disciplinar una reacción al incumplimiento –la resolución del contrato– que se revela, en muchos casos, más conveniente que las acciones coercitivas de cumplimiento.

(24) En caso de mora, es preciso, en cambio, distinguir: si la mora determina la pérdida del interés a la ejecución del contrato, la parte fiel puede pretender el resarcimiento del daño o, en alternativa, desligarse del contrato; por otro lado, puede fijar un plazo con el fin de que el deudor ejecute tardíamente la prestación, vencido el cual sin que se haya producido el cumplimiento, el acreedor puede nuevamente optar entre resarcimiento del daño e desistimiento del contrato (§ 326). El derecho al desistimiento inmediato de la relación contractual está previsto, además, también cuando las partes hayan establecido que la prestación deba ejecutarse en un determinado momento o dentro de un cierto plazo (§ 361). El texto original del *BGB* preveía, en fin, que el desistimiento por incumplimiento (*der Rücktritt*) fuese regulado por las normas sobre la disolución convencional del contrato (§§ 346-356), que deriva de una específica cláusula contractual y que tiene funciones generalmente penitenciales y distintas de la necesidad de poner remedio a una sobrevenida violación del reglamento contractual.

Mientras el ordenamiento francés, el italiano y los Códigos latinoamericanos (en particular, el Código colombiano –con el artículo 1546– y el peruano) confían, como regla, en la necesaria intervención del juez, el legislador alemán, el sistema inglés y la jurisprudencia española, comprendiendo la mayor funcionalidad del derecho potestativo de disolución unilateral frente las exigencias del contratante inocente, prefieren enlazar la resolución del contrato a la declaración unilateral del contratante fiel.

VI. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

El Código Civil italiano de 1942 acoge un sistema que podemos definir “mixto”. La regla es la resolución judicial, pero son numerosas las hipótesis en que la disolución del contrato puede producirse a través de la manifestación de la voluntad unilateral del acreedor. Y ello puede ocurrir no solamente en la disciplina de algunos contratos (por ejemplo, el contrato de trabajo subordinado), sino también en el plano de la disciplina general, a través de una pluralidad de institutos como:

- la intimación a cumplir: el negocio unilateral con el cual el acreedor “amenaza” al deudor que, en caso de que no cumpla dentro de un breve plazo, el contrato se disolverá automáticamente;
- la cláusula resolutoria expresa, en la cual las partes establecen al momento de la conclusión del contrato que, en el caso de incumplimiento de una particular obligación según específicas modalidades, el acreedor podrá desligarse unilateralmente del contrato;
- las arras confirmatorias: la falta, en tal caso, de la oportunidad de confiar al juez la discrecionalidad de liquidación del daño ha inducido al legislador a permitir a la parte acreedora desligarse del contrato a causa del incumplimiento de la otra parte.

También en el sistema italiano la jurisprudencia –a la par de cuanto ha ocurrido en el sistema español– procede (con timidez) a la progresiva transformación de la resolución judicial en el modelo de la resolución por incumplimiento. Es muy significativa en este sentido una sentencia

de las Secciones Unidas de la Corte de Casación⁽²⁵⁾ italiana, que permite al acreedor rechazar el incumplimiento tardío cuando el retraso sea ya de no escasa importancia, aun cuando él no haya propuesto todavía la demanda judicial de resolución.

Afirman los Supremos Jueces italianos que, si el incumplimiento es “importante” e imputable, el acreedor no puede ser constreñido a recibir una prestación en la que ha perdido interés y puede, por tanto, rechazarla legítimamente. Es evidente cómo, en tal caso, un sucesivo pronunciamiento del juez se limitará a “verificar” si el rechazo fue legítimo y si fue legítima, por ende, la pretensión del acreedor de entender el contrato como resuelto.

VII. ¿HACIA LA UNIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE RESOLUCIÓN?

La unificación de los modelos de resolución no es tal vez lejana, como se puede colegir de los textos normativos de Derecho Internacional. Es bastante significativa, a tal fin, la Convención de Viena de 1980 en materia de venta internacional de bienes muebles.

Profundamente inspirada por el sistema anglosajón, la Convención de Viena atribuye al comprador, en presencia de vicios de la cosa adquirida, un rico abanico de remedios, como el requerimiento de eliminación de los vicios, de sustitución de la cosa, de reducción del precio y, naturalmente, la resolución del contrato. Tal remedio resolutorio presupone la gravedad del vicio de la cosa y se realiza a través de la declaración unilateral del comprador.

La Convención de Viena ha asumido en Europa una importancia fundamental, ya que ha sido el modelo normativo de la Directiva N° 44 de 1999 en materia de venta de bienes muebles de consumo. También este texto, en efecto, ha acogido la declaración unilateral de resolución por incumplimiento en lugar de la resolución judicial y ha sido recepcionado con estas características incluso en aquellos ordenamientos –como

(25) Cass., sez. un, 9 de julio de 1997 n. 6224.

el italiano— tradicionalmente caracterizados por la reacción judicial al incumplimiento.

El Código de Consumo italiano de 2005, por ejemplo, disciplina la resolución del contrato por vicios del bien de consumo como un remedio ciertamente de naturaleza sustancial y no judicial.

Asimismo, los otros textos de Derecho europeo —los principios Lando, el Código Gandolfi de los jusprivatistas europeos y, recientemente, los principios del *acquis communautaire*— optan también ellos por la **declaración unilateral de resolución**, abandonando completamente la necesidad de dirigirse al Juez para obtener un pronunciamiento constitutivo.

Es inevitable, por tanto, que se plantee el problema de la oportunidad de superar definitivamente el modelo judicial y acoger una diversa interpretación de las normas generales del Código Civil en el sentido de transformar el juicio de resolución en una verificación por parte del juez de la legitimidad de la voluntad unilateral de resolución del contrato por el incumplimiento de uno de los contratantes.

No es posible examinar analíticamente todas las consecuencias y, en particular, las ventajas del modelo del desistimiento por incumplimiento, pero sintéticamente se puede afirmar que la declaración unilateral de resolución puede consentir una deflación de la litigiosidad judicial en el caso en que el deudor evalúe que la pretensión contraria sea probablemente fundada.

La consideración de la producida disolución del contrato consentirá al acreedor accionar para la restitución de la eventual contraprestación ejecutada, eventualmente incluso por medio de acciones cautelares y de urgencia.

En materia, por ejemplo, de contrato de locación o de obra (*appalto*), la disolución del contrato permitirá entender ilegítima la detención de la *res* por parte del contratista o del conductor desde el momento de la comunicación de la declaración de resolución.

Se puede afirmar, por lo tanto, que, con el abandono del instituto del término dilatorio que —según el Código Napoleónico— el juez podía benévolamente conceder al deudor para sanar su retraso o su incumplimiento,

no hay más razones para privar a los contratantes de la autorresponsabilidad en los eventos que pueden conducir a la disolución del vínculo contractual.

VIII. UNA MIRADA AL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

Me parece poder afirmar que el problema de la naturaleza judicial o sustancial de la resolución del contrato por incumplimiento se plantea también en el sistema colombiano, y estoy feliz de que este Congreso me haya dado la oportunidad de estudiar algunas partes del Código civil de este espléndido país.

El artículo 1546 se remonta al Código francés y acoge la condición resolutoria tácita, que requiere el pronunciamiento del juez para obtener la resolución del contrato. Solo el artículo 1882, en materia de compraventa, hace referencia a un **desistimiento** sobre el cual se discute su naturaleza sustancial o judicial.

He tenido ocasión de examinar un remoto pronunciamiento de la Casación Civil (9 de junio de 1971), en el cual textualmente se afirma que **existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del Código Civil y el desistimiento del que tratan los artículos 1882 y 1878 de la misma obra. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retrasado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede el comprador desistir por sí y ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen.**

Si no entiendo mal, es esta concepción del **desistimiento** bastante cercana al derecho potestativo de resolución, que muchos códigos europeos y textos de Derecho europeo afirman y reconocen.

Al contrario, el **desistimiento** al que hace mención el artículo 22 de la Ley 820 de 2003 en materia de locación alude a una **demand**a que repropone el modelo judicial y se aleja de los modernos principios afirmados por la Casación en 1971.

Estoy convencido de que la reflexión de muchos de los juristas presentes en este Congreso podrá contribuir a reproponer el debate sobre la diferencia entre **acción resolutoria** y desistimiento y contribuir finalmente a la elaboración de un único modelo, europeo y latinoamericano, en tema de disolución del contrato por incumplimiento.

La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa

Víctor BOLAÑOS VELARDE^(*)

INTRODUCCIÓN

Por Ley N° 27420 se derogó el régimen contenido en el texto originario del artículo 1562 del Código Civil; en consecuencia, según el nuevo texto, así el comprador haya pagado más del cincuenta por ciento del precio, si mediara incumplimiento, el vendedor conservará la facultad de optar por la resolución del contrato. Con esta ley, entonces, se ha abandonado una norma que caracterizaba la filosofía que inspiró a los juristas que redactaron el Código Civil de 1984.

Este hecho es el que nos ha motivado a hacer esta somera reflexión, sobre el régimen de la resolución del contrato de compraventa, cuando la causal que lo motiva es el incumplimiento. Sabemos que la normatividad que regula la compraventa se ocupa, también, de la resolución por incumplimiento. Lo que queremos saber es si al ocuparse del tema lo que hace el Código es establecer una normatividad especial para la resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa.

(*) Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho por la UNMSM.

I. EL CONTRATO Y SU RESOLUCIÓN

Antes de entrar en el tema mismo del que nos queremos ocupar, es necesario desarrollar previamente algunos conceptos que nos servirán de marco teórico. En tal sentido, podemos decir que el contrato es un acto jurídico plurilateral que produce efectos patrimoniales. Por el acto de su celebración o concertación las partes acuerdan los términos contractuales que regularán los efectos patrimoniales producidos hasta su extinción. De ordinario, agreguemos, estos efectos son una obligación que las partes crean, regulan, modifican o extinguen⁽¹⁾.

Si nos guiamos por la definición del artículo 1351 del Código Civil, el concepto de contrato se limita a la idea de acto; sin embargo, es usual que el mismo Código emplee la palabra contrato para referirse también a los términos contractuales y, especialmente, a la relación jurídica patrimonial que el acto produce⁽²⁾. Lo que nos interesa destacar aquí es que este último, el de los efectos patrimoniales, es el escenario en el que se presenta la resolución del contrato.

Así, el artículo 1371 del Código Civil –convirtiendo en norma una entre opciones doctrinarias para definir la resolución del contrato⁽³⁾–, define este instituto diciendo que “la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”. En consecuencia, la resolución, como veremos seguidamente, es un instituto que recoge una hipótesis de ineficacia funcional del contrato.

La causal, que es el supuesto fáctico presente en todo caso de resolución, es un hecho jurídico que se produce luego de celebrado el contrato. Se presenta en circunstancias en que este ya está produciendo los

(1) El contrato puede producir, aunque esto sea excepcional, efectos patrimoniales distintos de los obligacionales; efectos reales, por ejemplo.

(2) Este uso polisémico de la palabra lleva a distinguir tres conceptos de contrato: como acto, como norma y como relación. Así, por ejemplo, Díez-Picazo nos dice que: “la palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v. gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v. gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato)”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 5ª edición, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 123.

(3) En la doctrina no encontramos una definición uniforme del concepto de resolución. Vide DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo I, Palestra editores, Lima, 2001, p. 441 y ss.

efectos queridos por los contratantes. La causal, en suma, no solo no es contemporánea al momento de la celebración del contrato sino que es completamente ajena a su validez. Así, a nuestro entender, cuando el artículo citado hace referencia a “un contrato válido”, lo único que quiere es destacar el hecho de que la causal resolutoria no tiene que ver con el tema de la validez del contrato⁽⁴⁾.

Sin embargo, la denominación del instituto es equívoca. Su nombre sugiere la idea de que lo que se deja sin efecto por la resolución es el contrato, entendiendo por tal el acto jurídico plurilateral. Pero, como lo acabamos de destacar, siguiendo lo dispuesto por el mismo texto normativo citado, la causal resolutoria sobreviene a la celebración del contrato. Cuando se presenta esta el contrato no solo ya ha sido celebrado, sino que ya no existe; en su lugar se encuentra la relación jurídica patrimonial.

La causal resolutoria es un evento que se verifica en el marco de la relación jurídica patrimonial. Una vez producida la resolución, como consecuencia, entre otros factores, de la causal, lo que se afecta es la relación jurídica patrimonial, provocando su disolución. La resolución ocasiona la ineficacia de la relación contractual y no la del contrato. Producida la llamada resolución del contrato, entonces, cesan los efectos de la relación jurídica creada por él.

En consecuencia, allí donde el citado artículo 1371 dice que “la resolución deja sin efecto un contrato (...)”, debe leerse que lo que deja sin efecto es la relación contractual que el contrato produce⁽⁵⁾. Y si tenemos en cuenta que es a través de la relación contractual producida que el contrato realiza su función, al presentarse en ese momento la causal

(4) Efectivamente, no es exacto que no se pueda resolver un contrato “inválido”. Así, imaginemos, por ejemplo, un contrato anulable—cuya anulabilidad aún no ha sido demandada—, que ha creado una relación contractual entre las partes contratantes, en la que una de ellas, digamos la afectada por el vicio de anulabilidad, incumple con su obligación. Ese incumplimiento, por más que esté viciado de anulabilidad el contrato que creó la obligación, es causal para la resolución, y puede servirle de ella la parte afectada.

(5) “La rescindibilidad, como se ha visto, afecta al contrato desde su nacimiento, de ella se diferencian todas las hipótesis de resolubilidad, en las cuales la reacción adversa a los efectos finales del contrato, en los varios modos en que se presenta (...) encuentra su explicación en el advenimiento de una situación de hecho que puede incidir en múltiples formas sobre la realización de su función”. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Universidad Externado de Colombia, Trad. de Fernando Hinestrosa, Colombia, 1996, p. 263.

resolutoria, afectándola, entonces, la resolución no puede menos que ser conceptualizada como una hipótesis de ineficacia funcional del contrato.

II. EL INCUMPLIMIENTO COMO CAUSAL DE RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

Diversos hechos jurídicos pueden constituir causal resolutoria. Esto depende de lo previsto en la ley o de lo acordado por las partes contratantes. Así, por ejemplo, la imposibilidad sobreviniente de ejecutar una prestación, la pérdida por evicción del derecho real adquirido, los vicios ocultos del bien transferido, la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación debida, etc., constituyen causales de resolución del contrato. Una de esas tantas causales, la que nos interesa aquí, es el incumplimiento.

Sin embargo, a fin de examinarla, debemos preguntarnos ¿cuándo el incumplimiento constituye causal para la resolución del contrato?

Los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil, que se ocupan del incumplimiento como causal de la resolución en los contratos con prestaciones recíprocas, no hacen, expresamente, ninguna precisión⁽⁶⁾. A partir de este silencio de la norma se podría afirmar que el incumplimiento en cualquier caso es causal para la resolución de un contrato. Esta afirmación, empero, es discutible. Son dos extremos, el de la importancia y el del reproche del incumplimiento, los que, de modo especial, se consideran en esta discusión. Veamos.

Como lo hemos señalado, por el contrato las partes crean, de ordinario, una relación jurídica patrimonial de naturaleza obligacional. En consecuencia, las partes –asumiendo el caso de un contrato con prestaciones recíprocas, que es el que nos interesa aquí–, se obligan a ejecutar prestaciones determinadas, una a favor de la otra y recíprocamente, que pueden ser de dar, hacer o no hacer. Si nos atenemos a lo previsto en los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, la hipótesis de incumplimiento se configuraría por la sola inexecución de la prestación debida.

(6) Cabe precisar que por incumplimiento no solo se pueden resolver los contratos con prestaciones recíprocas. También es posible que se resuelvan, por esta causal, los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas (artículo 1434 del CC) y los contratos con prestación unilateral (artículo 1442 del CC).

¿Cuándo se considera que la prestación debida no ha sido ejecutada? Esta pregunta la podemos responder indirectamente, estableciendo primeramente cuando se considera ejecutada una prestación. En tal sentido, para que se considere que un deudor ha cumplido, ha pagado su deuda, tiene que ejecutar la prestación debida en los términos del artículo 1220 del Código Civil; es decir, íntegramente. En todos los demás casos, en consecuencia, estaremos ante el incumplimiento.

Constituyen, entonces, casos de incumplimiento no solo la inexecución total de la prestación debida, sino también la ejecución parcial, la ejecución defectuosa y la ejecución tardía, con independencia de la importancia que tengan en la economía del contrato. Así, quien debe 100 y ha pagado solo 99, es un deudor incumplido. Pero, ¿basta el incumplimiento de 1, en una deuda de 100, para que el contrato se pueda resolver?⁽⁷⁾ Repetimos que los textos de las normas que se ocupan de este tema no dicen, expresamente, nada. Empero, nos parece que ello no justifica concluir en que cualquier incumplimiento es causal para la resolución del contrato.

Si examinamos el tema de la resolución por incumplimiento desde la perspectiva de los contratos con prestaciones recíprocas, tenemos que, a nuestro entender, la causal se configura solo desde el momento en que ella quebranta la reciprocidad acordada como fundamento de la economía del contrato, al punto que el acreedor puede, justificadamente, perder interés en la contraprestación. Para que opere tal quebrantamiento la inexecución de la prestación debe tener importancia económica. Solo un incumplimiento de esta envergadura puede originar el derecho potestativo, del contratante afectado, a la resolución del contrato. Ciertamente que ese no es el caso en el ejemplo antes referido.

Agreguemos que por nuestra parte llegamos a esta conclusión, la necesaria importancia económica del incumplimiento, haciendo una

(7) “Así, puede considerarse que, cuando se trata de incumplimiento simplemente parcial o cumplimiento defectuoso, la inexecución de una mínima parte de la prestación o un defecto de escasa enjundia y fácilmente subsanable, no deben dar lugar a la resolución del contrato, porque el ejercicio de la facultad resolutoria se presenta en tales supuestos como contrario a los dictados de la buena fe y constitutivo de lo que puede llamarse abuso en el ejercicio de aquella facultad”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 711.

interpretación sistemática de las normas que regulan esta causal con aquella, recogida por el artículo 1362 del Código Civil, que impone el deber de buena fe a los contratantes en todo el *iter* contractual⁽⁸⁾.

Por otro lado, ¿será necesario que el incumplimiento sea reprochable para que se constituya en causal de resolución del contrato? Cuando los artículos 1314 y siguientes se ocupan del incumplimiento, lo hacen con la finalidad de regular la denominada responsabilidad civil contractual. En ese caso, para que el incumplimiento sea fuente de la obligación de indemnizar el daño causado, es necesario que la prestación debida no se haya ejecutado por culpa del obligado. No habiendo reproche, ordinariamente, no habrá responsabilidad civil. Cabe examinar ahora si tal reproche es necesario para que el incumplimiento constituya causal de resolución del contrato.

Nuevamente los artículos que se ocupan de regular esta causal, en el régimen de los contratos con prestaciones recíprocas, no dicen, expresamente, nada sobre el particular. Para dilucidar la duda podemos hurgar en los alcances del artículo 1428, cuando dispone que la parte afectada tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, desde luego, por el incumplimiento. Esta regla se repite en el artículo 1429; pero está ausente del 1430. Esa regla parece sugerir la idea de que el incumplimiento tiene que ser necesariamente reprochable, ya que solo en ese caso puede haber obligación de indemnizar.

Si pensáramos que la finalidad de la resolución del contrato es la de imponer una sanción al contratante infiel, deberíamos concluir que para constituirse en causal resolutoria, el incumplimiento tiene que ser atribuido a la culpa del deudor. Pero no nos parece que esta sea la finalidad de la institución. En esta clase de contratos, el incumplimiento

(8) “Tomando en consideración todos estos planteamientos, creo que, a semejanza de la *exceptio non rite adimpleti con tractus*, en el caso de ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación, la regla general debe ser que procede la resolución del contrato por incumplimiento, pero que excepcionalmente, cuando la **falta**, la demora o el defecto son de tan escasa monta, tomando en cuenta el íntegro de la relación contractual, que sería contrario a la buena fe hacerlos valer como causal de resolución, puede desestimarse la solicitud del actor. Creo que la celosa observancia de la buena fe-lealtad debe atemperar la rigurosa aplicación del artículo 1428 del Código Civil”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. T. II, Palestra, Lima, 2001, p. 393.

origina un derecho potestativo, del que es titular el contratante fiel, a la resolución, en la medida en que quebranta la reciprocidad acordada por los contratantes. La resolución por el incumplimiento no es una sanción para el deudor sino una facultad para el acreedor.

Ahora bien, la reciprocidad, que le da fundamento a la economía del contrato, puede ser igualmente quebrantada tanto en el caso en que el deudor incurra en incumplimiento por su culpa, como en el caso en que no haya culpa suya de por medio. Si la resolución no tiene por objeto sancionar al deudor, no se entiende porque podría prosperar solo en el caso en que haya culpa y no en el que esta esté ausente⁽⁹⁾.

En suma, entendemos nosotros que no es necesario el reproche para que el incumplimiento se constituya en causal de resolución del contrato. Claro está, para pretender indemnización por daños y perjuicios, en la medida en que esta supone una hipótesis de responsabilidad civil contractual, de ordinario se requiere culpa del deudor incumpliente.

III. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La compraventa es el típico contrato con prestaciones recíprocas. Al definirlo, el artículo 1529 del Código Civil, dispone que “(...) el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”. Se advierte, pues, que las prestaciones a las que se obligan las partes de la relación contractual, porque así lo tienen que acordar al celebrar esta clase de contrato, están recíprocamente vinculadas.

El contrato de compraventa, se desprende de la definición citada, siempre crea una relación obligacional entre vendedor y comprador. Sin embargo, cabe hacer una precisión. Contrariamente a lo dispuesto por la norma que define el contrato, no siempre el vendedor asume, realmente, la obligación de transferir la propiedad del bien materia del contrato.

(9) “Pienso que si el fundamento de la resolución por incumplimiento es la ruptura del paralelismo que debe existir entre prestación y contraprestación en los contratos con prestaciones recíprocas, el remedio de la resolución debe operar siempre que se produzca esta ruptura, sea cual fuere su causa”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Palestra, Lima, 2001, p. 388.

Esta situación se presenta en los casos en que la compraventa produce efectos reales.

Así, cuando el bien materia del contrato es un inmueble, la transferencia de la propiedad es un efecto de su celebración. La misma consecuencia jurídica se produce cuando se vende un bien mueble que el comprador ya está poseyendo por un título distinto⁽¹⁰⁾. En estos casos, el vendedor no solo no se obliga a ejecutar prestación alguna que permita la transferencia de la propiedad, sino que es jurídicamente imposible que lo haga, toda vez que la propiedad ya fue transferida a favor del comprador, antes del nacimiento de la relación jurídica.

Sin embargo, la transferencia de la propiedad como efecto de la celebración del contrato, no es impedimento para que la compraventa cree una relación obligacional recíproca entre los contratantes. Simplemente, en estos casos, las prestaciones asumidas por el vendedor, no estarán destinadas a transferir la propiedad del bien materia del contrato. Pero siempre habrá entre los contratantes una relación obligacional recíproca, prestaciones y contraprestaciones que ambas partes tendrán que ejecutar, y este es el escenario en el que se puede presentar el incumplimiento como causal resolutoria. En consecuencia, la compraventa podrá ser resuelta por la inejecución de prestaciones tanto del comprador como del vendedor.

IV. INEJECUCIÓN DE PRESTACIONES A CARGO DEL VENDEDOR

Por la celebración de la compraventa, el vendedor se obliga a ejecutar determinadas prestaciones a favor del comprador, que giran en torno a la transferencia de la propiedad del bien, y que dependerán de los términos en los que haya sido celebrado el contrato.

Cuando la transferencia de la propiedad no es efecto de la celebración del contrato, como en el caso de la venta de bienes muebles que

(10) Una opinión contraria es la de Manuel de la Puente y Lavalle, quien sostiene que la compraventa no produce tales efectos reales, sino, solamente los obligacionales, consúltese, entre otros, *sus Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 9 y ss.

aún no está poseyendo el comprador, una de las prestaciones a cargo del vendedor, justamente, es la de transferirla. En este caso el vendedor ejecutará una prestación de dar; con la entrega del bien mueble al comprador, como lo dispone el artículo 947 del Código Civil, le es transferida la propiedad.

En el caso de los bienes inmuebles, como ya lo hemos dicho, la propiedad se transfiere como efecto de la celebración del contrato; pero el vendedor queda obligado a hacer entrega del bien. Como consecuencia de la celebración del contrato, en este caso como en el anterior, el vendedor tendrá que ejecutar una prestación de dar a favor del comprador.

Si el vendedor no ejecuta esta prestación de dar incurre en incumplimiento de contrato. Esto es así tanto en la venta de bienes muebles como inmuebles. En el primer caso, bienes muebles, el fin de la compraventa para el comprador, adquirir la propiedad, se verá frustrado. En el segundo caso, bienes inmuebles, aunque el comprador, por la sola celebración del contrato, ya es propietario del bien, al no entrar en posesión del mismo, no puede ejercer plenamente sus derechos como propietario. En uno y otro caso la importancia económica de la prestación no ejecutada está fuera de discusión.

El Código Civil se ocupa expresamente de esta hipótesis de resolución. En este sentido, el artículo 1556 dispone que “cuando se resuelve la compraventa por falta de entrega, el vendedor debe reembolsar al comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado e indemnizarle los daños y perjuicios”.

De momento solo nos interesa destacar, de la norma citada, que la falta de entrega del bien vendido es un caso de incumplimiento que constituye causal de resolución del contrato de compraventa. La norma, sin embargo, tiene por objeto regular los efectos de la resolución; pero este aspecto lo dejamos para analizarlo más adelante.

Continuando con nuestro análisis tenemos que el vendedor no solo se obliga a entregar, ciertamente que al comprador o a quien este designe, el bien vendido. Además, como se desprende de lo normado por el artículo 1549, son de cargo del vendedor otras prestaciones, cuya inejecución es menester examinar desde la perspectiva de la resolución del contrato.

El referido artículo dispone que “es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”. Si interpretáramos esta norma en su sentido literal, como regulando simplemente la obligación de transferir la propiedad, perdería toda utilidad práctica. Así, en el caso de inmuebles el artículo 949 del Código Civil relevaría de tal obligación al vendedor; y en el caso de muebles, esta obligación se confundiría con la de la entrega del bien. Ciertamente es que la redacción de este artículo, en atención a la finalidad práctica que se puede conseguir con él, no es la más afortunada; y la introducción del verbo “perfeccionar” no solo es insuficiente para lograr esa finalidad sino que es confuso⁽¹¹⁾. Aun así es necesario darle un alcance mayor, como lo viene haciendo constantemente nuestra jurisprudencia⁽¹²⁾.

Así, este artículo adquiere relevancia cuando el bien vendido se encuentra incorporado en un registro público; es decir, cuando se trata de un bien registrado. La incorporación en el registro le otorga el beneficio de la publicidad al derecho de propiedad, haciéndolo claramente oponible a terceros; beneficio del que tiene derecho a gozar el comprador. Sin embargo, para acceder al registro, el comprador necesita del concurso del vendedor; y este concurso es una obligación suya, que la encontramos

-
- (11) La prestación de hacer a cargo del vendedor, que se desprende del artículo 1549 del Código Civil, en rigor, no tiene por finalidad perfeccionar la transferencia de la propiedad. Esta queda transferida perfectamente como consecuencia de la celebración del contrato, en el caso de los inmuebles, o como consecuencia de la entrega, en el caso de los muebles. En este mismo sentido, en la sumilla de la Casación N° 35-97 se dice: “En virtud a lo dispuesto en el artículo 1549 del Código Civil es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia, lo cual ocurre con la entrega del bien conforme a lo normado en los artículos 1550 a 1554, 1556 y 1557 del citado cuerpo de Leyes; en tal sentido, el otorgamiento de la escritura pública no es necesario para el perfeccionamiento de la transferencia, sino que constituye una formalidad cuando es exigida por la Ley o se ha convenido en el contrato; por ende, en el contrato de compraventa las obligaciones recíprocas son: pago del precio y entrega del inmueble; en consecuencia es respecto de dichas obligaciones recíprocas que cabe invocar la aplicación del artículo 1426 del Código Civil, precepto inaplicable en el presente caso, ya que la contraprestación a la que la recurrente vincula la falta de pago no es la obligación esencial de perfeccionar la transferencia, sino la del cumplimiento de una formalidad”. ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Ediciones Legales, Lima, 2000, p. 495.
- (12) “Si el comprador pagó el precio tiene derecho a que el vendedor le otorgue y suscriba toda la documentación necesaria para consolidar su derecho sobre la cosa adquirida”. Exp. N° 218-98, Primera Sala Civil Corporativa Subespecializada para Procesos Sumarísimos y No contenciosos de la Corte Superior de Lima. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. T. 2, N° 116.

tácitamente dispuesta por el artículo citado, leyéndolo desde la perspectiva de la buena fe.

Veamos, por ejemplo, si lo que se vende es un bien inmueble registrado, se necesitará del otorgamiento de una escritura pública para incorporar en el registro el derecho ya adquirido por el comprador. Entonces, será obligación del vendedor otorgar esta escritura pública; tiene que ejecutar, en este caso, una prestación de hacer. Si lo que se vende es un vehículo, ciertamente que registrado, para incorporar en el registro el derecho de propiedad del comprador adquirido con la recepción del bien, se requiere la legalización notarial de las firmas de ambos contratantes. También en este caso, el vendedor se obliga a ejecutar una prestación de hacer.

Pero, ¿qué pasa si el vendedor se niega a ejecutar esta prestación? Sin lugar a dudas estaremos frente a un caso de incumplimiento. ¿Bastará este incumplimiento para que se resuelva el contrato? A nuestro entender, a diferencia de la falta de entrega, no necesariamente. Dependerá de la importancia económica que tenga este incumplimiento para que pueda constituirse en causal resolutoria. De no ser suficiente el incumplimiento para la resolución del contrato, por cierto que el comprador tendrá expedita la facultad de demandar la ejecución de la prestación debida.

V. INEJECUCIÓN DE PRESTACIONES A CARGO DEL COMPRADOR

Por la celebración de la compraventa, el comprador asume la obligación de ejecutar una prestación esencial: pagar el precio en dinero. Esto, desde luego, no es obstáculo para que los términos del contrato estipulen, a cargo del comprador, la obligación de ejecutar otras prestaciones. Las normas del Código Civil en el capítulo correspondiente, sin embargo se circunscriben a esta prestación esencial⁽¹³⁾.

(13) Por cierto que no tomamos como obligación del comprador la mencionada como tal por el artículo 1565 del Código Civil. A nuestro entender, cuando el comprador recibe el bien no actúa como deudor sino como acreedor; en ese caso, entonces, no asume una obligación sino una carga.

Ahora bien, el Código Civil distingue dos hipótesis de pago del precio: al contado y a plazos. El incumplimiento, y sus consecuencias, varía en uno y otro caso, por lo que ameritan un análisis por separado.

A. La compraventa al contado

En este caso, el comprador se obliga a ejecutar su prestación, el pago del precio en dinero, de modo inmediato e instantáneo. Será inmediata la ejecución de la prestación cuando esta se inicie tan pronto concluya la celebración del contrato. Por otro lado, la ejecución instantánea la entendemos por oposición a aquella que es de duración. Con la expresión instantánea lo que queremos significar es que la prestación no se ejecuta a través de fracciones que se van difiriendo, unas de otras, en el tiempo; por el contrario, se ejecuta de una sola vez, sin que ello implique que la ejecución se prolongue en el tiempo. Entonces, cuando el precio se paga íntegramente luego de haber sido celebrado el contrato, estamos frente a la modalidad de pago al contado⁽¹⁴⁾.

A veces, en el caso del pago del precio, la realidad ofrece matices de la idea de ejecución instantánea de la prestación que acabamos de exponer. Así, por ejemplo, tratándose de una compraventa de inmueble, las partes podrían acordar que el precio se va pagar por partes: una a la firma de la minuta y la otra al otorgamiento de la escritura pública. El acuerdo de pagar el precio por partes, en las oportunidades indicadas, no puede ser interpretado como una decisión de conceder al comprador el beneficio de un plazo. A pesar de las partes en las que se efectuará el pago, a nuestro entender, la modalidad sigue siendo la de pago del precio al contado.

En consecuencia, es posible que se presente, en esta modalidad, la hipótesis de un saldo del precio pendiente de pago, para cuya ejecución el comprador no tiene un plazo. De esta hipótesis, justamente, se ocupa

(14) “Para Planiol y Ripert, la compraventa será al contado siempre que el pago del precio y la entrega de la mercancía sean simultáneos e inmediatamente efectuados, y será a plazos si el precio, definitivamente fijado el día de la venta, se sujeta a un término, sea a favor del vendedor en relación con la entrega, sea a favor del comprador para el pago, sea a favor de ambos, tanto para la entrega de la cosa como para el pago del precio, y que tendrán que realfrarse simultáneamente a la expiración del término convenido”. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. T. IV, Fondo Editorial de la PUC, Lima, 2000, p. 334.

el artículo 1559 del Código Civil⁽¹⁵⁾, que dispone: “cuando se ha pagado parte del precio y en el contrato no se estipuló plazo para la cancelación del saldo, el vendedor puede ejercitar el derecho contemplado en el artículo 1429. Resuelto el contrato, el vendedor debe devolver la parte del precio pagado, deducidos los tributos y gastos del contrato”.

El incumplimiento en el pago del saldo del precio puede constituir causal para la resolución del contrato. Para que en efecto lo sea, el saldo pendiente de pago tiene que tener importancia económica; hecho que solo puede ser dilucidado mediante una apreciación en cada caso, singularmente considerado.

Verificada la causal, de acuerdo al artículo citado, el vendedor-acreedor podrá ejercer el derecho que le confiere al contratante fiel el artículo 1429 del Código Civil. Una interpretación restrictiva de esta norma puede conducirnos a sostener que en este caso solo procede la denominada resolución por autoridad del acreedor.

Una lectura restrictiva de la norma es perjudicial para los intereses del vendedor-acreedor. En efecto, podría suceder que el incumplimiento le haga perder, al vendedor, el interés en la prestación, el pago del precio, y prefiera recuperar el bien vendido. En este caso, asumiendo que no hay cláusula resolutoria estipulada, el vendedor-acreedor, ordinariamente, podría demandar, al amparo del artículo 1428 del Código Civil, la resolución del contrato. Tal posibilidad, de acuerdo a la interpretación restrictiva, estaría vedada para este caso.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva no nos parece sostenible. Someterse a la ruta del artículo 1429, significa para el vendedor-acreedor emplazar por conducto notarial al comprador-deudor para que cumpla con pagar el saldo, y concederle, con este fin, un plazo no menor de quince días. Es decir, que tendría que otorgarle un beneficio al infiel, el plazo, que las partes no lo han acordado al momento de celebrar el contrato. Una lectura restrictiva de la norma, en vez de encontrar en ella la

(15) Una interpretación diferente de esta hipótesis es la hecha por el profesor Max Arias-Schreiber. Él sostiene que “el artículo 1559 parte de una premisa: se trata de compraventas efectuadas a plazos, pues de otro modo no tendría sentido hablar de un pago parcial del precio y que no se haya estipulado plazo para la cancelación del saldo”. ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis*. 2ª edición, T. II, San Jerónimo ediciones, Lima, 1989, p. 73.

regulación de un derecho potestativo a favor del contratante fiel, estaría creando un beneficio para el contratante que incumple.

La lectura sana de la norma, nos parece, es tomar la mención al artículo 1429 como hecha a título de ejemplo. En consecuencia, este incumplimiento en el pago del saldo del precio, de tener la importancia antes mencionada, faculta al vendedor para la resolución del contrato, a la que se puede llegar, según el caso, por cualquiera de las vías previstas en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil⁽¹⁶⁾.

Seguidamente, el artículo comentado regula los efectos de la resolución; tema sobre el que volveremos luego.

Un caso especial de resolución de la compraventa, que podemos examinarlo aquí, es el previsto en el artículo 1564 del Código Civil. Este dispone: “en la compraventa de bienes muebles no entregados al comprador, si este no paga el precio, en todo o en parte, ni otorga la garantía a que se hubiere obligado, el vendedor puede disponer del bien. En tal caso, el contrato queda resuelto de pleno derecho”.

Lo normado en el artículo citado no es de aplicación al caso de la compraventa de inmuebles, ni al de la compraventa de muebles ya entregados al comprador, antes o después de celebrado el contrato. En ambos casos, el comprador, así no haya pagado el precio, ya es propietario del bien. Por esta razón, en estos casos, no es de aplicación este régimen especial de resolución del contrato.

Ahora bien, este artículo, apartándose del régimen general previsto en los artículos 1428 y siguientes del Código Civil, faculta al vendedor, en el caso de incumplimiento del comprador en el pago del precio

(16) Una interpretación diferente es la del profesor Max Arias Schreiber. “En este evento sostiene, el vendedor, ejercitando su derecho de acreedor, puede requerir al comprador mediante carta enviada por vía notarial para que satisfaga su prestación, en un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto, todo ello de conformidad con la remisión que se hace al artículo 1429 del Código Civil. Resulta entonces que el comprador, en calidad de deudor, tendrá un plazo de gracia fijado por el vendedor de acuerdo con las circunstancias y dentro del mínimo antes indicado, para que proceda a realizar el pago del saldo pendiente y de no hacerlo el contrato quedará resuelto de pleno derecho, esto es, sin que deba recurrirse al Poder Judicial, con la economía de tiempo y costos que esto significa”. ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 73.

u otorgamiento de la garantía prometida, para disponer del bien vendido, que todavía es de su propiedad. La resolución del contrato es consecuencia inmediata de este acto de disposición; vale decir, que a diferencia de los demás casos de resolución por causal de incumplimiento, en este el incumplimiento del comprador no crea una facultad, un derecho potestativo a la resolución, a favor del vendedor. La resolución opera de este modo especial porque así lo ha previsto la norma, siendo indiferente lo que hayan pactado o dejado de pactar los contratantes, sobre este tema, al momento de celebrar el contrato.

B. La compraventa a plazos

Estaremos frente a la compraventa a plazos, examinando el tema desde la perspectiva de las obligaciones que asume el comprador, cuando el pago del precio o el de cualquier otra prestación a la que se obliga este, por acuerdo de los contratantes, es diferido en el tiempo; o cuando su pago, también por acuerdo de estos, es fraccionado en cuotas periódicas. Consecuentemente, en este caso la compraventa será a plazos cuando entre la celebración del contrato y la ejecución íntegra de las prestaciones, media un lapso de tiempo, al que las partes le han atribuido la calidad jurídica de un plazo, determinado o no. En este escenario, desde luego, también se pueden producir incumplimiento que constituyan causal resolutoria. Veamos los casos de los que se ocupa el Código.

La prestación esencial a la que se obliga el comprador, como lo hemos señalado ya, es la de pagar el precio. Pero, ciertamente que las partes son libres de pactar términos contractuales que impliquen para el comprador asumir la obligación de ejecutar otras prestaciones. Una de estas es la del otorgamiento de garantías. Las partes pueden acordar, para el caso en que el precio no haya sido pagado totalmente, que el comprador se obligue a garantizar, real o personalmente, su pago. El otorgamiento de la garantía importa la ejecución de una prestación distinta a la del pago del precio; y su ejecución puede estar sometida a un plazo.

De la inejecución de esta prestación se ocupa el artículo 1560, disponiendo que “se observará lo dispuesto en el artículo 1559 si el contrato se resuelve por no haberse otorgado, en el plazo convenido, la garantía debida por el saldo del precio”. En la medida en que esta norma dispone la aplicación de lo previsto en el artículo 1559 para el caso en que el

comprador no otorgue, oportunamente, la garantía debida, nos remitimos a los comentarios hechos sobre el particular, que nos parecen íntegramente aplicables a este caso.

Volviendo al tema del precio, una de las hipótesis de la compraventa a plazos es el acuerdo de los contratantes para que su pago se fraccione en cuotas periódicas; dos o más. El incumplimiento, entonces, se configuraría por la falta de pago de estas cuotas.

El artículo 1561, ocupándose del pago periódico del precio, dispone lo siguiente: “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 estuvieren pendientes”.

Lo primero que tenemos que decir respecto de este artículo, es que su supuesto es un acuerdo de los contratantes por el que se decide fraccionar el pago del precio en no menos de tres cuotas. Por ende, no resulta aplicable al caso en que el pago se fraccione solo en dos cuotas; menos para el caso en el que se conceda un plazo para el pago íntegro del precio. Sin embargo, en estos casos también se pueden presentar hipótesis de incumplimiento que califiquen como causal resolutoria; de ser así, la resolución del contrato, entendemos nosotros, no se regirá por este artículo sino por las normas generales, recogidas por el artículo 1428 y siguientes del Código Civil.

En segundo lugar, este artículo recoge una norma dispositiva. Habrá este régimen especial para la resolución del contrato, cuando las partes han acordado que el precio se pague en tres o más cuotas, solo si los contratantes no han estipulado algo diferente. Vale decir, que los contratantes podrían acordar, válidamente, que el incumplimiento, para que se constituya en causal resolutoria, puede ser de menos o de más cuotas de las previstas en la norma dispositiva⁽¹⁷⁾.

(17) “En nuestra opinión, no existe inconveniente para que las partes modifiquen mediante convenio la cantidad de armadas, tanto hacia arriba como hacia abajo, así como para que se trate únicamente de armadas sucesivas, pues ello está dentro de la autonomía de la voluntad y el resultado será siempre el mismo: llegado el número de armadas acordado, el vendedor tendrá el derecho de dar por vencido el plazo y solicitar el pago del saldo

Ahora bien, de no mediar, para un caso de fraccionamiento como el indicado, una estipulación especial en el contrato, una cláusula resolutoria, la resolución de este puede ser pedida por el vendedor cuando el comprador deje de pagar tres cuotas, sucesivas o no. A nuestro entender, la falta de pago del número de cuotas indicado hace presumir la importancia económica del incumplimiento; en consecuencia, siempre será causal resolutoria. Verificado el incumplimiento, entonces, el vendedor quedará facultado para interponer la correspondiente demanda de resolución.

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 1428 del Código Civil, ante el incumplimiento, el vendedor también tendrá la alternativa de exigir el cumplimiento en vez de la resolución. Solo que, en el artículo citado, el cumplimiento tiene un tratamiento especial: los plazos para el pago de las cuotas pendientes se dan por vencidos. En consecuencia, si el vendedor afectado opta por el cumplimiento, puede exigir el pago de todo el saldo.

Por otro lado, en su redacción originaria, y como expresión de la filosofía que animó a los redactores del Código Civil de 1984, el artículo 1562 establecía una excepción a lo previsto en el artículo 1561. El texto originario disponía lo siguiente: “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”⁽¹⁸⁾.

Animaba a los juristas que redactaron el Código del 84 una vocación de tutela para con el comprador. Se pusieron, básicamente, en el supuesto de la compraventa de inmuebles para ser usados como casa-habitación. El acceso a la vivienda es, sin lugar a dudas, uno de los problemas

pendiente o, en su defecto, hacer uso de la facultad de resolución”. ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 76.

(18) El Código Civil de 1936 también se ocupó del tema. Su artículo 1425 disponía lo siguiente: “no tiene el vendedor derecho a pedir la rescisión sino solo a cobrar el saldo, los intereses y los gastos, si se le ha pagado ya más de la mitad del precio, salvo pacto en contrario”. La norma de ese Código, a diferencia de la del texto originario citado, era dispositiva, pudiendo las partes dejarla sin efecto para el contrato que celebraran. Pero de no haber pactado nada los contratantes, el pago de más de la mitad del precio hace perder al comprador el derecho a la rescisión (para el código vigente resolución).

más serios que, cotidianamente, tiene que resolver el habitante de las ciudades en nuestro país. Adquirir un bien de estos, para el ciudadano promedio, no es fácil. Por ello, a estos juristas no les pareció justo que el comprador quedara expuesto a perder el bien, por resolución, cuando ya había pagado más de la mitad de su precio⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, esta norma fue objeto de un serio cuestionamiento, a lo largo de la década pasada, sobre todo por juristas que se inspiraban en una ideología liberal. La criticaban por constituir una nociva interferencia de la ley en la dinámica espontánea del mercado. A pesar de sus buenas intenciones –proteger el acceso de los compradores a la propiedad, especialmente, de bienes inmuebles–, sostenían estos, que producía resultados prácticos adversos para los protegidos; además de situaciones jurídicas absurdas⁽²⁰⁾. Por ello reclamaron y auspiciaron su derogación⁽²¹⁾.

El cambio pedido por esta corriente de opinión se produjo. Mediante Ley N° 27420, publicada el 7 de febrero de 2001, se modificó el texto

(19) “Como puede resultar gravemente perjudicial para el comprador que, no obstante haber pagado ya más de la mitad del precio, pueda resolverse el contrato si deja de pagar dos armadas del precio, sobre todo si se trata de las últimas armadas, se dispone que cuando se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio el vendedor solo podrá exigir el pago de todo el saldo de precio, suprimiéndose la posibilidad de que opte por la resolución del contrato”. PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Exposición de motivos y comentarios. Compraventa”. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. T. VI, Segunda edición, Lima, 1988, p. 222.

(20) Así, por ejemplo: “A propietario de un inmueble se lo vende a B, pero pactan una reserva de propiedad hasta el pago total del precio; B paga el 51% del precio e incumple en cancelar el saldo. Pues bien, A no podrá resolver la relación contractual, pudiendo solo solicitar la ejecución por equivalente; pero si B no tiene bienes para ser embargados y realizados, no se negará nunca a cumplir con la condición de la relación contractual –el pago del precio–, y, en consecuencia, la relación contractual se mantendrá vigente hasta que B pague, pero mientras tanto, no adquirirá la propiedad del bien”. CANTUARIAS S., Luis Felipe. “Análisis económico de la compraventa de inmuebles con reserva de propiedad”. En: *Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1993, pp. 110-111.

(21) “Consideramos que si el deudor no paga el último centavo del precio acordado, el acreedor debería mantener la posibilidad de resolver el contrato; ello, porque la resolución del contrato es el castigo elemental al deudor moroso; es el castigo al incumplimiento. Por el contrario, no debería generarse ningún tipo de beneficio normativo por haber pagado solo la mitad del precio, pues los beneficios y seguridades deben nacer por pagar el íntegro del valor del bien materia de la compraventa y no menos que eso; de otra manera, se está favoreciendo e incentivando el incumplimiento de los contratos”. PIZARRO ARANGUREN, Luis. “El Código Civil peruano y la contratación actual”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* UPC, Lima, 2001, p. 58.

del artículo 1562, quedando como sigue: “**improcedencia de la acción resolutoria**. Las partes pueden convenir que el vendedor pierda 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 optar por exigir el pago del saldo”.

Lo más importante de la nueva norma es su efecto derogatorio de la contenida en el texto originario del artículo 1562. Por consiguiente, a diferencia del régimen precedente, ahora el vendedor, como en cualquier otro caso, tiene la facultad de resolver el contrato así el comprador haya pagado más del cincuenta por ciento del precio.

Por lo demás, el texto mismo de la nueva norma es francamente ocioso. En efecto, no se requiere de una norma especial, ubicada en el régimen de la compraventa, para que las partes queden facultadas para acordar que el contrato no se podrá resolver en determinadas hipótesis de incumplimiento. En la celebración de cualquier contrato las partes pueden estipular libremente que en determinados casos de incumplimiento el contratante afectado no tendrá derecho a optar por la resolución, sin necesidad que haya norma que las autorice; después de todo, en materia de Derecho Privado, se entiende que los sujetos pueden hacer todo aquello que la norma no les prohíbe. Desde luego que esto es así también en el caso de la compraventa, por lo que tal pacto será válido así no exista la norma del vigente artículo 1562. En consecuencia, para el logro del fin práctico perseguido, hubiera bastado con que la nueva norma se limite a derogar a la anterior.

VI. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LA COMPRAVENTA

Los examinados hasta aquí no son todos los casos de resolución en la compraventa de los que se ocupa el Código Civil. Tampoco son todos los casos de resolución por incumplimiento. Además de los que hemos comentado está el previsto en el artículo 1573, que se ocupa del caso específico de la compraventa sobre muestra. Pero de los que nos hemos ocupado son suficientes como para hacernos una idea clara de lo que podría considerarse el régimen especial de la resolución del contrato por incumplimiento en la compraventa.

Con ese fin, conocer el régimen especial, ahora nos interesa examinar los efectos de la resolución en el contrato de compraventa. Es aquí donde, realmente, adquiere su carácter especial este régimen. Para precisar lo necesitamos previamente volver sobre el régimen general de los efectos de la resolución del contrato.

De regular los efectos, en general, de la resolución del contrato, se ocupa el artículo 1372 del Código Civil. En su versión original disponía: “la rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario. En ningún caso se perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe”.

De acuerdo al texto originario, la resolución no produce efectos retroactivos. Sus efectos son *ex nunc*; para el futuro. En consecuencia, la relación contractual está vigente, las prestaciones a las que se han obligado las partes son exigibles, hasta tanto no se produzca la resolución. Es decir, en el caso del incumplimiento como causal, hasta tanto no quede firme la resolución judicial (artículo 1428), o hasta que no transcurra el plazo concedido por el acreedor sin que se ejecute la prestación (artículo 1429) o hasta tanto no se comunique al contratante infiel la voluntad de servirse de la cláusula resolutoria (artículo 1430).

Este régimen fue objeto de cuestionamiento y, como consecuencia, se le modificó. El nuevo texto del artículo 1372 dispone lo siguiente: “la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran en el momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”.

La nueva norma introduce un régimen de retroactividad relativa para el caso de la resolución. Ahora esta produce efectos *ex tunc*; para el pasado. Pero se limita ese pasado al momento en que se presenta la

causal resolutoria, no extendiéndose hasta el momento en que el contrato es celebrado. En nuestro caso sería al momento en que se verifica el incumplimiento. Aunque la resolución siempre es posterior a ese evento –y el momento en que se llegue a producir dependerá de la especie de resolución de que se trate–, los efectos de esta se retrotraerán al momento en que se produjo la causal que permitió resolver el contrato. Es decir que, como consecuencia de la resolución, se entenderá fenecida la relación contractual en el momento en que se verifica la causal, deviniendo en inexigibles las prestaciones que se tendrían que ejecutar con posterioridad.

Este nuevo régimen es objeto, también, de serios cuestionamientos⁽²²⁾. Sin embargo, no es este el lugar para analizarlos, por lo que nos limitamos a describir el régimen vigente, con el propósito de establecer el carácter especial del contenido en la compraventa.

Así, tenemos el artículo 1563, que se ocupa directamente de los efectos de la resolución en la compraventa, disponiendo que: “la resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario. Alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal”.

Cuando la causal resolutoria es el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del comprador, la resolución produce efectos retroactivos. Estos efectos no tienen por límite el momento en que se produce la causal; se extienden hasta el momento en que se celebró el contrato.

(22) Cuestionan el nuevo régimen, con argumentos que nos parecen convincentes, entre otros, Hugo Forno y Carlos Cárdenas. Este último promueve su modificación proponiendo el siguiente texto: “la rescisión es declarada judicialmente. Los efectos de la sentencia correspondiente se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución opera judicial o extrajudicialmente, no tiene efectos retroactivos, salvo que la naturaleza de las prestaciones ya ejecutadas permita su restitución. En los casos previstos en los párrafos anteriores cabe pacto en contrario. En ningún caso se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”. ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 129.

Por ende, uno y otro, como consecuencia de la resolución, están obligados a restituir las prestaciones que se ejecutaron en su favor.

En la hipótesis que el comprador no pueda devolver en especie el bien recibido, tendrá que restituir su valor. Entendemos nosotros que el valor al que nos referimos es el que hubiera tenido el bien en el momento de la restitución. Esto en razón de que, en todo caso, el vendedor tiene derecho a una compensación por el uso del bien que hace el comprador; uso que, ordinariamente, se traduce en una disminución del valor del bien al momento de la restitución⁽²³⁾.

El derecho a la compensación es independiente del derecho a la indemnización. El primero, repetimos, lo tiene en todo caso. Solo así es posible que la resolución tenga efectos retroactivos originarios. La indemnización, en cambio, supone culpa del comprador en el incumplimiento.

Los efectos de la resolución en la compraventa, cuando es por incumplimiento del comprador, son diferentes a los previstos en el artículo 1372.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué efectos tiene la resolución cuando la causal es el incumplimiento del vendedor?

Para el caso del incumplimiento del vendedor no encontramos en el Código Civil una norma como la del artículo 1563. La única que hace referencia a este tema es la recogida por el artículo 1556 y supone incumplimiento del vendedor en la prestación de entregar el bien vendido. En este caso la resolución tiene efectos retroactivos originarios, debiendo el vendedor reembolsar los gastos y tributos del contrato pagados por el comprador.

En consecuencia, tratándose de resolución por incumplimiento del vendedor de prestaciones distintas a la de entrega del bien, los efectos de esta se regularán por lo previsto en el artículo 1372. Se retrotraerán

(23) La sumilla a la Casación N° 987-95 dice: “la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el artículo 1563 del Código Civil al disponer que la parte emplazada pague determinada suma de dinero por concepto de compensación por uso del bien, de igual forma deberá deducirse el dinero entregado en parte de pago del bien vendido”. ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil través de la Jurisprudencia Casatoria*. Ob. cit., p. 498.

hasta el momento en que se produce la causal; restituyéndose los contratantes las prestaciones en el estado en que se encuentren en ese momento. La incongruencia de una solución como esta parece clara y pone en evidencia las dificultades prácticas que ocasiona el texto vigente del artículo 1372.

CONCLUSIONES

Examinadas las normas que regulan hipótesis de resolución del contrato de compraventa por causal de incumplimiento, arribamos a la conclusión que éstas contienen un régimen especial.

Pero este régimen especial no está centrado tanto en el diseño de la causal resolutoria como en los efectos de la resolución del contrato.

El régimen especial para el caso de la causal resolutoria aparece claro en el artículo 1561, cuando se ocupa de la compraventa a plazos por haberse pactado el pago del precio en tres o más cuotas. Es especial porque en este caso, de no mediar pacto en contrario, el incumplimiento en el pago de una o dos cuotas, sucesivas o no, es incumplimiento que no califica como causal resolutoria por mandato de la ley.

Más importante que el anterior, es el régimen especial que regula los efectos de la resolución del contrato de compraventa. Todas las normas que se ocupan de él, le atribuyen a la resolución efectos retroactivos, *ex tunc*, que se extienden hasta el momento de la celebración del contrato. Pero, cabe destacar, que no existe para el caso del incumplimiento del vendedor, una norma que regule de modo general esos efectos retroactivos, como sí existe, el artículo 1563, para el caso del incumplimiento del comprador.

Excesiva onerosidad de la prestación causada por acontecimientos sobrevinientes al contrato

César CARRANZA ÁLVAREZ^(*)

INTRODUCCIÓN AL TEMA

La **excesiva onerosidad de la prestación** representa, sin hesitación alguna, una de las instituciones fundamentales de la ley civil de 1984. Regulada a partir del artículo 1440, tiene como propósito fundamental morigerar los efectos del cumplimiento de una prestación que, por acontecimientos **extraordinarios** e **imprevisibles** acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato, y que no pudieron ser considerados de ninguna forma por los contratantes al momento de su concreción, se torna desmesurada, dificultando su cumplimiento tal cual se la pactó.

Constituye una figura legal que colisiona a no dudar con el principio de la obligatoriedad del contrato; sin embargo, razones de justicia y buena fe son generalmente opuestas para aceptarla como un mecanismo útil para evitar el perjuicio económico del obligado a cumplir. Dijo el legislador de entonces, que “si por principio el contrato nace para ser

(*) Abogado y profesor universitario. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha desarrollado estancia docente y de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Director del Estudio Carranza. Consultor.

cumplido en virtud de su fuerza vinculatoria, hay situaciones en que, por excepción y a mérito de razones de equidad, puede y debe ser revisado para evitar la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado y para que se conserve lo que en doctrina se conoce como el equilibrio contractual”, añadiendo que “la fórmula es bastante flexible, pues permite la reducción de la prestación, el aumento de la contraprestación y, si ello no fuere posible, conveniente o lo solicitara el demandado, la resolución del contrato”⁽¹⁾.

Tienen razón quienes dicen hoy que la palabra **contrato** parece haber cambiado de sentido, pues ya no se designa con ella a una institución rígida y estática que logra imponerse a las partes y al juez de manera absoluta, y que permanece invariable frente a los cambios de la situación económica que regula; sino que más bien define una institución flexible, resistente y adaptable a las múltiples vicisitudes que puedan presentarse a lo largo de una relación económica de larga duración”⁽²⁾.

El contrato está sometido durante el curso de su existencia a una gama de eventos que pueden ocasionar no pocas consecuencias. Piénsese en la pérdida de su ineficacia originada por un desequilibrio originario entre prestaciones, causado por el aprovechamiento injustificado de uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro; en el incumplimiento de la prestación ofrecida por uno de los celebrantes; o cuando aquel acontece por razones de **caso fortuito o fuerza mayor**. Y frente a ello el Derecho reacciona oponiendo los medios legales tendientes a enfrentarlos.

Por otro lado, es cierto también que las partes logran en ocasiones aprehender las circunstancias que podrían acaecer durante el curso de la relación, y por ello diseñan mecanismos adecuados orientados a soportar su embate. Pero es difícil preverlo todo, aunque se piense que “no existen acontecimientos imprevisibles sino únicamente acontecimientos previsibles a un muy alto costo”, reduciéndolo todo a un problema,

(1) *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1980, pp. 500 y 501.

(2) MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. “Breves comentarios sobre la revisión judicial de los contratos”. En: *Los Contratos en el Derecho Privado*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario-Legis, Bogotá, 2007, p. 319.

precisamente, de costos⁽³⁾. Así, no debe llamar la atención que el contrato sea objeto de revisión cuando el escenario que rodeó su celebración de pronto resulta alterado por hechos que los contratantes no pudieron considerar al momento del negocio, con el efecto de volver demasiado gravosa la prestación del comprometido a ella. El Derecho presta, de esta forma, una ayuda invaluable a las partes de cualquier contrato particular.

El problema de la alteración de las circunstancias y su impacto en las prestaciones asumidas por las partes, es una cuestión de larga data que se remonta a los albores de nuestra disciplina. Un primer ejemplo lo tenemos en la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya inserción se consideraba tácita en todo acuerdo contractual. Los estudios doctrinarios han registrado como sus antecedentes principales textos de Cicerón [*De Officiis*. De los deberes] y Séneca [*De beneficiis*], en tanto otros la aprecian en unas líneas de Neratius en el Digesto [*rebus sic stantibus loquimur*: se habla estando así las cosas, ley 8^a, Libro VII, título 4^o, *de condictio causa data, causa non secuta*] y en un pasaje de Marcelo [Digesto, 45-I, párr. 98]; aunque se reconozca que su formulación más clara se encuentra en una expresión de los posglosadores, según la cual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelliguntur*⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

Tiempo después, un fallo del Consejo de Estado francés, de 1916, permitió que el contrato celebrado entre la Compañía de Alumbrados de Burdeos y la Municipalidad de esa ciudad, fuera revisado por haber sobrevenido un hecho imprevisto —la Primera Guerra Mundial— que supuso el encarecimiento del carbón, materia prima del servicio prestado por tal compañía⁽⁶⁾. Posteriormente, y siempre en suelo galo, la Ley *Failliot*

(3) PATRÓN SALINAS, Carlos A. “¿Mentiras verdaderas?: Reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, Freundt-Thurne, Úrsula (editora), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2001, p. 151.

(4) REZZÓNICO, Luis María. *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión (Reseña de la cláusula “rebus sic stantibus”)*. Editorial Perrot, 2^a edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, 1954, pp. 21 y 22.

(5) Para un recuento más pormenorizado de la cláusula, véase BATTISTA FERRI, Giovanni. “De la cláusula ‘rebus sic stantibus’ a la resolución por excesiva onerosidad”. En: *Estudios sobre el Contrato en General*. Por los sesenta años del Código Civil italiano [1942-2002], selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2003, p. 1015 y ss.

(6) Los detalles de este caso pueden revisarse en: MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Imprevisión. Legislación de América del Sur”. En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo-Teoría*

de 1918 contempló la posibilidad de rescindir o suspender la ejecución de los contratos anteriores al 1 de agosto de 1914, que comportaran la entrega de mercaderías o artículos u otras prestaciones sucesivas o solo diferidas, mientras durara la guerra y hasta tres meses después de cesadas las hostilidades, si se “(...) establecía que a causa del estado de guerra la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes comportaría cargas o le causaría un perjuicio cuya importancia excedería en mucho las previsiones que razonablemente pudieron tenerse en el momento del contrato”⁽⁷⁾.

De igual modo, encontramos diversas teorías que han intentado explicar tal tesitura: la **presuposición** de Windscheid; la de la **imprevisión**; la relativa a la **excesiva onerosidad de la prestación**; o la referente a la **desaparición de la base del negocio**.

En el plano legislativo, en cuanto a países de habla hispana se refiere, encontramos un tratamiento dispar. Ecuador, Chile, Uruguay y Colombia no contemplan en sus Códigos Civiles soluciones referentes a la alteración de las circunstancias del contrato; aunque tratándose de este último país, encontramos en su Código de Comercio una disposición –el artículo 868– que permite la revisión –o su terminación– de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, cuando circunstancias **extraordinarias, imprevistas o imprevisibles** alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa. Por el contrario, los Códigos Civiles de Bolivia (art. 581 y ss.), Brasil (art. 478 y ss.), Paraguay (art. 672), Argentina (art. 1198, segundo párrafo y ss.) y Cuba (art. 80), contienen prescripciones precisas sobre el particular.

No obstante, no han faltado voces discrepantes –tanto en la academia extranjera como nacional– contra esta solución del Derecho. Se ha puesto atención en su incidencia respecto al principio de obligatoriedad

General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera, Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores), Editorial Industria Gráfica Libertad, Trujillo, 2005, p. 165.

(7) REZZÓNICO, Luis María. Ob. cit., p. 17. Se suele referir, como uno de los casos emblemáticos, lo acontecido con el cierre del canal de Suez que supuso el alza anormal de precios en el mercado petrolífero.

del contrato, el respeto a la palabra empeñada, o la seguridad del tráfico económico, entre otros argumentos. En su libro *Soberanía y Crisis del Contrato en nuestra legislación civil*, Marco Aurelio Risolía escribió que “[l]os contratos por antonomasia, son un acto de previsión”, que se conciertan “como definitivos y se presume su irrevocabilidad, porque por encima del interés de los contratantes está la seguridad del tráfico, la confianza recíproca, la palabra empeñada, el estímulo de una ventaja futura, que son el alma del comercio”⁽⁸⁾; y en otra obra cuyo título es más que elocuente –*La Decadencia del Contrato*–, su autor, luego de reconocer que la excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos o teoría de la imprevisión está ya fuertemente enraizada en el Derecho moderno, sentenciará que “[b]ien con base en principios generales de equidad y reciprocidad, bien con apoyo en reglas generales, o en disposiciones específicas, el hecho cierto es que la obligatoriedad de los contratos ha sufrido un grave quebranto, cuyo alcance es de tal naturaleza que rompe con toda la teoría del contrato”, para terminar diciendo que “[d]onde se tenga en cuenta la imprevisión, el contrato quedará a un lado”⁽⁹⁾.

Por último, en nuestro país, desde los predios del Análisis Económico del Derecho, se ha dicho que: “incluso el evento más impensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, si es que tenemos tiempo suficiente para dejarla correr en el mundo de las posibilidades”⁽¹⁰⁾.

(8) RISOLÍA, Marco Aurelio. *Soberanía y Crisis del Contrato en nuestra legislación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 188 y 189.

(9) DE BUEN LOZANO, Néstor. *La Decadencia del Contrato*, con un apéndice *Veinte años Después*. 2ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1986, pp. 246 y 247. Reminiscencia de aquello que en su momento escribieran los Mazeaud respecto al rechazo de la imprevisión por parte de la Corte de Casación francesa. Dijeron entonces que, “*la jurisprudencia, firmemente apegada al principio ‘pacta sunt servanda’, se niega a tener en cuenta la imprevisión.* (...) La posición de la Corte de Casación parece extremadamente rigurosa; pero es necesaria para hacer que reinen, con el respeto de la palabra dada, la moralidad y la seguridad en los contratos”. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, volumen III, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pp. 24 y 25.

(10) Así, Alfredo Bullard, cit. por CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. “Y seréis como dioses. Omnisciencia, previsión, excesiva onerosidad de la prestación y dinosaurios”. En: *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004, p. 83.

con lo cual la figura de la **excesiva onerosidad de la prestación** no tendría razón de ser⁽¹¹⁾.

Sea cual fuere el argumento esgrimido para atacarla, lo cierto es que no puede negarse que la **excesiva onerosidad de la prestación** mantiene en nuestros días plena vigencia, pues a pesar que comporta, como se ha visto, la vulneración de la fidelidad absoluta del contrato, la justicia del mismo y su sumisión al principio de buena fe exigen la detención de la ejecución de lo pactado si por diversas circunstancias –cuya naturaleza debe señalar puntualmente la norma– se altera el equilibrio del negocio provocando un grave detrimento para una de las partes.

El contrato representa el medio más eficaz para facilitar el tráfico comercial, además de satisfacer intereses diversos de las personas; pero bajo ningún punto de vista puede convertirse en instrumento que produzca el daño económico de un contratante y el enriquecimiento de otro a expensas de su perjuicio. Por ello, a pesar de su negación por quienes pretenden hacer prevalecer el cumplimiento fiel del contrato por sobre su justicia, no hay duda que la figura –cuya **excepcionalidad** representa su rasgo más saltante– ha logrado asentarse sobre bases sólidas, como un baluarte más, vale repetir, de la justicia y la buena fe que deben presidirlo.

Es por esta razón que nos interesa analizar el diseño regulatorio que se ha brindado a la **excesiva onerosidad de la prestación** en sede del Código Civil de 1984; tarea que efectuaremos a partir de su cobertura contractual, la naturaleza del hecho que altera la prestación prometida, los remedios ofrecidos para contrarrestarla, plazo concedido para su invocación, y renuncia a la acción.

(11) Desde el Derecho Civil se ha respondido que “en el mundo óptimo de las fantasías, en el que nada puede cambiar porque todo está en general equilibrio, todo puede ser conocido y, por ende, todo también preverse. Es el mundo de los dioses omniscientes a los que ningún hecho escapa por más futuro e incierto que sea. Y, precisamente, como nada escapa a la vista divina, como todo es aquí previsible, ninguna falta hay, pues, de que derecho alguno arregle entuerto alguno, porque entuerto alguno puede producirse cuando todo es previsible”. Ídem.

I. COBERTURA CONTRACTUAL

Si la onerosidad excesiva de la prestación acontece con posterioridad a la celebración del contrato, es lógico pensar que la figura solo podrá invocarse en aquellos contratos cuyas prestaciones deban cumplirse en el tiempo. Nos encontramos entonces frente a un desequilibrio prestacional “sobreviniente”, diferente al producido por la lesión [art. 1447 y ss. del Código Civil], cuya causa generadora, el **aprovechamiento** por una de las partes de la **necesidad apremiante** de la otra, aparece en la génesis del negocio.

De tal manera ha sido entendida por la doctrina y las legislaciones que la han cobijado en su seno; aunque sea posible encontrar algunas con un sentido bastante singular. Es el caso del Código Civil paraguayo, cuyo artículo 672 limita la figura a los contratos de ejecución diferida y a los de prestación unilateral⁽¹²⁾; y del cubano, cuyo artículo 80 al prescribir que “[p]rocederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que este no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida”, ofrece el expediente de la **excesiva onerosidad** sin ninguna cortapisa⁽¹³⁾.

El Código Civil nacional ha delimitado correctamente la cobertura contractual de la **excesiva onerosidad de la prestación**. La ha previsto para los contratos conmutativos cuya ejecución sea **continuada, periódica o diferida**. La ejecución de un contrato es continuada cuando se produce durante un periodo previamente fijado por las partes. Lo

(12) Lamentablemente no hemos encontrado en nuestras pesquisas algún estudio de la doctrina paraguaya que analice este dispositivo, motivo por el cual no ahondamos en él.

(13) Ha denunciado un sector de la doctrina de este país que “[e]l artículo de referencia establece que procede para toda obligación, lo cual es erróneo, puesto que es solo para aquellas obligaciones de tracto sucesivo o ejecución diferida, sobre las que nada dice el Código, abriendo la puerta a cualquier obligación sea cual sea su naturaleza jurídica, esté o no cumplida (...)”. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. “Justicia contractual: principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación”. En: *Derecho de Contratos*. Editorial Félix Varela, tomo I, La Habana, 2003, p. 50. Al respecto, efectuamos algunos comentarios en CARRANZA ÁLVAREZ, César. “La imprevisión contractual. Breves comentarios a propósito del artículo 80 del Código Civil cubano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República*. Año 2, N° 1, Lima, 2008, pp. 269-284.

periódico, según el significado dado por la Real Academia Española, implica una acción que se repite con frecuencia a intervalos determinados; por ende, un contrato será de ejecución periódica cuando las prestaciones precisamente se cumplan en fechas establecidas o intermitentes, es decir, con intervalos iguales o desiguales⁽¹⁴⁾. El contrato es de ejecución diferida cuando el momento de inicio de aquella se difiere en el tiempo.

La **excesiva onerosidad** aplica también en aquellos contratos en los que si bien la ejecución es inmediata, la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida **por causa no imputable a ella**; en los **aleatorios**, en los que no obstante sus efectos quedan sometidos al azar, cuando la prestación se torna fuertemente gravosa **por causas extrañas al riesgo propio del contrato**; y en aquellos en los cuales una sola de las partes ha asumido obligaciones.

Tanto el acreedor como el deudor pueden ser los afectados con la onerosidad excesiva de sus correspondientes prestaciones. No existe una “preferencia” por la parte deudora, como lo contemplan las legislaciones civiles atrás referidas. Así se desprende del articulado del Título VIII del Libro VII, en el cual se alude genéricamente a la noción de “parte”, tal como lo hace también el Código Civil italiano [art. 1467], el argentino [art. 1198, segundo párrafo], y otros de la región.

II. EL HECHO SOBREVINIENTE, EXTRAORDINARIO E IMPREVISIBLE, PRODUCTOR DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

Establecida la cobertura contractual de la figura, conviene analizar la causa que origina que la prestación de una de las partes se torne excesivamente gravosa, dificultándole su cumplimiento en la forma comprometida.

En primer lugar, se trata de un evento **sobreviniente** y no anterior a la celebración del contrato, en cuyo acaecer las partes no tienen injerencia alguna, y que necesariamente debe tener la doble calidad de

(14) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela ARIAS-SCHREIBER y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 70.

extraordinario e imprevisible. De esto se sigue que si el hecho es extraordinario pero previsible por las partes, la excesiva onerosidad no podrá invocarse. Es que, como es obvio, el Derecho no puede amparar la negligencia ni la torpeza de los celebrantes del negocio, con el riesgo grave de hacerle perder todo su sentido.

“Los hechos extraordinarios e imprevisibles, deben ser además, posteriores a la celebración del contrato. Es claro, si tales circunstancias son anteriores o concomitantes con la celebración del contrato y de fácil acceso al conocimiento de los contratantes, ya no puede hablarse de imprevisión sino, probablemente, de descuido, puesto que se construye el acuerdo a espaldas de una realidad que las partes, por supuesto, pueden investigar fácilmente”⁽¹⁵⁾.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la expresión **extraordinario** denota algo “fuera del orden o regla natural o común”. Quiere decir que su ocurrencia no se produce regularmente, o con efecto reiterado en el tiempo. Es algo, en fin, que escapa “a lo que es común, habitual u ordinario en la vida del hombre”⁽¹⁶⁾.

La exigencia del hecho sobreviniente **extraordinario** debe enlazarse con su carácter **imprevisible**. Es imprevisible lo que no puede razonablemente conocerse con anticipación; denota la inexistencia de señales acerca de su producción inmediata o futura. Su trascendencia es tal que sin su concurso la figura de la **excesiva onerosidad de la prestación** queda a un lado⁽¹⁷⁾; y a su evaluación debe acudir el juzgador con supremo cuidado, atendiendo para ello a las partes del contrato y a la materia del mismo.

(15) BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. *De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano-Generalidades contractuales*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., volumen 2, Bogotá D.C., 2004, p. 204.

(16) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación económica de los contratos. Justicia Contractual*. Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 1994, p. 305.

(17) En el mismo sentido, CAPRILE BIERMANN, Bruno. “La imprevisión”. En: *La Terminación del Contrato*. GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y Fabricio MANTILLA ESPINOSA [directores académicos], Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2007, p. 208. Vide, entre otros, BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D.; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil [hechos y actos jurídicos]*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, tomo I, volumen 2, Bogotá D.C., 1995, p. 1096 y ss.

Según el Código civil, el evento sobreviniente, **extraordinario e imprevisible**, debe convertir a la prestación de una parte en **excesivamente onerosa**. El legislador patrio toma distancia, en el presente caso, de lo que previó para el contrato atacado por lesión, en el cual estableció dos fórmulas matemáticas para determinar el desequilibrio entre las prestaciones: la primera, consistente en una desproporción mayor a las dos quintas partes [art. 1447], y la segunda, una desigualdad igual o superior a las dos terceras partes [art. 1448], que acciona la denominada **presunción de aprovechamiento**.

Se apela aquí a una formulación genérica que, sin embargo, deberá precisarse con suma cautela. No debe tratarse, en principio, de una onerosidad cualquiera sino de una que, como señala Moisset de Espanés, “debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso para una de las partes, que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido a la otra”⁽¹⁸⁾.

En *El Contrato en General*, el profesor de la Puente ha graficado cómo la doctrina ha hecho denodados esfuerzos para definir la **onerosidad excesiva**. Por un lado, estableciéndola desde un punto de vista matemático [Candil], según el cual hay desequilibrio en el valor de la prestación si supera el 30% en los contratos civiles y el 50% en los mercantiles, hasta apelando a criterios más generales, como aquel que señala que la onerosidad sobreviniente debe resultar groseramente repugnante a la equidad [Borda]. Pero a renglón seguido nos dice que “[I]amentablemente, no parece posible llegar a una definición concreta, porque se trata precisamente de un concepto que hay que apreciar caso por caso”, y que además “depende de las circunstancias de cada contrato y de la situación de cada contratante”⁽¹⁹⁾.

Refiriéndose al artículo 1467 del Código Civil italiano, que igual menciona a la **onerosidad excesiva**, ha dicho calificada doctrina italiana que aquel “se abstiene oportunamente de fijar la medida para que se pueda considerar excesiva la desproporción de las prestaciones. La solución

(18) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Ob. cit., p. 173.

(19) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II, Palestra, Lima, 2007, p. 607.

queda al prudente arbitrio del magistrado, quien deberá ponderar, caso por caso, si la onerosidad de la prestación [que también podrá depender de la disminución del valor de la otra prestación] llegó o no a una magnitud tal como para comprometer gravemente el equilibrio contractual”, para luego concluir que la norma “se preocupa por puntualizar en su inciso 2 que no se puede nunca considerar excesiva la onerosidad que entra en el álea normal de cada tipo de contrato y que hace parte del riesgo que las partes asumieron desde el comienzo”⁽²⁰⁾.

Lo concreto es que las partes, tratándose de un contrato en particular, son conscientes de los riesgos que pueden tolerar o soportar durante la pervivencia del vínculo. Existe un cierto margen de contingencia que los contratantes asumen como tal, dentro del cual pueden manejarse sin mayor complicación. Y con ello, no escapa a su consideración que el estado de cosas actual puede sufrir cierta variación que podría ocasionar la modificación de lo originalmente prometido, por lo que si frente a esta eventualidad deciden contratar, oponiendo las medidas necesarias, nada habrá que reprochar más adelante. Sin embargo, la situación cambia cuando el hecho al que hemos aludido rompe abruptamente con esa planificación, con esa contingencia previamente aceptada, desbordándola.

Por tal razón, nos alineamos sin reservas con la posición doctrinal que considera que la **excesiva onerosidad** debe entenderse como aquella que escapa al álea normal del contrato⁽²¹⁾, que se encuentra fuera de lo razonablemente considerado para el tipo de negocio que los sujetos contratantes deciden concretar; siguiendo así la línea trazada por el legislador italiano. En consecuencia, corresponderá al juzgador manejarse dentro de esta tesitura, teniendo en cuenta, asimismo, el carácter excepcional de la figura, y los requisitos que hacen a su configuración legal, según la regulación prevista en nuestro Código civil. Confiamos que su actuación no escape a estas exigencias.

(20) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá D.C., 1996, p. 285.

(21) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 610.

III. REMEDIOS LEGALES

En un escrito referido a los plazos establecidos por el Código Civil para el ejercicio de la acción por lesión⁽²²⁾, cuestionamos severamente la opción seguida por el legislador de conceder a la rescisión el carácter de remedio preponderante frente a la posibilidad del reajuste de las prestaciones, que opera únicamente en el caso de producirse el supuesto contemplado por el artículo 1452. Propusimos entonces que debería modificarse este dispositivo a fin de que el lesionado demandante pudiera optar por el reajuste de las prestaciones y, en último término, por la rescisión del contrato, desde que nadie mejor que él para decidir qué camino tomar.

En esta línea, ninguna objeción cabe hacer al codificador patrio que ha previsto como remedios para purgar la onerosidad excesiva de la prestación la **revisión** del contrato y en último término –si esto no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias, o porque así lo solicitara el emplazado– la **resolución** del vínculo nacido de él; con lo cual se aleja de la solución brindada por el Código italiano de 1942 y el argentino posterior a la reforma de la Ley N° 17.711, y de otras legislaciones como la paraguaya o brasilera.

El Código se inclina, de esta forma, por la conservación del contrato antes que por su terminación, prefiriendo que los efectos queridos por las partes continúen desarrollándose, obviamente depurada que sea la onerosidad excesiva que sobrevino por circunstancias **extraordinarias e imprevisibles**.

El problema es definir si la revisión del contrato supone retornar a la situación inicial de las prestaciones existente al momento de su celebración o si, por el contrario, su ejercicio solo tendrá como fin la purgación de lo excesivamente oneroso.

De la lectura de los artículos que componen el título relativo a la figura, parece no existir duda en que la revisión tendrá como finalidad

(22) CARRANZA ÁLVAREZ, César. “El plazo de caducidad de la acción por lesión. Comentarios a la ruta señalada por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 156, año 17, Lima, setiembre 2011, p. 59.

la desaparición de la onerosidad excesiva que volvió intolerable o insoportable el cumplimiento de la prestación a cargo del obligado. Esto es lo que se desprende del primer párrafo del artículo 1440, cuando expresamente señala que “la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca –su prestación– o que aumente la contraprestación, a **fin de que cese la excesiva onerosidad**”, y de la parte final del párrafo primero del artículo 1442, relativo a la excesiva onerosidad en contratos donde una sola de las partes haya asumido obligaciones, en la cual se indica que “le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación **a fin de que cese su excesiva onerosidad**”. Esta es, nos parece, la solución correcta que cabe esperar del remedio de la revisión.

Solo si aquello no fuera posible o cuando lo solicite el demandado, la resolución del vínculo será viable; lo cual la convierte en un remedio meramente subsidiario, si nos atenemos a la lectura de los artículos 1440 y 1442 del texto legal.

Como es obvio, la acción por excesiva onerosidad deberá plantearse en el plazo establecido por el Código, no estando permitida su renuncia, la cual se considera nula por disposición del artículo 1444.

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y RENUNCIA

El Código Civil ha dispuesto, con acierto, un único plazo de caducidad de tres meses para el ejercicio de la acción por **excesiva onerosidad de la prestación**. Lo decimos así, por cuanto no es conveniente para el tráfico económico y los propios contratantes, mantener en suspenso un contrato que está llamado a prolongarse en el tiempo. De esta manera el legislador subsana, por así decirlo, el grave error que cometió en la figura de la lesión, al establecer dos plazos de caducidad, de seis meses y dos años, para el ejercicio de la acción rescisoria, y además supeditados a la observancia de momentos de inicio distintos. Por nuestra parte, hemos denunciado este despropósito en un trabajo anterior, sugiriendo la fijación de un único plazo y punto de partida⁽²³⁾, con apoyo en la legislación comparada.

(23) *Ibidem*, p. 51 y ss.

Acompaña a dicho plazo su término inicial. La norma lo fija desde el momento que hayan “desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, pues solo desde este podrá tenerse certeza de la magnitud real de la onerosidad producida⁽²⁴⁾, luego de lo cual corresponderá al contratante afectado solicitar la revisión correspondiente.

Al igual que lo acontecido con la lesión, el Código Civil sanciona con nulidad la renuncia a la acción por **excesiva onerosidad de la prestación**. Sobran razones para apoyar esta decisión del legislador. De otra manera, se correría el riesgo de volver inoperativa la figura, con el consecuente perjuicio que esto podría ocasionar al afectado con una prestación demasiado gravosa.

No faltan, por cierto, quienes cuestionan la decisión legal. Sin embargo, la libertad de acción del contratante que debe soportar la prestación onerosa no se coarta por dicho efecto, pues nada le impide dejar transcurrir el plazo de tres meses para que la acción, simple y llanamente, no proceda. Por lo tanto, el contratante afectado conserva siempre el poder de decidir si acciona o no, con lo cual las críticas hacia el artículo 1444 del Código Civil pierden consistencia.

Para finalizar este apartado, vale recordar la reflexión del profesor Arias Schreiber sobre el citado numeral: “(...) está destinado a evitar que por acción del contratante de mayor poderío psicológico o económico se imponga la renuncia a la excesiva onerosidad de la prestación, lo que la dejaría la mayor parte de las veces en condición de “letra muerta”. Si la institución que hemos comentado está inspirada en razones de elemental justicia, resulta entonces indispensable que esta prevalezca y no quede esterilizada por su renuncia previa”⁽²⁵⁾.

(24) Se opina que el artículo 1446 es impreciso por cuanto no considera el hecho que la excesiva onerosidad podría producirse tiempo después de haber ocurrido, o finalizado, los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Comentarios al Título VIII del Libro VII del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*. Tomo VII [Contratos en General], 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 455. No conocemos alguna jurisprudencia que haya abordado, o cuando menos sugerido, el problema indicado; por lo que debemos presumir que la norma no ha motivado mayores problemas interpretativos.

(25) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., p. 258.

V. COROLARIO

Si bien las prestaciones prometidas por las partes de un contrato deben cumplirse fielmente, de acuerdo a lo convenido entre ellas, existen circunstancias en las cuales tal cumplimiento no puede efectuarse; no porque resulte imposible hacerlo, sino porque de realizarse, el obligado a la prestación sufriría un grave perjuicio o, como alguna doctrina refiere, su ruina económica, debido a su extrema onerosidad.

Si las partes, en el momento mismo de la celebración del contrato, no pueden razonablemente prever esas circunstancias, queda en manos de la ley poner a su disposición los mecanismos necesarios cuando exista la necesidad de enfrentarlas. Entra a tallar aquí la figura de la **excesiva onerosidad de la prestación**, cuya invocación solo resulta posible a partir de los presupuestos reseñados en este breve estudio. De allí su cariz, reiteramos, estrictamente excepcional.

Dicho rasgo no la ha convertido, parafraseando a de Buen Lozano, en una reliquia histórica, que poco o nada tiene para ofrecer ya a nuestra sociedad. Los contados casos resueltos por los tribunales sería un buen pretexto para atribuirle tal estatus; como ocurre con la institución de la lesión, que tantos vilipendios ha sufrido a lo largo del tiempo y que, a pesar de todo, no han logrado siquiera afectarla.

Negarle actualidad a la **excesiva onerosidad de la prestación** es confiar inocentemente que el hoy será igual al mañana, o suponer que podemos preverlo todo, como creen algunos. Nada de esto tiene asidero en un mundo en permanente cambio. Por tanto, es absolutamente necesario contar con una figura que, precisamente, permite contrarrestar los efectos que, sobre la prestación de un contratante, puede ocasionar un evento **extraordinario e imprevisible** que acontece con posterioridad al negocio celebrado. El recurso a la justicia del contrato constituye también una de sus mayores razones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arias-Schreiber Pezet, Max, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias-Schreiber y Elvira Martínez Coco. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica, tomo I, Lima, 1995;

Battista Ferri, Giovanni. “De la cláusula ‘rebus sic stantibus’ a la resolución por excesiva onerosidad”. En: *Estudios sobre el Contrato en General*. Por los sesenta años del Código Civil italiano [1942-2002], selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2003; Bigliuzzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco D.; Natoli, Ugo. *Derecho Civil [hechos y actos jurídicos]*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, tomo I, volumen 2, Bogotá D.C., 1995; Bohórquez Orduz, Antonio. *De los negocios Jurídicos en el Derecho Privado colombiano-Generalidades contractuales*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., volumen 2, Bogotá D.C., 2004; Capriole Biermann, Bruno. “La imprevisión”. En: *La Terminación del Contrato*, Gaitán Martínez, José Alberto y Fabricio Mantilla Espinosa [directores académicos], Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2007; Carranza Álvarez, César. “La imprevisión contractual. Breves comentarios a propósito del artículo 80 del Código Civil cubano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República*. Año 2, N° 1, Lima, 2008 y “El plazo de caducidad de la acción por lesión. Comentarios a la ruta señalada por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 156, año 17, Lima, setiembre 2011; Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. “Y seréis como dioses. Omnisciencia, previsión, excesiva onerosidad de la prestación y dinosaurios”. En: *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004; de Buen Lozano, Néstor. *La Decadencia del Contrato*. Con un apéndice *Veinte años Después*. 2ª edición, Porrúa S.A., México, 1986; De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Palestra, Tomo II, Lima, 2007; Mantilla Espinosa, Fabricio y Francisco Ternera Barrios. “Breves comentarios sobre la revisión judicial de los contratos”. En: *Los Contratos en el Derecho Privado*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario-Legis, Bogotá, 2007; Mazeaud, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, volumen III [Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones], traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; Mosset Iturraspe, Jorge. *Interpretación económica de los contratos. Justicia Contractual*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994; Moisset de

Espanés, Luis. “Imprevisión. Legislación de América del Sur”. En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo-Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera*. Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Editorial Industria Gráfica Libertad, Trujillo, 2005; Ojeda Rodríguez, Nancy de la C. “Justicia contractual: principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación”. En: *Derecho de Contratos*. Colectivo de autores. Editorial Félix Varela, tomo I, La Habana, 2003; Oviedo Albán, Jorge. “Comentarios al Título VIII del Libro VII del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, tomo VII [Contratos en General], 2ª edición, Lima, 2007; Patrón Salinas, Carlos A. “¿Mentiras verdaderas?: Reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, Freundt-Thurne, Úrsula (editora), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2001; *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1980; Rezzónico, Luis María. *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión (Reseña de la cláusula “rebus sic stantibus”)*. 2ª edición actualizada y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1954; Risolía, Marco Aurelio. *Soberanía y Crisis del Contrato en nuestra legislación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958; Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá D.C., 1996.

La responsabilidad precontractual

César Daniel CORTEZ PÉREZ^(*)

INTRODUCCIÓN

El contrato como género existe desde la época clásica, es básicamente una de las primeras instituciones del Derecho Civil. El contrato como un acuerdo de voluntades, implica que en su celebración las partes se comprometan a cumplir con ciertas obligaciones y ante su incumplimiento se va a originar un daño, y si existe un daño este debe ser resarcible; sin embargo, el daño no solo nace de una inejecución de las obligaciones o de la vulneración a la regla general de no dañar a los demás, sino que el daño como menoscabo a la persona puede darse antes de la celebración del contrato, esta es la llamada responsabilidad precontractual.

Hay que reconocer que: “en general, los autores que se han planteado la cuestión en el siglo XIX y XX, la habían resuelto en sus inicios al rechazar cualquier concepto de daño generado con ocasión de la fase inicial de la formación de los contratos, dado que al realizarse la intervención en esta etapa con ánimo de no obligarse, podían los sujetos

(*) Abogado por la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo (USS), candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Jefe del Centro de Educación Continua y docente de la Facultad de Derecho de la USS. Miembro ordinario del Instituto Peruano de Derecho Civil.

apartarse o desistir en cualquier momento de las negociaciones, con lo que las partes no hacían más que ejercitar un derecho, y por tanto no había lugar a generador alguno de responsabilidad civil.

Hoy en día, ese posicionamiento jurídico ha cambiado sustancialmente y se considera en la actualidad que en la medida que las partes comienzan a remover todos esos obstáculos que surgen normalmente en los primeros acercamientos en los negocios, comienza a generarse poco a poco un interés más cercano en la celebración del contrato. Sin duda, esa libertad con la que las partes se acercaron comienza a desaparecer y, por lo tanto, si el comportamiento de las partes afirma una realización cada vez más segura de la celebración del tan esperado acuerdo, el interés jurídico tutelado se inclina por proteger a quien se le han frustrado sus expectativas legítimas⁽¹⁾.

El presente trabajo se centrará en el origen de la responsabilidad precontractual, sus definiciones, las causales en las cuales se aplica la responsabilidad precontractual, su naturaleza y su ejercicio en la búsqueda del resarcimiento por el daño causado.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de iniciar con el presente estudio, rápidamente comencemos respondiendo a la pregunta: ¿qué es la responsabilidad? Guillermo Cabanellas de Torres nos define a la responsabilidad como la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado⁽²⁾.

El Doctor Fernando de Trazegnies, define a la responsabilidad civil, como una institución nacida en el siglo XVII, como un mecanismo de protección de los derechos individuales absolutos (derecho a la integridad física, y a la propiedad), pero sobre todo nace como un mecanismo dirigido a sancionar la realización de ciertos actos o conductas legal

(1) MONSALVE CABALLERO, Vladimir. “Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa *in contrahendo*”. En: *Revista de Derecho*. N° 27, Universidad del Norte de Colombia, 2007, p. 44.

(2) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Décimo sexta edición, Heliasta, Buenos Aires, 2003, p. 352.

y/o moralmente reprobables, no existiendo responsabilidad, si no hay culpa, que es el sistema que existió en el siglo XIX⁽³⁾.

Por su parte, Díez-Picazo y Gullón⁽⁴⁾ nos definen a la responsabilidad civil como la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Esta responsabilidad en sentido genérico se clasifica tradicionalmente en contractual y extracontractual o aquiliana. Se tiene la primera cuando se vulnera el deber de conducta que nace de un contrato; la segunda, cuando se causa el daño por un comportamiento culposo o doloso.

“Debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuridicidad y el imperio legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás”⁽⁵⁾.

¿Qué pasa en nuestro Código Civil?, este regula a los dos tipos de responsabilidades antes mencionados en dos libros diferentes. La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones está normada en el Título IX, Inejecución de las obligaciones, de la segunda sección, efectos de las obligaciones, del Libro VI, Las obligaciones. Y la responsabilidad civil está regulada en la Sección Sexta, Responsabilidad extracontractual, del libro VII, Fuentes de las obligaciones. Por ello, se ha indicado que es mejor denominarlas como “responsabilidad obligacional” y “responsabilidad no obligacional”⁽⁶⁾.

(3) CABRERA CABANILLAS, Gilma. “Un acercamiento a la responsabilidad civil”. En: <http://www.teleley.com/articulos/art_gilmac10.pdf>.

(4) Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 539.

(5) TABOADA CÓRDOBA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Segunda edición, Grijley, 2003, p. 31.

(6) BARCHI VELA CHAGA, Luciano. “Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 6, N° 22, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2000, p. 40.

Es importante mencionar que tanto la responsabilidad civil contractual (la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones) como la responsabilidad civil extracontractual tienen elementos comunes, que a continuación conceptualizaremos:

El daño.- Zannoni ha dicho que “desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”⁽⁷⁾. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón nos dicen que el daño debe ser cierto, realmente existente, lo que excluye los puramente hipotéticos o eventuales, pues pueden producirse o no⁽⁸⁾. El Código Civil argentino en su artículo 1068 prescribe que: “habrá daño siempre que se causara a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o indirectamente por el mal hecho a su persona o sus derechos o facultades”. Entonces el daño es todo detrimento a un interés jurídicamente tutelado.

La antijuridicidad.- Implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico. Supone la existencia de conductas humanas intersubjetivas que puedan calificarse como contrarias o ajenas al derecho, es decir, a lo jurídico⁽⁹⁾.

La relación causal.- Es el nexo que existe entre el comportamiento dañoso y la consecuencia dañosa. La relación causal es de vital importancia porque nos permitirá determinar entre una gama de hechos vinculados a la verificación del daño cuál es el “hecho determinante del daño” (determinándose al causante o responsable material), lo que nos acercará al “supuesto responsable jurídico del daño”. Esta relación de

(7) ZANNONI. *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 1.

(8) En la doctrina francesa se ha discutido el problema del daño eventual en relación con la pérdida de un chance. El ejemplo típico es el del caballo de carreras que por su demora en el traslado no llega a tiempo para participar en una competición con importantes premios. La jurisprudencia tiende en la actualidad a conceder indemnización según el grado de probabilidad que la chance poseía. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 545.

(9) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La ‘Antijuridicidad’ como problema”. En: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_10.PDF>. En este artículo, el jurista propone que toda conducta humana intersubjetiva es siempre jurídica, sin excepción. Es decir, todas las conductas humanas intersubjetivas están regidas por el derecho, pertenecen al ámbito de lo jurídico. De ahí que la “antijuridicidad” no existe como una categoría del Derecho.

causalidad también va a permitir al analista determinar, a partir del criterio asumido, cuáles serán los daños susceptibles de ser indemnizados⁽¹⁰⁾.

El factor atributivo de responsabilidad.- Este criterio de imputación es la razón o motivo por el cual un sujeto asume el costo del resarcimiento. El motivo puede ser un criterio directo, por el cual quien asume el costo del resarcimiento es quien causó el daño, este criterio directo puede ser a la vez subjetivo (culpa o dolo) y objetivo (cuando asume el costo económico de la consecuencia dañosa quien actúa en una actividad riesgosa); el motivo también puede ser un criterio indirecto, por el cual quien asume el costo del daño no es el causante. Este factor atributivo de responsabilidad es entendido como “el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable”. Este traspaso del peso económico del daño, tal como lo estudiaremos posteriormente, es expresión de la función “redistributiva” de la responsabilidad civil⁽¹¹⁾.

Habiendo realizado brevemente una definición de la responsabilidad civil, así como la conceptualización de los elementos comunes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (denominadas también como “responsabilidad obligacional” y “responsabilidad no obligacional”), debemos pasar a desarrollar el tema de la responsabilidad precontractual, que también comparte los elementos antes conceptualizados.

II. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En el Derecho Romano se tenía la creencia de que a cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que de conformidad con la máxima *caveat emptor*, o bien *emptor debet esse curiosus*, era a cada una de las partes a la que le incumbía satisfacer sus intereses con el objeto a negociar⁽¹²⁾.

(10) BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Análisis y funciones de la responsabilidad civil: impacto en la víctima y en la sociedad”. En: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=679>.

(11) *Ibidem*, p. 2.

(12) MONSALVE CABALLERO, Vladimir. “Consideraciones actuales sobre la obligación

Esta responsabilidad precontractual nace de la vulneración al deber de información, ya a mediados del siglo XVIII, Pothier ya hacía mención del deber de información como una obligación emanada del principio de buena fe, principio que no puede estar ausente durante el proceso de contratación.

Es así que en 1860, el célebre jurista alemán Rudolf Ihering, publica una monografía sobre la “culpa *in contrahendo*”. Hasta ese entonces, la responsabilidad civil originada en ese periodo de formación del consentimiento, no había sido tratada por la doctrina⁽¹³⁾.

Habida cuenta de que la responsabilidad nacida durante ese lapso de formación del consentimiento, no se encuadra en las reglas que rigen la materia contractual, Ihering elabora su famosa doctrina de la “culpa *in contrahendo*”, aquella que se comete mientras se “contrae” la relación contractual. Es decir, en el periodo previo a la formación del contrato, una de las partes sufre un daño como consecuencia de una acción de la otra. Este daño, comprende todos los gastos en que la parte damnificada hubiere incurrido, confiando en la validez de un negocio que finalmente se frustra⁽¹⁴⁾.

Al abordar el tema de la extensión de la indemnización a fijar en estos casos de “culpa *in contrahendo*”, Ihering elabora su célebre teoría del “interés negativo” (“*negative vertrags interesse*”)⁽¹⁵⁾, por la cual el damnificado en los casos de “culpa *in contrahendo*”, no puede invocar la lesión por incumplimiento, o interés positivo, solo exigible en un contrato válido, solamente tendrá derecho al resarcimiento del interés negativo o de confianza. Según el esquema de Ihering, ese interés negativo comprende no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante⁽¹⁶⁾.

precontractual de información, una perspectiva europea”. En: *Universitas*. N° 117, julio-diciembre, 2008, p. 116.

(13) CANTARELLI, Leonor. *Daño al interés negativo*. Universidad de Belgrano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, setiembre, 2004, p. 6.

(14) Ídem.

(15) Ídem.

(16) *Ibidem*, p. 7.

En este punto es importante mencionar a Brebbia R. H., quien en su obra *Responsabilidad Precontractual* rescata los puntos concluyentes de la teoría de Rudolf Von Ihering, siendo estos los siguientes⁽¹⁷⁾:

a) La “culpa *in contrahendo*” es de naturaleza contractual.

b) El deber de diligencia es el mismo en el periodo de formación del contrato como en el periodo de su ejecución.

c) Para que pueda haber “culpa *in contrahendo*” tiene que haber existido oferta. Las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato no originan responsabilidad civil.

Sin embargo, la teoría de Ihering encuentra su contraparte en la teoría del italiano Gabriel Faggella, quien es el primero en denominar responsabilidad precontractual a la responsabilidad que nace por el incumplimiento de las tratativas en el procedimiento de conformación del contrato. El maestro italiano rechaza en su totalidad la teoría de Ihering, es decir, rechaza en su totalidad la tesis de la “culpa *in contrahendo*” como fundamento de la responsabilidad precontractual a la vez que precisa la extensión que corresponde otorgar a ese periodo previo a la formalización del acuerdo contractual. Y lo divide en dos etapas, para su mejor comprensión: a) las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta; y, b) la que comienza con la emisión de la oferta y concluye con la formación del contrato o la cesación definitiva de las tratativas por no llegar a un acuerdo⁽¹⁸⁾.

El aporte del autor italiano es la incorporación de la etapa de las tratativas, etapa que Ihering no incorpora, las tratativas es la etapa donde las partes conversan, intercambian ideas, conciben pactos, acuerdos, cláusulas, etc.; y esta etapa es tan importante como aquella donde ya existe o es real la oferta. Según el maestro italiano, ambos momentos tienen valor jurídico, ya que los hechos cometidos durante esa etapa son susceptibles de producir efectos jurídicos y solo varía la diferente intensidad del vínculo que une a las partes.

(17) BREBBIA R. H. *Responsabilidad precontractual*. Distr. Zavalia, Rosario, 1957. A esta conclusión, arriba el autor, luego del análisis del opúsculo de Ihering, ya que el mismo no lo incluye.

(18) CANTARELLI, Leonor. Ob. cit., p. 8.

Para Faggella el fundamento legal de la responsabilidad precontractual es la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y este puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca⁽¹⁹⁾. Este autor descarta la posibilidad de solicitar resarcimiento por concepto de lucro cesante, pues considera que el resarcimiento debe ser sobre gastos reales y no sobre las ganancias dejadas de percibir.

Con posterioridad aparece el jurista francés Raymond Saleilles, quien apoya la teoría de Faggella al rescatar el aporte de la inclusión de la etapa de las tratativas dentro del resarcimiento en la responsabilidad precontractual. Para Saleilles, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato, tienen desde el primer momento la obligación de “obrar de acuerdo a la equidad comercial y a la buena fe”. Por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas, cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Se produce un “ataque al uso”⁽²⁰⁾.

III. DEFINICIONES

Sobre la responsabilidad precontractual, distintos juristas han esbozado los siguientes conceptos:

Así Messineo, “(...) las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa *in contrahendo*, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, o sea, el llamado interés contractual negativo, (...)”⁽²¹⁾.

(19) Ídem.

(20) *Ibidem*, p. 9.

(21) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*. Tomo 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, p. 309.

Puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los futuros contratantes al otro, con motivo de las tratativas previas a la celebración de un contrato.

De igual forma en la obra de la profesora Mónica Vinaixa Miquel, se puede rescatar que la responsabilidad precontractual nace de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares a la celebración de un contrato potencial o futuro⁽²²⁾.

La profesora Gema Tomás Martínez hace conocer que actualmente, la expresión responsabilidad precontractual se concentra cada vez más, en los deberes que las partes asumen en la fase precontractual (...) ⁽²³⁾.

Para Faggella, las partes tienen el derecho de interrumpir en cualquier momento las tratativas, cualquiera sea el grado de adelanto logrado, pero la ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando de ella se produce un daño. Se considera retiro intempestivo de las negociaciones, cuando una de las partes pone fin a las tratativas sin que estas hayan seguido su curso normal, ya sea con el perfeccionamiento del contrato o con la ruptura definitiva por falta de acuerdo⁽²⁴⁾.

Según Cabanillas Sánchez: En virtud de la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el periodo de formación del contrato⁽²⁵⁾.

Es importante resaltar que en el Código Civil español no existe un precepto que tenga carácter general y sancione las actuaciones que

(22) VINAIXA MIQUEL, Mónica. “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”. En: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=291368>>.

(23) TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. “Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (*Culpa In Contrahendo*) en la armonización jurídica europea”. En: *Revista de Derecho (Coquimbo) versión On-line* ISSN 0718-9753. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000100009&script=sci_arttext>.

(24) CANTARELLI, Leonor. Ob. cit., p. 8.

(25) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”. En: *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Madrid, 1995. p. 748.

preceden a la celebración del contrato, cosa que sí sucede en el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 1.337⁽²⁶⁾, en el cual se impone a las partes actuar conforme a la buena fe en el periodo de formación del contrato y en el Código Civil portugués de 1966 en su artículo 227, donde establece que quien negocia con otro para concluir un contrato debe proceder según las reglas de la buena fe, respondiendo por los daños que culposamente pueda causar la otra parte.

El caso peruano podría decir que se asemeja mucho al caso italiano y portugués, pues en el artículo 1362 del Código Civil de 1984, se prescribe que: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Queda claro que también se impone a las partes en nuestra realidad normativa el comportarse conforme a la buena fe antes de celebrar un contrato, es decir, en la fase de las negociaciones o tratativas como las llama Fagella, este artículo donde encontramos a la buena fe debe ser interpretado como una norma que expresa una de las manifestaciones del deber de no causar daño a nadie⁽²⁷⁾ (en el marco del estricto cumplimiento de la buena fe). Sin embargo, a esto debe sumársele lo establecido en el artículo 1969 (aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo) que no es otra cosa que el principio general *neminem laedere*.

IV. LA BUENA FE Y LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

“Asistimos en la actualidad a una revolución tecnológica, y con ella la simplificación de los negocios, las nuevas telecomunicaciones permiten y facilitan los procesos de información y por lo tanto la toma

(26) Codice Civile Italiano.- Artículo 1337. *Trattative e responsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

(27) En efecto, el deber de buena fe resulta aplicable a todas las conductas humanas y, por ende, a todos los individuos que viven en sociedad. Por ello se presenta como un deber genérico, cuya infracción debe reconducirse a la cláusula de represión del hecho ilícito dado que se refiere a una conducta que afecta a un bien jurídico (tutelado de manera *erga omnes*) por medio de una conducta culposa. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “La Responsabilidad Precontractual en debate: Panorama de la doctrina jurídica nacional”. En: <http://works.bepress.com/renzo_saavedra/3>, p. 47.

de decisiones, operándose en tiempo real y de forma deslocalizada, lo cual hace que muchas veces desaparezcan las largas negociaciones, lo que conlleva sin duda, a una revalorización de la confianza y la buena fe como el centro del ordenamiento privado y en especial de la materia contractual. Con el aumento del volumen de la contratación y con la necesaria garantía del sostenimiento y seriedad tanto de la oferta como de los operadores responsables, hace que sin duda se retomen y fortalezcan los principios romanos de la *buona fides*⁽²⁸⁾.

La buena fe es un principio que se encuentra regulado en el Código Civil italiano y portugués como ejemplos extranjeros, sin olvidar que dicho principio también lo encontramos en nuestro Código Civil como ya se ha manifestado en párrafos precedentes.

Es importante mencionar que la buena fe es una misma noción *in contrahendo* y *post contrahendo*, que reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social. La buena fe objetiva es externa al sujeto y le impone una serie de deberes de rectitud y diligencia.

La buena fe aplicable a la fase precontractual ha de entenderse como un criterio de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria del contrato⁽²⁹⁾.

Así, algunos deberes de la fase precontractual son por ejemplo: el deber de información, de cooperación y de custodia. En el primer deber una de las partes debe informar sobre el contrato a celebrar, sobre el bien o servicio que se adquirirá para que así no exista una asimetría en la información; en el segundo deber, ambas partes a contratar deben cooperar entre ellas para lograr la concreción del fin anhelado y por el tercer deber se entiende que la parte que posee en ese momento el bien materia del contrato debe cuidar de él hasta llegar a celebrar el negocio.

(28) MONSALVE CABALLERO, Vladimir. “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción”. En: *Revista de Derecho* N° 30, Universidad del Norte de Colombia, 2008, p. 4.

(29) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”. En: *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Madrid, 1995, p. 750.

Negocio que no necesariamente tiene que ser celebrado por las partes. No obstante no ser obligatorios, en el sentido de que de la negociación previa no debe resultar necesariamente un contrato perfeccionado, en el sistema europeo continental se ha asumido que en los tratos preliminares las partes están obligadas a actuar de buena fe, aun cuando no se llegue a celebrar el contrato y en el caso de causar daños al inobservar este deber, se reconoce la obligación de indemnizar perjuicios⁽³⁰⁾.

Dentro de la responsabilidad precontractual se incluyen diferentes supuestos de responsabilidad que tienen en común derivarse de una acción, omisión, hecho o situación que se produce en el periodo precontractual y que, de alguna manera, se encuentra vinculado al contrato⁽³¹⁾. La valoración que se haga de esta vinculación con el contrato condicionará la calificación de la responsabilidad, que podrá incardinarse en el ámbito contractual, extracontractual o, incluso, en una tercera categoría, diferenciada de lo contractual y de lo delictual⁽³²⁾.

Sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, tendríamos que echar un vistazo al modelo acogido en Italia para el particular, en el cual enmarcan a la responsabilidad precontractual como aquiliana o extracontractual, “siempre en el terreno de la doctrina, son numerosos los autores que luego de estudiar el argumento concluyen que la *culpa in contrahendo* tiene naturaleza extracontractual. Algunos de ellos sostienen que en ausencia de normas específicas sobre la responsabilidad precontractual, la lesión ilícita de los intereses ajenos en las tratativas encontraría una sanción en el artículo 2043 del Código Civil; en esta línea de pensamiento, los artículos 1337 y 1338 del Código Civil constituirían especificaciones del principio de *neminem laedere*. Otros opinan que el interés protegido por los artículos 1337 y 1338 del Código Civil es la libertad negocial, y que la tutela de esta se concede de conformidad con el precepto general del respeto a los derechos de los demás

(30) OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual”. En: *Universitas*. N° 115, Bogotá (Colombia), enero-junio de 2008, pp. 83-116.

(31) ARENAS GARCÍA, Rafael. “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”. En: *La Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, octubre de 2008. p. 5.

(32) DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. 4ª edición, Civitas, Madrid, 1993. pp. 275-276.

(*neminem laedere*); la fuente de responsabilidad sería, entonces, un hecho que constituye un acto ilícito extracontractual, en atención a que lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes, en el desarrollo de las tratativas (...) Según este punto de vista, la lealtad y la buena fe deben ser consideradas deberes que pesan sobre todos los sujetos. Y se afirma, por otro lado, que sería necesario recurrir a una ficción para identificar una obligación de las partes en el desarrollo de las tratativas, en condición de implicar una responsabilidad *ex contractu* en caso de ser infringida”⁽³³⁾.

Hay que tener en cuenta que, cuando culposa o dolosamente se inflieren a otros perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado o de la nulidad de uno ya perfecto, surge una responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. Esta responsabilidad nunca podrá ser de tipo contractual por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal carácter ha podido producirse: nos encontramos, por lo tanto, ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana derivada del hecho ilícito⁽³⁴⁾.

Se podría decir que la doctrina es mayoritaria en aseverar que la naturaleza de la responsabilidad precontractual, es la extracontractual. “El principal de los argumentos que ha servido para defender esta postura ha sido que no puede haber responsabilidad contractual si no hay contrato. Si durante las negociaciones preliminares las partes no han llegado a ningún acuerdo capaz de vincular y de producir efectos, en el caso de que se produzcan daños el perjudicado puede exigir su reparación por la vía de la responsabilidad extracontractual pero no por la vía de la responsabilidad contractual. En este caso los perjuicios tienen su fundamento en el deber genérico o *erga omnes* de no causar daños a nadie, no existiendo por consiguiente otra alternativa que la de calificar el daño como perjuicio extracontractual”⁽³⁵⁾.

(33) MONATERI, Pier Giuseppe. “La responsabilidad precontractual en el ordenamiento italiano”. En: AA. VV., *Estudios sobre el contrato en general*, selección, traducción y notas de Leysser L. León, 2ª edición, ARA Editores, Lima, 2004, p. 527-528.

(34) COSSÍO, Alfonso De. *Instituciones de Derecho Civil*. I, rev, por Cossío Martínez y León Alonso, Madrid, 1991, pp. 436-437.

(35) VINAIXA MIQUEL, Mónica. “La calificación de la Responsabilidad Precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”. En: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=291368>>.

Sin embargo, hay autores que afirman que la culpa *in contrahendo* constituye un *tertium genus* de responsabilidad, pues para configurar su régimen se tiene en cuenta tanto normas de la responsabilidad contractual como de la responsabilidad extracontractual.

En el sistema jurídico peruano el interés frente a la teoría y praxis de la responsabilidad precontractual es un fenómeno reciente y se generó, casi en exclusiva, por la atención que un sector de la doctrina le dispensó a lo largo de la última década⁽³⁶⁾. Las diversas construcciones coinciden solo en dos aspectos generales: (i) en su intento de dilucidar el rol del artículo 1362 del Código Civil para la resarcibilidad de los daños precontractuales⁽³⁷⁾ y, (ii) la resarcibilidad del denominado interés negativo. En cambio, la discrepancia se manifiesta con respecto de la naturaleza de la responsabilidad, un sector la define en términos aquilianos (por lo que se la construye como el incumplimiento de un deber genérico) y otra en términos contractuales (que erige al deber de buena fe en una obligación o, por otro lado, admite una relación obligatoria sin deber primario de prestación)

Lo cierto es que no podría ser factible en marcar a la responsabilidad precontractual como un supuesto vinculante a la responsabilidad extracontractual, y no sería posible porque la responsabilidad precontractual se encuentra ya en el *iter* contractual, cosa que no ocurre con la responsabilidad precontractual.

Entendamos como *iter* contractual, al camino o recorrido que hacen las partes en la celebración del contrato, de la sola terminología se entiende que si hablamos de extracontractual, quiere decir que esta fuera del *iter* contractual, en cambio lo precontractual hace referencia al umbral de la concretización del contrato por acuerdo de voluntades, es decir,

(36) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “La responsabilidad precontractual en debate: Panorama de la doctrina jurídica nacional”. En: <http://works.bepress.com/renzo_saavedra/36>, p. 7.

(37) LEÓN HILARIO, Leysser. “La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”. En: *Themis. Revista de Derecho*, Segunda época, N° 49, 2005, p. 127 y ss.; y, HARO SEIJAS, José Juan. “¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. En: *Advocatus. Revista de Derecho*. N° 7, 2002, p. 122 y ss.

las partes se encontrarían en las tratativas necesarias para concretar la firma que sellaría el contrato.

Tengamos en cuenta que la responsabilidad precontractual no es de naturaleza contractual ni extracontractual, podríamos decir que es sui generis o hasta de naturaleza múltiple. Recalquemos que lo normado en el artículo 1362 de nuestro Código Civil debe ser entendido como una norma que expresa una de las manifestaciones del deber de no causar daño a nadie, en base de la buena fe que debe imperar durante las tratativas y debe ser claramente observada al momento de celebrar el contrato.

V. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Doctrinariamente los supuestos en los cuales es posible el resarcimiento por responsabilidad precontractual son varios, sin embargo en este trabajo he creído conveniente considerar tres⁽³⁸⁾:

1. La ruptura injustificada de las negociaciones

Se considera que la parte que sin motivo justificado rompe las negociaciones contractuales después de haber hecho confiar a la otra en que podía llegarse a un acuerdo, es responsable de las consecuencias patrimoniales negativas que la ruptura le causa a esta otra parte.

Si durante los tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin que exista un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura⁽³⁹⁾.

Todo gira en torno a la protección de la confianza.

En Italia se encuentra normado este hecho en el artículo 1337 del *Codice Civile*: “Las partes, en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato, se deben comportar de acuerdo con la buena fe” y sobre

(38) GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”. En: *Revista para el análisis del Derecho*. <www.indret.com>.

(39) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Ob. cit., p. 762.

esto la jurisprudencia italiana ha prescrito: Que, partiendo del principio de libertad contractual, los tribunales italianos han reconocido que, para apreciar la violación del mismo, los tratos preliminares dirigidos a la conclusión de un contrato han debido alcanzar un estadio que justifique objetivamente la confianza en la conclusión del contrato, pero no solamente debe estar incluida la confianza sino que también una de las partes haya dejado de contratar con otra persona por las expectativas en la conclusión del posible negocio, asimismo la parte confiada en la conclusión del contrato debió haber realizado desembolso de dinero con el fin de concluir satisfactoriamente las tratativas; no debemos olvidar que la parte que interrumpe la celebración del contrato, es decir, el culpable de la ruptura, debió actuar con dolo y si no fuera así mínimamente debió haber tenido culpa al no poder amparar esta ruptura en la justa causa.

“Una vez que se ha engendrado la confianza, para que la ruptura no dé lugar a responsabilidad es necesario que la ruptura sea justificada, entendiendo que existirá justificación cuando concurra un interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza. Así, constituye causa justa de ruptura de las negociaciones, aunque una de las partes tenga fundada confianza en la conclusión del contrato, el hecho de que reciba una oferta más favorable de un tercero, debiendo notificar dicha oferta a la contraparte en las negociaciones para que decida si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación, pues se debe entender como interés jurídicamente prevalente el de la realización de negocios jurídicos ventajosos. También debe ser justa causa de ruptura una alteración sobrevenida de las condiciones que sirvieron de base a las negociaciones, pues lo contrario será afirmar que hay que realizar contratos gravosos⁽⁴⁰⁾”.

2. La celebración de un contrato que a la postre resulta inválido y cuya invalidez trae causa en la violación de la buena fe precontractual

“El supuesto de responsabilidad precontractual que conduce a la celebración de un contrato inválido como consecuencia de actuaciones precontractuales de una de las partes constituye el núcleo germinal de la

(40) Ibidem, pp. 763 y 764.

figura de la c.i.c. propuesto por R. Von Jhering. Fue reconocido de manera relativamente temprana en la jurisprudencia alemana y, posteriormente, en el artículo 1338 del *Codice Civile* italiano, que es considerado una especificación del supuesto genérico de responsabilidad precontractual contenido en el artículo precedente”⁽⁴¹⁾.

“Desde la perspectiva más clásica, se da particularmente por violación de los deberes de lealtad existentes en este periodo, que pueden derivar en que una de las partes haya dado un consentimiento contractual no íntegro o con desconocimiento de que el contrato no es válido, por ejemplo, por defecto de una forma esencial o incluso de una *conditio iuris*. En el primer caso, los sistemas continentales permiten tradicionalmente al sujeto en cuestión deshacer el vínculo a través de la anulación del contrato por vicios del consentimiento, particularmente el error o el dolo cuando la violación de aquellos deberes por la otra parte puede ser reconducida a estas figuras tal y como son consideradas en cada uno de los sistemas”⁽⁴²⁾.

Cuando estamos frente a un contrato nulo, el contratante de buena fe, es decir, quien desconocía las causales de nulidad que sufría el acto jurídico celebrado, debe ser indemnizado por los daños y perjuicios que le ha producido el haber celebrado un contrato en esas circunstancias, circunstancias que no debían ser desconocidas por la parte contratante, lo cual demostraría una conducta totalmente contraria a la buena fe. Incurrir así en culpa *in contrahendo*.

Dentro de este supuesto de responsabilidad precontractual, en el cual el contrato resulta inválido se enmarca el supuesto que Ihering contemplaba hace muchos años atrás, cuando daba como ejemplo la venta de una cosa *extra commercium* o de una herencia inexistente, esta es la llamada nulidad del contrato por recaer en una prestación imposible, en este supuesto se debe indemnizar a la parte que sufrió el daño provocado por aquella otra parte que conocía de la nulidad en la cual recaería el contrato a celebrar.

(41) GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Ob. cit., p. 46.

(42) Ídem.

3. La celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual

“Se admite la culpa en la conclusión de un contrato en los casos que este es válido si en la celebración del mismo una de las partes ha incumplido especiales deberes de conducta, que son fundamentalmente deberes de información. (...) A la responsabilidad por culpa *in contrahendo* se recurre en los casos en que se ha celebrado un contrato válido y una de las partes ve lesionados sus intereses por el contenido mismo, debiéndose a un comportamiento reprochable, en el periodo precontractual, de la otra”⁽⁴³⁾.

Hay circunstancias donde se llega a celebrar un contrato en el cual no se respetaron ciertos deberes en la fase precontractual pero que este contrato se llega a concretar, sin embargo, al menos en un primer momento, no procede la desvinculación del contrato. La situación puede ser especialmente relevante en casos de violación de deberes de información que conducen a uno de los contratantes a celebrar un contrato en condiciones desventajosas respecto de las que hubiera acordado de contar con la información íntegra y correcta⁽⁴⁴⁾, es decir, de haber contado con la información exacta antes de la celebración del contrato (esto es la llamada simetría de información) este se hubiera celebrado de forma distinta o tal vez nunca hubiera nacido.

¿Cuáles podrían ser los supuestos donde a pesar de haberse celebrado un contrato leonino para una de las partes, dicho contrato no podría anularse en un primer momento? Estos supuestos serían los siguientes:

Las circunstancias del caso no permitan considerar la existencia de un vicio en el consentimiento de la otra parte suficientemente relevante como para dar lugar a la anulación contractual

Existe el vicio, pero la anulación no es posible, como sucede cuando el vicio es descubierto una vez cumplido el contrato y extinguida la relación contractual.

(43) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Ob. cit., p. 774.

(44) GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Ob. cit., p. 50.

Cuando con esa desvinculación se causarían perjuicios a un tercero de buena fe

Se admitiría ante estos supuestos que, como regla general, la parte perjudicada por el contrato que le vincula en condiciones desventajosas como consecuencia de la responsabilidad precontractual de la otra tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios.

Un ejemplo paradigmático de esta situación lo podemos encontrar en el párrafo segundo del artículo 1270 del Código Civil español cuando afirma que el dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios⁽⁴⁵⁾.

En el Derecho Comparado, existen resoluciones judiciales que reconocen el resarcimiento de daños que exceden de tal interés negativo, como la contenida en la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000/6747), en la que se apreció la existencia de una conducta precontractual omisiva por parte del vendedor que suponía, según la decisión citada, dolo incidental, pero que curiosamente fue considerado constitutivo de incumplimiento contractual, de suerte que la indemnización consistió en el valor de las obras necesarias para conseguir la licencia de apertura de cuya inexistencia no había sido informada la parte compradora⁽⁴⁶⁾.

“Por otra parte, más allá de un remedio estrictamente reparatorio, se debe señalar que en algunos ordenamientos como el alemán, en circunstancias en las que no cabe apreciar propiamente un vicio del consentimiento y, por lo tanto, en principio no existiría la posibilidad de anulación contractual, existen precedentes jurisprudenciales que estiman que la parte que por un déficit de información ha celebrado el contrato que a la postre le resulta desventajoso, puede exigir la desvinculación

(45) El dolo incidental no determina la voluntad de la víctima, que igual hubiera celebrado el acto jurídico, pero lo hace en condiciones más perjudiciales. Si hubo dolo incidental, el acto no es anulable, pudiéndose reclamar daños y perjuicios.

(46) También en el Derecho alemán se dan casos en los que se reconoce el interés positivo, PALANDT (2009, p. 480). En la doctrina y jurisprudencia italianas se estima que una vez celebrado el contrato no será resarcible el interés contractual negativo, sino que se deberá acudir a las reglas generales de resarcimiento del daño, según señala GALGANO (2004, p. 635). Cita hecha por GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”. En: *Revista para el análisis del Derecho*. <www.indret.com>.

contractual precisamente a título indemnizatorio. Así también la jurisprudencia más reciente señala y reconoce la posibilidad de poder reclamar la modificación contractual⁽⁴⁷⁾.

La responsabilidad civil hoy, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas y la responsabilidad precontractual no es ajena a tal fin: El resarcimiento. Es lo que se ha llamado el principio *pro dammato* o la idea de que por regla todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño⁽⁴⁸⁾. Siempre y cuando el daño sea posible de cuantificación podremos hablar de un resarcimiento, el cual de entre todos los fines que se exponen, este debe ser tomado como el fin primordial de la responsabilidad civil.

CONCLUSIONES

En la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe como principio o deber primordial.

La responsabilidad precontractual no es de naturaleza contractual, mucho menos es de naturaleza extracontractual por encontrarse la responsabilidad precontractual en el *iter* contractual.

Es la buena fe el principio imperante en la celebración del contrato, por ende debe estar presente tanto en la fase precontractual, como en el momento mismo de la celebración del contrato.

La responsabilidad precontractual procede cuando el contrato no se ha celebrado, cuando el contrato es inválido y hasta cuando estamos frente a un contrato válido en su celebración pero las partes han vulnerado ciertos deberes de conducta en la etapa precontractual.

(47) GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Ob. cit., p. 52.

(48) Díez-Picazo, Luis. "La responsabilidad civil hoy". En: *ADC*. 1979, p. 735 yss.

La “excepción de incumplimiento” y la llamada “excepción de caducidad del plazo” como instrumentos de autotutela contractual

Oreste Gherson ROCA MENDOZA^(*)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La noción de contrato con atribuciones correspectivas como presupuesto de los remedios contractuales sinalagmáticos

Resulta pertinente desarrollar la noción del contrato con atribuciones correspectivas que se necesita precisar en la medida que permite delimitar el ámbito de aplicación de los remedios contractuales.

Es pertinente empezar diciendo que el vínculo sinalagmático entre las atribuciones (no debe entenderse solo a las prestaciones, porque estas, en los contratos con efectos no obligaciones, no se presentan, por lo que se debe tomar en cuenta son las ventajas patrimoniales obtenidas por la realización del programa contractual. Por tanto la expresión

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Maestría en Derecho Civil en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Miembro de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

correcta es aquella de contrato con atribuciones correspectivas, que se caracteriza por el equilibrio existente entre estas por su función de intercambio y al fallar ello, se produce la frustración de los programas, y detrás de ello, los intereses de las partes. Es por ello que se señala que la eliminación de los efectos contractuales viene justificada en el hecho de que aun cuando el programa contractual refleje en abstracto los intereses de los sujetos intervinientes, materialmente no resulta realizable por el cambio de las condiciones de hecho en relación con las cuales el contrato había sido concordado.) de los contratantes se da desde la celebración del contrato y se mantiene durante la ejecución del contrato mismo permaneciendo estrechamente interdependientes las dos prestaciones o atribuciones, pero se debe señalar que la correspectividad no es un presupuesto suficiente para la aplicación de los remedios contractuales, pero sin duda constituye un presupuesto necesario.

De esa manera, puesto que en los “contratos sinalagmáticos cada una de las partes se vincula a una determinada prestación [atribución] a favor de la otra a condición que la otras se vincule a su vez a efectuar otra determinada prestación [atribución], se comprende como ninguna de las partes pueda ser obligada a cumplir si la otra o uno de los otros, a su vez no cumpla, y como la parte que está pronta a cumplir o a mayor razón que tenga ya cumplido cuando en lugar a la otra no es pronta a cumplir, además al derecho de obrar por la ejecución del contrato, tenga el derecho de obtener su disolución.”⁽¹⁾

Desde el punto de vista de la clasificación de los contratos, se puede advertir claramente que los contratos bilaterales no son lo mismo que los contratos con atribuciones correspectivas, ya que el primero hace referencia la pluralidad de partes que es una constante en todos los contratos, mientras que el sinalagma (término clásico para referirse también a los contratos con atribuciones correspectivas) está presente en algunos contratos, aunque en ambos tienen como elemento común el incumplimiento.

Para que se tenga la figura del contrato con atribuciones correspectivas son necesarios tres requisitos⁽²⁾:

(1) VERDERA SERVER, Rafael. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Cedam, Padua, 1994, p. 11.

(2) *Ibidem*. pp. 23-24.

- a) Que se tengan atribuciones patrimoniales de parte de ambos contratantes.
- b) Que tales atribuciones tengan por fuente directa e inmediata el contrato.
- c) Que tales atribuciones y pues los enriquecimientos que se consiguen, sean en relación recíproca de corresponsabilidad.

Dicha corresponsabilidad debe ser entendida como señal de una relación entre atribuciones más estrecha que la simple coexistencia recíproca⁽³⁾, existiendo una conexión de interdependencia.

Se hace referencia también en este punto, la clásica distinción entre sinalagma genético y funcional, siendo el primero que se presenta en la formación del vínculo mientras que el segundo en la vía de relación originadas en el contrato, yendo ambos de la mano, ya que si solo se tuviera en cuenta solo el sinalagma genético, las dos atribuciones que surgen del contrato harían vida independiente respecto a las vicisitudes que tocan a la otra.

Por otro lado, se debe señalar que el concepto de contrato con atribuciones corresponsables “le es extraño el concepto de equivalencia (subjetiva o tendencial) entre ventajas y sacrificios. Se debe pues excluir de la noción de corresponsabilidad cualquier referencia a la equivalencia, a la proporcionalidad, a la adecuación de las prestaciones, en cuanto extrañas al problema”⁽⁴⁾. Así la inicial desproporción objetiva entre las atribuciones, a menos que no sea de tal para motivar la reprobación del ordenamiento, no provoca, para la otra parte, reacciones del mismo, salvo que no asuma dimensiones así elevadas⁽⁵⁾.

Otro tema importante es diferenciar los contratos corresponsables con los onerosos, ya que si bien los primeros son onerosos, no es así al revés, porque onerosos pueden ser también algunos contratos bilaterales

(3) En tal sentido, TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 33ª edizione aggiornata. Cedam, Padova, 1992, p. 633.

(4) VERDERA SERVER, Rafael. Ob. cit. p. 28.

(5) En tal sentido, CATAUDELLA, Antonino. *I contratti. Parte Generale*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 167.

y unilaterales, teniendo como una de las diferencias en que la corresponsividad postula la existencia exclusiva de una coligación funcional entre dos atribuciones, en la cual una tiene justificación en la otra y que resulta fundamental para la aplicación de los remedios sinalagmáticos, mientras que la clasificación onerosidad/gratuidad es decisiva para establecer la medida en la cual la ley tutela al tercero.

2. Remedios contractuales sinalagmáticos

Por lo general la relación contractual se extingue mediante el cumplimiento que importa su ejecución, realizada por el deudor de manera acorde con el programa contractual establecido con el acreedor, no obstante, puede ocurrir (y muchas veces ocurre) que el deudor no ejecute su prestación, o la ejecute de manera inexacta, conllevando a una insatisfacción del derecho de crédito (se genera una lesión positiva del crédito).

Para proteger al acreedor frente al incumplimiento o el posible incumplimiento objetivamente acaecible entra en juego los remedios contractuales, que estando ante contrato con atribuciones corresponsivas, estamos ante remedios contractuales sinalagmáticos, que puede requerir la intervención jurisdiccional para su ejercicio o solo el actuar de la parte que se perjudica.

En efecto, si el derecho de crédito o una situación jurídica de ventaja dentro de un programa contractual, está en peligro que se lesione efectivamente, el ordenamiento jurídico otorga a los titulares de ese derecho tuteladas jurídicas que conceptualmente son denominadas “derechos potestativos sustanciales”⁽⁶⁾. Conocidos también como remedios jurídicos son herramientas a disposición del lesionado, para “remediar” la situación ocasionada por el incumplimiento o evitar el mismo para hacer frente al desequilibrio económico de las atribuciones, determinado en época sucesiva a la celebración del contrato, esto es, en el curso de su ejecución.

Resulta pertinente indicar que “la palabra (de *re medeor*) es expresiva por la alusión metafórica a la medicina, el remedio tiende realmente

(6) PROTO PISANI, Andrea. *Le Tutele Guirisdizionali dei Diritti*. Jovene Editore, Napoli, 2003, p. 207.

a curar el vicio del acto que determina su irregularidad o ineficacia, o cuando menos a eliminar la inseguridad causada por el estado de pendencia que se deriva a menudo del vicio”⁽⁷⁾.

Aunque “el concepto de remedio es todavía muy vago en la doctrina civilística, incluso eso es susceptible de ser entendido según una multiplicidad de significados”⁽⁸⁾. Proviene de una influencia del Common Law: *Remedy*, que aun en dicho sistema no es explicado de manera clara y unívoca. No obstante, “se puede decir que cual sea el ordenamiento jurídico vale el brocardo según el cual cuando hay un derecho, hay también un remedio, y que solo si hay un remedio, entonces un derecho existe (*ubi ius ibi remedium, ubi remedium ibi ius*)”⁽⁹⁾.

La doctrina reconoce dos tipos de remedios contractuales: generales y específicos. Los generales son aquellos que tutela contra la violación de cualquier situación de ventaja activa sin importar su fuente (pretensión de cumplimiento y resarcimiento de daños).

En el caso de incumplimiento de la obligación o en general de un programa contractual (debido a que “el contrato es un programa donde se regulan intereses de los particulares con el único fin de su satisfacción, a esta finalidad se encamina sus efectos”⁽¹⁰⁾), a la parte perjudicada le surgen facultades jurídicas alternativas⁽¹¹⁾ para lograr satisfacer

(7) CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Ara Editores, Lima, 2006, p. 401.

(8) SIRENA, Pietro y ADAR, Yehuda. “La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo”. En: *Rivista di Diritto Civile*. N° 3. Anno LVII, Maggio – Giugno, Cedam, Padova, 2012, p. 367.

(9) *Ibidem*, p. 368.

(10) Por ello se señala que no solo se aplica a contratos con efectos meramente obligatorios, ya que sería tener una visión parcial del fenómeno; sino que teniendo incidencia en el aspecto funcional del contrato nos daremos cuenta que al producirse diversos efectos jurídicos patrimoniales surgidos del contrato, el incumplimiento y en consecuencia la resolución como otros mecanismos se presentara en cualquiera de estos efectos por provenir de un contrato. (Ver al respecto, ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. “Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas”. En: *Revista JUS. Doctrina & Práctica*. N° 09. Grijley, Lima, setiembre, 2007, pp. 209-218. TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. En: *I Contratti in Generale*. A cura di Enrico Gabrielli. Tomo II, UTET, Torino, 1999, p. 1479 y ss.).

(11) Conforme lo señalan: BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; y BUSNELLI, Francesco. “Los Hechos Jurídicos”. En: *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I, Volumen 2, Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra colectiva *Diritto Civile*. 1987. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de

interés puestos en la realización de dichos negocios jurídicos. Es decir, tiene remedios opcionales entre el ejercer la facultad de la ejecución forzada y ejercer la facultad de resolver el contrato y, en uno u otro caso, ejercer la tutela resarcitoria (1428 del CC), estos son remedios que tutelan la parte contractual en los contratos con atribuciones correspondientes, donde la incidencia del sinalagma funcional significa la aplicación de un régimen específico.

Estos llamados remedios sinalagmáticos son aquellos que “se conducen a la idea del sinalagma o sea de la correspondencia entre las prestaciones [atribuciones] de los contratantes. Tales remedios entienden propio a tutelar el sinalagma. Aquellos se realizan induciendo al contratante a cumplir, a través de la amenaza de cualquier consecuencia negativa (...).

Se trata de remedios estructuralmente diversos, pero el común denominador parece ser aquello de mirar, sea directa o indirectamente, a obtener la (correcta) ejecución del contrato”⁽¹²⁾.

Pero no todo es claro y oscuro en los remedios ya que también encontramos frente a un posible incumplimiento de la contraparte la excepción de incumplimiento y la excepción de caducidad del plazo que son remedios excepcionales.

3. El incumplimiento⁽¹³⁾

No se puede dejar de analizar dentro de las consideraciones generales del presente trabajo la noción de incumplimiento considerado, latamente, como falta de fidelidad a lo establecido en el programa contractual,

Colombia, Bogotá, 1995, pp. 1074-1075. ROPPO, Vincenzo. “*Il contratto*”. En: *Tratato di Diritto Privato*. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Dott. A Giuffrè, Milano, 2001, pp. 953-957. MORALES HERVÍAS, Rómulo. “Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 5, N° 33. Editorial Normas Legales, Trujillo, 2003, pp. 59-64.

(12) DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 155.

(13) Hay que anotar que el sistema del *Common Law* ha creado la teoría del incumplimiento eficiente partiendo de que no es deseable que todos los contratos se cumplan, puesto que algunos devienen en ineficientes entre la celebración del mismo y el efectivo incumplimiento, en ese caso plantean, es mejor incumplir. Este tema ha sido desarrollado en

es una alteración manifestada en el rompimiento sobrevenido de dicho equilibrio⁽¹⁴⁾ (y no solo limitado al incumplimiento obligacional). Dicha falta es independiente de toda pérdida patrimonial, subsiguiente y ulterior de la contraparte que puede generar el derecho a un resarcimiento por responsabilidad por inexecución de obligaciones.

En este contexto, la parte fiel al programa contractual podrá, ante el incumplimiento de la otra, solicitar, los remedios contractuales específicos por ejemplo la resolución del contrato y pedir la restitución de lo egresado de su patrimonio en virtud del contrato, siempre, claro está, que la otra parte haya ejecutado lo que le corresponde. “Este es el efecto sustancial de toda modalidad de resolución por incumplimiento”⁽¹⁵⁾.

En el sistema jurídico italiano, el incumplimiento no debe ser de escasa importancia. Para saber cuándo un incumplimiento presenta la gravedad suficiente para justificar la aplicación de un remedio, se revela imprescindible la determinación de la relación de la patología que compromete la realización del programa con la concreta finalidad del contrato⁽¹⁶⁾. El juez la debe realizar según un punto de vista objetivo (si el incumplimiento es de tal intensidad que la economía del contrato se ve perjudicada) y subjetivo (si existe en quien solicite el remedio motivos

sede nacional por: BULLARD GONZALES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada y pago de daños”. En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. 1ª edición, Ara Editores, Lima, 1996, p. 167 y ss. Posición criticada por MÉNDEZ REÁTEGUI, Rubén. “Reflexiones en torno al incumplimiento contractual, un aporte desde el análisis económico del Derecho”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 113; Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2008, pp. 105-111. También: SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible? En: *Themis*. N° 58, PUCP, Lima, 2010, pp. 247-276, así como: “Inducción al incumplimiento contractual, represión de la competencia desleal e incumplimiento eficiente”. En: *Ius et Veritas*. N° 44, PUCP, Lima, Julio, 2012, pp. 42-56. Y respecto a una crítica global sobre el análisis económico del derecho se recomienda: MATTEI, Ugo. “El ascenso y la caída del análisis económico del derecho: Un ensayo para el juez Guido Calabresi”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 100, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2009, pp. 305-328.

(14) *Ibidem*, p. 5.

(15) FORNO FLÓREZ, Hugo. “El plazo esencial y la tutela resarcitoria”. En: *Estudios sobre el Contrato en General, por los sesenta años del Código Civil Italiano*. 2ª edición, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 971-972.

(16) CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “La resolución judicial por incumplimiento del contrato y los remedios involucrados en el artículo 1428 del Código Civil”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 87, Año 11, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2005, p. 80.

apreciables para recurrir a este instituto). Así, el retardo no siempre será causa de un remedio: un retardo muy mínimo constituirá un incumplimiento de escasa importancia.

Algunos plantean que la imputabilidad es también un requisito, pero se debe anotar que un remedio por ejemplo la resolución no constituye una consecuencia de la conducta de la parte que ha incumplido, sino del hecho “incumplimiento”, porque es este último el que incide sobre el interés de la parte en la ejecución del contrato⁽¹⁷⁾. Además es claro que los criterios de dolo o culpa del deudor corresponde al campo de la esfera de la responsabilidad civil que están en función del análisis de un comportamiento y no giran en torno a la restitución del equilibrio de la operación económica (“como esquema unificador de la íntegra organización de intereses diseñada por la autonomía privada, penetra en el interior de las causas singulares que componen la coligación negocial, calificándolas en concreto, con prescindencia de la causa típica de los esquemas negociales singulares”⁽¹⁸⁾) ni mucho menos en la liberación del vínculo contractual, ergo la imputabilidad no juega ningún papel en la resolución.

La gravedad, entonces, no es parte de la estructura del incumplimiento. Ello explica por qué el incumplimiento de escasa importancia es también incumplimiento, sin embargo no se posee el remedio, pero sirve para el resarcimiento de los daños que pudieran derivar de él.

No obstante, en nuestro sistema jurídico no tenemos alguna norma en los preceptos generales que sujete los remedios a incumplimientos de importante relevancia, por lo que en nuestro país se puede invocar remedios contractuales como la resolución, por ejemplo, con incumplimientos de escasa importancia (invocando el artículo 1428 que establece que “en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar

(17) VERDERA SERVER, Rafael. Ob. cit., p. 47; DI MAJO, Adolfo. Ob. cit., pp. 1-5; ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. Ob. cit., p. 217. En posición contraria encontramos a BELFIORE, Ángelo. Voz: “Risoluzione per Inadempimento”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol XL. Giuffrè Editore, Milano, p. 1316 y ss; CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto. Itinerari normative e riscontri giurisprudenziali*. Ristampa Aggiornata. Cedam, Padua, 1996, p. 471; TAMPONI, Michele. Ob. cit., p. 1486.

(18) GABRIELLI, Enrico. “La operación económica en la teoría del contrato”. En: *Ius et Veritas*. N° 44, PUCP, Lima, julio, 2012, p. 29.

el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios”), salvo en normas especiales que lo establecen como requisito.

Por ejemplo, en el contrato de suministro se establece en el artículo 1620 que: “Cuando alguna de las partes incumple las prestaciones singulares a que está obligada, la otra puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos”. En la cual “los problemas que genera el suministrado a nivel de sinalagma funcional permanecerán en este nivel, a menos que resulten ser de tan entidad que permitan cuestionar la confianza generada en el suministrante, trascendiendo de este modo al plano del sinalagma genético”⁽¹⁹⁾.

De igual modo tenemos en el contrato de arrendamiento las siguientes normas:

“Artículo 1697°.- El contrato de arrendamiento puede resolverse:

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

“Artículo 1698°.- La resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días”.

Aquí se aprecia una limitación al derecho de ejercitar el remedio de pedir la resolución del contrato, estableciendo en forma de excepción una protección al deudor, requiriendo un incumplimiento de una importancia que lo determinada las normas citadas, siendo la última de carácter imperativo no procediendo pacto en contrario⁽²⁰⁾.

(19) REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. “Comentario al artículo 1620”. En: *Código Civil comentado*. Tomo VIII, 2ª edición, Contratos nominados (primera parte). Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 389.

(20) En tal sentido, BIGIO CHREM, Jack. “Comentario al artículo 1698”. En: *Código Civil comentado*. Tomo VIII, 2ª edición, Contratos nominados (primera parte). Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 550.

“Cuando las prestaciones deben ser realizados, como se suele decir, **mano contra mano**, cada uno de los contratantes puede pretender que el otro, mientras pide el cumplimiento al otro, ofrece también el propio”⁽²¹⁾.

En mi opinión, la simultaneidad no debe ser entendida de manera extrema, en que al mismo segundo deba entregarse la prestación y la contraprestación (ello puede darse lo más cercano posible cuando estamos ante una prestación de dar un bien mueble y un precio), ya que puede conllevar a que ambos aleguen la excepción de incumplimiento y no se entreguen nada. Además, la idea de la figura también se da en las prestaciones de hacer y no hacer, por lo que “simultáneo” debe entenderse como “inmediato”, esto es, que la segunda prestación deba cumplirse inmediatamente a la ejecución de la primera, bajo el orden establecido por las partes o por usos y costumbres.

“La excepción puede ser opuesta para paralizar una demanda de resolución. A pesar de la terminología usada por el legislador no hay duda de hecho que la excepción pueda ser judicial y extrajudicial, como en el caso de la intimación a cumplir o de declaración de quererse avalar de la cláusula resolutoria expresa o bien de constitución en mora”⁽²²⁾.

II. EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO (*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS O EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS*)

1. Definición y función

Equivale a la expresión en castellano la expresión latina *exceptio non adimpleti contractus* “a excepción de contrato no cumplido”, que es la que inspira lo regulado en el artículo 1426 del Código Civil cuando establece que: “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 contraprestación o se garantice su cumplimiento”.

(21) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 958-959.

(22) *Ibidem*, p. 959.

Dicha simultaneidad es consecuencia del sinalagma y cuando las partes no han establecido una diferencia en el tiempo para la ejecución de sus prestaciones, por ejemplo en la compraventa, en su artículo 1552 del Código Civil se establece que: “El bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto”. Entonces si no hay simultaneidad no se aplica dicha excepción sino la excepción por el riesgo de incumplimiento regulada por nosotros como la excepción de caducidad del plazo.

Cuando hablamos de excepción en la presente figura nos referimos a una excepción sustancial “fundada en el presupuesto de la existencia de un contracrédito a favor del mandado, cuyo incumplimiento por el actor es afirmado, ella neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero no lo extingue, de tal modo que este, una vez cumplido, readquiere el poder de exigir del demandado la prestación debida por este”⁽²³⁾.

“Este medio de defensa tiene un sentido y una finalidad práctica: hacer que el actor cumpla a su vez con la obligación que le corresponde en la relación sinalagmática. Se ha visto por ello en el instituto un poderoso medio de defensa, que sin resolver la relación contractual, la suspende, hasta tanto recobre su equilibrio la simultaneidad de las prestaciones debidas por ambas partes contratantes”⁽²⁴⁾.

Se encuentra regulado en el Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) en el párrafo 320 (“Aquel que está obligado, en base a un contrato de prestaciones correspectivas, puede negarse a cumplir su obligación si es que no se ha ejecutado la contraprestación, pero no en el caso en que estuviese obligado a ejecutar su prestación primero. Si la prestación debe ser ejecutada frente a varios puede ser negada a cada uno de ellos la parte que les corresponda, hasta que obtenga la contraprestación total”), que evitaba por sí sola la mora del deudor, mas no así en el Código Civil francés, aunque luego fue aplicado por obra de Saleilles, inspirado en la tradición antigua de derecho canónico y en la teoría

(23) Según lo indicado por: MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 433.

(24) V. SILVA, Armando. “Comentario a la exceptio non adimpleti contractus”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XI, Driskill, Buenos Aires, 1979, p. 412.

de la *exceptio* tal como se desarrolló en Alemania, siendo seguido por otros autores franceses.

Respecto al Código Civil italiano se encuentra regulado en el artículo 1460: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cada uno de los contratantes podrá rehusarse a cumplir su obligación si el otro no cumpliera u ofreciera cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubiesen establecido o que la naturaleza del contrato resultasen términos diferentes para el cumplimiento. Sin embargo, no podrá rehusarse la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuese contraria a la buena fe”, el cual es considerado como un eficaz medio de autotutela⁽²⁵⁾.

“Aquí debe anotarse que el titular del derecho potestativo de suspensión tiene doble posición jurídica en el sentido que es deudor y acreedor a la vez”⁽²⁶⁾.

La doctrina mayoritaria es de la posición que dicho remedio genera una eficaz coacción psicológica indirecta constriñendo a la parte incumpliente la cual quiere conseguir la contraprestación y efectuar la propia, también desenvuelve una función preparatoria a la resolución por incumplimiento⁽²⁷⁾, pero no es instrumental respecto a dicha resolución, por lo que no es ni siquiera respecto a otros remedios contra el incumplimiento⁽²⁸⁾.

2. Presupuestos y características

“El ordenamiento, luego de haber tomado nota de que la contraparte no cumple y no ofrece cumplir contemporáneamente la prestación a que está obligada, considera ese hecho objetivo como un presupuesto idóneo para determinar el nacimiento del derecho a rehusar la ejecución de

(25) 117) RESCIGNO, Pietro. *Manuale di Diritto Privato*. Manuale del Diritto Privato. Undecima Edizione, Terza Ristampa. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997, p. 718.

(26) MORALES HERVIAS, Rómulo. “Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 5, N° 33, Normas Legales, Trujillo, 2003, p. 63.

(27) En tal sentido, REALMONTE, Francesco. Voce: “Eccezione di inadempimento”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIV, Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 239.

(28) En tal sentido, BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo V: La Responsabilità. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 346.

la contraprestación. En efecto y como es evidente, en principio, ese es el interés que se tiene presente al ofrecer una tutela prevaleciente; tanto más si la negativa a ejecutar la contraprestación permite salvaguardar el nexo que, ligando entre sí las prestaciones, al mismo tiempo es su sustento recíproco o, si se prefiere, “la causa específica” justificativa. En tratándose de valoración abstracta del supuesto de hecho, incluso un incumplimiento no imputable o un incumplimiento de escasa gravedad pueden dar lugar eficazmente a la excepción de incumplimiento”⁽²⁹⁾.

No obstante, nuestro ordenamiento –a diferencia del Código Civil italiano que nos sirvió de importación– no enmarca dicha excepción de incumplimiento en reglas de buena fe e importancia de incumplimiento.

Al respecto, se puede indicar que si bien no tenemos un artículo como el italiano que supedita los remedios contractuales ante un incumplimiento de relevancia, en el presente caso, el remedio de excepción de incumplimiento debe tener en cuenta el artículo 1362 del Código Civil que señala que: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”⁽³⁰⁾ entendiéndola en clave objetiva.

(29) BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I, Volumen 2, Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra colectiva *Diritto Civile*. 1987. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 1086.

(30) Negociar el contrato de buena fe supone no intentar engañar a la contraparte (que actúa racional y razonablemente). Por este motivo, las partes no están obligadas a dar espontáneamente toda la información una a la otra, sino establecer un nivel de comunicación que permite entenderse mutuamente y que no esconda una actitud maliciosa (y no puramente egoísta pero lícito). (No esperes precio justo, pero sí información correcta, o no haya silencio sobre negociaciones paralelas). En ese sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen de buena fe, por lo cual se le llama “buena fe creencia”.

Celebrar el contrato de buena fe supone que se adopten las formalidades necesarias para que el contrato no sea posteriormente impugnado y también que exista en cada parte una verdadera intención de cumplir con las obligaciones a que se compromete.

Ejecutar o cumplir el contrato de buena fe se refiere a la cooperación de una parte con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables.

Las primera y última tienen diferencia de grado, la presencia de la autonomía privada es menos estricta en la primera que en la segunda. También de naturaleza, en la primera no tiene la parte tomar en consideración el interés de la otra parte como si debe hacerlo en la segunda. Por último son distintos en sus efectos, la mala fe en la ejecución puede llevar a la ineficacia del contrato, mientras que en la no se podría exigir la celebración del contrato y solo procederá la indemnización de daños y perjuicios vía responsabilidad precontractual. En tal sentido, la buena fe se presenta como la expresión de una conducta supuestamente

Como se aprecia de lo indicado se requiere un contrato de atribuciones correspectivas, existencia de una falta de cumplimiento de ambas obligaciones y su ejercicio no puede oponerse a la buena fe⁽³¹⁾.

“La excepción no libera a la parte excipiente de su obligación ni hace inexigible su prestación”⁽³²⁾. Por lo que la parte que se vale de la excepción de incumplimiento se rehúsa de seguir una prestación actualmente debida y exigible, poniéndose por tanto una situación de incumplimiento pero justificado imputable al acreedor siendo por ello una reacción legítima al comportamiento de este⁽³³⁾.

3. Diferencias con el derecho de retención

La doctrina extranjera asimila o tiende a asimilar la excepción al derecho de retención, en particular la doctrina francesa por no aplicar la figura directamente, extendiendo por ello el ámbito de aplicación del derecho de retención, mientras que en la doctrina alemana se considera que el deudor tiene un derecho de retención especial.

Para establecer diferencias se requiere definir qué es el derecho de retención para lo cual se puede señalar que parte de la idea que quien posea o detenta un bien ajeno con la obligación de devolverla a su titular puede retener el bien hasta que no se satisfaga el crédito que tiene a su favor por razón del bien mismo, quedando suspendida la obligación de devolución del bien ajeno, siendo por tanto una defensa extraordinaria y excepcional del crédito, y por tanto no se puede aplicar por analogía a otros supuestos que podrían ser similares. “Se trata de una garantía muy especial, pues a diferencia de las más conocidas y usadas como son la prenda [hoy garantía mobiliaria] y la hipoteca, la retención no conduce a la ejecución del bien (venta) como medio para cobrarse la obligación garantizada, sino que se realiza y se agota en el acto de retener, que no

ideal del sujeto, que lo debe orientar a decidir ciertas cosas y rechazar otras, un ideal que permite cuestionar la voluntad de las partes aduciendo que esa decisión común no es justa, aunque creyeron las partes que era lo que les convenía al momento de llegar al acuerdo.

(31) MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 275.

(32) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 339.

(33) Ibidem, p. 341.

es otra cosa que negar la entrega del bien frente a su titular y deudor de un crédito exigible⁽³⁴⁾.

Aunque la excepción de incumplimiento hay una suspensión de la ejecución para que otro cumpla, no puede decirse que se está “reteniendo” la prestación, para decir que estamos ante un supuesto especial de retención, ya que ello solo se aplica cuando posees un bien material ajeno, y que debes devolver; mientras que en la excepción por incumplimiento tú no debes un bien, sino suspendes una conducta que obviamente es tuya y no es ajena, y que no la retienes sino que aún no la realizas y que no se origina ese derecho por haber realizado gastos (sobre el bien como ocurre en el derecho de retención), sino como efecto de la simultaneidad de cumplir en base al contrato sinalagmático celebrado, que dicho sea no existe en los ámbitos de aplicación del derecho de retención (no requiere la existencia de un negocio jurídico preexistente ligado al bien y al crédito exigido)⁽³⁵⁾. Además que mientras que la excepción es divisible, el derecho de retención es indivisible. El artículo 1125 del Código Civil señala que “el derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos⁽³⁶⁾”.

Incluso un sector francés importante desde mitad del siglo XX advierte esta confusión e indica que ambas instituciones no se superponen ya que “la *exceptio non adimpleti contractus* no se aplica sino en los contratos sinalagmáticos (perfectos e imperfectos); mientras que el derecho de retención no es inherente a la materia de los contratos. A la inversa, el derecho de retención supone una obligación de entregar, en tanto que la excepción se aplica sea cual sea la obligación que el demandado se niegue a cumplir incluso en los contratos sinalagmáticos

(34) MEJORADA CHAUCA, Martín. “Retención civil: apremio legítimo contra el deudor”. En: *Ius et Veritas*. N° 30. PUCP, Lima, 2005, p. 145.

(35) Se ha hecho referencia de la retención impropia cuando las partes están vinculadas por un negocio jurídico preexisten haciéndose referencia a la *exceptio adimpleti contractus*. En: BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo. “Derecho de retención”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 429, Año XXXVI, Madrid, 1952, p. 1028.

(36) Ello es así desde el Código Civil de 1936. Ver: ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Tomo II, 2ª edición, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1957, p. 502.

que crean la obligación de entregar en que ambos, la excepción y el derecho de retención constituyen medios de defensa a favor del deudor de esa obligación cada uno permanece distinto, por eso a veces, la excepción subsiste aun cuando el derecho de retención se encuentra descartado por razones de orden público. He aquí un ejemplo: según el uso del foro, el abogado que no haya percibido sus honorarios, tiene el derecho de negarse a alegar (*exceptio non adimpleti contractus*), pero no a retener los documentos de autos (derecho de retención)⁽³⁷⁾.

4. La *exceptio non rite adimpleti contractus*

“Es una variante de la excepción de incumplimiento y no ha sido expresamente legislada en la mayoría de los Códigos, porque queda comprendida en la regla general y solo se distingue en el régimen de la prueba, cuyo principio general se invierte”⁽³⁸⁾.

Se presenta cuando ha habido una ejecución de la prestación pero esta es tardía, defectuosa o incompleta, lo que conlleva a la otra parte a no ejecutar su contraprestación frente a la demanda “incumplimiento” de la otra, hasta que ejecute una prestación acorde al programa contractual celebrado, lo que implica necesariamente que la carga de la prueba le corresponde al demandado de probar la inexactitud del cumplimiento.

Dicha figura puede desprenderse de nuestro articulado sobre la excepción de incumplimiento ya que resulta ser una variante donde solo se modifica el régimen de la carga de la prueba, no obstante podemos encontrar algunos ejemplos concretos, por ejemplo en los contratos de obra, así tenemos el artículo 1783 del Código Civil que señala que: “El comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño”.

De ello se puede deducir que se puede presentar el caso de una ejecución de la obra, en la cual se entiende “cumplida” al aceptarse el

(37) MAZEAUD, Henri, León y Jean. “Justo título”. En: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte 2, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1960, pp. 155-156.

(38) V. SILVA, Armando. Ob. cit. p. 413.

resultado y que nacería la exigencia de la contraprestación, pero se advierten posteriormente vicios en la misma, que conlleva a que el comitente se niegue a cumplir por una inejecución inexacta, teniendo el derecho –en un primer momento– a suspender de prestación y que una vez acreditado los vicios pueda disminuir su contraprestación proporcionalmente si fuera lo que hubiera decidido.

A nivel de comparación jurídica lo tenemos regulado en el Código Civil alemán en su apartado 2º del parágrafo 320: “Cuando una de las partes hubiese ejecutado su prestación de manera parcial la contraprestación no puede ser negada en la medida en la cual, según las circunstancias y en particular en razón de la proporcionalidad debida, tal hecho contrastaría con la buena fe”, por la cual la excepción “está también justificada en principio cuando la otra parte no haya cumplido su prestación completamente o la haya hecho en forma defectuosa”⁽³⁹⁾.

III. EXCEPCIÓN DE PELIGRO DE INCUMPLIMIENTO O ¿EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEL PLAZO?

Cuando se han fijado términos diversos para el cumplimiento, el contratante que debe cumplir primero puede exigir inmediatamente la contraprestación, si se verifican hechos tales de hacer temer que esta no será realizado, llamada decadencia del beneficio del término y si la contraparte no cumple, le podrá oponer la excepción de incumplimiento⁽⁴⁰⁾. Considerado como un medio de tutela preventiva del crédito, partiendo de la idea de la insolvencia sobreviniente en la fase intermedia entre el surgir de la relación obligatoria y el vencimiento del término pactado para el cumplimiento, considera la insolvencia como la imposibilidad de hacer frente a todos sus obligaciones⁽⁴¹⁾.

En el sistema italiano se encuentra regulado en el artículo 1461, conforme a la cual “cualquier de los contratantes puede suspender la

(39) LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I, Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 272.

(40) Conforme, TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Dodicesima Edizione, Giuffré Editore, Milano, 1998, p. 281.

(41) GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato*. Con tavole di comparazione giuridica. Seconda Edizione. Cedam, Padova, 2002, p. 363.

ejecución de la prestación propia si las condiciones patrimoniales del otro se han vuelto tales que ponen en peligro evidente la obtención de la contraprestación, a menos que este preste una garantía idónea” que se consolida en la “incapacidad de satisfacer las propias obligaciones a su vencimiento y con medios normales obtenidos del ejercicio normal de la propia actividad”⁽⁴²⁾.

Cabe tener en cuenta que los italianos diferencian este remedio del regulado en el artículo 1186, que es la llamada “caducidad” para el deudor del beneficio del término, o sea en la facultad para el acreedor de exigir la prestación inmediatamente, sin tener que esperar, como es la regla, el vencimiento del término, que se da en tipo de obligaciones con plazo, mientras que la excepción de peligro de cumplimiento se enmarca dentro de los remedios sinalagmáticos.

Como se aprecia tiene su correlato en nuestro Código Civil en términos y contenido respecto a los dos remedios italianos señalados, conforme el artículo 1427 del Código Civil que señala: “Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”.

Asimismo, dicho remedio tiene más afinidad a la “excepción de peligro de cumplimiento” en la cual otorga a la parte perjudicada la facultad de suspender su prestación, que en la “caducidad del término” que otorga la facultad de exigir la prestación dejando de lado el plazo convenido, además que el primero permite dar garantía idónea dada la precariedad de la situación que viene a ser compensada automáticamente por esa prestación, aunque a ambas le conceden importancia al cambio de las condiciones patrimoniales del deudor.

Para que opere la excepción indicada es preciso que posterior a la celebración del contrato una de las partes haya sufrido un detrimento

(42) BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. Ob. cit., p. 1088.

patrimonial que conlleve a que no pueda cumplir con su contraprestación al momento que le sea exigible su ejecución.

Al respecto, se ha indicado en sede nacional que “el impedimento para incumplir la prestación basado en la disminución del patrimonio no ha sido ni podía ser cuantificado por el Código. Se trata, en suma, de una cuestión de hecho que tendrá que ser resuelta por el juez que conozca la causa. Si bien es verdad, por otro lado, que el desmejoramiento de fortuna ordinariamente se presenta respecto de prestaciones relacionadas con pago de sumas de dinero, no puede descartarse que opere también cuando la prestación esté proyectada a bienes o servicios, pues estos pueden transformarse en efectos de naturaleza pecuniaria”⁽⁴³⁾.

En relación a ello, se puede indicar que ese estado de riesgo de incumplimiento abarca tanto un detrimento patrimonial como cualquier situación que ponga en peligro la ejecución del contrato, por ejemplo que en una locación de servicios profesionales el profesional que debe asistir al paciente que deba pagar antes de la prestación, asume diversos compromisos que afectarían su disponibilidad al momento que tenga que ejecutar su prestación de servicios profesionales.

Si fuera el riesgo de incumplimiento originado por un detrimento patrimonial en la cual la parte contractual debe ejecutar una prestación pecuniaria podría llevar a pensarse que se invoque la acción pauliana, pero cabe anotar que ello no excusará a que se cumpla con su prestación la parte que debe cumplir en primer lugar, además que si bien también opera cuando el deudor sufre un detrimento patrimonial la acción pauliana protege al acreedor en la fase de ejecución forzada y no asegura el cumplimiento de parte del deudor⁽⁴⁴⁾. Ello hace apreciar que ante estas situaciones de riesgo de incumplimiento existen diversos remedios que el acreedor puede utilizar según sus intereses y de acuerdo al contenido contractual dispuesto por las partes.

(43) ARIAS-SCHREIBER PEZET. Max. *Exégesis del Código Civil peruano* de 1984. Tomo I: Contratos – Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 194.

(44) Permítaseme remitir al respecto: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Cabe anotar que en caso se conociera de antemano el riesgo a incumplir por parte de la contraparte, no se podría alegar vicio de voluntad por error en lo referente a las cualidades personales que ha sido determinante de la voluntad y conocible por la contraparte como es la cualidad de ser solvente, porque “la solidez patrimonial de la parte contraria no puede estimarse, al menos desde el punto de vista que aquí interesa, como una cualidad de la persona”⁽⁴⁵⁾.

Por último se señala que dicha suspensión puede plantearse extrajudicialmente o judicialmente que le ayudaría también a protegerse de una eventual constitución en mora, en la cual la parte perjudicada que plantea la suspensión de la prestación a su cargo le corresponde acreditar la existencia de ese riesgo de incumplimiento, situación externa al contrato recíproco⁽⁴⁶⁾.

IV. PERTINENCIA E IMPERTINENCIA DE LA “CLÁUSULA-SOLVET ET REPETE”

El conocido (aunque legislativamente en Perú no lo es tanto) principio *solve et repete* (“primero paga tu obligación y después haz valer tus pretensiones, con el fin de obtener la restitución, si fuere el caso”) permite que las facultades (o excepciones) previstas por los artículos 1426 y 1427 del Código Civil puedan ser objeto de renunciaciones por parte de los contratantes, la cual se encuentra regulada en el artículo 1462 del *Codice Civile*, por la cual las partes pueden acordar que ninguna de ellas puede oponer excepciones con el fin de evitar o retardar la prestación debida, mas obviamente ello no alcanza a supuestos de invalidez y la rescisión, aunque mitiga sus efectos para evitar injusticias en base al inciso 2 del artículo 1462 dándole al juez la posibilidad de suspender la condena, dejando a salvo la imposición de una caución, cuando compruebe el concurso de “graves motivos”⁽⁴⁷⁾.

(45) PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 614.

(46) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo II, Tercera reimpresión de la segunda edición actualizada de noviembre de 2001, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 363.

(47) Conforme indica BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. Ob. cit., p. 1089.

“La función de tal cláusula es de dotar al acreedor de mayores garantías para el cumplimiento. Solamente limita oponer excepciones pero no impide valerse de los demás remedios”⁽⁴⁸⁾.

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico no se encuentra regulada la posibilidad expresa de que las partes puedan efectuar en sus contratos dichas cláusulas, siendo los remedios regulados entonces de carácter imperativo que no pueda sustraerse por la voluntad de las partes⁽⁴⁹⁾.

Teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política del Perú consagra una economía social de mercado en la cual conlleva a la aplicación de reglas especiales a sujetos especiales que requieren protección como los consumidores, nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor regula como cláusula abusiva que conlleva a su ineficacia en sentido estricto las cláusulas que “excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros” (literal e) del artículo 50), esto es proscribire la cláusula *solvet et repet* en los contratos con los consumidores, debido a que la excepción de incumplimiento “se manifiesta como un instrumento particularmente eficaz para la tutela de los intereses de las así llamadas “partes débiles” de las relaciones contractuales, en cuanto veloz, poco costos y capaz de salvaguardar, tanto la existencia del contrato, como, y sobre todos, su plena y puntual ejecución, pero de otra parte, y por las mismas razones, si es usada por la parte fuerte, es capaz de perjudicar de manera excesiva y desproporcionada el interés del consumidor/usuario para servirse de manera continuada de las prestaciones objeto del contrato”⁽⁵⁰⁾.

Aunque “es fácil constatar que, en estos casos, la suspensión del servicio puede causar al usuario un perjuicio desproporcionado frente a la razón que la justifica: el servicio puede ser necesario para procurar

(48) MORALES HERVÍAS, Rómulo. Ob. cit. p. 276.

(49) En tal sentido, ARIAS-SCHREIBER PEZET. Max. Ob. cit. p.195.

(50) BENEDETTI, Alberto. “La excepción de incumplimiento del (y contra el) contratante débil en el Derecho italiano”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 264. Véase: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2893/2535>>.

al usuario bienes primarios, o para satisfacer intereses constitucionalmente protegidos, sean de naturaleza económica, no [salud y asistencia social, agua, gas, electricidad, telecomunicaciones, etc.]. Y una suspensión del servicio puede comprometer o perjudicar estos bienes y estos derechos, al punta tal que cabe dudar si estos efectos se justifican por la pura necesidad de salvaguardar la corresponsividad propia del sinalagma contractual⁷⁹⁽⁵¹⁾.

Por otro lado, ello produce que se remueva el obstáculo por la cual se proscribía dicha cláusula en el Código Civil, al reducirse su ámbito de aplicación a los contratos paritarios, esto es con negociación celebrada, por lo que no habría objeción jurídica de que se permita el uso de dichas cláusulas en dichos contratos como expresión plena de la autonomía privada, pero siempre teniendo en cuenta la buena fe contractual.

V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Ante una situación de incumplimiento o riesgo de incumplimiento en el marco de los contratos con atribuciones corresponsivas, el remedio no se agota en la resolución del contrato, que en verdad debería ser usado en última ratio, sino en otros remedios alternativos y muchas veces más protectores que pueden ser usados tanto en vía judicial o extrajudicial por ser una autotutela, como son los remedios de excepción de incumplimiento y excepción de peligro de incumplimiento, bajo el rótulo llamada por la doctrina nacional, como excepción de caducidad del plazo, conforme a los criterios analizados en la presente investigación, efectuados con el fin de incentivar su aplicación de manera más regular.

Por último, no existe duda que el análisis de las instituciones jurídicas reguladas en nuestro Código Civil y normas afines deben tener como herramientas de investigación no solo lo expresado en el texto, sino ir a las fuentes que la inspiraron, a la comparación jurídica de los grandes sistemas jurídicos, y encontrar su utilidad para ser una herramienta social (que incide en mayor medida en los consumidores).

(51) *Ibidem*, p. 268.

La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial

Jimmy J. RONQUILLO PASCUAL^(*)

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico regula en favor de los sujetos diversas formas de tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de las que aquellos son titulares, lo cual, ciertamente, constituye una necesidad, pues un ordenamiento jurídico no puede simplemente reconocer la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas, sin garantizar su adecuada protección. Ahora bien, la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas puede ser jurisdiccional, en cuanto, a efectos de actuar el mecanismo de defensa, se requiera de la intervención del órgano que ejerce dicha función, o sustancial, en cuanto no se requiera tal intervención. Hasta allí no hay problemas. Estos surgen cuando hay una defectuosa o ausente regulación de los mecanismos de tutela (problemas a nivel del “derecho escrito”) o cuando el encargado de aplicarlos desconoce su correcto funcionamiento (problemas a nivel del “derecho en acción”). En el presente

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Asistente de Juez Superior en la Corte Superior de Justicia de Lima. Asistente de docencia de Derecho Civil en la UNMSM. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la mencionada casa de estudios.

estudio, precisamente, nos ocuparemos de esta última clase de problemas con respecto a un específico mecanismo de tutela, como es la resolución por incumplimiento.

En ese sentido, analizaremos los temas más relevantes en torno a la resolución por incumplimiento, tales como, su noción, su naturaleza jurídica, su fundamento, sus distintas modalidades de actuación, sus efectos, sus alcances frente a terceros, sus presupuestos, su autonomía frente a otros mecanismos de tutela y sus aspectos procesales; verificando los aciertos y, principalmente, los desaciertos en que incurre nuestra jurisprudencia al pronunciarse sobre cada uno de estos temas. Esto con la única finalidad de aportar al correcto entendimiento de la institución en cuestión y de que los temas a ella relacionados, ganen en limpidez.

I. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

1. Noción y disciplina

La resolución contractual es un remedio previsto por el ordenamiento jurídico frente a las patologías que se presentan en el funcionamiento del sinalagma contractual, es decir, durante la ejecución del contrato con atribuciones patrimoniales correspondientes. Es un mecanismo de tutela que opera frente a anomalías sobrevenidas que alteran el equilibrio originalmente previsto entre las atribuciones patrimoniales, caracterizadas estas por estar la una en función de la otra⁽¹⁾⁽²⁾.

La resolución constituye una de las formas en que se manifiesta la ineficacia en sentido estricto o, más específicamente, la ineficacia funcional sobrevenida⁽³⁾, la que abarca las hipótesis en que el negocio jurídico,

(1) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol II, *Hechos y actos jurídicos*, Trad. de Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 1071; ALESSI, Rosalva; GALASSO, Alfredo y MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale ipertestuale del diritto privato* y UTET, Torino, 2002, p. 421.

(2) CASTRONOVO, Carlo. “La risoluzione del contratto nel diritto italiano”. En: *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*. A cura di Letizia VACCA, G. Giappicheli Editore, Torino, 1999, p. 205: “El efecto jurídico de disolución del vínculo contractual que sigue a la inejecución de la relación constituida mediante un contrato sinalagmático se llama resolución del contrato”.

(3) Sobre la ineficacia del contrato, CATAUDELLA, precisa que: “La noción de ineficacia,

aun siendo relevante y válido, se verá privado de sus efectos a causa de un evento apto para incidir en su función. De esta manera se diferencia de las hipótesis de invalidez o ineficacia estructural (nulidad y anulabilidad) que afectan al contrato por una anomalía que este lleva en sí, esto es, que está presente en su estructura misma⁽⁴⁾. Se puede decir que

entendida en su sentido más amplio, abarca todos los casos en los cuales al contrato no sean relacionados sus efectos propios. La ineficacia puede ser originaria o sucesiva a la conclusión del contrato. Cuando es originaria puede ser definitiva (como sucede –salvo los casos excepcionales de saneamiento– en la nulidad del contrato) o temporal (como sucede en el contrato sujeto a plazo inicial o –pero en este caso solo eventualmente– a condición suspensiva). (...) Se tiene eficacia sucesiva cuando el ordenamiento relaciona al contrato su eficacia propia, que sin embargo es sucesivamente impedida o retroactivamente eliminada. Del mismo modo que la ineficacia originaria, es posible distinguir entre ineficacia sucesiva cierta (plazo final) y eventual (contrato sujeto a condición resolutive, contrato anulable o rescindible o resoluble, disolución del contrato por acuerdo entre las partes o –cuando sea consentido– por desistimiento de una de ellas). Se puede, además, distinguir entre ineficacia operante de un momento posterior a aquel de la conclusión del contrato (plazo final, desistimiento) e ineficacia que, si bien sucesiva, opera retroactivamente desde el momento de la conclusión del contrato (cumplimiento de la condición, anulación o rescisión o resolución del contrato). (...) Se puede además distinguir entre ineficacia que se determina de manera automática (como ocurre para la verificación de la condición resolutive, para el transcurso del plazo final y en algunos casos de resolución del contrato) e ineficacia que depende de la iniciativa del interesado (resolución judicial, rescisión, anulación del contrato, acuerdo dirigido a resolver el contrato, desistimiento). La ineficacia puede ser absoluta o relativa, según que opere frente a todos o solo respecto de determinados sujetos. (...) (la) ineficacia en sentido estricto abarca todas las hipótesis, diversas, en las cuales la ineficacia no deriva de la invalidez del contrato”. CATAUDELLA, Antonio. *I contratti. Parte Generale*, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 253-255.

- (4) En la estructura de todo negocio jurídico y, por ende, de todo contrato encontramos presupuestos, elementos y requisitos. Los **presupuestos**, son entidades ontológicamente distintas al negocio y preexistentes a este; tales entidades son: la parte (negocio jurídico unilateral) o partes (negocio jurídico bilateral) y el objeto. Los **elementos**, que vienen a ser los componentes que integran la construcción del negocio; los elementos son: la manifestación de voluntad, la causa y la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad. Los **requisitos**, vienen a ser las características que deben presentar tanto los elementos como los presupuestos, para que el negocio jurídico formado por la concurrencia de estos, pueda producir válidamente sus efectos. Así, los requisitos con respecto a la parte o partes son: capacidad, determinabilidad y legitimación. Los requisitos del objeto son: determinabilidad y posibilidad física y posibilidad jurídica. Los de la manifestación de voluntad son: La ausencia de vicios y la seriedad. Los de la causa son: La licitud, la realizabilidad genética y la realizabilidad funcional. Ahora bien, la ausencia de alguno de los presupuestos, elementos o requisitos indicados, determinará un momento patológico en el negocio jurídico y conllevará las sanciones de inexistencia, invalidez o ineficacia negocial. Así, la incapacidad absoluta y relativa del agente determinará la nulidad y anulabilidad del acto de autonomía privada, respectivamente; la falta de legitimación del agente determinará la ineficacia del acto; la indeterminabilidad, imposibilidad física o jurídica del objeto conllevará la nulidad del acto; la ausencia de manifestación de voluntad o su falta de seriedad, determinará la nulidad del acto (aunque en estricto debería conllevar la inexistencia); los vicios en la manifestación de voluntad determinarán la anulabilidad el

la resolución no afecta al contrato, sino directamente y solo sus efectos, esto es, hace al contrato ineficaz, sin tocar la validez o, en otras palabras, la invalidez atañe al contrato como acto, mientras que la resolución atañe al contrato como relación⁽⁵⁾.

La disfunción o desequilibrio sobrevenido del nexo de corresponsabilidad entre las atribuciones puede generarse por tres hipótesis a saber: por incumplimiento de una parte, por imposibilidad sobrevenida y por excesiva onerosidad de una de las prestaciones. Un elemento común en las tres hipótesis mencionadas viene a ser la alteración de la causa del contrato, debido a que el intercambio programado por las partes durante la autorregulación de sus intereses, no podrá actuarse o al menos no podrá tener lugar en las condiciones previstas⁽⁶⁾.

2. Modalidades operativas de la resolución

Las resoluciones pueden clasificarse en función de las modalidades en las que operan a fin de determinar la ineficacia de un contrato. Así tenemos:

- (i) **Las resoluciones que operan de modo automático**, es decir, por la mera verificación del presupuesto de hecho al que la ley vincula la ineficacia del contrato, sin que sea necesario un pronunciamiento judicial o la manifestación de voluntad de la parte legitimada. Esto sucede en la resolución por imposibilidad sobreviviente y por verificación de la condición resolutoria.
- (ii) **Las resoluciones que operan por sentencia**, es decir, en virtud de un pronunciamiento del juez. Es el caso de la

acto; la ilicitud de la causa generará la nulidad del acto; la falta de realizabilidad genética de la causa determinará la inexistencia del acto; la falta de realizabilidad funcional de la causa determinará la ineficacia del acto; y finalmente, la inobservancia de la formalidad solemne conllevará la nulidad del acto de autonomía privada.

(5) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, Trad. de Nélvor Carreteros Torres, Trad. a cura de Eugenia ARIANO DEHO, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 859; GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 949; TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. En: AA.VV., *I contratti in generale*, a cura de Enrico GABRIELLI, Tomo II, UTET, Torino, p. 1479.

(6) TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. Ob. cit., pp. 1478 y 1479.

resolución judicial y la resolución por excesiva onerosidad de la prestación.

- (iii) **Las resoluciones que operan por negocio**, que vienen a ser aquellas en las que la ineficacia se produce como consecuencia de la manifestación de voluntad de la parte legitimada o por acuerdo de ambas partes. Sucede lo primero en la resolución por intimación y en la resolución por cláusula resolutoria expresa; y lo segundo en la resolución por mutuo disenso⁽⁷⁾.

Con respecto a la clasificación y a las consecuencias procesales que se generan al actuar los mecanismos de tutela resolutoria en la vía judicial, nuestra jurisprudencia incurre en graves errores, los cuales pueden llevar, incluso, a la vulneración de derechos fundamentales como por ejemplo, el de acceso a la tutela jurisdiccional. Así, en la **Resolución N° 1** se ha señalado que los procesos de resolución de contrato son procesos declarativos, esto es, procesos que culminarán con la expedición de una sentencia que se limitará a declarar un estado jurídico que ya existía con anterioridad al inicio de la litis, tal y como sucede en los procesos de prescripción adquisitiva, nulidad de acto jurídico, mejor derecho de propiedad, etc. Sobre el particular, debemos recordar que dentro de las resoluciones por incumplimiento, nuestro Código Civil regula dos tipos: La resolución judicial (o arbitral) y la resolución de derecho. En el primer caso, el contrato deviene en ineficaz una vez que quede firme la sentencia que ampara la demanda, lo que significa que nos encontraremos ante proceso que culminará con una sentencia constitutiva, esto es, con un pronunciamiento que producirá un estado jurídico que antes no existía; mientras que en el segundo caso, el contrato deviene en ineficaz con la sola verificación de los presupuestos establecidos por el legislador al regular la cláusula resolutoria expresa y la resolución por intimación, sin que sea necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, lo que no quita que el interesado, sí así conviene a su interés, pueda recurrir al juez para que se reconozca y declare que el contrato ya ha quedado resuelto extrajudicialmente, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional se limitará a verificar la concurrencia de los presupuestos legales de

(7) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., pp. 861 y 862.

la resolución y la sentencia a emitirse sí será una meramente declarativa. Por lo tanto, en la **Resolución N° 01** se yerra al señalar, de manera general, que todo proceso de resolución de contrato es un proceso declarativo, pues un proceso de resolución de contrato bien puede constituir un proceso constitutivo o uno declarativo, dependiendo de si se ha actuado directamente el mecanismo resolutorio judicial o si previamente se ha actuado alguno de los mecanismos resolutorios extrajudiciales.

El criterio adoptado en la **Resolución N° 02** constituye un error aún más grave, por las consecuencias prácticas y la vulneración de derechos fundamentales a que podría conllevar. En efecto, en este pronunciamiento judicial se sostiene que una vez que se haya actuado la resolución extrajudicial del contrato, el acreedor de la atribución incumplida carece de interés para peticionar, en vía judicial, que se declare la resolución, por lo que en aplicación del inciso 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil debe rechazarse liminarmente la demanda⁽⁸⁾. Pues

(8) Este criterio constituyó una de las dos ponencias planteadas en el **Pleno Jurisdiccional Distrital Civil** llevado a cabo el 2012 en el Distrito Judicial de **Lima Norte**, en donde se buscó adoptar un criterio uniforme respecto a la siguiente interrogante: ¿Existe necesidad de que intervenga el Órgano Jurisdiccional para obtener la resolución de un contrato, cuando este ya fue resuelto extrajudicialmente, al amparo de los artículos 1429 y 1430 del Código Civil? La otra ponencia rezaba: “La demanda debe admitirse con pronunciamiento de fondo, porque es derecho de cualquiera de los contratantes, recurrir al Poder Judicial a solicitar tutela jurisdiccional, a fin que el Poder Judicial emita una decisión definitiva respecto a la resolución contractual, debiendo entenderse que **el titular ha renunciado tácitamente a la resolución extrajudicial**” (el resaltado es nuestro). Al final, se adoptó la primera ponencia con un agregado, siendo la conclusión plenaria, la siguiente: “La demanda de la resolución de contrato, cuando esta ya ha sido declarada unilateralmente en la vía extra judicial, ya no posee el actor interés para obrar procesal para demandar nuevamente lo mismo (ya que no existe necesidad de la intervención del Estado en la solución del conflicto). Se agrega que el Estado sí tendría obligación de tutelar los efectos de la resolución del contrato, es decir que sí cabría que se pronuncie sobre una eventual restitución física e indemnización que eventualmente se peticione, de manera subordinada, o en vía de acción principal y accesoria”. Sobre el particular, consideramos que la segunda ponencia es errada en el extremo en que señala que el hecho de recurrir al Poder Judicial a efectos de obtener un pronunciamiento que declare la resolución extrajudicial constituye una renuncia tácita a los efectos producidos esta última, pues tal consecuencia (la renuncia a la resolución que ya se había producido) no solo carece de sustento normativo alguno, sino que, además, desconoce las múltiples necesidades que pueden llevar al interesado a buscar la obtención de un pronunciamiento judicial sobre el mecanismo de autotutela que utilizó en su momento, siendo que tal necesidad no puede ser sustituida por una voluntad de renuncia a los efectos del mecanismo que ya se empleó. El órgano jurisdiccional no puede asumir una voluntad que le corresponde exclusivamente al interesado y más bien debe ser respetuoso de las necesidades de los justiciables y conocedor de la naturaleza de tendrán pronunciamientos, que, en el particular caso, serán meramente declarativos.

bien, tal criterio no tiene en cuenta que aun habiéndose resuelto extrajudicialmente el contrato, el acreedor puede tener la necesidad⁽⁹⁾ de contar con una sentencia que la reconozca, sentencia que –como señaláramos líneas más arriba– será de mera declaración, pues se limitará a declarar que la resolución en su momento se produjo. En efecto, aun cuando se haya actuado la resolución extrajudicial, el recurso a la tutela jurisdiccional a efectos de que se declare que el contrato ha quedado resuelto, es muy frecuente, como sucede, por ejemplo, cuando A resuelve extrajudicialmente el contrato por el incumplimiento de B y, en consecuencia, aquel no ejecuta la prestación a su cargo, sin embargo, B considera que la resolución no ha operado y que tiene derecho a la prestación de A, por lo que demanda el cumplimiento del contrato, ante lo cual A se verá en la necesidad de contradecir que el contrato ha quedado resuelto y obtener una declaración en tal sentido; o bien cuando B se niega a restituir lo recibido con base en el contrato resuelto extrajudicialmente, por lo que A tendrá la necesidad de que, en vía judicial, se declare tal resolución y se ordene la restitución de manera coactiva; o cuando A quiere obtener un resarcimiento por los daños causados por el incumplimiento y la resolución, para lo cual se requiere de un pronunciamiento judicial; o bien A quiere hacer oponible a los terceros la readquisición del inmueble transferido por efecto del contrato resuelto, para lo cual no puede

Tampoco compartimos el primer extremo de la conclusión plenaria, por los motivos que señaláramos en las líneas principales, empero, sí nos parece correcto el extremo final de aquella, pues no hace más que reconocer algunas de las necesidades (la restitución del bien, el resarcimiento de los daños) que pueden llevar a un justiciable a pretender un pronunciamiento judicial sobre la resolución de su contrato, pese a haber ya actuado la resolución extrajudicial.

- (9) Y precisamente el interés para obrar o interés procesal no es sino el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derecho en un determinado momento, por el que se acude al órgano jurisdiccional del Estado, y que se caracteriza por ser irremplazable, actual, egoísta y abstracto. Para un estudio de esta categoría procesal, nos remitimos a: MONROY GÁLVEZ, Juan. “El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984”. En: *Thémis*. N° 30, Segunda época, 1994, p. 47.

sino inscribir una sentencia que declare la resolución⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾; finalmente, la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional se hace tanto más eviden-

- (10) Así: ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 882. Igualmente, TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Terza edizione, Giuffrè, Milano, 1977, p. 373: “También en las hipótesis de resolución de derecho, sin embargo, puede hacerse necesario un pronunciamiento del juez. Si, por ejemplo, es contestada la existencia o la validez de la cláusula resolutoria expresa, o la esencialidad del plazo, o la adecuación del plazo fijado en la intimación, o la existencia del incumplimiento, o (en el caso de la intimación) la gravedad del incumplimiento, la litis deberá ser resuelta con una sentencia, pero si tratará de una sentencia meramente declarativa, con la cual el juez se limitará a constatar si la resolución se ha verificado ya (en las hipótesis de resolución judicial, en cambio, el juez pronuncia la resolución con una sentencia constitutiva)”.
- (11) Sobre este último caso no podemos dejar de evidenciar la ilegalidad de los artículos 68 y 69 del Reglamento General de los Registros Públicos que regulan la transferencia de propiedad por resolución extrajudicial. Así, el **artículo 68** señala que: “La transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, se inscribirá en mérito a escritura pública o formulario registral legalizado por Notario, otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho a resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la carta notarial u otra comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria, salvo que se encuentre inserta en la escritura pública”; mientras que el **artículo 69** establece que: “La transferencia de propiedad por haber operado la resolución de pleno derecho a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil se inscribirá en mérito a escritura pública o formulario registral legalizado por Notario otorgado por la parte perjudicada con el incumplimiento. A dicho documento se acompañará:
- a) La carta notarial con la que la parte perjudicada requirió a la otra parte para que cumpla con la prestación en el plazo no menor de 15 días a que se refiere el artículo citado, salvo que se encuentre inserta en la escritura pública;
 - b) La declaración jurada con firma certificada de la parte perjudicada, indicando que el deudor no ha cumplido con la prestación debida transcurrido el plazo a que se refiere el literal anterior.

En este caso la fecha de otorgamiento de la escritura pública o del formulario registral deberá ser posterior al vencimiento del plazo previsto en el literal a)”.

En primer lugar llama poderosamente la atención el hecho de que aun cuando tanto la resolución por intimación como la resolución por cláusula resolutoria expresa constituyen variantes de la resolución extrajudicial, se les da un tratamiento distinto, pues en el primer caso se exige que a la escritura pública o formulario registral legalizado por notario se le agregue la carta notarial correspondiente y una declaración jurada con firma certificada indicando que el deudor no ha cumplido con la prestación debida, mientras que en el segundo caso, únicamente se exige que se acompañe una carta notarial u otra comunicación indubitable cursada al deudor haciendo valer la cláusula resolutoria, mas no se exige, como en la resolución por intimación, que también se acompañe una declaración jurada. No obstante, el tema de fondo no es ese, pues lo que debe denunciarse es que tales dispositivos contravienen abiertamente los principios registrales de titulación fehaciente o auténtica (artículo 2010 del CC), legitimación (artículo 2013 del CC) y tracto sucesivo (artículo 2015 del CC). En efecto, la resolución extrajudicial de contrato emanada de una escritura pública unilateral del acreedor (vendedor) no puede inscribirse, pues carece de un título fehaciente en razón de que es otorgada por quien no es titular registral, sin ningún tipo de defensa de parte del titular registral (comprador) y sin acreditar la concurrencia de los

te cuando, por ejemplo, la parte incumpliente ha objetado la carta notarial (en el caso de la resolución por intimación) o la comunicación que hace valer la cláusula resolutoria (en el caso de la resolución por cláusula resolutoria expresa) que le fuera enviada por el acreedor⁽¹²⁾, cuestionando la adecuación del plazo concedido, la existencia o la gravedad del incumplimiento, la existencia de la cláusula resolutoria expresa, etc.

La **Resolución N° 03** da cuenta de un criterio errado que adoptaron las sentencias de primera y segunda instancia en donde se desestimó la resolución judicial del contrato por considerar que se había recurrido a la vía judicial, sin haber cumplido con cursar la carta notarial y conceder el plazo estipulado para el pago, a la luz del artículo 1429 del Código Civil, lo que en buena cuenta significa sostener que es obligatorio recurrir en primer lugar a la resolución por intimación para luego recién plantear la resolución judicial. Sobre el particular debemos recordar que frente al incumplimiento, la parte afectada está facultada a desvincularse del contrato por la vía judicial o por la extrajudicial, es decir, que el mecanismo de resolución extrajudicial es facultativo mas no obligatorio, de manera que la parte perjudicada puede acudir a la vía judicial de manera directa, sin ser necesario pasar, previamente, por la extrajudicial. Sostener lo contrario implicaría dificultar arbitrariamente

presupuestos de la resolución por incumplimiento; vulnera la presunción de exactitud de la inscripción, la cual solo puede caer por rectificación o declaración judicial de invalidez o ineficacia, mas no por declaraciones unilaterales de un sujeto distinto al titular registral; y, finalmente, afecta un derecho inscrito, sin el consentimiento de su titular, pese a que está prohibido que terceros extraños puedan alterar las condiciones de dicho derecho. En conclusión, no puede inscribirse un acto que prive al titular registral de su derecho, salvo que medie su consentimiento en contrario o una sentencia judicial.

- (12) Así lo reconoce también la **Casación N° 1428-99-Tacna**, publicada en el diario oficial *El Peruano*, de fecha 18 de diciembre de 1999: “**Sexto.-** Que, el considerando noveno de la apelada, la misma que ha sido confirmada en ese extremo por la resolución de vista, ha determinado que el contrato de compraventa ya había sido resuelto con la carta notarial de fojas veinte con la facultad que otorga el Artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil, por lo que deviene en improcedente la demanda de resolución de contrato, ya que no procede declarar la resolución del contrato que ya ha sido resuelto legalmente, debe tenerse en cuenta que la parte demandada ha dado respuesta a dicha carta, mediante carta de fojas ochenta; **Sétimo.-** Que, la carta notarial de fojas ochenta sostiene que su deuda con la institución es menor del cincuenta por ciento del valor total del inmueble por lo que no cabe se tome decisión unilateral; es así que no existe impedimento legal alguno para que el demandante interponga la demanda de declaración judicial de resolución de contrato de compraventa, ya que el demandado está objetando la resolución extrajudicial (...)”.

el ejercicio de la resolución en vía judicial y negarle autonomía conceptual a los mecanismos de tutela resolutoria previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Efectos de la resolución

La resolución contractual produce dos efectos que, precisamente, se condicen con los intereses que busca tutelar este remedio: el interés en restablecer el equilibrio económico del contrato y el interés en liberarse del vínculo contractual. Tales efectos son:

- (i) **Efecto extintivo-liberatorio.** En virtud del cual se extingue la relación contractual y, en consecuencia, las partes se liberan de ejecutar sus prestaciones o atribuciones patrimoniales.
- (ii) **Efecto restitutorio o reintegrativo.** Por cuya virtud las atribuciones patrimoniales se reincorporan al patrimonio de quien las efectuó o de donde salieron como consecuencia de la celebración del contrato resuelto. Ahora bien, en caso de que no puedan restituirse las atribuciones patrimoniales (restitución *in natura*), la restitución deberá operar a través del valor pecuniario de estas (restitución por equivalente).

A pesar de la claridad de los efectos de la resolución contractual, nuestros tribunales, en algunos de sus fallos, parecen no entenderlos o, en todo caso, prefieren privilegiar las formas por sobre los derechos materiales de los justiciables. Claros ejemplos de esto son las **Resoluciones N°s 04, 05 y 06**.

En la **Resolución N° 04** podemos apreciar que si bien se ha señalado correctamente que es efecto natural de la resolución contractual, la restitución de las prestaciones o, en su defecto, el reembolso de su valor; no obstante, se yerra al declarar la nulidad de la sentencia de vista y la insubsistencia de la sentencia apelada, en atención a que si bien ambas sentencias han ordenado al demandado (vendedor) la restitución del dinero recibido (más intereses legales) en ejecución del contrato de compraventa que ha quedado resuelto, han omitido pronunciarse sobre la restitución del bien inmueble que le fuera entregado al demandante (comprador). En efecto, la decisión de anular las sentencias de mérito

porque no se pronunciaron respecto a la restitución de una de las atribuciones patrimoniales, no hace más que retardar la impartición de justicia para la controversia planteada, olvidándose que el proceso no es un fin en sí mismo sino un medio para resolver conflictos de intereses, pues bien pudieron integrarse tales resoluciones al amparo de lo previsto en los artículos 172⁽¹³⁾ y 370⁽¹⁴⁾ del Código Procesal Civil, máxime si, como ha reconocido la misma Corte Suprema en anteriores oportunidades: “Pronunciarse ahora por la restitución del inmueble no constituye un supuesto de incongruencia, dado que de ordenarse ello, el Juzgador se está pronunciando sobre algo accesorio que es consecuencia natural de la resolución contractual”⁽¹⁵⁾.

En la **Resolución N° 05** nos encontramos ante un caso en el que órgano jurisdiccional no ordena la restitución del bien enajenado (una embarcación pesquera) pese a que ya quedó firme la sentencia que resolvió el contrato de compraventa, por la sola razón de que en la parte decisoria de dicha sentencia no se había ordenado ninguna devolución y aquella debe ejecutarse en sus propios términos. Al respecto, debemos señalar que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución Política del Estado⁽¹⁶⁾ y en el artículo 4 de la Ley Orgánica del

(13) **Artículo 172 del Código Procesal Civil.**- “(...) El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra. El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior”.

(14) **Artículo 370 del Código Procesal Civil.**- “El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido o sea un menor de edad. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa (...)”.

(15) **Casación N° 1977-2001-Lima**, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 2 de enero de 2003, p. 9862.

(16) **Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.**- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.

Poder Judicial⁽¹⁷⁾, no podemos olvidar que el proceso judicial (que abarca también la etapa de ejecución de sentencia) no es más que un medio para hacer efectivos los derechos sustanciales de los justiciables, y en el caso que comentamos ya se había reconocido el derecho de la demandante, empero al negársele la restitución del bien y obligarla a iniciar un nuevo proceso a fin de obtenerla, se le quitó toda eficacia a dicho reconocimiento, convirtiendo en ficticio el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política⁽¹⁸⁾, obviando los fines del proceso contemplados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁽¹⁹⁾, y vulnerando los principios de celeridad y economía procesales previstos en el artículo V del citado Título Preliminar⁽²⁰⁾; y todo porque en la parte resolutive de la

(17) **Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.**- “Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia”.

(18) **Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.**- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

(19) **Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.**- “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

(20) **Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil.**- “Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo

sentencia, el juez omitió pronunciarse sobre la restitución del bien que no es sino un efecto natural de la pretensión procesal que tuvo al frente. Tales decisiones no pueden compartirse, pues no se toma en consideración que la decisión judicial firme mediante la cual se declaró resuelto el contrato de compraventa, de muy poco serviría si la demandante no pudiese obtener la devolución del bien que ya había entregado con ocasión del contrato de compraventa, pues en los hechos, la demandada seguiría en posesión del bien y la demandante no habría recibido el precio por él, cuando lo que precisamente busca todo proceso judicial es que los derechos sustanciales de los justiciables se realicen y, en el caso en concreto, para que el derecho sustancial de la demandante se materialice era necesario que, tal como lo dispone el artículo 1372 del Código Civil, la prestación efectuada por ella le sea restituida, por lo que acceder a su petición de devolución en nada se aparta del derecho reconocido por el juez, sino que, al contrario, abunda a favor de su efectividad. Cabe, igualmente, reiterar que pronunciarse por la restitución de las atribuciones patrimoniales, no constituye un supuesto de incongruencia, toda vez que el juzgador se está pronunciando sobre algo accesorio que es consecuencia natural de la resolución contractual, que no requiere ser invocado por ninguna de las partes y que opera por el solo hecho de la extinción de la relación contractual.

Finalmente, en la **Resolución N° 06** se declara nula la sentencia de vista por infracción del principio de congruencia procesal, pues no solo declaró la resolución del contrato sino que, además, ante la imposibilidad de restituir el inmueble, ordenó la restitución de su valor y, asimismo, dispuso la conversión del dinero recibido por el actor (vendedor) en compensación por el uso del bien, cuando en el petitorio de la demanda, aquel solo solicitó dos pretensiones: la resolución del contrato y la restitución del inmueble objeto del contrato. Nuevamente nos encontramos ante una evidente agresión a la tutela judicial efectiva, a los fines del proceso y a la celeridad procesal, pues –como hemos venido señalando– el pronunciamiento sobre la restitución de las atribuciones patrimoniales frente a una pretensión procesal de resolución contractual,

el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica”.

no afecta el principio de congruencia procesal, pues aquella constituye, precisamente, uno de los dos efectos inmanentes a la resolución de un contrato. Ahora bien, recuérdese que el efecto restitutorio implica que las atribuciones patrimoniales se reincorporen al patrimonio de quien las efectuó (restitución *in natura*) y que en caso de que ello no fuera posible la restitución operará a través del valor pecuniario de estas (restitución por equivalente); por lo que en el presente caso, al existir una imposibilidad jurídica para la devolución del bien era perfectamente posible que se ordene el reembolso del valor del bien, pues así lo prevé el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil y, asimismo, la compensación dispuesta tampoco tendría carácter *ultra petita* dado que también es un efecto específico de la resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa conforme lo dispone el artículo 1563 del Código Civil⁽²¹⁾. Por último, no podemos dejar de señalar que al declararse la vulneración del principio de congruencia no solo se desconoce el funcionamiento de una institución jurídica como la resolución contractual sino también la normativa procesal y sustancial vigente, pues el artículo 87 del Código Procesal Civil⁽²²⁾ que regula la acumulación objetiva originaria de pretensiones, prescribe en su último párrafo que cuando la accesoriedad de las prestaciones está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda, y no es difícil advertir del tenor del tantas veces citado artículo 1372 del Código Civil, la accesoriedad de la restitución de las atribuciones patrimoniales con respecto a la resolución contractual.

(21) **Artículo 1563 del Código Civil.**- “La resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

Alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal”.

(22) **Artículo 87 del Código Procesal Civil.**- “La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante. Si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda”.

4. Retroactividad e irretroactividad de la resolución contractual

El artículo 1372 del Código Civil⁽²³⁾ regula de manera por demás confusa el tema de la retroactividad de la resolución contractual pues, por un lado, señala que la resolución puede producirse de manera judicial o extrajudicial y que, en ambos casos, opera retroactivamente; sin embargo, luego señala que los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, lo que pareciera dar a entender que la retroactividad solo se produce cuando se actúa la resolución judicial, pues solo esta requiere necesariamente de la presencia de una sentencia para que el contrato se tenga por resuelto. Tal interpretación no se condice con el funcionamiento de la institución, por lo que, independientemente de lo que el legislador haya querido decir, debe afirmarse que la retroactividad funciona tanto en la resolución judicial como en la extrajudicial⁽²⁴⁾. Por otro lado, establece que la retroactividad se produce hasta el momento en que acaece la causal que motiva la resolución. Este criterio del legislador es errado, pues olvida que la retroactividad de la resolución está dominada por la distinción entre contratos de ejecución instantánea y contratos de duración.

Veamos. Son contratos de ejecución instantánea aquellos en los que es posible que la atribución o atribuciones patrimoniales se ejecuten o verifiquen en un solo momento, bien sea tan pronto como se ha celebrado el contrato (contrato de ejecución inmediata), o que su ejecución

(23) **Artículo 1372 del Código Civil.**- “La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

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

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

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”.

(24) En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia registral: “La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. La norma denota un evidente error material que no puede cambiar la naturaleza jurídica de la resolución extrajudicial que no requiere de intervención judicial; sostener lo contrario sería admitir que el tratamiento legislativo de la resolución por incumplimiento voluntario de la contraparte y que se efectúa mediante resoluciones extrajudiciales ha quedado derogado”: **Resolución N° 040-97-ORLC/TR**. En: *Código Civil en su jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, mayo, Lima, 2007, p. 503.

se difiera para un momento ulterior (contrato de ejecución diferida) o que se divida en partes (contrato de ejecución escalonada). Se caracterizan porque cada una de las partes ostenta un único interés inescindible, de manera que el cumplimiento se verificará únicamente cuando toda la atribución haya sido ejecutada, pues solo entonces quedará realizado íntegramente el interés del acreedor (recuérdese que en los contratos con atribuciones patrimoniales correspectivas cada una de las partes es, a la vez, deudora y acreedora de una determinada atribución). En estas relaciones contractuales no podrá haber cumplimiento e incumplimiento, sino solo cumplimiento o incumplimiento⁽²⁵⁾.

Son contratos de duración aquellos en donde la atribución o atribuciones patrimoniales no pueden ejecutarse en un solo momento, sino que necesariamente deben ejecutarse durante un periodo de tiempo más o menos prolongado. En estos contratos la atribución patrimonial puede cumplirse bien sea durante un cierto tiempo sin interrupción alguna (contrato de ejecución continuada) o a ciertos intervalos de tiempo establecidos o intermitentes (contrato de ejecución periódica). En estas relaciones contractuales sí puede haber cumplimiento (para un cierto periodo) e incumplimiento (para un periodo sucesivo)⁽²⁶⁾.

Pues bien, en los contratos de ejecución instantánea, la resolución tiene efectos retroactivos (*ex tunc*), por lo que la relación contractual es eliminada desde su nacimiento y las partes deben proceder a restituirse las atribuciones patrimoniales ejecutadas. Así, por ejemplo, resuelto un contrato de compraventa por incumplimiento de una de las partes, el comprador debe devolver el bien y el vendedor devolver el precio o la parte del precio que haya recibido. Mientras que en los contratos de duración la resolución no tiene efectos retroactivos, o los tiene parcialmente (solo hasta el momento en que se produjo la causal que motivó la resolución), es decir, no alcanza el periodo en que la relación contractual funcionó satisfactoriamente, por lo que podría decirse que aquí la resolución opera *ex nunc*. Así, por ejemplo, resuelto un contrato de

(25) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Efectos de la rescisión y de la resolución”, “Comentario al artículo 1372 del Código Civil”. En: AA.VV. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo VII, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 217.

(26) *Ibidem*, p. 216.

arrendamiento, el arrendador no tendrá que devolver la renta que percibió por el periodo en el que el arrendatario poseyó el bien y, evidentemente, resulta imposible que este devuelva el uso del bien^{(27) (28) (29)}.

5. Alcances de la resolución frente a terceros

La retroactividad de la resolución puede tener diversos niveles de intensidad frente a los terceros adquirentes. Así tenemos:

- (i) **Retroactividad con efecto obligatorio**, cuando únicamente alcanza a las partes y, en consecuencia, no puede ser opuesta a ningún tercero.
- (ii) **Retroactividad con efecto real relativo**, cuando alcanza a las partes y a los terceros adquirentes de mala fe y/o a título gratuito.

(27) Así la solución contenida en el artículo 1372 del Código Civil, consistente en que la resolución se retrotrae al momento en que se produce la causal que la motiva resulta aplicable solo a los contratos de duración, mas no sirve como regla general.

(28) Sobre la retroactividad e irretroactividad de la resolución, ver: MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la 1ª edición italiana por La Redacción, Dux, Ediciones y Publicaciones, Barcelona, S/f, pp. 271 y ss.; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo I, UTET, Torino, 1993, pp. 632 a 636; SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León, 2ª edición, ARA, Lima, 2004, pp. 949 a 953; BIGIAMI, Walter. “Irretroattività della risoluzione per inadempimento”. En: *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Volumen XXXII, Parte prima, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1934, pp. 695-722; IUDICA, Giovanni. “Risoluzione per inadempimento”, En: *Revista di diritto civile*, II, CEDAM, Padova, 1991, pp. 752 y 753. En sede nacional: FORNO FLÓREZ, Hugo. “Efectos de la rescisión y de la resolución”. Ob. cit., pp. 206-226; Id., “El principio de retroactividad de la resolución contractual”. En: *Themis*, N° 30, Revista de Derecho de los estudiantes de la PUCP, Lima, 1994, pp. 185-195.

(29) De manera acertada, nuestra jurisprudencia, aun en contra de la literalidad del artículo 1372 del Código Civil, ha adoptado esta misma solución: “Resulta aplicable el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil, en el sentido de que producida la resolución del contrato las prestaciones ejecutadas deben restituirse; además, el tenor literal del segundo y tercer párrafo del artículo 1372 se enmarca en el supuesto de los contratos de ejecución duradera; sin embargo, en el caso de los contratos de ejecución instantánea, atendiendo a una interpretación sistemática por comparación con otras normas (enriquecimiento indebido) y de acuerdo al criterio axiológico, la resolución contractual se proyecta hasta el momento mismo en que surge la relación jurídica, de manera que se deberá restituir el bien inmueble, así como el dinero entregado”: **Casación N° 1977-2001-Lima**. En: *Código Civil en su jurisprudencia*. Ob. cit., p. 503.

- (iii) **Retroactividad con efecto real absoluto**, cuando alcanza a las partes y a los terceros adquirentes de cualquier clase⁽³⁰⁾.

De conformidad con lo prescrito en el cuarto párrafo del artículo 1372 del Código Civil, en nuestro sistema la retroactividad de la resolución es real relativa en tanto que alcanzará a las partes y a los terceros adquirentes de mala fe sean a título gratuito o a título oneroso, mas no a los terceros adquirentes de buena fe sean a título gratuito o a título oneroso, en otras palabras, la buena fe del tercero paraliza los efectos de la resolución frente a este. Así, por ejemplo, si A vende un bien a B, quien a su vez lo vende o dona a C, quien adquiere de buena fe—es decir, sin conocer o sin estar en razonable situación de conocer que el contrato en virtud del cual adquirió su enajenante (B) era resoluble—, la posterior resolución del contrato entre A y B no afectará la adquisición de C.

II. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

1. Noción, naturaleza jurídica y disciplina

Una de las formas de la resolución contractual es la resolución por incumplimiento que viene a ser aquella que implica la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia del incumplimiento de la atribución patrimonial a cargo de una de las partes.

El incumplimiento puede ser definido como la inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida. Este se distingue en incumplimiento total (la prestación no ha sido realizada) y cumplimiento inexacto (la prestación es cuantitativa o cualitativamente defectuosa), debiendo incluirse, también, en este último caso, a la prestación ejecutada tardíamente⁽³¹⁾. Así, el cumplimiento inexacto puede ser de tres clases: cumplimiento defectuoso (contraviene el principio de identidad del pago),

(30) Véase: MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ob. cit., pp. 275 y 276; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. cit., 372. En sede nacional: FORNO FLÓREZ, Hugo. “Efectos de la rescisión y de la resolución”. Ob. cit., p. 212.

(31) BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. La Responsabilità*. Tomo V, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 1.

cumplimiento parcial (contraviene el principio de integridad del pago) y cumplimiento tardío (contraviene el principio de oportunidad).

Pues bien, tanto el incumplimiento total o absoluto, como el cumplimiento inexacto o incumplimiento relativo, permitirán al acreedor resolver el contrato por incumplimiento, evidentemente, siempre que este sea importante, grave o cualificado⁽³²⁾.

La resolución por incumplimiento opera como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo⁽³³⁾ inserto en la relación contractual,

(32) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. 2ª reimpresión (revisada), Trad. de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 267; MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ob. cit., principalmente, pp. 72-80; Confróntese: IUDICA, Giovanni y ZATTI, Paolo. *Linguaggio e regole del diritto privato*, Cuarta edición, CEDAM, Padova, 2003, p. 349; MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, Trad. de FONTANARROSA, SENTÍS MELENDO, VOLTERRA, 1ª edición, ARA, Lima, 2007, p. 717.

(33) El derecho potestativo viene a ser aquel derecho que le permite a su titular obtener, a través de un comportamiento propio, un resultado favorable consistente en la modificación de la esfera jurídica de un sujeto distinto, el que no podrá oponerse válidamente a dicha modificación. El derecho potestativo vivirá también, dentro de una relación jurídica denominada relación de sujeción, la que conectará en un extremo, a un derecho potestativo (situación jurídica de ventaja activa) y, en el otro, a un estado de sujeción (situación jurídica de desventaja inactiva). Entonces, salta a la vista la diferencia entre el derecho de crédito y el derecho potestativo, el primero forma parte de una relación obligatoria, mientras que el segundo, de una relación de sujeción. Además, en la relación obligatoria se necesita de una cooperación actuada (el sujeto grabado con la situación de desventaja tendrá que desarrollar una conducta, sea esta positiva o negativa), mientras que la relación de sujeción es una de cooperación no actuada (el sujeto grabado con la situación de desventaja no necesitará desplegar ningún comportamiento, es más, de hacerlo, este será irrelevante). Por citar algunos ejemplos en los que esté presente un derecho potestativo, podemos mencionar a aquella relación jurídica que surge como efecto de haber celebrado un contrato de opción. En efecto, en este caso el optante es titular de un derecho potestativo que de ser ejercido le permitirá dar por celebrado el contrato definitivo mediante su sola declaración de aceptación y modificar así la esfera jurídica del concedente. Otro caso en el que está presente la figura que analizamos, es el de la resolución contractual por incumplimiento, la que opera, siempre, como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo inserto en la relación contractual y cuya actuación depende de la valoración particular del sujeto afectado con el incumplimiento; también podemos mencionar al derecho de desistimiento en los contratos a plazo indeterminado (*ex art. 1365 c.c.*). Para una noción del derecho potestativo, ver especialmente: PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 76; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*, Trad. efectuada por Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 416; ROPPO, Vincenzo. "Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas", tomado de "Istituzioni di diritto privato". En: *Derecho de las relaciones obligatorias*. Lecturas seleccionadas y traducidas por Leysser L. León, Jurista Editores, 2007, Lima, p. 49.

cuya actuación dependerá de la valoración particular del sujeto afectado por el incumplimiento⁽³⁴⁾.

La resolución por incumplimiento tiene cuatro modalidades, de las cuales solo las tres primeras han sido previstas en nuestro ordenamiento jurídico: **(a)** la resolución judicial (artículo 1428 del CC), **(b)** la resolución por intimación (artículo 1429 del CC), **(c)** la resolución por cláusula resolutoria expresa (artículo 1430 del CC) y **(d)** la resolución por vencimiento del plazo esencial⁽³⁵⁾.

2. Fundamento de la resolución por incumplimiento

Sobre el fundamento de la resolución por incumplimiento se han elaborado diversas teorías, siendo las principales –de acuerdo con Rodolfo Sacco y Giorgio De Nova⁽³⁶⁾– las siguientes:

2.1. Teoría de la condición resolutoria implícita

Esta teoría, que tiene entre sus adeptos a Giorgio Giorgi, entiende a la resolución como una condición resolutoria implícitamente puesta por las partes en el contrato, siendo el evento futuro en que consiste la condición: el incumplimiento de una de las partes. A pesar de ser la teoría más antigua, hasta la fecha sigue siendo invocada no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia, un claro ejemplo de ello es la **Resolución N° 07**, en la que se señala que es la condición resolutoria implícita presente en todo contrato, la que da derecho al contratante que cumplió a demandar judicialmente la resolución o el cumplimiento.

(34) IUDICA, Giovanni y ZATTI, Paolo. *Linguaggio e regole del diritto privato*. Ob. cit., p. 349: “No es del todo exacto decir que el incumplimiento es causa de resolución del contrato: Es más preciso decir que el incumplimiento de una parte atribuye a la otra el **derecho potestativo** de resolver el contrato”; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio: *Il contratto*. Ob. cit., p. 586: “La posición del sujeto, a quien es reservado el poder de resolver el contrato, o de promover la resolución, es definida como un derecho potestativo”.

(35) La resolución por vencimiento del plazo esencial no ha sido regulada por nuestro Código Civil, empero ello no es óbice para que las partes puedan incorporarla en su programa negocial. En sede nacional, se ha ocupado del estudio de este mecanismo resolutorio, de manera inmejorable: FORNO FLÓREZ, Hugo. “El plazo esencial y la tutela resolutoria”. En: *Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, ob. cit., 971-1018; Id. “Resolución por incumplimiento”. En: AA.VV. *Temas de Derecho contractual*. Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 130-136.

(36) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Ob. cit., pp. 583-588.

Respecto a esta teoría –que sin mayor reflexión acoge nuestra Corte Suprema– debemos recordar que esta ha sido duramente criticada por varias razones: En primer lugar, es superfluo investigar una voluntad de las partes cuando la ley es explícita al permitir al acreedor defraudado resolver un contrato ante la verificación de determinados presupuestos de hecho. En segundo lugar, cuando opera una condición resolutoria no deja abierta la posibilidad de que surjan deberes de reparación de daños, contrariamente a lo que sucede cuando opera la resolución del contrato por incumplimiento. En tercer lugar, la condición resolutoria se caracteriza por su automaticidad, esto es, por operar ipso iure ante la sola realización del evento futuro, resolviendo automáticamente el contrato, sin necesidad de declaración del interesado (como sucede en la resolución por intimación y por cláusula resolutoria expresa) o de sentencia del juez (como sucede en la resolución judicial por incumplimiento).

2.2. Teoría de la causa

Esta teoría fue introducida por Demolombe y luego seguida, entre otros, por Borsari, Luigi Mosco, Francesco Santoro-Passarelli, Francesco Galgano y Francesco Gazzoni, Michele Tamponi, etc. De acuerdo con ella, quien contrata lo hace en vista del cambio, de manera que si la contraprestación está ausente o es insuficiente, el cambio falta, y entonces la obligación o atribución patrimonial asumida por una de las partes deja de contar con la base que debía justificarla.

Esta teoría intentó ser censurada fundamentalmente por tres razones, ninguna de las cuales compartimos como veremos más adelante: En primer lugar, porque la existencia de la causa se examina al momento del contrato y no al momento del cumplimiento. En segundo lugar, porque el defecto en la causa desemboca en la nulidad y no en la resolubilidad del contrato. En tercer lugar, al ser la causa un elemento esencial del contrato, no puede existir en el momento genético y sucesivamente desaparecer.

2.3. Teoría del enriquecimiento injustificado

Para esta teoría, según Gino Gorla⁽³⁷⁾, el fundamento de la resolución consiste en la prevención de un enriquecimiento injustificado. Así, la resolución estaría dirigida a evitar que un contratante se enriquezca injustificadamente en perjuicio del otro, quien sufriría un empobrecimiento en su patrimonio.

Esta teoría es criticada por cuanto una vez resuelto el contrato, las restituciones son debidas incluso si el enriquecimiento no existe.

2.4. Teoría de la sanción

Esta teoría es sostenida principalmente por Giuseppe Auletta y, según la cual, la resolución por incumplimiento constituye una medida sancionatoria impuesta por el ordenamiento jurídico al contratante que no ejecuta su prestación condenándolo a perder el derecho a la contraprestación y al resarcimiento de los daños. En opinión de Auletta, la resolución se explica como una sanción (satisfactoria para el acreedor, afflictiva para el sujeto incumpliente) que sigue al incumplimiento⁽³⁸⁾. Al concebir a la resolución como sanción, esta teoría requiere como presupuesto, la culpa en el incumplimiento.

En contra de esta tesis se han sostenido distintos argumentos. Primero, cuando la resolución se produce, el contratante incumpliente no es solamente sancionado sino que llega a obtener ventajas consistentes en verse liberado de su obligación y en la restitución a su favor de la parte de la prestación que hubiera efectuado. Segundo, el resarcimiento por daños solamente procede cuando estos se hayan producido y cuando el incumplimiento le sea imputable al deudor. Tercero, la parte fiel tendrá interés en desligarse del vínculo contractual tanto por el incumplimiento culposo como por el fortuito.

En **nuestra opinión** la teoría que mejor explica el fundamento de la resolución por incumplimiento es la teoría de la causa. En efecto,

(37) GORLA, Gino. *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, citado por SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Ob. cit., p. 586.

(38) AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Giuffrè Editore, Milano, 1942, p. 147.

debemos comenzar por precisar que la causa es un elemento de la estructura del contrato y debe ser entendida como la función económico-individual o la finalidad concreta que el singular contrato está llamado a desarrollar⁽³⁹⁾. La causa, entonces, va a estar representada por el interés común o el interés conjunto de los contratantes que aparecerá expresado u objetivado en el texto o en el contexto del contrato y a cuya satisfacción estará dirigida la operación contractual. Este elemento contractual debe cumplir con tres requisitos a saber: la licitud, la realizabilidad al momento de la celebración del contrato (realizabilidad genética) y la realizabilidad durante la ejecución del contrato (realizabilidad funcional), siendo que la ausencia u omisión de alguno de estos requisitos ocasionará la nulidad (por ilicitud de la causa), la inexistencia (por ausencia de la causa) o la ineficacia (por desaparición o frustración de la causa) del acto de autonomía privada.

En consecuencia, la causa no solo tiene relevancia en la fase de formación del contrato (relevancia estática), sino también en la fase de actuación del contrato (relevancia dinámica)⁽⁴⁰⁾; de allí que resulte incorrec-

(39) Son partidarios de la teoría de la causa concreta o de la función económico-individual, entre otros: FERRI, Giovanni Battista. "El negocio jurídico". En: AA.VV. *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 estudios fundamentales*, Trad. efectuada por Leysser León, ARA, Lima, 2001, p. 227; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il contratto*, III, Nuova ristampa con aggiornamento, Giuffrè, Milano, 1998, p. 425 y ss.; GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 762 y ss.; ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., pp. 343 y 344; FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Trad. efectuada por Nélvor Carreteros Torres, Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León; 1ª edición, Grijley, Lima, 2004, p. 227 y ss.; REDENTI, Enrico. "La causa del contratto secondo il nostro codice civile". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 904 y 905; CARUSI, Donato. "La disciplina della causa". En: *I contratti in generale*, a cura di Enrico Gabrieli, Tomo I, UTET, Torino, 1999, p. 535; NAVARRETA, Emanuela. "Causa del contrato". En: BRECCIA, Humberto; BRSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto; LOI, Dianota y ZANA, Mario. *Diritto privato*, Parte Prima, UTET, Torino, 2003, pp. 272-276 y 279-281; Traducción de Rómulo Morales Hervias; En: <<http://blog.pucp.edu.pe/media/2611/20090516-Causa%20del%20contrato-Navaretta.pdf>>; Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*. Volumen I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996. pp. 234-236. En sede nacional, ver: MORALES HERVIAS, Rómulo. "La causa del contrato en la dogmática jurídica". En: *Estudios sobre teoría general del contrato*, Grijley, Lima, 2006, p. 267 y ss.; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "La resolución judicial por incumplimiento del contrato. Y los remedios involucrados en el artículo 1428 del Código Civil". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 11, Número 87, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 74 y 75.

(40) En tal sentido: ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 368; NAVARRETA, Emanuela. *Causa del contrato*. Ob. cit. MORALES HERVIAS, Rómulo. "La causa del contrato en

to señalar que una patología en la causa necesariamente desencadena en la nulidad del contrato⁽⁴¹⁾, pues bien podría determinar su inexistencia o ineficacia, dependiendo del requisito que esté ausente. Con acierto se ha afirmado que “la causa no solamente es relevante en el plano genético o de la formación del contrato. También lo es en el plano funcional cuando el contrato produce las consecuencias jurídicas pero acaecen hechos jurídicos que perturban la funcionalidad del contrato”⁽⁴²⁾.

Ahora bien, la causa es la razón que justifica al contrato y la razón justificativa de los desplazamientos de riqueza creadas por el contrato oneroso (o con atribuciones patrimoniales correspondientes) es la reciprocidad de las ventajas y de los sacrificios jurídicos que el contrato produce para las partes, en otras palabras, el intercambio entre las atribuciones patrimoniales es lo que justifica el contrato, es la causa del contrato⁽⁴³⁾. La resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela que busca restablecer el equilibrio⁽⁴⁴⁾ entre las atribuciones patrimoniales que se han visto afectadas por efecto de un evento sobreviniente como es el incumplimiento grave. En tal sentido, el fundamento de la resolución por incumplimiento se encuentra en la relación de reciprocidad y equilibrio entre las atribuciones patrimoniales que deben conservarse durante la ejecución del contrato, de manera que no estará obligado a cumplir o, de ser el caso, tendrá derecho a que se le restituya la atribución ya ejecutada, quien, como consecuencia del turbamiento de dicho equilibrio, no pueda recabar de la parte contraria la satisfacción del interés que le impulsó a contratar⁽⁴⁵⁾.

la dogmática jurídica”, ob. cit., p. 279 y ss. CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “La resolución judicial por incumplimiento del contrato...”, ob. cit., p. 75.

(41) Que es la objeción que se formula a la teoría de la causa.

(42) MORALES HERVIAS, Rómulo. “La causa del contrato en la dogmática jurídica”. Ob. cit., p. 294.

(43) Así: ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 348.

(44) Téngase siempre presente que: “El equilibrio contractual pertenece a las partes, pues estas tienen programado un determinado contenido prima facie satisfactorio, salvo eventuales factores exógenos o endógenos perturbadores del procedimiento de formación del contrato y de su fase de ejecución”. GRONDONA, Mauro. “Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada”. Traducción de Pablo Andrés Moreno Cruz. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 20, Bogotá, enero-junio, 2011, pp. 209 y 219.

(45) Con mayor amplitud: MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ob. cit., principalmente, pp. 19-32.

La resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela del interés del acreedor, que como tal podrá ser utilizado tan pronto como el programa contractual deje de estar en posibilidad de asegurar la satisfacción de dicho interés⁽⁴⁶⁾, sin importar si el incumplimiento que ocasionó la ruptura de la reciprocidad entre las atribuciones patrimoniales le es imputable o no al deudor, con lo que queda descartada la teoría de la sanción, pues la sanción contra el incumplimiento no consiste en la acción resolutoria, sino en la acción resarcitoria del daño⁽⁴⁷⁾. Volveremos sobre ello al estudiar las diferencias entre la tutela resolutoria y la resarcitoria.

3. Presupuestos de la resolución por incumplimiento

La aplicación de la resolución por incumplimiento tiene los siguientes presupuestos: **(i)** la reciprocidad de las atribuciones patrimoniales; **(ii)** la gravedad del incumplimiento; **(iii)** la ausencia de circunstancias justificantes; **(iv)** la legitimación del actor.

3.1. La reciprocidad de las atribuciones patrimoniales

Respecto al primero de los presupuestos debemos señalar que la resolución por incumplimiento solo procede cuando el incumplimiento de la parte infiel recae sobre una de las atribuciones patrimoniales derivadas

(46) En tal sentido: GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Ob. cit., p. 949: “Ella (la resolución) se verifica cuando el programa contractual no es capaz de desarrollar la propia función que es aquella de asegurar la satisfacción de los intereses de los contratantes”; ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 865: “La resolución es remedio dado en interés particular de un contratante: aquel que sufre el incumplimiento de la contraparte, o la imposibilidad de la prestación esperada, o el excesivo agravamiento de la prestación debida, o los vicios materiales o jurídicos de la cosa comprada, o los defectos o deformidad de la obra contratada, etc. Y, en efecto, es de su interés particular ser liberado del vínculo contractual y en particular de los propios compromisos de prestación”.

(47) En tal sentido: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Ob. cit., p. 265, quien sostiene que: “Lo cierto, en cambio, es que el legislador tiene en cuenta entonces el incumplimiento, no en atención a su ilicitud, sino en cuanto turbación del equilibrio contractual; de suerte que la sanción contra el incumplimiento no consiste en la acción resolutoria, sino en el resarcimiento del daño, que es la reacción típica frente al ilícito civil y que la ley consagra expresamente como la consecuencia posterior y autónoma del incumplimiento. Esto explica, desde el punto de vista práctico, que para la resolución del contrato no sea necesario que medie culpa del deudor y que para dicho fin sea suficiente el incumplimiento, objetivamente considerado. Lo que no impide, oírgase bien, que las más de las veces el incumplimiento provenga de la culpa, caso en el cual los dos remedios habrían de coincidir, pero este es un asunto que deberá tratarse en materia de culpa contractual”.

de un contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas⁽⁴⁸⁾. Esta limitación no es caprichosa pues, según se ha visto al estudiar el fundamento de la resolución por incumplimiento, lo que justifica la operancia de este mecanismo de tutela es la ruptura del paralelismo que debe existir entre las atribuciones patrimoniales asumidas por cada uno de los contratantes, paralelismo que es exclusivo del contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas.

Nuestro Código Civil regula a esta clase de actos de autonomía privada como contratos con prestaciones recíprocas, empero nosotros preferimos hablar de contratos con atribuciones patrimoniales corresponsivas, en tanto que, las prestaciones son objeto únicamente de las relaciones obligatorias⁽⁴⁹⁾ y, los contratos pueden generar efectos distintos a los meramente obligacionales⁽⁵⁰⁾, como puede verse, por ejemplo, en el contrato de compraventa inmobiliaria, el contrato de opción, la promesa del hecho ajeno, el contrato a favor de tercero, la cesión de posición contractual, la cesión de derechos, la asunción de deudas, etc. De allí que en lugar de prestaciones, preferimos referirnos a atribuciones patrimoniales, entendidas estas como sacrificios, resultados útiles, ventajas o beneficios en general. Tal precisión nos permite, además, concluir que la resolución contractual no solo se aplica a los contratos meramente obligatorios, pues ello implicaría tener una visión parcial o restringida del fenómeno resolutorio⁽⁵¹⁾.

(48) Para un estudio exhaustivo del contrato con prestaciones corresponsivas, ver: SCALFI, Gianguido. “Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive”. En: *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Parte I, Anno LVI, Vallardi, Milano, 1958, pp. 453-495.

(49) Al igual que el artículo 1426 de nuestro Código Civil, el artículo 1453 del Codice Civile habla de “contratos con prestaciones recíprocas”, lo que podría llevar a pensar que el contrato solo tendría eficacia obligatoria, pues las prestaciones son objeto de las obligaciones; empero, la doctrina mayoritaria italiana –en razonamiento perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico– considera que la referencia a las prestaciones no indica, de por sí, que los efectos del contrato se reduzcan a los obligatorios, sino que debe entenderse a la “prestación”, de modo genérico, como todo sacrificio patrimonial. Ver: SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. Ob. cit., p. 944.

(50) Sobre el ámbito de aplicación de la resolución contractual por encima del incumplimiento de obligaciones, ver: Andrea MONTANARI. “Risoluzione del contratto e risarcimento dell’interesse negativo”. En: *Europa e Diritto Privato*. N° 3, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 785-794.

(51) MONTANARI, Andrea. “Risoluzione del contratto e risarcimento dell’interesse negativo”. Ob. cit., pp. 790 y 791: “En definitiva, la violación de la *lex contractus* constituye una categoría más amplia de aquella del incumplimiento de la obligación y, entonces, la lectura

Aunque parezca increíble en la **Resolución N° 08** se aprecia que en alguna oportunidad nuestros órganos jurisdiccionales (Juzgado Civil, Quinta Sala Civil Superior y Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema) han obviado la reciprocidad de las atribuciones patrimoniales como presupuesto indispensable a efectos de que opere la resolución contractual. En efecto, de la citada resolución se tiene que el Juzgado Civil declaró fundada una demanda de resolución de contrato de donación, sentencia que una vez apelada fue revocada y reformada por la Quinta Sala Civil declarando –correctamente– la improcedencia de la demanda, sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, declaró fundado el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, declaró nula la sentencia de vista y ordenó que Sala Civil Superior emita un nuevo pronunciamiento, fundando tal decisión en que el *ad quem* al expedir la sentencia de vista se contradice con lo resuelto en el auto de vista que declaró infundadas las excepciones interpuestas por la demandada, pues en aquella oportunidad se señaló que sí procedía la resolución de contrato de donación por incumplimiento de lo pactado. Pues bien, en el presente caso, el Juzgado Civil al expedir la sentencia, la Sala Civil al emitir el auto de vista indicado y la Sala Suprema al resolver el recurso de casación, no tuvieron en cuenta algo absolutamente elemental como es que la donación es un contrato con causa gratuita, un negocio de liberalidad, un contrato con prestación unilateral, en tanto que una de las partes, el donante, experimenta un sacrificio patrimonial sin recibir nada a cambio; razón por la cual le es inaplicable la resolución por incumplimiento, pues lo que justifica el ejercicio de este mecanismo de tutela es precisamente –como lo hemos sostenido líneas más arriba– la ruptura del paralelismo que debe existir entre prestación y contraprestación, paralelismo que es exclusivo de los contratos con prestaciones recíprocas. Frente a un contrato con prestación unilateral, como es la donación, no tiene sentido la resolución por incumplimiento desde que la contraparte no tiene prestación a su cargo de la que le interese liberarse.

de la primera a la luz del paradigma normativo del segundo solo puede resultar reductora, logrando capturar solo aquel aspecto parcial representado por las violaciones contractuales que consisten en el incumplimiento de la obligación”.

3.2. La gravedad del incumplimiento

Sobre el incumplimiento nos remitimos a lo señalado en el acápite 3.1. del presente trabajo, siendo suficiente recordar que tanto el incumplimiento total, como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, autorizan al acreedor a resolver el contrato. Ahora bien, en lo que concierne al presupuesto de la importancia del incumplimiento, debemos señalar que, a diferencia del Código Civil italiano⁽⁵²⁾, el nuestro –pese a haberse inspirado en aquel– no lo tipifica, empero ello no puede llevarnos a pensar que el remedio resolutorio puede ser actuado frente a cualquier incumplimiento, sino que este debe ser importante, grave o cualificado⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾, pues ello constituye una específica manifestación de la regla de la buena fe⁽⁵⁵⁾ (puntualmente, la buena fe objetiva, en la etapa de ejecución del contrato, en donde aquella impondrá a cada una de las partes salvaguardar la utilidad de la otra, siempre que esto no implique un apreciable sacrificio a su cargo⁽⁵⁶⁾) cuya presencia a lo largo de todo

(52) **Artículo 1455 del Código Civil italiano.- Relevancia del incumplimiento.**- “El contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra”.

(53) Sustenta la exigencia del requisito de la importancia del incumplimiento en la aplicación del principio de la buena fe contractual: AULETTA, Giuseppe. “Importanza dell’ inadempimento e diffida ad adempiere”. En: *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IX, Giuffrè, Milano, 1955, p. 655 y ss. En esa misma línea, en sede nacional: FORNO FLÓREZ, Hugo. “El plazo esencial y la tutela resolutoria”. Ob. cit., pp. 996 y 997; Id., “Resolución por intimación”. Ob. cit., p. 113; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “La resolución judicial por incumplimiento del contrato...”. Ob. cit., p. 80; ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. “Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas”. En: *Jus, Doctrina & Práctica*, N° 9, setiembre, 2007, pp. 215 y 216.

(54) Es menester precisar que en el específico caso de la resolución por cláusula resolutoria expresa, aquella procede aun cuando el incumplimiento sea de escasa importancia, pues aquí el efecto resolutorio deriva directamente del contenido del contrato, de manera que una valoración efectuada por el juez interferiría con el ejercicio de la autonomía privada y con la valoración que ya ha sido hecha por las partes: Así: MIRABELLI, Giuseppe. “Dei contratti in generale”. En: *Commentario del Codice Civile*. Libro IV, Tomo II, UTET, Torino, p. 626; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. cit., pp. 369 y 370; ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 885; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorigio. *Il contratto*. Ob. cit., 623 y 624; Cfr. GRONDONA, Mauro. “Gravedad del incumplimiento...”. Ob. cit., principalmente, pp. 295-299.

(55) La buena fe que es precisadas con un instrumento de corrección y de control de las disfunciones relacionadas con un uso unilateral y distorsionado de la autonomía privada, a fin de que esta última se ubique en su justo lugar, esto es, entre libertad y justicia contractual.

(56) BIANCA, Cesare Massimo. “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”. En: *Rivista di diritto civile*. I, Cedam, Padova, 1983, pp. 209-2010: “En la ejecución del contrato y de la relación obligatoria, la buena fe se especifica también como obligación de salvaguardia. Aquí, la buena fe impone a cada una de las partes actuar

el *iter* contractual es ordenada por el artículo 1362 del citado cuerpo normativo⁽⁵⁷⁾, y es que hacer valer como causal de resolución, un incumplimiento de escasa importancia, sería contrario a la buena fe. En consecuencia, el juez, luego de verificar el incumplimiento debe evaluar, de oficio, la relevancia de este, y luego fundamentar al respecto. Ahora bien, sobre la valoración de la gravedad o importancia del incumplimiento debemos señalar, en primer lugar, que aquella se mide por la afectación de la economía del contrato, y no por elementos extraños, como, por ejemplo, las condiciones económicas de las partes; y en segundo lugar, que existen dos criterios de valoración contrapuestos, uno objetivo, fundado sobre el valor de la prestación no realizada, que se debe relacionar con el valor total de las prestaciones contractuales; y otro subjetivo, fundado sobre la gravedad de la lesión causada al interés del acreedor de obtener un cumplimiento exacto; empero un sector de la doctrina⁽⁵⁸⁾ y la jurisprudencia italiana⁽⁵⁹⁾ reconcilian los dos criterios, utilizándolos cumulativamente; sin perjuicio de lo cual consideramos que la formulación

de modo tal que se preserven los intereses de la otra parte, independientemente de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual del *neminem laedere*. Este compromiso de solidaridad, que se proyecta más allá del contenido de la obligación, y de los deberes de respeto del otro, encuentra su límite en el interés propio del sujeto. El sujeto está obligado a salvar el interés del otro, pero no al punto de sufrir un apreciable sacrificio, personal o económico. En efecto, ante la falta de una particular tutela jurídica del interés del otro, no se justificaría la prevalencia del mismo sobre el interés del propio sujeto. La buena fe, como obligación de salvaguardia, puede entonces ser identificada como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites que esto no comporte un apreciable sacrificio a su cargo”.

(57) **Artículo 1362 del Código Civil.** - “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

(58) DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 168-172; ID., *La tutela civile dei diritti*, Quarta edizione riveduta e aggiornata, Giuffrè, Milano, 2003, p. 385; BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. La Responsabilità*. Ob. cit., pp. 272-273: “La gravedad del incumplimiento debe ser valorada en relación con el interés del acreedor según un criterio objetivo debiéndose reputar grave un incumplimiento que perjudique en medida normalmente intolerable las legítimas expectativas del acreedor. Doctrina y jurisprudencia también admiten la relevancia de un criterio subjetivo que tenga en cuenta la particular importancia que la prestación puede tener para el acreedor. La particular importancia de la prestación, sin embargo, debe resultar del contrato, no pudiéndose entregar a la incontrolada apreciación del mismo acreedor un requisito previsto por la ley como límite a su poder de resolución”. GRONDONA, Mauro. “Gravedad del incumplimiento...”. Ob. cit., p. 275: “Emerge entonces que el criterio objetivo y el subjetivo que son, precisamente, dos caras de la misma moneda: dos aspectos de aquello que los estudiosos acostumbra llamar economía del contrato, el negocio, como configurado por los abogados de las partes por medio del reglamento contractual”.

(59) Dan cuenta de ello: SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Ob. cit., p. 600.

más feliz es aquella que nos habla de un incumplimiento que es tal que permite entender que el contratante ofendido, si lo hubiera previsto, no habría celebrado el contrato⁽⁶⁰⁾.

3.3. La ausencia de circunstancias justificantes

El incumplimiento que conlleva la resolución debe ser un incumplimiento injustificado, pues de lo contrario el deudor o parte incumpliente podrá oponer o excepcionar una causa de justificación de su incumplimiento y si esta es probada, la resolución deberá ser denegada. Esto último sucedería, por ejemplo, cuando el incumplimiento se deba a la falta de cooperación del acreedor o cuando, por parte de este, existe una tolerancia al incumplimiento, como ocurre cuando su comportamiento frente a los incumplimientos deja entender que para él estos no ponen en discusión la continuación de la relación contractual⁽⁶¹⁾.

3.4. La legitimación del actor

Este presupuesto implica que la parte que solicita la resolución del contrato no sea también incumplidora. Así, para que opere la resolución contractual será necesario que el acreedor haya cumplido su propia atribución patrimonial o que al menos haya garantizado su cumplimiento, de manera que se evite que este se vea obligado a cumplir antes de instar la resolución.

4. La imputabilidad del incumplimiento como circunstancia ajena a la tutela resolutoria pero propia de la tutela resarcitoria

Un sector de la doctrina⁽⁶²⁾ considera como un requisito adicional para que pueda operar la resolución por incumplimiento, el que este le

(60) Así: SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Ob. cit., p. 601; MESSINEO, Francesco. *Dottrina general del contratto*. Ob. cit., p. 713.

(61) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 878; IUDICA, Giovanni. “Risoluzione per inadempimento”, ob. cit., p. 751: “La jurisprudencia ha sido siempre constante en individualizar en la aquiescencia o tolerancia del acreedor una causa preclusiva de la acción de resolución. Una parte que, frente al incumpliendo de la otra, en lugar de ejercitar la acción de resolución prefiere dar ejecución al contrato, demuestra con tal comportamiento atribuir escasa importancia, en la economía del negocio, al incumplimiento de la contraparte”.

(62) Así: TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. Ob. cit., pp. 1485, 1486. En sede nacional: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general”,

sea imputable a título de dolo o culpa al deudor, fundando tal afirmación en que la imputabilidad del incumplimiento marca la distinción entre los supuestos de resolución por incumplimiento y resolución por imposibilidad sobreviniente.

Nosotros no compartimos tal tesis, pues no solo carece de sustento normativo, sino que, además, la exigencia de dicha imputabilidad importaría desnaturalizar la función del mecanismo resolutorio, el cual no busca reaccionar contra la conducta de la parte infiel, sino contra el desequilibrio económico entre las atribuciones patrimoniales. En efecto, la resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela del interés del acreedor, por lo que es suficiente que dicho interés se vea afectado como consecuencia de la ruptura del equilibrio sinalagmático, para que tal mecanismo pueda operar, sin importar si la inejecución le es o no imputable al deudor⁽⁶³⁾; y es que cualquier hecho que reduzca o frustre el interés del acreedor, aun cuando sea extraño a la voluntad del deudor, debe ser soportado por este último.

Consideramos que la tesis que exige la culpabilidad en el incumplimiento confunde dos mecanismos de tutela distintos, como son la resolución por incumplimiento y la responsabilidad civil; instituciones jurídicas que no solo buscan tutelar intereses diferentes sino que, además, requieren de la concurrencia de elementos constitutivos distintos y cumplen funciones distintas. Así, la resolución por incumplimiento busca tutelar dos intereses, a saber, el interés en que se restituya o restablezca el equilibrio económico entre las atribuciones patrimoniales y el interés en la liberación de un vínculo que ya no resulta útil⁽⁶⁴⁾; mientras que la

Segunda Parte - Tomo IV, Vol. XV. En: *Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, pp. 318 a 323.

(63) VERDERA SERVER, Rafael. *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Cedam, Padova, 1994, p. 47; MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ob. cit., pp. 25-41; SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. Ob. cit., p. 948. En sede nacional: CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “La resolución judicial por incumplimiento...”. Ob. cit., pp. 80 y 81; ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. “Resolución por incumplimiento...”. Ob. cit., pp. 216 y 217.

(64) Sobre los intereses que tutela la resolución por incumplimiento se ha dicho que: “La resolución del contrato por incumplimiento tutela, entonces, no solo el sinalagma contractual, sino también aquel ulterior bien jurídico constituido por el interés del contratante en liberarse del vínculo violado en cuanto inadecuado para dar curso al equilibrio económico consagrado en el reglamento contractual”. MONTANARI, Andrea.

responsabilidad civil busca tutelar el interés en la indemnidad, esto es, el interés en quedar en la misma situación en la que uno se encontraba antes de que el daño se hubiese producido. Los elementos constitutivos de la resolución por incumplimiento –como ya se ha visto– son la reciprocidad de las atribuciones, la gravedad del incumplimiento, la ausencia de justificación y la legitimación del actor; mientras que los elementos de la responsabilidad civil son el daño, el criterio de imputación y la relación de causalidad. Asimismo, la responsabilidad civil constituye un remedio judicial, en tanto solo puede ser aplicado o declarado por el juez; mientras que la resolución por incumplimiento puede ser tanto un remedio judicial (como en el caso de la resolución judicial por incumplimiento), como uno extrajudicial, en el sentido de que el interesado puede aplicarlo directamente en vía de autotutela privada (como en el caso de la resolución por intimación, por cláusula resolutoria expresa) o puede tener efecto automático frente a la configuración de un determinado evento (como en el caso de la resolución por vencimiento del plazo esencial).

Un ejemplo dejará claro el asunto: A propietario de un inmueble de dos pisos celebra con C un contrato de arrendamiento respecto del segundo piso, estableciendo en una de sus cláusulas que este se obliga a no destinar todo o parte de dicho ambiente a la venta de productos farmacéuticos, precisando que el incumplimiento de tal prestación negativa, facultará al arrendador a dejar sin efecto el referido contrato (cláusula resolutoria expresa), pues B, arrendatario del primer piso, ya utiliza este ambiente para dicho rubro comercial y en su contrato se pactó la exclusividad que, a tal efecto, este tendría en todo el inmueble. Por un determinado motivo C debe salir de viaje por unas semanas y decide encargar la custodia del departamento y de los bienes que se encuentran dentro, a un familiar D con la expresa indicación de la prestación negativa a la que aquel se encuentra obligado; sin embargo, haciendo caso omiso a esto D destina parte del inmueble a la venta de productos farmacéuticos,

“Risoluzione del contratto e risarcimento dell’interesse negativo”. Ob. cit., p. 796. DI MAJO, Adolfo. “La responsabilità contrattuale”. Ob. cit., p. 152: “El interés que puede inducir a un contratante a actuar la resolución del contrato es fácilmente perceptible: estos, se ha dicho, donde todavía no haya ejecutado la propia obligación, tendrá la intención de ser liberado de la ejecución; donde ya la haya ejecutado, en todo o en parte, tendrá la intención de obtener la restitución”.

frente a lo cual A decide resolver el contrato por incumplimiento. Pues bien, en el caso planteado, el incumplimiento no le es imputable –a título de dolo o culpa– al deudor (el arrendatario C), sin embargo, ¿alguien podría sostener que tal circunstancia determina que el acreedor (el arrendador) no podría resolver el contrato de arrendamiento? Evidentemente que no, pues, como se ha señalado, a efectos de echar mano de la tutela resolutoria por incumplimiento, es del todo prescindible un indagación sobre la imputabilidad del incumplimiento.

Por último, debe precisarse que el criterio distintivo entre los supuestos de resolución por incumplimiento y resolución por imposibilidad sobreviviente, no radica en la imputabilidad o inimputabilidad del incumplimiento, sino en el carácter potestativo de aquella frente a la operancia automática o *ex lege* de esta.

En conclusión, todo incumplimiento importante (aun cuando no imputable) es causa de resolución contractual, mientras que todo incumplimiento imputable (aun cuando no importante) es fuente de responsabilidad y resarcimiento; de allí que la imputabilidad del incumplimiento no juegue ningún papel en la resolución del contrato, y la importancia del incumplimiento tampoco lo juegue en la responsabilidad civil, pues aun un incumplimiento de escasa importancia, siempre que sea consecuencia directa de un comportamiento doloso o culposo y produzca algún daño, generará el deber de resarcimiento.

5. Los mecanismos de tutela previstos en el artículo 1428 del Código Civil y su posible y correcta acumulación procesal

Pese a la marcada distinción que acabamos de advertir entre la tutela resolutoria y la tutela resarcitoria, no parecen hacer lo propio nuestros tribunales. Claro ejemplo de esto son tanto la **Resolución N° 09** en la que se señala que la pretensión indemnizatoria es amparable por el solo hecho de haberse resuelto el contrato por incumplimiento, como la **Resolución N° 10** en la que no solo se sostiene que la indemnización por daños y perjuicios puede demandarse como pretensión accesoria a la resolución de contrato, sino que además se afirma que eso es lo que preceptúa el artículo 1428 del Código Civil. Al respecto, debemos señalar que el resarcimiento no es una consecuencia obligatoria y necesaria

de la declaración de resolución contractual, como erróneamente se afirma en la **Resolución N° 09**, pues a efectos de obtener la resolución contractual no es necesario probar que del incumplimiento se haya derivado un daño a la parte fiel. Asimismo, en el artículo 1428 del citado cuerpo normativo se encuentran tres diferentes formas de tutela del interés de la parte que se ve perjudica con el incumplimiento: **(i) la tutela resolutoria**, que busca que el acreedor se libere del vínculo contractual para evitar el desequilibrio económico del contrato, siendo que aquel optará por este mecanismo cuando no tenga ya interés en obtener la atribución patrimonial; **(ii) la tutela de cumplimiento**, que busca que el programa contractual se actúe en los términos pactados y de ese manera el acreedor pueda obtener la ejecución *in natura* de la prestación incumplida, siendo que aquel optará por este mecanismo cuando la atribución resulte posible y de interés para él; y **(iii) la tutela resarcitoria**, que busca que el acreedor pueda obtener una compensación económica frente a los daños provocados por el incumplimiento. Así, la parte fiel al programa contractual tiene a su disposición estos tres mecanismos de tutela que pueden ser planteados como pretensiones procesales; empero tal norma no ha establecido una específica forma de acumulación para tales pretensiones, como equivocadamente lo da a entender la **Resolución N° 09**. Ahora bien, centrándonos en la pretensión resolutoria y la pretensión resarcitoria es menester precisar que esta última no puede ser postulada como pretensión accesoria de la primera⁽⁶⁵⁾ (ni tampoco de la pretensión de cumplimiento), sino que ambas deben ser planteadas como pretensiones autónomas o principales⁽⁶⁶⁾ dentro de una misma demanda

(65) Pues la acumulación accesoria de pretensiones implica que el resultado de la segunda pretensión (accesoria) esté condicionado al resultado de la primera (principal), de manera que si la pretensión principal es estimada la accesoria también lo será e, igualmente, si la principal fuera desestimada, la accesoria seguirá la misma suerte.

(66) Esta acumulación no es mencionada expresamente en el Código Procesal Civil, empero su planteamiento no representará óbice alguno para la admisión de la demanda. Así lo ha establecido de manera acertada nuestra Corte Suprema al señalar que: “La acumulación que se presenta no es ninguna de las previstas en el artículo 85 del Código Procesal Civil, no siendo estas las únicas formas de acumulación objetiva, ya que la misma norma señala expresamente que tal acumulación puede ser subordinada, alternativa o accesoria, es decir, no la restringe solo a estos supuestos, pudiendo ocurrir que en un acto postulatorio se demanden pretensiones autónomas entre sí que tengan en común el mismo hecho generador”: **Casación N° 244-2001-Cusco**, publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 2 de enero de 2012. Por lo demás, esta clase de acumulación es frecuentemente usada en la práctica judicial, lo que ha determinado su consideración expresa en el Proyecto de

o, en todo caso, como pretensiones únicas en demandas independientes, pues –como hemos visto– ambos mecanismos de tutela tienen presupuestos, efectos y funciones diversas⁽⁶⁷⁾ (lo mismo debe decirse de la pretensión de cumplimiento que tiene como presupuesto único que el contrato resulte incumplido, sin que resulte necesaria una particular calificación del incumplimiento), además de contar con un sustento fáctico propio y de requerir con un objeto de probanza independiente. Si se pretende acumular en una misma demanda, una pretensión resolutoria y una pretensión resarcitoria, lo correcto es hacerlo como pretensiones autónomas, pues en tal caso, el amparo o desestimación de la una no dependerá de la estimación o rechazo de la otra, como sí sucede en la acumulación accesoria y subordinada, y además, el juez deberá pronunciarse sobre cada una de ellas, bien sea aceptando una y rechazando la otra o bien aceptando o rechazando ambas. En efecto, un incumplimiento grave e injustificado será suficiente para amparar una pretensión resolutoria, empero ello no puede conllevar necesariamente al amparo de una pretensión resarcitoria, pues para esto se requiere que el incumplimiento le sea imputable a la parte infiel y que se hayan generado daños en la esfera jurídica de la parte fiel. Asimismo, un incumplimiento de escasa importancia que haya generado daños y que resulte imputable a la parte infiel será suficiente para amparar una pretensión resarcitoria, empero no lo será para amparar una pretensión resolutoria, pues para esto se requiere que el incumplimiento sea grave o importante⁽⁶⁸⁾.

“Ley de celeridad y modernización procesal” que contiene una serie de modificaciones al Código Procesal Civil.

- (67) En tal sentido y de manera acertada se ha señalado que: “Aquel que emerge es un sistema bipolar de la tutela *lato sensu* contractual, donde el juicio de responsabilidad del deudor por incumplimiento permanece distinto por presupuestos y efectos a la resolución del contrato, la cual constituye el remedio para tutelar la relación de correspectividad”: MONTANARI, Andrea. “Risoluzione del contratto e risarcimento dell’interesse negativo”. Ob. cit., pp. 792 y 793. Y en la misma orientación: “Siendo diversos los dos remedios (de la resolución y del resarcimiento), no pueden no ser diversas también las condiciones de su actuación”: DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale*. Ob. cit., p. 166.
- (68) En el mismo sentido: CASTRONOVO, Carlo. “La risoluzione del contratto nel diritto italiano”. Ob. cit., p. 206: “La previsión del artículo 1455 significa que, mientras todo incumplimiento genera responsabilidad por el daño causado, incluso cuando este sea de escasa importancia, no todos los incumplimientos pueden tener como éxito la resolución del contrato”.

Ahora bien, en lo que concierne a las pretensiones de resolución contractual y de cumplimiento, la **Resolución N° 11** señala de manera bastante ligera que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor solo opta por una de las dos alternativas y no por las dos a la vez. Sobre esto, debemos precisar que si bien ambas pretensiones resultan contrarias entre sí, por lo que no pueden ser planteadas acumulativamente en forma autónoma o accesorias, sí pueden serlo de manera subordinada⁽⁶⁹⁾ o alternativa⁽⁷⁰⁾ y en cualquier orden, pues así lo permite expresamente el inciso 2 del artículo 85 del Código Procesal Civil.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Por medio del presente trabajo se ha evidenciado que, en algunos puntuales pronunciamientos, nuestros órganos jurisdiccionales demuestran un errado entendimiento respecto del funcionamiento de la resolución contractual por incumplimiento, lo que repercute de manera negativa en la solución de los problemas humanos que tienen en frente. Pues bien, advertida esta deficiencia, la doctrina debe acudir, una vez más, en auxilio de nuestra jurisprudencia, a efectos de orientarla hacia una utilización correcta y adecuada de las categorías e instituciones jurídicas, que permita arribar a soluciones coherentes, claras, justas y que brinden seguridad jurídica; pues no podemos olvidar que la encomiable labor que le corresponde a los jueces⁽⁷¹⁾ consistente en la administración de justicia y en la adaptación del derecho a la realidad social regulada,

(69) En la acumulación subordinada existe una relación de dependencia y subordinación entre las pretensiones propuestas, de manera que será la pretensión principal la que el juez debe resolver en primer orden y solo se pronunciará sobre la subordinada en caso de que aquella reciba un pronunciamiento negativo.

(70) En la acumulación alternativa no hay relación de dependencia entre las pretensiones, tampoco debe esperarse a que una fracase para ocuparse de la otra, sino que las pretensiones propuestas merecerán un pronunciamiento expreso y conjunto por parte del juez, quedando a elección del demandado cuál de las dos pretensiones resueltas cumplirá en ejecución de sentencia.

(71) Para la reivindicación de la labor que cumplen los jueces dentro de la formación del orden jurídico, permítasenos remitirnos a: GRONDONA, Mario. *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalis per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, presentación di Andra D'ANGELO, Rubbettino Editore, Torino, 2008, pp. 189-217. Puede, igualmente, verse una recensión de esta obra en: RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. "L'ordine giuridico dei privati", En: *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 22, 2010-I, p. 311 y ss.

solo puede ser debidamente cumplida con base en una correcta interpretación de las leyes para lo cual se requiere de un adecuado manejo de las instituciones jurídicas que se ven involucradas.

APÉNDICE

RESOLUCIÓN N° 01:

TRIGÉSIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA

EXPEDIENTE N° 12050-2012:

“**RESOLUCIÓN N° UNO.-** (...) **TERCERO:** Del petitorio de demanda se establece que Paula Evangelina Araujo Vigil interpone demanda acumulativa objetiva originaria accesoria, siendo la pretensión principal de Resolución de contrato y la accesoria de Devolución de prestación, para que se declare resuelto el contrato de fecha 1 de setiembre de 2010 celebrado con el demandado Oscar Alfredo Paz Gonzales, así como para que se le devuelva el vehículo de placa de rodaje N° AQS-127; **CUARTO:** Que, conforme a lo previsto por el artículo 11 del Código Procesal Civil si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas; ahora bien, la pretensión principal de resolución de contrato es un proceso declarativo, sin embargo con la pretensión accesoria se persigue la devolución de un vehículo que ambas partes valorizan en la suma de seis mil trescientos nuevos soles al haber sido fijado como precio de venta en el contrato que se pretende resolver (...)”.

RESOLUCIÓN N° 02:

QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA NORTE

EXPEDIENTE N° 2207-2011:

“**RESOLUCIÓN N° UNO.-** (...) **SEXTO:** En el presente caso, del contrato de compraventa que se adjunta a la demanda como Anexo 1-A, que es materia de resolución, de fecha 1 de febrero de 2001, en la cláusula quinta, las partes convinieron expresamente resolverlo de pleno derecho, en caso que los compradores incumplan la prestación a su cargo; **SÉTIMO:** Según es de verse de la Carta Notarial de fecha 5 de julio de 2003 (anexo 1-C), el accionante, requirió al ahora demandado, en el punto 3. “(...) nos obliga a REQUERIRLOS para que en el plazo de 15 días contados a partir del día siguiente a la recepción de la

presente, cumpla con cancelar la totalidad de la deuda pendiente, al dar nosotros por vencidas todas las letras que se encuentran pendientes; bajo apercibimiento de resolver de pleno derecho el contrato de compraventa (...);” asimismo, se aprecia de la Carta Notarial de fecha 22 de diciembre de 2009 (anexo 1-D), el actor acogiendo a la segunda opción, remitió la referida Carta Notarial comunicando al comprador que “(...) en la fecha reiteramos la Carta Notarial del 14-08-2003 y damos por resuelto el contrato de compraventa (...);” siendo así al haberse producido la resolución de pleno derecho del contrato que es objeto de demanda, el interés para incoarla judicialmente no se vislumbra, al haberse resuelto extrajudicialmente, conforme a los términos que las propias partes así lo convinieron; tanto más que se adjuntan las copias de las letras de cambio aceptadas e impagas; **OCTAVO:** A que, en ese sentido, habiéndose cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 1429 y 1430 del Código Civil, conlleva que el actor no posea interés para obrar. Por lo que de conformidad con el artículo 427 inciso del acotado: **DECLARO IMPROCEDENTE** la demanda (...).”

RESOLUCIÓN N° 03:

SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN N° 633-95:

“(…) **OCTAVO:** Resulta del análisis que la resolución de pleno derecho por incumplimiento de acuerdo al artículo 1429 del Código Civil, es facultativa y no obligatoria, lo que se encuentra ratificado por el propio texto de dicho artículo, cuando expresa ‘que la parte perjudicada con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial (...)’; **NOVENO:** Por ello las sentencias inferiores han interpretado erróneamente el artículo 1429 del Código Civil, al desestimar el extremo de la demanda referido a la resolución del contrato, por haber pagado menos del cincuenta por ciento del precio de la compraventa, por considerar que se había recurrido a la vía judicial, sin haber cumplido con cursar la carta notarial y conceder el plazo estipulado para el pago de dicho dispositivo legal (...)”.

RESOLUCIÓN N° 04:

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN 1896-2003-LIMA:

“(…) **NOVENO:** Que, según lo preceptúa el tercer párrafo del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil –norma jurídica que se aplica al presente

caso en atención al Principio *lura Novit Curia*, reconocido por el artículo Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil– es efecto de la resolución de los contratos que las partes se restituyan las prestaciones al estado que se encontraban al momento en que se produce la causal que la motiva y, si ello no fuera posible, deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento; en todo caso, el juez de origen debe pronunciarse sobre la restitución del inmueble submateria, y si ello es o no procedente en el presente caso. La restitución de las prestaciones, conforme ha quedado establecido, es un efecto natural de la resolución que no requiere ser invocado por ninguna de las partes y que opera por el solo hecho de la extinción de la relación obligatoria; **DÉCIMO:** Que, tanto la sentencia apelada como la de vista que la confirma, únicamente contienen en su parte resolutive el mandato para que Hernán Ayerbe Huamán cumpla con devolver la suma de seis mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional en el momento y lugar del pago, más los intereses legales, monto que fuera entregado como cuota inicial del precio pactado por el inmueble a la firma del contrato de compra venta, pero no hace mención alguna a la restitución del bien que fuera entregado al demandante; **UNDÉCIMO:** Que, el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Adjetivo establece que las resoluciones contienen la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución, con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, sancionando con nulidad la resolución que no cumpla, entre otros, con este requisito. Siendo así, al advertirse que las sentencias de mérito no contienen la fundamentación pertinente de hecho ni de derecho que permita establecer por qué los juzgadores omiten pronunciarse sobre la restitución de la prestación a cargo de los compradores demandantes del bien inmueble materia de compra venta, por consiguiente, se verifica la infracción de las formas para la validez de los actos procesales, por lo que el recurso de casación debe tutelarse, y procederse conforme a lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil (...).

RESOLUCIÓN N° 05:

OCTAVA SALA CIVIL DE LIMA

EXPEDIENTE N° 01852-2007:

RESOLUCIÓN N° CINCO.- “(...) **SEGUNDO:** De la revisión de los autos puede verse que el presente proceso fue promovido con motivo de la demanda interpuesta por la EMPRESA NACIONAL PESQUERA S.A. - PESCA PERÚ contra LUISA TORRES VÁSQUEZ, por medio de la cual aquella pretendía, como pretensión principal, la resolución del contrato de compraventa celebrado entre ellas sobre la embarcación pesquera ‘AURELIA’ con número de matrícula

CO-7745, más el pago de una indemnización por los daños ocasionados; **TERCERO:** Por Sentencia de fecha veinticinco de abril de dos mil, obrante en copia de fojas ocho a once, el juez declaró fundada la demanda, ordenando la resolución del mencionado contrato de compraventa y el pago de una indemnización de treinta mil nuevos soles; **CUARTO:** En ejecución de sentencia (etapa en la que ahora nos encontramos), la demandante solicita al juzgador que ordene a su contraparte la entrega de la embarcación referida líneas arriba, toda vez que el contrato había sido resuelto por medio del juez. Pedido que es rechazado por este, bajo el argumento de que en la Sentencia no había ordenado ninguna devolución; **QUINTO:** (...) es claro que los actos del juez, dentro de la etapa de ejecución, están necesariamente dirigidos a la obtención de la eficacia de aquello que se ha decidido ya en la sentencia que dio respuesta a la controversia; adecuando cada una de sus actuaciones al cumplimiento y realización de lo estrictamente decidido con calidad de firme. Así, el artículo 139, inciso 2, de nuestra Constitución Política establece que: ‘ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución’; mientras que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que ‘toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala’; **SEXTO:** (...) En consecuencia, la ejecución tramitada ahora por el juez debe ceñirse solo a lo estrictamente contemplado en la sentencia de acuerdo las normas anteriormente acotadas; por cuyas razones: **CONFIRMARON** la resolución número CUARENTA Y TRES de fecha veintinueve de diciembre de dos mil seis (fojas veinticuatro) que resuelve **NO HA LUGAR** a la solicitud de devolución del casco de la embarcación denominada AURELIA, con certificado de Matrícula N° CO-77454”.

RESOLUCIÓN N° 06:

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN N° 422-2007-AREQUIPA:

“(…) **CUARTO:** Respecto al tema, esta Sala Suprema ha señalado –en reiterada jurisprudencia– que en virtud del principio de congruencia procesal, el juez debe dictar sus resoluciones de acuerdo con el sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes. **QUINTO:** En tal sentido, se desprende del petitorio (*petitum*) de la demanda de fojas cuarentidós que el accionante, Emilio Portu-

gal Calderón, pretende la resolución del contrato de compraventa celebrado el catorce de octubre de mil novecientos noventidós, en virtud del cual transfiere a favor del demandado, Felipe Paja Tintaya, el inmueble sito en el lote número tres, manzana N, la Punta, Bombón, (hoy identificado como avenida Arequipa s/n, Urbanización Villa Esperanza), y además, se le restituya la posesión y propiedad del referido inmueble; sin embargo, el juez, mediante sentencia de fojas setentuno, declara fundada la demanda, en consecuencia, resuelve el contrato submateria y ordena que el demandado restituya el valor del inmueble ascendente a cuatro mil setecientos cincuenta dólares americanos en ejecución de sentencia, al existir la imposibilidad jurídica para la entrega de este, por haberse otorgado mediante prescripción adquisitiva administrativa la propiedad del inmueble a favor del demandado, aplicando el numeral mil trescientos setentidós del Código Civil; igualmente, la Sala Superior, expide la resolución objeto del presente recurso, confirmando la apelada, e integrándola señala que el monto de los mil dólares declarados recibidos por el actor corresponde a la compensación por el uso del bien objeto del contrato a la que el demandante tiene derecho. **SEXTO:** En tal orden de ideas, es del caso señalar que tal como se desprende del petitorio de la demanda, el actor solo solicitó dos pretensiones: **a)** la resolución del contrato; y, **b)** la restitución del inmueble objeto de dicho contrato; sin embargo, la Sala Superior en forma indebida ha contravenido las reglas que garantizan el debido proceso al pronunciarse más allá de lo pedido por las partes, esto es, ha expedido un fallo *ultra petita*, toda vez que además de ordenar a la parte demandada la restitución del valor del inmueble en la suma de cuatro mil setecientos cincuenta dólares americanos, integra la apelada señalando que el monto de mil dólares americanos, declarados recibidos por el actor corresponde a la compensación por el uso del bien objeto del contrato a la que, según afirma, el demandante tendría derecho; no obstante, conforme se ha anotado, no existe concordancia entre tal pronunciamiento y lo pretendido por las partes; por lo que la sentencia de vista incurre en infracción del principio procesal anotado (...).”

RESOLUCIÓN N° 07

CASACIÓN N° 1131-2006-LIMA:

“(…) El artículo 1428 del Código Civil establece que en los contratos con prestaciones recíprocas, el incumplimiento de la obligación de una de las partes, autoriza a la otra a exigir su cumplimiento o poner fin al contrato, mediante la acción resolutoria. La condición resolutoria implícita da derecho al contratante que cumplió a demandar judicialmente la resolución del contrato o bien su cumplimiento, pudiendo pedir en uno u otro caso, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la actitud del otro contratante le haya ocasionado (...).”

RESOLUCIÓN N° 08

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN N° 3112-2010-LIMA:

“(…) **TERCERO:** Que, sobre el caso que nos ocupa, se aprecia que Gloria Nora Navarro Ventura y Jesús Víctor Prado Navarro interpone demanda contra el Arzobispado de Lima, sobre Resolución de Contrato a fin de que se declare la Resolución del Contrato de Donación contenido en la Escritura Pública de fecha treinta de julio del año mil novecientos noventa y tres, inscrita en el asiento C-once, de la Ficha Registral número uno cero cero siete tres uno de los Registros de la Propiedad Inmueble de Lima y se restituya a su favor el inmueble constituido por el lote del terreno equivalente al uno punto setenta y nueve por ciento de acciones y derechos –cuatrocientos ochenta y cuatro punto cincuenta metros cuadrados de área– sobre el terreno denominado Potrero Carrizal, distrito de Surco, provincia y departamento de Lima que tiene un área de veintisiete mil setenta y seis metros cuadrados, alegando que con fecha treinta de julio del año mil novecientos noventa y tres, suscribieron un Contrato de Donación a favor de la Parroquia Santiago Apóstol de Surco, en donde se estipuló que el terreno donado (cuatrocientos ochenta y cuatro metros cuadrados con cincuenta centímetros) era para la construcción de una capilla en honor a la Santísima Cruz de Motupe; sin embargo, la parte demandada se ha desistido en culminar con el proceso de independización del terreno original y revertir el terreno a los propietarios de las acciones y derechos que resulten ser los legítimos propietarios del bien, ante esta situación se han visto en la necesidad de acudir al Órgano Jurisdiccional para que decrete la resolución del Contrato. **CUARTO:** Que, admitida la demanda a trámite, por Resolución número siete, de fecha veintidós de noviembre del año dos mil seis, que obra a fojas ochenta del expediente principal, se declaró rebelde a la Parroquia Santiago Apóstol; asimismo, por Resolución de fecha nueve de enero del año dos mil siete, obrante de fojas noventa y cinco a noventa y ocho del mismo expediente, se declararon fundadas las excepciones de Oscuridad y Ambigüedad en el Modo de Proponer la Demanda, Falta de Legitimidad para Obrar Pasiva y Caducidad; y por Resolución de Vista de fecha diez de octubre del año dos mil ocho, obrante a fojas doscientos veintinueve del expediente principal, se revocó la Resolución número nueve de fecha nueve de enero del año dos mil siete; y, reformándola declararon infundadas dichas excepciones; disponiéndose que el juez cumpla con sanear el proceso y prosiga la causa acorde a su estado. **QUINTO:** El a quo falla declarando fundada la demanda y resuelto el Contrato de Donación contenido en la Escritura Pública que corre inscrita en el Asiento C-once de la Ficha Registral número uno cero cero siete tres uno del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima y en consecuencia se restituya a favor de los demandantes el inmueble constituido por el lote de terreno equivalente a uno punto setecientos noventa y cinco del área (debería

decir uno punto setenta y nueve por ciento) –sobre el terreno denominado Potrero Carrizal del distrito de Santiago de Surco, distrito y provincia de Lima, que tiene un área de veintiséis mil setenta y seis metros cuadrados, con costas y costos, considerando que de la revisión de actuados fluye la Carta– INMU-AL- cero cero siete siete / dos mil cinco de fojas veinticinco del expediente principal; la Carta – INMU-AL- cero cero setenta y ocho / dos mil cinco, de fojas veintinueve del mismo expediente y además teniendo en cuenta lo establecido en los artículos mil cuatrocientos treinta y dos, mil seiscientos treinta y uno del Código Civil, se advierte que la parte demandada no desea continuar con lo pactado en la donación y por ende, ha decidido revertir la propiedad del bien (parte demandante) y por tanto, suscribir los documentos necesarios en los términos y condiciones que no sean perjudiciales para la parte demandada; siendo ello así, y estando a que la contraprestación por parte de la demandada resulta imposible de realizar, el Contrato de Donación queda resuelto de pleno derecho, conforme a lo dispuesto por el artículo mil cuatrocientos treinta y dos del Código Civil, debiéndose revertir la propiedad a favor de los demandantes; en ese sentido, al haberse amparado la pretensión principal, la accesoria debe ser amparada por ser consecuencia de esta. **SEXTO:** La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada, y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que la pretensión demandada involucra a una donación que es un acto jurídico especial, generador de obligaciones y que no puede dársele un tratamiento igual al de un contrato común y corriente, por ello, para el caso de la donación, el Código Civil ha establecido formalidades determinadas, tanto para su nacimiento como para su reversión, invalidez, revocación o caducidad, las que se encuentran detalladas a partir del artículo mil seiscientos veintiuno hasta el artículo mil seiscientos cuarenta y siete del Código Civil, no encontrándose contemplada entre estas, la figura de la Resolución de Contrato de Donación, tal como pretenden los demandantes a fin de recuperar los derechos y acciones que fueron objetos de dádiva por el causante de los actores. Asimismo, el a quem ha señalado que no es aplicable el principio contenido en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues no se trata propiamente de aplicar el derecho aun cuando este no haya sido invocado por el justiciable, sino porque se iría más allá del contenido del petitorio. **SÉTIMO:** Analizando lo expuesto precedentemente, debe señalarse que la resolución de vista impugnada no se encuentra debidamente motivada, conforme se ha denunciado, puesto que no ha tenido en cuenta la Resolución número diecinueve, de fecha diez de octubre del año dos mil ocho, que obra a fojas doscientos veintinueve del expediente principal, que ha sido emitida por dicha instancia, en donde se resuelve revocar la resolución de fecha nueve de enero del año dos mil siete, la cual declaró fundadas las excepciones de Oscuridad y Ambigüedad en el Modo de Proponer La Demanda, Falta de Legitimidad para Obrar Pasiva y Caducidad, y reformándola declararon infundadas dichas excepciones, disponiéndose que el Juez cumpla con sanear el proceso y prosiga la causa acorde a su estado; en donde se ha señalado que: “aunque [el artículo mil seiscientos treinta y nueve del Código Civil], instituye que la revocación de la donación está sujeta a un término de

caducidad, debe advertirse que aquel criterio no condiciona la acción de resolución de contrato de donación solamente a la concurrencia de cualesquiera de las causales contempladas en el artículo mil seiscientos treinta y siete del Código Civil, esto es, las referidas a indignidad y desheredación. Esta regla no es limitativa para todo pues solo restringe la revocación a los casos en que el donatario sea indigno de la donación que lo ha beneficiado, pero no prohíbe que por otras razones pueda solicitarse la resolución de un contrato con el que se quiere rebatir; por lo que mal hace el Juez en asimilar las causales de indignidad y desheredación de dicho artículo como únicas a usa por el donante a fin de invalidar su propia acción de liberalidad (...) Que, a mayor abundamiento, podemos establecer que la revocación y su caducidad están vinculadas a la conducta quede derivar de una persona natural, pero no, y para el caso concreto, de una persona jurídica como la demandada; siendo lógico que aquella no pueda incurrir en las causales de revocación a que alude el Juez en la resolución apelada debiendo posibilitarse entonces que, a través de la resolución de contrato de donación, el donante pueda dejarlo sin efecto arguyendo motivos distintos, como el incumplimiento de lo pactado, en atención al artículo mil trescientos setenta y uno del Código Civil”; y obstatante ello, la misma instancia superior ha determinado en la impugnada que la pretensión demandada involucra a una donación que es un acto jurídico especial, generador de obligaciones y que no puede dársele un tratamiento igual al de un contrato común y corriente, siendo que el Código Civil ha establecido formalidades determinadas, tanto para su nacimiento como para su reversión, invalidez, revocación o caducidad, las que se encuentran detalladas a partir del artículo mil seiscientos veintiuno hasta el artículo mil seiscientos cuarenta y siete del Código Civil, no encontrándose contemplada entre estas las figuras de la Resolución de Contrato tal como pretenden los demandantes, evidenciándose un pronunciamiento contradictorio por parte del a quem, lo que acarrea la nulidad de la impugnada conforme lo prevé el artículo ciento setenta y uno del Código Procesal Civil (...).”

RESOLUCIÓN N° 09:

SALA CIVIL N° 04 DE LIMA

EXPEDIENTE N° 1136-1997-LIMA:

“(…) **SEGUNDO:** Al haberse resuelto el contrato por incumplimiento del demandado, la pretensión indemnizatoria es amparable. El monto debe fijarse prudencialmente, en atención a los posibles daños ocasionados y a la suma de dinero que debe devolverse (...).”

RESOLUCIÓN N° 10:

EXPEDIENTE N° 4365-1999-LIMA:

“Si bien, de acuerdo a lo preceptuado por la norma del artículo 1428 del Código Civil, la indemnización por daños y perjuicios puede demandarse como pretensión accesoria a la resolución de contrato o a la acción por la cual se exige el cumplimiento de la obligación, respectivamente, será procedente también aquella demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta como pretensión principal ante el incumplimiento de una de las partes”.

RESOLUCIÓN N° 11:

EXPEDIENTE N° 2261-90-LIMA:

“Cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la parte perjudicada tiene dos opciones: exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato y en ambos casos la indemnización por daños y perjuicios; es decir, el acreedor debe optar por una de las dos alternativas y no por las dos a la vez”.

La obligación de saneamiento en el Código Civil peruano

Guillermo Andrés CHANG HERNÁNDEZ^(*)

INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el Derecho de los contratos es una de las áreas del Derecho Privado, en donde, en mayor medida, prima la autonomía de la voluntad de las partes o autonomía privada como la denomina la doctrina italiana; autonomía que no es otra cosa que la libre elección que ejerce una persona en decidir con quién y en qué momento contrata y su correlativa libertad de regular también en libertad el contenido de sus contratos. No obstante ello, nuestros codificadores optaron por limitar o regular de manera más paternalista los efectos o contenido de los contratos. En efecto, así lo hace al regular instituciones como la lesión, la revisión judicial de la clausula penal, la excesiva onerosidad de la prestación o como lo hace en los casos de saneamiento. Por nuestra parte ya nos hemos ocupado, en otro lugar, de los tres primeros casos, por lo que en esta oportunidad abordaremos particularmente lo relacionado a las obligaciones de saneamiento, contenidas en nuestro Código Civil.

(*) Socio Principal de Chang, Delgado y Gonzales-Palomo Abogados. Profesor universitario. Posgrado en Responsabilidad Civil en la Universidad Castilla - La Mancha (Toledo-España) y árbitro internacional por el Instituto Peruano de Arbitraje.

En primer término podemos decir que las obligaciones de saneamiento constituyen una obligación legal, esto es, provienen no de un acuerdo de las partes sino de una imposición de la ley y como tal no requiere el consentimiento de las partes para su invocación, pues solo basta que concurren los supuestos normativos establecidos por la ley.

Asimismo, cabe precisar que el saneamiento a diferencia de los casos de ineficacia o invalidez de los contratos, no requiere la presencia del algún vicio o error en la formación de la voluntad de una de las partes contractuales, ni se exige la presencia de aprovechamiento o inequidad, para su procedencia, pues en los casos antes referidos se denota una imputación subjetiva hacia el responsable, mientras que en el caso de saneamiento –como se ha dicho– esta imputación obedece a un criterio de objetivo, que no es otra cosa que imputar la obligación de saneamiento sin que para ello sea necesario fundamentarse en una conducta imputable del obligado, es decir, no es necesario imputar a este una conducta culposa o dolosa para obligarlo al saneamiento.

Bajo esta lógica se analizará en qué casos procede el saneamiento, sus alcances y tipos, así como sus efectos, por lo cual abordaremos los aspectos generales del saneamiento, todo ello con la intención de entender de manera general esta institución jurídica contractual y dejando para otro momento un análisis más detallado del saneamiento por evicción, por vicios ocultos y por hecho propio del transferente.

I. DEFINICIÓN DE SANEAMIENTO

En términos generales, saneamiento significa hacer sana una cosa, repararla o remediarla⁽¹⁾, también “asegurar la satisfacción del daño que sobrevenga” y para el profesor Manuel De La Puente⁽²⁾, ya desde una óptica contractual, viene a ser la obligación del transferente de la propiedad, la posesión o el uso de un bien de remediar al adquirente por las consecuencias de actos de terceros que invoquen un derecho anterior a la transferencia, de vicios ocultos del bien y de actos del propio

(1) *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T-XXV, Buenos Aires, 1998, p. 178.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. T-III, 2ª edición, Palestra. Lima, 2001, p. 393.

transferente que, de acuerdo con el Derecho peruano, no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o disminuyan su valor.

Por otro lado, debemos aclarar que la obligación de saneamiento resulta distinta a la obligación –propriadamente dicha– nacida del contrato. Por ejemplo, en el caso de un contrato de transferencia de una casa, la obligación nacida del contrato consiste en transferir la propiedad de dicha casa por parte del transferente hacia el adquirente, mientras que en ese mismo contrato, tenemos que la obligación del saneamiento, posee características diferentes, así en primer momento solo operará en caso que se afecte el fin que el adquirente deseaba dar al bien adquirido, por el cual se celebró el contrato, mientras que la obligación de transferir el bien nace con el contrato de compraventa mismo.

Asimismo, en cuanto a los efectos que genera la obligación de saneamiento y la obligación que nace del contrato también merece distinciones, así el incumplimiento o, para usar el lenguaje del Código, la inejecución de la obligación de saneamiento no genera per se la resolución del contrato, sino en la mayoría de casos el saneamiento, mientras que en el segundo por el contrario el incumplimiento de una de las prestaciones generadas por la obligación podría conllevar a la resolución contractual en la mayoría de casos, claro está siempre que la parte no culpable, así lo quiera.

II. FUNDAMENTOS DE LA OBLIGACIÓN DEL SANEAMIENTO

Al ser el saneamiento, en muchos casos una obligación adherida a determinados contratos, por imperio mismo de la ley, es necesario establecer cuál es el fundamento o razón para que dicha institución se incluya automáticamente en los contratos preestablecidos por ley y que por su naturaleza propia así lo exigen.

El profesor Manuel de la Puente⁽³⁾ precisa que dicha institución busca, en efecto, garantizar al adquirente de la propiedad, de la posesión o del uso de una cosa, el goce pacífico y útil de dicha cosa para la finalidad de su adquisición.

(3) Íbidem, p. 397.

Es esta además la posición de nuestro vigente Código Civil, pues en la exposición de motivos de la introducción del título XV de dicho Código, se expresa: “El Código Civil de 1984 ha asumido una posición conceptual definida en lo que se refiere a las obligaciones de saneamiento. En efecto, y apartándose de la tesis según la cual la obligación del enajenante es consecuencia del deber de entregar de la cosa que transfiere, ha pasado a considerar que su fundamento está en asegurar la posesión y utilidad del bien transferido. Lo dicho supone que la responsabilidad no se agota con la entrega del bien, sino que va más allá y le garantiza al adquirente que podrá gozar de él conforme a su destino. Esta es la concepción recogida en el artículo 1485 cuando menciona la finalidad de la adquisición como factor determinante de la obligación”⁽⁴⁾.

Ahora, como veremos más adelante, la obligación de saneamiento constituye un imperativo legal, es decir, opera incluso si las partes no lo pactan expresamente. Sin embargo es valedero preguntarnos: ¿En qué radica esta imposición legal, que genera una obligación que crea una prestación (la de sanear) adicional a la normal pactada por las partes y con la cual se ejecuta el contrato? Es decir ¿En el contrato relativo a la transferencia del bien, no basta con que el transferente entregue el bien al adquirente?

Las interrogantes planteadas han sido absueltas por la doctrina contractual, así se tiene que los Mazeud⁽⁵⁾, expresan: “En consecuencia, debe garantía el comprador si la cosa entregada difiere de la cosa convenida; bien sea porque lleve consigo, sin saberlo el comprador, una posibilidad de evicción, bien sea porque se encuentre afectada por un vicio oculto, ignorado por el comprador”. Por su parte, el lúcido profesor español Albaladejo⁽⁶⁾ precisa: “Que el deber de saneamiento es complementario del de entregar; y se está obligando a sanear en tanto en cuanto no se entregó un cosa o derecho como se debía (el deber de sanear cubre el vacío que hubiere en lo entregado”); asimismo, tenemos que parte

(4) REVOREDO DE DEBAKEY. Delia. *Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios*. T-VI, Okura Editores, Lima, 1985, p. 162.

(5) MAZEUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte III, Vol. III, Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1960 p. 267.

(6) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. T-II, V-II, Librería Bosch, Barcelona, 1975. p. 22.

de la Doctrina enfocan el problema desde otra perspectiva, por ello no desconocen que las obligaciones del vendedor no terminan con la entrega de la cosa, pero la obligación de sanear, si bien proveniente (como la de entregar) del contrato de compraventa, está orientada a satisfacer una necesidad distinta⁽⁷⁾.

En sintonía con la posición expuesta líneas arriba, Castán⁽⁸⁾, con mayor claridad precisa: “No basta que el vendedor entregue la cosa; es preciso que asegure al comprador la posesión pacífica y útil de la misma. El fin o causa de la venta para el comprador es servirse de sus utilidades, y esta utilidad dejaría de realizarse si una vez verificada la entrega se viera el comprador privado de la cosa o imposibilitado de aplicarla a los usos que le son propios (...)” y nosotros agregamos a los usos que las partes le han destinado.

En tal sentido, se puede concluir que en los contratos a que se refiere el artículo 1484 del Código Civil peruano, la obligación no se extingue con el solo cumplimiento de las prestaciones a su cargo –en este caso del transferente de entregar el bien– sino se extiende a asegurar que el bien transferido pueda ser usado o destinado conforme a su naturaleza o a lo que se haya pactado en el contrato.

III. CONTRATOS EN LOS QUE OPERA LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 1484 del Código civil, hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

Debemos destacar que el Código vigente supera la exigencia del Código Civil derogado de 1936 en cuanto circunscribía el saneamiento solo a los contratos onerosos, hoy en el vigente Código esta exigencia ha sido derogada y se admite el saneamiento en todos los contratos onerosos o gratuitos y solo los circunscribe a los contratos relacionados a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., T-III, p. 395.

(8) Citado por Manuel De la Puente y Lavalle. Ob cit. T-III, p. 395.

Una nota aparte merece el hecho que la obligación de saneamiento opera en los contratos relativos a la transferencia de derechos reales lo cual no quiere decir que opere en los llamados contratos reales, pues estos no han sido admitidos por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el artículo 1351 precisa que el contrato solo genera relaciones jurídicas patrimoniales (obligaciones).

De lo anotado se nos permite deducir que la obligación del saneamiento queda vetada en los contratos sobre prestación de servicios en general, pero en los cuales existen otras herramientas contractuales que podrían operar en caso de perjuicio del comitente.

IV. SUPUESTOS EN LOS QUE OPERA LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO

Ya se ha dicho que solo en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso del bien, existe la obligación del saneamiento, pero ¿en qué casos se puede exigir el cumplimiento de la obligación de saneamiento?

El artículo 1985 del Código sustantivo es claro al reconocer tres supuestos que dan pie al saneamiento, esto es en caso de evicción, vicios ocultos o por hechos propios del transferente. Fundamentalmente los supuestos reconocidos por la ley, buscan remediar los casos en que el fin que el adquirente ha sabido y esperado del bien, se ve disminuido o desaparecido, por la evicción, el vicio o hecho del transferente, lo cual evidentemente causa un desinterés y perjuicio al adquirente.

En consonancia con los objetivos que persigue este trabajo, solo diremos, a manera de introducción, que las causales que dan nacimiento a las obligaciones del saneamiento son la evicción, el vicio oculto y el hecho propio del transferente. De igual forma de manera somera podemos agregar –con Manuel De La Puente– que la evicción es la privación de un derecho por acción legal de un tercero, que los vicios ocultos son los defectos no ostensibles del bien y que los hechos propios del transferente son aquellos hechos de cualquier clase que afectan la utilidad del bien adquirido.

Es de suma importancia, además, resaltar que para que opere la obligación de saneamiento, los fundamentos de la evicción y los vicios ocultos deben existir en el momento de la celebración del contrato; por el contrario, en el caso de los hechos propios del transferente –por obvias razones– pueden ocurrir en momento después de la celebración del contrato.

1. Saneamiento por evicción

Sobre el particular, el artículo 1491 del vigente Código Civil señala que: “Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia”.

Nosotros podemos agregar que también se entiende a la evicción –sencillamente– como derrota en juicio.

La evicción se produce entonces cuando el adquirente es privado del derecho de propiedad adquirido, uso o posesión de un bien, producto de una resolución judicial o administrativa firme, lo cual se llega a materializar con abandono del bien por parte del adquirente o incluso con el allanamiento a la demanda que perturba el derecho del adquirente, pues así lo exige el artículo 1492 del Código Civil. Esto es, que la evicción se puede producir sin la intervención siquiera del adquirente, toda vez que el juicio puede provenir de época anterior a la adquisición de su derecho.

2. Saneamiento por vicios ocultos

El artículo 1503 del Código Civil, señala: “El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia”.

Pero, ¿qué es un vicio oculto? Al respecto, se tiene que la doctrina es unánime en considerar que el saneamiento por vicios ocultos se presenta cuando el bien cuya propiedad, posesión o uso que se transfieren tiene defectos, o imperfecciones, que no se revelan con su examen normal y que afectan su utilización por el adquirente.

Por su parte Ferri, señala que: “La doctrina tiende, no sin perplejidad, a considerar que hay vicio cuando la cosa vendida presenta defectos de fabricación, formación o producción; y también cuando reuniendo todos los requisitos pactados, la cosa presenta deficiencia en la estructura, en la composición, en el aspecto extrínseco, etc. Hay falta de cualidad cuando la cosa, aun cuando siendo aquella sobre la que las partes se han puesto de acuerdo, no tiene todos los requisitos que en ella deberían subsistir, según el contenido del contrato. Hay *aliud pro alio*⁽⁹⁾ cuando la cosa vendida pertenezca a un *genus* diverso del pactado”.

En resumen, habrá vicio oculto cuando el bien materia de transferencia posea alguna malformación, deficiencia o imperfección que disminuya su valor y que a la vez la haga inútil para el fin por el cual sea adquirido o para el destino normal que se le da al bien materia de transferencia. Asimismo, nosotros no negamos la posibilidad que también se entienda como vicio oculto una cualidad que genere un mayor valor del bien, pues en ese caso también dicho bien podría ser inservible para el adquirente, como es el caso que se adquiriera la propiedad de un conjunto de cuadros viejos, con la finalidad de regalarlos a un tercero, pero se ignoraba que dichos cuadros pertenecían a un pintor famoso, que obviamente incrementa el valor de dichos cuadros y por ende haría inequitativo para el transferente destinar los bienes al fin que inicialmente había establecido, ya que el nuevo valor de los cuadros generaría un nuevo análisis sobre el destino que se le quiera dar a dichos cuadros. Posición nuestra que encuentra respaldo en lo dispuesto por el artículo 1221 del Código Civil, al regular la integridad del pago y señalar que: “No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen”.

3. Saneamiento por hechos propios del transferente

Como en los casos de evicción, vicios ocultos en el caso de el saneamiento por hechos propios del transferente, nuestro Código Civil, trata de delimitar esta causal de saneamiento, así nos dice en su artículo 1524 que: “El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que

(9) Latín, que quiere decir “una cosa por otra”

disminuya el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto”.

Esta causal de obligación de saneamiento por hecho propio del transferente, surge por razón de todos los actos del transferente, de cualquier naturaleza, tanto materiales como jurídicos, que perturben el ejercicio del derecho del adquirente creado por el contrato del transferente.

El transferente puede, por ejemplo, perturbar la finalidad para la que adquirió el bien a través de actos materiales como jurídicos. Así, Carlos Mispireta⁽¹⁰⁾, sobre el tema precisa que: “(...) la perturbación que puede producir el transferente puede ser de hecho o de derecho. La primera de ellas se produce cuando el transferente, mediante actos materiales o a través de actos jurídicos, no permite disfrutar al adquirente de manera pacífica y útil el derecho atribuido; mientras que en la segunda forma de perturbación, esto es, en la de derecho o jurídica, el transferente pretende ampararse en algún derecho para realizar la conducta perturbatoria”.

Ahora, la conducta del transferente para que opere este tipo de saneamiento puede obedecer al dolo, culpa o violencia, incluso si se trata de una conducta totalmente lícita, que por ello se le está permitida a cualquier persona, pero no al transferente, por su especial posición en la relación contractual. Por ejemplo, si José decide comprar la panadería de Pedro, porque ve que en la zona no hay ninguna otra y por ello el negocio es rentable, empero José una vez transferida dicha panadería a Pedro, decide aperturar otra, al lado de la ahora Panadería de José. Esta conducta puede ser lícita pero genera una obligación de saneamiento, conforme a los fines que persigue esta institución, pues generaría un desvalor del bien adquirido por Pedro.

Habiendo revisado someramente las diversas causales que obligan al saneamiento, algunos consideran que su inclusión expresamente en el Código civil, no era necesaria, pues el mismo Código en el artículo 1362 señala: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

(10) MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos. “Comentarios al artículo 1524 del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*. 2ª edición, T. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 753.

En efecto –se dice– que dicha norma obliga a las partes a tener una conducta leal con su contraparte y esto implica por cierto, en los casos de los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, no entorpecer la finalidad que el adquirente desea dar al bien adquirido; incluso la norma en comento, extiende tal obligación a toda la secuela negocial –*iter* contractual–, esto es, a la fase de negociación, celebración y ejecución.

Por nuestra parte creemos que la incorporación de manera expresa y con carácter de perentorias, de las normas que regulan las obligaciones de saneamiento, para nuestra realidad son necesarias, por dos razones, primero que la volatilidad del contenido de la norma del artículo 1362, es muy abstracto y de poco desarrollo por nuestros jueces, lo cual sometería a quienes se vean perjudicados por una conducta desleal a la incertidumbre de su amparo o no; y además porque nuestra idiosincrasia, demuestra que en gran medida quienes contratan buscan de sacar provecho de alguna posición preferente, como el manejo de información o algún tipo de poder frente al adquirente. En consecuencia creemos razonable el tratamiento jurídico que nuestro Código Civil le ha dado a las obligaciones del saneamiento.

V. LA FINALIDAD DE LA TRANSFERENCIA DEL BIEN, POSESIÓN O USO DEL BIEN

Toda vez que en la obligación del saneamiento opera solo en los casos en que el adquirente no pueda dar al bien adquirido el uso para el cual fue adquirido, es decir, cuando el bien no cumpla su finalidad para el cual se adquirió, es fundamental entender cuál es esta finalidad.

Así se tiene que el artículo 1486 del Código Civil, señala que: “Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar”.

En ocasiones, no pocas, las partes que intervienen en un contrato de transferencia de propiedad, no consignan en los referidos contratos, la finalidad que se le desea dar al bien adquirido, que en el fondo resulta ser un dato fundamental para exigir el saneamiento, por lo cual el citado

artículo 1486 del Código nos ofrece una solución, que se resume fundamentalmente en la presunción de la voluntad de los contratantes de dar al bien el destino normal que se le da al mismo. Pero ahora surge otra interrogante: ¿cuál es el destino normal que se le da a determinado bien?

Se puede responder a la interrogante planteada diciendo que dicho destino normal es aquel que le da al bien según sus características, la oportunidad de la adquisición y costumbre del lugar. Esto quiere decir, que para establecer esta normalidad se debe tener en cuenta una serie de elementos objetivos desprendiéndose en este extremo de la voluntad particular que una persona pueda darle a un bien. Así, se compra un traje para vestirlo y no para transformarlo en una cortina; se compra una fruta para comerla y no para ser motivo de una pintura; una refrigeradora para conservar alimentos a una temperatura adecuada y no para destinarla a caja de seguridad. Aunque en los casos citados, el traje en efecto puede destinarse como cortina, la fruta puede ser motivo para una pintura y la refrigeradora usarse como caja de seguridad, pero dichos fines no son lo que de ordinario se dan a esos bienes.

VI. LA OBLIGACIÓN DEL SANEAMIENTO EN EL CONTENIDO Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Una cuestión que se podría plantear es la validez y eficacia que adquieren las obligaciones de saneamiento si las partes no la establecieron en el contrato, es decir, ¿cómo se puede obligar al saneamiento si las partes no lo pactaron expresamente en contrato celebrado?, cuestión que trataremos de resolver en las siguientes líneas.

Como todos sabemos, en materia de contratos las normas contenidas en el Código Civil resultan ser supletorias a la voluntad de las partes e incluso en algunos casos vienen a complementar la voluntad de los contratantes y uno de esos casos es el relativo a las obligaciones de saneamiento, así en el caso que las partes no contemplen en su contrato que una se obliga al saneamiento, esto no impediría el nacimiento de tal obligación.

Así se entiende que la ley cumple una función integradora a la voluntad de las partes; en efecto, la integración de manera general es reconocida como una herramienta que sirve para complementar la voluntad

del legislador en caso de lagunas para poder ser aplicada al caso concreto, aplicando los procedimientos de integración de los vacíos de las fuentes de creación jurídica⁽¹¹⁾. Nosotros creemos —con Eric Palacios Martínez—, que la integración también se presenta en materia contractual en relación con normas imperativas reguladas por nuestro ordenamiento civil, por ello el profesor Palacios Martínez, precisa: “Pero no solo la integración actúa en lo que concierne a suplir o corregir el ordenamiento positivo. También ella encuentra aplicación en el ámbito de los contratos (negocios jurídicos), a nivel justamente de la incorporación en su contenido de cierta normativa legal, no contemplada ni siquiera implícitamente por los sujetos y que puede, completar o sustituir aquel contenido, haciéndolo más idóneo para realizar la función (causa), que cumple el negocio de acuerdo al criterio del ordenamiento; o bien corregirlo, para hacerlo viable ante una eventual valoración negativa del mismo ordenamiento en vista a proteger el intento práctico de las partes, donde encuentra su campo de aplicación el principio de conservación de los negocios jurídicos”⁽¹²⁾.

Sobre la integración del contrato, el profesor Guillermo Borda, señala, lo siguiente: “Los contratos deben ante todo ser integrados con las disposiciones imperativas de la ley las cuales les atribuye ciertos efectos, aun en contra de la voluntad de las partes”⁽¹³⁾. Por ejemplo, en nuestro sistema civil las leyes sobre los contratos preparatorios, el artículo 1416 del Código Civil fija un plazo máximo por el compromiso de contratar y señala que cualquier exceso será reducido al plazo estipulado en el referido artículo. Es decir, la integración del contrato es aplicar al mismo las disposiciones legales imperativas aunque no hayan sido invocadas por las partes intervinientes en el contrato. De igual forma el autor argentino indica que también existe la interpretación integradora que se realiza de dos maneras:

- a) Añadiendo al contrato lo dispuesto por las leyes supletorias que se presumen interpretan la voluntad de las partes inexpresadas en

(11) GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1983, p. 304.

(12) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Estudios sobre el contrato en general*. 2ª edición, Ara editores, Lima, 2004, p. 737.

(13) BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Ed. Perrot, Buenos Aires, p. 61.

ciertos aspectos del contrato; para Borda –refiriéndose al Código civil argentino– la mayor parte de las disposiciones contenidas en el Código Civil reglamentando los contratos tienen ese carácter, es decir, se aplican solo ante el silencio del contrato; pero si este prevé una determinada situación o efecto, se aplica la cláusula contractual y no la ley supletoria, también llamada interpretativa, y;

- b) Añadiendo a lo que está formalmente expresado en los contratos, lo que se desprende implícitamente de sus cláusulas.

Conforme a lo anotado, es necesario revisar el artículo 1356 del Código Civil que señala: “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

Entonces conforme al mencionado dispositivo legal, podemos afirmar que solo las normas legales dispositivas pueden ser obviadas por los contratantes y dar paso libre a su propia voluntad para regular el contenido de sus contratos, lo cual no ocurre con aquellas normas que tienen el carácter imperativo, entonces debemos determinar cuándo estamos frente a una norma de carácter imperativa, pues son precisamente aquellas que no pueden ser suprimidas con la voluntad de las partes o lo que es lo mismo priman sobre la voluntad de los contratantes.

Ante esta posición caemos en un tema imprescindible el cual es definir qué normas tienen el carácter de imperativas y cuáles son dispositivas, pues el Código Civil contiene normas imperativas y normas de carácter dispositivas. Al respecto, la doctrina se escinde y por una parte señalan que para que una norma legal tenga el carácter de imperativa tiene que contener una sanción por su omisión; sin embargo, otra parte de la doctrina admite que no es necesaria una sanción sino simplemente que la norma contenga expresiones como “deben, deberán, tiene, etc”. ejemplo de la primera es el artículo 2012 del Código Civil que señala, “se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”. Y más claro aún podemos apreciar este tipo de normas en el artículo 1405 del Código civil que prescribe, “es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora”. Y de la segunda posición el artículo 168 del Código Civil de 1984 cuando

señala: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

En tal sentido, ahora, podemos afirmar que las partes se obligan por imperio de la ley, siempre y cuando las partes hayan guardado silencio sobre incluir expresamente la obligación de saneamiento, al saneamiento, por estricto imperio de la ley,

Sin embargo, es importante resaltar, a la sazón, que en todo contrato prima la voluntad de las partes, que el artículo 1489 del Código Civil permite a las partes que puedan ampliar, restringir o suprimir la obligación de saneamiento, salvo el caso contemplado en el artículo 1528, norma que establece que es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo.

VII. EFECTO DE LAS OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO EN CADA UNA DE SUS CLASES

A esta altura del trabajo podemos decir que el transferente que queda obligado al saneamiento, ya sea por haberse producido la evicción, por un vicio oculto o por su propio hecho a una serie de cosas, esto es el saneamiento da nacimiento a diversos derechos a favor del adquirente perjudicado, así en el caso de la evicción, de conformidad con lo establecido por el artículo 1495 del Código Civil, el adquirente puede exigirle al transferente: i) El valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido, ii) Los intereses legales desde que se produce la evicción, iii) Los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien, iv) Las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas, v) Los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente, vi) Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente; y, vii) La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato.

Como se aprecia en este caso, las facultades con las que cuenta el adquirente son varias y además se pueden exigir indistintamente, esto es que la exigencia de una no priva que se exija cualquier otra, ya que

por su naturaleza cada una de las opciones allí contenidas denotan una obligación particular frente al adquirente perjudicado.

Por su parte, en el caso del saneamiento por vicios ocultos, la solución es distinta. Aquí el artículo 1511 del CC faculta al adquirente a pedir la resolución del contrato. Empero, la obligación de saneamiento surtida, vincula al transferente a exigir la sustitución del bien en caso que se trate de un bien fungible (art. 1508 del CC), asimismo se faculta al adquirente perjudicado a pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón del vicio, también llamada acción estimatoria (art. 1513 del CC).

Por último con relación al saneamiento por hecho propio del transferente, la norma civil otorga similares alternativas para el caso del saneamiento por vicios ocultos, esto es, la acción resolutoria o estimatoria, como así lo establece el artículo 1525 del CC.

VIII. PLAZO PARA INVOCAR LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO

Sobre el particular se tiene que la oportunidad de ejercer la acción de saneamiento resulta indistinta en el caso de la evicción y los vicios ocultos al saneamiento por los hechos del propio transferente. Así, en el primer caso se puede exigir el saneamiento en la oportunidad que sea conveniente a la protección del derecho del adquirente; mientras que en los casos del saneamiento por vicios ocultos y por hechos del propio transferente, la norma es clara en primer término al establecer un plazo de caducidad para que el adquirente pueda ejercer su derecho y en segundo lugar al otorgar un plazo de tres meses al tratarse de bienes muebles y un plazo de seis meses cuando se tratan de bienes inmuebles.

IX. CUESTIONES PROCESALES DEL SANEAMIENTO

Obviamente el ejercicio de un derecho sustantivo se hace a través de la promoción de una acción judicial, lo cual implica la existencia de algunos aspectos procesales para ello; por lo cual el Código civil no es ajeno en ese aspecto y regula algunos aspectos procesales; por ejemplo, en el caso de la obligación de saneamiento, tenemos el segundo párrafo del artículo 1488 (Plazo de caducidad de la acción de saneamiento contra

los transferentes anteriores al inmediato), 1499 (intervención sustitutoria y coadyuvante del transferente, en el proceso que podría generar la evicción), 1514 (Plazo de caducidad de la acción que faculta el saneamiento por vicios ocultos), 1523 (Plazo para informar el vicio y ejercer la acción que corresponda en el caso de vicio oculto sobre bien cuyo funcionamiento ha sido garantizado), 1526 (Plazo de caducidad de la acción en caso del saneamiento por hecho propio del transferente) y 1527 (que regula la excepción de saneamiento), por citar aquellas que son pertinentes conforme al objeto del presente trabajo.

X. NOTAS FINALES

1. La obligación de saneamiento resulta ser una consecuencia legal, en caso de silencio de las partes, que tiene como finalidad que el transferente responda en los casos de evicción, vicios ocultos o por su propio hecho, que menoscabe o haga inútil el fin por el cual se adquirió el bien.
2. La obligación de saneamiento se integra a los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o uso de un bien, siempre que las partes hayan guardado silencio respecto a su voluntad de regular dicha obligación.
3. Las partes pueden, en ejercicio de su autonomía privada, ampliar, restringir o suprimir la obligación de saneamiento, con la reserva de lo establecido en el artículo 1528 del Código Civil.
4. Se genera la obligación de saneamiento en caso de evicción, vicio oculto o hecho propio del transferente.
5. La finalidad que se busca con el saneamiento es que el adquirente no se vea perjudicado con la disminución o inutilidad del bien para el fin por el cual fue adquirido.

La resolución por cláusula resolutoria expresa

Joe NAVARRETE PÉREZ^(*)

I. LA RESOLUCIÓN. ASPECTOS GENERALES

El artículo 1430 del Código Civil establece que puede convenirse que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. Agrega, el segundo párrafo del referido artículo, que la resolución se produce cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria expresa.

La resolución, como remedio, tiende a reequilibrar la posición económica-patrimonial de contratante afectado⁽¹⁾. El Código Civil ha establecido tres mecanismos de resolución en caso de incumplimiento: (a) resolución judicial (artículo 1428), (b) resolución por autoridad del acreedor (artículo 1429) y (c) resolución por cláusula resolutoria expresa (artículo 1430). Hinestrosa señala que “(c)uando se acuerda que el incumplimiento de una de las partes permite a la otra dar por resuelto o terminado el contrato, ese pacto de resolución convencional se denomina pacto

(*) Asociado de Payet, Rey, Cauvi. Abogados. Miembro del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. A mi esposa, Yesxica Mego, por su amor y comprensión de todos estos días juntos.

(1) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. VI edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 949.

comisorio, en recuerdo de la *lex commissoria* del Derecho Romano, la cual, como se sabe, autorizaba al vendedor para resolver el contrato si el comprador no le pagaba el precio”⁽²⁾.

Antes de entrar de lleno a estudiar el presente supuesto resolutorio me parece adecuado señalar algunos aspectos generales respecto de la resolución:

1. Contrato con prestaciones recíprocas

Los contratos con prestaciones recíprocas “se caracterizan por la **interdependencia recíproca de las prestaciones de las partes**; cada una de las cuales está prevista en relación a la otra: la justifica y está justificada”⁽³⁾. La situación de reciprocidad trae aparejada determinadas consecuencias o efectos jurídicos⁽⁴⁾, tales como: la excepción de contrato no cumplido, la acción resolutoria y la asignación de riesgos.

Un caso típico de quebrantamiento del sinalagma funcional es el incumplimiento de una de las partes, en estos casos “el contrato es susceptible de resolución, o sea de disolución del vínculo. Porque ella incide sobre el contrato como relación, esto es sobre la situación jurídica que prosigue a la celebración, y no sobre el acto negocial en sí considerado, desempeñando la función de reequilibrar la posición económico-patrimonial de los contratantes”⁽⁵⁾.

Ahora bien, dicho lo anterior se debe señalar que la resolución como remedio no solo se aplica en los contratos con prestaciones recíprocas, pudiendo también ser aplicada en los contratos plurilaterales⁽⁶⁾, tal como

(2) HINESTROSA, Fernando. “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”. En: *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Colección Derecho Patrimonial, Grijley, Lima, 2007, p. 191.

(3) ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 863.

(4) HINESTROSA, Fernando. Ob. cit., pp. 185-186.

(5) TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. En: *I Contratti in Generale*. A cura de Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 2006, p. 1479.

(6) La expresión “contrato plurilateral”, según nos relata Giuseppe Ferri (FERRI, Giuseppe. “La società di due soci”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno VI, Giuffrè, Milano, 1952, nota 2, p. 610.), fue usada por primera vez con referencia al contrato de sociedad por Arangio-Ruiz, en su *Corso di Istituzioni di Diritto Romano* (El profesor Ferri hace referencia a ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*.

lo señala el artículo 1434 del Código Civil⁽⁷⁾, y, sobretodo, para el estudio del artículo 1430 del Código Civil, en aquellos casos en los que no nos encontremos “técnicamente” ante una prestación, la cual implica la realización u omisión de una conducta (dar, hacer o no hacer) debido a que es posible que los contratos puedan desplegar otros efectos además que los obligacionales⁽⁸⁾.

En tal sentido, el término prestación señalado por el artículo 1430 del Código debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como atribución patrimonial. Así Sacco señala que “(1)a referencia a las “prestaciones recíprocas” no indica, de por sí, que los efectos del contrato sean obligatorios. “Prestación” de modo genérico, indica todo sacrificio patrimonial”⁽⁹⁾. Lo anterior debido a que existen contratos en los cuales a efectos de satisfacer el interés del acreedor no nos encontramos ante

Napoli, 1921, p. 240, por mi parte, sobre el particular, he tenido la vista ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Eugenio Jovene, Napoli, 1947). No obstante aquello, la primera construcción teórica importante en la que se realizó una construcción doctrinal destinada a defender la tesis del contrato plurilateral como una categoría general, no solo referida al contrato de sociedad sino a un conjunto mayor de contratos, se debe a Tullio Ascarelli (entre otros trabajos: ASCARELLI, Tullio, “Il contratto plurilaterale”. En: *Studi in tema di contratti*. Dott. A. Giuffrè Edittores, Milano, 1952).

Ascarelli fue el principal propulsor en Italia de concebir al negocio jurídico constitutivo de la sociedad como un contrato. Incluso, dicha posición fue sostenida por él durante la vigencia del Código Civil italiano de 1885 (MAIORCA, Sergio. “Contratto plurilaterale”. En: *Enciclopedia Giuridica*. T. IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 1).

- (7) El referido artículo establece que: “En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, la imposibilidad sobrevenida 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 con las circunstancias.

En los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento”.

- (8) FORNO FLÓREZ, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7, Asociación Civil Ius Et Veritas, Lima, 1994; ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El contrato y los efectos reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)”. En: *Estudios sobre el Contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Traducción de Leysser L. León, segunda edición, Ara Editores, Lima, 2004; CASTRO TRIGOSO, Nelwin, ¿El contrato solo crea obligaciones? A propósito de los trabajos de reforma del Código Civil”. En: *Cathedra. Discere. Iure et Facto*, Año V, N° 8-9, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Editorial San Marcos, Lima.
- (9) SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Traducción de Leysser L. León, segunda edición, Ara Editores, Lima, 2004, p. 944. En similar sentido, ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. “Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas”. En: *Ius. Doctrina & Práctica*. N° 9, 2007, p. 214.

un típico supuesto de nacimiento de obligaciones sino de otros efectos contractuales como los contratos con efectos reales, por ejemplo.

2. Supuesto de ineficacia funcional y sobrevenida

La resolución no incide sobre el contrato como negocio jurídico, es decir, sobre el supuesto de hecho, sino sobre los efectos del acto de autonomía privada al hacer que los mismos se dejen de producir debido a que se ha presentado una situación que quebranta el sinalagma funcional del contrato. En dicho sentido, es una causal de ineficacia funcional por afectar no la estructura del contrato sino el funcionamiento del mismo así como un supuesto de ineficacia sobrevenida ya que la causal que lo origina se produce luego de la celebración del contrato. Sin embargo, nada obsta para que un contrato que se encuentre afectado de una causal de resolución pueda ser a su vez pasible de estar afectado con una causal de nulidad, anulabilidad y/o rescisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es exacto lo que señala el artículo 1371 del Código Civil al establecer que la resolución deja sin efecto un “contrato válido” por causal sobreviniente a su celebración. Como se explicó, la resolución afecta no al contrato sino a la relación jurídica creada y que no siempre el contrato celebrado es válido ya que el mismo podría estar afectado por una causal de nulidad o de anulabilidad.

Al respecto, las causales que pueden dar origen a un supuesto de resolución contractual, son variadas. Así, tal como señala Bolaños “(d)iversos hechos jurídicos pueden constituir causal resolutoria. Esto depende de lo previsto en la ley o lo acordado por las partes contratantes. Así, por ejemplo, la imposibilidad sobreviniente de ejecutar una prestación, la pérdida por evicción del derecho real adquirido, los vicios ocultos del bien transferido, la excesiva onerosidad de la prestación debida, etc.”⁽¹⁰⁾.

(10) BOLAÑOS VELARDE, Víctor. “La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa”. En: *Cathedra. Discere. Iure et Facto*. Ob. cit., p. 201.

3. Mecanismo de tutela

La resolución es uno de los mecanismos de tutela sustancial⁽¹¹⁾ o “autotutela⁽¹²⁾” con los que cuenta el acreedor, en los contratos con prestaciones recíprocas, a efectos de poder salvaguardar el derecho de crédito del que es titular, al haberse defraudado su interés en el cumplimiento de la prestación a su favor.

Usualmente se considera a la ineficacia, y dentro de ella a la resolución, como una sanción que el ordenamiento jurídico impone sobre la parte incumplidora en un contrato. En ese sentido, Luis Díez-Picazo refiere que “(l)a ineficacia del contrato es, además, una sanción. Si por sanción entendemos la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos, el carácter sancionador de la ineficacia es claro. Existe una desarmonía o un desajuste entre el contrato tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico (tipo contractual hipotético) y el contrato tal y como fue llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre uno y otro plano entraña una infracción, puesto que sin duda las normas ordenan el más perfecto ajuste entre una y otra categoría”⁽¹³⁾.

Por mi parte, considero que la ineficacia se encuadra dentro del concepto de remedios que otorga el ordenamiento para que los privados no se vean defraudados en sus expectativas. En tal sentido, “frente a la lesión actual o potencial de los intereses merecedores de tutela, que serían vulnerados por la normal producción de los efectos del contrato defectuoso, la ley ofrece instrumentos para prevenir o remover la lesión misma –en una palabra, para ponerle remedio–. Y el remedio consiste en

(11) “La resolución por incumplimiento puede ser conceptualizada como una consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo (de resolución), entendido como un mecanismo de tutela que brinda el ordenamiento para provocar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato ante una situación de incumplimiento *in genere* derivándose la eliminación de los efectos que habría producido”. (PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Resolución del contrato por incumplimiento. En: *Código Civil Comentado por los Cien mejores Especialistas*. Tomo VII, Contratos en General, Gaceta Jurídica. Lima, 2004, p. 511).

(12) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, III, Il Contratto*, Dott. A. Giuffrè Editores, Milano, 1998, p. 697; MORALES HERVIAS, Rómulo. “Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 4, Número 33, noviembre, 2003, pp. III y ss.

(13) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen primero, Introducción. Teoría del Contrato. Sexta edición, Thomson-Civitas, 2007, pp. 452-453.

liberar a las partes del vínculo contractual o en **poner en discusión los efectos del contrato**⁽¹⁴⁾.

Tal como señala Vincenzo Roppo, si el contrato prescindiera de aquella reacción frente al acto de autonomía privada⁽¹⁵⁾, y en tal sentido vinculara a las partes, produciendo sus efectos normales, se podrían realizar resultados indeseables y en tal sentido “saldrían **lesionados intereses merecedores de tutela**”⁽¹⁶⁾. Teniendo en cuenta aquello podemos señalar que la resolución no se instala dentro de una concepción sancionadora o punitiva del ordenamiento jurídico frente al obrar autónomo de los particulares sino en un plano de protección o resguardo de los intereses privados, los cuales serían dañados en aquel caso en el cual el ordenamiento jurídico no estableciera un mecanismo de protección o un remedio idóneo para que los privados puedan ver protegidos sus intereses.

II. MODELO SUSTANCIAL O EXTRAJUDICIAL

La resolución por cláusula resolutoria expresa se enmarca dentro de lo que Mauro Paladini ha venido a llamar el “modelo sustancial” el cual consiste en que “la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho, cuya legitimidad podrá ser sucesivamente evaluada por el juez con una mera verificación de la subsistencia de los requisitos previstos por la ley”⁽¹⁷⁾.

Teniendo en cuenta lo anterior representa una ventaja importante para el acreedor contar con un mecanismo que permita que los efectos del contrato cesen debido al incumplimiento sin necesidad de acudir ante el órgano jurisdiccional. Asimismo, en “el modelo sustancial, es el acreedor el que mide sus propios intereses y decide que el vínculo del

(14) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 667.

(15) El autor habla de manera general y coloquial de “contrato defectuoso”.

(16) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 667.

(17) PALADINI, Mario. “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”. En: *Advocatus*. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 19, 200-2, p. 76. El otro modelo es el judicial, el cual “impone al acreedor de la prestación incumplida dirigirse al juez para obtener una sentencia constitutiva, que produzca la extinción de las respectivas obligaciones de las partes (...)”.

contrato, violado por el incumplimiento (o por el retraso o por el inexacto cumplimiento), no corresponde más con sus intereses”⁽¹⁸⁾.

III. FORMA Y CONTENIDO DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

A diferencia de los mecanismos resolutorios establecidos en los artículos 1428, resolución judicial, y 1429, resolución por autoridad de acreedor, del Código Civil, en el caso de la resolución por cláusula resolutoria expresa será necesario que una o todas las partes del contrato las haya establecido. En dicho sentido, la “cláusula” resolutoria expresa es un elemento accidental del contrato lo que significa que si no se pacta no se puede valer de la misma, a diferencia de las instituciones de la resolución judicial y por autoridad del acreedor que en nuestro régimen positivo se constituyen como elementos naturales del contrato.

Respecto del establecimiento de la forma de pactar la cláusula no se ha establecido que la misma tenga alguna en especial pero atendiendo al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal deberá revestir la misma forma que se haya prescrito, en el caso fuera ad solemnitatem, para determinado contrato⁽¹⁹⁾.

En cuanto al contenido de la cláusula, si es necesario que la cláusula misma tenga una determinado por lo siguiente⁽²⁰⁾:

- a) La previsión de que el incumplimiento será automáticamente resolutorio debe resultar “expresamente”.
- b) Vincular la resolución al cumplimiento de una determinada obligación.

Respecto de las obligaciones a considerar como esenciales, hay que tomar en cuenta lo que señala Mosco, en el sentido de que la cláusula

(18) PALADINI, Mario. Ob. cit., p. 76.

(19) MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Dux, Ediciones y Publicaciones, Barcelona, p. 203; FORNO, Hugo. “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*, dirigido por Manuel De la Puente y Lavalley y Jorge Muñiz Ziches, Cultural Cuzco, Lima, 1977, p. 115.

(20) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 885. En similar sentido: MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 207.

resolutoria “tiene sustancialmente un significado muy amplio, es decir, que comprende tanto las hipótesis de incumplimiento absoluto, como las de incumplimiento relativo (retraso, por ejemplo) y además, los de incumplimiento cualitativo y cuantitativo”⁽²¹⁾.

En lo que respecta a la manera de pactarlas, no considero que baste establecer una referencia general como que “cualquier prestación establecida en el presente contrato dará derecho a ejercer la resolución establecida en el artículo 1430 del Código Civil”. Será necesario, tal como lo señala el propio artículo 1430, que se establezca “con toda precisión” la prestación que de ser incumplida dará derecho a ejercer el remedio resolutorio. Caso contrario, nos encontraríamos ante una cláusula de estilo, carente de valor para los propósitos de la cláusula resolutoria expresa⁽²²⁾. Al respecto, Mosco señala que “para que se tenga una verdadera cláusula resolutoria expresa y no una cláusula de estilo, “es necesario que se especifique y se concrete que se trata de una cláusula de tal clase, quedando patente que la voluntad de las partes se ha referido con toda certeza a la misma, para que de ella se derive la gravísima y excepcional sanción “*ipso iure*”, sin intervención estimativa del juez, y sin posibilidad de dilación; y al propio tiempo, que el incumplimiento quede bien determinado, esto es, que se concrete en un suceso de fácil y material comprobación”⁽²³⁾.

Así, podrá establecerse que “el incumplimiento total o parcial del pago del precio de la compraventa en la fecha establecida dará derecho a ejercer la resolución establecida en el artículo 1430 del Código Civil”, ya que en tal caso, se habrá establecido con toda precisión la prestación: el pago de precio. Otra manera de poder establecer la anterior es aquella en la que se hace referencia al incumplimiento de determinada prestación establecida en una cláusula específica como por ejemplo señalar que “el incumplimiento de las prestaciones señaladas en la Cláusula Quinta y Sexto del presente contrato dará derecho a ejercer la resolución establecida en el artículo 1430 del Código Civil”.

(21) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 227.

(22) CARRESI, Franco. “Il Contratto”. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Continuato da Luigi MENGONI, XXI, T. 2, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 916.

(23) MOSCO, Luigi. Ob. cit., pp. 205-206.

Opinión contraria tiene Forno, el cual, luego de dar cuenta la doctrina que establece que se debe señalar de manera expresa las prestaciones susceptibles de dar derecho a la resolución y la legislación vigentes, señala: “Nosotros no estamos satisfechos con esta doctrina ni con su sanción legislativa. No hemos encontrado un fundamento contundente que pueda convencernos. Consideramos que en este ámbito la autonomía de la voluntad es soberana pues no se enfrenta con ninguna norma de orden público que pueda recomendar su limitación. Somos partidarios, en consecuencia, de que mientras la cláusula no deje lugar a duda que las partes han querido reservarse con ella la facultad de resolver el contrato de pleno derecho, una referencia a incumplimiento de las obligaciones o a la inejecución de las prestaciones en general hubiera sido suficiente para que tal cláusula fuera susceptible de producir plenos efectos”⁽²⁴⁾.

IV. LA (NO) GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO

En lo que se refiere a la resolución por incumplimiento, existe un debate respecto de si el incumplimiento de la prestación del deudor debe ser grave a efectos de que se pueda intentar la resolución. Nuestro Código Civil no establece nada al respecto, a diferencia del Código Civil italiano que establece en su artículo 1455 que “(e)l contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra”.

Al respecto, la doctrina mayoritaria en nuestro país señala, basándose en el artículo 1362 del Código Civil, referida a la buena fe en la ejecución del contrato, que el incumplimiento no debe ser de escasa importancia⁽²⁵⁾. Sin ánimo de incursionar en dicho debate, en el presente

(24) FORNO, Hugo. “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. Dirigido por Manuel De la Puente y Lavalle y Jorge Muñiz Ziches, Cultural Cuzco, Lima, 1977, pp. 116-117.

(25) DE LA PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Segunda Parte, Tomo IV, Segunda edición, Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 402; BOLAÑOS VELARDE, Víctor. Ob. cit., p. 201; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Resolución del contrato por incumplimiento”. En: *Código Civil Comentado por los Cien mejores Especialistas, Contratos en General*, Tomo VII, Ob. cit., p. 512; ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Resolución extrajurisdiccional por incumplimiento en la contratación administrativa”. En: *Athina*, p. 47.

caso, es decir, en el caso de la resolución por cláusula resolutoria expresa, considero que no debe atenerse a establecer la gravedad o no gravedad de la prestación incumplida ya que son las propias partes las que han establecido de manera expresa qué prestaciones dentro de la economía del contrato⁽²⁶⁾ se han considerado como esenciales de modo tal que su incumplimiento otorgará el derecho a resolver el contrato. La manifestación expresa de las partes “causalisa” prestaciones sobre las que se podría dudar sobre su relevancia a efectos de intentar la resolución del contrato en otros casos.

Todo aquel debate no resulta aplicable en el caso de la cláusula expresa ya que las propias partes han señalado, en ejercicio de su autonomía privada, qué consideran esencial, motivo por el cual, cualquier intervención de un tercero no será justificada (salvo que nos encontremos ante contratos celebrados por adhesión o a través de cláusula generales de contratación, en donde se deberá examinar con mayor atención las condiciones de asimetría de información y poder de negociación). Debido a lo anterior, se “excluye el examen minucioso del juez sobre el grado de importancia del incumplimiento, porque **la correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes**, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución”⁽²⁷⁾.

Incluso en la propia Italia, en donde, como ya se dijo se cuenta con una disposición en el Código Civil respecto de gravedad del incumplimiento, no se considera necesario acreditar la gravedad del

(26) Tomar en cuenta la operación económica al momento de regular, e interpretar, es de suma importancia ya sea que la regulación se lleva a nivel macro a través de normas jurídicas de fuente pública o a nivel micro, entre particulares, a través de normas jurídicas de fuente privada, por ello, asiste razón a D'ANGELO, Andrea. “Contrato y operación económica”. En: *Estudios sobre el contrato en general*. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), traducción de Leysser L. León, Segunda edición, Lima, Ara Editores, 2004, p. 648: “El reconocimiento de la relevancia jurídica, en el plano de la regulación de la relación, de la operación económica, hace, sobre todo, que cuando sea necesario resolver un conflicto de intereses no regulado por el enunciado de las cláusulas, se pueda recurrir a criterios deducibles de dicha operación, y no a reglas legales, o en todo caso a estas últimas, pero solo con la mediación de una evaluación de compatibilidad con la economía de la relación”. Véase también: PAZ-ARES, Cándido. “Principio de eficiencia y Derecho privado”. En: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*. Vol. III, Tirant lo Blanch, Madrid, 1995.

(27) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., 2009, p. 885.

incumplimiento. Así, Rodolfo Sacco señala que “(p)ara efectos de la cláusula, será irrelevante la mayor o menor gravedad del incumplimiento”⁽²⁸⁾. Por ejemplo, Scognamiglio señala que la “cláusula expresa adquiere principalmente el valor de una predeterminación de las hipótesis de incumplimiento que, según el pacto de los interesados, pueden determinar la resolución; y se explica que en presencia de una cláusula de tal índole, no se permita averiguación alguna sobre la entidad mayor o menor del incumplimiento”⁽²⁹⁾.

En atenta observación, aunque no compartida, De la Puente señala que habría lugar a que el juez proceda a determinar la gravedad del incumplimiento en aquellos supuestos en los que no se hubiera establecido que el incumplimiento deba ser total, por ende, ante un incumplimiento parcial de la prestación establecida como esencial, se deberá proceder a la valoración de gravedad. Así, el maestro señala: “Si las partes determinan con toda precisión cuál es la prestación, por insignificante que esta sea, cuya inejecución absoluta o relativa da lugar a la resolución de pleno derecho, no cabe que el juez puede impedir la resolución so pretexto de que el incumplimiento es de escasa importancia en relación con el objeto del contrato”⁽³⁰⁾. “En cambio, si las partes se han limitado a convenir que el incumplimiento de una determinada prestación, establecida con toda precisión, da lugar a la resolución de pleno derecho, sin hacer referencia a que el incumplimiento sea absoluto o relativo, y ocurre que tal prestación es ejecutada casi en su totalidad, siendo lo que falta de muy escasa importancia, sería justificado que el juez impidiera la resolución de pleno derecho”⁽³¹⁾.

En sentido, similar Mosco señala que “la amplitud de poderes concedida por la ley a las partes, a este respecto, no es absoluta, ni mucho menos tan amplia que les permita estipular el que incluso un incumplimiento levísimo y desdeñable, pueda dar lugar a la resolución”⁽³²⁾.

(28) SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Traducción de Leysser L. León, Segunda edición, Ara Editores, Lima, 2004, p. 964.

(29) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del Contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 272.

(30) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 401.

(31) Ibidem, p. 402.

(32) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 210.

Al respecto, no comparto la opinión de De la Puente ni de Mosco ya que ingresar a determinar la gravedad del incumplimiento, incluso en los casos planteados, sería sustraer parte de la autonomía privada ejercida por los particulares además de que vaciaría de utilidad a la cláusula resolutoria expresa. Por ello, si se entiende que “la verdadera ventaja de la resolución por cláusula resolutoria expresa es sobre todo la seguridad ofrecida al declarante: verificado el incumplimiento previsto en el contrato y notificada la declaración de resolución, el declarante están seguros de la resolución y puede, por esto, disponer con seguridad de la prestación a su cargo, si temer que esta pueda en seguida resultar debida al incumplidor. Dar a la autoridad judicial el poder de indagar sobre la importancia del incumplimiento significa sin duda eliminar esta ventaja”⁽³³⁾. Tal como señala Verdera la “razón fundamental de esta tendencia se encuentra en la función y en la ratio de la cláusula resolutoria expresa”⁽³⁴⁾

V. LA (NO) CONSTITUCIÓN EN MORA

Otro aspecto importante, aplicable a todos los supuestos de resolución, es si previamente a la resolución se deba constituir en mora al deudor. En dicho sentido, De la Puente y Barboza señalan que “la cláusula resolutoria expresa es aplicable solo en los casos en que se presenta una situación jurídica de incumplimiento de parte del deudor, vale decir, luego de que el acreedor le ha exigido el cumplimiento de determinada obligación que aquel no ejecutó”⁽³⁵⁾.

Opinión contraria, la cual comparto, es la de Forno, el cual señala que “no es dable admitir (...) que la resolución como mecanismo de tutela —establecida por el ordenamiento jurídico como reacción frente a la lesión del interés del contratante— consistente en la liberación de vínculo contractual, y por ello, incompatible con la ejecución de este, solo pueda actuarse como paso posterior a la constitución en mora, lo que supondría un interés del contratante en el cumplimiento, pero sobre

(33) VERDERA SERVER, Rafael. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Cedam, Padova, 1994, pp. 276-277.

(34) *Ibidem*, p. 276.

(35) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. “Cláusula Resolutoria expresa y condición resolutoria. En: *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Colección Derecho Patrimonial, 1, Grijley, Lima, 2007, p. 25.

todo como paso posterior a una exigencia de pago, que es el mecanismo necesario para que la constitución en mora tenga lugar”⁽³⁶⁾.

Tal como se recuerda, el primer párrafo del artículo 1333 establece que “(i)ncurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”. No tiene sentido, en el presente caso, constituir en mora al deudor ya que (a) no se pretende, en ningún caso, el cumplimiento de la obligación, y (b) se vaciaría de contenido a la cláusula resolutoria expresa la cual tiene como objetivo contar con un mecanismo rápido para poder cesar los efectos surgidos, sin necesidad de un pronunciamiento judicial o arbitral previo ni la necesidad de otorgar un plazo al deudor para que cumpla antes de que opere la resolución.

VI. FORMALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

La doctrina señala que frente a la comunicación de quererse valer de la cláusula resolutoria expresa nos encontramos ante un negocio jurídico unilateral, recepticio y no formal⁽³⁷⁾. Es unilateral debido a que quien lo emite es el acreedor, recepticio debido a que tiene efectos al momento de que sea conocido por el destinatario (o llegue a su esfera de cognoscibilidad como se señalará luego) y no formal debido a que no se ha establecido forma ad solemnitatem alguna para su emisión.

Tal como había señalado al inicio de este documento, el segundo párrafo del artículo 1430 establece la resolución se produce cuando se comunica a la otra parte que se quiere valer de la cláusula resolutoria. Sin embargo, y a diferencia de lo señalado en el artículo 1429 que establece que la intimación para el cumplimiento debe hacerse por vía

(36) FORNO, Hugo. “Resolución por intimación”. En: *Themis*. Revista de Derecho, Segunda Época, Nº 38, pp. 115-116. En el mismo sentido, PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz, Tomo Sexto, Las Obligaciones, Primera Parte, Cultural S.A., Habana, 1936, p. 597, “nunca será necesario incurrir en mora”.

(37) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 886; TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. En: *I Contratti in Generale*. A cura de Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 2006, p. 1517.

notarial, no establece una forma determinada a efectos de hacer conocer la voluntad resolutoria.

Un primer punto a tomar en consideración es si esta manifestación de voluntad debe ser siempre expresa o podría ser tácita, atendiendo a lo señalado al artículo 140 del Código Civil que establece, en su primer párrafo, que “(l)a manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia”. Ahora bien, de la lectura del artículo 1430 queda claro que el Código Civil no exige una comunicación expresa a efectos de que pueda activarse el mecanismo resolutorio, en tal sentido, no aplicaría el segundo párrafo del antes mencionado artículo 1430 del Código Civil que establece que “(n)o puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

Dicho lo anterior, en teoría, sería posible que la comunicación a que hace referencia el artículo 1430 del Código Civil. En dicho sentido se pronuncian ilustres autores. Así, Sacco considera, basado en un pronunciamiento judicial, que la comunicación podrá resultar implícitamente de otro acto (por ejemplo, una citación)⁽³⁸⁾. En el mismo sentido, Roppo señala que la declaración de querer valerse de la cláusula resolutoria expresa “(n)o es formal, de manera que puede resultar por implícito, de **hecho concluyentes**: por ejemplo del requerimiento extrajudicial o de la demanda judicial a repetir lo prestado a base del contrato”⁽³⁹⁾. Por su parte De la Puente, señala que “esta puede hacerse en cualesquiera de las maneras previstas en el artículo 141 del Código civil, esto es en forma expresa o tácita, siempre que de la comunicación se infiera **indubitablemente** la voluntad de la parte fiel”⁽⁴⁰⁾.

Habiendo dicho lo anterior queda por examinar si la conclusión preliminar expuesta resulta razonable en razón de la institución bajo examen.

(38) SACCO, Rodolfo. Ob. cit., p. 965.

(39) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 886.

(40) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 405.

La resolución, como se dijo, produce el decaimiento del vínculo contractual y en tal sentido, se manifiesta como un mecanismo de tutela contractual del última ratio. Teniendo en cuenta lo anterior, y así lo parece indicar los demás supuestos de tutela resolutoria como la resolución judicial (1428 del Código Civil) y por autoridad del acreedor (1429 del Código Civil) en los cuales es necesaria la manifestación expresa de la voluntad resolutoria, a través de la demanda o de la vía notarial, debemos entender que la comunicación a efectos de querer valer de la cláusula resolutoria expresa implica una declaración que tiene como propósito hacer conocer a la otra parte la voluntad de dejar sin efecto el contrato debido a un incumplimiento, no pudiendo deducirse aquello de conductas tácitas como, por ejemplo, la solicitud de devolución de prestaciones efectuadas o la suspensión de las propias. Será siempre necesaria la comunicación expresa.

Además de lo anterior, la comunicación expresa debe realizarse a efectos de que la otra parte tome conocimiento de cuál de las prestaciones, en caso se haya establecido más de una, ha sido incumplida. Lo anterior a efectos de poder determinar si es que de manera efectiva se ha incurrido en causal de resolución a fin de que se pueda solicitar judicial o arbitral la declaración de que el contrato no ha sido resuelto debido a que no se ha incurrido en incumplimiento.

“La validez del ejercicio de este procedimiento resolutorio puede ser sometido por el deudor a la consideración de los tribunales quienes deben limitarse a comprobar si se dieron o no los presupuestos contemplados para que proceda. Lo importante es que la sentencia que se pronuncie tendrá carácter declarativo y no constitutivo pues se limitará a confirmar la existencia de un estado jurídico anterior. Así, si los presupuestos y requisitos fueron cumplidos el fallo solo declarará que la resolución quedó efectivamente verificada con la declaración comunicada por el acreedor al deudor. Si los presupuestos o requisitos no hubieran sido observados la sentencia solo declarará que la resolución nunca se produjo”⁽⁴¹⁾. Obviamente, esto también será posible de hacer en aquellos

(41) FORNO, Hugo. “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. Ob. cit., p. 121.

casos en los que se hubiera comunicado de manera expresa la voluntad que querer valerse de la cláusula resolutoria.

Vinculado con lo anterior, esta comunicación expresa deberá indicar siempre no solo la voluntad resolutoria sino también la específica prestación incumplida de las que se hubieran establecido como supuestos idóneos a efectos de poder ejercer la cláusula resolutoria expresa, ya que solo de esta manera será posible que el deudor pueda defenderse en caso considere que la resolución no se ha verificado al no haberse realizado su presupuesto básico: el incumplimiento.

Ahora, en cuanto a la forma en la que debe comunicarse la voluntad resolutoria se deberá atener al artículo 140 del Código Civil, en tal sentido se podrá realizar por vía “oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo”. Sin embargo, a efectos prácticos la vía idónea a efectos de poder establecer la certeza del contenido y la fecha de la comunicación de la voluntad resolutoria, será la vía notarial. Nótese que en este caso, a diferencia de la resolución por autoridad del acreedor, no debemos atenernos a lo señalado en el artículo 144 del Código Civil⁽⁴²⁾ ya que el Código Civil no ha establecido una forma determinada para comunicar la voluntad resolutoria.

VII. MOMENTO EN QUE OPERA LA RESOLUCIÓN

La resolución se produce al momento en que esta es conocida por la parte incumplidora, o con mayor precisión, cuando la comunicación arriba a su esfera de cognoscibilidad (ya que no se necesita el conocimiento efectivo), en concordancia con el primer párrafo de artículo 1374 del Código Civil, el cual establece que “(l)a oferta, su revocación, la aceptación y **cualquier otra declaración contractual** dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”. (Resaltado agregado). Y añade en su segundo párrafo que “(s)i se realiza a través de medios

(42) **Código Civil. Artículo 144.-** Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto.

electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.

Teniendo en cuenta lo anterior, discrepo con el maestro De la Puente cuando señala que la resolución se produce por el mero hecho de haberse producido el incumplimiento pero ineficaz hasta que se produzca la comunicación. En dicho sentido, De la Puente señala que “la resolución se produce por el mero hecho del incumplimiento por la parte infiel de la prestación a su cargo, aun cuando solo cobra eficacia cuando la parte fiel invoca la resolución”⁽⁴³⁾. Así, señala que “(s)urge la duda, al leer este comentario, si el incumplimiento, como tal, no produce la resolución, sino que esta solo existe por razón de la declaración, o si, por el contrario, el incumplimiento origina la resolución prevista en la cláusula, pero que ella es ineficaz en tanto no se produzca la declaración, que es la que concede efectos a la resolución.

Pienso que la solución correcta es la segunda, pues el texto del artículo 1430 de nuestro Código Civil habla del convenio para que el contrato se resuelva **cuando** una de las partes no cumple con determinada prestación a su cargo, lo que pone de relieve que es el incumplimiento lo que genera la resolución. Si bien es cierto que el segundo párrafo del mismo artículo establece que la resolución se **produce** de pleno derecho **cuando** la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, entiendo que se está refiriendo al efecto de la resolución, esto es que sea de pleno derecho. En otras palabras, mi parecer es que la resolución se produce como consecuencia del incumplimiento previsto en el pacto comisorio, pero que es ineficaz, o sea nadie puede valerse de ella, hasta que la parte fiel, mediante su declaración en ese sentido, le conceda su efecto resolutorio, el cual actúa de pleno derecho. La declaración de la parte fiel no es, pues, constitutiva de la resolución sino un requisito (*conditio juris*) para su eficacia”⁽⁴⁴⁾.

No se puede compartir lo señalado por De la Puente, ya que, tal como se desprende de lo prescrito en el artículo 1430 del Código Civil, una vez conocida la comunicación (o habiendo llegado a la esfera

(43) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 393.

(44) Ibidem, pp. 394-395.

de cognoscibilidad) el contrato se resuelve de pleno derecho por lo que no será necesario, como en el caso de la resolución judicial, la participación del juez o árbitro a fin de que se produzca la resolución. En todo caso su participación se necesitará a efectos de declarar la resolución ya producida así como para intentar la restitución de prestaciones efectuadas, según se pueda, atendiendo a la naturaleza de las mismas, o solicitar el resarcimiento por los daños producidos.

Adicionalmente, producida la resolución del contrato, habrá que evaluarse si la causal es imputable o no al deudor a efectos de poder demandar el resarcimiento de los daños producidos. Al respecto soy de la opinión que no es necesaria la culpabilidad del deudor a efectos de poder ejercer el remedio resolutorio⁽⁴⁵⁾.

VIII. NO EJERCICIO DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

Luego de señalado lo anterior queda por examinar una cuestión final. Pueden surgir dudas sobre qué es lo que pasa si es que producido el incumplimiento el acreedor no comunica a la parte incumplidora de su voluntad de querer valer de la cláusula resolutoria expresa. Al respecto, soy de la opinión que al encontrarnos ante un derecho nada obliga al acreedor para que ejerza su derecho potestativo de ejercer la resolución contractual de manera extrajudicial.

Sin perjuicio de lo anterior, si debe tomarse en cuenta, en concordancia con lo señalado anteriormente, que si no se realiza la comunicación no se produce la resolución y, por ende, el deudor podría cumplir tardíamente. En tal sentido, “se puede señalar que en aquellos casos en los que el acreedor quiera evitar el cumplimiento tardío deberá ejercer el derecho de resolver, pesando sobre aquel, en este caso, una carga de comunicación⁽⁴⁶⁾”.

(45) Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 406; MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 25 y ss.; ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. “Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas”. En: *Ius. Doctrina & Práctica*, N° 9, 2007, p. 214.

(46) SACCO, Rodolfo. Ob. cit., p. 964.

Ahora bien, tampoco el acreedor frente al que se hubiera incumplido una prestación establecida como causal de ejercicio de la cláusula resolutoria expresa debe necesariamente ejercer la acción resolutoria por esta vía, ya que sigue contando con las vías de la resolución judicial o la resolución por autoridad del acreedor, así como todos los otros remedios que otorga el ordenamiento jurídico, salvo que sean incompatibles entre sí. Lo que sí debe cuidarse es que en estos casos es posible que se evalúe la gravedad de la prestación incumplida. Por ejemplo, Tamponi señala que “(e)n tal caso – observan doctrina y jurisprudencia– la consiguiente inoperatividad de la cláusula restituiría al juez el poder de evaluar la gravedad del incumplimiento previsto y concretamente verificado, precisamente porque la incidencia de la cláusula está subordinada *ex artículo* 1456 CC a la declaración de la parte de querer valerse de aquella”⁽⁴⁷⁾.

Finalmente, debe evaluarse si es que luego del incumplimiento se ha producido una renuncia a ejercer la resolución por cláusula resolutoria expresa. En dicho sentido, Sacco señala que: “(h)ay que entender que la cláusula se aplica solo si no se ha renunciado a ella; y el incumplimiento es tal solo en cuanto no permitido; y es relevante solo en cuanto no tolerado. El consentimiento al retardo (prestado *ex ante*), la tolerancia prestada al momento de la inejecución), la renuncia a valerse de la cláusula (prestada *ex post*), constituyen fenómenos relevantes y funcionalmente intercambiables”⁽⁴⁸⁾.

(47) TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. En: *I Contratti in Generale*. A cura de Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 2006, p. 1517.

(48) SACCO, Rodolfo. Ob. cit., p. 964.

Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas

Carlos ZAMUDIO ESPINAL^(*)

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Creemos que para el mejor entendimiento de la resolución por incumplimiento es necesario hacer un breve *excursus* histórico partiendo del Derecho Romano hasta nuestro actual Código Civil.

En el Derecho Romano existían dos concepciones del contrato, uno amplio y otro restringido o específico. El concepto amplio es enarbola-do por Gayo, para quien es contrato todo aquello que no es delito; y el concepto restringido o específico es esgrimido por el ilustre jurista Marco Antistio Labeón.

En este punto es necesario señalar que el pensamiento de Labeón fue influenciado por la filosofía de Aristóteles, según Despotopoulos, lo importante para este último no era el elemento volitivo dentro del sinalagma contractual, sino el restablecimiento del equilibrio contractual, en la medida que: “(...) El solo hecho de la declaración de voluntad de una parte y de la otra y del acuerdo entre estas dos voluntades declaradas,

(*) Abogado y maestría por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Jefe de prácticas de Derecho Civil en la UNMSM. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán.

es decir, la conclusión del contrato o de la convención, no parece tener un alcance decisivo para la existencia del sinalagma respectivo. Este se produce del hecho de la prestación efectuada por una de las dos partes, que supone el desequilibrio entre las situaciones de dos partes contratantes, este desequilibrio es la condición esencial de la reacción de justicia correctiva, esto es, del nacimiento de la obligación de recuperar y restablecer el equilibrio anterior. Esta es la característica de la importancia despreciable que Aristóteles asigna al elemento volitivo de la constitución de los sinalagmas voluntarios (...)"⁽¹⁾.

Así, para Labeón el contrato era "(...) el *ultra citroque obligatio*, el acto por el cual nacen obligaciones a cargo de ambas partes de la relación (...)"⁽²⁾. Al respecto, Pugliese nos dice que "(...) *contrahere* e *contractum* indicaban solamente actos bilaterales capaces de crear obligaciones de una parte y de la otra (*ultra citroque*), en el mismo sentido de aquellos que nuestro Código Civil llama contratos con prestaciones correspectivas y de aquellos, dice Labeón, para los cuales los Griegos usaban el termino *synallagma* (συνάλλαγμα), tales eran, explica, la compraventa, la locación, la sociedad"⁽³⁾.

El conocidísimo paso de Ulpiano sobre la concepción de Labeón en el Digesto dice lo siguiente:

D.50,16,19 (Ulpiano, comentario al edicto, 11): *Labeo libro primo praetoris urbani definiit, quod quaedam "agantur", quedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultrocitroque obligationem, quod*

(1) DESPOTOPOULOS, Constantin. *La notion de synallagma chez Aristote*. *Archives de Philosophie du Droit*. T. XIII, Editions Sirey, Paris, 1968, p. 122.

(2) TALAMANCA, Mario. "Contratto e patto nel diritto romano". En: *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. AA. VV. A cura de Alberto Burdese. Casa Editrice Dott, Antonio Milani-Cedam, Padova (s/e), 2006, pp. 50-51.

(3) PUGLIESE, Giovanni. "Sul contratto in diritto romano". En: *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. AA.VV. A cura de Alberto Burdese. Casa Editrice Dott, Antonio Milani-Cedam, Padova, (s/e), 2006, p. 26.

Debemos dejar en claro que emparentar el concepto labeoniano de contrato con el negocio bilateral no es pacífico en la doctrina romanista: "La tentación –recurrente en una cierta doctrina (...)– de identificar en el *contractus* labeoniano el negocio bilateral, es decir en la *conventio*, no encuentra justificación en el tenor del paso ulpiano (...)" TALAMANCA, Mario. Ob. cit., p. 51: pie de página número 53.

Graeci συνάλλαγμα [synallagma] vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

He aquí la traducción: “Labeón define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra ‘acto’ es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una parte y de otra parte, lo que los griegos llaman συνάλλαγμα [sinalagma], como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; ‘gestionado’ significa cosa hecha con palabras”⁽⁴⁾.

Sobre la influencia de Aristóteles sobre el pensamiento de Labeón, Biscardi manifiesta que “(...) la noción de συνάλλαγμα [sinalagma] –equivalente al latín *commutatio* en la tradición escolástica, perpetuada desde la *Ethica* aristotélica a la *Summa theologica* de S. Tomas de Aquino– representa el ‘justo correctivo’ de los desequilibrios en el orden social en sentido lato (...) así la contraprestación de la parte que ha recibido la prestación del otro contrayente constituye, más que la manifestación bilateral de voluntad, el presupuesto y la esencia de la relación obligatoria (...) como se puede negar que el concepto labeoniano de ‘contrato bilateral’ esté inspirado en el pensamiento de Aristóteles, como resulta del famoso pasaje (...) de la *Ethica Nicomachea*?”⁽⁵⁾.

A pesar de lo avanzado del razonamiento de Labeón, imperó la concepción gayana de contrato; pero es Gayo quien pone en contradicción su propio pensamiento: como expresamos precedentemente para este autor todo lo que no es delito es contrato; mas el pago indebido no lo sitúa ni en el contrato ni en el delito. Si para él la *summa divisio* consistía en delitos y contratos surge inmediatamente la siguiente pregunta: ¿dónde queda el pago indebido?⁽⁶⁾.

(4) Traducción tomada de: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. A doble texto, traducido al castellano del latín, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Digesto, Primera parte, Tomo III, Barcelona, 1897. Traducción y notas de D. Ildefonso L. García del Corral, p. 914.

(5) BISCARDI, Arnaldo. “*Quod graeci synallagma vocant*”. Labeo, *Rassegna di diritto romano*, Editore Jovene, Anno XXIX, Napoli, 1983, p.137.

(6) Vide PUGLIESE, Giovanni. Ob. cit., pp. 27-30; TALAMANCA, Mario. Ob. cit., pp. 54-55.

Sin embargo, tanto la concepción de Labeón como la de Gayo encontraron problemas: “(...) según el planteamiento proveniente de Labeón no encontraban protección todos los negocios atípicos; sino solo los sinalagmáticos”⁽⁷⁾; y la otra postura, gayana, “(...) se debatía en la alternativa entre la reconducción de los negocios atípicos en aquellos típicos (...) y la desnaturalización de los negocios reconocidos”⁽⁸⁾.

Fue otro jurista, Aristón, quien permitió superar los inconvenientes producidos por aquellas concepciones del contrato, así nos enseña el profesor Filippo Gallo cuando afirma “(...) que Aristón no engloba propiamente el *συνάλλαγμα* [sinalagma] en el sistema contractual, sino lo afianzó al mismo para obviar una deficiencia en el encontrada. Diversamente de Labeón, él no considera por sí mismas accionables las convenciones sinalagmáticas atípicas: para él la acción nacía solamente si había sido ejecutada una prestación convenida, en la perspectiva derivada de Aristóteles, del restablecimiento del equilibrio entre las partes”⁽⁹⁾.

Ghestin señala que “(...) a partir de las soluciones incompletas del derecho romano es el derecho canónico quien juega un rol esencial, planteando el principio *frangenti fidei, fides non est servanda*. La eficacia del vínculo está subordinada a la ejecución de la obligación correlativa. Las jurisdicciones eclesiásticas buscan aquel que primero ha faltado a su palabra, ellas lo sancionan y liberan a la otra parte. La institución adquiere así su carácter moral (...)”⁽¹⁰⁾, además este derecho permitió

Una opinión bastante lapidaria de Gayo tiene el profesor CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Editorial Tecnos S.A., Madrid (s/e), 1996. Traducción de Laura Gutiérrez-Masson, pp.87-88: “Gayo fue un autor sin renombre entre los juristas de la época clásica. Sus obras, y no solo sus *Instituciones*, nos lo presentan como a un vulgarizador que refiere el pensamiento ajeno sin originalidad. Probablemente no era muy inteligente, pues no entendía todo lo que explicaba, pero estaba bien informado y poseía un estilo impecable y de una claridad ejemplar. Este representante del *aurea mediocritas* estaba, sin embargo, destinado a influenciar la historia de la jurisprudencia de una manera singular, y ello no con sus obras de mayor envergadura, sino con el opúsculo de sus *Instituciones*”.

(7) GALLO, Filippo. “Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni”. En: *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. AA. VV. A cura de Alberto Burdese. Casa Editrice Dott, Antonio Milani-Cedam, Padova (s/e), 2006, p. 163.

(8) Ídem.

(9) Ibidem, p. 175.

(10) GHESTIN, Jacques. “La résolution pour inexécution (en droit français)”. En: *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*. A cura de Letizia Vacca. Torino, G. Giappichelli Editore-Torino, 1999, p. 110.

que se acentuara más el principio de la interdependencia de las obligaciones⁽¹¹⁾. Ulteriormente Pothier señala que “(...) el contrato bilateral es siempre sinalagmático y su característica sustancial reside en la reciprocidad considerada como interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato”⁽¹²⁾.

El pensamiento de Pothier fue recogido por los codificadores franceses y fue plasmado en el artículo 1102 del Código Civil de Francia⁽¹³⁾. La influencia del derecho francés se dejó sentir en el Código Civil italiano de 1865, en su artículo 1099.

A pesar de ello, es el actual Código Civil italiano de 1942 el que dejando de lado la concepción del contrato bilateral igual contrato sinalagmático ha regulado una visión diferente, con una perspectiva mucho más amplia del contrato vinculado solo al ámbito obligacional, nos referimos al **contrato con prestaciones corresponsivas**. Con referencia al ordenamiento italiano nada más ilustrativo que la misma *Relazione al Re* al afirmar que:

“La resolución puede verificarse exclusivamente respecto de los contratos con prestaciones corresponsivas, y esto no solamente con relación a los contratos que implican obligaciones para ambas partes, según la definición del artículo 1099 del código civil abrogado; sino cada contrato que tenga por objeto atribuciones patrimoniales recíprocas en situación de sinalagma, o sea en cada caso en el cual la atribución procurada o prometida a una parte es causa (*scopo*) de la atribución de la otra, incluso si la ejecución de la prestación de una de las partes es requisito de perfección del contrato (los llamados **contratos reales**)”⁽¹⁴⁾.

(11) Vide PÉREZ, Mariano Alonso. *Sobre la esencia del contrato bilateral*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1966, pp. 17-18.

(12) *Ibidem*, p. 20.

(13) Código Civil francés: “Article 1102.- Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres”. Artículo 1102.- El contrato es sinalagmático o bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos frente a los otros.

(14) Texto tomado de DE SIMONE, Mario. “*Il contratto con prestazioni corrispettive*”. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dott. A. Giuffrè-Editore, Anno II, Milano, 1948, p. 34.

El título sexto del libro sétimo de nuestro Código Civil está intitulado **contrato con prestaciones recíprocas**, nombre semejante a su par italiano (**contrato con prestaciones correspectivas**), y creemos que, a nuestro modesto entender, acoge la perspectiva de dicho código, tal como se puede apreciar a continuación:

Código Civil peruano	Código Civil italiano
<p>Artículo 1428</p> <p>En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.</p> <p>A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.</p>	<p>Artículo 1453 Resolución del contrato por incumplimiento</p> <p>En los contratos con prestaciones correspectivas, cuando uno de los contrayentes no cumple sus obligaciones, el otro puede solicitar a su elección el cumplimiento o la resolución del contrato, salvo, en cada caso, el resarcimiento del daño.</p> <p>La resolución puede ser demandada incluso cuando el juicio ha sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no puede solicitarse el cumplimiento cuando ha sido demandada la resolución.</p> <p>Desde la fecha de la demanda de resolución el incumpliente no puede cumplir la propia obligación.</p>

II. LA INSUFICIENCIA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA PARA EXPLICAR LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Hasta aquí hemos podido ver que la idea del contrato bilateral o sinalagmático se encuadraba dentro de las relaciones obligatorias; pero el tráfico jurídico originó que los negocios se espiritualizaran en mayor medida: se comenzó a observar que los contratos generan efectos distintos a los meramente obligacionales⁽¹⁵⁾. El contrato es un programa donde se

(15) El Anteproyecto del Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas de Pavia en su primer artículo con relación a los diferentes efectos del contrato manifiesta lo siguiente:

“Artículo 1. **Definición**

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y **otros efectos**, incluso a cargo de una sola parte” (el resaltado es nuestro).

Texto tomado de: <<http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC>>.

regulan intereses de los particulares con el único fin de su satisfacción, a esta finalidad se encamina los efectos.

Si se revisa someramente la relación obligatoria se encontrara que la misma tiene presupuestos: objetivos y subjetivos; elementos: deberes principales y accesorios (coadyuvantes del deber principal y autónomos del mismo), objeto; elementos y presupuestos que hacen que esta relación sea compleja⁽¹⁶⁾.

Pero si nos ponemos a observar con un poco de detenimiento los contratos tipificados solamente en nuestro Código Civil nos daremos cuenta que en el mismo se tipifican supuestos en los cuales las obligaciones no están presentes y si lo están es solo a cargo de una parte, como, por ejemplo, la cesión de posición contractual, la cesión de derechos, la compraventa de un bien inmueble⁽¹⁷⁾. Piénsese en las veces que como operadores jurídicos hemos solicitado a nombre de nuestros clientes la resolución de la venta de una casa por falta de pago del comprador, o también hemos demandado la resolución de una cesión (de derechos o de posición contractual).

Podemos hablar en estos supuestos mencionados de obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes ¿Se puede identificar en la compraventa

-
- El anteproyecto de la academia se basa en el Código Civil italiano de 1942 y ha sido impulsado por el profesor italiano Giuseppe Gandolfi.
- (16) Sobre la estructura de la relación obligatoria puede verse: CASTRONOVO, Carlo. "Obblighi di protezioni". En: *Enciclopedia giuridica*. Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Vol. XXI, Roma, 1990, p. 1 de la separata; CANNATA, Carlo Augusto. "L'oggetto dell'obbligazione". En: *Trattato di diritto privato* (directo da Pietro Rescigno). *Obbligazioni e contratti*, Tomo primo, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1984, pp. 40-42; LARENZ, Karl. *Derecho de las obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Traducido por Jaime Santos Briz, Madrid, pp. 37-41; SCOGNAMIGLIO, Renato. "Responsabilidad contractual y extracontractual". En: *Ius et Veritas*. N° 22, Lima (Traducción de Leysser L. León) pp. 54-70; BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni. Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, pp. 231-233; VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., p. 29; DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 23.
- (17) Vide. SCALFI, Gianguido. "Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive". En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni*. Parte Prima, Anno LVI, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1958, p. 469: "(...) la posibilidad de un efecto real del contrato induce (...) a alargar el ámbito de la categoría basando la distinción sobre la reciprocidad, o no, de prestaciones, **siendo precisamente el efecto real una ventaja patrimonial no realizada con el instrumento de la obligación**" (el resaltado es nuestro).

de un bien inmueble una obligación a cargo del vendedor? Y en las cesiones, ¿qué obligación se encuentra en cabeza de quien cede el crédito o de quien cede la posición contractual? Si la obligación es siempre la ejecución de un comportamiento, palmariamente no existe obligación en cada uno de ellos.

Por consiguiente, pensar que la resolución solo se aplica o tiene como esfera de acción los contratos meramente obligatorios, en donde ambas partes tengan una obligación frente a la otra, es tener una visión parcial del fenómeno resolutorio.

Lo precedentemente expuesto nos permite señalar que el sinalagma no debe ser entendido en función de las relaciones obligatorias; sino de una institución mucho más amplia que permita explicar adecuadamente estos supuestos en los cuales no encontramos obligaciones recíprocas, nos referimos a las atribuciones patrimoniales. La atribución patrimonial no es sino el sacrificio, ventaja o beneficio que se otorgan las partes contrayentes o una parte a favor de la otra en un contrato o negocio⁽¹⁸⁾.

Por consiguiente, la expresión sinalagmático debemos entenderla como la reciprocidad o correspectividad de las atribuciones patrimoniales⁽¹⁹⁾.

(18) Véase, por todos, VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil*. Volumen III¹. Los hechos jurídicos. El negocio jurídico (continuación). Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948. Traducción directa del alemán por Tito Ravà. pp. 57-172.

De aquí en adelante utilizaremos indistintamente los términos prestación y atribución patrimonial como sinónimos, en lo concierne a este tipo de contrato.

(19) SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Perú, 1^a edición, Ara Editores, setiembre de 2002, p. 888: “(...) **La referencia a las prestaciones recíprocas no indica, de por sí, que los efectos del contrato sean obligatorios. Prestación de modo genérico, indica todo sacrificio patrimonial.** El que enajena un fundo contra la promesa de pago del precio puede obtener, en caso de falta de pago, la resolución del contrato, si bien aquí no se haya producido una asunción de obligaciones recíprocas” (el resaltado es nuestro); MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la 1^a edición italiana por La Redacción. Dux, Ediciones y publicaciones, S.A. Barcelona (s/e). (s/a), p.19; el profesor GALLO. Ob. cit., p. 172 afirma que: “Es innegable que el *συνάλλαγμα* [sinalagma] aristoniano puede ser reconducido a la noción moderna de sinalagmaticidad referida a las prestaciones, o, como se ha dicho autorizadamente, a los sacrificios jurídicos impuestos a las partes contrayentes”.

Como se puede apreciar en este acápite hemos hecho incidencia en el aspecto funcional del contrato, es decir, en los efectos, precisamente porque es este el ámbito donde se desenvuelve la resolución por incumplimiento⁽²⁰⁾.

III. LA IMPORTANCIA DEL INCUMPLIMIENTO Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Llegados a este punto surgen dos preguntas: si la relación obligatoria no explica adecuadamente el fenómeno resolutorio, ¿qué se debe entender por incumplimiento? Y más aún, ¿qué significa la importancia del incumplimiento? Si en nuestro ordenamiento no existe norma alguna que señale la importancia del mismo a efectos resolutorios.

Si bien es cierto que el Código Civil utiliza el término contrato con **prestaciones recíprocas**, la palabra prestación trae inmediatamente la imagen de la relación obligatoria; no obstante ello, el término prestación aquí no debe ser entendido en su concepto técnico (de ejecución de un comportamiento para satisfacer el interés del acreedor), sino en una acepción lata de la misma, es decir, de atribuciones patrimoniales, que contiene todo tipo de ventaja patrimonial que las partes puedan regular en un contrato o negocio. En este orden de ideas, el incumplimiento va estar siempre en función del programa contractual establecido por las partes, en base a él se ha de establecer si el contrato ha sido incumplido o no⁽²¹⁾.

Mas no todo incumplimiento es la causa de la resolución, sino un incumplimiento cualificado, esencial, importante, grave; que permita a la parte no incumpliente evaluar si continúa o no vinculado al contrato.

(20) TAMPONI, Michele. “La risoluzione per inadempimento”. En: *I contratti in generale*. AA.VV. T. II. A cura dei Enrico Gabrielli. UTET, Torino, 1999, p. 1479: [la] “(...) resolución incide sobre el contrato como relación, es decir, sobre la situación jurídica posterior a la celebración, y no sobre el acto negocial en sí considerado (...)”.

(21) Así el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, en su artículo 89 establece: “Artículo 89. Noción de incumplimiento
Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al **previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada**” (el resaltado es nuestro).

La importancia del incumplimiento siempre va girar en torno a los intereses particulares de cada sujeto involucrado en la relación contractual de mantenerse o no vinculado a una relación en la cual ya ha perdido el interés o que por realizarse con demora la prestación, el interés ha disminuido o ya no existe. Por ello, la resolución por incumplimiento es un remedio puesto por el ordenamiento jurídico que solo está en función de la parte no incumpliente.

Nuestro Código Civil en la sección referida a la resolución no tipifica la importancia del incumplimiento a diferencia del Código Civil italiano⁽²²⁾; pero esto no es óbice para entender que el incumplimiento requisito para accionar la resolución no es un incumplimiento cualquiera, sino uno cualificado⁽²³⁾ cuya trascendencia en el equilibrio de la operación económica⁽²⁴⁾, enmarcada dentro del contrato, hace peligrar la

-
- (22) Código Civil italiano: “Artículo 1455 Importancia del incumplimiento
El contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes es de **escasa importancia, atendiendo al interés de la otra**” (el resaltado es nuestro).
- (23) En igual sentido el profesor FORNO FLÓREZ, Hugo. “Resolución por intimación”. En: *Themis*. Revista de Derecho. Segunda Época, N° 38, Lima, 1999, p. 113: “(...) si se tiene un incumplimiento de escasa importancia, la resolución no es una opción válida para el contratante (...) en el ordenamiento peruano también debe considerarse presente tal norma, pues constituye una específica manifestación de la regla de la buena fe objetiva cuya aplicación ordena el artículo 1362 de nuestro Código”; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “La resolución judicial por incumplimiento del contrato y los remedios involucrados en el artículo 1429 del Código Civil”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 11, N° 87, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 80.
- (24) Sobre el contrato y la operación económica que en él se regula véase: D’ANGELO, Andrea. “Contrato y operación económica”. En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. 1ª edición, Ara Editores, setiembre de 2002, pp. 591-645; GABRIELLI, Enrico. “Il contratto e l’operazione economica”. En: <http://judicium.it/news/ins_04_06_03/gabrielli.HTM>: “La noción de operación económica identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí el reglamento, todos los comportamientos que con este se unen para el conseguimiento de los resultados queridos y la situación objetiva en la cual la totalidad de las reglas y los otros comportamientos se colocan, ya que incluso [en] semejante situación concurre en definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada. La operación económica (...) es, en efecto, expresiva también en el plano nominalístico [es decir, solo descriptivo] de un ordenamiento global de intereses y representa un instrumento conceptual metodológicamente útil: sea para indicar e indagar supuestos de hecho (*fattispecie*) sobre el plano estructural particularmente complejos; sea para descomponer el dato fenoménico y funcional a través de la consideración de sus ámbitos de relevancia; sea para individualizar, y aplicar, un ámbito de disciplina más articulado y más rico de aquel dictado para el singular tipo legal”.

subsistencia del vínculo contractual, subsistencia que depende del interés concreto de la parte no incumpliente⁽²⁵⁾.

Se observa entonces que la resolución por incumplimiento tiene como presupuesto la reciprocidad de las atribuciones patrimoniales y como único requisito solamente al incumplimiento grave; y que este instituto tutela dos intereses: el primero, encaminado a reestablecer el equilibrio económico resquebrajado entre las partes, que se hace evidente mediante la restitución de las prestaciones; y, el segundo, el interés a liberarse de un vínculo contractual que ya no es útil a la parte no incumpliente.

Por ello no compartimos la tesis que vincula la resolución por incumplimiento al principio de culpabilidad, es decir, que solo se puede resolver un contrato con atribuciones recíprocas si el incumplimiento es imputable a título de culpa o dolo a una de las partes. Bajo esta perspectiva Criscuoli afirma que: “La primera, y más común, causa de resolución del contrato es, como se ha dicho, **el incumplimiento imputable a uno de los contrayentes**. Se tiene este tipo de incumplimiento precisamente cuando la prestación debida no sea ejecutada, **por dolo o por culpa del deudor**, en los modos y términos convenidos”⁽²⁶⁾ (el resaltado es nuestro).

(25) Respecto de la cualidad del incumplimiento el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, establece en el artículo 107 lo siguiente:

“Artículo 107. **Incumplimiento grave**

1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, **el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato**.

2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando este:

a) es total;

b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto.

3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de **escasa importancia**, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor” (el resaltado es nuestro).

(26) CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto. Itinerari normative e riscontri giurisprudenziali. Ristampa aggiornata*. Casa Editrice Antonio Milani-Cedam, Padova, 1996. Tip. Leonelli-Villanova di Castenaso (Bo)-1999, p. 471; Tamponi. Ob. cit., p. 1486.

Esta postura no la podemos compartir por las siguientes consideraciones:

1. Se mezcla indebidamente dos instituciones jurídicas cuyos intereses subyacentes son notoriamente distintos: la resolución por incumplimiento tiene interés en que se restituya el equilibrio económico entre las partes; la responsabilidad civil se orienta a reparar o resarcir un daño.
2. La culpa y el dolo son partes integrantes de los elementos de la responsabilidad civil (como lo son el daño y el nexo de causalidad), están en función del análisis de un comportamiento y no giran en torno de la restitución del equilibrio de la operación económica, ni mucho menos en la liberación del vínculo contractual que se realizan a través de la resolución por incumplimiento.
3. Se exige el “cumplimiento” de un requisito (culpa o dolo) que no tiene relación alguna con la resolución: imagínese el supuesto en que haya ocurrido un incumplimiento importante que rompa el equilibrio de las atribuciones patrimoniales y este no sea imputable a ninguna de las partes, no habría resolución, lo que traería como consecuencia que las partes sigan vinculadas a un contrato en el cual no se va realizar el programa previsto por ellas. Ante esto surge la siguiente pregunta: ¿Qué papel juega la culpa o el dolo en la resolución? La respuesta es solo una: Ninguno.
4. Pongámonos ahora en el supuesto contrario: existe incumplimiento de escasa importancia y un daño (causado por un comportamiento culposo o doloso); no podemos recurrir a la resolución debido a que no es relevante el incumplimiento; mas si a la responsabilidad para el resarcimiento del daño. La pregunta aquí es: ¿Qué rol juega la importancia del incumplimiento en la responsabilidad civil? La respuesta es evidente: Ninguno.

Por consiguiente, consideramos que no es atendible la tesis que señala a la culpa y al dolo como requisitos para accionar la tutela resolutoria e insistimos en que: “(...) la sola constatación de la inejecución

por una de las partes de sus obligaciones puede entrañar la resolución del contrato”⁽²⁷⁾.

Finalmente, es menester referirnos al nuevo (modernizado en el año 2002) derecho de las obligaciones alemán, donde actualmente, de acuerdo a Canaris, la importancia, gravedad y/o esencialidad del incumplimiento carece de total y/o absoluta relevancia, pues afirma que: “Según el § 323, párrafo primero, *BGB* el derecho de resolver presupone fundamentalmente que la prestación sea exigible, que el acreedor haya concedido al deudor un término oportuno para ejecutar la prestación y que el término en cuestión se haya inútilmente cumplido; mientras antes era posible resolver el contrato solamente en presencia de la violación de una obligación (*obligo*) principal, la tipología y la importancia de la obligación (*obligo*) no cumplida (o inexactamente no cumplida), por el contrario, no tienen más ahora relevancia alguna (...) **El requisito de la ‘esencialidad’ es, en efecto, muy vago, y trae consigo, por ende, el grave riesgo de la incertidumbre jurídica (...)**”⁽²⁸⁾ (el resaltado es nuestro).

(27) GHESTIN, Jacques. Ob. cit., p. 112. En contra de la admisión de la culpa como requisito para solicitar la resolución también se encuentran los siguientes autores: SACCO, Rodolfo. Ob. cit., 899; MOSCO. Luigi. Ob. cit. 25-41; DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*. Torino. G. Giappichelli Editore-Torino (s/e), 2002, pp. 1-5 y, especialmente, pp.136-140; CASTRO TRIGOSO. Ob. cit., pp. 80-81; VERDERA SERVER, Rafael. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Padova, Cedam (s/e), 1994, pp. 53-57.

(28) CANARIS, Claus-Wilhelm. “La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle *Leistungsstörungen*”. En: *Rivista di diritto civile*. Casa Editrice Dott, Antonio Milani-Cedam, Anno XLIX, N. 1, Gennaio-Febrero, Padova, 2003, pp. 27-29.

He aquí el § 323 BGB:

“Resolución por no cumplimiento de la prestación o por no ser ajustada al contrato

(1) Si el deudor de un contrato bilateral no cumple una prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, podrá el acreedor, cuando le haya sin éxito un plazo razonable para la prestación o su cumplimiento posterior, resolver el contrato.

(2) Se puede prescindir de fijar un plazo cuando:

1. el deudor deniegue la prestación seria y definitivamente;
2. el deudor no efectúe la prestación en el monto fijado en el contrato o dentro de un plazo determinado y el acreedor hubiese ligado el cumplimiento a su tiempo de la prestación con su interés en mantener el contrato, o
3. se den circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución del contrato, equilibrando los intereses de ambas partes.

(3) Si no se pudiera considerar la fijación de una fecha concreta por la clase de incumplimiento, se sustituirá por un requerimiento.

(4) El acreedor puede resolver incluso antes del vencimiento de la prestación cuando sea manifiesto que se van a producir los presupuestos para resolver.

IV. EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El equilibrio contractual puede ser referido al aspecto normativo del contrato, esto es, a la distribución de las situaciones jurídicas subjetivas entre las partes intervinientes en él⁽²⁹⁾; o a la valoración económica de las atribuciones patrimoniales. El profesor Di Majo⁽³⁰⁾ afirma:

“El equilibrio puede referirse **al aspecto normativo** del contrato, entendido como síntesis de las posiciones normativas de los contratantes; así como el aspecto **económico**, en cuyo caso se entenderá referido más propiamente al valor económico de las prestaciones objeto de intercambio, naturalmente consideradas no en sí mismas; sino en la totalidad de la operación económica a la cual el contrato da calidad jurídica”.

La noción de equilibrio también puede estar referida a elementos subjetivos y objetivos:

“El equilibrio puede ser referido, además de los elementos objetivos del contrato (reglas y prestaciones), también a las personas de los contratantes, en tal caso, solamente para resaltar el aspecto más

(5) Si el deudor ha efectuado un cumplimiento parcial de la prestación, solo podrá el acreedor resolver el contrato entero si no tuviese algún interés en el cumplimiento parcial. Si el deudor no cumpliera la prestación con arreglo a lo pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia.

(6) Se excluye la resolución cuando el acreedor sea responsable por sí solo o con carácter principal de la circunstancia que daría derecho a la resolución o cuando el deudor no sea responsable de una circunstancia que se produzca en un momento en el que el acreedor se hubiera retrasado ya en la recepción”.

(29) Sobre el equilibrio normativo véase: ROPPO, Vincenzo. “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”. En: *Rivista di diritto civile*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani-Cedam, Anno XL, N° 2, Padova, Marzo-Aprile, 1994, Parte Prima, pp. 277-302.

(30) DI MAJO, Adolfo. “La nozione di equilibrio nella tematica del contratto”. En: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7382.pdf>>. Página 1 de la separata. También puede encontrarse en Internet: CONTI, Roberto Giovanni. “Le condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie nell’evoluzione della giurisprudenza”. En: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7384.pdf>>; PALADIN, Mauro. “I remedi per inadempimento con specifico riferimento ai contratti di vendita ed appalto”. En: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7390.pdf>>; “Lo squilibrio contrattuale ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio dei lineamenti generali del sistema”. En: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/8398.pdf>>; COSENTINO, Fabricio. “Excesiva onerosità, wisdom of Solomon, efficiente allocazione del rischio e poteri di impulso del giudice”. En: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/8200.pdf>>.

patológico que fisiológico, ya que se orientará a distinguir un contratante ‘fuerte’ y uno ‘débil’ (...)”⁽³¹⁾.

Es evidente que lo que aquí nos interesa es el equilibrio orientado a restablecer el equilibrio económico de la operación económica contenida en el contrato. En efecto, la principal función que cumple la resolución es la de restituir el equilibrio entre las atribuciones patrimoniales⁽³²⁾.

V. LOS INTERESES INVOLUCRADOS

El artículo 1428 del Código Civil señala 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 y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

De la lectura del dicho artículo se observa que existen tres intereses en juego:

- i) Interés en el cumplimiento;
- ii) Interés Resolutorio, e;
- iii) Interés **indemnizatorio** por daños y perjuicios.

Este artículo debe ser necesariamente concordado con el artículo 1372 del Código Civil donde se establecen íntegramente los efectos de la resolución.

El artículo 1372 establece (segundo y tercer párrafo, respectivamente):

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

(31) DI MAJO, Adolfo. Ob. cit.

(32) Debemos, inmediatamente, señalar que la resolución no es el único remedio que permite la restitución del equilibrio contractual-económico, sino también entre otros la renegociación y la excesiva onerosidad de la prestación.

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

Un análisis de ambos artículos permite evidenciar que en la resolución hay cuatro intereses involucrados:

1. **Interés restitutorio total;**
2. **Interés restitutorio parcial** (en este supuesto aún se mantiene interés en mantener eficaz el vínculo contractual; mas se restituyen las atribuciones no cumplidas, piénsese, por ejemplo, en contratos de duración continuada);
3. **Interés al reembolso monetario**, cuando la restitución del bien transferido no sea posible; y,
4. **Interés a liberarse del vínculo contractual** (por ejemplo, cuando la parte incumpliente es la que debe ejecutar en primer lugar su prestación y no lo hace, por lo que su contraparte pierde todo interés en ella).

1. El interés restitutorio

La resolución se retrotrae hasta el momento en que se produjo la causal y como consecuencia de ello se tienen que restituir las atribuciones patrimoniales⁽³³⁾, no siendo necesario que el actor que se vea compelido

(33) Véase FORNO FLÓREZ, Hugo. “El principio de la retroactividad de la resolución contractual”. En: *Themis*. Revista de Derecho, N° 30, 1994, p. 189; BIGIAMI, Walter. “Irretroattività della risoluzione per indempimento”. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Volume XXXII, Parte Prima, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1934, pp. 695-722.

Un efecto que se encuentra legislado en el artículo 1372 del Código Civil es la retroactividad, es decir, a quienes y de que forma la restitución de las atribuciones los afecta.

Así se habla de retroactividad real cuando los efectos de la resolución alcanzan los derechos adquiridos también por terceras personas, distinguiéndose la absoluta y la relativa: la primera, alcanza a las partes y a los terceros (sean de cualquier clase); la segunda, la retroactividad solo alcanza a las partes, a los terceros de mala fe y a los han adquirido a título gratuito; mientras que por retroactividad obligatoria, solamente alcanza a las partes. Nuestro Código Civil regula la retroactividad real relativa, artículo 1372 cuarto párrafo *in fine*, pues establece que: “(...) No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”.

a utilizar esta institución solicite la restitución del bien, pues esta se entiende ínsita y/o inherente a dicha institución.

Cabe recordar que el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil preceptúa que las partes están obligadas a restituirse las atribuciones patrimoniales y, en su defecto, de ser imposible, el valor monetario de los bienes, esto es, al **interés restitutorio** (restitución *in natura*) y al **interés al reembolso monetario** (restitución por equivalente).

Respecto de lo que he denominado restitución *in natura*, la Sala Suprema se ha pronunciado de la siguiente forma⁽³⁴⁾:

“**Quinto.-** (...) pronunciarse ahora por la restitución del inmueble no constituye un supuesto de incongruencia, dado que de ordenarse ello, el Juzgador se está pronunciando sobre algo accesorio que es consecuencia natural de la resolución contractual (...) **Noveno.-** (...) La restitución de las prestaciones (...) es un efecto natural de la resolución que no requiere ser invocado por ninguna de las partes y que opera por el solo hecho de la extinción de la relación obligatoria” (sic)⁽³⁵⁾.

De otro lado, si –por ejemplo– resulta jurídicamente imposible restituir el inmueble citado en la sentencia, ¿cómo corregimos este desequilibrio patrimonial? Pues observando ¿qué interés juega un papel preponderante en esta situación? Palmariamente, el capital rol lo juega, aquí, el **interés al reembolso monetario** del bien, no siendo, por consiguiente, un aspecto accesorio de la resolución. Recuérdese la justicia correctiva aristotélica.

En tal sentido, la resolución sigue jugando aquí su papel de corregir el desequilibrio patrimonial, no ya en su rol primigenio de restituir

(34) Emitida por los magistrados Silva Vallejo, Carrión Lugo, Torres Carrasco, Carrillo Hernández y Quintanilla Quispe; publicada en *El Peruano* el 2 de enero de 2003, p. 9862.

(35) Véanse las siguientes sentencias: Cas. N° 1502-2004-Puno; Exp. N° 3601-99, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Civil Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento, Lima, de fecha 29 de diciembre de 1999; Exp. N° 4036-97, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Civil Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento, Lima, de fecha 15 de mayo de 1998; Exp. N° 3603-98, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Civil Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento, Lima, de fecha 22 de diciembre de 1998.

el bien inmueble; sino en equilibrar el patrimonio del demandante a través del **reembolso monetario**.

2. Sigue: restituciones parciales

Generalmente cuando se habla de resolución se entiende que las partes se restituyen íntegramente las prestaciones y se liberan del vínculo que las unía; sin embargo, existen supuestos en los que únicamente se resuelve parcialmente el contrato.

Es evidente que en estos supuestos las prestaciones involucradas son necesariamente divisibles, así podemos citar el ejemplo utilizado por el profesor Vincenzo Roppo:

“(...) A debe proveer a B 1000 ejemplares de un producto, y solo le provee 600.

La prestación solo parcialmente es incumplida (incumplimiento parcial, pero siempre incumplimiento), y, por tanto, B puede rechazarla, y solicitar la resolución íntegra del contrato: lo hará cuando no está interesado con tener solo 600 ejemplares antes que los 1000 esperados, y no tenga confianza en la próxima entrega de los otros 400; pero, por el contrario, puede elegir, en particular, puede considerarse satisfecho con los 600 ejemplares recibidos, renunciando a los otros 400: el contrato podrá ser parcialmente resuelto, por la fracción no cumplida”⁽³⁶⁾.

Asimismo, se puede observar que se pueden dar supuestos de restituciones parciales, sin disolver el vínculo contractual, evidentemente aquí también estamos ante obligaciones divisibles.

3. El interés a liberarse

De la breve alusión histórica que hemos hecho, la resolución es un remedio que posibilita, principalmente, la restitución de las atribuciones patrimoniales⁽³⁷⁾. De la actuación de este observamos que no solo

(36) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Dott, A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano (s/e), 2001, p. 975.

(37) Evidentemente aquí nos estamos refiriendo a la resolución por incumplimiento. “El sintagma ‘resolución del contrato’ denota en el Código Civil italiano tres distintas hipótesis

estamos ante la presencia de un interés restitutorio, sino también que en este instituto se encuentra el interés a liberarse del vínculo contractual.

Este último está tan asociado al interés restitutorio que generalmente pasa desapercibido; sin embargo, pueden darse supuestos donde el interés restitutorio no está presente por cuanto no se han ejecutado ninguna de las atribuciones patrimoniales.

Otra forma de entender que el interés a liberarse del vínculo contractual está presente en la resolución es recurrir a la noción de equilibrio contractual, como es fácil de vislumbrar, y resulta una perogrullada, este interés no está dirigido bajo ningún punto de vista a restituir atribuciones patrimoniales.

El interés a liberarse surge cuando la parte que debe ejecutar en primer lugar su prestación no lo hace, por lo que su contraparte pierde todo interés en ella. Aquí no está en juego el equilibrio de las prestaciones, siendo que la resolución solo incide en la liberación del vínculo contractual.

de cesación de los efectos del contrato con prestaciones correspondientes [o prestaciones recíprocas en nuestro ordenamiento]: **a)** incumplimiento de la contraparte, cuando uno de los contrayentes no cumple con sus obligaciones, el otro puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato (...) [artículo 1428 del Código Civil peruano]; **b)** imposibilidad sobrevenida de la prestación por hecho no imputable al deudor (...) [artículo 1156 del Código Civil peruano]; **c)** sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación en los contratos de ejecución continuada o periódica (...) [artículo 1440 del Código Civil peruano]”. VACCA, Letizia. “Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell’età classica”. En: *Appartenenza e circolazione dei beni modelli classici e giustinianeî*. Casa Editrice Dott, Antonio Milani-Cedam, Padova (s/e), 2006, p. 372.

Sobre la “exigencia judicial” de celebrar el contrato definitivo

Alvaro BONILLA CONCHA^(*)

I. JUSTIFICACIÓN

Hace algún tiempo y en el ánimo de contrastar el nivel de efectividad de nuestro ordenamiento jurídico, y con ello de los mecanismos de tutela previstos en el mismo, di inicio a una personal investigación respecto del denominado “derecho a exigir judicialmente” la celebración del contrato definitivo.

Era (y es) mi afán, el responder a una elemental cuestión: incumplido por una de las partes el compromiso de contratar, el exigir judicialmente la celebración del mismo, que es conforme al inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil a lo que tiene derecho la otra parte, ¿asegura la celebración del contrato definitivo?

Pueda ser que para algunos la cuestión parezca solo teórica, pero a mi me parece que hoy como hace más de cien años, ella representa una “vieja pero siempre viva cuestión, de alta importancia teórica y práctica”⁽¹⁾.

(*) Asociado sénior de Rodríguez Angobaldo Abogados. Miembro honorario del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(1) Que son las exactas palabras con las cuales Giuseppe Chiovenda dio inicio a su clásico

En suma, no creo que mis inquietudes pertenezcan necesariamente al ámbito de las especulaciones, sino que algo de realidad hay en ellas, no solo por cuanto como se ha señalado el problema es uno viejo⁽²⁾, sino porque no resulta muy difícil imaginar que en la vorágine en la que se ha convertido hoy en día el mundo de los contratos, el incumplimiento de la “obligación de contratar” proveniente del compromiso de contratar, encarne una posibilidad que poco tenga que ver con la fantasía.

Como fuere, es mi intención revisar si el “derecho” a “exigir judicialmente” la celebración del contrato definitivo “otorgado” a favor de una de las partes del compromiso de contratar, representa hoy en día y conforme a las reglas procesales vigentes un adecuado mecanismo de tutela, que dota de real vigencia al principio de efectividad que todo ordenamiento jurídico debe cuidar, o si por el contrario, ha sido transformado en una inicua solución que amerita ser modificada.

II. LA “EXIGENCIA JUDICIAL” Y EL CALLEJÓN SIN SALIDA DE LA EJECUCIÓN FORZADA

Como ya indicara, el inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil, “otorga” ante la injustificada negativa⁽³⁾ de una de las partes a la celebración del contrato definitivo, el “derecho” a la otra de exigir judicialmente la celebración del mismo.

Pero, ¿cómo se debe entender el “exigir judicialmente la celebración del contrato”?

saggio sobre el tema. Me refiero a su “De la acción nacida del contrato preliminar” en su Ensayos de Derechos Procesal Civil, Volumen I, EJE, Buenos Aires, 1949, p. 205 y siguientes.

- (2) Si consideramos que cuando Chiovenda se refería a una “vieja cuestión”, lo hacía en 1911 y con ocasión de una sentencia de la Corte de Casación de Roma del 20 de mayo de 1910, pues resulta que la cuestión aquejaba por lo menos desde los ochocientos, lo que se ve confirmado con la inclusión del §894 en la ZPO Alemana de 1877, el cual se mantiene vigente hasta la actualidad.
- (3) Esto por cuanto la justificada negativa autorizaría el incumplimiento, o en palabras del Código Civil: no otorgaría el derecho a la otra parte de exigir judicialmente la celebración del contrato definitivo.

Obviamente, la calidad de “justificada” o “injustificada” negativa, será uno de los temas de debate en el proceso, donde el demandante solicitaría la celebración judicial del contrato y el demandado alegará (entre otras cosas) que su incumplimiento es justificado.

La interpretación, desde un inicio, no se presenta fácil, incluso como bien señalara el ponente del Libro VII de nuestro Código Civil, “a primera vista, no es posible exigir judicialmente la celebración de un contrato, entendiendo este como el acuerdo de declaraciones de voluntad”⁽⁴⁾.

Lo cierto, es que la opción del legislador nacional fue diversa a las existentes en otras latitudes⁽⁵⁾, no solo por la redacción del artículo 1418

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 218.

(5) No es objeto del presente artículo realizar un exposición de la forma en que se ha resuelto el tema en otros lugares, pero a efectos de que el lector pueda comparar la solución peruana con las foráneas, me limitaré a presentar algunas que considero importantes:

Zivilprozessordnung (ZPO) Alemana

§ 894

- I. Si el deudor ha sido condenado a la emisión de una declaración de voluntad, entonces se considera que la declaración ha sido emitida tan pronto como la sentencia haya ganado firmeza. Si la declaración de voluntad ha sido supeditada a una contraprestación, entonces este efecto comienza tan pronto como se haya expedido una certificación literal de la sentencia firme según las disposiciones de los §§ 726 y 731.
- II. La disposición del primer párrafo no se aplicará en el caso de condena a contraer un matrimonio.

Código Civil Italiano

Artículo 2932.- Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato

Si aquel que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no haya sido excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de algún otro derecho, la demanda no podrá ser acogida, si la parte que la ha propuesto no ejecuta su prestación o no realiza una oferta en los modos de ley, a menos que la prestación todavía no sea exigible.

Ley de Enjuiciamiento Civil Española

Artículo 708.- Condena a la emisión de una declaración de voluntad

1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libere, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.
2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el

del Código Civil, sino por cuanto de su inciso primero, se entendía que “la exigencia judicial de la celebración del contrato definitivo, en caso de injustificada negativa del obligado, estaría dada por la sentencia del juez, dando por aceptada la oferta, en rebeldía del destinatario de ella”⁽⁶⁾.

De esta manera se respetaba siempre el básico esquema de la formación contractual como confluencia de declaraciones de voluntad, donde a efectos de concluir el contrato definitivo era necesaria la aceptación de la oferta, aceptación que en caso no realizara la parte condenada a ello, sería realizada por el juez en rebeldía de la contraparte contractual, por lo que “la sentencia determina la conclusión del contrato definitivo”⁽⁷⁾.

Surge entonces un primer problema: si la sentencia es de condena, y por tanto hay una conducta que debe ser realizada con posterioridad al dictado de la misma, por el perdedor-demandado, la que consiste en aceptar la oferta ¿cómo es que la misma sentencia determina la conclusión del contrato definitivo?, o mejor ¿es posible que una misma sentencia condene a la aceptación de la oferta por parte del demandado, y a su vez disponga con total prescindencia de su conducta, la aceptación de la oferta por parte del juez?

A mí me parece que no, más aún si se ha dicho que la aceptación de la oferta por parte del juez se da como consecuencia de la rebeldía del destinatario de la sentencia, por lo que es obvio que se requiere que la sentencia sea expedida y no acatada en un determinado plazo, para que el juez pueda en un segundo momento y en “rebeldía del destinatario”, aceptar la oferta.

Asimismo, sería una segunda resolución, que ciertamente no será una sentencia, la que ante el incumplimiento de la primera resolución (sentencia), determinaría la conclusión del contrato definitivo vía aceptación de la oferta por parte del juez.

condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

(6) DE LA PUENTE Y LAVALLÉ, Manuel; ob. cit., p. 221.

(7) Ídem.

En suma, el tema no se agota con la expedición de la sentencia, sino que se hacen necesarias actuaciones procesales posteriores, lo cual resulta del todo obvio dado que estamos ante una sentencia de condena.

Pero, en donde debemos de reparar es que estas actuaciones procesales posteriores a la expedición de la sentencia de condena, se deberán desarrollar necesariamente en el ahora denominado proceso único de ejecución⁽⁸⁾. Así ha sido entendido por el profesor Bolaños, para quien “en rigor la pretensión que le asiste al contratante fiel es el de la aceptación de la oferta. La sentencia que acoja esta pretensión, entonces, condenaría al infiel a aceptar la oferta; de modo tal que el contrato definitivo quedaría celebrado en vía de ejecución de sentencia, en el momento en que, voluntariamente o forzosamente, se declare la aceptación”⁽⁹⁾.

Entonces, la “exigencia judicial de celebración del contrato definitivo” implicará necesariamente un proceso de ejecución, que conforme a las reglas del **científico** Código Procesal Civil no es otro que el proceso de ejecución de hacer, donde “la sentencia condenatoria puede ser ejecutada forzosamente –en cuyo caso el juez se sustituye en la persona del obligado aceptando la oferta por él–”⁽¹⁰⁾.

Pero, ¿es posible que conforme a las reglas del Código Procesal Civil en la ejecución de una sentencia condenatoria a una obligación de hacer, el juez pueda sustituir al demandado (ahora ejecutado)?

Yo creo que no⁽¹¹⁾, ya que sobre la base de la lectura de los artículos 1150 del Código Civil y 706 del Código Procesal Civil, se debe necesariamente concluir que ante la negativa del demandado a dar cumplimiento a la sentencia, cabe únicamente dos cosas: i) solicitar una indemnización; o, ii) solicitar que un tercero (que no es el juez, como claramente

(8) Que es al mismo proceso al que se recurriría en caso el compromiso de contratar se encuentre contenido en una escritura pública, dado que conforme al inciso 10 del artículo 688, el testimonio de dicha escritura pública es un título ejecutivo.

(9) BOLAÑOS VELARDE, Víctor. “Comentario al artículo 1418 del Código Civil”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo VII, Gaceta Jurídica, 2007, p. 353.

(10) Ídem.

(11) En igual sentido: MERINO ACUÑA, Roger Arturo. “La ejecución forzada de las obligaciones de hacer”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 158, Gaceta Jurídica, enero, 2007, p. 61 y ss.

se puede inferir del artículo 707 del Código Procesal Civil) dé cumplimiento a la sentencia.

Es evidente, entonces, que la posibilidad de que el juez actúe “en rebeldía” o “en sustitución” del demandado a efectos de emitir una declaración de voluntad tendiente a concluir un contrato, no guarda correlato con el marco normativo dispuesto a la ejecución de obligaciones de hacer (y dentro de ellas la de celebrar el contrato definitivo).

De este modo, si la exigencia judicial a la celebración de un contrato definitivo implica necesariamente el posterior desarrollo de un proceso de ejecución, donde el juez no puede sustituir la voluntad de uno de los contratantes y por tanto no puede “aceptar la oferta”, tenemos que el “derecho” contenido en el inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil nos lleva al callejón sin salida de la ejecución de obligaciones de hacer.

III. LA FORMALIZACIÓN DE UN CONTRATO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y EL ARTÍCULO 1908 DEL CÓDIGO CIVIL

Pero, así como he concluido que las normas procesales vigentes no son un correlato adecuado al inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil, cabe recordar que nuestro Código Civil es de 1984 y el Código Procesal Civil de 1993, por lo que se debe reconocer a favor del legislador del Código Civil que cuando redactó el artículo 1418 las normas del Código Procesal Civil no existían y, por lo tanto, la intención del legislador civil no fue la de guiarnos a un callejón sin salida.

En efecto, cuando se redactó el Código Civil de 1984 se encontraba vigente el Código de Procedimientos Civiles de 1912, pero no en su versión original, sino y en lo que nos importa, con algunas modificaciones, en especial la realizada por el Decreto Ley N° 20236 de 1973, que había modificado de manera integral el Juicio Ejecutivo.

Entonces, el legislador civil de 1984 tuvo ante sí un remozado Juicio Ejecutivo, y en lo que respecta a las obligaciones de hacer y no hacer, a un no muy viejo artículo 64 que establecía que “si la obligación consistiese en formalizar un contrato o suscribir un instrumento, consentida o

ejecutoriada la sentencia en caso de que el ejecutado no lo hiciera dentro de un día, el juez practicará el acto en rebeldía del demandado.

El nuevo artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles representaba una mejora respecto de su antecesor, el artículo 740 del texto original, que simplemente disponía que: “El embargo se limitará a asegurar el pago de las costas, si el hecho debido consiste en formalizar un contrato o en suscribir un instrumento por parte del demandado.

En este caso, ejecutoriada la sentencia, el juez practicará el acto en rebeldía del demandado”.

Pero a pesar de la modificatoria, se puede apreciar que tanto el artículo 740 del texto original del Código de Procedimientos Civiles, como el nuevo artículo 64 *ex* Decreto Ley 20236, establecían que el juez podía practicar los actos de “formalizar un contrato” o “suscribir un instrumento” en defecto del demandado.

Cabe entonces preguntarse ¿qué significaba para el legislador civil de 1984 la “formalización de un contrato”.

Para responder esto no se hace necesario contar con capacidades de regresión temporal, sino recordar que el Código Civil de 1984 regulaba tanto un contrato preliminar “general” como un contrato preliminar “especial”: la cláusula compromisoria. Y digo recordar por cuanto al parecer la derogatoria del Título XI del Libro VII del Código Civil, por efecto de la primera Ley General de Arbitraje que tuvimos (Decreto Ley N° 25935), no solo implicó una derogación normativa sino el olvido de que alguna vez existieron normas sobre arbitraje en el Código Civil.

Lo cierto es que en el año 1984 existían normas sobre arbitraje tanto en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 como en el Código Civil, pero lo más importante: dentro de la regulación del arbitraje en el Código Civil se estableció tanto la “cláusula compromisoria” como el “compromiso arbitral”, donde la primera era el contrato preparatorio del segundo.

Asimismo, el artículo 1906 del Código Civil definía la cláusula compromisoria señalando que “las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesorio, a celebrar en el futuro un

compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto por el artículo 1416”. Era clara pues la naturaleza de contrato preliminar de la cláusula compromisoria.

Por su parte, el artículo 1909 del Código Civil definía al compromiso arbitral, indicando que “por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente”.

En lo que respecta a “formalizar”, tenemos que en su forma de participio era expresamente mencionado en el artículo 1908 del Código Civil, que disponía: “si el compromiso no fuera **formalizado** voluntariamente o no lo hubiera hecho el juez a solicitud de parte, la cláusula compromisoria queda sin efecto”.

De este modo, se reconocía expresamente la posibilidad de que el juez realice la misma actividad que debía realizar la parte contratante de una cláusula compromisoria, que era la de formalizar (entiéndase concluir) el compromiso arbitral. No por nada el citado artículo 1908 del Código Civil establecía que “si el compromiso no fuera formalizado voluntariamente o no lo hubiera **hecho el juez a solicitud de parte** (...)”.

Ahora, ya no era únicamente el Código de Procedimientos Civiles el que hacía uso de la palabra “formalizar”, sino lo era también Código Civil, y ambos cuerpos normativos reconocían que ante el incumplimiento de celebrar el contrato definitivo, se podía solicitar la “formalización judicial” del contrato, la cual consistía en que el juez formulaba una declaración de voluntad como si fuese el obligado a realizarla.

Pero no solo eso, sino que el artículo 1908 del Código Civil, e incluso el inciso 1 del artículo 1408 del mismo Código, era concordado con el artículo 556 del Código de Procedimientos Civiles⁽¹²⁾, que establecía que: “Si el arbitraje está pactado de antemano y alguno de los

(12) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI, Lima, 1985, p. 655.

interesados no cumple con otorgar el compromiso, lo hará el juez, a solicitud de parte, diez días después de requerido el omiso, sin éxito. Si las partes están en desacuerdo sobre alguno de los puntos que debe contener el compromiso, lo designará el juez en vista de lo que expongan los interesados. No habiendo árbitros nombrados u ocurriendo respecto de ellos alguno de los casos del artículo 578, y a falta del acuerdo de los interesados, corresponde al juez la designación”.

Así, en el ideario del legislador civil de 1984 estuvo siempre presente la posibilidad de que el juez pueda formalizar (concluir) un contrato mediante la declaración de voluntad en lugar de una de las partes, lo cual en puridad no representaba novedad alguna, por cuanto dicha idea estuvo presente en los artículos 8 y 10 del Anteproyecto ante la Comisión Reformadora de 1980, en los artículos 1975 del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, del Proyecto de la Comisión Revisora de 1983 y en el artículo 1866 del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984⁽¹³⁾.

En suma, entre los años 1984 y hasta 1993, es decir, bajo el periodo de convivencia entre el Código Civil y el Código del Procedimientos Civiles, el derecho a exigir judicialmente la celebración del contrato definitivo, contenido en el inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil, se mostraba (aunque sea formalmente) como un adecuado mecanismo de tutela, o por lo menos como uno que podía ser materializado.

IV. LAS DEROGATORIAS, EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y EL NUEVO ARTÍCULO 709

Lamentablemente, el estado de concordancia y coherencia entre las normas civiles y procesales, fue desmantelado en los aciagos años de 1992 y 1993.

En primer lugar, con la dación de la primera Ley General de Arbitraje (Decreto Ley N° 25935), por medio de la que se derogó no solo las disposiciones que sobre arbitraje contenía el Código Civil, y dentro de ellas los artículos 1906, 1907, 1908 y 1909, sino también la regulación

(13) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Cfr. *Código Civil. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*. Tomo II, Lima, 1985, pp. 629 y 630.

del juicio arbitral contenida en el Código de Procedimientos Civiles, y con ella el artículo 556.

Así, en el ámbito del arbitraje se pasó de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, al convenio arbitral y con ello se dejó de lado la figura de un contrato preparatorio y por ende se hicieron innecesarios los mecanismos por los cuales se tutelaba la formalización del compromiso arbitral.

Por otra parte, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, el paso a la denominada etapa **científica** del proceso, y la derogación del Código de Procedimientos Civiles, tenemos que la concordancia existente entre el Código Civil y el Código de Procedimientos fue quebrada, por cuanto el lugar del derogado artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles, vino a ser “ocupado” por el artículo 709 del Código Procesal Civil.

Sin embargo, entre el artículo 709 del Código Procesal Civil y el artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles, hay una gran diferencia, ya que mientras el segundo se refería a “formalizar un contrato o suscribir un instrumento”, tal y como lo hacía el original artículo 740 del Código de Procedimientos Civiles; la norma del Código Procesal Civil se refiere única y exclusivamente a “formalizar un documento”.

La supresión de palabras no solo significó un cambio en la redacción, sino que a partir de ella se interpreta que el juez no puede formalizar un contrato, en el sentido de realizar una declaración de voluntad en lugar de una de las partes, sino tan solo otorgar la escritura pública del contrato ya celebrado⁽¹⁴⁾, es decir dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1412 del Código Civil.

De este modo, la concordancia que existía entre los artículos 1418 del Código Civil y el artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles, dejó de existir, entendiéndose que el artículo 709 del Código Procesal Civil se concuerda con el 1412 del Código Civil, y como consecuencia el inciso 1 del 1408 del Código Civil no solo quedó sin correlato en el

(14) En ese sentido: MERINO ACUÑA, Roger Arturo. Ob. cit., pp. 63 y 66.

ámbito procesal, sino que se convirtió en el boleto hacia el callejón sin salida de la ejecución de obligaciones de hacer.

V. NOTA CONCLUSIVA

A estas alturas, mi conclusión es obvia: desde la vigencia del Código Procesal Civil, la disposición contenida en el inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil, no puede ser materializada; esto es, el juez no se encuentra autorizado (y lo tiene que estar) a efectos de formalizar un contrato definitivo, emitiendo una declaración de voluntad, como consecuencia del injustificado incumplimiento del compromiso de contratar. En suma, no existe un adecuado (o eficaz) mecanismo de tutela.

Por otra parte y ante la necesidad de reorientar el camino, deberíamos también repensar si la solución adoptada en el inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil es hoy en día idónea, o en todo caso, se hace necesario adoptar una distinta, una que ante todo procure dotar de tutela, y donde creo que la opción de la de la tutela constitutiva⁽¹⁵⁾ prevista en la legislación italiana, contiene una gran ventaja respecto de las soluciones adoptadas en otras legislaciones, ya que evita acudir a un segundo proceso (el de ejecución) o recurrir a ficciones⁽¹⁶⁾.

Asimismo, se deberá considerar que la solución ante el incumplimiento de un compromiso de contratar no puede ser siempre la misma, ya que debe diferenciarse los supuestos en los que el contrato definitivo es uno con efectos meramente obligacionales o uno con efectos reales⁽¹⁷⁾, por cuanto es del todo distinto un compromiso de contratar respecto de una compraventa, donde la solución idónea será la de otorgar la calidad de propietario sobre el bien objeto del contrato definitivo (que

(15) Entendiendo en *chiovendianas* palabras que “no se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo; se trata de prescindir de él. La sentencia no será constitutiva porque constituya *el contrato*, sino porque constituye directamente el derecho de propiedad al que se tiende, por ejemplo, la propiedad”. CHIOVENDA, Giuseppe. Ob. cit., pp. 213-214.

(16) Que es como James Goldschmidt calificaba a la solución alemana que evita el proceso de ejecución, al dar por emitida la declaración de voluntad en cuanto la sentencia que condenaba a tal emisión “haya ganado firmeza”. Cfr. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, p. 739.

(17) Para esto, debemos empezar por aceptar que el contrato genera no solo relaciones jurídicas obligacionales, que es lo que se entiende de los artículos 1351 y 1402 del Código Civil

es la que se obtendría mediante la tutela constitutiva), a un compromiso de contratar de un contrato definitivo obligacional (como el de sociedad o de locación de servicios), donde las soluciones de dar por concluido el contrato definitivo o por producidos los efectos del mismo, se revelan del todo inútiles⁽¹⁸⁾.

Finalmente, creo haber demostrado que no fue el afrancesado legislador civil que bajo el dogma de la incoercibilidad de la voluntad negara mecanismos de tutela adecuados⁽¹⁹⁾, privilegiando únicamente el resarcitorio, sino que por el contrario fue un **publicitado** legislador procesal quien –desnaturalizando los mecanismos de tutela– nos condujo hacia uno de los tantos callejones sin salida que, bajo el *slogan* de **cientificidad** y el fingido socialismo, pregona.

(18) DI MAJO, Adolfo. *La tutela dei diritti*. Giuffrè editore, Milano, 2003, p. 311.

(19) Que es una de las ideas base del celebrado artículo “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, de Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios.

Segunda parte
JURISPRUDENCIA

Cláusula penal

Cumplimiento de la obligación: Cláusula penal

Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

CASACIÓN 2952-2004-CONO NORTE

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO

Lima, cinco de diciembre del dos mil cinco

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil novecientos cincuentidós - dos mil cuatro; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado don Federico Araujo Vélchez, mediante escrito de fojas ciento setentitrés, contra la Sentencia de Vista de fecha veintiocho de setiembre del dos mil cuatro, obrante a fojas ciento sesenticuatro, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, que confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que declara fundada la demanda, con costas y costos; y revoca en el extremo que ordena que los demandados abonen la suma de veintiún mil cuatrocientos setenticinco Dólares Americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio de la fecha de pago, con costas y costos reformándola ordenaron que los demandados abonen la suma de tres mil ochocientos cuarentitrés Dólares Americanos con dos centavos de dólar; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, mediante resolución de fecha veinticuatro de enero del año en curso, que obra a fojas veintitrés en el cuadernillo formado en este Supremo Tribunal se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Federico Araujo Vélchez, solamente por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, denunciando que la sentencia de vista no está bien fundamentada conforme al inciso quinto del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, por cuanto debió hacerse mención expresa de la ley aplicable, la fundamentación de hecho en que se sustenta, así como también, debió haberse tenido en cuenta la resolución número cuarentidós, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte, en el proceso sobre ejecución de garantía. Así como tampoco se hace mención a ninguna ley respecto al proceso, ni a los intereses compensatorios ni moratorios; por cuanto si el interés compensatorio constituye

la contraprestación en uso del dinero, no puede existir la penalidad demandada porque de ser así se estaría duplicando los intereses; Y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, con referencia al agravio según el cual la sentencia de vista materia del presente recurso de casación, no está bien fundamentada, por cuanto debió hacerse mención expresa de la ley aplicable, la fundamentación de hecho en que se sustenta, así como de la resolución número cuarentidós, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte, en el proceso sobre ejecución de garantía; debe precisarse que contrariamente a lo expuesto por el recurrente, la recurrida sustenta su decisión en lo dispuesto por los artículos mil trescientos cuarenta y uno y mil trescientos cuarentiséis del Código Civil, así como el artículo II del Título Preliminar del Código acotado; lo que denota una debida fundamentación jurídica; asimismo del quinto considerando de la sentencia de vista, también se advierte una debida fundamentación fáctica al precisar que la suma demandada resulta ser un cobro excesivo, y además agrega que la obligación principal que generó la obligación fue de siete mil setecientos dólares americanos, y si bien fue generada por un acuerdo de voluntades constituye un ejercicio abusivo del derecho; finalmente, del considerando tercero de la misma sentencia impugnada en análisis, se advierte que la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, se ha referido expresamente a la sentencia de vista dictada mediante resolución número cuarentidós, emitida por la misma Sala en el proceso sobre ejecución de garantía seguido por las mismas partes; consecuentemente la denuncias de error *in procedendo* invocadas por el recurrente no merecen ser amparadas en modo alguno; **SEGUNDO.-** Que en lo relativo a la denuncia según la cual, la sentencia impugnada tampoco hace mención a ninguna ley respecto al proceso, ni a los intereses compensatorios ni moratorios; a lo que agrega que si el interés compensatorio constituye la contraprestación en uso del dinero, no puede existir la penalidad demandada porque de ser así se estaría duplicando los intereses; debe advertirse que contrariamente a lo expuesto por el recurrente en este extremo de su recurso, en el punto ii) del quinto considerando de la sentencia de vista, se ha dejado claramente establecido que el cobro de la penalidad no es incompatible con la demanda del cobro por concepto de cláusula penal convenida, ya que en el proceso de ejecución de garantías de data anterior, se ordenó el pago por el uso del dinero prestado y a su vez la indemnización por la mora en el pago a cargo de los demandados vencidos, en mérito a lo dispuesto en el artículo mil doscientos cuarentidós del Código Civil, a lo que cabe agregar que a tenor de lo dispuesto por el artículo mil trescientos cuarentidós del mismo cuerpo legal: cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora, como sucede en el presente proceso, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación; **TERCERO.-** Que en consecuencia, encontrándose debidamente fundamentada la sentencia recurrida, y no habiendo logrado acreditar el recurrente extremo alguno de su recurso, consideraciones por las cuales y en aplicación de lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento setentitrés, interpuesto por el demandado don Federico Araujo Vilchez, en

consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas ciento sesenticuatro, su fecha veintiocho de setiembre del dos mil cuatro, **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; en los seguidos por José Manuel Capuñay Preciado y otra, sobre obligación de dar suma de dinero; y los devolvieron.-

SS. TICONA POSTIGO; SANTOS PEÑA; PALOMINO GARCÍA; ORTIZ PORTILLA; HERNANDEZ PÉREZ

Cláusula penal: Cumplimiento

Los contratantes dentro de su relación jurídica contractual han pactado los términos de las cláusulas penales como sanción para la parte que incumple las obligaciones establecidas en el contrato y con fines resarcitorios en caso del daño que se pudiera causar, de tal manera que la declaración de voluntad expresada por las partes en el citado contrato respectivo es vinculante entre ellas, correspondiendo ser cumplido conforme a los términos acordados siempre que no se contravengan normas de orden público.

CASACIÓN 2658-2006-LIMA

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO

Lima, veinte de junio de dos mil siete

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa número dos mil seiscientos cincuentiocho – dos mil seis; el día de la fecha, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante María Antonieta Sandoval Ramírez Viuda de Santa Cruz, mediante escrito de fojas ciento ochentinueve, contra la sentencia de vista de fecha dieciocho de enero de dos mil seis, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que, revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda y reformándola la declara Infundada, en los seguidos por María Sandoval Ramírez contra Jorge Otoy Chunga y otro, sobre obligación de dar suma de dinero, **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha veinticinco de septiembre de dos mil seis, obrante a fojas dieciséis del cuadernillo de casación formado ante este Supremo Tribunal, ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: a) aplicación indebida de una norma de derecho material, porque el artículo 1559 del Código Civil, es claro cuando habla de resolución por falta de pago del saldo; que según el artículo 1372 del Código Civil, los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que motiva la resolución del contrato, en consecuencia, según nuestro ordenamiento jurídico y conforme al citado numeral, el comprador debe de restituir íntegramente la posesión como en efecto se ha demostrado dicha entrega, y los vendedores deben de restituir íntegramente el pago del precio recibido, deduciendo los tributos y los gastos del contrato, conforme lo señala el artículo 1559 del citado cuerpo legal; que la cláusula octava del contrato de compraventa objeto de litigio es una de carácter penal y según el artículo 1341 del Código Civil, el pacto por el que se acuerda en caso de incumplimiento que uno de los contratantes queda obligado al pago

de una penalidad, tiene el derecho de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiera, salvo que se haya estipulado la indemnización por daño ulterior, solo en este caso se debe de pagar el íntegro de la penalidad, pero esto se computa como parte de los daños y perjuicios si fuera mayor, en tal sentido, el contrato materia de autos no es uno de opción, por consiguiente los vendedores no pueden ser beneficiados aplicando a la devolución del precio que debe de restituir de modo indemnizatorio no pactado y al haber procedido la sala superior en esta forma se le agravia a la recurrente y b) contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, porque el contrato de compraventa de fecha quince de febrero del dos mil uno, no es un contrato de opción, el mismo que ha sido resuelto por el incumplimiento del pago del precio, tal como está reconocido por las partes, al haber aceptado los vendedores la devolución del inmueble y estos le devolvieron parte del precio recibido, esto es, la suma de once mil dólares americanos de los veinte mil dólares americanos pagados como cuota inicial, con cargo a completar los nueve mil dólares americanos restantes, una vez que los demandados vendan el predio como en efecto se realizó, pues se ha acreditado que el inmueble lo vendieron el día veintiuno de julio de dos mil uno, así es como se le envió una carta notarial de fecha seis de febrero de dos mil dos, donde se les pide que cumpla con devolverle la suma de nueve mil dólares americanos, puesto que la recurrente había cumplido con entregar el predio a los vendedores a pesar de haber superado más del cincuenta por ciento del precio de venta, lo que no se ha tenido en cuenta; Y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, habiéndose declarado procedente el recurso de casación por la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material, así como por contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, corresponde analizar primero los referidos a los vicios *in procedendo*, puesto que su eventual acogimiento y la consecuencia reposición de los autos al estado en que se encontraban antes de cometerse el defecto procesal eximiría todo pronunciamiento referido a la infracción de la ley material, **SEGUNDO.-** Que, en cuanto a la denuncia de contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, conforme se advierten de los argumentos de la recurrente, los mismos inciden en reiterar los argumentos de hecho que sustentan la pretensión de la actora pretendiendo una nueva apreciación de los hechos bajo su particular criterio, sin mayor sustento en cuanto a una arbitraria valoración de la prueba o la existencia de irregularidades o vicios insubsanables que constituyan afectación al debido proceso, apreciándose que la Sala ha emitido pronunciamiento congruente, adecuadamente motivado, expresando los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión conforme al artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, habiendo citado las valoraciones que considera esenciales y que dan sustento a su pronunciamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Procesal Civil, por lo que este extremo resulta infundado; **TERCERO.-** Que, en cuanto a la denuncia referida al vicio *in iudicando* conforme a lo establecido por los artículos 1559 del Código Civil y 1372 del Código Civil, las citadas normas regulan los efectos de la

resolución del contrato, en el sentido de que la resolución provoca la extinción de la relación jurídica o la cesación de los efectos contractuales, así como el supuesto de que las partes deban restituirse las prestaciones al estado en que se encontraban al momento en que se produce la causal que las motiva, supuesto de resolución del contrato que ambas instancias jurisdiccionales han determinado que se ha acreditado en el caso de autos por solicitud expresa de la parte compradora al estar imposibilitada de incumplir con el pago del saldo del precio del bien inmueble objeto de la transferencia; **CUARTO.-** Que, conforme se advierte del pronunciamiento en la sentencia de vista, la citada instancia analizando la situación fáctica debatida en el proceso ha determinado que el contrato celebrado entre las partes ha sido un contrato de compraventa típico al haberse pactado respecto del precio y el bien objeto de la venta, asimismo se ha señalado que las partes expresamente han pactado dos cláusulas penales, la primera referida al pago de una cantidad por concepto de mora, en el supuesto de no cancelarse el saldo de precio en la fecha pactada y la segunda referida a que en caso de “retractación” de las partes, se fije un concepto en compensación por los daños, siendo que de ser el caso de la parte vendedora la misma se compromete a devolver a la compradora el doble del dinero entregado como adelanto y si es el caso de la compradora, solo recibiría el cincuenta por ciento del dinero entregado en calidad de adelanto, apreciándose de ello que los contratantes dentro de su relación jurídica contractual han pactado los términos de las cláusulas penales como sanción para la parte que incumple las obligaciones establecidas en el contrato y con fines resarcitorios en caso del daño que se pudiera causar, de tal manera que la declaración de voluntad expresada por las partes en el citado contrato respectivo es vinculante entre ellas, correspondiendo ser cumplido conforme a los términos acordados siempre que no se contravengan normas de orden público, resultando de aplicación el artículo 1361 del Código Civil, en cuanto establece que: “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe de probarla”, resultando pertinente citar lo expuesto por el autor La Cruz Bermejo, en cuanto establece que “la fuerza obligatoria de los contratos se impone por dos razones: una de índole moral y otra de naturaleza económica. A tenor de la primera se impone el respeto a la palabra dada, la buena fe y en su caso la equidad que exige corresponder a la prestación de la otra parte; conforme con la segunda resulta indispensable un clima de seguridad del cumplimiento de las transacciones y promesas para la existencia del crédito” (La Cruz Bermejo, Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Volumen dos, Teoría General del Contrato. Segunda Edición, Barcelona mil novecientos ochentisiete, página trescientos diecinueve); **QUINTO.-** Que, asimismo si bien el contrato de compraventa ha sido objeto de resolución por voluntad de la compradora, conforme ha quedado establecido en autos, ello no impide que las partes habiendo pactado expresamente los términos de una cláusula penal –figura regulada en el artículo 1341 del Código Civil– procedan a cumplir con los términos de la misma a tenor la fuerza vinculante de los contratos y conforme lo ha establecido el ad quem no

han sido modificados; **SEXTO.-** Que, conforme a lo expuesto no advirtiéndose que la resolución impugnada hubiese incurrido en alguna de las causales denunciadas en el presente recurso de casación, corresponde declarar infundado el presente recurso. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo opinado en el Dictamen Fiscal Supremo, obrante a fojas treinta y cinco del cuadernillo de casación y resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Maria Antonieta Sandoval Ramírez Viuda de Santa Cruz, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento ochentinueve, su fecha dieciocho de enero de dos mil seis; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como a la multa de una Unidad de Referencia Procesal, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano* bajo responsabilidad; en los seguidos en contra de Jorge Otoy Chunga y otra, sobre obligación de dar suma de dinero; y los devolvieron. Vocal Ponente Señor Solís Espinoza.-

SS. TICONA POSTIGO; SOLÍS ESPINOZA; PALOMINO GARCÍA; CASTAÑEDA SERRANO; MIRANDA MOLINA

Cláusula penal: Reducción

El artículo 1346 del Código Civil establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. La presente casación considera que en un contrato de mutuo al haberse cancelado la obligación principal y al haber sido solicitada por los deudores la reducción de la penalidad moratoria, corresponde otorgarla más aún si equivale a casi el doble de la suma mutuada.

CASACIÓN N° 3179-2002-CALLAO

Lima, dieciséis de setiembre de dos mil dos

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la presente sentencia. **1. MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas ciento treinticinco, su fecha treintuno de julio de dos mil uno, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao que, confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventicuatro, su fecha doce de diciembre del dos mil, declara fundada en parte la demanda incoada por Juan Herminio Rosario Loconi y ordena el pago de dos mil soles por concepto de cláusula penal del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en los seguidos contra Óscar Salvador Núñez Campos y otra, sobre obligación de dar suma de dinero. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Mediante resolución de fojas trece del cuadernillo de casación, su fecha treinta de enero de dos mil dos, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por Juan Herminio Rosario Loconi por las siguientes causales: a) La prevista por el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil relativa a la interpretación errónea del artículo 1346 del Código Civil; b) La prevista por el inciso 2 del artículo 386 del citado Código Procesal relativa a la inaplicación del numeral 1342 del Código sustantivo; y c) La prevista por el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso. **3. CONSIDERANDOS: Primero.-** De primera intención, es necesario examinar la causal referida al inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, ya que de declararse fundado el recurso por contravención de reglas que garantizan el derecho al debido proceso no cabría pronunciamiento por las otras causales. **Segundo.-** En efecto, el recurrente sostiene que en la sentencia impugnada no se consignó ningún fundamento para reducir la pena, pues no se señaló si esta era manifiestamente excesiva o si la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o en forma irregular. **Tercero.-** Revisada la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos han sido recogidos por la sentencia impugnada, se advierte que en el considerando octavo el juez consideró que la cláusula penal era excesiva, pues la penalidad

que se pretende cobrar, vía la presente demanda, equivale a casi el doble de la suma mutuada. **Cuarto.-** Por los fundamentos anotados se llega a la conclusión que la Sala Superior al expedir la sentencia de vista materia de impugnación no ha contravenido normas que garantizan el derecho al debido proceso, resultando infundada la denuncia por la citada causal. **Quinto.-** Respecto a la causal de interpretación errónea de la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil el impugnante señala que su correcta interpretación es que el juez, a petición del deudor, puede reducir equitativamente la penalidad, siempre y cuando esta sea manifiestamente excesiva o que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. **Sexto.-** A efectos de determinar si en el presente caso la Sala Superior interpretó erróneamente el artículo 1346 del Código Civil no solo debe examinarse el texto de la norma y la resolución impugnada, sino también los propios actuados en el presente proceso. **Sétimo.-** El artículo 1346 del Código Civil establece que “el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”. **Octavo.-** Revisados los autos se advierte que, mediante contrato de mutuo con garantía hipotecaria, elevado a escritura pública el quince de setiembre de mil novecientos noventaicinco (cuya testimonio [sic] en copia certificada corre a fojas sesentitrés), el demandante (mutuante) entregó a los demandados (mutuatarios), en calidad de mutuo la suma de doce mil novecientos cincuenta. Por su parte, los demandados se obligaron a devolver la suma de trece mil seiscientos dólares (suma mutuada más el dieciséis por ciento de interés compensatorio anual). En la cláusula decimoprimera las partes acordaron que en caso que los demandados no cumplieran con el pago puntual de sus obligaciones (contenidas en cinco letras de cambio por seiscientos dólares cada una y una letra de cambio por diez mil seiscientos dólares) debían pagar al demandante dos dólares y diez dólares por día de atraso, respectivamente. **Noveno.-** No habiendo cumplido los demandados con el pago oportuno de la deuda es que el demandante les inicia un proceso sobre ejecución de garantías, logrando mediante resolución de fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventaiocho (fojas trece) adjudicarse el inmueble dado en garantía. En dicho proceso se incluyeron los intereses compensatorios. Por tanto, el demandante logró hacerse pago de la obligación que los demandados tenían a su cargo. **Décimo.-** Habiendo solicitado los demandados mediante escrito de contestación la reducción de la pena por ser excesiva, dicha solicitud resulta amparable, pues la penalidad solicitada (veintiuno mil novecientos veinte dólares) equivale a casi el doble de la suma mutuada. **Undécimo.-** De lo antes expuesto se concluye que la Sala Superior ha interpretado correctamente la norma materia de análisis, si se tiene en cuenta que reproduce los fundamentos expresados en la sentencia de primera instancia. Por tanto el recurso por la citada causal resulta, igualmente, infundado. **Duodécimo.-** Finalmente, respecto de la causal de inaplicación del numeral 1342 del Código Civil, el recurrente sostiene que de haberse aplicado la citada norma se habría amparado todos los extremos de su demanda y no se hubiese reducido arbitrariamente la penalidad reclamada a la irrisoria suma de dos mil soles. **Décimo Tercero.-** El artículo 1342 del Código

Civil establece que “cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”. **Décimo Cuarto.**- Pues bien, analizado el texto de la citada norma se llega a la conclusión que su aplicación en nada cambiaría el sentido de la decisión, pues el artículo 1346 del Código sustantivo faculta al juez a reducir la pena excesiva. Dichas normas, por lo demás, resultan concordantes, por lo que el recurso resulta, igualmente, infundado. **4. DECLARACIÓN:** a) Estando a las consideraciones expuestas Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Juan Hermínio Rosario Loconi, en los seguidos con Óscar Salvador Núñez Campos, sobre obligación de dar suma de dinero. b) Dispusieron **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas noventa y cuatro, su fecha doce de diciembre del dos mil dos. c) **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron. d) **CONDENARON** al recurrente al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como a las costas, originadas en la tramitación del recurso.

SS. VÁSQUEZ VEJARANO; CARRIÓN LUGO; TORRES CARRASCO; CARRILLO HERNÁNDEZ; QUINTANILLA QUISPE.

Mora: Constitución

La mora es el retardo en el cumplimiento de una obligación, y que se encuentra regulada por el artículo 1333 del Código Civil, estableciendo que el obligado incurre en mora desde que el acreedor le exige, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. Sin embargo, el mismo artículo señala los casos en que la intimación no es necesaria para que la mora exista cuando dicha intimación no fuese posible por causa imputable al deudor, lo que importa el supuesto de mora automática; lo que no resulta aplicable al presente proceso, toda vez que en el procedimiento previsional, como se ha señalado, la obligación de pago de intereses se circunscribe a lo previsto en el artículo 1246 del Código Civil; siendo así la norma material invocada en esta causal no resulta pertinente al caso concreto.

CASACIÓN N° 001777-2004-LA LIBERTAD

Lima, veintinueve de noviembre del dos mil cinco

VISTA; Con el acompañado; la causa número cero cero mil setecientos setenta y siete del año dos mil cuatro; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Contencioso-Administrativo; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

1. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas ciento cuarenta y siete por el demandante Juan Sánchez Cabel, contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, su fecha ocho de julio del año dos mil tres, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, su fecha veintinueve de octubre del año dos mil tres, que declaró fundada en parte la demanda; reformándola, la declaró infundada.

2. CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha veintitrés de febrero del año dos mil cinco, corriente a fojas dieciocho del cuadernillo, por las causales de: a) aplicación indebida de una norma de derecho material; y, b) inaplicación de una norma de derecho material.

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Que, en cuanto a la primera causal, se argumenta que en el presente caso la Sala ha aplicado indebidamente la primera parte del artículo mil trescientos treinta y tres del Código Civil, sin advertir que este caso importa el supuesto de mora

automática, contemplada en el inciso cuarto del mismo artículo, la que se debió aplicar al caso, y cuya debida aplicación consiste en considerar el pago de intereses legales, desde la fecha en que se afectó el derecho pensionario del recurrente; y, respecto a la segunda causal, el recurrente sostiene que el supuesto de mora automática señalado en el artículo mil trescientos treinta y tres inciso cuarto del Código Civil, dispositivo legal que hace referencia a todo supuesto de imposibilidad de intimación por causa imputable al deudor, y que no puede estimarse posible la intimación en mora regulada por el primer párrafo del citado artículo, señalando que la demandada sí se encuentra obligada a pagar intereses legales desde la fecha en que se incumplió la obligación principal; y,

4. CONSIDERANDO:

Primero.- Que la mora es una figura del Derecho de Obligaciones, que se define como el retardo en el cumplimiento de una obligación, y que se encuentra regulada por el artículo mil trescientos treinta y tres del Código Civil, estableciendo que el obligado incurre en mora desde que el acreedor le exige, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación; sin embargo el mismo artículo señala los casos en que la intimación no es necesaria para que la mora exista, y lo que importa el supuesto de mora automática.

Segundo.- Que, los intereses reclamados por el actor en la vía administrativa deben regularse conforme a lo prescrito en el artículo mil doscientos cuarenta y dos segundo párrafo del Código Civil, ya que debe tenerse en cuenta que en el caso de autos la mora se produce desde el momento en que la administración pagó en pensiones disminuidas en perjuicio del demandante, aunado a ello que no resulta de aplicación el artículo mil trescientos treinta y tres del Código Civil, ya que debe funcionar la reparación integral del Derecho Constitucional a la Seguridad Social, también de carácter alimentario, conculcado por la demandada en perjuicio del actor.

Tercero.- Que, asimismo, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como aquella recaída en el Expediente número tres mil quinientos treinta y cuatro - dos mil cuatro - AA/TC de fecha veinticuatro del enero del año dos mil cinco, de efecto vinculante en este caso, establece que el pago de los intereses legales se efectúa según el criterio señalado en el Expediente número cero sesenta y cinco - cero dos - AA/TC, con la tasa fijada en el artículo mil doscientos cuarenta y seis del Código Civil; de lo que se deduce que efectivamente la norma denunciada ha sido aplicada en forma indebida.

Cuarto.- Que, respecto a la inaplicación del inciso cuarto del artículo mil trescientos treinta y tres del Código Civil, que señala que no es necesaria la intimación para que la mora exista cuando dicha intimación no fuese posible por causa imputable al deudor, lo que importa el supuesto de mora automática; en cambio no resulta aplicable al presente proceso, toda vez que en el procedimiento previsional, como se ha señalado, la obligación de pago de intereses se circunscribe a lo previsto en el artículo mil doscientos cuarenta y seis del Código Civil; siendo

así la norma material invocada en esta causal no resulta pertinente al caso concreto.

Quinto.- Que el artículo trescientos noventa y seis inciso uno del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, establece que si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión en el caso de las causales precisadas en los puntos uno y dos del artículo trescientos ochenta y seis del mismo Código, resolviendo según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior; situación que se presenta en el caso de autos.

5. RESOLUCIÓN

Por estos fundamentos: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento cuarenta y siete, por el demandante Juan Sánchez Cabel; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, su fecha ocho de julio del año dos mil cuatro, y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas noventa y uno, su fecha veintinueve de octubre del año dos mil tres, que declara **FUNDADA** en parte la demanda, y nulas y sin efecto legal las resoluciones fictas denegatorias de su solicitud de pago de intereses legales; **ORDENARON** que la demandada expida nueva resolución teniendo en cuenta los considerandos de la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, por sentar esta precedente de observancia obligatoria, en el modo y forma previsto en la ley; en los seguidos por don **JUAN SÁNCHEZ CABEL**, con la Oficina de Normalización Previsional, sobre impugnación de resolución administrativa; y los devolvieron.

SS. VILLA STEIN, SAHUA JAMACHI, VALDEZ ROCA, ACEVEDO MENA, LEÓN RAMÍREZ.

Mora: Inicio del cómputo

Es forzoso concluir que la determinación de la mora y el consiguiente cálculo de los intereses deben establecerse y computarse, respectivamente desde la intimación al pago y no, como lo estableció el fallo impugnado, desde la citación con la demanda, concluyéndose de ello que el artículo 1334 del Código Civil ha sido indebidamente aplicado.

CASACIÓN N° 1685-2005-LIMA. (El Peruano 04-07-06)

Lima, veintidós de marzo de dos mil seis

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: VISTOS; con los acompañados; vista la causa en audiencia pública llevada a cabo en la fecha integrada por los señores Vocales Vásquez Cortez, Gazzolo Villata, Pachas Avalos, Sahuá Jamachi y Salas Medina; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; luego de verificada la votación con arreglo a ley se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso la sentencia de vista de fojas setecientos sesenticinco su fecha veintiuno de abril de dos mil cinco expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo que confirmó la apelada en cuanto declaraba fundada la demanda sobre impugnación de resolución administrativa; y la revocó en el extremo que declaró improcedente la pretensión referida a la devolución de la suma de ciento diecinueve mil novecientos ochentitrés punto setentidós dólares americanos e intereses legales; y reformándola ordenó que el Instituto Peruano del Deporte le pague al actor la suma de noventa y ocho mil ciento cincuenta y cinco punto cuarenticinco dólares americanos más los intereses legales conforme a la regla prevista en el artículo 1334 del Código Civil.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTES LOS RECURSOS: Mediante resoluciones corrientes en el cuaderno de casación de fecha siete de noviembre de dos mil cinco se han declarado procedentes los recursos de casación interpuestos individualmente por don Carlos Alberto Montero Guerra y el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, por las causales contenidas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, sustentados en: a) Recurso de don Carlos Alberto Montero Guerra, acusa: i) La aplicación indebida del artículo 1134, entendiéndose que es el 1334, del Código Civil sosteniendo que la citada norma establece la regla a seguirse para el cálculo de la mora, siendo que en su caso no está incurso en dicho supuesto por cuanto el monto de la pretensión se encuentra explícitamente determinado y sustentado con los documentos presentados en el proceso, no habiendo solicitado que se determine judicialmente; y ii) Inaplicación del artículo 1333 del Código Civil, arguyendo que en el presente caso el

Instituto Peruano del Deporte debía restituir un monto determinado de dinero al recurrente por los gastos efectuados con su patrimonio para las actividades propias de la Federación Peruana de Atletismo durante el periodo de mil novecientos noventa - mil novecientos noventiuno, siendo que dicho requerimiento de pago se efectuó una vez concluida la gestión del recurrente, adjuntando los documentos sustentatorios del caso con fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventidós por lo que debió aplicarse la norma denunciada debido a que se trata de una obligación determinada y no determinable. b) Recurso del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, denuncia la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso para lo cual afirma que se ha aplicado indebidamente los artículos VII del Título Preliminar, 188, 262 y 263 del Código Procesal Civil.

3. CONSIDERANDO: Primero: Que, en primer término es menester examinar la causal referida al inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, porque de declararse fundada sería innecesario pronunciamiento sobre las otras causales.

Segundo: Que, la emplazada cuestiona el mérito probatorio del informe pericial corriente en autos arguyendo que dicha prueba desnaturaliza el proceso ya que la acción incoada no tiene por finalidad admitir nuevos medios probatorios sino valorar y actuar los ya admitidos en el proceso administrativo, como lo prevé el artículo 27 de la Ley N° 27584, concluyendo que no se han valorado las pruebas con sujeción a lo dispuesto en los artículos VII del Título Preliminar y 188 del Código Procesal Civil.

Tercero: Que, al respecto debe precisarse que constituye un deber del Juzgador la admisión de los medios probatorios necesarios para la solución del conflicto de intereses con el propósito de lograr los fines del proceso, conforme lo prevé el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, consecuentemente, la actividad probatoria comprende, el ofrecimiento y admisión de las pruebas, es decir, su válida incorporación al proceso, su calificación y adecuada producción de hechos que representan, indiquen o identifiquen el objeto de prueba; exigencia que se ha cumplido en autos, pues la pericia contable fue admitida y valorada para determinar si el monto cuya devolución solicita el actor corresponde al indicado en la demanda o si es una cantidad mayor o menor, así como los correspondientes intereses, ya que no existe debate sobre su procedencia por cuanto la emplazada no la ha desvirtuado con prueba idónea, debiendo precisarse que las partes no formularon observaciones a dicho dictamen menos la demandada al impugnar la apelada pues dicho extremo le fue favorable.

Cuarto: Que, por tanto, el vicio *in procedendo* acusado no puede ampararse, pues el referido peritaje no guarda relación con hechos nuevos que no hubieren sido materia de cuestionamiento en la vía administrativa, por el contrario, se ha demostrado que la demandada obvió la actuación de las pruebas que acreditan la devolución indicada, las que sirvieron de sustento a dicho dictamen, siendo oportuno acotar que deviene en impertinente a los autos la cita del artículo 27 de

la Ley N° 27584 por cuanto esta norma no estaba vigente al inicio de la presente causa, concluyéndose de todo ello que no se configura la alegada contravención.

Quinto: Que, por otro lado, fluye de autos que don Carlos Alberto Montero Guerra interpuso demanda contencioso administrativa de impugnación de la Resolución N° 469-2001-PE/IPD solicitando que se declare su invalidez, debiendo emitirse pronunciamiento sobre el fondo del asunto respecto al cual la administración ha sido renuente, esto es, la invalidez de la Resolución N° 956-P/CND-IPD-92 y revocándola se ordene la devolución de la suma de ciento diecinueve mil novecientos ochentitrés punto setentidós dólares americanos que le adeuda el Instituto Peruano del Deporte, más los intereses, costas y costos del proceso.

Sexto: Que, la Sala de Mérito revocó el extremo de la apelada que desestimó la devolución solicitada y reformándola ordenó que la emplazada cumpla con reintegrar al actor la suma de noventa y ocho mil ciento cincuenta y cinco punto cuarenticinco dólares americanos más los intereses legales computados conforme a la regla prevista en el artículo 1334 del Código Civil con deducción de las sumas que hubieran sido abonadas al demandante.

Sétimo: Que, como se aprecia, el ad quem basó dicha decisión en el informe pericial actuado en autos; empero, discrepa con los peritos sobre la fecha desde la que deben computarse los intereses, pues según su criterio deben pagarse conforme a la regla de la norma acotada, esto es, desde la citación con la demanda y no desde la fecha en que se efectuó el desembolso para cada préstamo.

Octavo: Que, a este respecto es menester tener en cuenta que el petitorio de la demanda no está referido a la devolución de una suma imprecisa que hubiera requerido su determinación en el curso del proceso en base a la prueba ofrecida o actuada, sino que se trata de la pretensión concreta del reembolso de una suma determinada (ciento diecinueve mil novecientos ochentitrés punto setentidós dólares americanos) previamente exigida en forma extrajudicial, por lo que existiendo certeza acerca del monto pretendido del que inclusive se ha deducido la suma de catorce mil doscientos setenta y ocho punto sesentitrés nuevos soles, como se precisa en los informes de fecha cinco y treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos emitidos por el Órgano de Control del Instituto Peruano del Deporte, se concluye que la litis se ha circunscrito en la procedencia de la devolución demandada y, en tal caso, al pago de los intereses devengados.

Noveno: Que, en consecuencia, resulta forzoso concluir que la determinación de la mora y el consiguiente cálculo de los intereses deben establecerse y computarse, respectivamente, en base al monto preestablecido con los documentos sustentatorios anexados a la demanda, corroborados por la pericia a que hace referencia la sentencia recurrida, computándose los intereses desde la intimación al pago y no, como lo estableció el fallo impugnado, desde la citación con la demanda, concluyéndose de ello que el artículo 1334 del Código Civil ha sido indebidamente aplicado, por lo que la denuncia del actor en este extremo debe ampararse.

Décimo: Que, acorde con la motivación precedente y como consecuencia de ello, resulta de aplicación al caso submateria la norma prevista en el artículo 1333 del Código Civil por tratarse de un supuesto de constitución en mora respecto a una obligación exigida primigeniamente en forma extrajudicial mediante requerimiento escrito tan pronto como se concluyó la gestión del accionante, concluyéndose de ello que, igualmente, la denuncia de inaplicación de una norma de derecho material debe ser acogida.

4. DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, declararon: a) **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ochocientos por el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros; **CONDENARON** al impugnante al pago de una multa ascendente a dos Unidades de Referencia Procesal. b) **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas setecientos noventa por don Carlos Alberto Montero Guerra, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas setecientos sesenticinco, su fecha veintiuno de abril de dos mil cinco, en el extremo que ordena la devolución de noventa y ocho mil ciento cincuenta y cinco punto cuarenticinco dólares americanos más los intereses computados conforme a la regla del artículo 1334 del Código Civil, y actuando en sede de instancia **REVOCARON** la apelada que declaró improcedente tal extremo y **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADO** dicho extremo, **ORDENARON** que se le pague al actor la devolución solicitada con sujeción a lo establecido en el dictamen pericial corriente en autos; **CONFIRMARON** la sentencia de vista en sus demás extremos; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; en los seguidos por don Carlos Alberto Montero Guerra contra el Instituto Peruano del Deporte sobre Impugnación de Resolución Administrativa; y los devolvieron.-

SS. VÁSQUEZ CORTEZ, GAZZOLO VILLATA, PACHAS ÁVALOS, SAHUA JAMACHI, SALAS MEDINA

Mora: Ejercicio abusivo del derecho de acreencia

La mora no es por culpa del deudor sino por haberse ejercido el derecho de acreencia en forma abusiva, y no puede constituirse en mora al deudor cuando se ha tenido que recurrir a la vía judicial para demostrar que el monto adeudado era inferior al cobrado.

CASACIÓN N° 2039-2006-TACNA (El Peruano, 05-01-07)

Lima, doce de octubre de dos mil seis

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número dos mil treinta y nueve - dos mil seis, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Banco Wiese Sudameris, ahora Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, a fojas doscientos veinte, contra la sentencia de vista de fojas doscientos trece, su fecha dieciséis de marzo del dos mil seis, corregida mediante resolución de fecha once de abril del dos mil seis, que aparece a fojas doscientos dieciocho, que revocó la sentencia apelada de fojas ciento quince, su fecha veintidós de julio del año dos mil cinco, y, reformándola, declaró fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó suprimir los intereses moratorios que se vienen cobrando al demandante, debiendo proceder al pago de los intereses que correspondan en la etapa respectiva referido a la deuda de veintisiete mil quinientos veinte con veintinueve centavos dólares.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Que, mediante resolución de fecha diecinueve de junio de dos mil seis, que aparece a fojas veinticinco del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de aplicación indebida del artículo 1338 del Código Civil, porque según el recurrente, no le es aplicable la pretensión de “Supresión de Pago de Intereses” y, en todo caso, el acreedor que incurre en mora está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, lo que deberá acreditarse en la acción respectiva, conforme al artículo 1339 del Código Civil; asimismo, se sostiene que no se ha acreditado la negativa de su parte para recibir los aportes del deudor, siendo que el demandante ha podido solicitar judicialmente el Ofrecimiento de Pago por Consignación, por lo que los intereses se han generado como consecuencia del incumplimiento de la obligación; por último, sostiene que debió aplicarse el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, en cuanto establece que “no es necesaria la intimación en mora al obligado cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente”, pues, existe un acto jurídico en el que se fijó un plazo y la mora corre desde el vencimiento del plazo, lo que no puede ser variado unilateralmente, siendo que los intereses persisten sobre el capital de la deuda disminuida.

3. CONSIDERANDOS:

Primero: Que, en principio, resulta necesario recordar que, según dejó establecido el Colegiado Superior, la demanda resulta fundada, esencialmente, por las siguientes razones: i) En los diferentes procesos judiciales iniciados por don Julip Girón Sánchez se llegó a establecer que el monto real de la deuda pendiente con el banco emplazado es de veintisiete mil quinientos veinte con ochenta y nueve dólares americanos; ii) Que, no obstante, el banco considera como suma adeudada un total de doscientos cincuenta y seis mil ciento cuarenta y nueve con catorce centavos de dólares americanos, que comprende intereses y otros conceptos, sobre la base de un capital de ciento noventa mil dólares americanos, contenido en un título valor (pagaré) llenado arbitrariamente por don Enrique Chirinos Gallegos, funcionario del banco emplazado, según se desprende del proceso penal en el que dicha persona fue sentenciada; iii) Que, el proceder del banco evidencia un abuso de derecho, materializado en el hecho de haberse venido cobrando una suma indebida, por lo que cabe suprimir los intereses generados fuera de los veintisiete mil quinientos veinte con ochenta y nueve dólares americanos, que es lo realmente adeudado; iv) Que, por ello, es aplicable el artículo 1230 del Código Civil, que faculta al deudor a retener el pago mientras no se le entregue el recibo correspondiente, que debía ser por veintisiete mil quinientos veinte con ochenta y nueve centavos de dólares americanos y no por doscientos cincuenta seis mil ciento cuarenta y nueve con catorce centavos de dólares . americanos; v) Que, la mora no es por culpa del deudor sino por haberse ejercido el derecho de acreencia en forma abusiva, y no puede constituirse en mora al deudor cuando se ha tenido que recurrir a la vía judicial para demostrar que el monto adeudado era inferior al cobrado; vi) Que, don Julio Girón Sánchez tuvo que seguir un proceso penal para demostrar que el pagaré mencionado líneas arriba fue llenado en forma arbitraria y abusiva; asimismo, en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra, debió ejercer su derecho de contradicción para determinar que el monto de lo adeudado era inferior a la suma reclamada por el banco, por tanto, en observancia de lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 1255-2003-AA/TC, cabe exonerarlo de los intereses moratorios, pues, no se puede ocasionar mayor perjuicio económico a quien se ha visto obligado a accionar en defensa de sus derechos y por motivo de la duración de los procesos se vería perjudicado por la aplicación de intereses moratorios; vi) Que, solo se deben pagar intereses compensatorios derivados de veintisiete mil quinientos veinte con ochenta y nueve centavos de dólares americanos, mas no moratorios, siendo exigibles estos últimos desde que sea conminado al pago de la suma correcta, pues el acreedor ha incurrido en mora conforme al artículo 1338 del Código Civil, pues, resultaba necesario que se cobre lo que real y efectivamente se debía.

Segundo: Que, a fin de determinar si en el presente caso se ha incurrido en aplicación indebida del artículo 1338 del Código Civil, cabe recordar que dicha norma regula la denominada “mora del acreedor”, la que se produce cuando el acreedor se niega, injustificadamente, a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.

Tercero: Que, en el caso de autos, el Colegiado Superior ha determinado que, según la sentencia emitida en el proceso penal seguido contra don Enrique Chirinos Gallegos (quien actuó como funcionario del banco demandado), este llenó arbitrariamente un pagaré en el que se consignó que la deuda del ahora demandante ascendía a ciento noventa mil dólares americanos, pese a que el monto real de la misma era de veintisiete mil quinientos veinte con ochenta y nueve centavos de dólares americanos.

Cuarto: Que, siendo ello así, se evidencia que en el caso de autos no se ha incurrido en aplicación indebida del artículo 1338 del Código Civil, pues, el acreedor quedó constituido en mora en razón de no practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, lo que se materializa en el hecho de haber pretendido, arbitrariamente, que la obligación pendiente de pago sea cancelada en un monto mucho mayor al realmente adeudado.

Quinto: Que, además de lo indicado, el recurrente denuncia que no se ha acreditado la negativa de su parte para recibir los aportes del deudor, siendo que el demandante ha podido solicitar judicialmente el Ofrecimiento de Pago por Consignación, por lo que los intereses se han generado como consecuencia del incumplimiento de la obligación; por último, sostiene que debió aplicarse el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, en cuanto establece que “no es necesaria la intimación en mora al obligado cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente”, pues, existe un acto jurídico en el que se fijó un plazo y la mora corre desde el vencimiento del plazo, lo que no puede ser variado unilateralmente, siendo que los intereses persisten sobre el capital de la deuda disminuida.

Sexto: Que, en cuanto a los intereses, cabe indicar que son frutos civiles de aplicación en todo tipo de obligaciones, que se encuentran regulados en el artículo 1242 del Código Sustantivo, donde se han clasificado en intereses compensatorios, que constituyen la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, cuya finalidad es mantener el equilibrio patrimonial, evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento al no pagar el importe del rendimiento de un bien; y, los intereses moratorios, cuya finalidad es indemnizar la mora en el pago, como resarcimiento del daño sufrido por el acreedor, por el retardo del deudor en la entrega del capital.

Sétimo: Que, como se ha indicado, en el caso de autos ha quedado evidenciado que el acreedor fue constituido en mora; y, además, se consideró que el banco acreedor incurrió en ejercicio abusivo de su derecho de acreencia, siendo esta la razón por la que debe convalidarse la decisión de que los intereses a cobrar solamente se calculen a partir del capital ascendente a veintisiete mil quinientos veinte con ochenta y nueve centavos de dólares americanos y, por tanto, sí es aplicable al demandado la pretensión contenida en la demanda.

Octavo: Que, habiéndose constituido en mora al acreedor, cabe concluir que la recurrida, en cuanto se refiere a los intereses moratorios, no debe ser modificada, pues, en el presente caso, el no pago oportuno resulta ser consecuencia

del accionar tendencioso de un funcionario del banco emplazado, decisión que encuentra respaldo adicional en el razonamiento contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1255-2003-AA/TC.

4. DECISIÓN: Por estos fundamentos, de conformidad con lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Banco Wiese Sudameris, ahora Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, a fojas doscientos veinte; en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas doscientos trece de fecha dieciséis de marzo del presente año, corregida por la resolución a fojas doscientos dieciocho, de fecha once de abril del mismo año, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

CONDENARON a la entidad recurrente al pago de multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos derivados de la tramitación del presente recurso. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Julio Girón Sánchez con Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, antes Banco Wiese Sudameris, sobre Supresión de Intereses; Interviniendo como Vocal Ponente el Dr. Miranda Canales, y los devolvieron.-

SS. CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA, PALOMINO GARCÍA, HERNÁNDEZ PÉREZ, MIRANDA CANALES

Resolución de los contratos y sus efectos

Resolución contractual: Efectos

La declaración de resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. Si el contrato fue celebrado válidamente, surtiendo todos sus efectos entre las partes y solo perdió su validez por acto posterior sobreviniente a su celebración, se deriva que las obligaciones generadas antes del incumplimiento y de la resolución son exigibles, que es como debe interpretarse correctamente la norma material contenida en el artículo mil trescientos setenta y uno del Código Civil.

CASACIÓN N° 1502-2004-PUNO (El Peruano, 02-06-06)

Lima, dieciséis de setiembre del dos mil cinco

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil quinientos dos del dos mil cuatro; en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante H.B.R. Contratistas Generales Sociedad Anónima contra la sentencia de vista de fojas seiscientos siete, su fecha treinta de abril del dos mil cuatro, expedida por la Sala Civil de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, que revocó la sentencia apelada de fojas quinientos cuarentisiete, su fecha veintitrés de julio del dos mil tres, que declara fundada en parte la demanda sobre obligación de dar suma de dinero e infundada respecto a los daños y perjuicios; reformándola declaró improcedente en todos sus extremos la demanda, dejando a salvo el derecho de la empresa demandante para que lo haga valer conforme a ley; en los seguidos por H. B. R. Contratistas Generales Sociedad Anónima contra la Municipalidad Distrital de Nuñoa, sobre obligación de dar suma de dinero;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Por resolución de fecha dieciséis de julio del dos mil cuatro, obrante a fojas veintidós del cuaderno formado en este Supremo Tribunal, se declaró procedente el recurso por las causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, conforme al siguiente detalle: a) La interpretación errónea del artículo mil trescientos setentinueve del Código Civil, porque la Sala Superior sostiene que la resolución de contrato (administrativamente) conlleva la inexistencia del mismo, y que los efectos jurídicos surtidos hasta el momento de la resolución son también inexistentes por no existir la fuente de obligación:

equiparando entonces resolución a inexistencia, y pretendiendo a su vez establecer que los efectos de la declaración de resolución se retrotraen hasta el momento de la celebración del contrato; por lo que dicha interpretación resulta completamente alejada del derecho, y no encuentra sustento legal ni doctrinario alguno, ya que como se sabe de la “inexistencia del contrato” o del “negocio jurídico” es abordada por el tratadista al tocar el tema del “acto jurídico” o del “negocio jurídico”, estando además establecido que el sistema nacional no reconoce la categoría de “inexistencia”, solo reconoce negocios ineficaces y dentro de estos dos tipos: la ineficacia originaria y la ineficacia funcional, siendo los supuestos típicos de esta última la resolución y la rescisión: interpretación errónea en la que del mismo texto del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil, se establece, la existencia de un contrato válido, el mismo que queda sin efecto por causa sobreviniente a su celebración, lo que implica que el contrato válido solamente deja de surtir efectos desde el momento en que es resuelto, y que los efectos surtidos se solucionan como lo establece el artículo mil trescientos setentidós del Código Civil, referido a los efectos retroactivos de la rescisión y resolución del contrato; b) La inaplicación del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil, así como de los artículos cinco.cinco.seis, cinco.ocho.cinco y cinco.ocho.ocho del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP, referidos a las valorizaciones y pagos, resolución del contrato y liquidación de cuentas, respectivamente, sosteniendo que la Sala Superior debió tener en cuenta las consecuencias jurídicas de la resolución de los contratos, quedando establecido que se ejecutó la obra en un cincuenticinco a sesenta por ciento, y no siendo posible restituirse las prestaciones por la naturaleza del contrato, lo único posible es reembolsar en dinero el valor que tenía la construcción al momento de la resolución contractual, monto que precisamente se encuentra contenido en las valorizaciones puestas a cobro en la demanda incoada; además, se encuentra autorizada a iniciar las acciones legales correspondientes para lograr el pago de lo que la demandada pudiera adeudarle por conceptos contemplados en el contrato de ejecución de obra; finalmente, la Municipalidad emplazada en su calidad de entidad contratante, en el término de treinta días a partir de la fecha de entrega de la obra, debió practicarla liquidación de cuentas; y teniendo en cuenta que se entregó la obra el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, esta debió realizarse como máximo el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, ello en cumplimiento al artículo cinco.ocho.ocho antes citado; y,

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la empresa recurrente sustenta su denuncia casatoria en la interpretación errónea del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil. La norma material en referencia establece: “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”.

Segundo.- Que, la Sala Superior para revocar la apelada, que declara fundada en parte la demanda sobre obligación de dar suma de dinero e infundada respecto a los daños y perjuicios, y reformándola declara improcedente en todos sus

extremos la demanda, dejando a salvo el derecho de la empresa demandante; ha considerado que conforme al artículo mil trescientos setentiuono del Código Civil, la declaración de resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, resultando improcedente exigir el cumplimiento de una obligación contenida en un contrato que ha sido resuelto por Resolución Administrativa firme; por lo que considera inexistente la fuente de obligación, imposibilitando de esta forma la autorización que otorga la ley al acreedor para emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado;

Tercero.- Que, sin embargo, la Sala Superior no ha tenido en consideración que el Contrato de Ejecución de Obra “Construcción del Puente Nuñoa” suscrito, el ocho de julio de mil novecientos noventiocho, entre la empresa demandante H.B.R. Contratistas Generales Sociedad Anónima y la demandada Municipalidad Distrital de Nuñoa fue celebrado válidamente, surtiendo todos sus efectos entre las partes y solo ha perdido su validez por acto posterior sobreviniente a su celebración, al producirse la resolución administrativa del citado contrato; de donde se deriva que las obligaciones generadas antes del incumplimiento y de la resolución sean exigibles, que es como debe interpretarse correctamente la norma material contenida en el artículo mil trescientos setentiuono del Código Civil; por lo tanto, se concluye que la Sala de mérito ha interpretado erróneamente la norma material bajo análisis, resultando fundado este extremo del recurso por la citada causal;

Cuarto.- Que, en cuanto respecta a la causal de inaplicación de la norma material contenida en el artículo mil trescientos setentidós del Código Civil, esta disposición legal regula los efectos de la rescisión y la resolución del contrato y en el presente caso se pretende el pago de lo adeudado hasta el momento en que operó la resolución del Contrato; esto es, la liquidación del avance de obra efectuado antes de la resolución del contrato de ejecución de obra, como ha sido establecido por las instancias de mérito; que en tal sentido, la norma material contenida en el artículo mil trescientos setentidós del Código Civil resulta pertinente para dilucidar la controversia, pues en su segundo párrafo prevé que por la resolución los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva, y en su cuarto párrafo establece que por razón de la resolución las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior y si ello no es posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento; siendo este último extremo lo que precisamente se reclama como pretensión principal al demandarse el cumplimiento de la obligación de dar suma de dinero;

Quinto.- Que, en lo relativo a la causal de inaplicación de los artículos cinco. cinco. seis, cinco. ocho.cinco y cinco.ocho.ocho del Reglamento único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP, referidos a las valorizaciones y pagos, resolución del contrato y liquidación de cuentas, respectivamente; al tratarse de normas especiales que regulan los contratos de obra pública, como

es el caso de autos, resultan pertinentes, para reclamar el reconocimiento y pago de lo adeudado por los conceptos acordados en el contrato;

Sexto: Que, de lo expuesto se concluye que la Sala de mérito en su resolución de vista ha interpretado erróneamente la norma material contenida en el artículo mil trescientos setentidós del Código Civil; y, ha dejado de aplicar el artículo mil trescientos setentidós del Código Civil y los artículos cinco. cinco. seis, cinco.ocho.cinco y cinco.ocho.ocho del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP Estas razones conducen a declarar fundado el recurso de casación y emitir sentencia por esta Sala sobre el fondo de la controversia;

Sétimo.- Que, por estas consideraciones y en aplicación del artículo trescientos noventiséis, inciso primero del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto, a fojas seiscientos trece, por H.B.R. Contratistas Generales Sociedad Anónima; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas seiscientos siete, su fecha treinta de abril del dos mil cuatro; la que declararon **NULA**; y, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de fojas quinientos cuarentisiete, su fecha veintitrés de julio del dos mil tres que declara **FUNDADA** en parte la demanda y ordena que la entidad demandada pague la suma de cuatrocientos ochentiocho mil quinientos diez nuevos soles con cincuenta céntimos a favor de la demandante; e, **INFUNDADA** la demanda respecto a los daños y perjuicios; con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por H.B.R. Contratistas Generales Sociedad Anónima con la Municipalidad Distrital de Nuñoa sobre obligación de dar suma de dinero e indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron.-

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN, TICONA POSTIGO, LOZA ZEA, SANTOS PEÑA, PALOMINO GARCÍA

Resolución de contrato por incumplimiento: Indemnización

Si no se ha producido la resolución extrajudicial del contrato porque no se ha cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, no se pueden aplicar los artículos 1337 y 1428 del Código Sustantivo.

CASACIÓN N° 1568-2000-LIMA (El Peruano 30/04/2001)

Lima, quince de setiembre del dos mil

(...) con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Perú Mercantil Sociedad Anónima, contra la resolución de vista emitida por la Sala Civil Corporativa Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la apelada (...) declaran infundada la demanda (...) y la confirmaron en cuanto al extremo que declara infundada la reconvencción; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, concedió el recurso de casación fue declarado procedente, por las causales contempladas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en: a) la aplicación indebida del artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil, porque en el caso de autos el contrato que vinculaba a los justiciables no contenía ninguna cláusula resolutoria; b) la interpretación errónea de los artículos mil trescientos setentidós y mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil, porque la sentencia de vista considera que la resolución extrajudicial de un contrato no requiere de formalización judicial, cuando tanto en caso de la resolución judicial o extrajudicial existe la necesidad de la existencia de un proceso y porque el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Sustantivo es una norma de carácter facultativa y no imperativa; y c) inaplicación de los artículos mil trescientos treintisiete y mil cuatrocientos veintiocho del Código Civil, porque el primero de ellos contempla la posibilidad de la parte afectada con la morosidad de su contraparte contractual, de rehusar la ejecución de la prestación por haberse convertido en una sin utilidad y porque el segundo dispositivo permite a la parte afectada con el incumplimiento de la prestación de su contraparte contractual poder exigir el cumplimiento o resolver el contrato y la demandante decidió la resolución del convenio; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, la sentencia de vista considera que no se ha producido resolución extrajudicial y que como el proceso versa sobre resolución de contrato a la fecha de la interposición de la demanda, el contrato se encontraba y aún se encuentra vigente, mientras no sea declarada judicialmente su resolución, siendo que, en consecuencia, el pago del precio efectuado ante el Noveno Juzgado Civil de Lima, implica el cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada, por lo que no puede alegarse resolución de contrato por incumplimiento de esta parte, lo que determina que se revoque la sentencia apelada y reformándola se declare infundada la demanda;

Segundo.- Que, el artículo mil trescientos setentidós del Código Civil, permite que la resolución en un contrato se pueda invocar judicial o extrajudicialmente; **Tercero.-** Que, 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 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; **Cuarto.-** Que, 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 cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión; **Quinto.-** Que, la resolución extrajudicial del contrato, invocada por la demandante no se encuentra en ninguno de los casos antes señalados, y por lo tanto no pueda admitirse; **Sexto.-** Que, en cambio el artículo mil cuatrocientos veintiocho del Código Civil permite la resolución judicial del convenio, en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, en cuyo caso la otra parte puede solicitar el cumplimiento o su resolución y en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios; **Sétimo.-** Que, en este caso, no se está demandado la resolución judicial del contrato, sino que se formalice judicialmente la resolución extrajudicial efectuada por la actora; **Octavo.-** Que, como la resolución extrajudicial del convenio no se ha producido, porque no reúne los requisitos de los artículos mil cuatrocientos veintinueve y mil cuatrocientos treinta del Código Civil, no resultan aplicables los artículo mil trescientos treintisiete y mil cuatrocientos veintiocho del Código Sustantivo; **Noveno.-** Que, además la reconvencción para que se declare la nulidad del Acto Jurídico constituido por la celebración de la Escritura Pública de compra venta celebrada por Perú Mercantil Sociedad Anónima, con la firma Continental Travel Sociedad Anónima, por ante el Notario Público doctor José Humberto Fernández Gálvez, ha sido declarada infundada; **Décimo.-** Que, por las razones expuestas y aplicando el artículo trescientos noventa y ocho del Código Adjetivo, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación.

SS. URRELLO A.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ROMÁN S.; ECHEVARRÍA A.; DEZA P.

Resolución por incumplimiento: Improcedencia

El artículo 1561 del Código Civil señala que cuando el precio deba 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 estuviesen pendientes. Sin embargo al pactarse una modalidad de pago condicionada a la venta de lotes brindando inclusive la posibilidad de refinanciamiento del contrato, no se puede resolver el contrato por el solo hecho del incumplimiento de tres cuotas, ya que el análisis del caso debe hacerse dentro del contexto de la naturaleza jurídica de los contratos, de la autonomía de la voluntad de los celebrantes en la determinación de su contenido y de la presunción de su buena fe y común intención.

CASACIÓN N° 2118-2005-CONO NORTE DE LIMA

CAS. N° 2118-2005 CONO NORTE DE LIMA. Lima, veintiuno de noviembre del dos mil seis.- **LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: VISTOS;** con los acompañados; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; con los Vocales Supremos Gazzolo Villata, Pachas Ávalos, Rojas Maraví, Salas Medina y Álvarez Guillén; se emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos veintitrés por don Eusebil Alarcón Licas y doña María Celsa Ramos Tasani de Alarcón contra la sentencia de vista de fojas seiscientos diez, de fecha primero de junio del dos mil cinco, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirmando la sentencia apelada de fojas quinientos veintiocho de fecha cinco de mayo del dos mil cuatro, declara fundada en parte la demanda de cumplimiento de contrato e infundada la demanda del expediente acumulado sobre resolución de contrato interpuesto por los demandados; en los seguidos por Promotora Somar Empresa Individual de Responsabilidad Limitada sobre Cumplimiento de Contrato y otros. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Que, mediante resolución de fecha doce diciembre del dos mil cinco, obrante a fojas cincuenta y uno del cuaderno formado en este Supremo Tribunal, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales contenidas en los incisos 1 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, esto es, la interpretación errónea de una norma de derecho material y la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; sustentada en los siguientes argumentos: a) con respecto a la causal *in iudicando* no se ha tenido en consideración la norma de carácter imperativa del artículo 1561 del Código Civil que 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 estuvieren pendientes; b) se ha interpretado equivocadamente el artículo 1362 del Código Civil, sosteniendo que no se puede entender qué, el contrato se realizó dentro del campo de la buena fe y común intención de las partes, porque se han aprovechado de la calidad, de iletrados de los recurrentes, al establecerse en el contrato que en caso de incumplimiento en el pago pendiente en el tiempo señalado, será refinanciado sin cláusula penal y/o cláusula de garantía de cumplimiento; c) que en cuanto a la causal in procedendo, no se ha probado el perjuicio con prueba suficiente máxime si la demandante debió ofrecer como lotes de vivienda parte del terreno entregado. **3. CONSIDERANDO: Primero:** Que es menester resolver en primer lugar la causal procedimental ya que si se estimara fundada esta, resultaría innecesario emitir pronunciamiento respecto de la causal sustantiva. **Segundo:** Que; con respecto a la causal procesal, esta no es atendible porque en las acciones sobre indemnización por responsabilidad contractual, el hecho generador del daño, el perjuicio propiamente dicho y la relación causal entre uno y otro debe ser objeto de probanza por quien la invoca y, por supuesto, de valoración por parte de la autoridad jurisdiccional, como lo impone el artículo 1979 del Código Procesal Civil. No corresponde en vía de casación reexaminar la prueba. **Tercero:** Que, en relación a la causal sustantiva, cabe señalar que en la demanda de fojas veintiocho del proceso acompañado sobre resolución de contrato y otro, tiene entre sus: fundamentos tácticos, que el demandado en esa causa Promotora Somarsa Empresa Individual de Responsabilidad Limitada ha incumplido tres cuotas consecutivas del contrato de compraventa celebrado el ocho de junio de mil novecientos noventa y ocho señalándose como norma aplicable el artículo 1561 del Código Civil, que previene que cuando el precio deba 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 estuviesen pendientes. **Cuarto:** Que, la sentencia de vista en su consideración 4.2.1 fundamenta la denegación de la pretensión de resolución del contrato en que el solo incumplimiento de tres cuotas sea causal aplicable al pactarse una modalidad de pago condicionada a la venta de lotes brindando inclusive la posibilidad de refinanciamiento del contrato. **Quinto:** Que, la interpretación del artículo 1561 del Código Civil, para el caso de autos, debe hacerse dentro del contexto de la naturaleza jurídica de los contratos, de la autonomía de la voluntad de los celebrantes en la determinación de su contenido y de la presunción de su buena fe y común intención, siendo que el pacto contenido en la octava cláusula del contrato de fojas nueve determina una forma de pago que sugiere el pacto de una condición suspensiva; es decir, que se cumpla la prestación conforme se generen las ventas de los lotes que resulten de la división de la parcela materia de la venta. **Sexto:** Que, en relación a la atribuida interpretación errónea del artículo 1362 del Código Civil, es regla prevista en su artículo 1361 que los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos y se presume que la declaración expresada responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla. Que en el caso de autos, la simple

afirmación de que no existió buena fe de parte de los contratantes compradores es insuficiente para su aplicación en juicio, con lo cual no puede ampararse tal extremo. **Sétimo:** Por tales consideraciones, resulta de aplicación el artículo 397 del Código Procesal Civil. **4. DECISIÓN:** declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos veintitrés por Eusebio Alarcón Licas y doña María Celsa Ramos Tasani de Alarcón, contra la sentencia de vista de fojas seiscientos diez su fecha primero de junio del dos mil cinco; **CONDENARON** a los incurrentes al pago de una multa equivalente a dos Unidades de Referencia Procesal, así como a las costas y costos del recurso; **IMPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; en los seguidos por Promotora Somarsa Empresa Individual de Responsabilidad Limitada sobre Cumplimiento de Contrato y otros; y los devolvieron.-

SS. GAZZOLO VILLATA, FACHAS ÁVALOS, ROJAS MARAVÍ, SALAS MEDINA, ALVAREZ GUILLÉN C-56271-6

Resolución contractual por autoridad del acreedor: Debe armonizarse con la excepción de incumplimiento

La resolución de pleno derecho por autoridad del acreedor no debe ser concebida de modo aislado sino que debe ser armonizada con la figura de la exceptio non adimpleti contractus recogida en el artículo 1426 del Código sustantivo, en virtud del cual 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 contraprestación o se garantice su cumplimiento; toda vez que el supuesto deudor no puede ser sancionado con la resolución de pleno derecho del contrato por un acto de omisión efectuado en uso de la facultad prevista por la propia ley ante el incumplimiento también del acreedor.

CASACIÓN N° 1516-2002-LIMA

DESALOJO

Lima, treinta de setiembre del dos mil dos

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa mil quinientos dieciséis - dos mil dos; en audiencia pública el día de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Epifania Vilca Mamani y cónyuge, contra la sentencia de vista de fojas ciento dieciocho, su fecha diecisiete de Diciembre del dos mil uno, que confirmando la apelada de fojas noventa y tres, dictada el tres de Agosto del dos mil uno, declara Fundada la demanda; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha veinticinco de Junio del dos mil dos ha estimado procedente el recurso por la causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, expresando los recurrentes como fundamentos: a) que la demanda de Ocupación Precaria interpuesta no se encuentra incurso en lo dispuesto por el artículo novecientos once del Código Civil y menos en el artículo novecientos veintitrés del Código sustantivo para que haya sido amparada y confirmada con la sentencia de vista, dado que habiendo cumplido a cabalidad con el contrato de compraventa del inmueble sub júdice, no puede estimarse que el recurrente carece de título solo en virtud de haber recibido la carta notarial de requerimiento cursada por el actor y que por dicha razón tenga que ser sometido a un proceso de Desalojo por Ocupación Precaria; y, b) que la recurrida no se encuentra debidamente fundamentada en contravención del inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil establece que en el caso del artículo mil cuatrocientos veintiocho del acotado 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; y que si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización por daños y perjuicios; **Segundo.-** Que la referida facultad de resolución de pleno derecho por autoridad del acreedor no debe ser concebida de modo aislado sino que debe ser armonizada con la figura de la *exceptio non adimpleti contractus* recogida en el artículo mil cuatrocientos veintiséis del Código sustantivo, en virtud del cual 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 contraprestación o se garantice su cumplimiento; toda vez que el supuesto deudor no puede ser sancionado con la resolución de pleno derecho del contrato por un acto de omisión efectuado en uso de la facultad prevista por la propia Ley ante el incumplimiento también del acreedor; **Tercero.-** Que en tal sentido, si ante la pretensión de cualquier acreedor mediante carta notarial de exigir el cumplimiento de la prestación a su deudor bajo apercibimiento de resolución del contrato, esta es contestada dentro del plazo de ley sustentando su incumplimiento en verosímiles imputaciones de incumplimiento del propio acreedor en la ejecución de sus prestaciones, la operación no operará en tanto no se dilucide la configuración no de la referida excepción de incumplimiento, lo cual no puede ser efectuado dentro de un proceso de Desalojo por Ocupación Precaria que se encuentra regulada para los casos expresamente establecidos en el artículo novecientos once del Código Civil; **Cuarto.-** Que lo anterior es lo que precisamente ha sucedido en autos, toda vez que ante la carta notarial de requerimiento del actor de fojas seis, esta fue contestada oportunamente mediante carta notarial de fojas ocho, en la que los recurrentes le comunican al actor que han suspendido el pago del saldo del precio pactado señalando que este, como vendedor, no está cumpliendo con su obligación prevista en el artículo mil quinientos cuarentinueve del Código sustantivo de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, dado que no pueden inscribir aún el título del actor por defectos sustanciales en este y por existir, incluso elementos que configurarían el delito de estafa; lo que significa que están alegando la excepción de incumplimiento cuya configuración o no, no puede dilucidarse en un proceso de Desalojo por Ocupación Precaria; **Quinto.-** Que siendo ello así, los recurrentes han sido sometidos a un proceso que no era el pertinente para definir recién si el contrato de compraventa de autos había sido resuelto de pleno derecho o no; lo que significa que evidentemente se ha violentado el derecho al debido proceso de la parte demandada así como su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, previstas en los artículos ciento treintinueve, inciso tercero de la Carta Fundamental, primero y tercero del Título Preliminar del Código Procesal Civil, vicio que es suficiente para casar la sentencia de vista; **Sexto.-** Que por consiguiente, se ha configurado la causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; habiendo lugar a casar la sentencia de vista; y, de conformidad con el numeral dos punto cinco inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código adjetivo, y estando a las consideraciones que preceden, declararon

FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ciento cuarentidós; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento dieciocho, su fecha diecisiete de diciembre del dos mil uno, **INSUBISTENTE** la apelada de fojas noventitrés, fechada el tres de Agosto del dos mil uno, **NULO** todo lo actuado e **IMPROCEDENTE** la demanda; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Renán Augusto Ortega Palacios con Teófilo Jorge Lactahuaman y otra; sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y los devolvieron.-

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; LAZARTE HUACO; INFANTES VARGAS; SANTOS PEÑA

Resolución judicial de contrato: Por objeción de la resolución extrajudicial

No existe impedimento legal alguno para que el acreedor interponga demanda de declaración judicial de resolución de contrato de compraventa si es que su deudor ha objetado la carta notarial de resolución extrajudicial que le fue enviada.

CASACIÓN N° 1428-99-TACNA (El Peruano 18/12/1999)

Lima, doce de octubre de mil novecientos noventinueve

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la Causa número mil cuatrocientos veintiocho - noventinueve, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por el Comité Nacional de Hábitat para la Humanidad Perú, mediante escrito de fojas trescientos cuarentidós contra la sentencia emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua de fojas trescientos veintisiete, su fecha tres de mayo del presente año, que confirmando la apelada de fojas doscientos sesentitrés, su fecha treintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho declaró improcedente la demanda sobre resolución de contrato de compraventa de inmueble y accesoriamente la resolución del bien materia de venta e infundada la demanda acumulada sobre daños y perjuicios interpuesta a fojas treinticinco; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Que, la Sala Suprema mediante resolución de fecha seis de julio del presente año, ha declarado procedente el Recurso de Casación, sustentado en la causal establecida en el inciso tercero del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil; denunciando la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, pues la instancias de mérito no se han pronunciado sobre la declaración judicial de resolución de contrato que fue objeto de la demanda, sino por el contrario, se han pronunciado sobre un punto extraño que no fue demandado, esto es, la resolución judicial del contrato; agrega que los Artículos cuarto y sétimo del Título Preliminar del Código Procesal acotado establecen la prohibición de apartarse del petitorio de la demanda y en coherencia con dichas disposiciones el Artículo ciento veintidós inciso tercero del Código Adjetivo sanciona con nulidad los actos procesales que no se sujetan al mérito de lo actuado y al derecho.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, debe tenerse en cuenta que, el numeral tres del Artículo trescientos ochentiséis del Código Adjetivo, hace referencia a dos supuestos perfectamente diferenciables, estos son, la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, siendo materia de denuncia esta última.

Segundo.- Que, conforme se desprende de la demanda que corre a fojas treinticinco, el petitorio es que se declare mediante decisión judicial que el contrato de compraventa quedó resuelto, accesoriamente la restitución del inmueble materia de venta y una indemnización de daños y perjuicios.

Tercero.- Que, el principio de congruencia en sede procesal, conforme lo señala la doctrina es la sujeción “de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes... para que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones” (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso Tomo dos, página quinientos treinta y tres); en ese mismo sentido “se denomina congruencia a la adecuación precisa entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la sentencia” (Oswaldo Alfredo Gozaini. *Derecho Procesal Civil*, Tomo uno, volumen dos, página seiscientos noventa).

Cuarto.- Que, el principio de congruencia se encuentra recogido expresamente por nuestro Código Adjetivo, tanto en la parte final del Artículo séptimo del Título Preliminar como en el numeral seis del Artículo cincuenta, asimismo inspira a las demás normas adjetivas, ya que atiende a la finalidad concreta y abstracta que tiene el proceso.

Quinto.- Que, sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta que el numeral tres del Artículo ciento veintidós del Código Adjetivo establece que las resoluciones deberán contener la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, sujetándose al mérito de lo actuado y al derecho; recogiendo implícitamente el principio de congruencia, en el sentido que la *causa petendi* que contiene la demanda no solo es objeto del debate judicial sino materia de la sentencia.

Sexto.- Que, el considerando noveno de la apelada, la misma que ha sido confirmada en ese extremo por la resolución de vista, ha determinado que el contrato de compraventa ya había sido resuelto con la carta notarial de fojas veinte con la facultad que otorga el Artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil, por lo que deviene en improcedente la demanda de resolución de contrato, ya que no procede declarar la resolución del contrato que ya ha sido resuelto legalmente, debe tenerse en cuenta que la parte demandada ha dado respuesta a dicha carta, mediante carta de fojas ochenta.

Séptimo.- Que, la carta notarial de fojas ochenta sostiene que su deuda con la institución es menor del cincuenta por ciento del valor total del inmueble por lo

que no cabe se tome decisión unilateral; es así que no existe impedimento legal alguno para que el demandante interponga la demanda de declaración judicial de resolución de contrato de compraventa, ya que el demandado está objetando la resolución extrajudicial, lo que importa que no existe congruencia en las resoluciones inferiores, incurriéndose en la causal de nulidad prevista en los Artículos ciento veintidós y ciento setentinueve del Código Procesal Civil ya que se ha infringido las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Octavo.- Que, presentándose la causal contemplada en el inciso tercero del Artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil es de aplicación lo dispuesto en el inciso segundo acápite dos punto tres del Artículo trescientos noventiseis del Código Adjetivo; Por estas razones la Sala Civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República **FALLA** declarando: **FUNDADO** el Recurso de Casación de fojas trescientos cuarentidós interpuesto por Comité Nacional de Hábitat para la Humanidad Perú; y, en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete, su fecha tres de mayo del presente año, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua; e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fojas doscientos sesentitrés, su fecha treintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; **MANDARON** que el juez de la causa expida nueva sentencia de acuerdo a derecho; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por el Comité Nacional de Hábitat para la Humanidad Perú con Juan Aaron Medrano Herrera y otra sobre resolución de contrato; y los devolvieron.

SS. URRELLO A.; ORTIZ B.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ECHEVARRÍA A.; CASTILLO LA ROSA S.

Resolución de contrato: Judicial

De la norma contenida en el artículo 1428 del Código Civil se infiere que para que opere la resolución por la vía judicial no será necesaria la comunicación notarial a la parte quebrantadora, bastando para tal fin la interposición de la demanda de resolución de contrato ante la autoridad jurisdiccional competente.

EXPEDIENTE N° 2015-99

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA CIVIL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 22 de noviembre de 1999

VISTOS; Interviniendo como Vocal ponente la Señora Maita Dorregaray y **CONSIDERANDO**, además, **Primero.-** Que, es materia de apelación la sentencia de fojas 58 a 61 de autos, su fecha 25 de enero del año en curso, en el extremo que declara improcedente la demanda en lo que respecta a la resolución del contrato de fecha 17 de marzo de 1997; **Segundo.-** Que, es sustento de la apelación el hecho que no es necesario que se remita carta notarial alguna a la parte deudora para poder resolver el contrato antes referido; **Tercero.-** Que, tal como lo dispone el artículo 1371 del Código Civil la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración; por su parte el segundo párrafo del artículo 1428 del mismo cuerpo legal estipula que a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación; **Cuarto.-** Que, por otro lado es menester aclarar que la prueba del pago le incumbe a quien pretende haberlo efectuado y no a quien lo reclama, como lo prevé el artículo 1229 del aludido código sustantivo, razón por la cual no se le puede exigir al demandante a que pruebe el incumplimiento del deudor, ni tampoco tiene que intimarlo para poder solicitar la resolución judicial del contrato, por no requerirlo de ese modo el ordenamiento sustantivo; más aún se debe de tener en cuenta la calidad de rebelde en la que está el emplazado de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 461 del C.P.C.; **Quinto.-** Que, por todo lo antes expuesto se ha llegado a probar el incumplimiento del pago por parte del accionado respecto al contrato suscrito el 17 de marzo de 1997, que corre de fojas 2 a 3, sobre el alquiler venta del vehículo marca Volkswagen, modelo Amazon, año de 1987, color gris plateado, con placa de rodaje JQ- 7103; por lo que estando a lo expuesto: **REVOCARON** la sentencia venida en grado de apelación, de fojas 58 a 61, de fecha 25 de enero del presente año, en el extremo que declara improcedente la demanda respecto al contrato de fecha 17 de marzo de 1997; **REFORMÁNDOLA** declararon: Fundada la demanda en dicho extremo, en

consecuencia se tiene por resuelto el contrato antes mencionado; **CONFIRMARON** en lo demás que contiene; y los devolvieron; en los seguidos por José Eduardo Gonzales Bolaños contra Jesús Ernesto Noriega Palacios sobre Resolución de Contrato.

SS. AGUADO SOTOMAYOR; GASTAÑADUI RAMÍREZ; MAITA DORREGARAY

Resolución de contrato: Cláusula resolutoria expresa

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Existe falta de interés para obrar si la parte no interpuso su derecho de contradicción ante la sede judicial, por tanto, mal puede pretender el pago de obligaciones plasmadas en un contrato ya resuelto.

EXPEDIENTE N° 165-99

Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento

Lima, nueve de julio de mil novecientos noventinueve

VISTOS; interviniendo como vocal ponente el señor Aguado Sotomayor; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que las condiciones de la acción son los elementos indispensables para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo, constituyendo el interés para obrar en la necesidad que tiene toda persona de recurrir ante el órgano jurisdiccional a solicitar tutela jurídica para resolver el conflicto de intereses surgido; **Segundo.-** Que del escrito de la demanda de fojas ochentinueve a noventisiete se desprende que el accionante pretende el pago de devengados por concepto de derechos de autor desde 1977 hasta la fecha, así como daños y perjuicios; estando centrada la fundamentación fáctica en: a) incumplimiento de contratos tipo en los cuales le correspondía como empresa representante una participación del 10% en derechos fonomecánicos, y de un 10 a 35% en los derechos de ejecución pública, obrante en autos de fojas trece a treintinueve; b) la entidad emplazada suspendió el pago de las participaciones a través de cartas notariales suscrita tanto por los autores compositores como por la emplazada (fojas cincuentidós a sesentinueve); **Tercero.-** Que de la lectura de dicha[s] cartas notariales se aprecia que los compositores/autores alegando que los contratos tipos suscritos entre las partes nunca han reportado beneficio alguno tanto a ellos como a APDAYC rescinden los aludidos contratos, respectivamente en virtud de la cláusula décimo segunda que establece la rescisión del mismo ante el no cumplimiento de las obligaciones pactadas, **Cuarto.-** Que los contratos no responden a la denominación que le asignan las partes sino a la naturaleza que emerge de su contenido por lo que cabe precisar que la precitada cláusula en esencia es una de resolución al dejar sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración y no como erróneamente la ha denominado las partes “de rescisión”; **Quinto.-** Que siendo ello así y conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil, la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria; **Sexto.-** Que dentro de este orden de ideas cabe relieves que ante la remisión de dichas cartas al pretensor (como así lo reconoce en el primer considerando de su fundamentación fáctica), este no interpuso su derecho de contradicción ante sede

judicial como hubiese correspondido, por lo que mal entonces puede pretender el pago de obligaciones plasmadas en un contrato ya resuelto; siendo evidente su falta de interés para obrar por lo que en virtud del inciso segundo del artículo 427 del Código Procesal Civil y la última parte del artículo 121 del prenotado cuerpo legal: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas doscientos treintiséis a doscientos cuarenta, su fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que declara infundada en todos sus extremos la demanda de fojas ochentinueve a noventa y siete, **REFORMÁNDOLA** declararon **IMPROCEDENTE** la demanda incoada, la **CONFIRMARON**, asimismo, en lo demás que contiene; y los devolvieron; en los seguidos por Ediciones Internacionales Perú Música E.I.R.L. contra Asociación Peruana de Autores y Compositores sobre cumplimiento de contrato.

SS. AGUADO SOTOMAYOR; BARREDA MAZUELOS; GASTAÑADUI RAMÍREZ

Resolución: En mérito a cláusula resolutoria expresa

Si bien en la cláusula cuarta se estipuló que si los compradores dejaban de pagar una de las armadas del precio, el vendedor podía resolver el contrato de pleno derecho sin que sea necesaria comunicación alguna a los compradores; la demandante en los hechos ha cumplido con el ordenamiento legal toda vez que cursó carta notarial en la que comunicaba a los recurrentes su decisión de optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento de los demandados de pagar las armadas mensuales, misiva que no fue contradicha por estos, con lo que se acredita el reconocimiento del derecho de la recurrente de decidirse de resolver el contrato de pleno derecho.

CASACIÓN N° 1655-2002-LIMA (El Peruano, 01/03/2004)

Lima, veintiocho de noviembre del dos mil tres

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente resolución; **1. MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarentisiete, su fecha treintiuno de enero del dos mil dos expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que revocando el fallo apelado de fojas cuatrocientos dieciocho su fecha treintiuno de octubre del dos mil uno, que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria; Reformándola la declara improcedente. **2. CAUSAL POR LA CUAL SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:** Por resolución de fecha veintisiete de setiembre del dos mil dos, esta Sala ha declarado procedente el recurso de casación, por la causal prevista en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil; al amparo de la cual la peticionante denuncia la interpretación errónea de una norma derecho material. **3. CONSIDERANDO: Primero.** Que, analizada la causal *in examine* se constata que la impugnante denuncia la interpretación errónea del artículo 1430 del Código Civil, argumentando que el ad quem expide una resolución contraria al derecho, pues ejecuta una exégesis equivocada del dispositivo legal referido a la condición resolutoria, señalando que la comunicación notarial de resolución de contrato remitida a los emplazados resulta insuficiente, pues la cláusula cuarta contenida en el contrato sublitis, contiene una resolución automática que deviene en inválida por haberse pactado sin necesidad de comunicación alguna, criterio jurisdiccional que considera inválido pues la interpretación correcta de la norma antes citada determina que la cláusula resolutoria opera de pleno derecho, cuando la parte fiel invoca la resolución unilateral por causal prevista en la citada cláusula y la comunica a la parte infiel, circunstancia que determina la eficacia de la mencionada cláusula produciendo la resolución automática sin la intervención del juez. **Segundo:** Que, antes de emitir pronunciamiento de fondo es necesario señalar que el contrato como fuente de obligación se regula bajo el principio *pacta sunt servanda* (fuerza vinculatoria del contrato) silogismo jurídico que

es recogido por el artículo 1361 del Código Civil, en cuanto determina que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla. **Tercero:** Que, dentro de este contexto el artículo 1430 de la norma material, permite que las partes en la celebración de un negocio jurídico puedan determinar libremente su contenido, siempre que no sea contrario a una norma legal de carácter imperativo; y es sobre la base de tal dispositivo legal que las partes pueden convenir expresamente que un contrato pueda resolverse 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 agraviada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. **Cuarto:** Que, ahondando en la argumentación táctica de la citada norma, se debe señalar que el ordenamiento jurídico ha determinado que la resolución convenida de pleno derecho opera solo 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. **Quinto:** Que, en el presente caso, la cláusula cuarta del contrato de compraventa sublitis se lee “(...) Si **LOS COMPRADORES** dejaran de pagar una de las armadas que se mencionan en la cláusula anterior LA CAJA podrá, a su elección, ejecutar la hipoteca legal que menciona en la cláusula octava o resolver el presente contrato de pleno derecho. Sin que sea necesario comunicación alguna a **LOS COMPRADORES (...)**” [1]. **Sexto:** Que, la parte actora, en los hechos ha cumplido con el ordenamiento legal toda vez que cursó carta notarial comunicando a los recurrentes su decisión de optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento de los demandados de pagar las armadas mensuales, misiva que no fue contradicha por estos, conducta que acredita el reconocimiento del derecho de la Caja de decidirse por resolver el contrato de pleno derecho, tornándose expedito el derecho de la Caja para acudir al órgano jurisdiccional se ordene la entrega del inmueble [2]. **Sétimo:** Que, en tal sentido se advierte que la instancia superior al resolver los de la materia ha realizado una interpretación errónea del artículo 1430 del Código Sustantivo, la cual merece una rectificación por parte de este Colegiado Supremo, al entenderse que el negocio jurídico del cual deriva la presente acción ha sido resuelto de pleno derecho, sin vulnerarse derecho alguno. **4. SENTENCIA:** a) Por estos fundamentos de conformidad con el inciso 1 del artículo 396 del Código citado: declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Caja de Pensiones Militar Policial; en consecuencia **CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarentisiete, su fecha veintiuno de enero del dos mil dos, expedida por la Primera Sala Civil de Lima; y actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la apelada de fojas cuatrocientos dieciocho, fechada el treintuno de octubre del dos mil uno, que declara **FUNDADA** la demanda; con lo demás que contiene. b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, en los seguidos por la Caja de Pensiones Militar Policial con Jorge Mauro Quiñe López y otra, sobre desalojo por ocupación precaria; y los devolvieron.

SS. ALFARO ÁLVAREZ; CARRIÓN LUGO; HUAMANÍ LLAMAS; CAROAJULCA BUSTAMANTE; MOLINA ORDÓÑEZ.

Resolución de pleno derecho: efectos de la resolución en aplicación de la cláusula resolutoria expresa

Habiéndose producido el incumplimiento de una determinada obligación a cargo de una de las partes, previsto en el contrato como condición resolutoria expresa, cualquier pago que se realice con posterioridad a este hecho no eliminará la validez de la causal de resolución referida.

EXPEDIENTE N° 3291-98

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA DE PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 13 de octubre de 1998

VISTOS; Interviniendo como Vocal ponente el señor Carbajal Portocarrero; por los fundamentos de la recurrida y, **CONSIDERANDO:** además; que tal como señala el artículo 1371 del Código Civil la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, por lo que habiéndose acreditado en autos que los demandados incumplieron con los términos del contrato que obra de fojas 8 a fojas 11, se produjo la causal de resolución que estableció este, por lo que cualquier pago efectuado después de incoada la presente demanda no elimina la causal antes referida, por lo que, **CONFIRMARON** la sentencia de fojas 150 a fojas 152, su fecha 11 de junio de 1998, que declara fundada en todas sus pretensiones la demanda de fojas 13 a fojas 19; en consecuencia **RESUELTO** el contrato de compraventa e hipoteca, celebrado el 30 de diciembre de 1994, por la Caja de Pensiones Militar Policial con William Martínez Ortiz con Mariela Sara Chávez Choquez, respecto al inmueble N° 56, ubicado en la manzana "O", del programa constructivo denominado Los Jardines de San Juan, del distrito de San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima, y por lo tanto **ORDENO:** que los demandados **RESTITUYAN** a la demandante el inmueble, referido; sin costas ni costos; en los seguidos por Caja de Pensiones Militar Policial con William Martínez Ortiz y Mariela Sara Chávez Choquez sobre resolución de contrato; y los devolvieron.

SS. TORRES CARRASCO; CARBAJAL PORTOCARRERO; RAMOS LORENZO.

Resolución por aplicación de la cláusula resolutoria expresa: No es necesaria comunicación por vía notarial a la parte que incumplió

Para la resolución de pleno derecho por aplicación de la cláusula resolutoria expresa, bastará la verificación de la condición resolutoria y que la parte interesada comunique a la infractora su voluntad de hacer valer aquella. Dicha comunicación no tendrá que ser notarial, dado el carácter convencional de la resolución, siendo suficiente que la parte requerida admita haber recibido tal comunicación.

CASACIÓN N° 1807-00-LIMA

Lima, 30 de noviembre de 2000

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; vista la causa N° 1807-00; en Audiencia Pública de fecha 28 de noviembre del año en curso, y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña Pilar Asunción Bamonde Checa de Brush contra la resolución de vista de fojas 162, su fecha 31 de mayo del presente año, expedida por la Sala Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la resolución apelada de fojas 132, su fecha 28 de enero del mismo año, declara infundada la contradicción al mandato de ejecución, y ordena llevar a remate el bien inmueble dado en garantía hipotecaria; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La Corte mediante resolución de fecha 31 de agosto del presente año, ha estimado procedente el recurso por las causales previstas en los incisos segundo y primero del artículo 386 del C.P.C., sustentadas en: a) la inaplicación de las siguientes normas materiales: a.1) el artículo 1371 del Código Civil, que dispone que la resolución deja sin efecto una obligación, lo que ha ocurrido en autos; a.2) el artículo 1122 inciso 1 del precitado Código, que prevé como causal de extinción de la hipoteca la resolución de la obligación que garantiza; a.3) el artículo 1428 del mismo cuerpo legal, que dispone que ante el incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente puede optar por exigir el cumplimiento de la prestación o por resolver el contrato, pero de ninguna manera las dos en forma simultánea, ya que una opción excluye a la otra; y, b) la aplicación indebida del artículo 1372 del Código Sustantivo que regula la acción restitutoria, ya que no es aplicable a un proceso de ejecución de garantía donde se ha extinguido la hipoteca así como la obligación garantizada con la misma.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, en el presente caso la Resolución de contrato se ha generado extrajudicialmente estando a la norma contenida en el artículo 1430 del Código civil; invocada en la cláusula décimo primera de la Escritura Pública cuyo testimonio notarial obra de fojas 2 a fojas 15.

Segundo.- Que, en la citada escritura de compraventa y de préstamo hipotecario de fecha 4 de setiembre de 1996 se pacta en el acápite 11.3 de la cláusula décimo primera que “El Banco” podrá dar por resuelto en forma automática y sin asumir por ello ninguna responsabilidad, tanto el contrato de préstamo a que se refiere esta escritura, como las demás obligaciones de “El Cliente”, y por tanto vencidos todos los plazos, si dejara de pagar dos o más cuotas o armadas mensuales del préstamo, sea en forma alternada o consecutiva, o si incumple con sus obligaciones con “El Banco”.

Tercero.- Que en aplicación de la facultad conferida en la citada cláusula décimo primera del aludido contrato, el Banco ha procedido a entablar la presente acción; que esta Sala se ha limitado a lo que es materia del recurso casatorio, considerando que en autos no obra la carta notarial que objetiviza la formalidad de dar por resuelto el contrato, sin embargo, respecto a dicho extremo, el recurrente, conforme a lo denunciado, reconoce la materialización de tal Resolución de contrato.

Cuarto.- Que por lo tanto, al haberse resuelto el contrato y con él todas las obligaciones que el cliente tiene con el Banco, y vencidos todos los plazos, el demandante tiene expedito su derecho para la ejecución de la garantía hipotecaria otorgada.

Quinto.- Que, en consecuencia, el Organismo Jurisdiccional no ha incurrido en las causales denunciadas, por cuanto el hecho de estar erróneamente motivada la resolución que se impugna no conlleva a que esta Sala la case, considerando que su parte resolutive se ajusta a derecho.

SENTENCIA

Estando a las conclusiones a las que se arriba, y a lo dispuesto en el artículo 397 del C.P.C.; declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación de fojas 168, interpuesto por doña Pilar Asunción Bamonde Checa de Brush, y en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas 162, su fecha 31 de mayo del presente año; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos por el Banco de Crédito del Perú, sobre ejecución de garantías reales; **DISPUSIERON** se publique esta resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; OVIEDO DE A. CELIS; ALVA

Cláusula resolutoria expresa: Aplicación

El artículo 1430 del Código Civil establece con carácter imperativo que la resolución convenida de pleno derecho opera solo cuando a la parte deudora se le comunica dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de ella 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.

CASACIÓN N° 1132-2002-LIMA (El Peruano 31/01/2003)

Lima, quince de octubre del dos mil dos

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa mil ciento treintidós-dos mil dos; en Audiencia Pública el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Distribuciones Generales El Sol Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista de fojas ciento noventidós, su fecha quince de enero del dos mil dos, que revoca la apelada de fojas ciento sesentinueve, dictada el cinco de Octubre del dos mil uno y declara Fundada la demanda; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha treintiuno de mayo del dos mil dos ha estimado procedente el recurso por la causal de inaplicación del artículo mil trescientos cincuenticuatro del Código Civil el cual establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo; que en el presente caso, el artículo mil cuatrocientos treinta del Código sustantivo contiene una norma de carácter imperativo al establecer que la resolución de pleno derecho se produce cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria; que en consecuencia, pretende admitir que la sola emisión de la carta notarial remitida por el Banco, surta los efectos de la comunicación a que se refiere el artículo mil cuatrocientos treinta del citado Código, es dejar de aplicar el referido artículo que exige el conocimiento de la otra parte para que esta norma surta efecto; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que si bien el artículo sesentidós de la Carta Fundamental establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, también lo es que la Ley Fundamental ha cuidado en establecer que esta libertad de contratar debe darse de acuerdo a las normas vigentes a efectos de que resulten válidas; **Segundo.-** Que en concordancia con este criterio el artículo mil trescientos cincuenticuatro del Código Civil establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo; y asimismo, el artículo mil trescientos cincuentiséis del referido Código señala que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de

la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas; consecuentemente, toda cláusula contractual debe estar en armonía y debe ser interpretada además de acuerdo a las normas legales vigentes; **Tercero.-** Que 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 con 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 que la resolución convenida de pleno derecho opera solo 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; **Cuarto.-** Que siendo ello así, cuando en la Cláusula Trigésimo Sexta, *in fine*, del Contrato de Compraventa y Arrendamiento Financiero que celebraron las partes por Escritura Pública del seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, se establece “(...) que la resolución opera desde el momento de la emisión de la referida comunicación, a partir del envío de la comunicación que resuelve el presente contrato, podrá Santander exigir a Digesol la inmediata entrega del inmueble (...)”, como queriendo dar a entender que la resolución opera con la sola emisión de la comunicación, debe leerse, en una correcta interpretación, que dicha resolución opera desde el momento en que la referida comunicación es alcanzada válidamente a Digesol; **Quinto.-** Que en tal sentido, del análisis de la sentencia de vista fluye que el Superior Colegiado ha estimado que si bien la resolución de pleno derecho por dejarse de cancelar tres cuotas, fue puesta en conocimiento de la empresa recurrente mediante cartas fechadas el diez de abril del dos mil uno, obrantes a fojas ciento cincuentitrés y cuarenticuatro, pero recibidas el diecisiete de abril del dos mil uno y quince de mayo del dos mil uno, también lo es que la resolución de pleno derecho operó desde el diez de abril del referido año que es la fecha en que fueron remitidas; criterio este que incurre en la causal de inaplicación normativa denunciada pues soslaya que por norma imperativa la resolución de pleno derecho debe operar a partir del momento en que se comunica el deudor de ello; y, al respecto, tanto el a quo como el ad quem han coincidido en concluir que la carta del Banco, a través del cual pone definitivamente en conocimiento de la demandada que decide resolver el contrato, fue recibida por esta el quince de mayo del dos mil uno; **Sexto.-** Que configurándose la causal sustantiva alegada, corresponde a esta Sala de Casación actuar en sede de instancia, de conformidad con el artículo trescientos noventa y seis inciso primero del Código Procesal Civil; y, en ese sentido, habiendo el Banco procedido a resolver unilateralmente el contrato de Arrendamiento Financiero sobre inmueble el quince de mayo del dos mil uno, por supuesta falta de pago, cuando el demandado efectuó cuatro pagos el veintitrés de abril del mismo año, esto es, casi un mes antes de dicha aparente resolución, no puede configurarse

una válida resolución de contrato y por ende sin asidero legal el desalojo de la parte demandada por dicha causal; resultando un imposible jurídico alegar que los referidos pagos efectuados por la demandada se aplican a la prenda dineraria dejada en garantía por la demandada de acuerdo al documento de fojas doce, toda vez que tal como el propio Banco declara, tal aplicación opera una vez producida la resolución del contrato, hecho que no ocurrió en abril del dos mil y tampoco hasta ahora válidamente; **Sétimo.-** Que en tal virtud, la demanda carece de asidero legal, tal como el a quo ha resuelto en su sentencia, la misma que debe ser confirmada, reproduciéndose además los fundamentos de esta, de conformidad con el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial; estando a las consideraciones que preceden, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Distribuciones General El Sol Sociedad Anónima; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento noventidós, su fecha quince de enero del dos mil dos; y, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento sesentinueve, fechada el cinco de octubre del dos mil uno, que declara **INFUNDADA** la demanda; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por el Banco Santander Central Hispano-Perú con Distribuidores Generales El Sol Sociedad Anónima; sobre Desalojo por Falta de Pago; y los devolvieron. SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; LAZARTE HUACCO; INFANTES VARGAS; SANTOS PEÑA

Cláusula resolutoria expresa: Diferencia con la condición resolutoria

La cláusula resolutoria expresa se encuentra regulada en el art. 1430 del Código Civil, y se presenta cuando así lo han pactado las partes en caso del incumplimiento de la obligación expresamente señalada, y de que le sea dirigida una comunicación al deudor, haciéndose valer dicha cláusula a fin de que produzca efectos. A diferencia de la condición resolutoria que tiene otra naturaleza jurídica, la que consiste en que la relación jurídica obligatoria produce efectos, pero los mismos cesan cuando se verifica la condición, cesando los efectos de pleno derecho.

CASACIÓN N° 1131-2007-LIMA

Lima, treinta y uno de mayo de dos mil siete

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número mil ciento treinta y uno guión dos mil siete en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima contra la sentencia de vista de fojas trescientos once, su fecha once de octubre de dos mil seis, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la sentencia apelada de fojas doscientos setenta y tres, su fecha veintiséis de julio de dos mil cinco, declara Fundada en parte la demanda, y en consecuencia, la extinción de las obligaciones contenidas en las letras de cambio que se detallan en el petitorio, en número de ocho, y ordena la entrega de las mismas a la demandante; con lo demás que contiene; en los seguidos por Inversiones Latinas Mosha Sociedad Anónima con la mencionada Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima, sobre declaración judicial de extinción de obligaciones. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha diecisiete de abril último, ha estimado procedente el recurso por las causales previstas en los incisos 12, 22 y 32 del artículo 386 del Código Procesal Civil, respecto de los siguientes cargos: a) aplicación indebida del artículo 1430 del Código Civil, sustentado en que al dirimirse la presente litis se ha aplicado indebidamente la citada norma, pues en el caso de autos nunca existió la obligación de su parte de comunicar a la entidad demandante su intención de valerse de la cláusula resolutoria contenida en el documento denominado “Contrato de Reconocimiento de deuda, dación en pago, cesión de derechos, compensación y cancelación de crédito”. La recurrente sostiene que con la entidad demandante pactaron en la cláusula décimo segunda del referido contrato, que el mismo quedaría resuelto de pleno derecho en el supuesto de que el crédito cedido mediante la

escritura pública de cesión de derechos de fecha quince de marzo del año dos mil no se haga efectivo por imposibilidad de remate del bien a que se refiere este último documento. Asimismo, que en la cláusula quinta del mencionado contrato de cesión de derechos ambas partes pactaron que en el supuesto que el crédito cedido no pudiera ser cobrado por su parte, tal crédito sería devuelto a la entidad accionante; b) inaplicación del artículo 1354 del Código Civil, señalando la recurrente que dicha norma es aplicable para dirimir la contienda, pues, tanto en el aludido contrato de reconocimiento de deuda, así como en el contrato de cesión de derechos, su parte y la empresa demandante regularon libremente el contenido de tales contratos, específicamente en lo que respecta a la cláusula resolutoria. Agrega, que en dicho documento se acordó que en el supuesto de que el crédito cedido no pudiese hacerse efectivo, el referido contrato de reconocimiento de deuda quedaría resuelto de pleno derecho, esto es, quedarían sin efecto, no siendo necesario realizar ningún tipo de comunicación a la empresa accionante; y, c) contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sustentado en que se ha incurrido en una deficiente e indebida valoración, pues, no se ha tomado en cuenta al dirimir la litis la existencia de la demanda de tercera preferente de propiedad. Asimismo, que parte de la deuda que la entidad demandante mantiene con la entidad recurrente no ha sido cancelada, tal como se había acordado mediante el contrato de cesión de derechos, por lo que no es posible declarar extinguida la obligación. **3. CONSIDERANDOS:**

Primero.- Que, mediante escrito de fojas ochenta, la actora Inversiones Latinas Mosha Sociedad Anónima interpuso demanda de declaración judicial de cancelación y entrega de títulos valores, e indemnización por daños y perjuicios, contra la empresa Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima, con quien había celebrado un “Contrato de Reconocimiento de deuda, dación en pago, Cesión de derechos, Compensación y Cancelación de crédito”, contenido en la escritura pública de fecha quince de septiembre del dos mil. **Segundo.-** Que, en el citado contrato, la deudora Inversiones Latinas Mosha Sociedad Anónima reconoció una deuda de doscientos veintiún mil trescientos nueve punto sesenta y uno dólares americanos a favor de la acreedora Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima; y por dicha obligación se otorgó en forma de dación en pago un inmueble por la suma de ciento diez mil dólares a cargo de un tercero propietario; se procedió a ratificar la cesión de derechos efectuada por escritura pública de fecha quince de marzo del dos mil, respecto de los derechos que tenga Juan Pablo Mosqueira Zavala frente a Federico Marciano Carranza Sandoval y otra, a que se refiere el expediente número mil novecientos cuarenta y uno guión noventa y nueve, seguido ante el Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado Civil de Lima, por un monto ascendente a la suma de noventa y dos mil doscientos ochenta y cinco punto setenta y ocho dólares americanos, para que sea imputado a la deuda reconocida; y se efectuó la compensación mutua de obligaciones por la suma de diecinueve mil veintitrés punto ochenta y tres dólares americanos; declarándose en la parte *in fine* de la cláusula décima que la acreedora declara que el crédito reconocido por la deudora ha sido íntegramente cancelado, no teniendo suma o derecho alguno que reclamar. **Terce-**

ro.- Que, en la citada escritura pública del quince de septiembre del dos mil, las partes previeron en su parte final la existencia de las cláusulas décimo primero y décimo segunda, denominando en la parte introductoria de la misma, condición resolutoria, acordando en la última cláusula que las partes convienen que el citado contrato quedara resuelto de pleno derecho en el supuesto negado que el crédito cedido mediante escritura pública de fecha quince de marzo del dos mil no se haga efectivo por imposibilidad del remate del inmueble materia del embargo. **Cuarto.-** Que, en el caso submateria, las instancias de mérito han considerado que el citado contrato contiene una cláusula resolutoria expresa conforme al artículo 1430 del Código Civil, y que no se ha acreditado la existencia de una comunicación, de la parte demandada, dirigida a la demandante, en la que informe que se esté acogiendo a la resolución de pleno derecho contenida en la décimo segunda cláusula. **Quinto.-** Que, la cláusula resolutoria expresa se encuentra regulada en el artículo 1430 del Código Civil, y se presenta cuando así lo han pactado las partes en caso del incumplimiento de la obligación expresamente señalada, y de que le sea dirigida una comunicación al deudor, haciéndose valer dicha cláusula a fin de que produzca efectos. **Sexto.-** Que, la condición resolutoria tiene otra naturaleza jurídica, la que consiste en que la relación jurídica obligatoria produce efectos, pero los mismos cesan cuando se verifica la condición, según lo sostiene el autor italiano Emilio Betti (citado por el doctor Fernando Vidal Ramírez: “Teoría General del Acto Jurídico”. Primera Edición. Cultural Cusco Sociedad Anónima. Lima - mil novecientos ochenta y cinco. Pagina doscientos cincuenta y nueve); cesando los efectos de pleno derecho. **Sétimo.-** Que, las instancias de mérito han concluido en la existencia de una cláusula resolutoria expresa contemplada en el artículo 1430 del Código Civil, sin examinar razonadamente el contenido de lo realmente pactado por las partes, a fin de determinar si se ha pactado una cláusula resolutoria expresa a que se refiere la norma acotada y que exige la existencia de una comunicación al deudor; o en todo caso se habría pactado una condición resolutoria prevista en el artículo 173 segundo párrafo del Código Civil, y que opera de pleno derecho cuando se verifica la condición; no habiendo valorado para ello conjuntamente el contenido de la escritura pública de la cesión de derechos de fecha quince de marzo del dos mil. **Octavo.-** Que, de otro lado, la recurrente hace notar que tampoco han sido examinados todos los elementos probatorios, necesarios para determinar si existió imposibilidad del cobro del derecho cedido, para lo cual correspondía que el a-quo examine las copias del expediente sobre tercería de propiedad, seguido por Costa María Sociedad Anónima Cerrada con Federico Marciano Carranza Sandoval y otros, signado el expediente con el número 2000-30725-0100-CI-49, y que corren en copias a fojas ciento noventa y nueve a doscientos seis; y tenga a la vista copias del expediente número mil novecientos cuarenta y uno guión noventa y nueve, seguido por Juan Pablo Mosqueira Zavala contra el referido Federico Marciano Carranza y otra, proceso en relación al cual se procedió a efectuar la cesión de derechos, y se habría efectuado el embargo del inmueble cuyo supuesto de imposibilidad de remate fue contem-

plado en la cláusula décimo segunda de la escritura pública de fecha quince de septiembre del dos mil. **Noveno.-** Que, en consecuencia, se advierte que las instancias de mérito no han valorado en forma conjunta y razonadamente los medios probatorios, conforme lo exige el artículo 197 del Código Procesal Civil, ni han tenido en cuenta todos los elementos necesarios para adoptar una decisión jurisdiccional adecuada, atendiendo a la finalidad de los medios probatorios prevista en el artículo 188 del citado Código; configurándose de esta manera la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, lo que conlleva que se declare fundado el recurso, y se renueve el proceso hasta el estado en que se incurrió en vicio, declarándose nula la de vista e insubsistente la apelada, para efectos de que el juez de la causa expida nueva resolución con arreglo a ley, teniendo en cuenta previamente lo previsto en el artículo 194 del Código Procesal Civil para tener todos los elementos para adoptar decisión. **Décimo.-** Que, habiéndose amparado el recurso por una causal de índole procesal, lo que conlleva a la renovación del proceso, carece de objeto pronunciarse sobre las causales sustantivas. **4. DECISIÓN:** Por tales consideraciones, de conformidad con el artículo 396, inciso 24 apartado 2.3 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima, corriente a fojas trescientos veinte; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas trescientos once, su fecha once de octubre de dos mil seis, e **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas doscientos setenta y tres, su fecha veintiséis de julio de dos mil cinco. b) **MANDARON** que el a quo expida nueva resolución, teniendo en cuenta previamente lo expuesto en la parte resolutive de la presente resolución. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Inversiones Latinas. Mosha Sociedad Anónima con Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima, sobre declaración judicial de extinción de obligaciones y otro concepto; actuando como Vocal ponente el señor Carojulca Bustamante; y los devolvieron.-

SS. VÁSQUEZ VEJARANO; CARRIÓN LUGO; CAROAJULCA BUSTAMANTE; SANTOS PENA; MANSILLA NOVELLA.

Cláusula resolutoria expresa: Impertinencia en los procesos de otorgamiento de escritura pública

No es pertinente el artículo 1430 del Código Civil, relativo a la resolución de un contrato por cláusula resolutoria expresa, pues el tema decidendum consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar en escritura pública el acto constituido, consistente en la compraventa de un bien, por lo que no se encuentra en discusión la resolución del contrato.

CASACIÓN N° 2496-2005-LIMA. (El Peruano, 01/02/2007)

Otorgamiento de Escritura Pública. Lima, ocho de setiembre del dos mil seis

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa el día de la fecha, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la presente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas seiscientos sesenticuatro, su fecha primero de junio del año dos mil cinco, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que, confirmando la sentencia de primera instancia, declara fundada la presente demanda; en los seguidos por don Ángel Antonio Gosicha Tello y otra contra doña Graciela Ato del Avellanal de Burneo y otro, sobre otorgamiento de escritura pública; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante la resolución de fojas sesenta, su fecha cuatro de noviembre del dos mil cinco, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por don Roberto Ato del Avellanal, en representación de los demandantes, por las causales relativas a la interpretación errónea de los artículos 1549 y 1529 del Código Civil, aplicación indebida del numeral 1412 del citado Código Sustantivo, inaplicación del artículo 1430 del mismo ordenamiento legal y por contravención de las normas que garantizan la observancia del debido proceso; **CONSIDERANDO: Primero.-** Habiéndose declarado procedente la denuncia casatoria por las causales antes mencionadas, de primera intención, debe examinarse la causal *in procedendo*, pues, de declararse fundado el recurso por dicha motivación resultaría innecesario examinar las otras causales invocadas; **Segundo.-** Como se ha anotado precedentemente, se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal relativa a la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, en base a la alegación hecha por el impugnante de que ha probado en el desarrollo del proceso el incumplimiento del demandante al mantener treinticuatro letras de cambio impagas, lo que ha dado lugar –según refiere– a la resolución automática del contrato de compraventa; por esta razón –arguye– que el título con que se apareja la presente demanda se encuentra fenecido. Agrega, que la sentencia impugnada desconoce el derecho de propiedad de los demandados, pese a que cursó al accionante el aviso respectivo de resolución de contrato, mediante la carta notarial obrante a fojas trescientos

ochentiseis. Añade, asimismo, que las consignaciones efectuadas por el actor fueron oportunamente impugnadas por su parte, y en tal virtud –sostiene– que no tienen ningún valor cancelatorio, no existiendo ninguna obligación por parte de los demandados en otorgar la escritura pública que se reclama; **Tercero.-** Examinado el error *in procedendo* denunciado es del caso señalar que en materia casatoria sí es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso. El derecho a un debido proceso supone la observancia rigurosa por todos los que intervienen en un proceso no solo de las reglas que regulan la estructuración de los órganos jurisdiccionales, sino también de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio; **Cuarto.-** Para determinar si en el presente caso se han violado o no las normas que garantizan el derecho a un debido proceso en los términos denunciados, es menester analizar el presente proceso y efectuar las siguientes precisiones: 1) Con fecha veintitrés de junio del dos mil, los demandantes don Ángel Antonio Gosicha Tello y dona María Rosario Flor Ortega interponen demanda de otorgamiento de escritura pública contra los demandados, doña Graciela Ato del Avellanal y don Guillermo Burneo Cardo, respecto del bien inmueble sito en jirón Guillermo Dansey número quinientos cuarentisiete, letra D - cuarentidós, Cercado de Lima, inscrito en la ficha número uno seis seis dos cuatro siete cero del registro de Propiedad Inmueble de Lima. 2) Lo que se peticiona mediante este proceso es el otorgamiento de la correspondiente escritura pública respecto del contrato de compraventa celebrado entre ambas partes con fecha primero de mayo de mil novecientos ochentiséis, a que se refiere el documento de fojas cuatro a siete, mediante el cual se adjudica en venta a los demandantes el citado inmueble. 3) La curadora procesal de los demandados al contestar la demanda a fojas noventaiocho, señaló, entre otras razones, que los demandantes no habían informado al juzgado de la ocupación del bien sublitis y que no se habían aportado al proceso otros documentos idóneos relativos a la adquisición del bien sublitis. 4) En la audiencia de conciliación de fojas ciento veintitrés, se estableció como punto de la controversia, el determinar si existe la obligación por parte de los demandados de otorgar a los demandantes la escritura pública materia de litis. 5) Mediante el escrito obrante a fojas ciento cincuentitrés, se apersona al proceso don Roberto Ate del Avellanal, en su calidad de apoderado de los demandados, dándose por concluida la actuación de la citada curadora procesal. 6) A fojas trescientos sesenta y ocho, el citado apoderado de los demandados, aporte al juicio la Carta Notarial dirigida a los demandantes, de fecha dieciséis de mayo del dos mil uno y recepcionada el día diecisiete del mismo mes y año, según anotación puesta al reverso de dicha misiva. En dicha carta el mencionado apoderado de los emplazados aduce que da por resuelto por falta de pago el contrato de compraventa del bien sub júdice, solicitando, asimismo, la devolución del indicado bien. 7) En la ejecutoria suprema obrante a fojas seiscientos

veinticuatro, se ha establecido que no es materia de decisión en procesos como el presente, la determinación del cumplimiento del pago, pues la finalidad de la pretensión planteada es simplemente formalizar el acto constituido y no modificarlo ni ampliarlo, ni tampoco determinar la correcta ejecución del pago. L. 8) En el contrato de compraventa del referido bien, no se constata que se haya condicionado el otorgamiento de la escritura pública a su realización o que se haya suspendido su cumplimiento ante el incumplimiento de la parte contraria previa comunicación cursada para dicho efecto; **Quinto.-** De lo expuesto, se llega a la convicción de que no siendo el tema *decidendum* el establecer en este proceso la presunta falta de pago en que habrían incurrido los demandados respecto del precio del bien sublitis, carece de objeto dilucidar la alegada resolución del contrato de compraventa submateria. Es más, la instrumental de fojas trescientos sesenta y ocho, no merece ser evaluada en este juicio, en la medida que es de fecha posterior a la data de la interposición de la demanda y no ha sido una prueba válidamente incorporada al proceso. De otro lado, respecto de las consignaciones efectuadas por los demandantes en el expediente de consignación que se tiene a la vista y que se aduce fueron oportunamente impugnadas por la parte demandada, estando al razonamiento antes expresado, tampoco merece ningún pronunciamiento, pues no se discute en autos la cancelación del precio del bien sino únicamente la formalización del acto constituido (compraventa a que se refiere el documento de fojas cuatro y siguientes). Por consiguiente, en el presente caso, no se constata la violación al debido proceso en los términos denunciados y el recurso impugnatorio propuesto por la citada causal debe desestimarse por infundada; **Sexto.-** En cuanto a la denuncia casatoria relativa a la interpretación errónea de los artículos 1549 y 1529 del Código Civil, el impugnante señala que existe interpretación errónea de la primera norma antes citada, toda vez que [en] la misma no está referida expresamente el otorgamiento de escritura pública. Agrega, que también se incurre en la interpretación errónea de la segunda norma antes enunciada, pues –sostiene– que la transferencia a que se obliga al vendedor de la propiedad inmueble sub iudice no implica el otorgamiento de la escritura pública; **Sétimo.-** El artículo 1549 del Código Civil, al regular el perfeccionamiento de la transferencia, señala que “es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”. De otro lado, el numeral 1529 del mismo ordenamiento legal, prescribe que “por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero”; **Octavo.-** En el presente caso como se ha anotado en el cuarto considerando de la presente resolución, en la pretensión reclamada subyace el contrato de compraventa celebrado entre ambas partes procesales con fecha primero de mayo de mil novecientos ochentiséis a que se refiere el documento de fojas cuatro a siete. En consecuencia, habiéndose determinado que fueron los demandados quienes vendieron el bien sublitis a los demandantes, resulta obligación de los mismos perfeccionar dicha transferencia. Es más, en la novena cláusula de la minuta de compraventa a que se contrae el referido documento de fojas cuatro

a siete, se precisa textualmente que “todos los gastos que ocasione la elevación a escritura pública de la indicada, minuta y/o de las que de ella se deriven, lo mismo que su inscripción en los Registros Públicos serán de cargo de los compradores”, lo que revela la clara intención de los contratantes en que la forma de perfeccionar el acto jurídico celebrado era inequívocamente la correspondiente elevación a escritura pública de la minuta que contiene el acto jurídico de compraventa. Por lo que la interpretación que se ha dado a las normas materiales en comentario resulta ser la correcta y ajustada a lo actuado en el desarrollo del proceso; **Noveno.-** Respecto de la denuncia casatoria relativa a la aplicación indebida del artículo 1412 del Código Civil, el recurrente alega que no es aplicable para resolver el juicio, pues en el caso materia de litis, no existe ley, ni convenio o acuerdo celebrado por las partes, que ordene el otorgamiento de la escritura pública como formalidad del contrato celebrado; **Décimo.-** Empero, como se ha anotado precedentemente, en la novena cláusula de la minuta de compraventa a que se contrae el referido documento de fojas cuatro a siete, se ha precisado que son los compradores quienes asumen todos los gastos relativos a la elevación a escritura pública de la citada minuta, lo que indica la clara intención de las partes en cumplir tal formalidad, con la única salvedad de que dichos gastos serían asumidos por quienes adquirieron el bien submateria (demandantes). De otro modo, no se explicaría la inclusión de tal cláusula contractual que determina la voluntad contractual de perfeccionar la compraventa en tales condiciones; **Undécimo.-** Finalmente, en cuanto a la denuncia casatoria referida a la inaplicación del artículo 1430 del Código Civil, el recurrente señala, que en representación de sus mandantes comunico a los actores que el contrato submateria había quedado resuelto por falta de pago, en virtud de encontrarse adeudado treinticuatro letras de cambio y que por dicha razón –sostiene– que debían desocupar el inmueble sublitis, pues a consecuencia de la resolución producida el contrato había fenecido, siendo que al dirimirse la litis no se ha tenido en cuenta la carta notarial de fecha dieciséis de mayo del dos mil uno, mediante la cual se resolvió el referido contrato por falta de pago; **Duodécimo.-** El numeral 1430 del Código Sustantivo antes mencionado, señala 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. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”; **Decimotercero.-** Sin embargo, dicha norma es impertinente para dirimir la litis, pues como se ha referido precedentemente el tema *decidendum* de la presente litis consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar el acto constituido, consistente en la compraventa del bien sublitis a que se refiere la instrumental de fojas cuatro y siguiente. Por lo que no se encuentra discusión la alegada resolución del mencionado contrato (sic). Por consiguiente, el recurso de casación debe desestimarse por infundado. Por tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Roberto Ato del

Avellanal, en representación de doña Graciela Ato del Avellanal de Burneo y otro a fojas setecientos diez; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas seiscientos sesenticuatro, su fecha primero de junio del dos mil cinco; **CONDENARON** a los recurrentes al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad; en los seguidos contra don Ángel Gosicha Tello y otra, sobre otorgamiento de escritura pública; y los devolvieron.

SS. PAJARES PAREDES; TICONA POSTIGO; CARRIÓN LUGO; PALOMINO GARCÍA; HERNÁNDEZ PÉREZ.

Resolución por aplicación de cláusula resolutoria expresa: Opera con la sola comunicación

Si las partes acordaron expresamente que la resolución del contrato operaría sin necesidad de formalidad distinta de la sola comunicación de la decisión, este requisito se habrá cumplido con la remisión de la carta notarial, tal como establece el Código Civil; en consecuencia, la aplicación del artículo 1430 del Código Civil resulta pertinente en tanto regula un supuesto de hecho previamente acordado por las partes contratantes.

CASACIÓN N° 143-05-ICA (El Peruano 30/06/2005)

Lima, siete de febrero de dos mil cinco

VISTOS; y **CONSIDERANDO: Primero.-** que, el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos diecisiete por el ejecutado don Juan de Dios Romero Ochante, reúne los requisitos de forma que establece el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil[], para su admisibilidad. **Segundo.-** que, asimismo, sin invocar expresamente ninguno de los incisos a que se refiere el artículo trescientos ochentiséis del citado Código adjetivo, denuncia; a) la aplicación indebida del artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil y b) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. **Tercero.-** que, fundamentando la primera causal, señala que la Sala yerra al considerar que de conformidad con el citado numeral la ejecutante le comunicó la resolución del contrato, por cuanto la actora nunca satisfizo dicho requisito legal y contractual, esto es, comunicarle previamente la resolución del contrato antes de interponer la presente demanda, sino simplemente le requirió el pago de la primera cuota de la deuda, sin que se advierta su intención de resolver el contrato de reestructuración como meridianamente puede apreciarse del tenor de la misiva que corre a fojas cuarenticuatro. **Cuarto.-** que, respecto a dicha causal debe precisarse que en el sétimo considerando de la impugnada, cuestionado por el recurrente, expresamente se hace mención que las partes acordaron en la cláusula novena del título de ejecución que la resolución del contrato operaría sin necesidad de formalidad distinta a la sola comunicación de la decisión de conformidad con el artículo 1430 del Código sustantivo, requisito que se cumplió con la remisión de la carta notarial de fojas cuarenticuatro, en consecuencia, la aplicación de la citada disposición material resulta pertinente en tanto regula un supuesto de hecho previamente acordado por las partes contratantes, debiendo agregarse además, que la valoración de los citados documentos importaría un reexamen de los medios probatorios, actividad que se encuentra proscrita en sede casatoria por ser labor exclusiva de los órganos judiciales de instancia. **Quinto.-** que, fundamentando el segundo agravio respecto a la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, refiere que se ha vulnerado el artículo cuatrocientos cincuentiuno, inciso ter-

cero del Código Procesal Civil, al no haberse observado sus presupuestos, por cuando se ha permitido la prosecución de un proceso que contiene una demanda con pretensiones ambiguas; asimismo, se ha contravenido el artículo setecientos veintidós de la citada ley adjetiva al desestimarse la causal de nulidad formal del título de ejecución e inexigibilidad del mismo formulado por su parte, basado en los errados criterios glosados en el punto octavo de la parte considerativa de la recurrida, amparándose la presente acción ejecutiva sustentada en un título de ejecución nulo e inexigible para el recurrente. **Sexto.-** que, respecto a la causal *in procedendo*, en el petitorio de la demanda de fojas cuarentisiete expresamente se consigna que se acciona sobre ejecución de garantías, solicitando la entidad ejecutante que los ejecutados cumplan con pagarle la suma puesta a cobro bajo apercibimiento de sacarse a remate los bienes inmuebles que garantizan la obligación impaga, no presentándose ninguna ambigüedad en las pretensiones tal como han sido propuestas; del mismo modo, la contradicción al mandato de ejecución sustentada en la nulidad formal del título y la inexigibilidad de la obligación ha sido desestimada por improbada, por lo que, al no verificarse los agravios denunciados, debe procederse con arreglo a lo dispuesto por el artículo trescientos noventidós del Código Procesal Civil. Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos diecisiete por don Juan de Dios Romero Ochante, contra la sentencia de vista de fojas doscientos nueve, su fecha siete de julio de dos mil cuatro; **CONDENARON** al recurrente a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos del recurso; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por la Caja Rural de Ahorro y Crédito Señor de Luren contra Juan de Dios Romero Echeagaray y otros, sobre ejecución de garantías; y los devolvieron.

SS. VÁSQUEZ CORTEZ; CARRIÓN LUGO; ZUBIATE REINA; GAZZOLO VILLALTA; FERREIRA VILDÓZOLA.

Resolución contractual: Interpretación y causa del contrato

Si bien en el contrato se establece la prohibición para el arrendatario de subarrendar o traspasar el bien, cuya realización conlleva una penalidad que genera la resolución de contrato, mas no determina la satisfacción de la devolución de las prestaciones, pues en ella no se ha establecido la situación jurídica de ambas partes en caso de que una de ellas cumpliera la prestación en su integridad y la otra no, al momento de la resolución. En consecuencia, corresponde analizar el contrato con arreglo a lo dispuesto por la norma genérica contenida en el artículo 1362 del Código Civil, a fin de determinar la verdadera intención de las partes (causa del contrato) al momento de la celebración del mismo.

CASACIÓN N° 1516-03-HUaura (publicada en *El Peruano*, 30-09-2004)

RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Lima, cinco de abril del dos mil cuatro

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número mil quinientos dieciséis - dos mil tres; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos catorce, por Teresa Cristina Espinoza Viuda de Ríos, en contra de la resolución de vista de fojas trescientos noventa y tres, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, su fecha diecinueve de mayo del dos mil tres, en el extremo que Revoca la sentencia apelada de fojas trescientos veintiocho, en cuanto ordena a la demandante el pago de las mejoras introducidas en el inmueble ascendente a la suma de treinta y cinco mil setecientos setenta y siete nuevos soles, y Reformándola declara que la demandante conserve la propiedad de la construcción sin obligación de pago alguno.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Que, por resolución de fecha veinticinco de julio del dos mil tres, que obra a fojas veintiuno del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal se ha declarado procedente el recurso, por la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, esto es, la inaplicación de una norma de derecho material; sosteniéndose que el Colegiado ha inaplicado lo dispuesto en el artículo mil cuatrocientos veintiocho del Código Civil, que se refiere a la Resolución de Contrato por incumplimiento, toda vez que no obstante reconocer que don Pedro Ríos Virgilio al primero de

mayo de mil novecientos noventa y seis, ya había cumplido con su prestación señalada en el Convenio de fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, de edificar un inmueble de material noble y que la entidad actora no ha cumplido la suya, ha declarado improcedente la pretensión indemnizatoria formulada en vía reconvencional por su extinto cónyuge, con el sustento de que resulta un imposible jurídico reclamar la indemnización por haberse pactado que la construcción realizada quedaría en beneficio de la Beneficencia Pública de Huancayo, cuando la prestación de su cónyuge ya había sido cumplida y solo correspondía que la actora haga lo propio, sin embargo, por el contrario, no cumplió y demandó la Resolución del Contrato en mil novecientos noventa y siete, señalado que el numeral glosado no es excluyente en cuanto a su aplicación en la presente litis, porque la indemnización por daños y perjuicios también se refiere al incumplimiento contractual del demandante, tratándose de desalojarla en forma indirecta al ver cumplida enteramente la pretensión; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el artículo mil cuatrocientos veintiocho del Código Civil, establece 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 y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios”;

Segundo.- Que, ante el incumplimiento de una de las partes el legislador ha establecido dos supuestos que pueden ser adoptados por la parte perjudicada, el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo;

Tercero.- Que, como se ha establecido en la sentencia de vista y en la de primera instancia, en virtud al Convenio de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, corriente de fojas cuatro, don Pedro Ríos Virgilio, por cuenta y riesgo se comprometió a demoler la construcción de material rústico edificada sobre el predio sublitis ubicado en la Calle Francisco Rosas número trescientos quince, del distrito de Huacho, y construir tres piezas de material noble, un ambiente en el segundo piso con las respectivas escaleras, así como a la instalación nueva de agua y desagüe, la instalación empotrada de energía eléctrica y a colocar una puerta nueva de madera con frente a la calle; quedando todo lo construido a beneficio absoluto de la Beneficencia, sin derecho a reclamo posterior por parte del arrendatario; en tanto que la Beneficencia se comprometió a dar en compensación por los gastos de inversión de cuenta y riesgo de la construcción al arrendatario un libramiento de los pagos de arriendo mensual hasta un periodo de ocho años a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y cinco hasta el treintinueve de diciembre del dos mil dos; no pudiendo don Pedro Ríos Virgilio, en mérito a la séptima cláusula, transferir derechos u obligaciones derivados del convenio ni subarrendar o transferir el mismo, sin expreso consentimiento de la Beneficencia, dando lugar su

incumplimiento a la rescisión, entendida como Resolución del Convenio y a la nulidad del traspaso o subarriendo;

Cuarto.- Que, en cuanto a la Resolución del Convenio, en ambas sentencias, se ha determinado que al haber subarrendado Pedro Ríos Virgilio el bien sublitis a Pompeyo Díaz Regalado, conforme se advierte de la copia de fojas cinco, irrogándose una calidad de propietario que no la tiene, estableciendo además preferencia de venta respecto al dicho bien, se ha incumplido con la disposición contenida en la cláusula séptima del convenio, incurriéndose con ello en causal de Resolución del Contrato;

Quinto.- Que, en cuanto a las prestaciones recíprocas, conforme ha detallado el Juzgador en las instancias de mérito, la prestación a la que se obligara Pedro Ríos Virgilio, ha sido cumplida en su integridad, lo que se advierte de la Inspección Judicial de fojas sesentiocho practicada en el proceso de prueba anticipada Expediente número ciento veintiséis - noventisiete, coincidente con el Informe Pericial que corre de fojas setentiuno de dicho cuaderno; en tanto, como lo reconoce la propia demandante, esta no ha cumplido con la liberación de los ocho años a que se refiere en la cláusula cuarta del contrato, en forma total;

Sexto.- Que, si bien la cláusula séptima establece la prohibición por parte del arrendatario de subarrendar o traspasar el bien submateria, esta disposición conlleva una penalidad que genera la Resolución de Contrato, mas no determina la satisfacción de la devolución de las prestaciones, pues en ella no se ha establecido la situación jurídica de ambas partes en caso de que una de ellas cumpliera la prestación en su integridad y la otra no, al momento de la resolución;

Sétimo.- Que, en consecuencia, corresponde analizar el contrato sublitis con arreglo a lo dispuesto por la norma genérica contenida en el artículo mil trescientos sesentidós del Código Civil, a fin de determinar la verdadera intención de las partes (causa del contrato) al momento de la celebración del mismo; y siendo que la interpretación de las disposiciones de carácter privado implica una revaloración de la prueba lo que no puede efectuarse en sede de casación, por lo que deben de reenviarse los autos a fin de que la instancia de mérito emitan pronunciamiento sobre tal situación, por versar la discusión sometida a su conocimiento sobre cuestiones de hecho y no de derecho.

Que, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral dos punto uno del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil; declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Teresa Cristina Espinoza Viuda de Ríos, a fojas cuatrocientos catorce; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas trescientos noventitrés, su fecha diecinueve de mayo del dos mil tres; y estando a los fundamentos glosados en el séptimo considerando de la presente resolución, **DISPUSIERON** el reenvío de los actuados a fin de que el Superior Colegiado, atendiendo a lo expuesto

precedentemente, con mejor estudio de autos, expida nueva resolución con arreglo a derecho; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por la Sociedad de Beneficencia Pública de Huacho contra Pedro Ríos Virgilio sobre Resolución de Contrato y otro; y los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN; TICONA POSTIGO; LAZARTE HUACO;
RODRÍGUEZ ESQUECHE; EGUSQUIZA ROCA.

Resolución contractual: Restitución de las prestaciones como efecto natural

Es efecto de la resolución de los contratos que las partes se restituyan las prestaciones al estado en que se encontraban al momento en que se produce la causal que la motiva y, si ello no fuera posible, deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. La restitución de las prestaciones es un efecto natural de la resolución que no requiere ser invocado por ninguna de las partes y que opera por el solo hecho de la extinción de la relación obligatoria.

CASACIÓN Nº 1896-03-LIMA (publicada en *El Peruano*, 02 de agosto de 2004)

RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Lima, trece de abril del dos mil cuatro

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número mil ochocientos noventiséis - dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por Hernán Ayerbe Huamán mediante escrito de fojas cuatrocientos uno, contra la sentencia de vista emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas trescientos noventicinco, su fecha catorce de abril del dos mil tres, que Confirma la sentencia apelada de fojas doscientos treintisiete, su fecha veintiocho de mayo del dos mil uno, que declara fundada en parte la demanda interpuesta y, en consecuencia, resuelto el contrato celebrado por José Segundo Rojas Burgos y Aurea Julia Martínez Ramírez con Hernán Ayerbe Huamán, de fecha diez de octubre de mil novecientos noventisiete, y ordena que este último cumpla con devolver la suma de seis mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, más los intereses legales, con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Que, el recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución del cinco de setiembre del dos mil tres, de fojas veintidós del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, por las causales previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente denuncia: I. La aplicación indebida de los artículos mil trescientos setentidós, mil cuatrocientos veintiocho y mil cuatrocientos treinta del Código Civil, toda vez que los hechos de la demanda no están referidos a la resolución del contrato por incumplimiento de prestaciones por parte del recurrente, sino a la resolución por venta de parte del recurrente de un inmueble

ajeno y al ingreso de un tercero, supuesto verdadero propietario, al inmueble transferido a los actores, que los ha privado de su posesión; II. La inaplicación del artículo mil cuatrocientos noventiuno del Código Civil, pues, estando a los hechos expuestos, la demanda es en realidad una de saneamiento por evicción previsto en el dispositivo denunciado, norma que debió ser aplicada en autos; III. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que: a. los Juzgadores, para amparar la demanda, se han basado en hechos distintos a los alegados por los demandantes, violando el artículo Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil; y, b. el Juez no ha valorado todos los medios probatorios como ordena el artículo ciento noventisiete del referido Código, dado que no se ha tenido en cuenta la sentencia del Juzgado Especializado de delitos Tributarios y Aduaneros que declara el sobreseimiento de la instrucción abierta contra el recurrente por el delito de Estafa en agravio de los actores; IV. La infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, pues la sentencia de vista carece de una debida motivación, toda vez que no se pronuncia sobre los agravios debidamente expuestos en el recurso de apelación del recurrente, violando así los artículos ciento veintiuno y ciento veintidós inciso tercero del Código Procesal Civil; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, existiendo denuncias por vicios *in iudicando e in procedendo*, corresponde verificar primero si se configura o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida;

Segundo.- Que, como fundamento de su demanda de resolución del contrato, José Segundo Rojas Burgos y Aurea Julia Martínez Ramírez refieren que el bien que les vendió el demandado (constituido por el Lote número trece de la Manzana A, Parcela I del Parque Industrial de Villa El Salvador), del cual tomaron posesión inmediata, fue invadido posteriormente por una tercera persona, quien aduce ser el verdadero propietario, en vista de lo cual remitió una carta notarial al emplazado solicitando la devolución del dinero y del monto invertido en materiales de construcción, pero ante la falta de respuesta le envió una segunda carta notarial conminándolo a dar cumplimiento a los términos del contrato de compraventa, y que en caso contrario lo resolvería; sin embargo, el demandado hizo caso omiso a sus requerimientos;

Tercero.- Que, la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos reproduce la de vista, ha procedido a analizar el Contrato Privado de Compraventa y Transferencia Posesoría del diez de octubre de mil novecientos noventisiete, objeto de demanda, así como las cartas notariales de fechas diecisiete de noviembre de mil novecientos noventisiete y diez de junio de mil novecientos noventa y ocho que se mencionan en la misma, concluyendo de su valoración conjunta que en las cláusulas tercera y quinta del referido contrato, la demandada se obligó a perfeccionar el citado acto jurídico dentro del plazo máximo de seis meses de

celebrado, teniendo en cuenta que el bien materia de venta no era de propiedad del vendedor (quien solo era posesionario), y no habiendo cumplido con perfeccionar dicha venta en el plazo convenido, correspondía aplicar lo dispuesto en el artículo mil cuatrocientos treinta del Código Civil, según el cual se produce la resolución de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, supuesto que, señalan los Juzgadores, se cumplió con la remisión de las cartas notariales acotadas precedentemente;

Cuarto.- Que, como puede apreciarse, el desarrollo de los fundamentos que sustentan tanto el pronunciamiento del Juez de la causa como del Colegiado Superior se circunscribe al petitorio y a los hechos alegados por los actores en su escrito de demanda, teniendo como sustento el análisis de las pruebas presentadas por las partes, debidamente incorporadas al proceso; en consecuencia, se concluye que no existe contravención del artículo Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil;

Quinto.- Que, de otro lado, el recurrente denuncia la falta de valoración de pruebas, como es la sentencia del Juzgado Especializado de Delitos Tributarios y Aduaneros que declara el sobreseimiento de la instrucción seguida contra el recurrente por el delito de Estafa en agravio de los actores; sin embargo, el demandado omite referir que el documento que alude fue acompañado al informe escrito que presentó previo a expedirse la primera sentencia de vista de fojas doscientos quince, mas no fue ofrecido como medio probatorio al contestar la demanda ni al apelar; por tanto, atendiendo a que la valoración conjunta de las pruebas que postula el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, está referida a aquellas que hayan sido debidamente incorporadas al proceso, la contravención que se postula no se verifica en el presente caso;

Sexto.- Que, en cuanto a la causal de infracción de las formas procesales, se advierte que al formular su recurso de apelación a fojas doscientos cincuentauno, el emplazado señaló: a) que existe incongruencia en la sentencia apelada, en razón a que ninguno de los extremos signados como fundamentos de hecho de la demanda se menciona como causal de resolución la cláusula quinta del contrato de compraventa mediante la cual este se obligaba a perfeccionar el referido contrato en el plazo de 06 meses; b) que este hecho ha impedido articular correctamente su defensa; c) que la invasión del bien vendido por un tercero daba lugar a la acción de saneamiento por evicción y no a la resolución de contratos, por lo que la demanda es manifiestamente improcedente; d) que la resolución de un contrato da lugar a la restitución de las prestaciones por ambas partes, pero sin embargo solo se ordena que el demandado devuelva el precio recibido, mas no se dispone la restitución del inmueble; y, e) que no se ha valorado la sentencia del Juzgado Especializado de Delitos Tributarios y Aduaneros que declara el sobreseimiento de la instrucción abierta contra el recurrente por el delito de estafa en agravio de los actores, pese a haberlo ofrecido como medio probatorio extemporáneo al apelar de la primera sentencia expedida por el Juez de la causa;

Sétimo.- Que, las infracciones que se describen en los puntos a) al c) del considerando que antecede, han sido desvirtuadas como tales según los fundamentos que se detallan en los considerandos tercero y cuarto de la presente resolución; lo mismo ocurre con la infracción resumida en el punto e) cuya existencia desestima este Supremo Tribunal conforme a los argumentos desarrollados en el considerando quinto de este fallo; en consecuencia, si bien es cierto la sentencia de vista objeto de casación no se pronuncia expresamente respecto a los citados puntos, sin embargo, corresponde aplicar al caso lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo ciento setentidós del Código Procesal Civil, que contiene una de las manifestaciones del Principio de Convalidación, en virtud de lo cual no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal;

Octavo.- Que, sin embargo, la infracción que se desarrolla en el punto d) guarda relación estrecha con los extremos del petitório de la demanda y los argumentos vertidos en el escrito de contestación, así como con los efectos de la resolución de los contratos previsto en el tercer párrafo del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil. Respecto de esto último, Luis Díez-Picazo ha señalado: “En principio, debe entenderse que la resolución determina la extinción de la relación obligatoria. Sin embargo, los efectos de la resolución no solo se proyectan para el tiempo venidero, sino que se producen con efecto retroactivo, por consiguiente, cada una de las partes deberá reintegrar o restituir a la otra las cosas o las prestaciones que hubiesen sido entregadas o ejecutadas. Surgen, como consecuencia de la resolución, específicos deberes de liquidación y de restitución. El contenido del deber de restitución se refiere, por regla general, a los mismos bienes que fueron objeto de prestación. Se trata de una restitución específica *in natura*. Sin embargo, en aquellos casos en que la restitución *in natura* no sea posible, la restitución deberá producirse a través del equivalente pecuniario” (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, segunda edición; Madrid, Editorial Tecnos Sociedad Anónima, mil novecientos ochentitres, página ochocientos setentiséis);

Noveno.- Que, según lo preceptúa el tercer párrafo del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil –norma jurídica que se aplica al presente caso en atención al principio *iura novit curia*, reconocido por el artículo Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil– es efecto de la resolución de los contratos que las partes le restituyan las prestaciones al estado que se encontraban al momento en que se produce la causal que la motiva y, si ello no fuera posible, deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento; en todo caso, el Juez de origen debe pronunciarse sobre la restitución del inmueble submateria, y si ello es o no procedente en el presente caso. La restitución de las prestaciones, conforme ha quedado establecido, es un efecto natural de la resolución que no requiere ser invocado por ninguna de las partes y que opera por el solo hecho de la extinción de la relación obligatoria;

Décimo.- Que, tanto la sentencia apelada como la de vista que la confirma, únicamente contienen en su parte resolutive el mandato para que Hernán Ayerbe Huamán cumpla con devolver la suma de seis mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional en el momento y lugar del pago, más los intereses legales –monto que fuera entregado como cuota inicial del precio pactado por el inmueble a la firma del contrato de compraventa–, pero no hace mención alguna a la restitución del bien que fuera entregado al demandante;

Undécimo.- Que, el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Adjetivo establece que las resoluciones contienen la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución, con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, sancionando con nulidad la resolución que no cumpla, entre otros, con este requisito. Siendo así, al advertirse que las sentencias de mérito no contienen la fundamentación pertinente de hecho ni de derecho que permita establecer por qué los Juzgadores omiten pronunciarse sobre la restitución de la prestación a cargo de los compradores demandantes del bien inmueble materia de compraventa, por consiguiente, se verifica la infracción de las formas para la validez de los actos procesales, por lo que el recurso de casación debe tutelarse, y procederse conforme a lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil;

Duodécimo.- Que, al estimarse la causal de casación por infracción de las formas procesales, resulta que carece de objeto pronunciarse sobre las demás causales invocadas por el recurrente sobre aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material.

Por cuyos fundamentos, Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos uno por Hernán Ayerbe Huamán; en consecuencia, **NULA** la resolución de vista de fojas trescientos noventicinco, su fecha catorce de abril del dos mil tres, e **INSUBSISTENTE** la resolución apelada de fojas doscientos treintisiete; **DECLARARÓN** que carece de objeto pronunciarse respecto de las causales invocadas sobre aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material; **MANDARON** que el Juez de la causa emita nueva resolución con arreglo a derecho y a lo actuado; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por José Segundo Rojas Burgos y Aurea Julia Martínez Ramírez con Hernán Ayerbe Huamán sobre Resolución de contrato; y los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN; TICONA POSTIGO; LAZARTE HUACO;
RODRÍGUEZ ESQUECHE; EGUSQUIZA ROCA

Resolución contractual: Mediante carta notarial

Ante falta de pago de las cuotas pactadas en un contrato de compraventa, puede producirse la resolución de pleno derecho mediante la remisión de una carta notarial, haciendo valer así la cláusula resolutoria, supuesto amparado en el texto del artículo 1430 del Código Civil, que es un supuesto en el cual no se requiere acudir al órgano jurisdiccional para que se verifique la resolución.

CASACIÓN N° 983-2003-LIMA (publicada en *El Peruano*, 30 de noviembre de 2004)

Lima, primero de setiembre del dos mil cuatro

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; Vista la causa número novecientos ochentitrés - dos mil tres en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

1. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la Caja de Pensiones Militar Policial contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesentidós, su fecha diez de octubre del dos mil dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada emitida en la audiencia única del once de junio del dos mil dos, de fojas doscientos veintiséis, que declaraba fundada la demanda de desalojo y, reformándola, la declara improcedente, sin costas ni costos.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO

Por resolución del dieciséis de octubre del dos mil tres, esta Sala Suprema ha declarado la procedencia de recurso por la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil al haberse denunciado la inaplicación de los artículos 911 y 1430 del Código Civil, pues se argumenta que el ad quem ha determinado la imposibilidad de resolver extrajudicialmente un negocio jurídico, aun cuando este mecanismo proviene de un acuerdo entre las partes, lo que genera el desamparo de su pretensión de desalojo por ocupación precaria.

3. CONSIDERANDOS

Primero.- Que, este Supremo Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido en armonía con el artículo 911 del Código Civil, que la ocupación precaria de un bien inmueble se configura con la posesión del mismo sin ostentar título que la justifique o cuando el que se tenía ha fenecido.

Segundo.- Que quien pretenda la restitución de un predio alegando la precariedad de su ocupante debe acreditar el derecho de propiedad que le corresponde, la representación que ejerce el titular o en todo caso la existencia de título válido

y suficiente que otorgue el derecho a la restitución del bien, de conformidad con los artículos 585 y 586 del Código Procesal Civil.

Tercero.- Que, en ese orden, para el amparo de la pretensión de desalojo por ocupación precaria debe establecerse: a) el derecho de propiedad de la parte actora, cuya carga le corresponde a la misma; y, b) la posesión sin título o con título fenecido por la parte demandada.

Cuarto.- Que, en autos, la Caja de Pensiones Militar Policial ha demandado el desalojo por ocupación precaria manifestando que el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y siete celebró con los emplazados un contrato de compraventa sobre el bien sublitis, respecto al cual se pactó el precio de quince mil cuatrocientos cincuenta dólares americanos que debía ser pagado mediante una cuota inicial de mil quinientos dólares y el saldo de trece mil novecientos cincuenta dólares, en doscientos cuarenta cuotas mensuales de ciento veinte punto cincuenta dólares; sin embargo, al haber pagado los demandados solo diecinueve cuotas le remitió una carta notarial con fecha once de diciembre del dos mil uno haciendo valer la cláusula cuarta del contrato, conforme a la cual la falta de pago de una de las cuotas produciría la resolución de pleno derecho.

Quinto.- Que los accionados se han opuesto a la demanda expresando que suspendieron el pago al tomar conocimiento en los Registros Públicos que la actora no era propietaria; estimando que la cláusula resolutoria era leonina, debiendo ser la resolución judicial y no extrajudicial; y que les era imposible pagar las elevadas cuotas establecidas, agregando de otro lado la no recepción de la carta notarial con el aviso de la resolución.

Sexto.- Que el a quo ha amparado la demanda considerando: que la demandante con el contrato de compraventa, corroborado con la partida registral de fojas veintidós, había acreditado su propiedad; que la carta notarial fue recepcionada por el destinatario, conforme se tiene de fojas veintiuno vuelta, por lo que había operado la resolución del contrato; y, que en tales circunstancias la posesión de los demandados –que era como compradores– había fenecido al haberse producido la resolución del contrato por lo que se configuraba el supuesto del artículo 911 del Código Civil.

Sétimo.- Que el ad quem, por el contrario, ha señalado que no puede ventilarse en esta vía la cuestión previa de si ha operado o no la resolución del contrato, ni la validez de la cláusula cuarta del contrato, o si por la resolución se retrasmite el derecho de propiedad a los actores, razones por las que ha decretado la improcedencia de la demanda.

Octavo.- Que, como se ha indicado, puede demandar el desalojo por ocupación precaria quien es propietario contra aquel que no tiene título o habiéndolo tenido ha fenecido.

Noveno.- Que en autos se tiene por materia pacífica la celebración del contrato de compraventa así como también la falta de pago de las cuotas pactadas desde

el número diecinueve, correspondiente al mes de diciembre de mil novecientos noventinueve; y se ha demostrado la remisión de la carta notarial del once de diciembre del dos mil uno haciendo valer la cláusula resolutoria, circunstancias con las que se evidencia en los hechos la resolución de pleno derecho que permite el artículo 1430 del Código Civil, que es un supuesto en el cual no se requiere acudir al órgano jurisdiccional, no existiendo motivo para desestimar la demanda, menos si con la resolución se presenta el supuesto del fenecimiento del título a que se refiere el artículo 911 del Código Civil; y si bien los demandados afirman que suspendieron el pago por las razones que exponen en su contestación, no han demostrado que hayan comunicado este hecho en ningún momento a la Caja de Pensiones Militar Policial.

4. DECISIÓN

Por tales consideraciones, de conformidad con el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Caja de Pensiones Militar Policial a fojas doscientos setentisiete; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos sesentidós, su fecha diez de octubre del dos mil dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. b) Actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada emitida en audiencia única del once de junio del dos mil dos obrante a fojas doscientos veintiséis, que declara **FUNDADA** la demanda de fojas veintiséis, subsanada a fojas cuarentiséis; con lo demás que contiene; en los seguidos con doña Carmen Rosa Serquén Paz y otro, sobre desalojo por ocupación precaria. c) **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. ALFARO ÁLVAREZ; CARRIÓN LUGO; PACHAS ÁVALOS; BALCAZAR ZELADA; EGUSQUIZA ROCA.

Resolución contractual: No se discute en procesos de obligación de dar suma de dinero

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte tiene la facultad de solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en el caso de tratarse de un proceso de obligación de dar suma de dinero, no entra en discusión la resolución del contrato en sus diversas modalidades.

CASACIÓN N° 466-2006-LIMA

Obligación de Dar suma de Dinero. Lima trece de setiembre del dos mil seis.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, en la causa vista en audiencia pública de la fecha emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Centro Médico Las Palmeras Sociedad Anónima, contra le sentencia de vista de fojas trescientos nueve, su fecha cuatro de julio del dos mil cinco, que Confirma la apelada de fojas doscientos setentidós, fechada el veintiséis de abril del dos mil cuatro, que declaraba. Fundada la demandada; en los seguidos por Teresa Carmela de la Guerra Con y otra contra Centro Médico Las Palmeras de San Isidro Sociedad Anónima sobre Obligación de Dar Suma de dinero; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha veinticuatro de mayo del año en curso, obrante a fojas catorce del cuadernillo, formado en este Supremo Tribunal, ha estimado Procede el recurso por la causales de inaplicación de los artículos mil cuatrocientos veintiocho, mil cuatrocientos veintinueve y mil trescientos setentiuno del Código Civil; expresando la recurrente como fundamentos: que los juzgadores no han tenido en cuenta que quien resuelve un contrato solo podrá exigir la acción indemnizatoria correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo mil cuatrocientos, veintiocho del Código Civil; en consecuencia, habiendo optado la parte actora por la segunda opción prevista en la norma precitada debió entonces interponer su demanda indemnizatoria y no una de obligación de dar suma de dinero, inaplicando el citado dispositivo, así como también los artículos mil trescientos setenta y uno y mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil; **CONSIDERANDO; Primero.-** Que, en relación a la inaplicación del artículo mil cuatrocientos veintiocho del Código Sustantivo, se tiene que, de acuerdo al referido dispositivo, en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios; norma esta que, como se puede apreciar, está referida a la pretensión de una de las partes de que el órgano jurisdiccional declare la resolución judicial de determinado contrato; sin embargo, en este caso, el presente proceso no versa sobre Resolución Judicial de Contrato sino de

Obligación de Dar Suma de Dinero, y tampoco esta pretensión se deriva de un contrato resuelto judicialmente; por consiguiente, el artículo mil cuatrocientos veintiocho del Código Civil resulta inaplicable al conflicto jurídico de autos; **Segundo.-** Que por su parte, el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil, prescribe que en el caso del artículo mil cuatrocientos veintiocho 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; de tal modo que 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; **Tercero.-** Que, tal como se puede apreciar; el artículo mil cuatrocientos veintinueve del Código Civil regula la conocida resolución de contrato por autoridad del acreedor; empero, la presente demanda de Obligación de Dar Suma de Dinero no deriva de un contrato resuelto por autoridad del acreedor, sino, por el contrario, de un contrato de arrendamiento resuelto por cláusula resolutoria contemplada en el mismo, conforme al artículo mil cuatrocientos treinta del referido Código; consecuentemente, el referido dispositivo tampoco es aplicable al caso submatéria; **Cuarto.-** Que, finalmente, el artículo mil trescientos setentinueve del Código señala: que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración; dispositivo que simplemente contempla el concepto jurídico de resolución de contrato, pero no tiene de por sí mayor incidencia en el caso de autos; en consecuencia, el error jurídico de inaplicación, normativa denunciado no se configura en el presente caso, habiendo lugar a desestimar el recurso, de conformidad con el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; precisándose que este Supremo Tribunal no actúa como instancia de fallo facultado para aplicar el principio *iura nova curia* contenido en el artículo VII del Título Preliminar del; citado Código, sino como Sala de Casación en virtud del cual es aplicable el referido principio solo cuando previamente se configure alguno de los errores jurídicos denunciados en el recurso, de conformidad con el artículo trescientos noventa y seis inciso primero del mismo Código; estando a las consideraciones que preceden; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto a fojas trescientos dieciséis por Centro Médico Las Palmeras de San Isidro Sociedad Anónima; en consecuencia: **NO CASARON** la resolución de vista de fojas trescientos nueve, su fecha cuatro de julio del dos mil cinco; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal: **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Teresa Carmela de la Guerra Cox y otra con el Centro Médico Las Palmeras de San Isidro Sociedad Anónima sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y los devolvieron.-

SS. TICONA POSTIGO; CARRIÓN LUGO; FERREIRA VILDOZOLA; PALOMINO GARCÍA; HERNÁNDEZ PÉREZ.

Resolución contractual: Pago posterior de una cuota no deja sin efecto resolución

Si el demandado efectuó el pago de una de las seis cuotas que le debía al banco con posterioridad a la comunicación de la resolución del contrato efectuada por el banco debido al incumplimiento de aquel, no es razonable argumentar que el pago de la cuota mencionada implica dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por el banco.

EXPEDIENTE N° 143-2005

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS

Miraflores, veinticuatro de junio de Dos mil cinco

AUTOS Y VISTOS:

Viene en grado de apelación la resolución corriente de fojas ciento treintisiete a fojas ciento treintinueve, su fecha once de febrero de dos mil cinco, que declara infundada la contradicción formulada por los ejecutados en el escrito corriente de fojas ciento veintiuno a fojas ciento veintiséis y ordena el remate del bien dado en garantía; interviniendo como Vocal ponente el señor Yaya Zumaeta; y,

ATENDIENDO:

Primero: A que, los argumentos de los apelantes vertidos en el recurso vertical corriente de fojas ciento cuarenticuatro a fojas ciento cuarentiocho, se resumen básicamente en lo siguiente: i) que en el escrito de contradicción han demostrado que se llegó a un acuerdo para regularizar las cuotas adeudadas, por lo cual la supuesta resolución contractual quedó sin efecto, y, ii) que no obstante las Cartas Notariales cursadas por el Banco, dando por resuelto el contrato, la entidad financiera siguió recibiendo pagos por las cuotas de mayo, junio, julio, agosto y septiembre, adeudando a la fecha del escrito de demanda únicamente dos cuotas del crédito, no habiéndose producido la causal de resolución establecida en el literal f) de la cláusula vigésimo cuarta del contrato de compraventa y mutuo con garantía hipotecaria recaudado a la demanda.

Segundo: A que, del literal f) de la cláusula vigésimo cuarta del contrato de compra venta y de mutuo con garantía hipotecaria, elevado a Escritura Pública con fecha dos de setiembre de mil novecientos noventa y seis, se advierte que las partes celebrantes pactaron que en caso el deudor (los aquí ejecutados) dejara de pagar una o más cuotas en los plazos ahí establecidos, el Banco podría dar por vencidos todos los plazos otorgados (resolviendo aparentemente de ese modo el

contrato, conforme a la cláusula veintitrés) procediendo al cobro del saldo total del mutuo, así como a ejecutar la hipoteca otorgada.

Tercero: A que, mediante Carta Notarial del trece de setiembre de dos mil cuatro, obrante a fojas ochenticinco, la entidad ejecutante comunicó a los demandados su decisión de poner término al mencionado contrato dando por vencidos todos los plazos concedidos, motivados por el incumplimiento del pago a esa fecha de seis de las cuotas pactadas, luego de lo cual con fecha veinte de setiembre del mismo año los demandados cancelaron al Banco de Crédito del Perú la suma de un mil novecientos treinticuatro dólares americanos con sesentiocho centavos de dólar².

Cuarto: A que, así mismo, mediante Carta Notarial del seis de octubre del año último pasado, el Banco ejecutante comunicó nuevamente a los demandados su decisión de dar por vencidos todos los plazos acordados informándoles además que a esa fecha lo adeudado por ellos equivalía a cinco cuotas de las pactadas, esto es una menos que la indicada en la Carta Notarial anterior, dando por cancelada una de las seis cuotas anteriormente requeridas, lo cual se advierte del Estado de Cuenta de Saldo Deudor recaudado a la demanda, corriente a fojas cuarentidós y fojas cuarentitrés.

Quinto: A que, de lo expuesto se desprende con claridad que los ejecutados se encontraban adeudando las cinco cuotas mencionadas en dicha Carta, las cuales se han venido reduciendo con los pagos efectuados con fechas trece de octubre, dieciséis de noviembre y dieciséis de diciembre de dos mil cuatro, esto es con posterioridad a la comunicación del Banco de dar por finalizado el contrato, por lo que dichos aportes deben ser aplicados conforme al artículo un mil doscientos cincuentisiete del Código Civil, conforme lo ha señalado el a quo en el sexto considerando de la apelada, careciendo en consecuencia de sustento el argumento de los apelantes anotado en el primer punto de la presente resolución.

Sexto: A que, respecto a que en virtud a los pagos efectuados la “resolución” del contrato habría quedado sin efecto, cabe señalar que con lo arriba expuesto dicho argumento ha sido desvirtuado, a lo que se debe anotar el hecho que los ejecutados no han presentado al inferior en grado ni a esta instancia ad quem documento probatorio alguno que evidencie lo afirmado, de lo que se advierte que la alzada ha sido emitida de conformidad con los hechos probado y el derecho a ellos aplicable, mereciendo ser confirmada.

Por tales razones y de conformidad con lo establecido además por el artículo trescientos ochentitrés del Código Procesal Civil;

RESOLVIERON:

CONFIRMAR la resolución apelada de fecha once de febrero de dos mil cinco, corriente de fojas ciento treintisiete a fojas ciento treintinueve, su fecha once de febrero de dos mil cinco, que declara infundada la contradicción a la ejecución formulada por los ejecutados en el escrito corriente de fojas ciento veintiuno

a fojas ciento veintiséis y ordena el remate del bien dado en garantía; con lo demás que contiene; en los seguidos por BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ con DAVID AUGUSTO BRACALE DELGADO Y OTRA sobre EJECUCIÓN DE GARANTÍA HIPOTECARIA; notificándose las partes mediante cédula y devolviéndose. –

- 1 Cuyo Testimonio corre de fojas doce a fojas veintiocho, las cláusulas veintitrés y veinticuatro aparecen a fojas veintitrés (reverso) y a fojas veinticuatro (anverso), respectivamente.
- 2 Conforme se advierte de las copias legalizadas corrientes a fojas ciento trece

Compraventa: Competencia en caso de resolución de contrato

Los efectos jurídicos de la resolución de un contrato conlleva la restitución de las prestaciones por lo que corresponde aplicar lo preceptuado en el artículo 2058 inciso 1 del Código Civil, referido a la competencia exclusiva de los tribunales peruanos, cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes de la República, al margen del nomen iuris de la pretensión y del hecho de haberse pactado la posibilidad de demandar fuera del país.

CASACIÓN N° 1609-2007-LIMA

Lima, cinco de julio de dos mil siete

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número mil seiscientos nueve guión dos mil siete en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente resolución: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por los demandantes Segundo Ángel Mendocilla Martínez y Flor Violeta Arribasplata Becerra de Mendocilla, contra la resolución de vista de fojas ciento treinta y nueve del cuaderno de excepciones, su fecha once de septiembre de dos mil seis, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando el auto apelado contenido en la resolución número cinco de fojas ciento cinco, su fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco, declara fundada la excepción de incompetencia formulada por el codemandado Marco Hermilio Díaz Neira, absteniéndose de emitir pronunciamiento respecto de las demás excepciones deducidas, nulo todo lo actuado y concluido el proceso; en los seguidos contra Marco Herminio Díaz Neira y Chasquitour II. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, sobre resolución de contrato y otros. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Esta Sala Suprema ha estimado procedente el recurso de casación mediante resolución de fecha nueve de mayo último, por la causal prevista en el inciso 39 del artículo 386 del Código Procesal Civil, sobre contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, fundándose el recurso en que no se ha tenido en cuenta que los Tribunales peruanos son competentes para conocer la presente demanda, la que se sustenta en los contratos de compromiso de contratar y de compraventa, de fechas cuatro de febrero y nueve de marzo de dos mil cuatro, celebrados originariamente por el promitente vendedor (hoy demandado) Marco Hermilio Díaz Neira y como promitentes compradores los hoy demandantes, respecto de la empresa Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, ubicada en la ciudad de Lima-Perú, cuya titular es Giovanna Díaz (hija del promitente vendedor citado), así como de la empresa “Mim Inter Ame-

rican Business And Trade Corporation DBA Chasquitour” con sede en Florida-Estados Unidos de América; celebrándose sucesivamente el contrato de compraventa entre las mismas partes, por el precio de seiscientos cincuenta mil dólares americanos; quedando entendido que ambas empresas son totalmente diferentes y autónomas, resultando que la primera empresa se encuentra regida por las leyes del Perú porque ha sido constituida y tiene sus bienes dentro del país, por lo que la compraventa de la misma implicaba no solamente la transferencia real o patrimonial de sus bienes, sino también una obligación personal, presentándose los supuestos previstos en los incisos 19 y 2 del artículo 2058 del Código Civil, respecto de la competencia de los Tribunales peruanos para conocer acciones relativas a derechos reales sobre bienes ubicados dentro del país, y de acciones que se deriven de contratos o hechos realizados en territorio peruano, resultando una competencia de carácter exclusiva, según se alega, por lo que se sostiene que el Colegiado Superior ha infringido las citadas normas al considerar que la eficacia o ineficacia de los contratos antes mencionados no son materia de conocimiento de los Tribunales peruanos; infringiendo el artículo 17 del Código Procesal Civil que establece la competencia del Juez del domicilio de la persona jurídica demandada, que en el presente caso está constituida por la empresa Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, con domicilio en el Perú; no habiéndose solicitado la conciliación extrajudicial ni es objeto de la demanda la otra empresa que tiene domicilio en los Estados Unidos de América. **3. CONSIDERANDOS: Primero.-** Que, el Título Segundo del Libro X del Código Civil, sobre Derecho Internacional Privado, regula la Competencia Jurisdiccional en esta materia, previendo el artículo 2057 la competencia de los tribunales peruanos para conocer acciones contra domiciliados en el país y el artículo 2058 la competencia de dichos tribunales para conocer las acciones de contenido patrimonial contra personas domiciliadas en el extranjero. **Segundo.-** Que, en el tema de la competencia jurisdiccional en materia de Derecho Internacional Privado debe distinguirse la competencia facultativa y la competencia exclusiva: en la primera la materia de la acción iniciada puede ser conocida a elección del demandante, por un tribunal peruano, o por un tribunal extranjero, supuesto este último en el que se deberá solicitar el reconocimiento de la sentencia extranjera en el país; en cambio, en la segunda, la materia sobre la que versa la acción solamente puede ser conocida por un Tribunal Peruano, y no se admite el reconocimiento de la sentencia extranjera que se emita, conforme al artículo 2104 del Código Civil, y cuyo criterio ha sido también expresado por la doctrina, como es el caso de los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil, quienes expresan las diferencias entre la competencia facultativa y la exclusiva, señalando respecto de lo primera lo siguiente: “(...) el demandante tiene también la posibilidad de iniciar su acción ante un juez extranjero y conseguir posteriormente el reconocimiento de la sentencia que se dicte en el Perú, e incluso ejecutar la decisión así obtenida en nuestro territorio”; y en relación a la segunda señalan lo siguiente: “Existen así una serie de supuestos en los que el legislador peruano ha dispuesto que solo pueden considerarse como válidamente resueltos cuando el juicio se sigue ante su fuero. En consecuencia, aun cuando otros Esta-

dos consideren a sus tribunales como competentes para avocarse al litigio, la resolución que derive del mismo no será posible ejecutar en territorio peruano”. (“Derecho Internacional Privado”. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. Lima - mil novecientos ochenta y siete. Páginas doscientos nueve - doscientos diez). **Tercero.-** Que, la competencia exclusiva a favor del tribunal peruano obedece a la naturaleza de la materia sobre los que versa la acción, materias que el legislador ha considerado que tienen una vinculación especial con el país y por lo tanto solamente puede ser conocida por un tribunal peruano. **Cuarto.-** Que, el artículo 2058 del Código Civil establece lo siguiente: “Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los siguientes casos: 1.- Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República. Tratándose de predios dicha competencia es exclusiva; 2.- Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio. Tratándose de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, dicha competencia es exclusiva; 3.- Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, contemporáneo o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva”. **Quinto.-** Que, la citada norma regula la competencia del tribunal peruano en acciones de contenido patrimonial, estableciendo algunos supuestos de competencia facultativa y los supuestos de competencia exclusiva, previendo dentro de estos últimos las acciones que versan sobre derechos reales situados en el país si se trata de predios, de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados en el país o cuyos resultados se hayan producido en la República, y cuando existe pacto de sometiendo expreso a jurisdicción peruana. **Sexto.-** Que, en el caso submateria los actores Segundo Ángel Mendocilla Martínez y Flor Violeta Arribasplata Becerra han interpuesto demanda acumulada contra Marco Hermilio Díaz Neira y la empresa Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, mediante escrito de fojas sesenta y seis a ochenta y tres, subsanado a fojas ochenta y ocho a noventa y cuatro, formulando las pretensiones de resolución del contrato de compromiso de contratar y promesa de hecho de un tercero de fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro, y del contrato privado de compraventa de fecha nueve de marzo de dos mil cuatro, devolución de las sumas de doscientos cincuenta mil y cien mil dólares americanos, e indemnización por daños y perjuicios. **Séptimo.-** Que, mediante el contrato de compromiso de contratar y promesa de hecho de tercero de fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro, suscrito entre Marco Díaz Neira y Segundo Ángel Mendocilla Martínez, el primero de ellos se comprometió a celebrar un contrato de compraventa por el cual se entregaría al segundo y su esposa la propiedad de la empresa Mim Inter American Business and Trade Corporation DBA Chasquitour, con domicilio en el Estado de Florida de los Estados Unidos de América; y, asimismo, el primero de los nombrados se comprometió a que su hija Giovanna Díaz celebre con los compradores un contrato de compraventa de los derechos que como ti-

tular tenía en la empresa peruana Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, acordándose el precio por cada uno de las referidas empresas. **Octavo.-** Que, por contrato privado de compraventa de fecha nueve de marzo de dos mil cuatro, celebrado por el nombrado Marco Hermilio Díaz Neira, en calidad de propietario de Mim Inter American Business and Trade Corporation DBA Chasquitour, y Simeón Alcides Santa Cruz Fernández, quien invocó la calidad de apoderado de Giovanna Díaz (hija del citado Marco Hermilio Díaz Neira), siendo ella Titular de Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como vendedores; y Flor Violeta Arribasplata Becerra y Segundo Ángel Mendocilla Martínez, como compradores, se acordó a favor de los segundos la venta de los derechos del titular de la empresa Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y de la propiedad de Mim Inter American Business and Trade Corporation DBA Chasquitour, con las especificaciones y obligaciones que contiene el referido contrato, pactándose en la cláusula décimo cuarta lo siguiente: “Las partes renuncian al fuero de sus domicilios y se someten a elección de los vendedores a la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales del Estado de Florida de los Estados Unidos de Norteamérica y/o Lima-Perú, para cualquier controversia que se origine en la interpretación o ejecución de las obligaciones establecidas en la presente addenda o en el contrato de compromiso de contratar y promesa de hecho de tercero, inclusive si la controversia está referida a la validez de dichos actos jurídicos”. **Noveno.-** Que, en el contrato de compromiso de contratar y promesa de hecho de un tercero de fecha cuatro de febrero del dos mil cuatro, y en el contrato privado de compraventa de fecha nueve de marzo del mismo año, fueron materia de negociación y de venta la propiedad de una empresa norteamericana denominada Mim Inter American Business and Trade Corporation DBA Chasquitour, con sede en el Estado de Florida de los Estados Unidos de Norteamérica; y los derechos del titular de una empresa peruana denominada Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, cuya inscripción consta en la Partida número cero uno cuatro uno seis dos ocho seis de la Oficina Registral de Lima, conforme obra a fojas ciento cinco y ciento seis del expediente principal, y cuyos activos también se transferirían como un todo patrimonial inmobiliario, incluyendo las tiendas números diecinueve, veinte y veintiuno de la Avenida Larco, según la cláusula cuarta del contrato de compromiso de contratar y promesa de hecho de un tercero, lo que fue precisado en la cláusula octava del contrato de privado de compraventa. **Décimo.-** Que, las instancias de mérito han amparado la excepción de incompetencia basadas en la cláusula décimo cuarta del contrato privado de compraventa, respecto de que los demandantes estaban facultados para formular su acción ante los Jueces y Tribunales de Florida-Estados Unidos de Norteamérica, y al hecho que se viene siguiendo un proceso ante dicho Estado por el precitado Marcos Hermilio Díaz Neira y Mim Inter American Business and Trade Corporation DBA Chasquitour contra (los hoy actores) Flor Violeta Arribasplata Becerra y Segundo Ángel Mendocilla Martínez, y Gladys Huere, en donde el Juez del Décimo Primer Circuito Judicial del Condado de Dade, Miami Florida, ha concedido una petición de legitimación reivindi-

catoria antes de fallo definitivo y medida cautelar respecto de la administración y gestión de la empresa Mim Inter American Business and Trade Corporation DBA Chasquitour, conforme obra en la correspondiente resolución que corre traducida de fojas veintiuno a veinticuatro del cuaderno de excepciones. **Undécimo.-** Que, empero, las referidas instancias no han examinado que los contratos celebrados entre las partes fueron no solamente respecto de una empresa extranjera, sino de una empresa peruana cuyo patrimonio se encontraría en el país, y que en todo caso correspondía examinar razonadamente el supuesto de competencia exclusiva en relación a dicha empresa peruana, conforme al artículo 2058 inciso 1 del Código Civil, en cuanto a la competencia sobre predios ubicados en el país, respecto de acciones reales. **Duodécimo.-** Que, si bien en el presente caso se ha demandado la resolución de los contratos de compromiso de contratar y de hecho de un tercero, y del contrato privado de compraventa, así como la devolución de lo pagado e indemnización por daños y perjuicios, no se ha examinado los efectos jurídicos de la resolución de un contrato que conlleva a la restitución de las prestaciones que pueden afectar bienes y el patrimonio respecto de una empresa y los bienes con efectos reales, en cuyo caso correspondía analizar la finalidad de lo preceptuado en el artículo 2058 inciso 1g del Código Civil, en cuanto a la competencia exclusiva, al margen del *nomen juris* de la pretensión, considerando los efectos jurídicos de la misma. **Décimo Tercero.-** Que, en consecuencia, no se ha expresado la fundamentación correspondiente y razonada respecto de la excepción deducida, ni se ha analizado la observancia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva respecto de la pretensión formulada por los demandantes en relación a la resolución de contrato y los efectos jurídicos respecto de una empresa peruana; incurriéndose en infracción de lo previsto en el artículo 122 inciso del Código Procesal Civil, y del derecho a un debido proceso, por lo que corresponde amparar el recurso de casación y declarar nula la resolución de vista, a fin de que el Colegiado Superior Ad quem expida nueva resolución con arreglo a ley; en aplicación de lo preceptuado en el inciso 24 numeral 2.3 del artículo 396 del Código Procesal Civil. 4. **DECISIÓN:** Por tales consideraciones: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Segunda Ángel Mendocilla Martínez y Flor Violeta Arribasplata Becerra de Mendocilla corriente a fojas ciento setenta y dos; en consecuencia, **NULA** la resolución de vista de fojas ciento treinta y nueve del cuaderno de excepciones, su fecha once de septiembre de dos mil seis. b) **MANDARON** que la Sala Superior de origen expida nueva resolución con arreglo a ley, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos con don Marco Herminio Díaz Neira y Chasquitour II Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, sobre resolución de contrato y otros conceptos; actuando como Vocal Ponente el señor Carojulca Bustamante; y los devolvieron.

SS. VÁSQUEZ VEJARANO, CARRIÓN LUGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES.

Saneamiento por evicción: Limitaciones del saneamiento en ventas forzosas

El transferente queda obligado al saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia. En este caso, el adquirente podrá exigir al obligado la restitución del valor del bien al momento de la evicción, el pago de intereses, tributos, gastos, costas, indemnización por daños y perjuicios, entre otros; potestades que emanan de la aplicación de la norma de Derecho Privado consagrada en el artículo 1495 del Código Civil, por tratarse de un contrato surgido de la libre manifestación de voluntad de las partes. Situación que será distinta tratándose de un contrato que sea producto del cumplimiento forzoso de la ley, concerniente al Derecho Público, en el cual los efectos del saneamiento estarán limitados a la restitución del precio que produzca la transferencia, de acuerdo al numeral 1490 del citado Código.

CASACIÓN N° 3752-2002

Lima, veintitrés de mayo del dos mil tres

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa tres mil setecientos cincuentidós-dos mil dos, con los acompañados; en audiencia pública el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por The American Investment Company Limited, contra la sentencia de vista de fojas mil doscientos veinticinco, su fecha primero de julio del dos mil dos, que confirmando la apelada obrante a fojas mil diecisiete, fechada el doce de octubre del dos mil uno, declara principalmente improcedente la demanda respecto de las pretensiones de saneamiento e indemnización; y, fundada la misma solo en cuanto a la pretensión de Pago de Soles;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Corte mediante resolución de fecha diecisiete de enero del año en curso ha estimado procedente el recurso por la causal de inaplicación de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; expresando la recurrente como fundamentos: a) que la pretensión principal de la actora si tiene sustento legal toda vez que habiendo sido adquirente del inmueble subjúdice de entonces propiedad de los codemandados, acreedores del Banco junto con la demandada Inmobiliaria Malta Sociedad Anónima, todos estos transferentes están obligados al saneamiento por hecho propio que disminuye

el valor del bien, lo hace inútil para su finalidad o reduce sus cualidades para ese efecto, de conformidad con los artículos mil cuatrocientos ochenticinco, mil quinientos cinco, mil quinientos veinticuatro y mil quinientos treintitrés del Código Civil; y, por ello de acuerdo al art. mil quinientos trece del acotado, la actora, como adquirente, puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos por razón del vicio; que entonces al no obligarse a ello a los demandados, lo que se está haciendo es exonerarlos de su obligación de saneamiento, lo que está prohibido por el art. mil quinientos veintiocho del Código Sustantivo; y, b) que entonces al no actuar los demandados conforme a sus obligaciones incurrieron en actos que se encuentran sancionados con la obligación de indemnizar al perjudicado con ellos, de acuerdo a los artículos mil novecientos sesentinueve, mil novecientos setentiocho y mil novecientos ochenticinco del Código material, dado que estaban obligados a actuar conforme a las normas de los contratos contemplados en los artículos mil trescientos setentitrés, mil trescientos ochentinueve y mil trescientos sesentiuno del mismo Código;

CONSIDERANDO: Primero.- Que de conformidad con el art. ciento cuarenta del Código Civil, el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; lo que significa, de un lado, que es la voluntad la generadora del acto jurídico; y, de otro lado, atendiendo a que las personas por su propia voluntad no pueden variar o modificar relaciones o hechos jurídicos creados o dispuestos por Ley, la voluntad a que se refiere el citado art. es de naturaleza privada; tal como lo señala la doctrina nacional al sostener “(...) que la voluntad que genera el acto jurídico es la de un sujeto que actúa simplemente como tal, como un sujeto de derecho y por eso el acto jurídico incide sobre toda clase de relaciones jurídicas sean patrimoniales o extrapatrimoniales, o trátase de derechos crediticios o reales, sucesorios, de familia o personalísimos (...)” (Fernando Vidal Ramírez. *Teoría del Acto Jurídico*, mil novecientos ochenticuatro, página treintiuno); **Segundo.-** Que por tal razón, la voluntad generadora del acto jurídico regulado por el Código Civil se encuentra comprendido en el ámbito del Derecho Privado; en cambio, el acto producto del ejercicio de una potestad jurisdiccional o administrativa, se encuentra comprendido en el ámbito del Derecho Público; **Tercero.-** Que en ese sentido, cuando los artículos mil cuatrocientos noventiuno y mil cuatrocientos noventidós del Código material establecen que hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien; y que en virtud a ello el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor, lo prescriben así debido a que el contrato a que se refieren proviene del acuerdo al que han llegado la libre manifestación de voluntad de las partes contratantes, perteneciente al Derecho Privado; y, no cuando ha sido producto del cumplimiento de la Ley; tal como ocurre en las ventas forzadas para cuyos casos el saneamiento se limita a la restitución del precio que produzca la transferencia, conforme lo establece taxativamente el art. mil

cuatrocientos noventa del Código Civil, esto es, el adquirente, de presentarse el caso, tiene derecho única y exclusivamente, respecto del saneamiento, a la restitución del precio; **Cuarto.-** Que en el presente caso, la empresa recurrente interpone demanda acumulada de Saneamiento por Hecho Propio del Transferente, e Indemnización por Daños y Perjuicios, basado en que el inmueble subjúdice, de entonces propiedad de Raúl Flores Rodríguez y cónyuge, el cual adquirió por remate público del quince de marzo de mil novecientos noventicinco, derivado del proceso sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria seguido por el entonces Banco del Libertador contra Malta Sociedad Anónima y la citada sociedad conyugal, fue desmantelado por el ex propietario Raúl Flores Rodríguez, disminuyendo considerablemente su valor y reduciendo sus cualidades; y la dirige contra todas las personas íntervinientes en el citado proceso ejecutivo; amparándose en los arts. mil cuatrocientos ochenticinco, mil quinientos cinco, mil quinientos trece, mil quinientos veinticuatro y mil quinientos treintitrés del Código Civil; así como también en los arts. mil trescientos setentitrés, mil trescientos ochentinueve, mil novecientos sesenta, mil trescientos sesentiuno, mil novecientos sesentinueve, mil novecientos setentiocho y mil novecientos ochenticinco del mismo Código; **Quinto.-** Que siendo ello así, resulta evidente la razón por la cual tanto el a quo como el ad quem han inaplicado los artículos que invoca la recurrente, declarando la Improcedencia de dichas pretensiones; toda vez que proviniendo el entonces derecho de propiedad de la recurrente de una venta forzada, que se encuentra comprendida en el Derecho Público, el art. mil cuatrocientos noventa del Código material, faculta, conforme ya se indicó, a que el transferente, de producirse el caso, tenga derecho única y exclusivamente a la restitución del precio que produzca la transferencia del bien, pretensión que no es la planteada; por lo que la referida inaplicación de normas se encuentra arreglada a Ley; debiendo ser en otra pretensión, distinta al saneamiento, que la recurrente reclame el pago del valor de lo sustraído y la indemnización correspondiente, si hubiere lugar, a las personas responsables del hecho; **Sexto.-** Que en consecuencia y de conformidad con el art. trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; Estando a las consideraciones que preceden, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil doscientos ochentisiete; en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas mil doscientos veinticinco su fecha primero de julio del dos mil dos; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos del recurso así como la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por The American Investment Company Limited con el Banco del Libertador y otros; sobre Obligación de Saneamiento y otros; y los devolvieron.-

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; AGUAYO DEL ROSARIO; LAZARTE HUACO; PACHAS ÁVALOS.

Saneamiento por evicción: Vicios conocibles por el adquirente

Si luego de realizada la entrega del bien, el adquirente detecta defectos en el mismo que no permitan darle el uso para el cual estaba destinado, no será procedente el saneamiento por vicios ocultos si no se llega a probar la existencia de estos al momento de la celebración del contrato, siendo de aplicación la norma del artículo 1504 que establece que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias.

EXPEDIENTE N° 1167-2000

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA CIVIL PARA PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 19 de junio de 2000

VISTOS, interviniendo como vocal ponente la señora Ampudia Herrera; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, las pretensiones de resolución del contrato de compraventa del vehículo de placa de rodaje UG-1645, celebrado entre las partes el 12 de agosto de 1996 impetrada por los demandantes de fojas 10 a 17 y la del pago de US\$. 20,000.00 dólares americanos, más intereses legales costas y costos, incoada por los emplazados en la demanda acumulada, de fojas 187 a 191, se encuentran estrechamente vinculadas, al provenir de la misma relación jurídica obligacional, de tal manera que el amparo de una pretensión daría lugar al desamparo de la otra. **Segundo.-** Que, el recurrente basa su apelación en que el referido contrato no indica causal alguna de resolución que favorezca a los demandantes; por lo que es menester proceder al análisis de las causales de resolución del contrato invocadas en la demanda, advirtiéndose de la misma que, de acuerdo a lo manifestado por los actores, luego de verificada la entrega del vehículo, detectaron una serie de defectos, que no permitían el funcionamiento para el que estaba destinado el bien; agregan además, que los demandados no han cumplido con pagar a la Casa Comercial Grupo San Antonio la deuda que se encontraba pendiente al momento de la celebración del contrato, ascendente a US\$. 20,000.00 dólares americanos, pese a que su parte ha cumplido con la entrega de US\$. 10,000.00 dólares americanos, conforme a lo pactado en la cláusula segunda del contrato. **Tercero.-** Que, el precio del referido vehículo conforme al contrato de compraventa de fojas 3 y 4, asciende a la suma de US\$. 31,000.00 dólares americanos, habiéndose previsto su pago con una cuota inicial de US\$. 4,000.00 dólares americanos y cuotas mensuales que allí se detallan. **Cuarto.-** Que, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 169 del Código Civil, las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de ellas. **Quinto.-** Que, si bien, de la cláusula segunda del referido contrato consta que

respecto a la deuda que el vendedor tiene pendiente a favor del Grupo San Antonio, la misma sería cancelada por los demandados con las cuotas mensuales que los demandantes irían abonando por concepto de pago del aludido vehículo; sin embargo en dicha cláusula no se establece a partir de cuándo tendría que ser satisfecha esta obligación por el vendedor, de manera tal que siendo el precio total de vehículo el de US\$. 31,000.00 dólares americanos y la deuda de cargo de los demandados para con el Grupo San Antonio de US\$. 20,000.00 dólares americanos, era imperativo en los contratantes determinar este aspecto, que al no haberse pactado ello, y siendo que el saldo por cancelar asciende a un monto superior, cuya diferencia con la deuda pendiente asciende a US\$. 11,000.00 dólares americanos, habiendo cancelado el comprador solo la suma de US\$. 10,000.00 dólares americanos, conforme el mismo lo reconoce en su demanda de fojas 10 a 17, debe interpretarse que el vendedor estaba dentro del margen de disposición que le permitía cancelar a futuro la acreencia pendiente con el Grupo San Antonio. **Sexto.-** Que, por el contrario, se advierte del argumento de defensa del presente proceso y de la demanda acumulada, que es el demandante quien ha incumplido con el pago que le corresponde. **Sétimo.-** Que, con relación a los defectos que, según precisan los actores, han encontrado con posterioridad a la celebración del contrato, además de no haberse aportado medio probatorio tendiente a acreditar su existencia, debe estarse a lo dispuesto por el Art. 1511 concordado con el Art. 1504 del Código Civil, de acuerdo al cual no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias, de donde se puede colegir que las causales de resolución invocadas en la demanda no se han configurado. **Octavo.-** Que, con respecto a la pretensión alternativa propuesta en la demanda, debe precisarse que no ha interpuesto la parte demandante medio impugnatorio alguno tendiente a cuestionar este extremo de la resolución, por lo que debe estarse a lo dispuesto por el inc. 2 del Art. 123 del CPC; por cuyas consideraciones: **REVOCARON** la sentencia de fojas 290 a 297, expedida por resolución N° 13, su fecha 31 de enero último, en los extremos materia de apelación, que declaran: fundada en parte la demanda y en consecuencia declara resuelto el contrato privado de compraventa del vehículo de placa de rodaje UQ 1645, del 12 de agosto de 1996, e infundada la demanda de obligación de dar suma de dinero de fojas 150 a 152, **REFORMÁNDOLA** declararon infundada la pretensión de resolución del contrato y consecuente entrega de vehículo; y fundada la demanda de Obligación de Dar Suma de Dinero de fojas 150 a 152 y en consecuencia que los demandantes cumplan con pagar a los demandados la suma de US\$. 20,000.00 dólares americanos, más intereses legales, costas y costos; y los devolvieron, en los seguidos por Walter Tito Carrasco Soto y otra contra Maximiliano Cavalcanti Urbina y otra sobre Resolución de contrato y otros.

SS. GONZALES RÍOS, AMPUDIA HERRERA, VIZCARRA ZORRILLA.

Saneamiento por hecho propio del transferente: Efectos

Tratándose de la transferencia de un bien que dé lugar al saneamiento por hecho propio del transferente, la misma autorizará al adquirente a ejercer de modo excluyente las acciones redhibitoria o estimatoria, a partir de las cuales el transferente quedará obligado al pago de los tributos que como consecuencia del acto traslativo hayan sido asumidos por el adquirente, entre otros conceptos. De lo cual se colige que si este no ejercita ninguna de las dos acciones mencionadas, no podrá exigir por la vía del saneamiento el pago de los referidos tributos.

EXPEDIENTE N° 4047-99

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA CIVIL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 30 de diciembre de 1999

VISTOS; interviniendo como Vocal ponente la señora Maita Dorregaray, por sus propios fundamentos y:

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, es materia de apelación la sentencia de fojas 78 a 83 de autos, su fecha 24 de junio del año en curso la misma que declara fundada en parte la demanda de fojas 30 a 34, subsanada de fojas 50 a 51.

Segundo.- Que, es sustento de la apelación el hecho que el demandante no ha demostrado que las pruebas existentes no le permiten ejercitar libremente su derecho de propiedad.

Tercero.- Que, como se puede verificar de autos a fojas 30, corre el escrito de la demanda, por medio del cual el accionante solicita saneamiento por hecho propio del transferente, más una indemnización por daños y perjuicios solicitando, asimismo, que el demandado pague los arbitrios municipales atrasados.

Cuarto.- Que, como se desprende del artículo 1525 del Código Civil el adquirente, en razón del saneamiento por hecho propio del transferente, puede ejercer la acción resolutoria o estimatoria de acuerdo a lo prescrito por los artículos 1511 y 1513 del Código citado, de modo excluyente.

Quinto.- Que, tal como se observa del petitorio de la demanda, el actor no ha ejercido ni una, ni la otra acción, que se han mencionado, sino que ha solicitado el saneamiento del inmueble, en cuanto se refiere a que el demandado pague los arbitrios atrasados.

Sexto.- Que, siendo ello así, lo demanda deviene en improcedente, habida cuenta que el petitorio es jurídicamente imposible, de acuerdo a lo prescrito por el

inciso 6 del artículo 427 del CPC, dado que el petitorio comprende acciones que no corresponden a la institución incoada de saneamiento por hecho propio del transferente.

Sétimo.- Que, atendiendo a que el demandante ha tenido motivos razonables para interponer la presenta acción, resulta pertinente que se le exonere del pago de costos y costas procesales de acuerdo a lo prescrito por el artículo 412 del Código Adjetivo citado, por lo que estando a lo expuesto; **REVOCARON** la sentencia venida en grado de apelación, de fojas 78 a 83, de fecha 24 de junio del año en curso, que declara fundada en parte la demanda, y **REFORMÁNDOLA** declararon: Improcedente la misma sin costos ni costas, y los devolvieron. En los seguidos por Renán Sánchez Campos contra Alfredo Pun Mac Long sobre Indemnización.

Lesión: Nulidad de la renuncia a la acción rescisoria por lesión

En un proceso en el que se demande la rescisión de contrato por causal de lesión será inoponible la cláusula por la que alguna de las partes haya renunciado a su derecho de interponer la acción por lesión, toda vez que dicha cláusula será nula en aplicación del precepto recogido por el artículo 1453 del Código Civil que establece de manera imperativa la nulidad de la renuncia a la acción por lesión, norma sustentada en el orden público.

EXPEDIENTE N° 4061-98

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA DE PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 9 de diciembre de 1998

VISTOS; Interviniendo como Vocal ponente el señor Braithwaite Gonzales; por sus fundamentos y **CONSIDERANDO**, además: **Primero.-** Que, la sentencia ha sido apelada solo por la parte demandada de modo que el pronunciamiento del Colegiado se referirá únicamente respecto al agravio que pudiera afectarla; **Segundo.-** Que, los fundamentos de hecho de la demanda se encuentran probados con los documentos que se anexan a la misma: a) contrato de fojas 3 a 6 y b) contrato de fojas 7 a 13; **Tercero.-** Que, comparando dichos documentos se evidencia la causal de lesión invocada, prevista en los artículos 1447, 1448 y 1452 del Código Civil, por lo que debe ampararse la demanda; **Cuarto.-** Que, en cuanto a la argumentación de los demandados expuesto en su recurso de apelación en el sentido que debe prevalecer la cláusula novena del contrato de transferencia que vinculó a los justiciables su fecha 22 de octubre de 1996, carece de relevancia jurídica de acuerdo a lo establecido en el artículo 1453 del Código Sustantivo, que estatuye “que es nula la renuncia a la acción por lesión”; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas 114 a 119, su fecha 31 de agosto del año en curso, que declara fundada en parte la demanda de fojas 19, y ordena que los demandados doña Angélica Fortunata Ayre Villa y don Alex Edgar Acuña Ayre paguen la suma de U.S.\$ 40.000,00 dólares americanos que es la diferencia del precio de las acciones y derechos que corresponden a la actora doña Francis Verónica Croas Flores con lo demás que contiene; y los devolvieron, en los seguidos por Francis Verónica Croas Flores contra Alex Edgar Acuña Ayre sobre rescisión de contrato.

SS. TORRES CARRASCO; BARRERA UTANO; BRAITHWAITE GONZALES.

Lesión: Procedencia de la acción de reajuste

La acción de reajuste procede cuando resulta imposible que aquel contra quien se ha demandado la rescisión del contrato por causal de lesión devuelva la prestación recibida por el lesionado, y siempre que concurran los supuestos de desproporción y aprovechamiento establecidos que definen la lesión. A través de esta acción la parte lesionada es compensada mediante el reajuste del valor de las prestaciones con base en un criterio de proporcionalidad.

EXPEDIENTE N° 2153-98

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA DE PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 5 de octubre de 1998

VISTOS, interviniendo como Vocal ponente el señor Carbajal Portocarrero; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, conforme se aprecia del texto del contrato cuya copia obra a fojas 6, este no es un contrato preparatorio sino uno de compraventa de bien inmueble, en el que se pactó que el precio de venta del referido bien era de U.S.\$ 12.000,00 pagado mediante una cuota inicial de U.S.\$ 2.000,00 que fueron pactados como arras confirmatorias tal como señala el artículo 1478 del Código Civil; **Segundo.-** Que, el saldo del precio debía pagarse a razón de U.S.\$ 200,00 dólares diarios, a partir del 1 de setiembre de 1989 y durante 50 días sucesivos, hasta cumplir los U.S.\$ 10.000,00 dólares restantes; **Tercero.-** Que, la entrega del inmueble se fijó para después del 30 de enero de 1990, razón que el inquilino que aún usaba el bien, lo desocuparía en esa fecha; **Cuarto.-** Que, lo que se ha podido acreditar de las pruebas actuadas es el incumplimiento de la compradora respecto a la prestación a que se había obligado, razón por la cual la demanda incoada debe ser amparada; **Quinto.-** Que, la acción de reajuste por lesión que prevé el artículo 1452 del Código Civil puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las 2/5 partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, aspectos que no han sido acreditados de modo alguno por la reconviniente. Por estos fundamentos, **CONFIRMARON** la sentencia de fojas 328 a fojas 330 su fecha 28 de enero de 1998, que declaró infundadas las tachas deducidas a fojas 78 y 132; infundada la impugnación de fojas 151: **IMPROCEDENTE** la impugnación de fojas 158; **INFUNDADA** la reconvencción; **FUNDADA** la demanda de fojas 7 y en consecuencia se declara **RESUELTO** el contrato preparatorio celebrado el 13 de setiembre de 1989 entre Víctor Farfán Bermúdez y Sara Luz Mera Panduro, obrante a fojas 6, quedando las arras en poder del demandante; **FIJA** una indemnización a favor de Víctor Farfán Bermúdez ascendente a la suma de U.S.\$ 700,00; con costas; en los seguidos por Víctor Farfán Bermúdez con Sara Luz Mera Panduro sobre declaración de resolución; y los devolvieron.

SS. CARBAJAL PORTOCARRERO; BARRERA UTANO; BRAITHWAITE GONZALES

ÍNDICE GENERAL

Presentación	5
--------------------	---

Primera parte

ESTUDIOS

Obligaciones con cláusula penal

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre

Consideraciones generales	9
I. Funcionalidad de la cláusula penal	11
II. Exigibilidad de la cláusula penal	17
1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal.....	17
2. Constitución en mora del deudor	18
3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor.....	20
4. Momento de estipulación de la cláusula penal.....	23
5. Accesoriedad de la cláusula penal	24
6. Reducción de la cláusula penal	26

Mora

Aníbal Torres Vásquez

Introducción	45
I. Régimen legal de la mora	47
II. Concepto de mora	49
III. Mora e incumplimiento.....	50
IV. Requisitos de la mora.....	52
V. Mora del deudor. Análisis del artículo 1333	57
1. Definición.....	58
2. Sistemas de constitución en mora	60
3. La intimación como requisito de la mora.....	63
4. Los casos de mora automática	65
VI. Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero	70
VII. Mora en las obligaciones recíprocas.....	71
VIII. Efectos de la mora del deudor.....	73
IX. Prestación sin utilidad para el acreedor por efecto de la mora del deudor ..	76
X. Mora del acreedor	78
XI. Efectos de la mora del acreedor: indemnización de daños	81
XII. Efectos de la mora del acreedor: Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento	82
XIII. Purgación de la mora.....	84

La responsabilidad civil precontractual

Juan Espinoza Espinoza

I. Invocando inevitablemente a Jhering	87
II. Naturaleza de la responsabilidad civil precontractual	102
III. El rol protagónico de la buena fe en la responsabilidad precontractual	110
IV. El deber de informar como parte integrante del actuar conforme a la buena fe	124
V. La <i>due diligence investigation</i> dentro de la tratativa	129

La resolución del contrato y sus efectos

Rómulo Morales Hervias

Introducción	147
I. Efecto liberatorio	150
II. Irretroactividad de la resolución	150
III. Obligaciones de restitución y de reembolso	152
IV. Derechos de terceros	154
V. La obligación de resarcimiento	155
VI. Inmutabilidad de la cláusula de solución de controversias y de otras cláusulas por pacto expreso	158
Conclusión	158

La responsabilidad contractual en el Código Civil peruano de 1984

Gunther Hernán Gonzales Barrón

I. El Libro VI del Código Civil	159
II. Los dos tipos-base de lesión o infracción del crédito: la imposibilidad y la mora	160
III. La llamada <i>perpetuatio obligationis</i>	164
IV. Otra hipótesis de infracción del crédito: las contravenciones positivas.....	165
V. Responsabilidad contractual: dos acepciones	167
VI. Remedios para la tutela del crédito	169
VII. Distintos requisitos en los remedios de tutela del crédito	171
VIII. Resarcimiento: remedio de alcance general	175
IX. Relaciones entre los distintos remedios contractuales	178
X. Relaciones con las normas de saneamiento	179
XI. ¿Y la relación de causalidad?	183
XII. La tutela aquiliana del crédito	185

Consideraciones sobre la imposibilidad prestacional

Marco Antonio Ortega Piana

I. Premisas	191
II. La causa explicativa de la imposibilidad sobreviniente.....	196
III. La resolución contractual por imposibilidad	203
Bibliografía referencial	206

La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria ¿Y qué le pasó al bien? A propósito del *do ut des*

Jorge Alberto Beltrán Pacheco / Marco Andrei Torres Maldonado

Introducción	209
I. Obligación y prestación: Apuntes conceptuales para un marco general.....	212
II. Sobre las obligaciones con prestación de dar bien cierto	213
III. La imposibilidad sobreviniente (o sobrevenida) en la relación obligatoria....	217
IV. El riesgo: ¿Es posible un análisis acerca de su naturaleza jurídica?.....	220
V. La pérdida del bien en las obligaciones de dar bien cierto y teoría del riesgo: Una lectura de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil y sobre la asignación de responsabilidades	224
1. Pérdida y deterioro: Breves notas conceptuales.....	224
2. ¿Y quién es el responsable? A propósito de su asignación	228
VI. Apreciaciones finales	235

Resolución por incumplimiento contractual

Alfredo F. Soria Aguilar / Sofía Anchayhuas Coronado

I. Ineficacia del acto jurídico	237
1. Ineficacia estructural	238
2. Ineficacia funcional	238
II. La resolución contractual como supuesto de ineficacia funcional.....	239
III. Resolución por incumplimiento como derecho potestativo.....	239
IV. Presupuestos de la resolución por incumplimiento.....	240

a)	Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas	240
b)	Que exista incumplimiento	241
V.	Requisitos para la aplicación de la resolución por incumplimiento	241
a)	Que la prestación sea posible de ser cumplida.....	241
b)	Que el incumplimiento sea relevante	242
c)	Que el legitimado para ejercitar el derecho potestativo de resolución no haya inejecutado la prestación a su cargo	244
VI.	Mecanismos resolutorios establecidos por el Código Civil.....	244
1.	Resolución judicial.....	244
a)	Consecuencias de la notificación de la demanda	244
b)	La demanda de resolución judicial por incumplimiento constituye un acto de interpelación si es que no existiera situación moratoria previa.....	246
c)	Efectos de la sentencia resolutoria	247
2.	Resolución extrajudicial de la relación jurídica contractual	247
2.1.	Resolución por intimación (artículo 1429 del Código Civil).....	248
a)	Requerimiento a la parte infiel.....	249
b)	Fijación de plazo para la subsanación.....	249
c)	Apercibimiento resolutorio	251
2.2.	Resolución de pleno derecho (artículo 1430 del Código Civil).....	253

Nuevas perspectivas en materia de disolución del contrato por incumplimiento

Mauro Paladini

I.	Los orígenes históricos de la resolución por incumplimiento: de la <i>lex commissoria</i> a la condición resolutoria tácita (artículo 1184 del <i>Code Napoléon</i>)	257
II.	La resolución del contrato en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código de Comercio italiano de 1882	260
III.	La resolución automática por incumplimiento en el Código Civil portugués de 1857.....	261
IV.	La resolución en el Código Civil español de 1889	262
V.	La resolución por incumplimiento en el BGB de 1896 y las alternativas de otros sistemas jurídicos	265
VI.	El Código Civil italiano de 1942	267

VII. ¿Hacia la unificación de los modelos de resolución?	268
VIII. Una mirada al Código Civil colombiano	270

La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa

Víctor Bolaños Velarde

Introducción	273
I. El contrato y su resolución.....	274
II. El incumplimiento como causal de resolución en los contratos con prestaciones recíprocas.....	276
III. El contrato de compraventa	279
IV. Inejecución de prestaciones a cargo del vendedor.....	280
V. Inejecución de prestaciones a cargo del comprador	283
A. La compraventa al contado	284
B. La compraventa a plazos.....	287
VI. Los efectos de la resolución en la compraventa.....	291
Conclusiones	295

Excesiva onerosidad de la prestación causada por acontecimientos sobrevinientes al contrato

César Carranza Álvarez

Introducción al tema	297
I. Cobertura contractual.....	303
II. El hecho sobreviniente, extraordinario e imprevisible, productor de la excesiva onerosidad de la prestación.....	304
III. Remedios legales	308
IV. Ejercicio de la acción y renuncia	309
V. Corolario	311
VI. Bibliografía	311

La responsabilidad precontractual

César Daniel Cortez Pérez

Introducción	315
I. Cuestiones preliminares	316
II. Antecedentes de la responsabilidad precontractual	319
III. Definiciones	322
IV. La buena fe y la naturaleza de la responsabilidad precontractual.....	324
V. Supuestos de responsabilidad precontractual	329
1. La ruptura injustificada de las negociaciones	329
2. La celebración de un contrato que a la postre resulta inválido y cuya invalidez trae causa en la violación de la buena fe precontractual	330
3. La celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual	332
Conclusiones	334

La “excepción de incumplimiento” y la llamada “excepción de caducidad del plazo” como instrumentos de autotutela contractual

Oreste Gherson Roca Mendoza

I. Consideraciones generales	335
1. La noción de contrato con atribuciones correspectivas como presu- puesto de los remedios contractuales sinalagmáticos	335
2. Remedios contractuales sinalagmáticos	338
3. El incumplimiento	340
II. Excepción de incumplimiento (<i>exceptio non adimpleti contractus</i> o <i>exceptio inadimpleti contractus</i>)	344
1. Definición y función	344
2. Presupuestos y características	346
3. Diferencias con el derecho de retención	348
4. La <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i>	350
III. Excepción de peligro de incumplimiento o ¿excepción de caducidad del plazo?	351

IV. Pertinencia e impertinencia de la “Cláusula <i>solvet et repetet</i> ”	354
V. Conclusiones y reflexiones	356

La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial

Jimmy J. Ronquillo Pascual

Introducción	357
I. Resolución contractual.....	358
1. Noción y disciplina	358
2. Modalidades operativas de la resolución	360
3. Efectos de la resolución	366
4. Retroactividad e irretroactividad de la resolución contractual.....	371
5. Alcances de la resolución frente a terceros.....	373
II. Resolución por incumplimiento.....	374
1. Noción, naturaleza jurídica y disciplina.....	374
2. Fundamento de la resolución por incumplimiento.....	376
2.1. Teoría de la condición resolutoria implícita.....	376
2.2. Teoría de la causa	377
2.3. Teoría del enriquecimiento injustificado	378
2.4. Teoría de la sanción.....	378
3. Presupuestos de la resolución por incumplimiento.....	381
3.1. La reciprocidad de las atribuciones patrimoniales.....	381
3.2. La gravedad del incumplimiento.....	384
3.3. La ausencia de circunstancias justificantes	386
3.4. La legitimación del actor.....	386
4. La imputabilidad del incumplimiento como circunstancia ajena a la tutela resolutoria pero propia de la tutela resarcitoria.....	386
5. Los mecanismos de tutela previstos en el artículo 1428 del Código Civil y su posible y correcta acumulación procesal.....	389
A manera de conclusión	392
Apéndice	393

La obligación de saneamiento en el Código Civil peruano

Guillermo Andrés Chang Hernández

Introducción	403
I. Definición de saneamiento	404
II. Fundamentos de la obligación del saneamiento	405
III. Contratos en los que opera la obligación de saneamiento	407
IV. Supuestos en los que opera la obligación de saneamiento.....	408
1. Saneamiento por evicción	409
2. Saneamiento por vicios ocultos.....	409
3. Saneamiento por hechos propios del transferente.....	410
V. La finalidad de la transferencia del bien, posesión o uso del bien.....	412
VI. La obligación del saneamiento en el contenido y celebración del contrato	413
VII. Efecto de las obligaciones de saneamiento en cada una de sus clases.....	416
VIII. Plazo para invocar la obligación de saneamiento	417
IX. Cuestiones procesales del saneamiento	417
X. Notas finales.....	418

La resolución por cláusula resolutoria expresa

Joe Navarrete Pérez

I. La resolución. Aspectos generales	419
1. Contrato con prestaciones recíprocas.....	420
2. Supuesto de ineficacia funcional y sobrevenida	422
3. Mecanismo de tutela	423
II. Modelo sustancial o extrajudicial	424
III. Forma y contenido de la cláusula resolutoria expresa	425
IV. La (no) gravedad del incumplimiento.....	427
V. La (no) constitución en mora	430
VI. Formalidad de la comunicación de resolución contractual.....	431
VII. Momento en que opera la resolución	434
VIII. No ejercicio de la cláusula resolutoria expresa.....	436

Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas

Carlos Zamudio Espinal

I.	Evolución histórica	439
II.	La insuficiencia de la relación obligatoria para explicar la resolución por incumplimiento	444
III.	La importancia del incumplimiento y el principio de culpabilidad	447
IV.	El equilibrio contractual.....	452
V.	Los intereses involucrados.....	453
	1. El interés restitutorio.....	454
	2. Sigue: restituciones parciales.....	456
	3. El interés a liberarse.....	456

Sobre la “exigencia judicial” de celebrar el contrato definitivo

Alvaro Bonilla Concha

I.	Justificación	459
II.	La “exigencia judicial” y el callejón sin salida de la ejecución forzada.....	460
III.	La formalización de un contrato en el Código de Procedimientos Civiles y el artículo 1908 del Código Civil.....	464
IV.	Las derogatorias, el Código Procesal Civil y el nuevo artículo 709.....	467
V.	Nota conclusiva.....	469

Segunda parte JURISPRUDENCIA

Cláusula penal

•	Cumplimiento de la obligación: Cláusula penal.....	473
•	Cláusula penal: Cumplimiento.....	476
•	Cláusula penal: Reducción.....	480

Mora

- Mora: Constitución 483
- Mora: Inicio del cómputo 486
- Mora: Ejercicio abusivo del derecho de acreencia 490

Resolución de los contratos y sus efectos

- Resolución contractual: Efectos..... 494
- Resolución de contrato por incumplimiento: Indemnización 498
- Resolución por incumplimiento: Imprudencia..... 500
- Resolución contractual por autoridad del acreedor: Debe armonizarse con la excepción de incumplimiento 503
- Resolución judicial de contrato: Por objeción de la resolución extrajudicial 506
- Resolución de contrato: Judicial 509
- Resolución de contrato: Cláusula resolutoria expresa 511
- Resolución: En mérito a cláusula resolutoria expresa 513
- Resolución de pleno derecho: efectos de la resolución en aplicación de la cláusula resolutoria expresa 515
- Resolución por aplicación de la cláusula resolutoria expresa: No es necesaria comunicación por vía notarial a la parte que incumplió 516
- Cláusula resolutoria expresa: Aplicación..... 518
- Cláusula resolutoria expresa: Diferencia con la condición resolutoria..... 521
- Cláusula resolutoria expresa: Impertinencia en los procesos de otorgamiento de escritura pública 525
- Resolución por aplicación de cláusula resolutoria expresa: Opera con la sola comunicación..... 530
- Resolución contractual: Interpretación y causa del contrato 532
- Resolución contractual: Restitución de las prestaciones como efecto natural 536
- Resolución contractual: Mediante carta notarial..... 541
- Resolución contractual: No se discute en procesos de obligación de dar suma de dinero 544
- Resolución contractual: Pago posterior de una cuota no deja sin efecto resolución..... 546
- Compraventa: Competencia en caso de resolución de contrato..... 549

Saneamiento

- Saneamiento por evicción: Limitaciones del saneamiento en ventas forzosas 554
- Saneamiento por evicción: Vicios conocibles por el adquirente 557
- Saneamiento por hecho propio del transferente: Efectos..... 559

Lesión

- Lesión: Nulidad de la renuncia a la acción rescisoria por lesión..... 561
- Lesión: Procedencia de la acción de reajuste..... 562

