

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO
ERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
RAÚL FERRERO COSTA
FELIPE OSTERLING PARODI
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
FRANCISCO MIRÓ QUESADA BADA
LUIS E. ROY FREYRE
GUSTAVO BACACORZO
VÍCTOR GARCÍA TOMA
JORGE RENDÓN VÁSQUEZ
CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
ULISES MONTOYÁ ALBERTI
JORGE CABRIÓN LUGO
BINKAS RUNT BLANCK
FELIPE VILLAVICENCIO T.
PABLO TALAVERA ELGUERA
JOSE UGAZ SÁNCHEZ-MORENO
HUGO A. FORNO FLOREZ

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

GÜNTHER JAKOBS
CLAUS ROXIN
JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ
MIGUEL POLAINO NAVARRETE
FRANCESCO DONATO BUSNELLI
JOSÉ HURTADO POZO

DIRECTOR

JOSE ANTONIO CARO JOHN

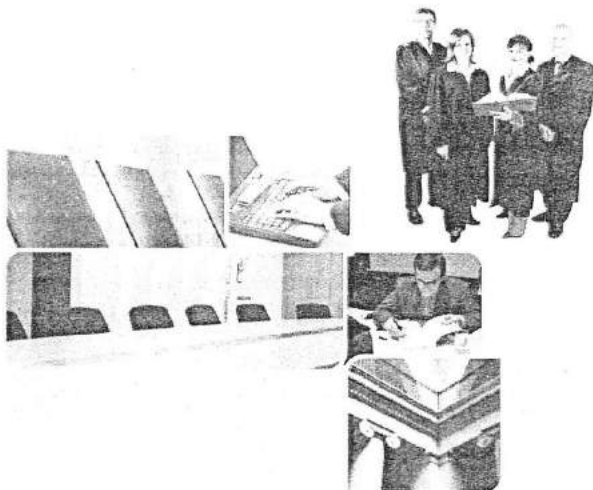
Noviembre

11

2007

JuS
Doctrina & Práctica

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA Y ACTUALIZADA PARA EL PROFESIONAL DEL DERECHO



GRIJLEY

GRIJLEY

GERENTE GENERAL
Esteban Alvarado Y.
DIRECTOR DE PUBLICACIONES
Carlos Atocsa García

JuS
Doctrina & Práctica

DIRECTOR
José Antonio Caro John

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn
Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

COORDINADOR GENERAL
Oxal Victor Ávalos Jara

ASESOR INTERNACIONAL
Reiner Chacano Rodríguez
COORDINADORES DE ÁREA
Paola Atoche Fernández
Francisco Gómez-Sánchez Torrealba
Jaime López Matsuda
Edwin Mallqui Herrera
Fernando Veleznoro Pinto
Dante Vichez Lina
ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN
Luis Felipe Cabzas Molina
Inel Cáceres Paredes
Ivar Calixto Pañafiel
Cynthia Téllez Gutiérrez
COLABORADORES
César Abanto Revilla
Roberto Alfaro Pinillos
Mario Amoretti Pachas
Karla Aguirre Moreno
Carlos Arias Delgado
Javier Arbelo Vela
Roberto Cáceres Julca
Joseph Campos Torres
Mario Eugenia Callor
Pablo Ernesto Cárdenas Martínez

Henry Carhuatocto Sandoval
Edgar Carpio Marcos
Rolando Castellanos Aguilar
José Luis Castillo Abza
Daniel Echazá Moreno
Marco Falconi Picardo
Percy García Cavour
Abraham García Chavari
Günther González Barrón
Anabel González Velapastiro
María Elena Guerra Cerdón
Enrique Ghersi Silva
Julio Haro Carranza
Isabel Herrera González-Pratto
Felipe Inmaculada Silva
Rosario Jiménez Vargas-Machuca
Héctor Lama More
Mario Linares Jara
Richard Martín Trujillo
Julio Mazuelas Coello
Hernando Montoya Alberti
Pablo Morales Corrales
Fernando Muñoz Cuello
Roberto Obando Blando
José F. Palomino Manchoego
Jandá Farrago Espinoza

Willy Pedreschi
Roberto Alfaro Pinillos
Miguel Pizarro Guerrero
Alex Pizarro Viquechagua
Ramiro Portocarrero
César Puntano Bozas
Andrés Ramírez-Gastón Sembrino
Jose Leonardo Riano
Jalya Retamozo Escobar
Jesús Antonio Rivera Oré
Edith Rodríguez Domínguez
Fidel Rojas Vargas
Dante Sanguinetti Marroquín
Max Salazar Galegos
Omar A. Sar
Juan M. Sosa Saco
Mónica Tambirri Avila
Fernando Tello Puerta
Miguel Torres Álvarez
Wilder Tuesta Silva
Victor Valladolid Zeta
Yuri Vega More
Victor Villanueva Sandoval
Walter Villanueva Gutiérrez
Alfredo Villavicencio Rios
Olienna Woolcott Oyague
Aldo Zela Ylligues

Procesamiento de Información
Franco Chico Colugna
Diseño y Diagramación
Janett Milagros Ruiz Rebaza (Jefa de Área)
Libra Susana Huamán Sánchez
Carlos Miguel García Quispe
Milagros Soto Villavicencio
Sebastián Quijpe Gonzales
Corrección y revisión de textos
Ebeling Muñoz Torres (Jefa de Área)
Lizbeth Alvarado Campos

Christian Ávalos Sánchez
Sheyla Salazar Zevallos
Susana Torres Salguero
Lucía Zamora Gutiérrez
Prensa y producción
Javier Alvarado Ordaz (Jefa de Área)
Erika Cáceres Román
Carmen Gómez Chorro
Angélica Portocarrero Gómez
Antonio Flores Ordaz
Julio Flores Ordaz
Eloy Gerónimo Alvarado

Martín Campos Ramos
Publicidad y Ventas
Irma Ordaz Moreno
Elizabeth Alvarado Y.
Lizzardo H. Alvarado Y.
Enrique Mates Reyes
Elizabeth García Ramírez
José Schilder
Área de Informática
Luis Alvarado Ordaz (Jefa de Área)
César Giren Atoche

EDITORIA JURÍDICA GRIJLEY
REDACCIÓN DE JU S
Tel: (51-1) 337-6449
DISTRIBUCIÓN EN LIMA
Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tel: (51-1) 427-3147 - 337-6525
Tel/Fax: (51-1) 337-6449
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe
Ar. Abangara 1977 - Cercado de Lima
Tel: (51-1) 321-0258

DISTRIBUCIÓN EN TRUJILLO
Ar. Pizarro 549
Tel/Fax: (0304) 471640 / Celular: (044) 920 6684
trujillo@grijley.com
grijley_trujillo@speedy.com.pe
DISTRIBUCIÓN EN CHICLAYO
San José 1001 - El. (074) 206165
chiclayo@grijley.com
DISTRIBUCIÓN EN AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Tel: (054) 238 3184 / Celular: (054) 929 0700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

DERECHOS RESERVADOS
DECRETO LEGISLATIVO Nº 822
EDITORIA JURÍDICA GRIJLEY
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú Nº 2007-01195 (vol. 11/2007)
No está permitida la reproducción total o parcial de esta
publicación ni su tratamiento informático, ni la transmisión
de ninguna forma o por cualquier medio, en este elec-
trónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros me-
dios, sin el permiso previo y por escrito de la editorial o de
sus autores.

Esta publicación ha sido editada con el objeto de proporcionar una información detallada y fidedigna sobre las materias contempladas en ella. Su edición no implica en ningún
caso la responsabilidad del editor o de los colaboradores de la revista por alguna información contenida en este volumen.

Lampa 1221 - LIMA - PERÚ
T (51 1) 337 6449
TF (51 1) 427 3147
info@grijley.com
jus@grijley.com

Joe NAVARRETE PÉREZ(*)

¿Condición resolutoria o cláusula resolutoria expresa? He allí el dilema(**)

**RESUMEN:**

En el presente artículo a propósito de la casación anotada, el autor estudia, los aspectos más importantes de la condición como modalidad del negocio jurídico; asimismo, analiza brevemente el mecanismo resolutorio por cláusula expresa para continuar formulando la diferencia entre ambas figuras estudiadas contenidas en la casación.

✓ **Jurisprudencia**

CAS. N° 1131-2007 LIMA(***) Lima, 31 de mayo de 2007. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa N° 1131-2007 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 311, su fecha 11 de octubre de 2006, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la sentencia apelada de fojas 273, su fecha 26 de julio de 2005, 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 17 de abril último, ha estimado procedente el recurso por las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 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

(*) Miembro del estudio Torres & Gayol abogados. Miembro del Taller de Derecho Civil «José León Barandiarán» de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de Derecho de los contratos (Parte general) y Derecho de sociedades en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(***) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de septiembre de 2007.

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 15 de marzo de 2000 no se haga efectivo por imposibilidad de remate del bien al que se refiere este último documento. Añade, 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 80, 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 15 de septiembre de 2000. **Segundo.-** Que, en el citado contrato, la deudora Inversiones Latinas Mosha Sociedad Anónima reconoció una deuda de 221.309.61 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 110.000,00 dólares americanos a cargo de un tercero propietario; se procedió a ratificar la cesión de derechos efectuada por escritura pública de fecha 15 de marzo de 2000, respecto de los derechos que tenía Juan Pablo Mosquera Zavala frente a Federico Marclano Carranza Sandoval y otra, a que se refiere el Expediente N° 1941-99, seguido ante el Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado Civil de Lima, por un monto ascendente a la suma de 92.285,08 dólares americanos, para que sea imputado a la deuda reconocida; y se efectuó la compensación mutua de obligaciones por la suma de 19.023,83 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. **Tercero.-** Que, en la citada escritura pública del 15 de septiembre de 2000, 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 quedará resuelto de pleno derecho en el supuesto negado que el crédito cedido mediante escritura pública de fecha 15 de marzo de 2000 no se haga efectivo por imposibilidad del remate del inmueble materia del embargo. **Cuarto.-** Que, en el caso submatena, 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 cláusula 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, página doscientos cincuenta y nueve); cesando los efectos de pleno derecho. **Séptimo.-** 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 173º 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 15 de marzo de 2000. 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 N° 2000-30725-0100-J-CI-49, y que corren en copias a fojas 199 a 206; y tenga a la vista copias del Expediente N° 1941-99, 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 contemplado en la cláusula décimo segunda de la escritura pública de fecha 15 de septiembre de 2000. 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 197º 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 188º 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 a 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 194º 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 396º, inciso 2 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 320; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas 311, su fecha 11 de octubre de dos mil seis, e **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas doscientos setenta y tres, su fecha 26 de julio de 2005. **b)** **MANDARON** que el a quo expida nueva resolución, teniendo en cuenta previamente lo expuesto en la parte resolutoria 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 Moshá 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 *Caroajulca Bustamante*; y los devolvieron. **SS. VÁSQUEZ VEJARANO, CARRIÓN LUGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA, MANSILLA NOVELLA**

✓ Comentario

1. Introducción

El diario vivir del abogado, o del que aspira a serlo, está colmado de consultas con el fin de resolver problemas prácticos, satisfacer intereses al menor costo o idear mecanismos para desligarse de un negocio o contrato de la manera más sencilla. Es allí donde todos los conocimientos aprendidos en las aulas universitarias, libros, conferencias o los que provienen de la propia experiencia salen a relucir a efectos de que el interés de aquel a quien asesoramos se vea satisfecho de la mejor manera.

Es por ello que la redacción de cláusulas contractuales es un tema fundamental al momento de realizar un acto de autonomía privada, ya que la corrección o incorrección y la claridad o ambigüedad de las mismas podrá evitar o generar un problema en el futuro con todos los costos que aquello acarrea (obviamente dentro de estos costos incluimos la desconfianza que generó entre el cliente y el abogado; desconfianza en este último que tarde o temprano, y en mayor o menor medida, se trasladará a los demás).

265

El presente comentario a la Casación N° 1131-2007 (en adelante, la Resolución) trata sobre aquello. Una cláusula que no era lo suficientemente clara en su redacción y que al final hizo que los órganos jurisdiccionales tuvieran duda sobre sus verdaderos alcances.

Hemos dividido el comentario en cinco secciones, incluida esta breve introducción. En la segunda sección damos cuenta de los aspectos más importantes de la condición como modalidad del negocio jurídico, repasando algunos conceptos y exponiendo argumentos que podrían ser controvertidos respecto al tema en general, por ejemplo si es que el incumplimiento de una de las partes puede ser estipulado como una condición resolutoria o no. La sección tercera esboza brevemente el mecanismo resolutorio por cláusula expresa a fin de que nos sirva de marco conceptual para la sección cuarta, donde se exponen los caracteres diferenciadores de estas dos figuras. Por último, en la quinta sección, una vez ya repasados todos estos aspectos, daremos nuestros comentarios finales respecto de la resolución comentada, esbozando algunas pequeñas conclusiones.

El presente comentario se limita a examinar las cuestiones sustanciales de la resolución, dejando de lado el no menos importante aspecto procesal.

2. La condición

2.1. Noción y aspectos más importantes

La condición representa la más importante modalidad del negocio jurídico. Consiste en

un evento incierto y futuro del cual se hace depender la eficacia del negocio jurídico, ya sea para suspender esta hasta la realización de la condición (condición suspensiva) o para que los efectos que se venían produciendo dejen de producirse (condición resolutoria). Con ella, el sujeto o las partes ejercen de una manera más plena su autonomía privada al poder incidir respecto del momento en el que los efectos del negocio celebrado se produzcan o dejen de producirse.

El negocio en el que se inserta o estipula dicho elemento accidental es un negocio perfecto. El caso de la condición resolutoria es eficaz, ya que los efectos se producen desde el momento de su celebración. No ocurre lo mismo en el caso de la condición suspensiva, pues la eficacia del negocio se supedita a la realización del evento incierto y futuro, configurándose un supuesto de ineficacia en sentido estricto⁽¹⁾.

Ahora bien, la condición no solo puede ser un acontecimiento a realizarse (condición positiva), sino que también puede ser su falta de realización (condición negativa). Por lo tanto, se llama condición no solo a la modalidad del negocio jurídico por la que la eficacia o la ineficacia del negocio se hace depender de un acontecimiento (o falta del mismo) futuro e incierto, sino también al acontecimiento mismo⁽²⁾.

2.2. Condición potestativa, causal y mixta

Hasta ahora hemos esbozado en líneas generales algunos aspectos sobre la condición, no obstante, a efectos del presente comentario

(1) Se presenta un supuesto de ineficacia en sentido estricto cuando «el contrato válidamente celebrado no produce todavía sus efectos, y también cuando los efectos regularmente producidos decaen posteriormente». SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*, trad. por Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 252.

(2) SANTORO PASARELLI, FRANCESCO. *Doctrinas generadas del Derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 229; BIANCA, Massimo. *Il contratto, Diritto civile III*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 511.

266

la clasificación que más nos interesa es aquella que las clasifica en potestativa, causal y mixta.

Antes de empezar a desarrollarlas es importante recordar algunos aspectos de la casación en comentario. Refiere la Resolución que el contrato señalaba que "quedará resuelto de pleno derecho en el supuesto negado que el crédito cedido [...] no se haga efectivo por imposibilidad del remate del inmueble materia del embargo".

Es decir, se había pactado como hecho que daría lugar a la resolución por cláusula resolutoria expresa o a la condición resolutoria, -luego veremos de qué se trata-, la falta de satisfacción del crédito, situación que se debería a que el inmueble embargado no pueda ser realizado y por ende no se pueda satisfacer el crédito con el producto del mismo.

Llamamos condición potestativa a aquella realización que se subordina a la voluntad de una de las partes. Por otro lado, la condición es causal cuando depende de un evento externo a las partes y es mixta cuando la condición se somete a la voluntad de una de las partes, pero no de manera exclusiva⁽³⁾.

Ahora bien, el incumplimiento de una de las partes de alguna prestación puede deberse a un evento voluntario o involuntario. En caso sea un evento involuntario y al haberse pactado el mismo como condición, nos encontraríamos ante una condición causal. Esta situación no presenta ningún problema. Caso contrario, el incumplimiento podría ser un evento voluntario cuando la misma parte decide incumplir de manera voluntaria y deliberada, es decir, cuando el deudor dice *no cumpla* y efectivamente no cumple.

En este último caso, al haberse estipulado como condición resolutoria el incumplimiento

voluntario, y partiendo del supuesto que sea admisible pactar aquello, es decir, el incumplimiento como condición, el contrato dejaría de tener efectos.

Sin embargo, alguno podría decir que la condición haría nulo el negocio ya que esta es meramente potestativa; y porque, tal como lo señala el artículo 172° del Código Civil (en adelante, "CC"), es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a una condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Con esto, al dejar a la voluntad del deudor el cumplimiento de la condición podría pensarse que nos encontramos ante una condición meramente potestativa y por ende ante un negocio nulo.

En primer lugar, la condición potestativa propia, es decir, la que depende de la voluntad de una de las partes pero que no es caprichosa, no vicia el acto con nulidad, sino que solo la condición meramente potestativa lo hace. Tal como se ha dicho en doctrina nacional "[d]e la interpretación a contrario sensu del citado artículo 172° se desprende que la condición *suspensiva potestativa propia* [...] no hace nulo el acto jurídico. La eficacia del acto no depende de la mera voluntad del deudor, sino que entran en juego sus intereses o conveniencias"⁽⁴⁾.

Además, habría que agregar que en dicho supuesto el CC se refiere a la condición suspensiva y no a la condición resolutoria, con la cual no se podría aplicar dicha norma al presente caso.

2.3. Incumplimiento voluntario: condición potestativa o meramente potestativa

Ahora bien, surge el siguiente problema: saber si ante el incumplimiento voluntario

señalado, como condición, nos encontramos frente a una condición potestativa o meramente potestativa. En el primer caso, nos encontraríamos ante una verdadera y propia condición resolutoria mientras que en el segundo caso estaríamos ante la figura de la revocación (para el caso de negocios o actos unilaterales, por ejemplo el acto de apoderamiento o la oferta) o ante el desistimiento o receso (para el caso de negocios con más de una parte en sentido sustancial)⁽⁵⁾.

No dudamos que en muchos casos un evento que depende de la mera voluntad del sujeto, o de una parte, pueda dar lugar a la revocación o al receso según convenga. Estos casos son precisamente el ejercicio de dichos derechos, es decir, del derecho a revocar el negocio unilateral y el derecho a desistirse del contrato, ya que a través de la mera voluntad del sujeto, o de una parte, el negocio deja de tener efectos. Tal y como lo ha señalado Bianca: "[L]a condición resolutoria meramente potestativa no es en verdad una verdadera y propia condición, sino un poder de revocar o de receso, y debe tenerse por válidamente estipulada en los límites en los cuales es admisible otorgar a una parte tal poder"⁽⁶⁾.

Además, en el caso concreto de que la condición sea el incumplimiento voluntario, este no sería un evento idóneo para ser considerado condición meramente potestativa (y por ende encontramos ante un caso de revocación o de receso), por las siguientes razones:

En primer lugar, en los casos de actos unilaterales no podría confundirse el incumplimiento como condición meramente potestativa con la revocación ya que técnicamente aquí no puede haber un evento de incumplimiento.

En segundo lugar, tampoco podría confundirse con el receso, ya que este implica la declaración de querer desligarse del contrato en ejercicio de un derecho conferido y que emana del contrato, mientras que en el incumplimiento, como condición meramente potestativa, aquello no es el ejercicio de algún derecho, sino más bien el incumplimiento de un deber.

Ahora, luego de revisar estos supuestos examinaremos algo que si nos parece de mayor importancia y respecto a lo cual es importante sentar posición, ya que de aquello depende el comentario en las líneas que siguen.

2.4 Incumplimiento ¿condición resolutoria?

Esperamos haber dejado en claro las razones por las cuales el incumplimiento voluntario no puede ser considerado una condición meramente potestativa. Ahora, nos proponemos examinar la viabilidad de que el incumplimiento sea una verdadera y propia condición resolutoria.

Santoro Pasarelli dijo hace ya bastantes años en Italia que:

"[U]n acontecimiento futuro e incierto, pero relativo a la *realización* del

(5) En nuestro ordenamiento jurídico no se ha consagrado legislativamente el derecho de receso o de desistimiento unilateral, como si lo hace el artículo 1373° del C.C. italiano que prescribe en su primer párrafo que: «[S]i a una de las partes se le hubiese atribuido la facultad de desistimiento del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución». No obstante aquello sí pueden encontrarse, pienso, figuras parecidas como en el caso del artículo 1398° del C.C. que refiere que «en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan a favor de quien las ha redactado [...] facultades de [...] resolverlo», con lo que podría llegarse a través de una interpretación a contrario sensu a la posibilidad que en los contratos que no se enmarquen dentro del supuesto de hecho, si se pueda estipular lo señalado, es decir, la facultad de resolverlo.

(6) BIANCA, *Il contratto, Diritto civile III*, cit., p. 511.

(3) ALPA, Guido, *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova-Milano, 2005, p. 599.

(4) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Idemsa, Lima, 2001, p. 464.

negocio y, como tal, apto para influir conforme a la ley sobre la eficacia del negocio mismo, no puede ser objeto de una verdadera y propia condición. Esto explica la disciplina de la llamada condición resolutoria por incumplimiento. El incumplimiento de una de las prestaciones en el contrato con prestaciones correlativas, constituye, como ya se ha señalado (núm. 40), un defecto funcional de la causa y la resolución depende de este efecto y no de la pretendida condición resolutoria tácita, según el falso esquema cogido por el Código Civil precedente (artículo 1165° CC., artículo 1124° CC español) y repudiado por el vigente. Pero hay más que decir. *El incumplimiento no puede ser puesto siquiera como condición resolutoria expresa o verdadera y propia precisamente porque concierne al funcionamiento del negocio.* Por eso la ley habla de *cláusula resolutoria expresa* por incumplimiento, gracias a la cual la parte interesada puede, mediante una declaración, provocar la resolución del contrato (artículo 1456° CC y excluye para ella la retroactividad absoluta, característica de la condición (artículo 1458° CC)⁽⁷⁾ (las cursivas son nuestras).

Al respecto, consideramos que no existe impedimento alguno para que el incumplimiento pueda ser señalado como condición resolutoria, ya que, en primer lugar, consiste en un evento incierto y futuro, con lo que el rasgo fundamental de la condición se cumple.

Luego, Santoro Pasarelli refiere que esto no es posible porque concierne al funcionamiento del negocio no explicando más a qué se refiere con aquello.

Ahora bien, no encontramos impedimento alguno para que una situación que "concierne al funcionamiento del negocio" pueda ser una condición resolutoria, así que se podría convenir, por ejemplo: en el caso de contratar a dos personas, que si una de ellas incumple, el contrato dejará de tener efectos como condición resolutoria, situación que no es vedada por el ordenamiento ya que los privados en uso de su autonomía podrían pactarlo sin ningún inconveniente, o ¿es que acaso el incumplimiento no puede producir más de un efecto?, o para ser más precisos ¿no puede ser pactado como supuesto de hecho de más de un efecto? Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento que da lugar no solo a la resolución del contrato, sino al derecho a cobrar la penalidad. La cláusula penal bien vista es un efecto del contrato que está sometido a una condición llamada incumplimiento (incluso condición suspensiva) y que puede depender, también, de la voluntad del mismo deudor, pero a nadie se le ha ocurrido que dicha condición, evento futuro e incierto, haga al contrato nulo. Resumiendo, no existe inconveniente, salvo mejor parecer, para que los privados puedan pactar que el incumplimiento sea condición resolutoria.

Recientemente, Bianca ha señalado que "la condición tampoco puede estar referida a la ejecución del contrato. Si un determinado resultado entra en el programa contractual, su realización está en obligación respecto de la otra parte. La falta de realización de tal resultado debe ser por tanto referido no como falta de realización de la condición, sino como incumplimiento,

con la consiguiente aplicación de las normas sobre la inexecución del contrato⁽⁸⁾.

Al respecto, en nuestro ordenamiento nada impide que se pacte determinado incumplimiento como condición resolutoria, pues dado que los efectos no son retroactivos se aplican las normas de inexecución de obligaciones ya que sus efectos se venían desarrollando hasta el momento de realizarse el incumplimiento.

Con la condición resolutoria ¿el contrato deja de tener efectos si se le deben aplicar las normas de inexecución de obligaciones?, o ¿es que acaso cuando por una causal de resolución el contrato deja de tener efectos si no se aplican dichas normas? No existe razón alguna para que por condición resolutoria o por cláusula resolutoria expresa, se apliquen las normas de inexecución de obligaciones, ya que en ambos casos se incumplen, solo que en un caso dicho incumplimiento hace que de pleno derecho el contrato deje de tener efectos y en el otro caso el incumplimiento, aunado al requisito de la comunicación, hace que el contrato deje de tener efectos⁽⁹⁾.

Luego de lo señalado, pensamos que no existe inconveniente en que el incumplimiento pueda ser una condición resolutoria, ya que depende de la voluntad del deudor pero no por ello se vuelve meramente potestativa. Para aclarar el panorama hubiera sido importante que se consagre una norma como el artículo 1355° del CC italiano que refiere "es nula la enajenación

de un derecho o la asunción de un deber que estén subordinadas a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del enajenante o del deudor, respectivamente". Nótese que al igual que el CC peruano, el CC italiano se refiere a la condición meramente potestativa en los casos de condición suspensiva.

Es decir, es meramente potestativa a que la condición en la cual el hecho de obligarse depende de nosotros y el hecho de la enajenación se supedita a nuestra voluntad. En líneas generales, es meramente potestativa una condición en la cual al requisito de que depende la voluntad de una parte se aúna el hecho de que la no realización de la misma no perjudica al que omite realizar la condición.

3. Cláusula resolutoria expresa

La cláusula resolutoria expresa permite a la parte a favor de la cual se ha pactado, que ante el incumplimiento de determinada prestación, señalada con toda precisión, la misma pueda dirigir una comunicación al deudor que incumplió señalando que desea valerse de la cláusula y resolver el contrato. "La cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución: si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se entiende como cláusula de estilo, y se tiene por no puesta"⁽¹⁰⁾.

(8) BIANCA, *Il contratto, Diritto civile III*, cit., p. 517.

(9) Incluso, y esta es una idea aún en ciernes por lo que no la desarrollamos con mayor amplitud, la consagración de determinado incumplimiento como condición resolutoria podría hacer ingresar subrepticamente a nuestro ordenamiento la tutela resolutoria por plazo esencial, o al menos hacer que cumpla una función, sino igual, sí parecida al tutelar de manera inmediata al acreedor por el incumplimiento de su contraparte respecto de una prestación que él juzgaba esencial y necesaria en determinado momento. Claro, en este caso no existiría la posibilidad de que a pesar de que la prestación no se cumplió en el momento en que se juzgaba esencial, el acreedor pueda aún manifestar su deseo de que se «cumpla».

(10) SACCO, Rodolfo, «La resolución por incumplimiento», en *Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del código civil italiano (1942-2002)*, ARA, Lima, 2004, p. 963-964; TAMPONI, Michele, «La risoluzione pre

(7) SANTORO PASARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, cit., pp. 236-237.

La ventaja inmediata que presenta este tipo de mecanismo de tutela resolutoria es que permite resolver el contrato sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial (resolución judicial), y sin necesidad de otorgar un periodo de gracia al deudor que incumplió (resolución por autoridad del acreedor). Dicha cláusula debe ser pactada por las partes siguiendo lo prescrito en el artículo 1430° del CC, caso contrario el acreedor solo contará con los mecanismos resolutorios señalados en los artículos 1428° y 1429° del CC.

Antes de pasar al siguiente punto, es oportuno dejar en claro que la resolución no se origina por el mero hecho que se haya producido el incumplimiento de la prestación señalada con toda precisión, sino que además es necesario que el acreedor curse la comunicación al deudor en el sentido de querer valerse de la

cláusula resolutoria expresa, solo una vez que se haya cursado dicha comunicación el contrato se entenderá resuelto.

4. Condición resolutoria y cláusula resolutoria expresa

Una vez esbozadas las ideas principales sobre las dos instituciones antes referidas, haremos una diferenciación al respecto.

4.1. Ámbito de aplicación

La diferencia más simple, pero no por ello de escasa importancia, se refiere al ámbito de aplicación de ambas instituciones. La condición resolutoria al estar regulada en el Libro II, Acto Jurídico, del C.C. hace aplicable la misma de manera general a todos los negocios jurídicos no limitando su aplicación a los contratos, como en el caso de la cláusula resolutoria expresa⁽¹¹⁾.

inadempimento in i contratti in generali», en RESCIANO, Pietro (dir.) *Trattato dei contratti*, UTET, Torino, 1999, T. II, p. 1516; ARIAS SCHREIBER, Max, *Exégesis*, Studium, Lima, 1986, T. I, p. 206. En contra, vide FORDO FLÓREZ, Hugo, «Resolución por incumplimiento», en *Temas de Derecho contractual*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 116-117.

- (11) Una cuestión debatida podría ser si es que la cláusula resolutoria expresa se debe aplicar solo a los contratos con prestaciones recíprocas al estar regulada en el Título VII, Contratos con prestaciones recíprocas, Sección Primera, Contratos en General, Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, o en general a todos los contratos. Y cuando decimos «a todos los contratos» nos referimos sobretudo a los contratos plurilaterales, es decir, a aquellos en los cuales las prestaciones de las partes no se estructuran de manera recíproca. No es el momento para esbozar lo que pensamos sobre lo que en verdad caracteriza a los contratos plurilaterales (al respecto vide ASCARELLI, Tullio, «Il contratto plurilaterale», en *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milano, 1952; ídem, *El Contrato plurilateral*, trad. por René Cacheaux Sanabria, Jus, México, 1949; FERRI, Giuseppe, «La società di due soci», en *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, Anno VI, Milano, 1952; MESSINGO, Francesco, «Contratto plurilaterale e contratto associativo», en *Enciclopedia del Diritto*, T. X, Giuffrè, Milano, 1962.; GALGANO, Francesco, *Derecho comercial. Las Sociedades*, Vol. 2, Temis, Bogotá, 1999, Vol. 2; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, «El contrato de sociedad», en *Tratado de Derecho Mercantil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003), sin embargo pienso que no existe razón atendible para que las partes de un contrato plurilateral, por ejemplo en el contrato de sociedad, acuerden que ante el incumplimiento de determinada prestación dicha «parte deje de ser parte» del contrato, lo cual se materializaría, por ejemplo, en una casual de exclusión (vide artículos 248°, 276°, 277°, 293° y 303° de la Ley General de Sociedades). TAMPONI nos dice al respecto que «la resolución puede además aplicarse en un contrato plurilateral, el cual es caracterizado por la comunión de fin: también aquellos contratos son en efecto a título oneroso, y pueden configurar la disolución del vínculo contractual respecto de la parte que haya incumplido, o cuya prestación haya devenido en imposible, o cuya prestación haya sufrido una excesiva modificación de su valor (en relación con aquella de los otros contratantes) por la verificación de eventos extraordinarios e imprevisibles». (TAMPONI, «La risoluzione per inadempimento in i Contratti in generali», cit., p. 1483). Si bien no estamos de acuerdo con la definición de contrato plurilateral de TAMPONI, sí juzgamos que la resolución debe aplicarse no solo a los contratos con prestaciones recíprocas, tal como

Además, con lo anterior se deduce que la condición resolutoria serviría para “resolver” negocios jurídicos y contratos en los que no hay en estricto prestación, ya que al no existir prestación no podría pactarse una cláusula resolutoria expresa.

4.2. Realización del supuesto de hecho

Respecto de cómo se configura el supuesto de hecho en ambas figuras: en el caso de la condición resolutoria, basta la realización de hecho (condición positiva) o su falta de realización (condición negativa) para el cese de los efectos del negocio jurídico; mientras que en el caso de la cláusula resolutoria expresa, sumado al incumplimiento de la prestación determinada con toda precisión en el contrato, el acreedor que desea valerse de la cláusula resolutoria expresa debe realizar una comunicación en dicho sentido, momento en el que recién se produce la resolución de pleno derecho (artículo 1430° CC).

Ahora bien, en el momento de pactarse la condición resolutoria, situación que podría ser antes o después de celebrado el negocio jurídico, bastará con que se señale como condición el incumplimiento de alguna prestación sin necesidad de que se determine con toda precisión, como en el caso de la cláusula resolutoria expresa. En este último caso, la enunciación de la prestación no daría derecho a resolver el contrato por cláusula resolutoria expresa sino que

sería como cualquier otro incumplimiento en el cual si se quiere materializar la resolución, debería ser por la resolución judicial o la resolución por autoridad del acreedor. Dependerá, en cada caso si la redacción de dicha cláusula pueda ser configurada como una condición resolutoria o una mera cláusula que señale un evento de incumplimiento.

Con lo anterior no queremos decir que el hecho de determinación o la falta de este en la prestación sea lo que hace que estemos o ante una condición resolutoria o una cláusula resolutoria expresa respectivamente, ya que la precisión de la prestación que pueda ser incumplida solo incide, precisamente, en una mayor o menor precisión del evento señalado como condición, es decir es solo una cuestión de grado, esto es, en mayor o menor medida determinado.

4.3. Mecanismo de tutela vs elemento accidental

El derecho de resolución por cláusula resolutoria expresa es, al igual que los demás tipos de resolución existentes, un mecanismo de tutela sustancial otorgado al acreedor. Por ello, su uso y ejercicio está supeditado a la voluntad del acreedor, al configurarse como un derecho potestativo⁽¹²⁾, no operando el cese de los efectos del contrato de manera automática como en el caso de la condición resolutoria.

Esto se debe a que, en el caso de la cláusula resolutoria expresa, “podría existir un in-

han sido denominadas por el C.C. peruano, sino que se deben aplicar a los contratos onerosos en general. Muestra positiva de ello es el artículo 1434° del C.C. que señala en su primer párrafo que «[e]n 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». Agregado luego que «[e]n los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento». En doctrina nacional sobre el tema vide PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, «Resolución del contrato por incumplimiento», en *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004, T. VII, pp. 509 y ss.

(12) MORALES HERVIAS, Rómulo, «Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento», en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 5, N° 33, Lima, 2003, p. 7.

terés sobrevenido del contratante acreedor en el mantenimiento del contrato, y por ello del cumplimiento tardío, con la consecuencia que un rígido automatismo de la resolución terminaría por lesionar el interés del sujeto que la cláusula habría querido tutelar⁽¹³⁾. La condición resolutoria, en caso el evento puesto como condición haya sido el incumplimiento de una de las partes, no permite la elección antes referida sino que el cese de los efectos se produce de manera automática precisamente al no ser un mecanismo que busca tutelar al acreedor, sino que al igual que los demás elementos accidentales sirven para que "los intereses individuales y variables en cada caso, que no encontrarían satisfacción con la inclusión pura y simple del negocio típico, pueden ser satisfechos con la inserción de esta o aquella modalidad"⁽¹⁴⁾.

Por su parte, la condición resolutoria ni es un mecanismo de tutela ni se trasluce finalmente en un derecho potestativo, sino en la mera realización de un hecho o su falta de realización; un hecho que si bien tiene un efecto jurídico (curiosamente el que un acto de autonomía privada deje de tener efectos) no se configura como un negocio jurídico sino como un hecho o acto jurídico en sentido estricto (en el caso la condición sea el incumplimiento).

4.4. Juntas pero no revueltas

Pensamos que no cabe duda que en el ejercicio de la autonomía privada podría pactarse un contrato en el cual exista una condición suspensiva y una cláusula resolutoria expresa (obviamente habría que esperar que la condición se realice para que en su caso la resolución pueda operar).

Ahora bien, ¿pasa lo mismo en el caso de pactar una condición resolutoria y una cláusula resolutoria expresa? Entendemos que no hay problema cuando se pacte un determinado evento (o su falta de realización) como condición resolutoria, y el incumplimiento de una prestación señalada con toda precisión como cláusula resolutoria expresa, ya que en ese caso, partiendo del supuesto de que cuando hay una condición resolutoria el contrato produce efectos, estos dejarían de producirse ya sea por la realización de la condición o el ejercicio de la cláusula resolutoria expresa de manera independiente.

Sí existiría un problema cuando el incumplimiento de una prestación señalada con toda precisión, según el artículo 1430° del C.C., sea puesta tanto la como condición resolutoria y como el evento que facultaría a resolver el contrato. En este caso, la mera realización de dicho evento haría que el contrato deje de tener efectos, resultando inútil e inoperante la cláusula resolutoria expresa al no poder resolver algo que ya dejó de tener efectos.

4.5. Efectos

4.5.1. Efecto retroactivo

El artículo 177° del CC es muy claro cuando señala que la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario. Dicha disposición causa extrañeza ya que el legislador del 84, al haber importado las normas del CC italiano a nuestro sistema jurídico, no adoptó la solución italiana que concede efectos retroactivos una vez que se ha realizado la condición. Incluso, respecto de la disposición italiana se ha dicho que dicha regla "responde más

a un principio de lógica que a uno de técnica jurídica"⁽¹⁵⁾. Y es que, como se verá luego, aquello puede ser materia de no pocos inconvenientes prácticos.

Además, la situación referida evidencia que en este caso se realizó una importación *inconsciente* del código italiano, ya que se habla de "pacto en contrario de las partes" olvidando que los negocios jurídicos también pueden ser unilaterales, es decir, pueden existir con una sola parte, en cuyo caso siguiendo el texto de la ley no podrían estipularse efectos retroactivos. Valga la observación, sobretodo cuando no se tiene en claro en nuestro ordenamiento que la revocación de los actos unilaterales deben tener efectos retroactivos⁽¹⁶⁾.

Siguiendo con el principio que nos indica que no debemos distinguir donde la ley no distingue, llegaríamos a la conclusión que, tanto en el caso de la condición suspensiva como en la resolutoria, los efectos que nacen o que se extinguen no tienen "efectos" retroactivos, salvo el pacto en contrario de las partes.

Aquello, en buena cuenta quiere decir que si se sometió la eficacia a una condición suspensiva, una vez que se haya producido la condición, el contrato tendrá efectos desde ese momento y no desde que se celebró. A su vez, en el caso de la condición resolutoria una vez que esta se produzca el cese de los efectos será a partir de ese momento y no hacia atrás⁽¹⁷⁾.

Para explicar lo siguiente pongamos un ejemplo: A y B celebran un contrato de com-

praventa de un mueble sometido a la condición resolutoria "X". El mueble es entregado en el acto de celebración del contrato. Luego, en un día "Y" se produce la condición "X", por lo que a partir de dicho día los efectos del contrato cesan. Siguiendo lo prescrito por el CC los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, es decir, para delante y no para atrás, con lo que la transferencia de la propiedad permanece vigente, debido a que dicho efecto ya se agotó con la entrega, teniendo a lo mucho el vendedor un derecho a repetir tal como lo señala el artículo 173°, pero no a la situación de que los efectos se retrotraigan a la fecha de celebración quedando dicha relación como si nada hubiera pasado, como si nunca se hubiera celebrado nada. En este caso, al no existir causa de atribución patrimonial las partes deberían devolverse todo lo que se hayan dado, situación que parece la más lógica, tal como lo expresaba Di Majo.

Luego, en el caso de la resolución, el artículo 1372° del CC es muy claro al señalar que los efectos de la sentencia de resolución (somos conscientes que no se señala la forma convencional de resolver el contrato de manera constitutiva sino solo la forma judicial constitutiva de hacerlo, pero nada impide que al ser ambas formas constitutivas de resolución se asemejen a los efectos de lo explicado) se retrotraen al momento en el que se produce la causal; teniendo en este caso efectos retroactivos si bien no respecto a la celebración del contrato, sí a un momento diferente al que se materializa la resolución.

(13) TAMPONI, «La risoluzione per inadempimento in i Contratti in generali», cit., p. 1517.

(14) SANTORO PASARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, cit., p. 229.

(15) DI MAJO, Adolfo, «Elementi accedentali del contratto», en *Lineamenti di Diritto Privato*, 3ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2002, p. 413.

(16) Vide los interesantes comentarios de Rómulo Morales sobre la revocabilidad del poder: MORALES HERVÍAS, Rómulo, «La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico», en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 7, N° 54, Trujillo, 2005, pp. 49 y ss.

(17) Vide TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*, cit., pp. 476 y ss.

En el caso de la condición resolutoria no hay efectos retroactivos, salvo acuerdo de las partes, es decir, en principio, una vez producida la condición el contrato deja de tener efectos. Siguiendo con la condición resolutoria, en caso las partes decidan darle efectos retroactivos, lo más seguro es que le den dichos efectos a la celebración del contrato. Ahora bien, cosa distinta sucede en la cláusula resolutoria expresa ya que los efectos de la realización del supuesto de hecho consagrado en el artículo 1430º se retrotraerían no al momento de la celebración del contrato⁽¹⁸⁾, sino al momento en que se produjo el incumplimiento⁽¹⁹⁾.

4.5.2. Otros efectos

Vinculado a lo dicho, y de manera más general, es importante también hacer hincapié en los efectos que producen ambas figuras.

En el caso de la resolución se producen tres efectos principales⁽²⁰⁾, dos necesarios y uno contingente, los cuales son:

- a. Efecto liberatorio, por medio del cual las partes dejan de estar obligadas a realizar la prestación a su cargo o continuar con esta realización en el caso de ser periódica o continua.
- b. Efecto reintegrativo o restitutivo, por medio del cual las partes deben reintegrar o restituir aquello que hayan recibido en virtud del contrato, salvo que no se pueda

realizar por motivo atendible. Por ejemplo un contrato con prestación continua, en cuyo caso la restitución se traducirá no en la devolución de lo percibido en específico, sino en el valor de aquello.

- c. Efecto resarcitorio, por medio del cual en caso de haberse producido un daño y concurrir los demás elementos para que se produzca un supuesto de responsabilidad civil, se debe proceder a su resarcimiento. Este no es un efecto necesario sino que está supeditado a lo mencionado anteriormente.

Ahora bien, en el caso de la condición resolutoria existe un efecto liberatorio, pero también debería existir un efecto reintegrativo, no obstante el efecto resarcitorio no está presente nunca en caso se cumpla la condición. Se podría decir que en el caso de que se haya pactado como condición resolutoria el incumplimiento y se haya realizado con dolo o culpa grave, por ejemplo, sí procedería el resarcimiento. No obstante, creemos que en este caso el resarcimiento no se da porque se haya cumplido la condición sino por su incumplimiento, a pesar de que materialmente el hecho es el mismo. Obviamente, este ejemplo está dado en el caso de resolución en la que no haya cláusula resolutoria expresa y que se haya pactado el incumplimiento como condición, ya que si se pactó dicha cláusula tropezaríamos con los inconvenientes que ya hemos referido.

⁽¹⁸⁾ No debemos dejar de recordar que el efecto de retroacción de los efectos del contrato a la fecha de su celebración está expresamente señalada para los casos de rescisión del contrato según el artículo 1372º del CC.

⁽¹⁹⁾ No pretendemos ahondar más respecto de este tema, ya que sobre los efectos de la resolución del contrato se han escrito páginas importantes, vide FORNO FLÓREZ, Hugo, «El principio de retroactividad contractual», en *Themis*, N° 30, Lima, 1994.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, pp. 75 y ss.; *idem*, «Efectos de la rescisión y de la resolución», en *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. VII, pp. 206 y ss.

5. Comentarios finales a la Resolución

Luego de haber esbozado el marco teórico, es momento de puntualizar algunos aspectos más importantes de la resolución:

1. Comenzaremos diciendo que el hecho señalado como originador del cese de los efectos contractuales, no pudo ser nunca una cláusula resolutoria expresa, ya que (el hecho de que el crédito no se haga efectivo por imposibilidad del remate del inmueble materia del embargo) no puede ser considerado como una prestación, porque no depende de esta la posibilidad de la parte deudora de realizarlo, pues el hecho de que el remate sea exitoso si bien es un evento posible, no significa que sea posible para el deudor. Creemos que queda bastante claro que al no encontrarnos ante una prestación no se debió de pensar de que nos encontráramos ante una cláusula resolutoria expresa. Resulta impertinente entrar a verificar si la parte acreedora, Compañía Industrial Nuevo Mundo Sociedad Anónima, cursó o no comunicación a la parte deudora Inversiones Latinas Moshá Sociedad Anónima al no encontrarnos ante un supuesto de cláusula resolutoria expresa, por lo que las dos instancias previas a la Corte de Casación se equivocaron.
2. Luego, una vez descartada la cláusula resolutoria expresa queda examinar si nos

encontramos ante una condición resolutoria, situación que estimamos pertinente debido a que aquel se traduce en un evento incierto y futuro, respecto del cual se hace depender la permanencia de los efectos contractuales, es por ello que ante la realización del evento, puesto como condición, el contrato debió de dejar de producir efectos de pleno derecho.

3. Ahora bien, dicha situación colocada como condición ¿es potestativa, causal o mixta? De entrada, debemos descartar que se trate de una condición potestativa (con mayor razón de que sea meramente potestativa) ya que la venta del inmueble en el remate y el consiguiente pago del crédito con el producto, no depende de la voluntad del deudor.
4. Creo que hay más argumentos para considerarla como una condición causal ya que su realización depende de un hecho externo a las partes.
5. Si nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento, queda claro que en este no se presentan los problemas a los que nos referíamos en líneas anteriores respecto a que si un incumplimiento voluntario podía considerarse una condición resolutoria. En el presente caso es más sencillo, ya que si bien la condición se materializa en un incumplimiento, el mismo no es uno que se deba a la voluntad de una de las partes. **JuS**

Cesión de derechos

Selección de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Corte Superior de Justicia de Lima



1 ¿Qué implica la cesión de derechos?

“[L]a cesión de derechos implica que el titular de este, que es el cedente, sale de la relación obligacional, transmitiéndole al cesionario, el que entra en la relación; mientras que el cedido, que es el deudor, no participa en el negocio jurídico de cesión”.

Casación N° 1971-98-Lima, El Peruano, 18 de octubre 1999.

2 ¿A quién alcanza los efectos de la cesión de derechos?

“[L]os efectos de la cesión de derechos que establece el artículo 1215° del Código Civil están reservados para ser aplicados únicamente en favor del deudor, conforme se desprende del propio texto de la norma invocada; por tanto, no se puede aplicar válidamente a los fiadores la condición establecida en la citada norma de derecho material”.

Casación N° 3471-2002-Callao, El Peruano, 2 de noviembre de 2004.

3 ¿Cuál es la diferencia de la cesión de derechos con la subrogación?

“[L]a subrogación se diferencia de la cesión de derechos, en que, en el primer caso

hay un pago, por el cual se sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiere pagado, como lo establece el artículo 1262° del Código Civil; mientras que la cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto, como señala el artículo 1206° del anotado código”.

Casación N° 2679-2002-La Libertad, El Peruano, 31 de agosto de 2004.

4 ¿Cuáles son los elementos de la cesión de derechos?

“[S]on elementos de la cesión de derechos: a) una relación jurídica preexistente a la cesión y que sea susceptible de ser cedida sin cuya existencia no podría configurarse la referida cesión; b) las partes de esta relación obligacional están constituidas por un cedente y un cesionario; c) que se transmite un derecho a exigir determinada prestación; y, d) que la cesión sea el modo de transferir un título distinto”.

Casación N° 396-2001-Lima, El Peruano, 30 de noviembre de 2001.

5 Para que proceda la cesión de derechos, ¿debe haber una causa justa?

“[E]n caso de una cesión de derechos, el título para la transferencia está dado por la relación contractual o extracontractual que genera la obligación de transferir el derecho, siendo la cesión el modo de transmisión. El documento donde esta conste debe hacer referencia a la causa justa de la cesión, desde que se trata de un acto causal y no abstracto”.

Casación N° 79-99-Callao, El Peruano, 30 de agosto de 2000.

6 ¿Qué se debe hacer para que la cesión de derechos tenga efecto frente al deudor cedido y demás terceros?

“[P]ara que la cesión de derechos tenga efecto frente al deudor cedido y demás ter-

ceros, es necesario que le sea comunicado al deudor cedido de la existencia de dicha cesión; puesto que este ignorando la cesión puede cumplir su obligación frente al cedente, no siendo justo que el cesionario exija al citado deudor que le pague nuevamente a él, aduciendo ser el acreedor actual; vale decir, lo que la ley exige para la eficacia de la cesión es que el deudor cedido tome conocimiento de dicha cesión, lo que en primer orden debe producirse a través de una notificación cursada a su persona por el cedente; de allí la razón por la que el artículo 1215° del Código Civil, establece que la cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que este la acepta o le es comunicada fehacientemente”.

Casación N° 2768-2003-Arequipa, El Peruano, 30 de marzo de 2005.

Fallo reciente

1 ¿En qué supuestos debe ser aplicado el artículo 1108° del Código Civil?

“[E]n lo concerniente al cargo de interpretación errónea del artículo 1108° del Código Civil, hay que precisar que dicha norma regula la emisión unilateral de títulos hipotecarios destinados a la circulación, esto es emitidos al

portador o transmisibles por endoso, y no es aplicable a los contratos de crédito o mutuo, ni mucho menos a un pagaré determinado, con el añadido que en este tipo de procesos no se ejecuta el pagaré, sino la garantía real”.

Casación N° 299-2007-Ucayali, El Peruano, 31 de agosto de 2007.