

RESCISIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

PREMISA

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (obligación) (art. 1351).

El contrato es la manifestación más importante del acto jurídico patrimonial. La satisfacción de nuestras múltiples necesidades, como alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, recreación, etcétera, solamente es posible mediante el contrato. En el mundo moderno es imposible nuestra existencia sin contratar.

La rescisión y la resolución son dos formas de ineficacia funcional del contrato. Se rescinde o se resuelve un contrato que existe válidamente.

I. RESCISIÓN DEL CONTRATO

Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

1. CONCEPTO

La rescisión es el acto por el cual, mediante sentencia judicial, se deja sin efecto un contrato válido por causal existente al momento de su celebración.

En términos generales es definida como el remedio que la ley prevé para tutelar la libertad contractual cuando se está en presencia de una situación de aprovechamiento de una de las partes contratantes que determina que la otra asuma obligaciones en condiciones inicuas¹.

2. SU TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA COMPARADAS

El derogado Código civil peruano de 1936 confundía los conceptos de rescisión y resolución del contrato; ambos términos eran usados indistintamente².

¹ . Franceschetti, Paolo, *Il contratto*, Edizione Giuridiche Simona, reimpresión, Napoli, 2006, p. 410.

² . Para Castañeda, por la resolución, rescisión o resiliación se deshace el contrato con efectos retroactivos entre las partes, sin perjudicial a los subadquirentes (Castañeda, Jorge Eugenio, *El contrato de compraventa*, Lima, 1970. p. 69 y ss).

En la doctrina y legislación comparadas los términos rescisión y resolución son intercambiables, se utilizan indistintamente. Para unos, la rescisión, a la que llaman también distracto, mutuo disenso, contrario consenso (*contrarius consensus* o *contrarius dissensus*), es el acuerdo por el que los contratantes extinguen un contrato³ con efectos retroactivos o irretroactivos, pero sin que la retroactividad afecte derechos adquiridos por terceros en el ínterin, como consecuencia del contrato originario; otros admiten la rescisión unilateral, por ejemplo, el contrato de trabajo que puede ser rescindido por voluntad unilateral del trabajador o del patrón. Otro sector de la doctrina considera que lo que se rescinde son ciertos actos anulables⁴. También hay quienes sostienen que la resolución es el género y la rescisión la especie⁵.

Algunos sostienen que la resolución obra retroactivamente y la rescisión suprime para el porvenir las obligaciones de las partes, sin ninguna retroactividad⁶. Esta teoría es seguida por la doctrina y legislación argentina que consideran que la rescisión extingue el contrato para el futuro y la resolución opera con efecto retroactivo. Clasifican a la rescisión en tres especies: 1) la rescisión bilateral que es un contrato mediante el cual se deja sin efecto otro contrato anterior; 2) la rescisión unilateral que supone que las partes han convenido autorizar a cualquiera de ellas a dejar sin efecto el contrato, por ejemplo, el contrato celebrado por equis años, en el cual se prevé que quedará renovado automáticamente por otro plazo semejante, si cualquiera de los suscriptores del instrumento no hace saber a su cocontratante, dentro de un término convenido, su voluntad en contrario; 3) la rescisión legal cuando la ley autoriza a una de las partes o a ambas a rescindir el contrato⁷.

Todas estas teorías extranjeras son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico que distingue claramente entre la rescisión que deja sin efecto el contrato por causal existente al momento de su celebración (art. 1370) y la resolución que deja sin efecto el contrato por causal sobreviniente a su celebración (art. 1371).

³ . Por ejemplo, Ghersi dice: “Así como las partes tienen amplitud para darse su propia regulación, es lógico acordarles la facultad de extinguirla voluntariamente. Esta es la nota característica de la rescisión. No depende de hechos posteriores. Los contratantes deciden de mutuo acuerdo poner fin al vínculo contractual (Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales, Parte general y especial*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 266).

⁴ . Código civil del Ecuador: Art. 1735. El plazo para pedir la rescisión dura cuatro años. Este cuadrienio se contará en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; y en caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad (...).

⁵ . Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1983, p. 473.

⁶ . Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Parte II, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 355.

⁷ . Martorel, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 214.

3. ANULABILIDAD Y RESCISIÓN

Según el Derecho civil peruano, las causales de rescisión, al igual que las de nulidad y anulabilidad, existen en el momento mismo en que se celebra el contrato, pero éste no es inválido sino válido, pudiendo la parte perjudicada solicitar que judicialmente se lo declare ineficaz *ab initio*.

Entre anulabilidad y rescisión existen las semejanzas siguientes:

- 1) Las causales de la anulabilidad y las de la rescisión existen al momento de la celebración del contrato.
- 2) Tanto el contrato anulable como el rescindible producen todos sus efectos *ab initio*, pero dejan de producirlos si judicialmente, el primero es declarado nulo y el segundo, rescindido.
- 3) El ejercicio de la acción para que se declare judicialmente nulo un acto anulable y la acción para que se declare la rescisión de un contrato rescindible, se deja en poder de la persona protegida con las causales de anulabilidad y las de rescisión, con el fin de evitarle un perjuicio.
- 4) El contrato anulable y el rescindible son ineficaces desde su celebración por efecto de la sentencia que los declare (arts. 222 y 1372).

No obstante estas semejanzas, entre la anulabilidad y la rescisión existen las diferencias siguientes:

- 1) Se anula un contrato inválido; se rescinde un contrato válido. El contrato anulable adolece de un defecto existente en el momento mismo de su celebración, defecto que lo invalida. Se rescinde un contrato que existe válidamente, por reunir todos los requisitos de validez y no ser contrario al ordenamiento jurídico.
- 2) La anulabilidad es una sanción impuesta a un contrato inválido por un defecto en su formación, en cambio, la rescisión es un remedio suministrado a un contrato válidamente celebrado, pero que genera un resultado injusto para una de las partes. La rescisión se limita a ser un remedio *in extremis*, suministrado “para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto”⁸.
- 3) La anulabilidad es una forma de ineficacia estructural, en tanto que la rescisión es una ineficacia funcional del contrato. La anulabilidad y la rescisión son dos categorías de

⁸ . Castro y Bravo, Federico de, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, p. 520.

ineficacia del contrato, incompatibles entre sí; lo que es rescindible no es a la vez anulable, ni lo anulable es rescindible. Sin embargo, en nuestro ordenamiento civil tenemos el caso singular de la venta de bien ajeno que es rescindible a solicitud del comprador (art. 1539) y nulo a instancia del propietario del bien (art. 219.1).

- 4) La anulabilidad no perjudica los derechos adquiridos (en el tiempo que transcurre entre la celebración del contrato y su declaración judicial de ineficacia) por terceros a título *oneroso* y de buena fe, en cambio, la rescisión no perjudica los derechos adquiridos por terceros de buena fe, sea la adquisición a título *oneroso* o *gratuito*.
- 5) El contrato anulable se convalida por confirmación, lo que no ocurre con la rescisión por ser el contrato válido.

4. CASOS DE RESCISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

Los únicos casos de rescisión regulados en el Código son:

1. La rescisión por lesión que procede cuando en el momento de celebrarse el contrato existe una excesiva desproporción entre las prestaciones, de más de las dos quintas partes, siempre que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Si la desproporción es igual o superior a las dos terceras partes se presume el aprovechamiento por el lesionante del estado de necesidad apremiante del lesionado (arts. 1447 y 1448). Para que proceda la acción de rescisión por lesión se requiere: 1) que en el momento de la celebración del contrato exista una excesiva desproporción en las prestaciones; 2) que el lesionado se haya encontrado en estado de necesidad; y 3) que el lesionante, conociendo el estado de necesidad, se haya aprovecha de ella.
2. La rescisión por venta de bien ajeno. El contrato se rescinde a solicitud del comprador cuando éste no sabía que el bien no pertenecía al vendedor (arts. 1539 a 1541).
3. En la compraventa por extensión o cabida, la rescisión procede cuando entre la extensión o cabida señalada en el Contrato y la extensión o cabida que realmente tiene el bien existe una diferencia, de más o de menos, que supere el 10%. La acción compete únicamente al comprador (art. 1575).

5. RESCISIÓN Y MUTUO DISENSO

Para nuestro ordenamiento jurídico civil, la rescisión y el mutuo disenso son dos figuras distintas. La rescisión es el acto por el cual se deja sin efecto un contrato por una causal existente al momento de su celebración, en cambio, el mutuo disenso es el convenio entre las partes para de común acuerdo dejar sin efecto un contrato celebrado anteriormente, o sea las partes, en ejercicio de su autonomía privada, otorgan un consentimiento contrario al que prestaron antes, dejando sin efecto el contrato que celebraron, siempre que con ello no se perjudique el derecho de terceros⁹.

II. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

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

1. CONCEPTO

La palabra resolución (del latín *resolutio*) significa deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato.

La resolución deja sin efecto, judicial o extrajudicialmente, un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración que impide que cumpla su finalidad económica.

2. TITULARES DEL DERECHO DE RESOLVER EL CONTRATO

Solamente el acreedor de la prestación no ejecutada o sus herederos pueden invocar, judicial o extrajudicialmente, la resolución del contrato. El deudor de la prestación no ejecutada no tiene la facultad de resolver el contrato; no puede valerse de la inejecución de su propia prestación para escapar de su palabra empeñada resolviendo el contrato.

También los acreedores del titular de la acción resolutoria pueden invocar la resolución del contrato a través de la acción subrogatoria (arts. 1219.4, 1260.3, 1889).

3. CASOS DE RESOLUCIÓN

El hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato puede ser imputable a la otra parte (ej., el incumplimiento) o puede ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito

⁹ . Art. 1313. Por el mutuo disenso las partes las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de terceros se tiene por no efectuado.

o fuerza mayor); puede tener un origen legal (ej., la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso).

La relevancia de la incidencia del hecho sobreviviente sobre los efectos del contrato unifica todas las hipótesis de resolución y justifica la unidad de la terminología, pero la diferencia de presupuestos obliga a tratar separadamente cada una de las figuras de resolución reguladas por el ordenamiento jurídico civil: resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida y por sobrevenida excesiva onerosidad.

Existen otros casos especiales de resolución dispuestos por ley o por pacto. Por ejemplo, en la compraventa de bienes muebles no entregados al comprador, si éste no paga el precio u otorga la garantía ofrecida, el vendedor puede disponer del bien, quedando el contrato resuelto de pleno derecho (art. 1564); el pacto de retroventa por el que el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial (art.1586); si la compraventa se hace sobre muestra, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio (art. 1573).

4. RESOLUCIÓN, RESCISIÓN, NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO

La resolución, al igual que la nulidad y anulabilidad, extingue el contrato. Pero la nulidad y anulabilidad son modos de ineficacia originaria, estructural, depende de la invalidez del contrato, mientras que la resolución es una ineficacia subsiguiente, funcional, proviene de un hecho posterior a la celebración del contrato, o sea una vez celebrado el contrato produce todos sus efectos, pero si durante el desarrollo de su ejecución aparece una causal de resolución, el contrato válido se disuelve. Así sucede, por ejemplo, cuando en los contratos con prestaciones recíprocas alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación (art. 1428), o la prestación a cargo de una de ellas deviene en imposible (art. 1431 y ss.), o si en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, la prestación a cargo de una de las partes deviene en excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (art. 1440).

Se anula un contrato inválido; se resuelve un contrato válido.

El contrato una vez celebrado válidamente produce sus efectos normales, pero con la especial característica de que las consecuencias, las relaciones jurídicas, no tienen un cariz definitivo sino provisorio¹⁰, en cuanto la consolidación indisoluble de las mismas depende de la no aparición de una causal de resolución que ponga fin al contrato por su mera ocurrencia (ej., cuando la prestación deviene imposible, arts. 1431 a 1434)

¹⁰ . Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 329.

o por autoridad de las partes (ej., la resolución por requerimiento, art. 1429) o por decisión judicial (ej., art. 1428).

Se tiene el derecho de anular o rescindir un contrato por causal existente en el momento mismo de su celebración, en cambio, el derecho de resolver el contrato se adquiere por circunstancias que nacen con posterioridad a su celebración.

Tanto la rescisión como la resolución son dos modos de extinción de un contrato válido, pero la rescisión opera por causas existentes al momento de la celebración y la resolución por causas posteriores a la celebración del contrato.

La rescisión se declara judicialmente; la resolución puede ser judicial o extrajudicial.

La anulabilidad, como la rescisión y la resolución del contrato tienen efectos retroactivos al momento de su celebración¹¹, salvo que la naturaleza del contrato no lo permita como sucede con los contratos de ejecución continuada en los que no es posible destruir los efectos ya producidos.

5. RESOLUCIÓN Y VICIOS REDHIBITORIOS

Los arts. 1370 y 1371 confieren a las expresiones rescisión y resolución significados muy precisos: La *rescisión* es por causal existente al momento de la celebración del contrato, y la *resolución* es por causal sobreviniente a la celebración. No obstante, en el art. 1511 contradice lo dispuesto en los arts. 1370 y 1371 al establecer que el adquirente puede pedir, en razón del saneamiento por vicios ocultos o redhibitorios (existentes al momento de la celebración) a que está obligado el transferente, la resolución del contrato, situación que pasamos a esclarecer.

Se conoce como vicios ocultos, llamados también redhibitorios, a los defectos ocultos que tiene el bien que se transfiere en propiedad, posesión o uso, vicios existentes al momento de la transferencia¹², que, sin causar la pérdida, disminuyen la utilidad o hacen inútil el bien para el fin para el cual está destinado. Por razón del saneamiento por vicios ocultos, el adquirente puede optar por la acción redhibitoria o por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos (acción *cuanti minoris*) (arts. 1511 y 1513). Si para tener derecho a cualquiera de estas dos acciones, los vicios deben existir en el momento mismo de la celebración del contrato con el que se realiza la

¹¹ . Aunque el art. 1372 disponga que los efectos de la sentencia que declara la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. En la realidad sucede todo lo contrario, por ejemplo, si se resuelve un contrato de compraventa, el comprador devuelve el bien al vendedor y éste devuelve a aquél, el precio o la parte del precio recibido, o sea las cosas vuelven al estado en que se encontraban al momento inmediatamente anterior al de su celebración.

¹² . Art. 1503. El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.

transferencia (art. 1503), entonces la acción redhibitoria debería ser rescisoria.

Sin embargo, en la doctrina se discute si la redhibitoria es rescisoria o resolutoria. De La Puente y Lavalle¹³ cita a Pothier, Laurente, Baudry-Lacantinerie y Saignat, Lafaille, Rezzónico, como autores que consideran que la acción redhibitoria es una acción de rescisión que da como inexistente el contrato con efectos retroactivos. De otro lado cita a Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Borda, Messineo, López de Zavalía, como autores que opinan que la acción redhibitoria es una acción de resolución que extingue el contrato a partir del momento en que es resuelto, reconociéndose su validez en el *interin*. De La Puente afirma que se identifica plenamente con esta segunda posición, por entender “que la naturaleza de la acción redhibitoria es que el adquirente debe estar en aptitud de hacer que el enajenante retome la adquisición de la cosa, sin desconocer por ello que el adquirente la haya tomado en el lapso comprendido entre la adquisición y la resolución (...) si bien la acción redhibitoria tiene su fundamento en la existencia de vicios al momento de efectuarse la adquisición, esa acción la plantea el adquirente en su condición de tal, es decir invocando el derecho que le da el haber adquirido la cosa, y ello sólo se justifica si se reconoce que la transferencia se ha producido”.

Por su parte, Arias Schreiber¹⁴ opina que como el vicio oculto tiene que existir antes o coetáneamente con el contrato y no con posterioridad, debió considerarse como una causal de rescisión y no de resolución.

Si los vicios redhibitorios deben existir en el momento mismo de la celebración del contrato y considerando que por la naturaleza de las cosas, tanto la rescisión como la resolución tienen efectos retroactivos entre las partes (a pesar de que el art. 1372 establezca que la resolución tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato) y no afectan ni perjudican a terceros adquirentes de buena fe, tales vicios redhibitorios deben ser causa de rescisión y no de resolución del contrato. Sin embargo, por mandato de la ley, y mientras ésta no se modifique, los vicios redhibitorios son causas de resolución del contrato.

6. SE RESUELVE EL CONTRATO O LA OBLIGACIÓN?

En nuestro medio se ha difundido la doctrina que considera que una vez celebrado, el contrato se extingue quedando solamente la obligación creada, razón por la que no se resuelve el contrato, sino la relación

¹³ . De la Puente y Lavalle, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, t. II, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, pp. 469-470.

¹⁴ . Arias Schreiber, Max, ob. cit., p. 315.

obligatoria¹⁵. No compartimos esta teoría, por que, como dice Carlos Cossio, todo objeto cultural, el contrato lo es, consiste en la unidad de un substrato material y de un sentido espiritual, es decir, en los objetos culturales existen dos elementos: un substrato o soporte material, por ejemplo: un lienzo, un papel, una piedra, un metal, un trozo de madera, en los que se encarna un sentido espiritual valioso, de cuya existencia nos damos cuenta cuando advertimos que es bueno o malo, verdadero o falso, justo o injusto, bello o feo, válido o inválido, etc. El soporte de la conducta humana es el propio ser humano¹⁶. Desde esta perspectiva, no resulta razonable decir que celebrado el contrato éste se extingue quedando solamente la obligación creada, por que es como afirmar que publicada la ley, ésta se extingue quedando solamente la norma jurídica creada, o que creada una costumbre por unos sujetos mediante el ejercicio reiterado de ciertos actos, los sujetos se extinguen quedando solamente la costumbre.

El contrato y la obligación que crea, la ley y la norma jurídica que ella contiene, los sujetos y la costumbre que practican, constituyen una sola unidad de substrato y sentido, de continente y contenido inescindibles.

Admitir que el contrato se extingue tan luego que es celebrado, quedando solamente la obligación que crea, permitiría que en un proceso judicial sobre cumplimiento o resolución de contrato, al juez que ordena la exhibición del contrato se le conteste con el absurdo: que no puede exigir la exhibición de algo que se ha extinguido, pues lo único que queda es la obligación cuyo cumplimiento o resolución se exige.

Es más razonable la opinión de Betti¹⁷ cuando sostiene que la resolución como medio de defensa destinado a tutelar la condición de respectiva paridad entre las partes “se dirige no contra el negocio, sino contra la relación contractual a que dio vida”, lo que es muy distinto a afirmar que celebrado el contrato, éste se extingue quedando solamente la obligación.

El contrato y la obligación que crea constituyen una sola unidad de continente (el contrato) y contenido (la obligación). Se resuelve el contrato y con él la obligación que crea; con la resolución del contrato, los sujetos quedan desligados de la obligación.

¹⁵ . De La Puente, expresa: “El contrato, como declaración de voluntad, deja de existir una vez que cumple su cometido de crear una relación obligatoria y que es esta relación lo que constituye la ley del contrato y tiene por contenido jurídico todos los derechos y todos los deberes nacidos por efecto del contrato. Por ello, lo que se resuelve por razón del incumplimiento por una de las partes de la prestación que le corresponde es esa relación obligatoria que tiene (De La Puente y la Valle, Manuel, Estudios del contrato privado, t. I, Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 519). Arias Schreiber Pezet, Max, ob. cit., p. 180.

¹⁶ . Ver, Torres Vásquez, Aníbal, *Introducción al Derecho, Teoría general del Derecho*, Tercera edición, Idemsa, Lima, 2006, pp. 8-9.

¹⁷ . Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, trad. de José Luís de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 333.

III. EFECTOS DE LA RESCISIÓN Y DE LA RESOLUCIÓN

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

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

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

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe¹⁸.

1. RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS

La rescisión del contrato se declara judicialmente con efectos retroactivos al momento de su celebración, esto es, *ex tunc*.

La resolución del contrato puede ser judicial o extrajudicial. En ambos casos, los efectos de la resolución se retrotraen al momento de la celebración del contrato, *ex tunc*, a pesar de que el art. 1372 establezca que la resolución tiene efectos retroactivos al momento en que se produce la causal que la motiva. Nada impide que los contratantes, cuando la naturaleza del objeto de la prestación lo permita, convengan que la resolución no tendrá efectos retroactivos. Por ejemplo, en la compraventa de un lote de mercaderías a entregarse por partes, puede convenirse que si el contrato se resuelve, las cuotas ya entregadas quedaran firmes, pagando el comprador la parte del precio correspondiente a ellas¹⁹.

¹⁸ Texto modificado por el D. Leg. N° 768.

El texto original decía: «La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.

En ningún caso se perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe».

¹⁹ . El art. 1204 del Código argentino prescribe que “en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes”.

Como veremos más adelante, la resolución de los contratos de ejecución continuada tiene efectos para el futuro (*ex nunc*), no se proyecta hacia el pasado.

La rescisión y la resolución extinguen el contrato y las obligaciones nacidas de él, pero hay que distinguir los efectos que producen entre las partes contratantes y los efectos frente a terceros.

2. EFECTOS ENTRE LAS PARTES

1) Efectos liberatorios. Si las prestaciones todavía no se han ejecutado, los contratantes se liberan de ejecutarlas;

2) Efecto restitutorio. Si las prestaciones se han ejecutado, las partes deben restituirse recíprocamente lo que se han pagado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban al momento de celebrarse el contrato, salvo que la naturaleza de la prestación o el pacto en contrario no lo permitan. Si una de las partes pretende la restitución sin haber cumplido con su obligación restitutoria, la otra puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*;

3) Efecto resarcitorio. En el caso de la resolución la ley dispone (art. 1428, 1429, 1432) que el deudor que ha faltado al cumplimiento de su prestación o por cuya culpa la prestación deviene en imposible, debe resarcir los daños irrogados al acreedor. No existe igual regla para la rescisión, sin embargo, ello no significa que si uno de los contratantes causa daño a otro no esté obligado a indemnizar, pues el principio es que todo el que causa daño a otro está en la obligación de indemnizar.

3. EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS

Frente a terceros, la rescisión y la resolución del contrato no afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe, sea su adquisición a título oneroso o gratuito.

Los contratos nulos y los anulables declarados nulos son *ineficaces* entre las partes y frente a terceros adquirentes a título gratuito o a terceros adquirentes a título oneroso y de mala fe, pero son *eficaces* frente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. En cambio, el contrato resuelto es *ineficaz* entre las partes y frente a terceros adquirentes de mala fe, pero son eficaces frente a terceros de buena fe, independientemente de que su adquisición sea a título oneroso o a título gratuito. La buena fe del tercero paraliza los efectos de la resolución.

4. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA

La naturaleza de las cosas, regida por las leyes de la causalidad, las mismas que no pueden ser modificadas por las leyes del deber ser (como es la norma jurídica), determina que la resolución actúe con efectos retroactivos, *ex tunc*, entre las partes, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o tracto sucesivo, en los cuales los efectos de la disolución del contrato por rescisión o por resolución no se extienden a las prestaciones ya ejecutadas. El pacto en contrario a la retroactividad sólo opera en caso que la naturaleza de las cosas lo permita.

Es la naturaleza de las cosas (del ser) la que determina que la resolución del contrato de ejecución instantánea sea retroactiva, *ex tunc*; y que la resolución del contrato de ejecución continuada, en los que parte de las prestaciones ya han sido realizadas, rija para el futuro, *ex nunc*, es decir, las prestaciones ejecutadas quedan firmes por no ser posible su destrucción; es imposible físicamente su restitución.

Son contratos de *ejecución instantánea* aquellos en los que es posible que las prestaciones se ejecuten en un solo momento, ya sea inmediatamente a la celebración como en la compraventa al contado (contrato de *ejecución inmediata*), o que se difiera la ejecución de la prestación, de una de las partes o de ambas, para un momento ulterior, por ejemplo se fija un plazo para la entrega del bien vendido o para el pago del precio (contrato de *ejecución diferida*), o que la ejecución de la prestación se divida en partes o cuotas como en la compraventa a plazos (contrato de *ejecución escalonada*). No porque se difiere o divide la ejecución de las prestaciones, el contrato de *ejecución instantánea* se convierte en uno de *ejecución o tracto sucesivo*, como algunos creen²⁰. En el contrato de tracto sucesivo no es posible que la prestación de una de las partes o de ambas se ejecute en solo momento, sino que necesariamente debe ejecutarse durante un cierto tiempo, determinado o determinable; el contrato de tracto sucesivo es de duración porque dura la ejecución de la prestación, por ejemplo, el trabajador desarrolla su actividad material o intelectual objeto de su prestación no instantáneamente, pues es imposible, sino durante un cierto tiempo; el arrendador cede el uso del bien al arrendatario por un cierto plazo, ejecuta su prestación manteniendo al arrendatario en el uso del bien por todo el plazo que se ha convenido, pues no sería contrato de arrendamiento, ni ningún otro contrato de cesión del uso de un bien, aquél

²⁰ . Ospina, refiriéndose a la resolución del contrato de compraventa dice que “la afirmación dogmática de la doctrina tradicional, conforme a la cual el referido contrato es siempre de ejecución instantánea, por que ella equivale a negar, contra la evidencia, que en los casos en que se hayan pactado varios plazos sucesivos para la entrega de la cosa vendida o para el pago del precio, el contrato entra a formar parte de la categoría de los de ejecución sucesiva” (Ospina Pérez, Guillermo, *Los contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva*, Rv. Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 18, Bogotá, Junio, 1960, p. 104, Cit. de Arias Schreiber Pezet, Max, Exegesis del Código civil peruano de 1984, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 100).

por el cual el arrendador entrega el bien al arrendatario y éste inmediatamente deba devolverlo.

En contratos de *ejecución instantánea*, por ser posible la destrucción retroactiva de los efectos producidos, o sea es posible que las partes se restituyan las prestaciones ya ejecutadas, la consecuencia natural de la resolución es su retroactividad al momento de su celebración. Por ejemplo, si un contrato de compraventa a plazos se resuelve por falta de pago del precio, el comprador devuelve el bien al vendedor y éste devuelve al comprador la parte del precio recibido, teniendo derecho a una compensación por el uso del bien y a la indemnización de daños, salvo pacto en contrario (art. 1563). La verdad es una, la resolución tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo los ya cumplidos en los contratos de ejecución continuada, los que quedan firmes; consiguientemente no es cierto que los efectos de la sentencia de resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva como dispone el art. 1372.

Una norma que se corresponde con la realidad es la contenida en el art. 1458 del Código civil italiano que establece: “La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución”.

5. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN CONTINUADA

A diferencia de los contratos de ejecución instantánea, resuelto un contrato de *ejecución continuada o tracto sucesivo* no es posible destruir las prestaciones ejecutadas, en otros términos, físicamente es imposible que el acreedor devuelva la prestación o prestaciones continuadas ejecutadas por el deudor. Por ejemplo, si se resuelve un contrato de arrendamiento, las partes no se pueden restituir las prestaciones ejecutadas, por ser imposible que el arrendatario devuelva el uso que hizo del bien que recibió del arrendador, por todo el tiempo que lo poseyó; el beneficio obtenido por el arrendatario durante el tiempo que uso el bien no puede borrarse, en otros términos, el tiempo que el arrendatario permaneció en el uso del bien no se puede destruir. La resolución de los contratos de tracto sucesivo surte efectos para el porvenir, *ex nunc*, es decir, sólo para el futuro, no se proyecta hacia el pasado, la naturaleza de estos contratos no permite borrar la prestación ejecutada.

En los contratos de tracto sucesivo, continuado, con prestaciones recíprocas (arrendamiento, contrato de trabajo), por la interdependencia de las prestaciones, basta que no sea posible destruir la prestación a cargo de una sola de las partes para que opere la *irretroactividad*.

Por su naturaleza, la resolución de los contratos de ejecución instantánea es retroactiva, *ex tunc*, los efectos producidos se destruyen, y la resolución de los contratos de tracto sucesivo es irretroactiva, *ex nunc*, los efectos producidos quedan incólumes²¹.

6. RESILIACIÓN Y RESOLUCIÓN

Una vez perfeccionado el contrato es imposible jurídicamente que una de las partes se pueda desvincular con su sola declaración de voluntad, debido a que únicamente un *mutuus dissensus* puede deshacer lo que ha sido hecho por un *mutuus consensus*, salvo que la ley o el pacto lo permitan. Por ejemplo, en el caso de la cláusula resolutoria expresa por la que se conviene que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, la resolución se produce con la sola comunicación de la parte interesada a la otra haciéndole saber que quiere valerse de dicha cláusula (art. 1430).

El derecho de resolver unilateralmente el contrato es calificado por la doctrina francesa como derecho de *resiliación*²². Para esta teoría, la resiliación pone fin al contrato solamente para el futuro, esto es, sin retroactividad, en cambio la *resolución* actúa retroactivamente y es un mecanismo propio de los contratos sinalagmáticos. Los efectos de la resolución son los mismos de la nulidad. “Independientemente de la facultad de resiliación en los contratos de ejecución sucesiva y de la resolución de los contratos sinalagmáticos (en el Derecho peruano se les denomina contratos con prestaciones recíprocas), el propio contrato y a veces la ley pueden conferir a una de las partes el derecho de retractarse una vez que se ha celebrado”²³. En el Derecho patrio no existe la distinción entre resiliación y resolución.

²¹ . Comentando el Código civil chileno, López Santa María dice: “El efecto de la resolución, acogida por sentencia judicial firme, es la *desaparición retroactiva* del contrato. Lo mismo ocurre cuando se pronuncia judicialmente la nulidad del contrato (artículos 1687 y 1689 del Código Civil): es como si el contrato nunca hubiese existido. De modo que si una de las partes había ya ejecutado su obligación, procede devolverle lo pagado (...) Pero si la resolución, que pasa a llamarse en este caso *terminación* afecta a un contrato de tracto sucesivo, no hay efecto retroactivo, operando la resolución únicamente para el futuro” (López Santa María, Jorge, *Los contratos, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 423).

²² . En la doctrina chilena se denomina *resiliación* al mutuo disenso que es el acuerdo por el cual las partes dejan sin efecto un contrato (López Santa María, Jorge, *Los contratos, Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pp. 233-234).

²³ . Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, trad. de Jorge Guerrero, t. II, Bogotá, Temis, 1993. p. 5.

7. LA RETROACTIVIDAD EN LA DOCTRINA

La doctrina predominante, europea y latinoamericana, establece que la resolución del contrato tiene efectos retroactivos. Por ejemplo, Borda²⁴, expresa que “la resolución deja sin efecto el contrato retroactivamente; su consecuencia es volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. En este punto sus efectos son semejantes a los de la nulidad; pero se diferencia claramente de ésta en que el hecho que provoca la resolución es siempre posterior al contrato, en tanto que el que da lugar a la nulidad, debe ser anterior o concomitante con la celebración”. Para Llambías²⁵, la resolución es un modo de disolución del acto jurídico en razón de una causa sobreviniente que extingue retroactivamente los efectos provenientes del acto. Por su parte, Larroumet²⁶ dice que “el efecto esencial de la resolución es la extinción del contrato, de tal suerte que se pueda considerar que nunca se estipuló. Por consiguiente, la resolución, como la nulidad, actúa retroactivamente. La consecuencia de esto es que los contratantes deben proceder a la repetición de lo que se ha ejecutado. Si aún no se ha ejecutado nada, la desaparición del contrato prohíbe cualquier ejecución. La retroactividad es la esencia de la resolución”. La jurisprudencia italiana ha resuelto: Una vez declarada la resolución, por el efecto retroactivo de la misma, surge para cada uno de los contratantes, independientemente de la imputabilidad del incumplimiento, una total *restitutio in integrum* y, por tanto, todos los efectos del contrato se destruyen, es decir, los derechos que se hubieran derivado de dicho contrato se consideran como que nunca han ingresado en la esfera jurídica de los contratantes (Cass. 4.6.2001, n. 7470)²⁷.

8. LA RETROACTIVIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código alemán: Art. 346. Si una parte se ha reservado en un contrato la resolución, las partes están obligadas, si la resolución se realiza, a restituirse mutuamente las prestaciones recibidas. Por servicios prestados, así como por la cesión del aprovechamiento de una cosa, ha de abonarse el valor o, en caso de que en el contrato esté fijada una contraprestación en dinero ha de pagarse ésta.

Código español: Art. 1195. La rescisión (así se denomina a la resolución) obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia,

²⁴ . Borda, Guillermo A., *Manual de contratos*, 8va. ed., Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 136.

²⁵ . Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil, Parte general*, t. II, Personas Jurídicas, bienes, hechos y actos jurídicos, Décimocuarta edición, Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 660.

²⁶ . Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, trad. del francés de Jorge Guerrero, t. II, Temis, Bogotá, 1993, p. 155.

²⁷ . Franceschetti, Paolo, ob. Cit., p. 443.

sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido puede devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Código de Comercio de Honduras de 1950: Art. 750. La resolución por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo en los contratos de ejecución continuada o periódica, por lo que respecta a las prestaciones ya realizadas.

Código italiano: “Art. 1458. *Efectos de la resolución*. La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución”.

Como es natural y lógico, el Código italiano establece que la resolución opera retroactivamente entre las partes mientras no perjudique – aunque se haya pactado expresamente- los derechos adquiridos por terceros. En los contratos de ejecución continuada o periódica, los efectos de la resolución no se extienden a las prestaciones ya ejecutadas²⁸.

Código de Portugal:

Art. 433 (efectos entre las partes). A falta de disposición especial, la resolución es equiparada, en cuanto a sus efectos a la nulidad o anulabilidad de los negocios jurídicos, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Art. 434. (Retroactividad)

1) La resolución tiene efecto retroactivo, a menos que la retroactividad sea contraria a la voluntad de las partes o a la finalidad de la resolución.

2) En los contratos de ejecución continuada o periódica, la resolución no alcanza a las prestaciones ya efectuadas, excepto si entre las mismas y la causa de la resolución existe un vínculo que legitime la resolución de todas ellas.

9. LA RETROACTIVIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El texto original del art. 1372 del Código civil vigente señalaba: “*La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario. En ningún caso se perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe*”. En cuanto a la resolución, esta norma del art.

²⁸ . Scognamiglio, Renato, *Contratti in generale*, Terza edizione, Casa Editrice Dr. Francesco VAllardi, Milano, 2977, p. 280.

1372 estaba totalmente equivocada, porque como está demostrado, la consecuencia natural de la resolución es la retroactividad de sus efectos, las partes se restituyen mutuamente lo que hubieran recibido de la otra, salvo que no lo permita la naturaleza del contrato o exista disposición legal o pacto en contrario, siempre que lo permita la naturaleza del contrato.

El primer párrafo del nuevo texto del art. 1372, modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil²⁹, expresa que *“La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva”*. Es un craso error señalar que en ambos casos de resolución, la judicial y la extrajudicial, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, ignorando que en la resolución extra judicial no existe sentencia alguna. Sentencia existe solamente en la resolución judicial, en la extrajudicial no hay sentencia, sino un *mutuus dissensus* por el que las partes deciden extinguir el contrato o la declaración de voluntad del contratante titular del derecho de resolverlo que le ha conferido el acuerdo de las partes o la ley. Otro grueso error es sostener que los efectos de la sentencia de resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal de resolución. Esta afirmación está fuera de la realidad. Por ejemplo, si se resuelve un contrato de compraventa a plazos de una casa (contrato de ejecución instantánea), debido a que el comprador ha dejado de pagar tres armadas o más, el comprador devuelve la casa al vendedor y éste devuelve el precio recibido quedándose con una parte por el uso del bien y la indemnización de los daños (arts. 1561 y 1563). En cambio, si se resuelve un contrato de arrendamiento de una casa, celebrado por el plazo de un año, porque, luego de estar el arrendatario ocupando seis meses, se atrasa en el pago de la renta de dos meses y quince días o más (art. 1697.1), es imposible físicamente que el arrendatario devuelva el uso de la casa por todo el tiempo que la ocupó, por lo que debe pagar la renta correspondiente a ese tiempo de uso. Luego, a pesar de que el art. 1372 establece que la resolución tiene efectos retroactivos al momento en que se produce la causal que la motiva, si el contrato es de ejecución instantánea la resolución tiene efectos retroactivos al momento de la celebración, y si el contrato es de ejecución continuada, los efectos de la resolución son para el futuro. Esta es la única verdad, no hay otra. Lo que se afirma en el art. 1372 es contrario a la naturaleza de las cosas.

El segundo párrafo del nuevo art. 1372 dispone que *“Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior (...)*, o sea al

²⁹ . Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 768 y que incluye las normas del Decreto Legislativo N° 767, Decreto Ley N° 25940 y Decreto Ley N° 25869; publicada el 22.4.93.

momento en que se produce la causal que motiva la resolución. Si se trata de bienes, estos deben restituirse en el estado en que se encuentran al momento en que se produce la causal de resolución considerando su desgaste natural. La norma no puede interpretarse de tal forma que conduzca a soluciones absurdas como, por ejemplo, que si al momento en que se produce la causal de resolución el bien que es objeto de la prestación ejecutada ha sido consumido o destruido en parte, el contratante que resuelve el contrato sólo tendría derecho a recibir lo que quede del bien.

En conformidad con la parte in fine del segundo párrafo del vigente art. 1372, si resuelto el contrato no es posible que las partes se restituyan las prestaciones como sucede, por ejemplo, cuando el bien ha sido enajenado o transformado en otro, se deberán rembolsar en dinero el valor de las mismas al momento en que se produce la causal de resolución. Hubiese sido más justo que se establezca, en conformidad con el art. 1236, que el reembolso en dinero del valor de la prestación sea el que tiene al día del pago³⁰.

Si las prestaciones de una y otra parte no se han ejecutado, sea el contrato de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, no existe problema, las partes no tienen nada que restituirse, la resolución simplemente libera a ambas partes contratantes del cumplimiento de sus obligaciones.

El penúltimo párrafo del vigente art. 1372 establece: “*En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario*”, o sea en los casos de rescisión y resolución, cabe que las partes pacten que los efectos serán no retroactivos, por supuesto cuando lo permite la naturaleza del objeto de las prestaciones.

Como los efectos del contrato son de naturaleza patrimonial, disponibles, las partes pueden establecer la irretroactividad de los efectos de la rescisión o de la resolución, pacto que será válido y eficaz siempre que no exista abuso de derecho.

Conforme al art. 1372, en cuanto a los efectos de la rescisión y de la resolución entre las partes, se debe atender en primer lugar a la convención entre las partes, o sea a lo que ellas acuerden sobre dichos efectos, y a falta de convenio, a lo previsto en dicho artículo, o sea que los efectos de la rescisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato y los de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, aunque en la realidad también es al momento de la celebración del contrato, salvo el contrato de ejecución continuada cuyas prestaciones ya se hayan ejecutado, las que permanecen inamovibles.

³⁰. Art. 1236 Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

El último párrafo del art. 1372 prescribe que la rescisión y la resolución “*No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe*”. Los derechos adquiridos por terceros de buena fe, en el tiempo transcurrido entre la celebración y la resolución o rescisión del contrato, permanecen inalterables, sea que la adquisición se haya hecho a título oneroso o a título gratuito. Por ejemplo, si el comprador ha enajenado el bien a un tercero que lo adquiere a título oneroso o gratuito y de buena fe, resuelto el contrato del enajenante, el derecho del adquirente queda incólume. La resolución solamente afecta los derechos adquiridos por terceros de mala fe, único caso en que sigue rigiendo el principio romano que reza: *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, por el cual el subadquirente queda sin derecho si se resuelve el contrato de adquisición de su autor (el primer adquirente).

Por principio, el tercero adquirente a título oneroso y de buena fe no se ve perjudicado por la declaración de nulidad o de ineficacia relativa del contrato del otorgante. Adviértase que se requiere que concurren copulativamente la onerosidad y la buena fe para que el tercero adquirente o subadquirente esté protegido. Por ejemplo, la nulidad del contrato por simulación no puede ser opuesta a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente (art. 194); la declaración de ineficacia del contrato vía acción pauliana no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe (art. 197). En cambio, la rescisión y la resolución del contrato no perjudican los derechos de terceros adquirentes de buena fe, sea su adquisición a título oneroso o gratuito.

Sin embargo, rescindido o resuelto el contrato del enajenante (otorgante), el derecho del tercero adquirente sucumbe si hay otro tercero registral que ha adquirido el bien a título oneroso y de buena fe. Esto en aplicación del art. 2014 que prescribe: “*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro*”.

La rescisión y la resolución dejan sin efecto un contrato con prestaciones recíprocas; son invocadas por las partes; no operan de oficio por decisión del juez, salvo el caso previsto en la parte in fine del art. 1440, sobre resolución por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación; ambas no perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

10. DIFERENCIAS ENTRE RESCISIÓN Y RESOLUCIÓN

Las diferencias más notorias entre la rescisión y la resolución del contrato son:

1. La rescisión se declara por causal existente al momento de la celebración y la resolución, por causal sobreviviente a la celebración del contrato³¹;
2. La rescisión se declara judicialmente y la resolución puede ser judicial o extrajudicial;
3. Se rescinde o se resuelve un contrato válido. En la rescisión el contrato tiene un vicio de origen que no determina la nulidad o anulabilidad, pero que puede conducirlo a su disolución, en cambio, en la resolución el contrato no adolece de ningún vicio en su origen que pueda destruir su existencia.
4. Las causas de rescisión están fijadas por la ley, las de la resolución pueden ser legales o convencionales.
5. La rescisión puede ser evitada por el demandado cuando dentro del plazo para contestar la demanda de rescisión por lesión consigna la diferencia de valor (art. 1450), o en la venta de bien ajeno, cuando el vendedor adquiere el bien antes de la citación con la demanda de rescisión (art. 1539). En cambio, la resolución no puede ser evitada una vez que el demandado es notificado con la demanda, salvo que lo permita el actor (parte in fine del art. 1428).

IV. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

1. CONCEPTO

En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes contratantes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en cada caso, exigir además el resarcimiento de los daños (art. 1428).

Sin embargo, advertimos que la resolución no es propia solamente de los contratos con prestaciones recíprocas, porque el art. 1442 prevé la

³¹ . El Código civil contiene una incoherencia, al regular el saneamiento por vicios ocultos o vicios redhibitorios, cuando en el art. 1511 dispone que “el adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato”, pues en vez de resolución debió utilizar la expresión rescisión, puesto que los vicios redhibitorios deben existir en el momento de la celebración del contrato.

resolución por sobrevenida excesiva onerosidad del contrato con prestación a cargo de una sola de las partes.

La resolución es un derecho potestativo que el acreedor puede o no ejercitar en función de su interés. En cambio, la condición resolutoria, como modalidad del acto jurídico, es un hecho que por su sola verificación determina la cesación automática e inmediata de los efectos del contrato.

2. EVOLUCION HISTORICA

El Derecho romano no admitió de manera general la resolución de los contratos bilaterales o sinalagmáticos (que nuestro Código denomina con prestaciones recíprocas) por incumplimiento de las obligaciones. En lo concerniente al contrato de compraventa, si el vendedor no lograba que el comprador le pague el precio, la obligación quedaba subsistente aunque incumplida, lo que era peligroso para el vendedor que quedaba expuesto a perder la cosa y el precio en caso de insolvencia del comprador. Como protección para el vendedor se establecía en el contrato que sigue siendo dueño de la cosa vendida, aun después de la tradición, mientras no se le pague el precio³². En aplicación del principio *pacta sunt servanda*, los contratos debían cumplirse tal cual se habían convenido.

La práctica había ideado introducir en el contrato una cláusula en virtud de la cual el vendedor tenía derecho a considerar como resuelto el contrato cuando el comprador no pagaba el precio al vencimiento previsto. A esta estipulación se le denominó *lex commissoria* o *pacto comisorio*³³ que vino a atemperar la rigidez del *pacta sunt servanda* permitiendo sólo al vendedor resolver la venta cuando el comprador no paga el precio, promoviendo la *actio venditi* (reclamar el pago del precio) o la *praescripti verbis* (el que primero ejecuta su obligación puede demandar la restitución de su propia cosa). Como consecuencia de la resolución, el comprador debía restituir la cosa en el estado que lo recibió, libre de cargas, con sus frutos y sin deterioros debidos a su culpa, si esto no era posible debía los daños, y el vendedor debía restituir el precio. Para proteger el derecho del tercero subadquirente, Alejandro Severo negó la reivindicación al vendedor disponiendo: “*El que vendió un predio con esta condición, que si no hubiese pagado lo restante del precio dentro de cierto tiempo, revertiese a él; si no se entregó la posesión precaria, no tiene la reivindicación de la cosa, sino la acción de venta*”.

³² .Capitant, Henri, *De la causa de las obligaciones*, trad. De Eugenio Tarra Gato y Contreras, Madrid, p. 320.

³³ . Larroumet, Christian, ob. cit., p. 144.

La derivación histórica del pacto comisorio, como explica Betti³⁴, se funda en la autonomía de las partes,

de las partes contratantes se obliga frente a la otra porque ésta se compromete frente a la primera, cada uno de los contratantes es acreedor y deudor del otro, la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra y viceversa, sólo así se justifica económicamente la voluntad de los contratantes.

Sobre la base del principio *fragenti fidem*, el Derecho canónico consideró al contrato sinalagmático como el intercambio de prestaciones de buena fe, las mismas que son interdependientes. El incumplimiento de una de las prestaciones significa traicionar la buena fe de la otra, razón por la que en todo contrato sinalagmático está implícita la *condición resolutoria*. La resolución es una sanción a la mala fe y persigue asegurar el respeto de la palabra empeñada. Fueron los canonistas los que establecieron que el acreedor de la obligación no ejecutada puede dirigirse al juez solicitando la resolución del contrato sinalagmático. El juez podía pronunciarse a favor o no de la resolución tomando en cuenta todas las circunstancias del caso. La resolución solamente operaba frente a un grave incumplimiento de la obligación³⁵.

Domat y Pothier, en los siglos XVII y XVIII, retomaron la solución del Derecho canónico y admitieron la resolución judicial del contrato. Pothier consideró que no era necesario introducir la cláusula resolutoria expresa en el contrato, sino que se sobre entiende que en todo contrato sinalagmático existe la *condición resolutoria implícita o tácita*. Esta doctrina fue recogida por el art. 1184 del Código de Napoleón que dispone: “La parte a la cual no se haya cumplido la obligación puede elegir entre compeler a la otra el cumplimiento de la convención, cuando ello sea posible, o demandar su resolución, con abono de daños y perjuicios”. Como dice Larroumet³⁶, “La expresión es desacertada, porque no se trata de la estipulación implícita de una cláusula resolutoria, aunque no sea desatinado considerar que la resolución reposa sobre las voluntades de los contratantes, en razón de que cada parte se compromete a cumplir porque el otro también se compromete a cumplir; de ahí se deduce que la resolución, conforme al pensamiento de los canonistas y de Domat y Pothier, se basa en la teoría de la causa de la obligación (...) no es porque afirme que la condición resolutoria se sobreentienda siempre por lo que el art. 1184 del C.C. prohíbe la cláusula resolutoria expresa que corresponda al modelo romano del pacto comisorio. Estas cláusulas tienen una utilidad

³⁵ . Los canonistas, desde la Edad Media, aplicaron la *lex commisorio* del derecho romano a todos los contratos sinalagmáticos. “Aunque fundada, como en Roma, sobre la idea de enriquecimiento contrario a la equidad, la resolución de los canonistas aparece sobre todo como una sanción destinada a asegurar el respeto del palabra dada; el contratante que se niega a mantener su promesa, incurre en culpa, falta a la fe jurada: “Frangenti fidem, fides non est servanda” (A quien quebranta su palabra, no hay que guardarle la dada). Nada se le debe a quien no cumple con su propia obligación” (Mazeaud, Henri, León, y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Parte II, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 343).

³⁶ . Larroumet, Christian, ob. cit., p. 145.

indiscutible, por cuanto permiten la resolución de un contrato sin que sea necesario acudir al juez”.

El pacto comisorio, con la variante de resolver no solamente judicialmente sino también extrajudicialmente, mediante una intimación al deudor para que cumpla dentro de un cierto plazo, fue adoptado por los códigos de Alemania, Suiza, Austria. Los Códigos peruanos de 1852 y 1936 también siguieron la corriente francesa.

El pacto comisorio en su versión de resolución del contrato por incumplimiento está destinado a tutelar la paridad entre las prestaciones de las partes, no en el momento de la conclusión del contrato sino en el desarrollo de la vinculación contractual, “cuando no responda a su destino práctico por falta de cooperación de la otra parte”³⁷. En cambio, la condición es un accidente que no afecta al negocio sino al vínculo jurídico que crea. El pacto comisorio extingue el contrato; la condición resolutoria produce la cesación de los efectos contractuales.

El Código civil vigente de 1984 contempla dos clases de resolución por incumplimiento: 1) Judicial; y 2) Extrajudicial, la cual se subdivide en: a) Resolución de pleno derecho; y b) Resolución por cláusula resolutoria expresa.

Nuestro ordenamiento jurídico civil no contempla la denominada *resolución por vencimiento de plazo esencial* regulada en el art. 1457 del Código italiano en los términos siguientes: “Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar el vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aún que no hubiese pactado expresamente la resolución”. La esencialidad del plazo puede resultar del convenio entre las partes o de la naturaleza de la prestación o de las circunstancias del caso. Lo que caracteriza a esta resolución extrajudicial es que opera automáticamente, sin que el contratante acreedor realice actividad alguna. Vencido el plazo sin que el deudor ejecute su prestación y transcurrido el plazo de tres días sin que el acreedor noticie al deudor para que ejecute su prestación a pesar del vencimiento del término establecido con dicho fin, el contrato queda automáticamente resuelto de pleno derecho.

³⁷ . Betti, Emilio, ob. cit., t. II, p. 333.

V. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO

Sobre el fundamento y naturaleza jurídica de la resolución del contrato por incumplimiento se han elaborado diversas teorías.

1. TEORIA DE LA CONDICION RESOLUTORIA IMPLICITA

Según esta teoría, ahora en abandono, la resolución puede ser construida como una condición resolutoria implícitamente puesta por las partes en el contrato. El evento futuro en que consiste la obligación será el incumplimiento de uno de los contratantes. Es decir, la resolución se funda en la *presunta intención de las partes* que en caso de incumplimiento culposo por una de ellas, la otra se reserva el derecho de reclamar la resolución.

Entre las objeciones formuladas a esta teoría figuran: a) si fuera cierta, las partes en lugar de convenir tácitamente la resolución y dejarla para que el juez la declare, habrían establecido una cláusula resolutoria expresa; b) la condición opera *ipso iure*, resolviendo automáticamente el contrato, sin necesidad de sentencia judicial. A esto se ha replicado diciendo que el evento futuro puesto como condición estaría constituido por dos sucesos: el incumplimiento y la acción del deudor para que la resolución se declare mediante sentencia judicial; c) es ilógico hacer referencia a una condición resolutoria implícita allí donde existe una expresa previsión legal (en todo caso se trataría de una condición legal explícita)³⁸.

En Roma sólo era permitido a las partes contratantes exigir el cumplimiento del contrato. Solamente si se estipulaba el *pacto comisorio*, el cual era una cláusula resolutoria expresa, el vendedor podía resolver el contrato de pleno derecho cuando el precio no era pagado. En el Derecho moderno, como era antieconómico obligar a seguir un proceso judicial cuyo resultado en la mayor de las veces era improductivo, se admitió que en todo contrato, salvo pacto en contrario, existe una *condición resolutoria tácita* que autoriza, en caso de incumplimiento, a solicitar la resolución del contrato. Esta institución fue consagrada en el art. 1184 del Code Napoleon³⁹, que sirvió de fuente al art. 1341 de nuestro derogado Código

³⁸ . Franceschetti, Paolo, ob. Cit. P. 429.

³⁹ . Code Napoleon, art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêt.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. (La condición resolutoria se considera sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el supuesto de que alguna de las partes no cumpla sus obligaciones. En este caso el contrato no queda

civil de 1936, que disponía: “*Hay condición resolutoria en todo contrato bilateral, y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne*”.

La condición resolutoria tácita se sustenta en la teoría que considera a la voluntad y no a la declaración como la esencia del acto jurídico. Desde tal perspectiva es difícil explicar cómo el vínculo contractual puede ser disuelto por voluntad de la ley, aun contra la voluntad de los contratantes.

La tesis de la condición resolutoria implícita carece ahora de valor, puesto que lo que prevalece es la teoría de la declaración sobre la de la voluntad, salvo contadas excepciones. La resolución del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes no es el efecto de la verificación de ninguna condición resolutoria, sino del requerimiento, judicial o extrajudicial, del otro contratante; los efectos de la resolución se verifican solamente por iniciativa del interesado, en cambio, los efectos de la condición resolutoria se producen *ope legis* por la sola realización del evento futuro puesto como condición.

La resolución depende de eventos *típicos* como son el incumplimiento, la excesiva onerosidad de la prestación debida por la contraparte y no de cualquier evento futuro e incierto que puede ser el contenido de la condición. Verificada la condición resolutoria el contrato automáticamente cesa de producir sus efectos; el incumplimiento es solamente el presupuesto para la declaración de voluntad del acreedor de resolver el contrato. También es verdad que el acreedor, con la resolución, evita que se le siga causando daño con la inejecución de la prestación debida.

Siguiendo al Código italiano, el vigente Código civil peruano de 1984, abandona la doctrina que considera que el fundamento de la resolución por incumplimiento es la tutela de la voluntad de las partes que concluyen el contrato bajo una supuesta *condición resolutoria tácita* de falta de cumplimiento.

2. TEORIA DE LA FALTA DE CAUSA

El fundamento de la resolución es la sobreviniente falta causa de la obligación en vista de que la contraparte no cumple⁴⁰. Para Henri Capitant y los causalistas, la resolución es la aplicación de la teoría de *la causa*.

resuelto de pleno derecho. La parte en cuyo favor no haya sido ejecutada la prestación puede optar entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si ello es posible o demandar la resolución con el pago de daños y perjuicios. La resolución debe ser reclamada judicialmente ...).

Código chileno, art. 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

⁴⁰. Messineo, Francesco, Doctrina General del contrato, t. 2, ob. cit. Pp. 337-338 y 836.

Barandiarán⁴¹, refiriéndose al art. 1341 del Código civil de 1936 que consagra la condición resolutoria implícita, dice que debe abandonarse el concepto artificioso de suponer que la resolución deriva de la supuesta voluntad de las partes; “lo cual no puede estimarse más como un valor histórico, al constatarse por qué motivos la ley *commisoria* romana llegó a convertirse dentro del *droit coutumier*, en una regla legal. ¿Qué mejor justificación intrínseca de la figura, que la que resulta de considerar que en esa clase de contratos, con mutuas prestaciones recíprocas, cada obligación es causa de la otra?”.

La causa es un requisito de validez (elemento esencial) del contrato (art. 140.3), que debe estar presente desde el nacimiento hasta la extinción de la relación contractual. Si falta la causa en el momento de la celebración del contrato, éste es nulo, en cambio, si falta en un momento sucesivo el contrato es resoluble. Por ejemplo, en la compraventa la causa está presente en el cambio de un bien por un precio, la transferencia de la propiedad es causa del pago del precio y viceversa, si el precio no se paga se produce un desequilibrio en la reciprocidad contractual y desaparece la causa del contrato, por lo que éste ya no tiene razón para existir.

A esta teoría se hacen las siguientes objeciones: a) la causa es un requisito de validez del contrato que existe en el momento de su celebración; el contrato cuya resolución se demanda tenía una causa y surgió válidamente; la falta de causa o la causa ilícita conduce a la nulidad, no a la resolución del contrato; b) siendo un elemento esencial del contrato no puede existir en el momento genético y sucesivamente desaparecer; c) siendo la causa es un concepto abstracto, la abstracción no puede existir antes y desaparecer después; d) en rigor lógico, la falta de causa debe conducir a la nulidad del contrato, aun cuando tal falta se produce en un momento sucesivo a la celebración, no siendo comprensible que la sobrevenida falta de causa tenga como consecuencia solamente la atribución de conceder al acreedor la facultad de resolver la obligación; e) la nulidad implica la inexistencia de la obligación, mientras que resuelto el contrato, el acreedor tiene el derecho al resarcimiento del daño, lo que supone que permanece con vida la obligación en cuestión (aunque transformada en el derecho al resarcimiento); f) la teoría de la causa no distingue entre la estructura del acto y los efectos del mismo; g) la causa es un elemento esencial del contrato, pero no de la obligación que crea.

3. TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

⁴¹ . Barandiarán, José León, *Tratado de Derecho civil peruano*, t. IV, *Teoría general del contrato, voluntad unilateral y Responsabilidad extracontractual*, WG editor, Lima, 1992, p. 120.

Para esta teoría, según Gorla⁴², la resolución está dirigida a evitar que un contratante se enriquezca injustamente en daño del otro, el cual sufre injustamente un empobrecimiento en su patrimonio. El cumplimiento forzado y el resarcimiento del daño no tutelan adecuadamente al acreedor cuando el deudor ha pauperizado su patrimonio; en tal caso resulta preferible, o necesario, la restitución de la cosa.

Se observa que si esta tesis fuera cierta, el remedio de la resolución sería inoperante todas las veces que el deudor incumpliente sea solvente. De otro lado, no se ve cual sea el motivo por el cual el acreedor sería mejor tutelado con la restitución de la cosa, en caso de insolvencia del deudor, pues fundadamente puede presumirse que éste, a causa de tal insolvencia, no esté en situación de restituir la prestación recibida. En opinión de Franceschetti, es decisiva otra objeción, y es que en determinados casos falta el empobrecimiento del acreedor: si un maestro de artes marciales dicta un curso a diez alumnos, el incumplimiento de uno de ellos no empobrece el patrimonio del acreedor (que empleará siempre el mismo número de horas y la misma energía); en un contrato de transporte en el cual el comitente no respeta el horario y los términos de entrega, ningún empobrecimiento sufre el transportista, si debe efectuar el viaje para transportar otras mercaderías.

4. TEORIA DE LA SANCION

Se afirma que la resolución es una sanción⁴³ impuesta al contratante que no ejecuta su prestación condenándolo a perder el derecho a la contraprestación y al pago de daños.

En opinión de Auleta⁴⁴, el acreedor está suficientemente tutelado con el resarcimiento del daño. La resolución, con la consiguiente disolución de la obligación y la restitución de la prestación ejecutada, es un remedio ulterior que se agrega al resarcimiento; es, en suma, un *quid pluris* dirigido a sancionar al contratante incumpliente, a diferencia del resarcimiento que tiene sólo una función reparadora.

En contra de esta tesis se dice que con la resolución ambas partes contratantes pierden el derecho a reclamar la prestación debida y el pago de daños solamente procede en caso que éstos realmente se hayan producido. Que el contratante incumpliente, restituyendo la prestación que la otra parte ha ejecutado, no es solamente sancionada, sino que obtiene una ventaja consistente la liberación de la obligación de ejecutar la propia prestación; lo que pone al acreedor y al deudor en el mismo plano. Al contrario, la

⁴² . Cit. de Franceschetti, Paolo, ob. cit., p. 430.

⁴³ . Jossierand, Luís, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Mante Rola, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. II, vol. I, pp. 263-264.

⁴⁴ . Cit. de Franceschetti, Paolo, ob. cit., p. 431

sanción consiste en el resarcimiento del daño. Que, en todo caso, aun cuando la restitución de la prestación pueda ser considerada como una sanción, no es suficiente como para fundamentar dicha institución.

Messineo⁴⁵ sostiene que la resolución no es una sanción a cargo del incumplidor, sino un medio para liberar a la parte cumplidora, restituyéndole la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que ha fallado.

5. TEORIA DEL FENOMENO NOVATIVO

Según esta teoría, la resolución integraría un fenómeno dispositivo-novativo, en cuanto la obligación derivada del contrato se sustituye por una nueva, consistente en la restitución de la prestación y en el resarcimiento del daño.

Es un fenómeno dispositivo porque el acreedor tiene el poder de escoger entre el cumplimiento y la resolución; es novativo porque una nueva relación jurídica sustituye a otra preexistente.

Esta teoría describe el fenómeno de la resolución pero no individualiza su fundamento. Al considerar a la resolución como una novación, describe los efectos de la institución, pero no encuentra la razón que lo fundamenta.

6. TEORIA DE LA REPARACION

Se sostiene que el fundamento de la resolución es *la reparación del perjuicio* causado al acreedor con el incumplimiento de la prestación por parte del deudor; al liberar al acreedor de ejecutar su prestación, o permitir recuperarla si ya la ha efectuado, la resolución se presenta como un modo eficaz de reparación, además a esa reparación se puede agregar la indemnización de daños causados con la inejecución de la prestación del deudor⁴⁶.

7. TEORIA DE LA INTERDEPENDENCIA DE LAS PRESTACIONES

Se afirma que el fundamento de la resolución es *la interdependencia de las prestaciones*; pero esta es también la razón de la resolución del contrato en aplicación de la teoría del riesgo.

8. TEORIA DEL MECANISMO FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS

⁴⁵ . Messineo, Francesco, ob. cit., p. 205.

⁴⁶ . Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., parte II, pp. 344-345.

El fundamento de la resolución se encuentra en el mecanismo funcional de los contratos con prestaciones correspectivas (recíprocas); la resolución se sustenta en una anomalía funcional del contrato. En tales contratos, cada una de las partes se obliga, y deberá cumplir, en vista de la prestación que la otra parte promete; el sobrevenido incumplimiento de uno de los contratantes repercute inmediatamente sobre la reciprocidad contractual, comprometiendo la funcionalidad del contrato; y se entiende como consecuencia que el otro contratante está facultado para disolver el contrato y, de este modo, liberarse de efectuar la prestación que le concierne frente al contratante incumpliente⁴⁷.

En el fondo, esta teoría es la misma de la interdependencia de las prestaciones.

9. TEORIA DE LA NATURALEZA PREVENTIVA DE LA RESOLUCION

La resolución por incumplimiento es de naturaleza preventiva puesto que el ordenamiento jurídico concede al acreedor el derecho subjetivo (facultad), denominado por la doctrina alemana derecho de agresión y por la italiana derecho de impugnación⁴⁸, de desligarse del vínculo contractual en caso de incumplimiento del otro contratante, evitando que se torne imposible la recuperación de la prestación que él ha ejecutado frente a su cocontratante deudor, o si todavía no ha cumplido, previene, al resolver el contrato, que se le obligue a cumplir sin tener la certeza que el deudor cumplirá la que le concierne.

10. TEORIA ECLECTICA

Sacco⁴⁹ dice que buscar el fundamento de la resolución es inútil porque su razón es obvia; Por qué jamás se puede autorizar al vendedor del caballo, quien ha matado y comido al caballo, a proceder contra el comprador para que le pague el precio? La resolución, por ser obvia, desalienta hacer investigaciones demasiado refinadas sobre su fundamento. Sacco ha propuesto que la resolución se fundamentaría en el error del acreedor, quien si hubiese previsto el incumplimiento no hubiese estipulado el contrato. Agrega que el art. 1455 del Código civil italiano⁵⁰ asume un rol de primerísimo plano, porque la resolución solamente es concedida si el

⁴⁷. Scongiamiglio, Renato, ob. cit., p. 270.

⁴⁸. Miquel, Juan, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Desalma, Buenos Aires, 1979, 3.

⁴⁹. Sacco-De Nova, Saggi sull'eccezione di inadempimento e la risoluzione del contratto, Napoli 1973, p. 42 y ss.; Il contratto in Tratt. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 590, cit. de Franceschetti, Paolo, p. 432.

⁵⁰. Código civil italiano, Art. 1455. *Importancia del incumplimiento*. No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.

incumpliendo solamente es de una gravedad tal que si el acreedor lo hubiese previsto no habría celebrado el contrato.

La resolución del contrato no tiene un fundamento único, todas las teorías expuestas son idóneas para justificar el fundamento de la resolución, no siendo fácil individualizar una que sea preferible respecto a las otras.

En todo contrato con prestaciones recíprocas, éstas son interdependientes, “una prestación es el presupuesto indeclinable de la otra”⁵¹, la prestación es causa de la contraprestación y viceversa; las prestaciones, las ventajas adquiridas y los sacrificios asumidos por los contratantes, están interrelacionadas, interconectadas de tal modo que si una de ellas falta, *la otra se queda sin causa*, sin fundamento, no tiene razón de seguir existiendo por razón de la desaparición de la interdependencia de las prestaciones. De otro lado, sin duda que con la resolución se evita el deudor se enriquezca injustificadamente, perjudicando a su acreedor. Tampoco se puede negar que la resolución constituye una sanción para el deudor que pierde el derecho a exigir la contraprestación que se le adeuda y, en general, se desalienta los eventuales incumplimientos contractuales.

VI. TITULAR DEL DERECHO DE RESOLUCION

La resolución por incumplimiento es un beneficio otorgado por la ley al contratante acreedor de la prestación no ejecutada, cuyo crédito no ha sido satisfecho. Pero no puede tener derecho a la resolución el acreedor que por su culpa no está en condiciones de restituir la prestación ejecutada por el deudor, porque, por ejemplo, el objeto de dicha prestación fue enajenado a un tercero que lo adquirió de buena fe o porque lo destruyó

El titular del derecho de resolver el contrato es el contratante acreedor de la prestación no ejecutada o sus herederos. También puede invocar la resolución el acreedor del titular del derecho de resolución en ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria (art. 1219.4).

Si hay varias personas en una y otra parte contratante (originariamente o por sucesión), la resolución será ejercida por todos contra todos, si es que todos los acreedores están de acuerdo en extinguir el contrato y todos los deudores han incumplido. Si unos deudores han cumplido y otros han incumplido, la acción resolutoria se ejercita contra éstos. Si unos acreedores pretenden la resolución y otros el cumplimiento, y la prestación y contraprestación son divisibles, nada impide para que unos acreedores opten por la resolución y otros por el cumplimiento, en cuanto a

⁵¹ . Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de Fontanarroza; Sentis Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 411.

la parte proporcional que corresponde a cada deudor. Si la prestación y contraprestación, ambas o una de ellas, son indivisibles no es posible optar por la resolución si no hay acuerdo de todos los acreedores.

VII. REQUISITOS Y EFECTOS DE LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

1. REQUISITOS

- 1) La existencia de un contrato con prestaciones recíprocas válido. El contrato inválido es nulo o anulable, no es resoluble.
- 2) Que una de la partes contratantes falte al cumplimiento⁵² de su prestación, total o parcialmente.
- 3) Que el incumplimiento parcial sea importante que de haber sabido el acreedor que la prestación no se cumpliría en su integridad no habría celebrado el contrato⁵³. El art. 1455 del Código civil italiano dispone que *no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.*
- 4) Que el incumplimiento no se deba a caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o del propio acreedor. En estos casos la resolución no es por incumplimiento sino por aplicación de la teoría del riesgo.
- 5) Que la parte que pretende la resolución no sea incumplidora.
- 6) Que se invoque judicial o extrajudicialmente.

2. EFECTOS

- 1) Disuelve el contrato, quedando las partes desligadas de sus obligaciones.
- 2) Opera retroactivamente, las partes deben devolverse recíprocamente lo que hubieran recibido como consecuencia del contrato, salvo disposición legal o convencional en contrario o que la naturaleza del contrato no lo permita.
- 3) La resolución no perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

⁵² . Es incumplimiento el cumplimiento tardío, defectuoso, con diferencias de calidad, cantidad.

⁵³ . Fontanarrosa, Rodolfo, *Derecho comercial argentino, Contratos*, t. II, 3ra. Ed., Víctor López De Zabalía Editores, Buenos Aires, 1969, p. 112.

- 4) Una vez notificada la demanda de resolución, el demandado queda impedido de cumplir su prestación con el fin de paralizar la resolución.

VIII. RESOLUCION JUDICIAL

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

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

Como se deduce del art. 1428, cuando en el contrato con prestaciones recíprocas una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, total o parcialmente, la otra, si todavía tiene interés en la prestación no ejecutada, puede solicitar el *cumplimiento*, o sea que el deudor ejecute su prestación, o, si ya no tiene interés en dicha prestación, puede demandar la *resolución* del contrato⁵⁴, y en uno u otro caso, puede además exigir que se le indemnice los daños.

De la interpretación del art. 1428 se deducen las siguientes reglas aplicables en caso de que una de las partes contratantes falte al cumplimiento de su prestación:

- Que el contrato sea de prestaciones recíprocas;

⁵⁴ . Código civil colombiano: Art. 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Igual disposición contiene el art. 1489 del Código chileno.

Código español: Art. 1124. (...) el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haberse optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (...).

Código etiope: Art. 1771. Consecuencias de la inexecución: 1. Si una parte no cumple sus obligaciones, la otra puede –según los casos- demandar la ejecución forzada del contrato o, por el contrario demandar o – según los casos- declarar ella misma la resolución del contrato.

Código mexicano: Art. 1949. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Código civil argentino: Último párrafo del art. 1204. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución.

- Que una de las partes contratantes falte al cumplimiento de su obligación, en cuyo caso, la otra puede solicitar judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato;
- Si se demanda judicialmente el cumplimiento, puede sucesivamente solicitar la resolución; pero si demanda la resolución, ya no puede sucesivamente demandar el cumplimiento;
- Sea que se demande el cumplimiento o la resolución, el actor puede acumular a su demanda la acción de indemnización de daños;
- A partir de la notificación con la demanda de resolución, la parte demandada no puede cumplir su prestación con el fin de impedir la resolución;
- Para demandar la resolución es necesario que el incumplimiento sea grave, porque resolver el contrato por un incumplimiento de escasa importancia sería permitir el abuso del derecho que la ley prohíbe (art. II del T.P.);
- El presupuesto de la resolución es el incumplimiento, prescindiendo de la culpa. La diferencia entre incumplimiento culpable y no culpable sólo tiene relevancia para determinar la obligación de indemnizar los daños, en el sentido que si el deudor es culpable resarcirá los daños, en caso contrario solamente restituirá la prestación.

El cumplimiento forzoso del contrato o su resolución son pronunciados judicialmente por iniciativa del acreedor de la prestación no ejecutada o sus herederos. En ningún caso, el deudor de la prestación no ejecutada puede intentar la resolución. El acreedor es libre de optar por el cumplimiento o por la resolución y de exigir, en uno u otro caso, la indemnización de daños sufridos como consecuencia de la inejecución. Pero el daño no es una condición para que el acreedor demande el cumplimiento del contrato o la resolución, para ello basta que el deudor falte al cumplimiento de su prestación.

El art. 1453 del Código italiano, el mismo que ha servido de fuente al art. 1428 de nuestro Código, prescribe: Art. 1453. “*Resolubilidad del contrato por incumplimiento*. En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su prestación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento de daños. La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se

hubiera demandado la resolución. Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación”.

Como se aprecia, cuando una de las partes contratantes no ejecuta su prestación o prestaciones, la otra está facultada legalmente para exigir el cumplimiento o demandar la resolución del contrato. Sea que el acreedor opte por una u otra alternativa, puede acumular a su demanda la indemnización de los daños que se le ha causado con el incumplimiento.

El art. 1428 establece que si una de las partes no cumple, la otra podrá optar por el cumplimiento o por la resolución del contrato, sin precisar que esta puede también haber incumplido. En este caso, el demandado por cumplimiento puede defenderse con la excepción de incumplimiento (art. 1426) o con la de caducidad del plazo (art. 1427), si es que se cumple con los elementos del presupuesto normativo en cada caso. Si la demanda es por resolución y el hecho que la motiva es imputable a ambas partes contratantes, no habrá resolución porque la culpa del demandado se compensa con la culpa del demandante. Si ambas partes contratantes demandan la resolución, lo razonable es que la resolución sea concedida a favor del contratante que ha incurrido en el incumplimiento menos grave.

1. FACULTAD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Para que prospere la demanda de cumplimiento de contrato, y también la de resolución del mismo, es menester que el actor haya cumplido o haga promesa real y efectiva de cumplir la prestación que le concierne, dado a que, en caso contrario, si se dan los presupuestos del art. 1426, la demanda puede ser enervada mediante excepción de incumplimiento.

Si el acreedor ha optado por demandar a la otra parte contratante por cumplimiento del contrato, cuando la prestación adeudada sea una dar bienes ciertos, o sea entregar un bien determinado en propiedad, uso o posesión, o restituir el bien a la persona de quien se recibió, por ejemplo, el caso del arrendatario, comodataria, depositario, o de devolución del bien en el pago indebido, el deudor puede ser compelido a ejecutar su prestación incluso utilizando contra él, si es necesario, la fuerza institucionalizada que monopoliza el Estado.

Cuando la prestación es una de hacer, puede ser ejecutada por el deudor o por otra persona, a no ser que se haya pactado que el hecho será ejecutado por el propio deudor (sea o no la obligación *intuito personae*), o que éste haya sido elegido por sus cualidades personales, como cuando se contrata los servicios de un médico, un abogado, un pintor (obligación

intuito personae), casos en los cuales el hecho no podrá ser ejecutado por terceros (arts. 1222 y 1149).

El acreedor tiene el derecho de exigir la ejecución forzada del hecho tal y como se ha prometido, a menos que sea necesario para ello ejercer violencia contra la persona del deudor (art. 1150.1), en cuyo caso, si la prestación no ha sido contraída *intuito personae*, el acreedor puede solicitar autorización judicial para que él mismo o un tercero ejecute el hecho por cuenta del deudor (prestación fungible) (art. 1150.2). Si el hecho prometido no puede ser ejecutado más que por el deudor mismo (prestación *intuito personae*), la solución no es otra que dejar sin efecto la obligación (art. 1150.3) resolviendo el contrato, y, en todo caso, el acreedor tiene el derecho a la indemnización de los daños. Toda prestación *intuito personae*, en caso de inejecución se resuelve en una obligación de indemnización de daños.

Como nadie se puede hacer justicia por su propia mano, si el acreedor decide ejecutar él mismo el hecho prometido o que lo realice un tercero distinto del deudor, requiere de autorización judicial. Pero en casos de urgencia en los que el acreedor no puede esperar que se le otorgue la autorización judicial después de un dilatado proceso, previamente a realizar él mismo el hecho prometido o hacer que lo realice una persona distinta del deudor, ya no por cuenta de éste, sino para poder exigirle con facilidad la indemnización de los daños, lo constituirá en mora con el fin de que quede constancia de su incumplimiento culposo o doloso.

Cuando el cumplimiento de la prestación de hacer ha sido parcial, tardío o defectuoso por culpa del deudor, el acreedor conforme al art. 1151 puede: 1) exigir la ejecución forzada del hecho tal como ha sido prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear la violencia contra la persona del deudor; 2) exigir que la prestación se ejecutada por persona distinta al deudor (el propio acreedor o un tercero) y por cuenta de éste; 3) considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él; 4) exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él (previa autorización judicial), si le fuese perjudicial; 5) aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiese.

Si la prestación es de no hacer, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede: 1) Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuere necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; 2) Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor (previa autorización judicial); 3) dejar sin efecto la obligación. Además, el acreedor tiene el derecho de exigir el pago de la correspondiente indemnización por daños (arts. 1158 y 1159).

2. FACULTAD DE RESOLVER JUDICIALMENTE EL CONTRATO

En todo contrato con prestaciones recíprocas existe la facultad de resolver cuando uno de los contratantes no ejecuta su prestación. Como siempre existe la posibilidad de que una de las partes contratantes falte al cumplimiento de su prestación, “la suerte del contrato está sometida a la posibilidad de resolución por incumplimiento”⁵⁵.

Si el acreedor no tiene interés en la prestación no ejecutada, total o parcialmente, opta por la resolución en vez del cumplimiento. La decisión del acreedor de extinguir el contrato es la razón suficiente que justifica la resolución, no teniendo el juez la facultad de modificar esa decisión, salvo que constituya un abuso de derecho.

Si el acreedor ha optado por demandar la resolución del contrato, no podrá sucesivamente demandar el cumplimiento, puesto que la resolución significa que el demandante no tiene más interés en obtener la prestación, y el deudor, confiando en esa decisión del demandante, puede enajenar el bien que es objeto de la prestación debida o asumir otras obligaciones que le impiden cumplir a favor del demandante,

La resolución por incumplimiento es una consecuencia natural de los contratos con prestaciones recíprocas. No admitir la resolución por incumplimiento sería optar por una solución anormal que obligaría al acreedor (de la prestación no ejecutada en el término previsto) a exigir la ejecución de una prestación en la cual ya no tiene interés, y a que él, a su vez, ejecute la contraprestación que le concierne.

¿Es posible que se incluya en el contrato una cláusula estableciendo que una de las partes renuncia a la facultad de demandar la resolución del contrato? La opinión negativa considera que es nula, porque significaría una exoneración de responsabilidad; se permitiría que, como consecuencia del incumplimiento, una de las partes se enriquezca injustamente a costa de la otra⁵⁶. La opinión favorable estima que dicha cláusula es válida, porque sí bien el contratante cumplidor no podrá demandar la resolución, siempre tendrá la posibilidad de demandar el resarcimiento de los daños que se le ha causado con el incumplimiento. Nosotros creemos que si es posible renunciar anticipadamente al derecho de resolver el contrato en los casos que la ley lo permite. Por ejemplo, con relación a la compraventa a plazos, el art. 1562 establece que las partes pueden convenir que el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si el comprador hubiese pagado determinada parte del precio, en cuyo caso el vendedor sólo podrá optar por exigir el pago del saldo.

⁵⁵ . Bianchi, Enrique T., cit. de Jorge H. Alerini, Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento, en *Temas de Derecho civil*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, 126.

⁵⁶ . Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 588, cit. de Franceschetti, Paolo, ob. cit., p.450.

La resolución judicial por incumplimiento requiere: 1) que el contrato de prestaciones recíprocas sea válido; 2) que uno de los contratantes haya faltado al cumplimiento de su prestación; 3) que el incumplimiento no se deba a fuerza mayor, caso fortuito, al hecho de un tercero o del propio acreedor. Nuestro Código civil distingue claramente entre resolución por incumplimiento y resolución en aplicación de la teoría del riesgo, o sea cuando el incumplimiento deviene imposible por un hecho no imputable a las partes, o por culpa del deudor o del acreedor; 4) el incumplimiento, total o parcial, debe ser importante como para justificar la resolución, ya que la ley no ampara el abuso del derecho del acreedor de resolver el contrato (art. II del T.P). No se exige la mala fe del deudor, o sea que haya actuado dolosamente, basta cualquier incumplimiento que le sea imputable. Tampoco se exige para demandar la resolución que previamente se constituya en mora al deudor.

La inexecución de las obligaciones por una de las partes contratantes, rompe la interdependencia de las prestaciones recíprocas y el equilibrio contractual, destruyendo la finalidad económica del contrato, lo que conduce a terminar con éste mediante la resolución, salvo que el acreedor todavía tenga interés en la prestación no ejecutada, o sea que, no obstante el incumplimiento, todavía sea posible que el contrato cumpla con su finalidad.

El acreedor de la prestación no ejecutada tiene la facultad⁵⁷, no la obligación, de optar entre demandar la resolución o solicitar el cumplimiento del contrato. El deudor no puede demandar la resolución en base a un hecho propio como es el incumplimiento a él imputable. La elección entre la resolución o el cumplimiento del contrato es facultad del acreedor no de los jueces⁵⁸.

A diferencia de la rescisión que ataca el contrato desde su nacimiento, la resolución encuentra su fundamento en un hecho sobreviniente a la celebración que incide en la función económica y social que debe cumplir el contrato, y una de esas causales es precisamente cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación. Esto se

⁵⁷ Código civil argentino: Art. 1203 (modificado por Ley 17.711). “En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso ...”. Código civil español: Art. 1124. “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe ...”.

⁵⁸ . En el derecho francés, la resolución es facultativa para los tribunales; los jueces no están sujetos nunca por la elección del acreedor. Aun cuando el acreedor reclame solamente la resolución, el juez cuando estime que la resolución que pronuncia no es suficiente para reparar el perjuicio causado por el incumplimiento, puede agregarle una condena del deudor por daños y perjuicios compensatorios. Supongamos un comprador que se niega a pagar el precio; el vendedor pide la resolución; si después de la venta han bajado los precios de la mercadería, el vendedor podrá obtener además de la resolución, el abono de daños y perjuicios, que le compensará el perjuicio resultante de la diferencia de valores (Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., p. 349).

explica porque, con excepción del contrato real que se perfecciona con la entrega del bien, los efectos del contrato se producen en un momento sucesivo a su celebración, sea inmediatamente que se perfecciona o en un momento ulterior o que la eficacia se duradera (contratos de tracto sucesivo).

La resolución por incumplimiento basada en el art. 1428 requiere de sentencia judicial que lo declare. No opera de pleno derecho, porque si así fuera bastaría que el obligado no ejecute su prestación para que quede desligado de la obligación.

Resuelto el contrato, ambas partes quedan liberadas de sus respectivas obligaciones, debiendo restituirse las prestaciones ya ejecutadas y, si ello no fuera posible pagarán su valor, salvo que el contrato sea de ejecución continuada (como el arrendamiento), en cuyo caso las prestaciones ejecutadas, por ser físicamente imposible su restitución, quedan firmes e inamovibles.

Como afirman los Mazeaud⁵⁹, la retroactividad es la que le da toda utilidad a la resolución. Gracias a ella, la resolución presenta una ventaja considerable para el acreedor, la otra parte tendrá la posibilidad no sólo de no cumplir, sino de recobrar su propia prestación si la ha cumplido; por el contrario, al reclamar el cumplimiento, se encontraría en concurso con los demás acreedores de su deudor. La resolución crea así una situación privilegiada para el acreedor: no sufre por la insolvencia de su deudor.

Si el contrato es de ejecución continuada la resolución del contrato rige para el futuro debido a la imposibilidad de restitución de las prestaciones ejecutadas. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento celebrado por el plazo de dos años, que luego de haber sido ejecutado por un año, el contrato se resuelve debido a que el arrendatario se atrasa en el pago por dos meses y quince días. Como el arrendatario ha ocupado el inmueble por el primer año y esa ocupación no puede ser borrada, la resolución opera solamente para el futuro, no puede tener efectos retroactivos.

Por razones de seguridad jurídica, la resolución por incumplimiento no afecta los derechos de terceros adquiridos de buena fe, sea la adquisición a título oneroso o a título gratuito, es decir, que aquí no rige el principio que reza, “resuelto el derecho del da, resuelto el derecho del que recibe”; ni el otro que establece que “nadie puede transmitir más derechos que los que tiene”.

Si el incumplimiento perdura una vez dictada la sentencia definitiva que ordena al demandado que ejecute su prestación, el acreedor puede demandar la resolución; pero una vez que hay sentencia definitiva de

⁵⁹ . Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., p. 353.

resolución, el acreedor, cuyo interés en la prestación ha resurgido, ya no puede pedir el cumplimiento⁶⁰, por haberse extinguido el contrato.

La resolución por incumplimiento sólo es posible cuando la inejecución imputable al deudor no ha devenido en imposible. No interesa cual sea la razón por la que el deudor no ejecuta su prestación, puede ser por olvido, porque no ha hecho los preparativos requeridos para la ejecución, porque le resulta más útil económicamente incumplir que cumplir, en fin el incumplimiento puede deberse a culpa o dolo del deudor. En cambio, cuando la prestación deviene en imposible de ejecutarse, la solución no es la resolución por incumplimiento sino la resolución por la teoría del riesgo (arts. 1431 a 1434).

La demanda de resolución del contrato se sustenta en el rompimiento del equilibrio contractual por desaparición de la correspondencia entre las prestaciones recíprocas, debiendo el actor probar: 1) la existencia del contrato; 2) la ejecución de la prestación que le corresponde o el ofrecimiento garantizado que la cumplirá; y 3) la inejecución de la prestación correspondiente al demandado.

La demanda de resolución tiene un valor decisivo para la suerte del contrato, ya que *“a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedido de cumplir su prestación”* con el fin de paralizar la resolución, salvo que el demandante convenga en ello. La resolución es una potestad opcional del acreedor, más no del deudor, puesto que una vez notificado con la demanda de resolución la ley lo prohíbe pagar para impedir que el contrato se resuelva judicialmente. El demandado puede impedir la resolución del contrato pagando antes de ser notificado con la demanda, una vez notificado no puede neutralizar la acción resolutoria ejecutando su prestación durante la secuela del proceso judicial. Esto no significa que en los contratos de ejecución continuada el demandado no esté obligado a pagar la contraprestación hasta que cese en el goce de la prestación recibida del demandante, porque ello sería permitir el enriquecimiento indebido que la ley condena. Por ejemplo, si el arrendador demanda la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta, el arrendatario debe continuar pagando la renta hasta que cese en el uso del bien arrendado, pero los pagos que efectúe con posterioridad a la notificación de la demanda no pueden paralizar la

⁶⁰ . El Código civil de Bolivia: Art. 568. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. I. En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño; o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijará el juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio, en todo caso, de resarcir el daño. II. Si se hubiera demandado solamente la resolución, no podrá ya, pedirse el cumplimiento del contrato; y el demandado a su vez, ya no podrá cumplir su obligación desde el día de su notificación con la demanda.

resolución, para que pueda lograr este resultado debe pagar antes de ser notificado.

En los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes, por ejemplo la donación, el acreedor carece de interés para pedir la resolución, debido a que él no está obligado a nada, no tiene prestación que ejecutar, el único interés que tiene es el de exigir que el deudor ejecute su prestación.

Si una de las partes contratantes no ha ejecutado su prestación en el modo y plazo fijados, la otra puede solicitar la resolución, sin que sea necesaria la previa constitución en mora del deudor⁶¹. La fijación de un plazo para que el deudor ejecute su prestación no es necesaria como requisito para demandar judicialmente la resolución del contrato.

Según otra opinión doctrinaria, la notificación con la demanda de resolución equivale a una constitución en mora al deudor, razón por la que la ley no exige la previa constitución en mora como requisito para demandar la resolución. Tesis errónea debido a que la constitución en mora es un requerimiento para el cumplimiento, mientras que la resolución es una solicitud de disolución del contrato. El fundamento y el presupuesto de la constitución en mora y la resolución son distintos. Si el acreedor constituye en mora al deudor, quiere decir que tiene interés en el cumplimiento, mientras que la demanda de resolución evidencia la voluntad de disolver el vínculo contractual.

El Derecho peruano no sigue en esta materia al Derecho alemán que exige que el acreedor constituya en mora al deudor previamente a la demanda de resolución (arts. 325⁶² y 326 del BGB). También el Código suizo de las obligaciones (arts.107 a 109), Código civil austriaco (arts. 918 a 920).

Algunos autores nacionales se han pronunciado en el sentido de que si no se ha constituido en mora al deudor no se puede hablar de incumplimiento. Así, De la Puente⁶³ afirma que para poder solicitar la resolución del contrato por incumplimiento es necesario que previamente la parte que incurre en retraso en el cumplimiento de su prestación sea constituida en mora. Para ello, debe existir un lapso prudente entre la interpelación al deudor y la demanda de resolución, para permitir al deudor

⁶¹ . La Jurisprudencia italiana ha resuelto: La formal constitución en mora del deudor está prescrita por la ley para determinados efectos, como aquel por el que corre a cargo del deudor el riesgo de la sobrevenida imposibilidad de la prestación por causa que no le es imputable, pero no con el fin de resolver el contrato por incumplimiento, siendo suficiente para ello el hecho objetivo del incumplimiento de no escasa importancia (Cass. 23-7-1991, n. 8199), en Franceschetti, Paolo, ob. cit., p. 436.

⁶² . En el Derecho alemán, cuando un contratante no ejecuta su obligación, el otro puede concederle un plazo para cumplirla y si no cumple la obligación a la expiración del plazo, el acreedor puede demandar por daños y perjuicios o rescindir el contrato (art. 326 del BGB).

⁶³ . De La Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general*, Segunda Parte, t. IV, Biblioteca para leer el Código civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 346-342.

cumplir en ese lapso, pues sería abusivo no dejar al deudor el tiempo necesario para el cumplimiento. Por su parte, Osterlin y Castillo⁶⁴, sostienen que ello sería así solo en tanto y en cuanto fuera posible la constitución en mora, vale decir si la

de los manuales para el uso del mismo o de las instrucciones para el funcionamiento de un programa de computación.

La declaración del deudor en el sentido que no ejecutará su prestación constituye una lesión potencial del derecho del acreedor, quien no tendrá la seguridad de recibir el pago en el término pactado, por lo que tal declaración debe ser considerada como un incumplimiento grave que sustenta la resolución del contrato.

La demanda de resolución manifiestamente infundada planteada por una de las partes contratantes, indiscutiblemente que evidencia su intención de incumplir su obligación, lo que legitima a la otra para solicitar la resolución, la misma que le debe ser concedida por el juez.

El incumplimiento parcial debe ser de cierta gravedad en consideración a los intereses del acreedor, cualquier incumplimiento, aun cuando sea de mínima entidad, de escasa importancia para la otra parte⁶⁶, no puede ser suficiente para resolver el contrato, puesto que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho (art. II del T.P.).

La gravedad del incumplimiento debe ser evaluada por el juez de acuerdo con las circunstancias del caso, salvo que la ley disponga cuándo un determinado incumplimiento puede considerarse grave. En algunos contratos la ley determina la entidad del incumplimiento para poder resolver el contrato. Así, por ejemplo, en la compraventa en que el precio deba pagarse en armadas en diversos plazos, el vendedor sólo tiene derecho a la resolución si el comprador deja de pagar tres cuotas o más (art. 1561); el contrato de arrendamiento sólo se resuelve si el arrendatario deja de pagar la renta de dos meses más quince días (art. 1697.1). En el contrato de suministro, el art. 1620 dispone: “Cuando alguna de las partes incumple las prestaciones singulares a que está obligada, la otra puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos”; esta solución se justifica porque el contrato de suministro se celebra en función de los cumplimientos actuales y futuros de las prestaciones singulares, por lo que un incumplimiento actual, por las circunstancias en que se ha verificado, aun cuando sea cuantitativamente grave, si no pone en peligro los cumplimientos futuros, no puede producir consecuencias sino en el ámbito de la prestación singular, sin embargo, el incumplimiento actual, aun cuando no sea de grave entidad o simplemente sea defectuoso, por las circunstancias en que se produce, pone en peligro los cumplimientos futuros, entonces las consecuencias afectan a todo el contrato que puede ser resuelto por esa causal.

⁶⁶. Código italiano: Art. 1455. *Importancia del incumplimiento*. No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.

En ningún caso se puede permitir que el acreedor abuse de su derecho de resolver el contrato. Así, por ejemplo, si el comprador se ha atrasado en el pago de tres cuotas o más, pero si la parte del precio adeudado es una cantidad irrisoria en comparación con la parte del precio ya pagado, permitir la resolución del contrato significaría autorizar al vendedor el ejercicio abusivo de su derecho de resolver el contrato por incumplimiento, hecho que la ley no permite (art. II). Es decir, cuando el incumplimiento sea de escasa relevancia en comparación con la parte ejecutada de la prestación, el juez negará la resolución, en aplicación de la teoría del abuso del derecho, y dispondrá que el demandante solamente pueda exigir el cumplimiento. Para establecer la gravedad del incumplimiento que determine la resolución del contrato se debe tener en cuenta todas las circunstancias que rodean el caso, entre ellas, el interés del acreedor⁶⁷ en el momento en que la prestación debió ser cumplida, si el incumplimiento es de una prestación principal o de una accesorio, la conducta del sujeto incumpliente, la entidad del dolo o culpa con la que ha actuado.

Si el acreedor demanda judicialmente la resolución del contrato invocando y probando una inexecución parcial o defectuosa grave, el juez no está facultado para declarar la resolución parcial del contrato o para pronunciarse por el cumplimiento o por una reducción de la contraprestación o que el acreedor debe contentarse con la indemnización de daños, sino que tendrá que pronunciarse sobre la resolución total del contrato.

3. INDEMNIZACION DE DAÑOS

Para nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad civil contractual es subjetiva, en cambio, la extracontractual puede ser subjetiva u objetiva. No hay responsabilidad civil contractual sin dolo o culpa grave o leve. La diligencia ordinaria observada en el cumplimiento de las obligaciones exime de responsabilidad por los daños causados con la inexecución o ejecución tardía o defectuosa de la prestación. El deudor que incumple su obligación intencionalmente o por negligencia extrema o no usa la diligencia normalmente requerida debe indemnizar los daños causados a su acreedor.

Conforme al art. 1428, sea que el acreedor de la prestación inexecutada opte por el cumplimiento o por la resolución del contrato, en

⁶⁷ . Betti: La apreciación del interesado y su interés en la resolución están sometidos, en general, a la crítica de la parte contraria y al control del juez, lo que excluye la legitimidad de un motivo cualquiera encomendado al arbitrio subjetivo de quien invoca la resolución, y postula una consideración típica según la índole de las relaciones, aunque diferenciable en relación con la variedad que presenten los supuestos de hecho (Betti, Emilio, ob. cit., t. II, P. 337).

uno y otro caso, tiene derecho a la indemnización de los daños causados con el incumplimiento. Es decir, a la demanda de cumplimiento o a la de resolución del contrato se puede acumular la de indemnización de daños.

El pago de una indemnización no es una consecuencia automática de la ejecución forzada de la prestación o de la resolución del contrato, sino que supone que el acreedor sufrió un daño que no es reparado suficientemente con el cumplimiento del contrato o con la resolución del mismo y las restituciones a que ella da lugar.

La demanda de indemnización de daños es autónoma respecto de la de cumplimiento o de la resolución; si éstas son declaradas infundadas, por ejemplo cuando el acreedor está haciendo un uso abusivo de su derecho de resolver el contrato, aquélla puede ser fundada cuando los daños realmente existen.

Corresponde al accionante probar la existencia y el *quantum* de los mismos, presumiéndose *iuris tantum* que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor (art. 1329). Es decir, el actor pedirá que se declare resuelto el contrato, que se le restituya lo que ya ha pagado al demandado (si el contrato es de ejecución instantánea) y que se le indemnice los daños.

En esta materia de la indemnización de daños son de aplicación los principios generales recogidos por el Código civil que a continuación mencionamos en apretada síntesis.

El deudor está obligado a indemnizar los daños que causa por no ejecutar su prestación por dolo (no ejecuta la prestación deliberadamente), culpa inexcusable (negligencia grave, imperdonable), culpa leve (omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar). El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende el daño emergente y el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída (art. 1321). También es indemnizable el daño moral irrogado con el incumplimiento (art. 1322).

El deudor que para ejecutar la prestación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario (art. 1325).

Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de la consecuencia que de él se deriven (art. 1326). El dolo o la culpa del deudor se compensa con el dolo o la culpa del acreedor.

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario (art. 1327).

La prueba del dolo y la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (art. 1330).

Si el resarcimiento del daño no puede ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa (art. 1332).

Si el contrato que se resuelve fue celebrado con entrega de arras, no es aplicación la norma que establece que si incumple el que entregó las arras, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras y si el que incumple es la parte que la recibió, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras (art. 1478), sino que se aplica la norma del art. 1479 que establece: “Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales”, antes mencionadas.

IX. RESOLUCION DE PLENO DERECHO POR REQUERIMIENTO DEL ACREEDOR

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

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

A diferencia del art. 1428 que regula la resolución judicial del contrato, el art. 1429 norma la *resolución de pleno derecho*, sin declaración judicial, llamada también resolución por requerimiento o resolución automática, resolución por autoridad del acreedor, o resolución por intimación para cumplir como lo denomina el Código civil italiano (art. 1454).

El art. 1429 prescribe que la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince

días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Consiguientemente, si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños.

Lo que opera de pleno derecho es solamente la resolución del contrato, pero si el deudor no indemniza los daños causados a su acreedor o no restituye la prestación ya ejecutada en su favor, la sentencia judicial será siempre necesaria.

Igualmente, si se resuelve extrajudicialmente un contrato que ha sido inscrito en los registros públicos, para cancelar la inscripción se requiere de sentencia judicial (art. 2019.8).

La fuente del art. 1429 es el art. 1454 del Código civil italiano, el cual prescribe: Art. 1454. “*Intimación a cumplir*. A la parte incumplidora la otra podrá intimarle por escrito que cumpla dentro de un término conveniente, bajo apercibimiento de que, transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más resuelto. El término no puede ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario de las partes o que, por la naturaleza del contrato o de acuerdo con los usos, *resulte* conveniente un término menor. Transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de derecho”.

El requerimiento cumple doble función: de un lado prepara la futura resolución del contrato y, de otro, constituye en mora al deudor en el sentido del art. 1333.

En la resolución de pleno derecho por iniciativa del acreedor se impone que el deudor sea requerido para que cumpla con ejecutar su prestación dentro de un plazo prudencial, no menor de quince días, bajo apercibimiento de que si transcurrido ese plazo sin que cumpla, el contrato se entenderá resuelto de pleno derecho.

El acreedor optará por esta vía de la resolución de pleno derecho previo requerimiento al deudor para que cumpla, cuando, a pesar del retardo, todavía tiene interés en la ejecución de la prestación, pues lo está requiriendo para que pague dentro del plazo de gracia; sólo si el deudor deja transcurrir el plazo sin ejecutar su prestación, el contrato se resuelve, teniendo el acreedor el derecho a la restitución de la prestación que él ha ejecutado frente a su deudor, así como a la indemnización de daños.

Subrayamos que el contrato se resuelve sólo si el deudor no ejecuta su prestación en el plazo de gracia que le concede el acreedor para que cumpla. Si el deudor ha sido requerido por escrito para que ejecute su prestación concediéndole un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que una vez transcurrido inútilmente dicho tiempo, el contrato se tendrá por resuelto; si ese plazo se ha cumplido no cabe duda

que el contrato está resuelto, por lo que el acreedor no podrá pretender cobrar ejecutando la garantías otorgadas por el deudor. Consiguientemente, es equivocada la resolución suprema que establece: *“La carta notarial en la que se establece un término de quince días para cumplir con la obligación de pago o en caso contrario, queda resuelto el contrato, no implica la renuncia del acreedor a su derecho de cobrar, sino que produce el efecto de dar por vencidos todos los plazos concedidos para hacer amortizaciones, quedando expedito el derecho de la actora para la ejecución de las garantías prendarias e hipotecarias”* (Cas. 2090-T-96-Lima).

El requerimiento concediendo un plazo para el cumplimiento es indispensable para el deudor, porque éste puede estar en condiciones de satisfacer a su acreedor, pero está a la espera de que éste se pronuncie.

El art. 1429 faculta al contratante acreedor de la prestación no ejecutada para resolver el contrato, sin necesidad de sentencia judicial, mediante un requerimiento al contratante deudor para que ejecute su prestación dentro de un breve plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que si no lo hace, el contrato queda resuelto de pleno derecho. El requerimiento al deudor podrá ser formulado desde el vencimiento del plazo para la ejecución de su prestación y hasta que opere la prescripción extintiva de la obligación

Del art. 1429 se desprende que los requisitos para la resolución extrajudicial de pleno derecho son:

- 1) Que el contrato sea de prestaciones recíprocas.
- 2) Que una de las partes contratantes falte al cumplimiento de su prestación.
- 3) Que el acreedor requiera al deudor para que satisfaga su prestación.
- 4) Que el requerimiento sea hecho mediante carta notarial.
- 5) Que el requerimiento otorgue al deudor un plazo no menor de quince días para que ejecute su prestación.
- 6) Que en el requerimiento notarial se exprese que una vez vencido el plazo otorgado sin que el deudor pague, el contrato se tendrá por resuelto de pleno derecho.

El requerimiento se debe hacer mediante carta por vía notarial, invitando a la parte incumplidora para que ejecute su prestación dentro de un plazo que no podrá ser menor de quince días, manifestando expresamente que, transcurrido dicho plazo sin que cumpla, el contrato queda resuelto. La carta notarial debe contener necesariamente el plazo que se otorga al contratante infiel para que cumpla y el apercibimiento de que,

si no cumple, el contrato queda resuelto, debido a que el art. 1429 es terminante al establecer que el requerimiento para el cumplimiento será “bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto”; cualquier apercibimiento no puede tener el efecto resolutorio.

El requerimiento no puede hacerse por otra vía que no sea la notarial para evitar posibles falsificaciones. Si el requerimiento se ha hecho por vía distinta de la notarial no hay resolución extrajudicial de pleno derecho del contrato.

El plazo debe ser el suficiente como para que el deudor pueda ejecutar su prestación: El otorgamiento de un plazo insuficiente constituye un ejercicio abusivo del derecho de resolver el contrato que la ley no admite. La ley es terminante cuando establece que el plazo que se concede al deudor no puede ser menor de 15 días en ningún caso, o sea puede ser un plazo mayor de quince días, y si las circunstancias para el cumplimiento de la prestación lo ameritan dicho plazo necesariamente debe ser de más de 15 días como para que el deudor pueda normalmente ejecutar su prestación, como sería, por ejemplo, la construcción de una casa. El acreedor no podrá reducir el plazo concedido al deudor, porque puede perjudicarlo, pero si puede ampliarlo, pues la ampliación sólo puede redundar en beneficio del deudor.

El requerimiento para el cumplimiento es una declaración unilateral de voluntad recepticia del contratante fiel; una vez que llega a conocimiento del contratante infiel no puede ser revocada, solamente de mutuo acuerdo pueden dejarla sin efecto.

El plazo de 15 días o más debe estar expresado con toda claridad y certeza en la carta notarial de requerimiento, en razón a que el deudor requerido tiene derecho a conocer el tiempo dentro del cual puede cumplir. Extinguido el plazo, sin que el deudor cumpla, el contrato queda resuelto *ipso iure*, no pudiendo el acreedor revocar o modificar su decisión de disolver el contrato, ni el deudor pretender cumplir. Como dice Farina⁶⁸, si el acreedor ha fijado un plazo significa que vencido el mismo la prestación ya carece de interés para él, y por ello no puede obligársele a aceptar una prestación que por el transcurso del tiempo para él ha perdido toda utilidad.

Conforme al art. 1429, en ningún caso el plazo concedido al deudor para que cumpla puede ser menor de quince días, lo que en ciertos casos puede resultar excesivo y perjudicial. Es evidente que si en un contrato de construcción de una casa, el constructor es requerido para que en quince días la entregue la terminada, el plazo es demasiado breve; diversamente, cuando el deudor es conminado para que entregue una cantidad de alimentos o de medicinas, ese plazo puede resultar demasiado largo. Lo

⁶⁸. Farina, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos*, Orbir, Rosario, Argentina, 1965, p. 191.

esencial es que se le conceda al deudor un tiempo suficiente para cumplir, razón por la que resulta más justa la solución contenida en el segundo párrafo del art. 1454 del Código italiano según la cual el término no puede ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario o que de la naturaleza del contrato o de acuerdo a los usos, resulte conveniente un término menor. También el Código civil argentino dispone que el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación “en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor” (art. 1204, modificado por Ley 17.711 de 1.6.68). El Código alemán se refiere a un “plazo prudencial” (art. 326). El griego utiliza la expresión: “plazo razonable” (art. 383). El Código etiope dispone que “el plazo debe ser establecido de manera razonable” (Art. 1774).

Si el contratante deudor ejecuta su prestación dentro del plazo de gracia otorgado por el acreedor requirente, el contrato no se resuelve, pero ello no lo libera de pagar la indemnización de los daños derivados de la demora.

Resuelto el contrato pleno derecho mediante el mecanismo del art. 1429, es imposible discutir judicialmente la resolución o el cumplimiento del contrato ya disuelto. El deudor requerido puede contradecir judicialmente la resolución por autoridad del acreedor, dentro del plazo de prescripción ordinaria de 10 años (art. 2001.1), en un proceso de conocimiento, alegando, por ejemplo, que la obligación no existe, que ya fue pagada, que el acreedor no ha ejecutado la prestación correlativa, que el incumplimiento es de escasa importancia.

La Corte Superior de Lima ha resuelto:

“Aun cuando no se detalla en la demanda, debe precisarse que las pretensiones han sido planteadas en forma acumulada objetiva originaria accesoria, por lo que conforme al art. 87 del C.P.C. sólo si se declara fundada la principal se amparan las demás. Si no hay duda que la pretensión principal es la de resolución de contrato y la accesoria la de indemnización de los daños que se atribuye a un supuesto incumplimiento contractual, y si la actora reconoce que por decisión unilateral, mediante carta notarial, dio por resuelto el contrato aplicando la norma del art. 1429 del C.C., no puede ya discutirse en sede judicial lo que se produjo por iniciativa de un contratante contando con el respaldo de la legislación vigente. El ejercicio de esta opción prevista por la norma acotada tiene por efecto la resolución de pleno derecho y su imposibilidad de ser conocido por el Poder Judicial. Es derecho de cualquiera de las partes, el de solicitar la indemnización por los daños ocasionados o a contradecir en sede judicial la resolución unilateral. Es improcedente la reconvención que tiene como pretensión el cumplimiento del contrato y el pago de una indemnización, si dicho contrato quedó resuelto de pleno derecho sin que

se haya planteado oposición formal y jurisdiccional a la resolución unilateral” (Corte Superior de Lima, Sala N° 3, Exp. N° 1606-98).

“Incorre en negligencia que acarrea responsabilidad civil conforme a los arts. 1319 y 1321 del C.C., el contratante que no ha efectuado las gestiones suficientes para lograr el objetivo trazado por ambas partes contratantes. Habiéndose resuelto el contrato de conformidad con el art. 1429 del mismo texto legal, el deudor queda a cargo de la indemnización, la que debe graduarse prudencialmente con la facultad del numeral 1332 del acotado” (Corte Superior de Lima, Sala N° 3, Exp. N° 2984-97).

El proceso de resolución del contrato configurado en el art. 1429, permite, al contratante perjudicado con el incumplimiento, obtener rápidamente el cumplimiento de la obligación o, en su defecto, la resolución del contrato, sin necesidad de recurrir a un costoso y complicado proceso judicial.

Conforme al art. II del T. P. no es permitido al acreedor el ejercicio abusivo de su derecho de resolver el contrato, recurriendo al mecanismo del art. 1429, cuando el incumplimiento es de escasa importancia con relación a la parte ya ejecutada de la prestación.

Nada impide que una vez resuelto el contrato, utilizando el mecanismo del art. 1429, el acreedor pueda renunciar a tal resolución aceptando el cumplimiento tardío de la prestación.

X. CLAUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

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

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

A la *cláusula resolutoria expresa*, en el art. 1109 del derogado Código de 1936, se le denominó *condición resolutoria expresa* (teoría en abandono), también se le conoce como *pacto comisorio expreso*.

La resolución judicial del contrato no es un principio de orden público, por consiguiente, las partes contratantes para liberarse de los inconvenientes de un proceso judicial, pueden estipular en el contrato una cláusula resolutoria. El ordenamiento jurídico civil faculta a las partes

contratantes para que regulen las sanciones a imponerse cuando una de ellas falta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, regulación que se establece mediante estipulaciones sobre la responsabilidad civil contractual o sobre la resolución del contrato. Las reglas de los artículos 1428 y 1429, sobre la resolución judicial y la resolución de pleno derecho son solamente supletorias de la voluntad de las partes, constituyen un derecho de reserva aplicable únicamente cuando las partes no hayan pactado la cláusula resolutoria expresa.

Como en el caso del art. 1429, lo que se resuelve de derecho es solamente la relación contractual, pues si el deudor no indemniza los daños o no restituye la prestación ejecutada en su favor, siempre se requerirá de sentencia judicial. Si se celebra un contrato con inscripción en los registros públicos y subsecuentemente se resuelve extrajudicialmente, para cancelar la inscripción registral se requiere de sentencia judicial.

La fuente del art. 1430 es el art. 1456 del Código italiano que dispone: Art. 1456. “*Cláusula resolutoria expresa*. Los contratantes podrán convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que determinada obligación no se cumpliera según las modalidades establecidas. En este caso la resolución se producirá de derecho cuando la parte interesada declare a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

Para que exista la *cláusula resolutoria* es imprescindible haberla pactado expresamente disponiendo que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión en el acto de celebración del contrato. El solo incumplimiento no produce automáticamente la resolución, porque ello afectaría el interés que el acreedor pueda tener en la conservación del contrato, por cuya razón se justifica que el art. 1430 establezca que la resolución se produce, de pleno derecho (*ipso iure*), cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Con la inclusión de la cláusula resolutoria, la vida del contrato se hace depender del cumplimiento de determinada prestación que para las partes es esencial, la misma que debe estar indicada con toda precisión, porque si la cláusula se refiriera a todos los eventuales incumplimientos, se convertiría en una cláusula de estilo, superflua e inútil⁶⁹.

La cláusula resolutoria no es una condición resolutoria, como modalidad del contrato, puesto que, como sabemos, la condición resolutoria consiste en un evento incierto y futuro del cual se hace depender la cesación de los efectos contractuales. El cumplimiento del contrato no es una condición sino un acto debido y el incumplimiento no constituye

⁶⁹. Messineo, Francesco, *Doctrina del Contrato*, t. II, Ejea, Buenos Aires, 1986, pp. 349.

una condición del acto jurídico denominado contrato, sino significa el rompimiento del equilibrio contractual por desaparición de la reciprocidad de las prestaciones, lo que constituye causa de la resolución y, en su caso, del pago daños y perjuicios. De otro lado, si la condición resolutoria no se cumple el contrato sigue produciendo sus efectos como si no hubiera estado sujeto a condición alguna y si la condición resolutoria se cumple el contrato cesa automáticamente de producir sus efectos por ministerio de la ley; en cambio, la cláusula resolutoria expresa requiere ser invocada por la parte perjudicada por el incumplimiento, pudiendo desecharla y optar por el cumplimiento. La condición resolutoria puede dejar sin efecto un contrato enteramente cumplido, contrariamente, la cláusula resolutoria expresa deja sin efecto un contrato por incumplimiento de la prestación establecida en el contrato con toda precisión.

A diferencia de la *resolución por requerimiento* o *resolución automática* regulada en el art. 1429, la misma que constituye un elemento natural de todo contrato con prestaciones recíprocas, a la cual las partes pueden renunciar, la *cláusula resolutoria* no está en la naturaleza del contrato, sino que constituye un elemento accidental que vive en el contrato solamente si las partes la han pactado expresamente.

La cláusula resolutoria no opera de pleno derecho, por el solo incumplimiento de la prestación establecida con toda precisión, sino que requiere ser invocada por el contratante acreedor de dicha prestación; el deudor no podrá valerse de dicha cláusula para liberarse de la obligación de ejecutar su prestación. Es la parte contratante fiel que frente al incumplimiento de la otra parte, puede optar por el cumplimiento o por la resolución; en este caso no tiene necesidad de recurrir al juez, sino comunicar a la parte infiel que se vale de la cláusula resolutoria. Dicha comunicación es una declaración de voluntad unilateral “meramente recepticia que obra *pe se*”⁷⁰, por cuanto no requiere la aceptación del deudor para que produzca el efecto: resolución del contrato. Una vez que la declaración del acreedor llega al domicilio del contratante deudor se presume que la conoce (art. 1374), a partir de ese momento no puede revocarla, y desde ese momento el contrato queda resuelto, por lo que el deudor no podrá ya pretender cumplir ni el acreedor pretender exigir el cumplimiento de la prestación adeudada, puesto que el contrato ya se ha deshecho.

Nada impide al acreedor para que si lo prefiere no haga uso de la cláusula resolutoria, sino opte por demandar judicialmente el cumplimiento o la resolución (art. 1428), o por el requerimiento para que cumpla dentro

⁷⁰. Cámara, Hector, Revista del Notariado, año LXXII, N° 702, Buenos Aires, Noviembre-Diciembre, 1968, p. 1346.

de un breve plazo de gracia, bajo apercibimiento de resolución del contrato (art. 1429).

La comunicación de valerse de la cláusula resolutoria debe ser cursada por la parte interesada o su representante. Tal comunicación no produce efectos si es remitida por persona que no cuenta con las facultades necesarias.

El Código no establece la forma en que debe hacerse la comunicación de querer valerse de la cláusula resolutoria, es decir, deja en libertad al acreedor para que opte por el medio más adecuado a las circunstancias del caso, pudiendo ser oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual mecánico, electrónico u otro análogo (art. 141). Por razones de prueba, es recomendable hacerla mediante carta por vía notarial.

Si las partes contratantes han establecido la forma en que debe hacerse la comunicación, la parte interesada en valerse de la cláusula resolutoria debe cursar la comunicación a la otra parte en esa forma; si la comunicación no se hace en la forma prevista no hay resolución.

La ley no prevé plazo para remitir la comunicación, por lo que puede hacerse en cualquier momento a partir del momento en que se produce el incumplimiento. Tampoco se establece qué plazo tiene el acreedor para poder comunicar al deudor que quiere valerse de la cláusula resolutoria; ese plazo no puede ser otro que el plazo de prescripción ordinaria de la acción personal que es de diez años (art. 2001.1). Este es el plazo que tiene el acreedor para optar por el cumplimiento o por la resolución del contrato.

Para que se produzca la resolución automática del contrato se requiere:

- 1) Que se produzca el incumplimiento previsto; y
- 2) Que la parte interesada comunique a la otra haciéndole saber que se vale de la cláusula resolutoria acordada.

Si verificado el incumplimiento, la parte interesada no comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, la obligación de cumplimiento mantiene su subsistencia; así mismo, si acepta la prestación, se entiende que renuncia al derecho de optar por la resolución. Aceptada la prestación, total o parcialmente, se pierde el derecho de resolver el contrato.

La resolución por incumplimiento, comprendida en ella la resolución por cláusula resolutoria, no constituye una sanción impuesta al comportamiento doloso o culposo del contratante que no satisface su obligación, sino es una forma de liberar a la parte cumplidora que ha perdido interés en la prestación, sin que incurra por ello en responsabilidad. La Corte Superior de Lima ha resuelto: *En casos de resolución por cláusula resolutoria, ésa se produce de pleno derecho sólo si la parte interesada declara a la otra que lo desea; si, por el contrario, la declaración no se hace, es como si la*

parte que conserva el derecho renuncia a optar por la resolución y la obligación de cumplimiento de las partes mantiene su subsistencia. Si bien es cierto, la cláusula resolutoria es una forma de liberar a la parte cumplidora sin incurrir en responsabilidad y que la ley no prevé plazo para remitir la comunicación, también lo es que este derecho queda sin posibilidad de ser ejercido cuando esa misma parte acepta la prestación (Sala N° 3 de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 3384-97).

La ley no considera al incumplimiento bajo su perfil ilícito, sino por su aptitud de perturbar el equilibrio contractual. La sanción por el incumplimiento no es la resolución, sino el resarcimiento que es otra consecuencia de tal incumplimiento. Para resolver el contrato no se exige que el incumplimiento sea culposo, basta el incumplimiento objetivamente considerado⁷¹. Sin embargo, no procede la resolución cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, por deberse a caso fortuito o fuerza mayor, o a culpa o tolerancia del acreedor.

Los efectos de la resolución por incumplimiento, tanto en la judicial como en la extrajudicial (resolución por requerimiento y resolución en ejecución de cláusula resolutoria), si el contrato es de ejecución instantánea, son retroactivos, aún cuando el art. 1372 disponga que esa retroactividad es al momento en que se produce la causal que la motiva, debiendo las partes restituirse las prestaciones ejecutadas, o sea las cosas vuelven al estado en que se encontraban en el momento inmediatamente anterior a la celebración del contrato. Por ejemplo, resuelto un contrato de compraventa, el vendedor debe devolver el precio o la parte del precio recibido y el comprador debe devolver el bien, el cual vuelve a ser de propiedad del vendedor. En caso que no fuera posible la restitución de la prestación ejecutada, se deberá pagar el valor, aquí si tendremos que admitir, que tenga al momento de producirse la causal. Si el contrato es de tracto sucesivo, por no ser posible la devolución de la prestación ejecutada, la resolución no tiene efectos retroactivos, sino que opera solamente para el futuro.

En las obligaciones con cláusula penal, el juez tiene el poder de reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva (art. 1346). Como la cláusula resolutoria expresa no es una cláusula penal, el juez no tiene un poder de moderación. Si se permitiera al juez la facultad de descartar la cláusula resolutoria expresa con el pretexto de que el incumplimiento no es de gravedad suficiente para acarrear la extinción del contrato, se le quitaría todo interés a la mencionada cláusula⁷².

En razón de la protección a la parte débil de la relación jurídica contractual y, en general, de protección al consumidor, la ley interviene a

⁷¹ . Scognamiglio, Renato, ob. cit., p. 271.

⁷² . Larroumet, Christian, ob. cit., vol. II, p. 161.

veces para limitar la libertad de los contratantes de estipular cláusulas resolutorias, así, por ejemplo, en los contratos por adhesión y en los concluidos mediante cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, la facultad de resolver el contrato (art. 1398).

1. RESOLUCIÓN POR SOBREVENIDA IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN

1.1. LA TEORÍA DEL RIESGO

En materia contractual, la teoría del riesgo evoca un hecho que convierte a la prestación debida en imposible de ejecutarse, hecho que se puede deber a un caso fortuito (un naufragio, un terremoto), a fuerza mayor (un acto de la autoridad, el hecho de un tercero), a culpa del deudor o del acreedor.

El *riesgo del bien* está referido a los derechos reales, y el *riesgo de la prestación*, al derecho de obligaciones.

La teoría del riesgo no alude al bien en relación exclusivamente con el titular del derecho real, sino al riesgo del bien que es materia de un contrato en curso de ejecución, al riesgo que hace imposible la ejecución de las prestaciones emanadas de un contrato.

El *riesgo del bien* se relaciona con su pérdida o deterioro que disminuya su valor o que lo haga inútil para el fin para el cual está destinado. La pérdida o destrucción de un bien que no es objeto de una obligación sólo puede ser para su dueño (*res perit domino*), o sea el riesgo del bien lo asume su propietario.

Recordemos que la obligación es el vínculo entre un acreedor y un deudor; que el objeto de la obligación es la prestación, o sea lo que el deudor tiene que dar, hacer o no hacer, a favor del acreedor; y que, a su vez, el objeto de la prestación son los bienes, servicios y abstenciones.

La prestación que es objeto o contenido de la obligación contractual debe ser posible (art. 1403). Si en el momento de la celebración la prestación es imposible, el contrato es nulo (art. 219.3), porque nadie estaría compelido a ejecutarla (“*impossibilia nulla est obligatio*”)⁷³; si la imposibilidad es sobreviniente a la celebración, el contrato se resuelve.

El *riesgo de la prestación* se refiere a que ésta (sea de dar, hacer o no hacer) puede devenir en imposible de cumplirse, originando que el contrato

⁷³ . Lafaille, Héctor, *Derecho civil*, t. VI, Tratado de las obligaciones, vol. I, Ediar, Buenos Aires, p. 459.

quede resuelto de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. La prestación se puede tornar imposible porque se pierde el bien que es objeto de ella, o porque el que promete una determinada actividad material o intelectual se enferma o muere, o porque deviene en necesaria la abstención a que se obligó.

La *imposibilidad física* no ofrece mayores dificultades: en las prestaciones de dar bienes ciertos, la pérdida o destrucción de los mismos constituye un caso típico de imposibilidad de pago; en las prestaciones de hacer el hecho prometido se tornar imposible como en las obligaciones *intuitu personae* cuando muere o deviene incapaz el deudor (ej., el pintor pierde la mano con la que pinta, o se enferma o muere); en las prestaciones de no hacer, cuando la omisión prometida se convierte en un hecho necesario. La *imposibilidad jurídica* se produce cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la ejecución de la prestación debida, por ejemplo, la cosa debida es puesta fuera del comercio, se prohíbe la edificación a mayor o menor altura de la acordada, se expropia el inmueble ofrecido en venta⁷⁴.

En los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes (ejemplo, la donación), el único que soporta el riesgo es el acreedor, quien no recibirá lo que esperaba, salvo que la imposibilidad se deba a culpa del deudor, caso en el que debe pagar al acreedor los daños causados, en aplicación de las normas generales sobre obligaciones de dar, hacer y no hacer.

En los contratos con prestaciones recíprocas es necesario saber qué consecuencias tiene la inejecución de la prestación por imposible con respecto a la contraprestación posible de ejecutarse. ¿Si la contraprestación no se ha ejecutado, debe aún ejecutarse? y si ha sido ejecutada ¿debe ser restituida? ¿Se aplica el *res perit debitori* o el *res perit creditori*? ¿Los riesgos que resultan de la inejecución de la prestación se imponen al deudor o al acreedor? Si los riesgos los soporta el acreedor de la prestación imposible, entonces él debe ejecutar su prestación sin recibir nada a cambio (*res perit creditori*). Por el contrario, si los riesgos los soporta el deudor de la prestación imposible, éste pierde el derecho a la contraprestación (*res perit debitori*).

La teoría del riesgo tiende a resolver cuál de las partes contratantes, el deudor o el acreedor, debe soportar la pérdida patrimonial derivada de la sobrevenida imposibilidad de ejecución de la prestación. Para la aplicación de esta teoría se requiere que el contrato de prestaciones recíprocas se encuentre en curso de ejecución y que la obligación de uno de los

⁷⁴ . Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. 3, 3ra. ed, Librería Editorial Platense, La Plata, 1991. p. 620.

contratantes se haya extinguido por sobrevenida imposibilidad de la ejecución de su prestación (de dar, hacer o no hacer).

Los romanos construyeron la teoría del riesgo en torno al contrato de compraventa. La propiedad no se transmitía desde la celebración del contrato, sino desde que el vendedor entregaba el bien al comprador, pero éste asumía los riesgos de pérdida, mejora o desmejora de la cosa desde la celebración del contrato. No se aplicaba el principio *res perit domino*, sino el principio *res perit creditori*, por el cual los riesgos son para el acreedor (el comprador) aun cuando todavía no era dueño por no haberse efectuado la *traditio*.

En el siglo XVII, el iusnaturalista alemán Samuel Pufendorf, combatió la solución romana argumentando que si la venta por sí sola no transfiere la propiedad, es contrario al derecho natural atribuir la pérdida de la cosa a quien no es su propietario, consagrando de este modo el principio *res perit domino* en vez del *res perit creditori*, por lo que el riesgo debe ser del deudor (el vendedor) hasta el momento de la entrega, o sea mientras él continúe siendo dueño.

El Código de Napoleón consagró el principio *res perit domino* (art. 1138), pero invirtiendo los términos del debate, o sea estableció que la venta de cosa cierta por sí sola transfiere la propiedad aunque no se haya efectuado la entrega. El acreedor de la obligación de entregar (el comprador) soporta los riesgos porque es propietario de la cosa desde que se perfeccionó el contrato, aún cuando todavía no le ha sido entregada.

Para Códigos inspirados en el napoleónico como el mexicano, las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*) si la pérdida obedece a caso fortuito o fuerza mayor⁷⁵. Si se celebra un contrato de una cosa cierta y determinada que implique la transferencia de la propiedad de esa cosa y perece en poder del deudor (vendedor en el caso de la compraventa) por caso fortuito o fuerza mayor, el acreedor (comprador en el mismo supuesto) sufre la pérdida, lo que origina que tendrá que pagar la contraprestación o precio convenidos a un cuando no vaya a recibir el bien por haber perecido⁷⁶.

El Código civil peruano establece que el adquirente de bien inmueble determinado es propietario desde que el contrato queda perfeccionado (art. 949); el dominio se adquiere exclusivamente por efecto de la celebración del contrato y no por la entrega. En cambio, la transferencia de la propiedad

⁷⁵ . Código civil mexicano: Art. 2014. En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público. Art. 2017. En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes: (...) V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

⁷⁶ . Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos civiles, sexta edición, Porrúa, México, 1997, p. 93.

de una cosa mueble determinada se efectúa con la *traditio* a su acreedor, salvo disposición legal diferente (art. 947). Pero el riesgo de pérdida del bien antes de su entrega al comprador (acreedor de la entrega) es del vendedor (deudor de la entrega), independientemente de que continúe o no siendo propietario de la cosa hasta su entrega al comprador, o sea adopta el principio *res perit debitori* (art. 1567).

El ordenamiento jurídico civil regula la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos (art. 1138); en las obligaciones de hacer (arts. 1154 a 1156); en las obligaciones de no hacer (art. 1158 y 1159); en los contratos con prestaciones recíprocas (art. 1431 a 1433); en el contrato de compraventa (arts. 1567 a 1570).

En todo contrato de prestaciones recíprocas, si la obligación de uno de los contratantes se extingue por imposibilidad de ejecución de la prestación, se extingue también la obligación correlativa del otro, o sea la resolución *impro iure* del contrato por imposibilidad de la prestación está en la naturaleza de todo contrato con prestaciones recíprocas, en el cual hay la posibilidad de que el riesgo sea del acreedor o del deudor, lo que es dilucidado por la teoría de los riesgos.

A diferencia de la resolución de pleno derecho por autoridad del acreedor y de la resolución por cláusula resolutoria expresa, la resolución por la teoría de los riesgos no depende de la iniciativa del acreedor de la prestación no ejecutada, sino que el contrato queda resuelto por el sólo hecho de que la prestación deviene imposible. Si hay la necesidad de invocarla, la puede hacer tanto el acreedor como el deudor de la prestación devenida imposible.

Como en el contrato de prestaciones recíprocas, éstas son interdependientes, si no se cumple la prestación (por sobrevenida imposibilidad), no se puede exigir el cumplimiento de la contraprestación, salvo que la imposibilidad sea imputable al acreedor; o cumplen ambas partes contratantes o no cumple ninguna; el incumplimiento de una parte libera, recíprocamente, a la otra; la extinción de la prestación produce de pleno derecho la extinción de la contraprestación (prestación recíproca o correlativa); sería contrario a la naturaleza de los contratos con prestaciones recíprocas que extinguida la prestación por imposible, subsista la contraprestación posible.

La imposibilidad de la prestación es *absoluta* cuando no puede ser llevada a cabo por ninguna persona, y es *relativa* cuando es posible en términos generales, pero es imposible para el deudor. Es *total* cuando afecta a toda la prestación, y es *parcial* cuando en parte es posible y en parte es imposible de cumplirse. Es *perpetua* cuando es definitivamente

imposible, y es *temporal* cuando perdura hasta que el acreedor no tiene ya interés en conseguirla⁷⁷.

En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes viene a ser física o jurídicamente imposible de cumplir, el contrato queda resuelto de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. Con la imposibilidad sobrevenida de la prestación se extingue la reciprocidad de las prestaciones, se acaba el equilibrio entre las partes contratantes, el contrato pierde su finalidad económica de ejecutar una prestación a cambio de una contraprestación, pues si no es posible ejecutar la prestación tampoco se puede exigir el pago de la contraprestación, razón por la que el contrato queda resuelto automáticamente.

La imposibilidad puede deberse: 1) a caso fortuito o fuerza mayor; 2) a culpa del deudor; o 3) a culpa del acreedor.

XI. IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN SIN CULPA DE LOS CONTRATANTES

Artículo 1431.- *En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.*

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

La *teoría del riesgo* resuelve el problema que se presenta en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de ellas deviene en imposible de ejecutarse y la contraprestación no es objeto de ninguna imposibilidad de ejecución. Establece cuál es el destino del contrato y si asumen o no obligaciones cada uno de los contratantes como consecuencia de dicha imposibilidad. Por aplicación de la teoría del riesgo sabremos si la imposibilidad de ejecución total, parcial, tardía o defectuosa de la prestación extingue o no el contrato y cuál de las partes contratantes, el acreedor o el deudor, debe soportar la pérdida patrimonial derivada de la imposibilidad de la ejecución.

⁷⁷ . Código italiano, art. 1256. *Imposibilidad definitiva o imposibilidad temporal*. La obligación se extingue cuando, por una causa no imputable al deudor, la prestación se hace imposible.

Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla.

El Derecho romano aplicó el principio *res perit creditori*, el acreedor asumía el riesgo de pérdida de la cosa desde la conclusión del contrato, aun cuando todavía no era dueño por no haberse efectuado la entrega. El Derecho francés consagra el principio *res perit domino*, el adquirente asume el riesgo de pérdida de la cosa por ser dueño aunque todavía no se le ha entregado. El Derecho peruano opta por el principio *res perit debitori*, el riesgo es del enajenante (deudor de la entrega) hasta el momento de la tradición, aunque el adquirente (acreedor de la entrega), tratándose de bien inmueble cierto, es propietario desde la conclusión del contrato.

La prestación de *dar* deviene imposible cuando el bien que es objeto de ella se pierde por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial, o por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar, o por quedar fuera del comercio (art. 1137).

La prestación de *hacer* deviene imposible cuando:

1) Siendo *fungible*, el deudor por motivos extraños a su voluntad (huelga en los medios de transporte, declaratoria de guerra, es reclutado para hacer el servicio militar, etc.) no realizar la actividad prometida, y tampoco hay terceros que quieran realizarla o éstos exigen una contraprestación que está fuera de las posibilidades económicas del deudor y del propio acreedor;

2) Siendo la prestación *infungible* como es la *intuitu personae* (la persona del deudor es elegida por sus cualidades personales⁷⁸) no puede ser ejecutada por imposibilidad física o mental o muerte del deudor;

3) Siendo fungible o infungible no se puede ejecutar debido a una prohibición legal, por ejemplo, se prohíbe la importación de los materiales con los cuales el deudor se obligó a hacer una obra.

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando la reciprocidad de las prestaciones se rompe como consecuencia de que una de ellas deviene física o jurídicamente imposible de cumplir, debido a caso fortuito o fuerza mayor o el hecho de un tercero, es decir, sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho, sin intervención judicial. El deudor liberado de ejecutar su prestación (por devenida imposibilidad) pierde el derecho a exigir el cumplimiento de la contraprestación (que aún es posible de ejecutar), debiendo restituir lo que ya se le haya pagado. Es obvio que si el contrato se resuelve por causa no imputable al deudor (como el caso fortuito o la fuerza mayor), éste no está obligado al pago de daños y perjuicios, “salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación” (art. 1317).

⁷⁸ . Art. 1149. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales.

Esta es la doctrina seguida por el art. 1431 que regula el supuesto de sobrevenida imposibilidad de la prestación a cargo de una de las partes sin culpa de los contratantes, como consecuencia de una fuerza mayor o un caso fortuito o del hecho de un tercero, o sea el riesgo de imposibilidad de ejecución de la prestación no es imputable al deudor ni al acreedor. Para proseguir con el análisis de este dispositivo legal consideramos necesario dar un concepto de fuerza caso fortuito o fuerza mayor y del hecho de un tercero.

Por carecer de efectos prácticos, el ordenamiento jurídico peruano no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, pero la doctrina sí hace la diferenciación que pasamos a señalar.

El *caso fortuito* es un hecho proveniente de la naturaleza, llamado hecho de Dios (*acto of God*), que el ser humano no puede hacer nada para impedir su producción, por ejemplo, una enfermedad que impide que el deudor ejecute su prestación, un terremoto que destruye los bienes, una peste que mata a los animales, una plaga que termina con la cosecha.

La *fuerza mayor* es un hecho proveniente de la autoridad o de terceros, o sea se caracteriza por ser extraño (ajeno a la conducta del deudor) e insuperable, que hace imposible la ejecución de la prestación, por ejemplo, el deudor ha sido víctima del robo del bien que debe; la prestación debida deviene en ilícita por disposición legal; una huelga. Cuando el Estado no era responsable, a la fuerza mayor se le denominaba hecho del príncipe (*acto of prince*), puesto que el príncipe no era responsable. En la actualidad dicha terminología debe abandonarse puesto que el Estado cuando obra antijurídicamente es responsable civilmente por los daños que cause.

El *hecho de un tercero* debe cumplir los mismos requisitos de la fuerza mayor, es decir, debe ser extraño a la actividad del deudor, además de imprevisible e irresistible de tal suerte que el deudor no haya podido hacer nada para evitar que la acción del tercero convierta en inejecutable la prestación. No es tercero el que se encuentra bajo las órdenes del deudor como el caso de sus familiares, trabajadores, representantes. En realidad, los actos de terceros están comprendidos en la fuerza mayor.

Distintos son los criterios utilizados para diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor: El caso fortuito es un acontecimiento producido en el interior del círculo obligatorio del deudor (la explosión de una caldera, el incendio) y la fuerza mayor es el hecho extraño a la persona del deudor (la inundación, la guerra); el caso fortuito se refiere a sucesos naturales (inundaciones, sequías) y la fuerza mayor a los hechos de terceras personas

(la autoridad, la huelga, la invasión)⁷⁹; el caso fortuito es un obstáculo de menor significación que la fuerza mayor; la fuerza mayor constituye lo subjetivo de la imposibilidad de prever o de evitar el evento y el caso fortuito es lo objetivo del evento extraordinario imposible de ser evitado; el caso fortuito es la situación que el deudor común no puede prever y la fuerza mayor es el hecho que ni el deudor más cuidadoso puede prever y evitar, o sea el deudor más cuidadoso sí podría prever el caso fortuito, más no la fuerza mayor; el caso fortuito es imprevisible y la fuerza mayor es irresistible; el caso fortuito implica una imposibilidad relativa de pago y la fuerza mayor determina una imposibilidad absoluta de pago⁸⁰. A pesar de estas distinciones doctrinarias, la ley les confiere las mismas consecuencias jurídicas: tanto el caso fortuito como la fuerza mayor originan la resolución de pleno derecho del contrato y eximen de responsabilidad civil, salvo que el deudor se haya obligado a indemnizar los daños causados por estos hechos.

El concepto de “caso fortuito” o “fuerza mayor” está legislado en el Libro VI del Código civil, sobre *Las Obligaciones*, definiéndolo en el art. 1315 como “*la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”. Extingue la obligación (art. 1316); y eximen de responsabilidad civil al deudor, o sea no responde de los daños resultantes de la inejecución de su prestación (art. 1317)⁸¹. Como se aprecia, la ley no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, por lo que ambas nociones se asimilan unívocamente, son sinónimas, se usan indistintamente, debido a que producen el mismo efecto jurídico: la resolución de pleno derecho del contrato y la liberación de responsabilidad civil.

Constituyen caso fortuito o fuerza mayor los acontecimientos naturales, los hechos de la autoridad o de terceros, como, por ejemplo, cataclismos, inundaciones, enfermedades graves o muerte del deudor, las guerras, los hechos de terceros por los cuales el deudor no tiene que responder, las prohibiciones legales dictadas en el curso de ejecución del

⁷⁹ . El caso fortuito es el hecho azaroso, ajeno a las partes y derivante de lo causal. Resulta independiente de la voluntad humana y hace imposible el cumplimiento de las obligaciones, independientemente de la voluntad del deudor. La fuerza mayor constituye una acción extraña y ajena al sujeto, que el deudor no puede superar (El caso fortuito y la fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva: Conclusiones de Trigo Represas, Feliz A. y Rubén H. Compagnucci de Caso, en *Temas de Derecho civil*, publicado por Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 109.

⁸⁰ . Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre, *Tratado de las obligaciones*, Vol. XVI, Cuarta Parte, t. XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 611 y ss.

⁸¹ . La diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor sólo tiene atinencia con relación a la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. En éstas sólo el caso fortuito puede exonerar de responsabilidad al deudor; en cambio, en las obligaciones de medio, el deudor tiene la posibilidad de eximirse de responsabilidad civil probando que en el cumplimiento de su obligación ha actuado con normal diligencia.

contrato, y todo hecho independiente de la voluntad del deudor, extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la prestación.

De la definición del art. 1315 se deducen los siguientes elementos esenciales del caso fortuito o fuerza mayor: *Extraordinario, imprevisible e irresistible*⁸², *actual, sobreviviente, ajeno a la voluntad del deudor.*

Lo *extraordinario* se refiere a que el acontecimiento es anormal, excepcional, está fuera de lo que ocurre natural o comúnmente, no hay razón para suponer que ocurrirá. Por ejemplo, es extraordinario que en un lugar donde nunca llueve se produzca una granizada. Es un suceso extraordinario que un joven de veinte años de edad, sano, fuerte, muera intempestivamente por un paro cardíaco, pero no es extraordinario que una persona de 90 años de edad muera por la misma causa. No es un hecho extraordinario que el bien objeto de la prestación se destruya, desaparezca o pierda utilidad, como consecuencia de vicios ocultos imputables al deudor, o que la huelga se produzca como consecuencia de que el deudor no cumple con sus obligaciones frente a sus trabajadores. El prudente arbitrio del juez apreciará, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, si el acontecimiento es o no extraordinario.

La *imprevisibilidad* significa que las partes, especialmente el deudor, observando una normal diligencia, no pudieron advertir al celebrar el contrato que en la etapa de su ejecución acaecerán hechos que hagan imposible el cumplimiento de sus obligaciones. El hecho extraordinario también es imprevisible, por ejemplo, el deudor no puede prever que sus trabajadores se declaren en huelga como consecuencia de una política salarial dispuesta por ley después de celebrado el contrato, pero sí puede prever que si no paga los salarios a sus trabajadores es posible que éstos se declaren en huelga; el deudor no puede prever que le roben el bien cuya entrega debe, salvo que no lo haya custodiado con la diligencia necesaria para impedir el robo. Nadie está obligado a prever lo que acaece extrañamente, súbitamente, sorpresivamente, repentinamente, pero sí está obligado, observando una conducta diligente, a prever lo normalmente previsible de acuerdo a la naturaleza de la obligación, a las circunstancias de tiempo, lugar y modo del caso concreto. Quien se obliga previendo la ocurrencia de hechos raros y repentinos cuyas consecuencias no podrá impedir es culpable de la inejecución de su prestación no obstante haber devenido en imposible. La imprevisibilidad, elemento esencial del caso

⁸² . Llambías define al caso fortuito y fuerza mayor como el hecho imprevisible, ajeno al deudor, que impide absolutamente el cumplimiento de la obligación. Las características que lo configuran son: 1) su imprevisibilidad, 2) su inevitabilidad, 3) ser ajeno al deudor, 4) ser actual, 5) ser sobreviniente a la constitución de la obligación. Agreguemos el carácter extraordinario señalado por el art. 1315 de nuestro Código civil (Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil, obligaciones*, t. I, Teoría general de la obligación, efectos de las obligaciones, teoría general de los privilegios, cuarta edición, Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 231-232). El Código civil argentino, al que se refiere Llambías, utiliza indistintamente el caso fortuito o fuerza mayor definiéndolo como aquel que “no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse” (art. 514).

fortuito o fuerza mayor, debe ser apreciada por el juez de acuerdo a cada situación concreta, considerando si se trata de eventos raros, repentinos o, si por el contrario, son normales, frecuentes, probables; los primeros no son imputables al deudor, quien queda liberado de responsabilidad por inejecución de su prestación por imposible, pero los segundos si son atribuibles al deudor, por lo que responde de la inejecución de su prestación.

Lo *irresistible* del evento se debe a que el sujeto no puede hacer nada para evitar que se produzca ni superar sus consecuencias, o sea lo irresistible es lo inevitable, lo invencible, que hace imposible la ejecución de la prestación, por ejemplo, la ocurrencia de una guerra, el corte de los servicios públicos (luz, Agua) como consecuencia de una huelga de los trabajadores, el cierre temporal de las vías de comunicación por la autoridad administrativa. Con frecuencia los sucesos imprevisibles también son irresistibles, pero la imprevisión se refiere a la causa generadora del evento extraordinario, mientras que la irresistibilidad tiene que ver con el evento mismo.

Para apreciar la irresistibilidad debe valorarse las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Un mismo suceso extraordinario e imprevisible puede ser irresistible para todos o solamente para algunos, pues otros por sus condiciones económicas, sociales, conocimientos, poder político, habitualidad en determinados negocios, etc., pueden estar en condiciones de evitar el hecho extraordinario o de superar sus consecuencias. Si, por ejemplo, un sujeto, por sus vinculaciones con el poder político, sabe que se prohibirá la importación de ciertos bienes y no obstante se obliga a importarlos, o si se expone temerariamente a la acción de los ladrones, o si a consecuencia de la excesiva velocidad con que conduce se incendia el automóvil que se ha obligado a enajenar, es evidente que su prestación deviene en imposible de ejecutarse por su culpa, y no por caso fortuito o fuerza mayor.

El acontecimiento debe hacer imposible la ejecución de la prestación en términos absolutos, porque si sólo dificulta el cumplimiento en términos relativos no se configura el caso fortuito o fuerza mayor. Si el hecho solamente dificulta el cumplimiento convirtiendo a la prestación en excesivamente onerosa no es de aplicación la teoría del riesgo, sino que en aplicación de la teoría de la imprevisión hay que ir al reajuste de las prestaciones, aumentando o disminuyendo la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad, y si ello no fuera posible se decidirá la resolución del contrato (art. 1440).

Si la imposibilidad de la prestación, por ser contraria a las leyes de la naturaleza o al ordenamiento jurídico, existe en el momento mismo de la celebración del contrato, la ineficacia es estructural, o sea el contrato es

nulo (art. 219.3), pues nadie se puede obligar a lo imposible (*ad impossibilia nulla obligatio est*). En cambio, si la imposibilidad es sobreviniente a la celebración del contrato, la ineficacia es funcional, el contrato se resuelve.

El acontecimiento debe ser *actual*, que ya ha acaecido o que acaezca en el momento en que debe ejecutarse la prestación. Los eventos que puedan ocurrir en el futuro no constituyen caso fortuito o fuerza mayor.

El evento debe ser *sobreviniente* a la celebración del contrato por el cual se crea la obligación. Como hemos dicho, si la prestación es imposible en el momento de la celebración del contrato, éste es nulo por objeto imposible (art. 219.3).

El acontecimiento debe ser *extraño a la voluntad del deudor*. Este no puede pretender que no le sea imputable lo que proviene de su propio comportamiento, de su propia culpa. No es extraño al deudor el evento que proviene de la voluntad de su dependiente, servidor o representante que debe ejecutar la prestación.

La consecuencia de la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida a un hecho que no es imputable a los contratantes es la resolución de pleno derecho del contrato, perdiendo el deudor liberado el derecho a reclamar la contraprestación. Esta es la solución adoptada por el art. 1431, al establecer que cuando la prestación deviene en imposible sin culpa de los contratantes el contrato se resuelve de pleno derecho y el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación; consagra, de este modo, el principio *res perit debitori* o *periculum est debitoris* (el riesgo es del deudor), o sea el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor⁸³.

En el Derecho comparado, el principio *res perit debitori* está consagrado en el Código civil argentino (art. 578), en el Código suizo de las obligaciones, en el Código civil alemán, en el Código civil paraguayo (art. 721), en el Código civil boliviano (art. 577), en el Código civil italiano de 1942, en cuyo art. 1463 dispone: “En los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y deberá restituir lo que ya hubiese recibido, de acuerdo con las normas relativas a la repetición de lo indebido”. El principio contrario *res perit creditori* se encuentra en decadencia y es seguido por los códigos civiles de Colombia (art. 1607) y Chile (art. 1550). En el Derecho francés, los riesgos del contrato están vinculados a los riesgos de la cosa, o sea que cuando la cosa perece antes de su entrega, se trata de saber quién es el propietario, pues éste es quien

⁸³ . Sólución distinta contiene el Código civil chileno que en el art. 1550 establece que *el riesgo de cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor*, de modo que si la prestación deviene en imposible porque el bien es objeto de ella se extingue por caso fortuito o fuerza mayo, antes de su entrega, se extingue la obligación del deudor, pero el acreedor debe cumplir su contraprestación. Por ejemplo, si la cosa vendida perece por caso fortuito, el vendedor queda liberado de su obligación de entregar, debiendo el comprador, sin embargo, cancelar el precio.

soporta la pérdida de la cosa sin culpa de los contratantes (*res perit domino*); la carga de los riesgos del contrato se desplaza hacia los riesgos de la cosa; por ejemplo, el contrato de compraventa transfiere la propiedad de la cosa vendida sin requerirse de la entrega ni de la inscripción, luego si A vende una cosa a B, y la cosa se pierde sin culpa de los contratos antes de ser entregada al comprador, el vendedor A queda liberado de su obligación de entregar y el comprador B por ser propietario sufre la pérdida de la cosa, por lo que debe pagar el precio al vendedor (art. 1138 del Código de Napoleón).

El Derecho peruano opta por el principio *res perit debitoris*, que significa que el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor, sin embargo, en razón de que la aplicación de la teoría de los riesgos no es de orden público sino sólo se trata de un interés particular, el art. 1431 en su párrafo final establece que las partes contratantes pueden convenir que el riesgo de pérdida de la contraprestación esté a cargo del acreedor, o sea que éste no recibe nada, pero debe pagar el íntegro de la contraprestación. Por ejemplo, cuando en un contrato de compraventa se conviene que si el bien vendido se pierde o destruye, sin culpa del vendedor, antes de su entrega, el comprador siempre estará obligado al pago del precio⁸⁴. Nada prohíbe que se convenga que el riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen ambas partes contratantes (acreedor y deudor) por igual, en cuyo caso si la prestación deviene en imposible, el acreedor no recibe nada, pero debe pagar la mitad de la contraprestación.

En suma, conforme al art. 1431, si la prestación deviene imposible en su totalidad por una causa que no es imputable a ninguno de los contratantes, el deudor es liberado, lo que priva de justificación causal a la contraprestación, por lo que contrato se resuelve de pleno derecho. El deudor es liberado de su obligación y pierde el derecho a la contraprestación. Consiguientemente, la contraparte tiene derecho a restitución de la contraprestación, si ya ha sido ejecutada, o es liberada de la obligación de cumplirla, si todavía no la ha realizado. Por ejemplo, si el bien arrendado ha sido destruido por un caso fortuito, razón por la que el arrendador no puede entregarlo al arrendatario, el contrato se resuelve de derecho, debiendo el arrendador restituir al arrendatario la suma percibida por concepto de renta, y si esta todavía no ha sido ejecutada, no podrá pretender que le sea pagada.

En materia de prestaciones *dar* bienes ciertos, el art. 1431 es una aplicación especial del art. 1138.5 que dispone: “En las obligaciones de dar

⁸⁴ Código civil de Bolivia: Art. 577. INCUMPLIMIENTO POR IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE. En los contratos con prestaciones recíprocas la parte liberada de su prestación por imposibilidad sobreviniente no puede pedir la contraprestación de la otra y deberá restituir lo que hubiera recibido. Las partes pueden, sin embargo, convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes: (...) 5. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien”.

La pérdida del bien puede producirse: 1) Por perecer (ej., la muerte de un animal) o ser inútil para el acreedor por el daño parcial (ej., la destrucción del motor de un automóvil); 2) Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él (ej., un reloj cae al fondo del mar) o, aún teniéndolas, no se pueda recobrar (ej., se sabe donde se encuentra la nave hundida, pero no es posible reflotarla); 3) por quedar fuera del comercio (ej., después de celebrado un contrato por el que una de las partes se obliga a vender una cantidad de cigarrillos, la ley prohíbe su comercialización) (art. 1137).

Si la prestación es de dar bienes inciertos, los que deben indicarse por lo menos en su especie y cantidad (art. 1142), como el género nunca perece, la ejecución de la prestación nunca deviene imposible, si el pago no se puede hacer en especie, se resolverá en la indemnización de daños.

La transferencia de la propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor (art. 947), en cambio la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (art. 949). Por ejemplo, si se vende un automóvil, el comprador no es propietario desde que se celebra el contrato, sino desde que se le entrega el vehículo, en cambio, si la venta es de una casa, el comprador es propietario desde el momento en que se celebra el contrato, aun cuando no se le haya entregado el bien ni se haya pagado el precio. Esto podría llevar a pensar que tratándose de enajenación de bien inmueble que se pierde después de la celebración del contrato pero antes de su entrega, la pérdida la sufre el adquirente propietario (*res perit domino*). Sin embargo no es así, porque para establecer cual de los contratantes debe soportar el riesgo de pérdida de la contraprestación poco importa quien sea el propietario del bien, sino quién es el deudor y quién el acreedor de la prestación y de la contraprestación; no es una cuestión de *res perit domino* sino una de *periculum est debitoris*; no es un asunto de derechos reales sino de derecho de crédito (obligacional o personal). En el ejemplo propuesto, el deudor de la prestación de entrega del bien es el vendedor y el acreedor es el comprador, y el deudor de la contraprestación del pago del precio es el comprador y el acreedor el vendedor; en una palabra, el vendedor debe la entrega del bien y el comprador debe el pago del precio. Si el automóvil o la casa se pierden (la prestación deviene imposible) antes de su entrega al comprador, el vendedor queda liberado de entregar el bien, pero pierde el derecho a cobrar el precio (contraprestación), en aplicación del *periculum*

est debitoris. En este ejemplo, por tratarse de una compraventa, la solución mencionada está reforzada por el art. 1567 que prescribe: “El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega”.

Si el bien cierto objeto de la prestación no se pierde, sino solamente se deteriora sin culpa de las partes, o sea la prestación no viene a ser imposible, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación, correspondiendo, en tal caso, al deudor los derechos y acciones que puedan originar el deterioro del bien (art. 1138.6).

Con relación a las prestaciones de *hacer*, el art. 1431 concuerda con el art. 1156 que establece: “Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de las obligaciones haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”.

Supongamos que un ingeniero civil se obliga a construir una casa, o un pintor a pintar un cuadro, o un músico a tocar una pieza musical en una fiesta; en los tres casos, estas personas han sido contratadas por sus cualidades personales, razón por la que no pueden ejecutar su prestación por personas distintas (art. 1149); los tres han recibido parte de sus honorarios (contraprestación) acordados por sus servicios. Pero antes de ejecutar su prestación, el ingeniero se enferma mentalmente, el pintor en un accidente pierde la mano con la que pinta, el músico pierde el sentido del oído. En aplicación del art. 1431 concordante con el art. 1156, el contrato queda resuelto de pleno derecho, retroactivamente, por lo que tienen que restituir lo recibido por concepto de honorarios, o sea quedan liberados de ejecutar su prestación devenida en imposible, pero no reciben nada por honorarios, pierden la contraprestación (*periculum est debitoris*).

Con referencia al contrato de obra, el art. 1788 (disposición especial del art. 1431) dispone que si la obra se pierde sin culpa de las partes (contratista y comitente), el contrato se resuelve de pleno derecho. Si los materiales (cemento, fierro, ladrillo, etc.) son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no se hubieran perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada. Si el contrato es por ajuste alzado (suma global) o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o restaurarla y el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Por ejemplo, el comitente encargó al contratista la construcción de una casa por la suma alzada de cien mil soles, habiéndole entregado un anticipo de cincuenta mil

soles. Estando construida la obra en un 10% se destruye como consecuencia de un terremoto. El contrato se resuelve automáticamente. El contratista hace suya solamente la parte de la retribución correspondiente al 10% construido, restituyendo al comitente el saldo del adelanto. El contratista no está obligado a volver a construir el 10% destruido, respecto del cual tiene derecho a ser retribuido.

Nuestro ordenamiento jurídico no establece nada con relación a la imposibilidad temporal. Al respecto, el segundo párrafo del art. 1256 del Código civil italiano dispone: “Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla”.

Como expresa Scognamiglio⁸⁵, comentando el art. 1256 del Código italiano, en el caso de la imposibilidad temporal, el deudor no es responsable del retardo mientras perdura la imposibilidad; de lo que se deduce que se suspende la ejecución del contrato por dicho período. Pero si la imposibilidad continúa hasta devenir en causa de liberación del deudor – o sea hasta cuando, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla- el contrato se resuelve.

El caso fortuito o la fuerza mayor son causas de exoneración de responsabilidad civil, razón por la que, resuelto el contrato por imposibilidad de la prestación, las partes no se pueden reclamar indemnización de daños. El caso fortuito o la fuerza mayor interrumpen el nexo de causalidad entre la conducta del contratante incumpliente y el daño que sufre el contratante acreedor, razón por la que aquél está eximido de responsabilidad, salvo pacto en contrario.

Si el daño que sufre el acreedor no es consecuencia de la conducta del deudor sino del caso fortuito o de la fuerza mayor, se exonera de responsabilidad del deudor, se rompe el nexo de causalidad y se extingue el contrato por resolución de pleno derecho.

Si la imposibilidad de la prestación se debe al hecho de un tercero, la parte contratante perjudicada con la inejecución de la prestación podrá dirigir su acción contra él sobre la base de la responsabilidad extracontractual.

⁸⁵ . Scognamiglio, Renato, ob. cit., p. 284.

XII. IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR CULPA DE LOS CONTRATANTES

Artículo 1432.- *Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.*

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.

El art. 1432 regula dos hipótesis: 1) que la prestación se torne imposible por culpa del deudor; y 2) que la imposibilidad se deba a culpa del acreedor. En ambas situaciones, el contrato se resuelve de pleno derecho, es decir, no requiere de sentencia judicial ni de intimación alguna.

En cualquiera de los casos, la resolución del contrato se funda en la desaparición de la reciprocidad de las prestaciones que determina que el contrato no cumpla su finalidad económica.

190.1. *Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor.*

La imposibilidad de la prestación por culpa del deudor tiene las siguientes consecuencias: 1) el contrato se resuelve de pleno derecho; 2) ambos contratantes quedan liberados de sus obligaciones. El deudor no ejecuta su prestación por imposible y pierde el derecho a exigir la contraprestación no obstante que es posible de ejecutarse; 3) el deudor debe indemnizar los daños y perjuicios.

El deudor culpable tiene doble sanción: 1) pierde el derecho a la contraprestación (*res perit debitori*); y 2) debe indemnizar los daños y perjuicios causados al otro contratante⁸⁶.

Con la demostración de la culpa del deudor se descarta el caso fortuito o la fuerza mayor, así como con la prueba del caso fortuito o fuerza mayor cesa la presunción de culpabilidad previsto en el art. 1329.

Resuelto el contrato, si la contraprestación ya había sido pagada, debe ser restituida. Es decir, la resolución de pleno derecho tiene efectos retroactivos si el contrato es de ejecución instantánea, mientras que si el contrato es de tracto sucesivo la resolución actúa para el futuro. Por ejemplo, si el bien arrendado por el plazo de un año se destruye por culpa

⁸⁶ . Si la obligación se torna imposible por culpa del deudor, o, con mayor razón de su dolo, la obligación no se extingue sino que se transforma en la de satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (Cazeaux, Pedro N. y Félix Trigo Represas, ob. cit., p. 622).

del arrendador a los seis meses de celebrado el contrato, éste se resuelve de pleno derecho, el arrendador queda liberado de su obligación de mantener en el uso del bien por el resto de los seis meses faltantes para el vencimiento del plazo de un año, pero pierde el derecho a cobrar la renta correspondiente a esos seis meses, o sea la cesión del uso del bien por el arrendador al arrendatario por los seis meses anteriores a la destrucción del bien (prestación que es imposible de destruir) y la renta pagada por el arrendatario correspondiente a esos seis meses son inamovibles, no cabe restitución; la resolución no puede tener efectos retroactivos, sólo rige para el futuro. En todo caso, si el arrendatario ha pagado por adelantado la renta correspondiente a los doce meses, el arrendador deberá restituir al arrendatario solamente la renta de los seis meses que faltaban transcurrir desde que se destruyó el bien hasta el vencimiento del contrato. Como, en este ejemplo, el bien se destruyó por culpa del arrendador, éste deberá indemnizar los daños al arrendatario.

Cuando el contrato de ejecución instantánea tiene por objeto prestaciones divisibles, quedarán firmes las que se han ejecutado en forma parcial. Por ejemplo, si se ha vendido cien quintales de algodón a ser entregados en diez armadas mensuales de diez quintales cada una, y después de haberse ejecutado cinco de ellas deviene imposible la ejecución de las cinco restantes, la resolución del contrato no afectará a las armadas ejecutadas y a la parte del precio correspondiente a ellas. No hay lugar a la restitución de las prestaciones recíprocas, divisibles y equivalentes, ejecutadas parcialmente.

Cuando la prestación deviene imposible por culpa del deudor, el *res perit debitori* está establecido como principio general tanto para las prestaciones de dar, como para las de hacer y no hacer. En las de dar, tanto para los contratos traslativos de la propiedad como para los que no son traslativos de la propiedad.

190.1.1. *Imposibilidad de la prestación de dar por culpa del deudor*

Si la obligación es de *dar* bienes ciertos, se aplica también el art. 1138.1 que dispone: “Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigir la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes”. Por ejemplo, si en un contrato de compraventa de una casa, ésta se destruye por culpa del vendedor (deudor de la casa) antes de su entrega al comprador (acreedor de la casa), el

contrato se resuelve y, como consecuencia, el vendedor se libera de la obligación de entregar la casa (prestación), pero pierde el derecho a cobrar el precio (contraprestación) y está obligado a indemnizar los daños causados con su culpa al vendedor. Si la casa estaba asegurada contra el riesgo que originó su destrucción y la compañía aseguradora ha pagado la indemnización al comprador, éste debe entregar dicho monto al comprador o, si el seguro no ha pagado la indemnización al vendedor, el comprador se puede sustituir en el vendedor para cobrar la indemnización que debe el seguro. Para evitar el enriquecimiento indebido, la ley dispone que en estos casos, la indemnización que debe pagar el vendedor al comprador se reduce en el monto cobrado al seguro.

190.1.2. *Imposibilidad de la prestación de hacer por culpa del deudor*

Cuando la obligación es de *hacer*, el art. 1432 es una aplicación especial del art. 1154 que establece que “si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda. La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor”. De acuerdo a esta norma, si la prestación deviene imposible por culpa del deudor, el contrato se resuelve. Si el contrato es unilateral o sea con prestación a cargo de una sola de las partes, el deudor queda liberado de su obligación, y si es de prestaciones recíprocas, ambas partes automáticamente se liberan de sus obligaciones contractuales, pero el deudor está obligado a pagar la indemnización por los daños causados al acreedor con la inejecución por imposible de la prestación. Si el deudor no se encuentra en mora se aplica el art. 1153 y no el segundo párrafo del art. 1154⁸⁷.

⁸⁷ . Art. 1153. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 ó 4.

Art. 1151. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

1. Las previstas en el art. 1150, incisos 1 ó 2.
2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él
3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial
4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Art. 1150. El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear la violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.
3. Dejar sin efecto la obligación.

Art. 1154. Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigir el pago de la indemnización que corresponda. La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

Si la imposibilidad sobreviene después que el deudor ha sido constituido en mora es de aplicación el art. 1336, según el cual el deudor constituido en mora responde de los daños que irroge con el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviviente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

Por regla general, si la prestación deviene imposible sin culpa del deudor, pero después que ha sido constituido en mora, la cual exige el dolo o la culpa, por esta razón debe indemnizar los daños al acreedor.

Si como consecuencia de la inejecución de la prestación de hacer por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigir la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños se reduce en los montos correspondientes (art. 1157). El principio es igual que el contenido en el art. 1138.

190.2. *Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor.*

La imposibilidad de la ejecución de la prestación del deudor puede deberse a *culpa del acreedor*, esto es, la no ejecución de la prestación no encuentra su causa en un hecho del deudor, sino en un hecho del acreedor. El incumplimiento no es imputable al deudor, sino al acreedor. Son sus propios hechos los que causan daño al acreedor. Por ejemplo, la mercadería entregada al transportador se destruye durante el viaje por defectos de embalaje, por lo que no se le puede imputar al transportador no haberla entregado al destinatario.

La resolución de pleno derecho del contrato por culpa imputable al acreedor tiene las siguientes consecuencias: 1) el deudor queda liberado de ejecutar la prestación; y 2) el acreedor debe satisfacer la contraprestación. Por ejemplo, si el inmueble arrendado por el plazo de un año se destruye por culpa del arrendatario a los seis meses de habersele entregado, el arrendador queda liberado de su obligación de mantener al arrendatario en el uso del bien por los seis meses que faltan para que termine el arrendamiento, pero el arrendatario debe pagar la renta correspondiente a esos seis meses.

Como la imposibilidad se debe a *culpa del acreedor*, es justo que éste deba satisfacer la contraprestación (*res perit creditori*), correspondiéndole los derechos y acciones que quedasen relativos a la prestación devenida imposible, por ejemplo, si el bien vendido se destruye por culpa del comprador antes de que le sea entregado, el comprador debe

pagar el precio, pero le corresponde los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a dicho bien, o sea le corresponde lo que hubiere quedado del bien y si estaba asegurado le corresponde la indemnización que debe pagar el seguro.

Cuando la imposibilidad de la prestación se debe a culpa del acreedor, el *res perit creditori* está establecido como principio general para todos los contratos con prestaciones recíprocas, sean estas de dar, hacer o no hacer, sea el contrato traslativo o no de la propiedad.

Si la obligación es de dar bienes ciertos a hay que concordar el art. 1432 con el inciso 3 del art. 1138 que establece: “Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere”. Por ejemplo, si se resuelve un contrato de compraventa de un bien que se pierde por culpa del comprador antes de que se le entregue, el vendedor se libera de la entrega, pero el comprador, que no recibe nada, debe pagar el precio (contraprestación), correspondiéndole lo que quede del bien o las acciones relativas a éste.

Tratándose de obligación de hacer, el art. 1432 es una aplicación especial del art. 1155, según el cual, “si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor”.

Cuando la imposibilidad es imputable al acreedor, el deudor tiene derecho a la contraprestación y queda liberado de su obligación en aplicación del principio *res perit creditori*.

Conforme al segundo párrafo del art. 1155 regula el caso en que la ejecución de la *prestación* depende del cumplimiento de una *prestación previa* del acreedor (deudor de esta prestación). Si el acreedor no ejecuta la prestación previa, el deudor lo puede constituir en mora, y si luego la prestación deviene imposible, el contrato se resuelve, pero el deudor conserva el derecho a la contraprestación. Por ejemplo, el constructor (deudor) se obliga a construir una piscina con materiales proporcionados por el comitente (acreedor). Si el constructor, después de constituir en mora al comitente para que cumpla con entregar los materiales, se enferma gravemente y como consecuencia no puede construir la piscina (la prestación deviene imposible sin culpa de los contratantes), la imposibilidad le es imputada al comitente por haber incumplido con ejecutar la prestación previa que determinó que el constructor no pudiese construir la piscina. La prestación no devino imposible por culpa del

acreedor (tampoco por culpa del deudor), pero el incumplimiento doloso o culposo de la prestación previa determinó que el deudor no ejecute su prestación, razón por la que el deudor es liberado de su obligación, pero tiene derecho a la contraprestación.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución del contrato, el valor del beneficio reduce la contraprestación a cargo del acreedor. Por ejemplo, el deudor se obliga a entregar un bien cierto que está asegurado. Si, por culpa del acreedor o después que éste es constituido en mora por no ejecutar la prestación previa, el bien se pierde (la prestación deviene imposible), el contrato se resuelve, el deudor se libera de su obligación y el acreedor debe pagarle la contraprestación. Pero si el seguro paga al deudor la indemnización por la pérdida del bien, el monto de la indemnización reduce el valor de la contraprestación que debe pagar el acreedor. Queda entendido que si el deudor no cobra el seguro, el acreedor se sustituye al deudor en la titular del derecho de exigir a la compañía aseguradora que pague la indemnización.

XIII. IMPOSIBILIDAD PARCIAL DE LA PRESTACIÓN

Artículo 1433.- Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el cumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida.

EL contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción⁸⁸.

La imposibilidad total de la prestación regulada en los arts. 1431 y 1432, rompe el equilibrio contractual al desaparecer la reciprocidad en las prestaciones como consecuencia de que una de ellas es completa y definitivamente imposible, por lo que el contrato se resuelve automática e inmediatamente, sin necesidad de intervención judicial o intimación alguna al deudor.

Pero cuando la imposibilidad de la prestación es solamente parcial, el art. 1433, atendiendo el interés del contratante acreedor de la prestación parcialmente imposible, lo permite que decida sobre la suerte del contrato, resolviéndolo *ipso iure* o reclamando al deudor que ejecute la prestación en

⁸⁸ Texto modificado por la Ley 26451, publicada el 10.05.95.

la parte que sigue siendo posible su cumplimiento, caso en el que se reduce la contraprestación proporcionalmente a la parte de la prestación que ha venido imposible⁸⁹. Si no es posible la reducción, el contrato se resuelve.

La solución mencionada es correcta cuando la imposibilidad parcial de la prestación no se debe a culpa de los contratantes o se debe a culpa del deudor. Es decir, el art. 1431 que regula la imposibilidad total de la prestación sin culpa de los contratantes y el primer párrafo del art. 1432 que disciplina la imposibilidad total por culpa del deudor, a tenor del art. 1433, son aplicables a la imposibilidad parcial de la prestación, casos en los cuales el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo que el acreedor opte por el cumplimiento parcial. En otros términos, cuando la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes o por culpa del deudor, el acreedor está facultado para optar alternativamente por la resolución del contrato o por la ejecución parcial, en cuyo caso tiene derecho a una reducción proporcional de la prestación debida. Lógicamente, si no es posible la reducción de la contraprestación, por ejemplo por ser su objeto indivisible (así, cuando se debe un caballo como contraprestación), no cabe otra solución que la resolución del contrato.

No sucede lo mismo cuando la prestación deviene parcialmente imposible por culpa del acreedor, caso en el que no se puede entender, como aparece de la interpretación literal del art. 1433, que el acreedor también tendría la facultad de optar por la resolución del contrato o por el cumplimiento parcial de la prestación, porque ello significaría premiar al acreedor que provocó la imposibilidad parcial, facultándole para que decida por la resolución o por la ejecución parcial con reducción proporcional de la contraprestación que debe. El acreedor que por su culpa o dolo causa la imposibilidad de la prestación que se le debe no puede decidir que se mantenga el contrato obligando al deudor para que ejecute la parte posible de la prestación, con reducción proporcional de la contraprestación a su cargo. Aquí se impone una interpretación lógico-sistemática del art. 1433 y del segundo párrafo del art. 1432, obteniendo como resultado que el sentido de la norma es que cuando la prestación deviene parcialmente imposible por culpa del acreedor, el contrato se resuelve de pleno derecho, debiendo el acreedor satisfacer el íntegro de la contraprestación, correspondiéndole la parte de la prestación posible de ejecutarse, y los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la parte imposible de dicha prestación.

El contratante acreedor no culpable de la prestación parcialmente posible puede optar entre resolver el contrato o reclamar la parte posible

⁸⁹ . Código civil italiano, art. 1454, *Imposibilidad parcial*. Cuando la prestación de una parte hubiese llegado a ser sólo parcialmente imposible, la otra parte tendrá derecho a una reducción correspondiente de la prestación debida por ella, y podrá también rescindir el contrato cuando no tuviese un interés apreciable en el cumplimiento parcial.

con una proporcional reducción de la contraprestación⁹⁰, a cuyo efecto, en uno y otro caso, emitirá una declaración que comunicará al deudor de la prestación.

Para determinar los efectos de la resolución del contrato hay que establecer si la imposibilidad parcial de la prestación se debe a hecho no imputable a las partes contratantes, o a culpa del deudor, o a culpa del acreedor. En el primer caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido (art. 1431), a menos que el acreedor opte por la ejecución parcial de la prestación con reducción parcial de la contraprestación (art. 1433). En el segundo caso, si hay culpa del deudor, éste no puede exigir la contraprestación y debe indemnizar los daños (art. 1432, primer párrafo), a menos que el acreedor decida por la ejecución parcial con la reducción correspondiente de la contraprestación (art. 1433). En el tercer caso, si la imposibilidad parcial se debe a culpa del acreedor, éste debe pagar la contraprestación, correspondiéndole la parte posible de la prestación y los derechos y acciones que queden relativos a la parte de la prestación imposible (segundo párrafo del art. 1432 y art. 1433).

XIV. IMPOSIBILIDAD EN LOS CONTRATOS PLURILATERALES

Artículo 1434.- 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.

En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas o independientes, como lo dispone el art. 1434, la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación por una de las partes no conlleva la resolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida se considere, de acuerdo a las circunstancias, como esencial, en cuyo caso se produce la resolución total del contrato.

La solución legal está plenamente justificada debido a que las prestaciones plurilaterales no son interdependientes, sino que cada una

⁹⁰. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, Tecnos S.A., Madrid, 1979, p. 206.

conserva su autonomía y todas ellas están orientadas a un fin común. En las prestaciones recíprocas los intereses de las partes son contrapuestos, cada una de ellas persigue fines distintos; contrariamente, en las prestaciones plurilaterales autónomas, los intereses de los contratantes no son contrapuestos sino comunes. En las prestaciones recíprocas, si una de ellas se extingue por imposibilidad de ejecutarse, la otra queda sin causa, sin fundamento, por lo que también se extingue; en las prestaciones plurilaterales autónomas, la prestación de una parte no es causa o fundamento de las prestaciones concernientes a las otras partes contratantes, por lo que si una de ellas, que no sea esencial para el contrato, se extingue no afecta para nada la existencia de las otras. El contrato se resuelve parcialmente con relación a la prestación devenida imposible, y continúa produciendo sus efectos respecto de las prestaciones autónomas que son posibles de ejecutarse.

Por ejemplo se celebra un contrato de *joint venture* entre A, B y C, con el fin de realizar una determinada actividad económica, a cuyo fin se obligan: A a aportar una máquina valorizada en trescientos mil soles, B a aportar tres mil soles y C a aportar otra máquina valorizada en tres mil soles. La imposibilidad sobrevenida de la prestación de C por destrucción de la máquina que se obligó a aportar, resuelve el contrato solamente con relación a él, más no con respecto a A y B, por ser posible que ellos continúen con la actividad económica que se han propuesto; en cambio, si la prestación de A deviene en imposible, las circunstancias indican, que el contrato se resuelve también con relación a B y C, por no ser posible continuar la actividad económica con los pequeños aportes de éstos. Es lógico, que una actividad económica que iba a realizarse con un capital de trescientos seis mil soles, se pueda realizar todavía con trescientos tres mil soles (a que ascienden los aportes de A y B), pero no será posible que se realice con seis mil soles (monto de los aportes de B y C).

Conforme al último párrafo del art. 1434, en los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, cuando una de las partes contratantes falta al cumplimiento de su prestación, las otras pueden optar por resolver el vínculo contractual respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento, aunque la norma de este artículo no lo dice, se entiende que en uno u otro caso podrán solicitar además la indemnización de daños.

Como la norma de este último párrafo del art. 1434 disciplina la resolución del contrato por incumplimiento, y no por imposibilidad de la prestación, debe estar colocado a continuación del art. 1430, precisamente cerrando las normas sobre resolución del contrato por incumplimiento.

XV. EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

1. FUERZA VINCULATORIA DE LOS CONTRATOS

Art. 1361. *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

CLÁUSULA PACTA SUNT SERVANDA

La cláusula *pacta sunt servanda* establece que los contratos son obligatorios y de deben cumplirse fielmente en todo cuanto se haya expresado en ellos (art. 1361), no pudiendo ser afectados por ninguna circunstancia ajena a la voluntad de las partes, como garantía de estabilidad en las relaciones contractuales, principio indispensable de la seguridad jurídica que constituye la base de la actividad económica.

CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”

Como expresa Cossío, esta teoría tiene sus primeras manifestaciones en el Derecho romano: Africano decía: *Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*. Séneca expresó: “*Para tener que cumplir lo prometido, todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formó la promesa*”. Después encontró su brillante formulación en el Derecho canónico: *Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic satantibus intelligitur*. En el s. XVI, Alciatus dijo que el principio *standum est chartae*, encontraba una excepción “cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido prever su eventualidad”.

Los contratantes regulan sus intereses, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones, de acuerdo a las circunstancias vigentes al momento de la celebración del contrato, no pudiendo pensarse que habrían contratado de esa forma si hubieran podido prever un cambio radical de tales circunstancias. La justicia conmutativa no permite exigir el cumplimiento literal de un contrato cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles rompen dramáticamente el equilibrio de las prestaciones recíprocas, por cuya razón la ley permite la revisión del contrato con el fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones o para resolver el contrato. El Derecho comparado admite que los contratos obligan *rebus sic stantibus*. El art. 1362 del C. c. establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. La buena fe exige que se corrija la injusticia sobrevinida con el rompimiento del equilibrio contractual.

Son, por ejemplo, casos de aplicación de esta teoría los siguientes: La donación hecha por persona que no tenía hijos queda invalidada de pleno derecho si resulta vivo el hijo del donante que reputaba muerto (art. 1634); el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, o cuando no otorga la garantías a que se hubiese obligado, o cuando las garantías otorgadas desaparecen (art. 181); si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitar su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso (art. 1736); **en los contratos conmutativos de duración cuando la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, hay acción para que se reajusten las prestaciones, y, si ello no fuera posible, para que se resuelva el contrato (art. 1440).**

LEGISLACIÓN COMPARADA

Código civil francés:

Art. 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han celebrado. No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autorice. Deben ser cumplidas de buena fe.

Código civil italiano:

Art. 1467. *Contrato con prestaciones recíprocas.* En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1458⁹¹.

La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el área normal del contrato.

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Art. 1468. *Contratos con obligaciones de una sola de las partes.* En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, ésta podrá pedir

⁹¹ . Art. 1458. *Efectos de la resolución.* La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución.

una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad.

Art. 1469. *Contrato aleatorio.* Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Código civil argentino:

Art. 1197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Art. 1198⁹². Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanza a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Código civil de Etiopía de 1960:

Art. 1764. Ruptura del equilibrio del contrato

- 1) El contrato continúa válido no obstante que las condiciones de su ejecución hayan variado y que las obligaciones asumidas por las partes sean más onerosas de lo que ellas habían previsto.
- 2) Corresponde a las partes, no a los jueces, regular en su acuerdo original o mediante un nuevo acuerdo, las consecuencias que pueden admitirse de tales circunstancias.

Código polaco de las obligaciones de 1935:

⁹². Texto según ley 17.711.

Art. 269. Cuando por consecuencia de sucesos excepcionales tales como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas y otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación chocaría con dificultades excesivas o amenazaría a una de las partes con una pérdida exorbitante que las partes no han podido prever desde la conclusión del contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, según los principios de la buena fe y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el modo de ejecución, el modo de la prestación y aun pronunciar la resolución de la convención.

Código civil griego de 1946:

Art. 388. Si las circunstancias en las cuales, teniendo en cuenta la buena fe y los usos admitidos en los negocios, las partes se han basado principalmente para la conclusión de un contrato sinalagmático, son variadas posteriormente por razones extraordinarias que no pudieron ser previstas y que por razón de una variación, la prestación del deudor, en atención a la contraprestación, deviene desmesuradamente onerosa, el tribunal puede, si lo demanda el deudor, reducirla, según su apreciación, a la medida conveniente, o también decidir la resolución de todo el contrato o de parte aún no ejecutada.

Pronunciada la resolución del contrato, se extinguen las obligaciones de cumplir las prestaciones pendientes y las partes contratantes quedan recíprocamente obligadas a restituir las prestaciones recibidas, siguiendo las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa.

Código civil del Paraguay:

Art. 672. En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

Código de comercio de Colombia:

Art. 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su resolución.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique, en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

La imprevisión no se aplicará a los contratos aleatorios ni de ejecución instantánea.

2. DEFINICIÓN

Art. 1440. *En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.*

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Para que proceda el reajuste de las prestaciones o la resolución del contrato se requiere:

- que se trate de un contrato de ejecución continuada, periódica o diferida;
- que una de las prestaciones devenga en excesivamente onerosa antes de la ejecución del contrato y que el deudor no se encuentre en mora (corre a cargo del contratante moroso la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida.
- La onerosidad debe ser excesiva, al extremo de crear un grave desequilibrio entre prestación y contraprestación
- La onerosidad debe referirse a una prestación no ejecutada
- La sobrevenida onerosidad no debe entrar en el alea normal del contrato. No puede entrar en discusión la relación en la cual se ha

previsto un riesgo particular (ej. El seguro) que forma parte del contenido del contrato

- que la sobrevenida onerosidad se deba a un acontecimiento extraordinario e imprevisible (ej. una guerra)

En la sobrevenida imposibilidad de la prestación, esta es imposible de cumplirse; en la excesiva onerosidad existe solamente una dificultad de cumplimiento. Sólo para la excesiva onerosidad se exige la verificación de un hecho extraordinario e imprevisible para que pueda resolverse el contrato. En la imposibilidad la resolución opera de derecho; en la excesiva onerosidad se requiere de una sentencia judicial.

Concordancias: C.C. arts. 1346, 1362, 1371, 1372, 1441.

Nota.

El que acciona por reajuste contractual o resolución del contrato apoyando su pedido en la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación debe probar:

- a) Un acontecimiento extraordinario que torne a la obligación en excesivamente onerosa;
- b) Que el acontecimiento haya sido, a su vez, totalmente imprevisible
- c) Que los hechos causantes de la desproporción en las prestaciones no hubieran acaecido por culpa del deudor perjudicado (art. 1443).

3. EXTENSIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD

Art. 1441. *Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:*

1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Concordancias: Inc. 1: C.C. art. 1316, 1426, 1440. Inc. 2: C.C. art. 1447.

4. EXCESIVA ONEROSIDAD EN LOS CONTRATOS CON PRESTACIONES UNILATERALES

Art. 1442. *Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar*

judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.

Concordancias: C.C. art. 1371, 1372, 1440, 1441.

5. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

Art. 1443. *No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.*

Concordancias: C.C. arts. 1318 al 1320, 1336, 1340.

6. NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN

Art. 1444. *Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.*

Concordancias: C.C. arts. 219.7, 224, 1354, 1445, 1446.

7. CADUCIDAD

Art. 1445. *La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.*

Concordancias: C.C. arts. 1440 y ss., 1446, 2003 al 2006.

8. TÉRMINO INICIAL DEL PLAZO DE CADUCIDAD

Art. 1446. *El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles el segundo párrafo del artículo 1440.*

Concordancias: C.C. arts. 183, 184, 1445, 2007.
