

LOS CONTRATOS

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Felipe Osieráng Parodi / María Cecilia Freyre / Alicia Torres
Vásquez / Juan Espinoza Espartero / Patricia Morales Hervías
Eduardo González Barrón / Daniel Ortega Piana / Jorge Seltrán
Pacheco / María Torres Maldonado / Roberto Santa-Aguilera / Sofía
Anchayhuasi Coronado / María Paladini / Víctor Balanes Velarde
César Carranza Álvarez / César Fortez Pérez / Diego Roca Mendosa
/ Jimmy Ronquillo Pascual / Guillermo Chany Hernández / José
Navarrete Pérez / Carlos Zamudio Esmaíl / Alicia Bantilla Ganche

Coordinador: Manuel A. Torres Carrasco

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS DESTE 526 - MIRAFLORES

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

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
CIVIL
& procesal civil
FORMACIÓN 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. N° 822

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

LEY N° 26905 / D.S. N° 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

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). Hiestrosa 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.

(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 “(l)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 Editores, 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 sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida se considere esencial, de acuerdo 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, Victor. “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 conceptuada 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 Lavalle 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 Muñoz 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 extrajudicial 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 atenderse 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 “causaliza” 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 teme 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. I, 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, N° 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 quererse 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 atenemos 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 LVALLE, 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.