

Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado

“ (...) podemos apreciar que la justicia aristotélica está plasmada en los remedios resolutorios y éstos tienen una noción implícita del principio de igualdad, es decir, la parte incumpliente no está ejecutando la prestación a su cargo creando un desequilibrio económico contractual en el patrimonio de la parte fiel del contrato. Por ello, el ejercicio del remedio resolutorio cobra una mayor relevancia porque con la resolución se buscan cesar los efectos de la prestación incumplida”.

Eduardo Buendía De Los Santos* **

Resumen: El presente artículo nos plantea los remedios sinalagmáticos contractuales que ofrece el Código Civil peruano de 1984 frente al incumplimiento, así como los presupuestos de cada uno de ellos. Asimismo, el profesor Eduardo Buendía De Los Santos clasifica estos remedios en dos grandes grupos, remedios generales y remedios específicos. Dentro del primer grupo se encuentran: (i) El empleo de las medidas legales; (ii) La ejecución forzada por el propio acreedor; (iii) La ejecución forzada por un tercero; y (iv) La tutela resarcitoria. Dentro del segundo grupo se encuentran los remedios resolutorios propiamente dichos, dentro de ellos se encuentran: (i) La resolución por incumplimiento; (ii) La resolución judicial o arbitral; (iii) La cláusula resolutoria expresa; y (iv) La resolución por vencimiento del plazo esencial.

Palabras clave: Remedios; remedios contractuales; resolución; justicia correctiva; sinalagma.

* Magíster en Derecho Civil por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Derecho Civil por la Escuela de Posgrado de la PUCP. Becario por la Escuela de Posgrado PUCP. Profesor Adjunto de los cursos de Responsabilidad Civil y de Derechos de las Obligaciones del Curso que lleva a su cargo el profesor Dr. Gastón Fernández Cruz en la PUCP. Profesor Adjunto del Curso de Instituciones del Derecho Privado II a cargo del Dr. Héctor Campos en la misma casa de Estudios. Abogado Asociado del Estudio Fernández & Vargas Abogados. Miembro del área de prevención y solución de controversias en materia Corporativa, Arbitral y Contrataciones con el Estado. Correo de contacto: eduardobuendia@fv-legal.com

** Este artículo se lo dedico al Dr. Mauro Grondona, Profesor del *Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova*, de quien me considero su pupilo peruano en materia de Contratos y a quien le debo un gran aprecio y un profundo respeto por sus enseñanzas en materia contractual.

**Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva:
Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado**

Abstract: The present paper analyzes the remedies for breach of contract that the 1984 Peruvian Civil Code offers against noncompliance, and the budgets of each. Also, professor Eduardo Buendia De Los Santos classifies these remedies into two groups, general remedies and specific remedies. In the first group we can find: (i) The use of legal measures; (ii) Specific Performance; (iii) The Performance by a third; and (iv) The Compensatory Damages. Within the second group are the termination for breach remedies, which are: (i) Termination upon breach; (ii) Judicial or arbitral termination; (iii) Termination upon breach clause; and (iv) Expiration by essential term.

Keywords: Remedies; contractual remedies; resolution; corrective justice; sinalagma.

Sumario: Introducción. 1. La justicia correctiva y los remedios resolutorios. 2. Los remedios generales frente al incumplimiento: de la ejecución forzada al resarcimiento de daños: 2.1. Emplear las medidas legales; 2.2. La ejecución forzada por el propio deudor; 2.3. La ejecución forzada por tercero a costa del deudor; 2.4. El resarcimiento de daños y perjuicios. 3. Los Remedios Contractuales: los remedios específicos que pueden satisfacer el interés lesionado de la parte afectada con el incumplimiento: 3.1. La resolución: Generalidades; 3.2. La Resolución por Incumplimiento; 3.3. El incumplimiento que da lugar a la resolución judicial; 3.4. La resolución extrajudicial o resolución por autoridad del acreedor; 3.5. La cláusula resolutoria expresa: a) Generalidades, b) Los presupuestos de la cláusula resolutoria expresa; 3.6. El vencimiento del plazo esencial. Conclusiones.

304

Introducción

Existe alguna vinculación entre la justicia correctiva aristotélica que rige la Ética a Nicómaco y aquella que se encuentra regulada en los remedios resolutorios. Esto servirá de fundamento para encontrar el elenco de remedios aplicables a las partes, con especial énfasis en el elenco de los remedios sinalagmáticos centrados en los remedios resolutorios y sus tipos a partir de una perspectiva comparada con el Derecho italiano.

1. La justicia correctiva y los remedios resolutorios

Luego del breve recuento de las instituciones que amparan a la parte fiel del contrato frente al incumplimiento, cuando nos encontramos frente a

la fase de anormalidad o de incumplimiento respecto de la parte infiel del contrato producto del incumplimiento de deberes concretos o de obligaciones, la parte afectada por dicho fenómeno acude al remedio resolutorio con la finalidad de cesar dicha situación de insatisfacción creada como consecuencia del incumplimiento. La persona que se encuentra en una mejor posición para valorar dicho incumplimiento es el acreedor y el instituto invocado deberá atender al concepto de justicia correctiva. Antes de proseguir con el análisis de los remedios resolutorios, conviene explicar brevemente el concepto de justicia aristotélica que consiste en:

(...)Trata la otra especie de igualdad, que consiste en los contratos que se

ofrecen en el tratar de los negocios, y pone la diferencia que hay de esta especie a la primera, que aquí no se tiene en cuenta con la dignidad de las personas, como en la otra se tenía, sino en la igualdad de las cosas, porque aunque el que debe sea bueno y a quien se debe sea malo, el juez condenará al bueno a que satisfaga al malo el interés que le debe, si ha de hacerlo con justicia de igualdad (...)⁽¹⁾.

Desde esta perspectiva, la justicia correctiva se materializa a través de la elección del remedio resolutorio por la parte afectada por el incumplimiento de una prestación o de un deber concreto, pero, en ambos casos, el incumplimiento no debe ser de escasa importancia⁽²⁾. La justicia convencional tiene por finalidad proteger el contrato mediante la corrección del equilibrio negocial y la asignación del riesgo contractual respecto de la parte incumpliente que ha alterado todo el ligamen negocial por su falta de cooperación. En efecto, se puede sostener, desde un punto de vista de justicia correctiva, que los remedios resolutorios tienen por finalidad mantener la igualdad cuantitativa de dos maneras: (i) el acreedor de la prestación debida encuentre la satisfacción de su interés mediante el ejercicio del remedio resolutorio y, con este solo acto, se le imponga a la parte deudora de la prestación a su cargo dejar al acreedor como si no se hubiese celebrado el contrato; y (ii) que el acreedor de la prestación incumplida busque la satisfacción de su interés mediante otros mecanismos.

En virtud a lo previamente enunciado, los remedios resolutorios funcionan como una medida de igualdad

para corregir el desequilibrio contractual a través de la finalización del vínculo negocial. Dicho de otro modo, podemos apreciar que la justicia aristotélica está plasmada en los remedios resolutorios y éstos tienen una noción implícita del principio de igualdad, es decir, la parte incumpliente no está ejecutando la prestación a su cargo, creando un desequilibrio económico contractual en el patrimonio de la parte fiel del contrato. Por ello, el ejercicio del remedio resolutorio cobra mayor importancia porque con la resolución se busca cesar los efectos de la prestación incumplida.

Debemos indicar que el juicio de justicia correctiva en el ámbito contractual tiene dos grandes escenarios, a saber: (i) el demandante es la persona que emplea el remedio resolutorio porque es la parte perjudicada con el incumplimiento y, por ende, es la persona que resulta empobrecida por la acción del demandado, la cual incluye, además, al enriquecido deudor de la obligación o del deber por la situación de incumplimiento; y (ii) el mismo deudor puede ser visto como la parte empobrecida porque cuando se emplee el remedio resolutorio no se encontrará en la misma situación inicial, sino que a ésta le será impuesta un correctivo que lo colocará en una situación peor a la cual se encontraba antes de la situación del incumplimiento y, además, con el empleo del remedio resolutorio la parte acreedora se encontrará, luego del correctivo, en una situación superior a aquella que se encontraba antes del incumplimiento; es por esta razón que se afirma que la justicia correctiva tiene una naturaleza bipolar⁽³⁾.

Esta visión de la justicia se enfoca justamente en la corrección que acompaña a los contratos y es aquella que recoge nuestro Código Civil a través de los

(1) ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 1era Edición. Buenos Aires: Tecnibook Ediciones, 2001, p. 54.

(2) Sobre la cláusula resolutoria expresa y no escasa importancia, véase por todos el minucioso trabajo de GRONDONA, Mauro. "Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada". En: *Revista de Derecho Privado*, número 20, enero-junio, 2011, pp. 274 - 275 y pp. 295 - 299.

(3) WEINRIB, Ernest. *The idea of Private Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1995, p. 63 y ss.

**Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva:
Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado**

remedios resolutorios. Por tal motivo, éstas encuentran fundamento en la misma satisfacción que acompaña el interés subjetivo al momento de decidir si conviene valerse del remedio resolutorio o de otro distinto. Antes de poder analizar los remedios resolutorios *per se*, conviene dar una rápida mirada al esquema de remedios que acoge el Código Civil peruano frente al incumplimiento.

2. Los remedios generales frente al incumplimiento: de la ejecución forzada al resarcimiento de daños

La noción de remedio no es familiar a los sistemas del *Civil Law*⁽⁴⁾. Dichos sistemas tienden a “sustancializar” cada efecto del contrato. Cabe resaltar que el resarcimiento del daño es un efecto sustantivo puesto que es el efecto connatural a la resolución del contrato, siempre que el mismo le sea imputable a la parte infiel del contrato en lo que respecta al resarcimiento de daños y perjuicios.

Se puede definir a los remedios como los medios de tutela de las posiciones jurídicas. En tal ámbito, los remedios se pueden clasificar en remedios generales de tutela del crédito y los remedios específicos que buscan la tutela del contrato⁽⁵⁾. Dentro del primer grupo, por un lado, el remedio general para proteger el crédito es el resarcimiento del daño. Por otro lado, otro remedio general es la acción de cumplimiento mediante la cual el acreedor puede obtener la condena del deudor para cumplir⁽⁶⁾. Debemos agregar que los remedios generales para la tutela del crédito son aquellos que protegen, contra el incumplimiento, cualquier posición creditoria con prescindencia de su fuente⁽⁷⁾.

El remedio general de tutela del crédito se materializa en la ejecución coactiva. Mediante ésta, el acreedor puede obtener la actuación coactiva de su derecho de crédito originario o su derecho al resarcimiento⁽⁸⁾.

2.1 Emplear las medidas legales

Para iniciar el estudio de los remedios en general, corresponde recordar que existen otras formas de satisfacción del interés que se encuadran dentro del esquema legal de los mismos. Estos remedios se otorgan mediante el empleo de medidas legales de las que se vale el acreedor, fuera de un proceso, para procurarse la prestación a cargo del deudor de aquello a lo cual se encontraba obligado. Podemos apreciar dicha regulación en el artículo 1219° del Código Civil peruano de 1984, que establece lo siguiente:

Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

(...).

Podemos pensar en el ejemplo del requerimiento del cumplimiento de la obligación mediante la remisión de una carta notarial con un plazo para la ejecución de lo debido por parte del deudor. De esta manera, si el deudor llega a cumplir, regularizará la situación patológica de retardo y satisfará el interés creditorio. En esta perspectiva, podemos pensar en la constitución en mora por parte del acreedor como mecanismo para agravar la responsabilidad del deudor en una situación de incumplimiento⁽⁹⁾.

(4) DI MAJO, Adolfo. *Le tutele Contrattuali*. Turin: G. Giappichelli Editore. 2009, p. 123.

(5) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 5: La responsabilità Civile*. Tomo 5. Giuffrè Editore. Ristampa. 2011, p. 109.

(6) Loc. Cit.

(7) Ibíd.

(8) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 5: La Responsabilità Civile*. Op. cit., pp. 109 - 110.

(9) TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milán: Giuffrè editore, 2010, pp. 49 - 54.

2.2 La ejecución forzada por el propio deudor

En cambio, las medidas de las cuales se puede valer un acreedor dentro de un proceso se componen mediante la ejecución coactiva judicial y el resarcimiento de daños y perjuicios. El primer remedio con el que cuenta el acreedor para la satisfacción de su interés es la ejecución forzada. Este remedio se encuentra consagrado en el artículo 1219° numeral 2 del Código Civil, que establece lo siguiente:

Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
- 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados

en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.

(El subrayado es nuestro).

Dentro de este orden de ideas, al remedio previamente enunciado también se le conoce como la ejecución forzada por el propio deudor. A su vez, los requisitos para el ejercicio de la ejecución forzada son los siguientes: 1) la preexistencia de una relación jurídica obligatoria válida y eficaz; 2) la inejecución total o parcial de la prestación o del deber a cargo del deudor; 3) la supervivencia del interés por parte del acreedor en el cumplimiento de la prestación o del deber materia de incumplimiento⁽¹⁰⁾; y 4) la interposición de una demanda (judicial o arbitral) solicitándole al juez el cumplimiento de la obligación.

Cabe señalar que el límite de la ejecución forzada es no utilizar la fuerza contra la persona del deudor para la ejecución de la obligación a su cargo⁽¹¹⁾. Asimismo, el acreedor lesionado con el incumplimiento puede solicitar un resarcimiento moratorio por los días que se retrasó la ejecución de la prestación a cargo del deudor. En virtud a ello, el resarcimiento se materializa en la entrega de intereses moratorios por el mayor tiempo que se demoró el deudor en proveerle la utilidad

(10) GIORGIANNI, Michele. *L' inadempimento. Corso di diritto civile*. Milán: Giuffrè editore, 1975, p. 29 y ss.

GIORGIANNI sostiene que no se necesita la imputabilidad para solicitar la acción por cumplimiento. El citado respecto a los medios de protección del interés y los criterios de imputación señala lo siguiente:

(...) El dolo y la culpa del deudor solo constituyen seguramente el presupuesto para la imposición de la sanción del resarcimiento del daño, no constituyen los presupuestos de otros medios de tutela de cara a la satisfacción del interés del acreedor (...).

(11) Artículo 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 violencia contra la persona del deudor. (El resaltado es nuestro).

(..).

Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado

originalmente pactada⁽¹²⁾. Por otro lado, cuando la obligación no implica una suma dineraria, y cuando se trata de obligaciones de dar, obligaciones de hacer u obligaciones de no hacer, no se otorga un resarcimiento moratorio por el retardo, salvo que la ley o el pacto dispongan algo distinto.

2.3 La ejecución forzada por tercero a costa del deudor

De igual manera, el segundo remedio regulado para la protección del interés del acreedor frente al incumplimiento es la ejecución de la prestación por un tercero a costa del deudor. Dicho supuesto se encuentra regulado en el artículo 1219° numeral 2 del Código Civil cuando señala:

Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

(...)

(El subrayado es nuestro)

Este supuesto se da si la prestación no fuese *intuito personae* (aquella que atañe a las cualidades del deudor); y, además, debe persistir el interés en la ejecución de la prestación. Adicionalmente, la prestación todavía debe ser susceptible de ser cumplida. En tal contexto, el acreedor podrá optar por la ejecución forzada a cargo de un tercero a costa del propio deudor. Así es como la obligación podrá ser cumplida por un tercero y el

deudor tendrá que soportar los costos que signifique la ejecución por tales terceros.

Por el contrario, en el segundo escenario sí se trata de un caso de una obligación *intuito personae*. En tal escenario, el acreedor sólo podrá ver satisfecho su interés lesionado por el incumplimiento mediante el resarcimiento de daños que se encuentra regulado en el artículo 1219° numeral 3 del Código Civil.

En consecuencia, para que el acreedor pueda emplear el remedio de la ejecución forzada por un tercero, tiene que contar con los siguientes requisitos: 1) la preexistencia de una relación jurídica obligatoria válida y eficaz; 2) la inejecución total o parcial de la prestación a cargo del deudor; 3) la supervivencia del interés por parte del acreedor en el cumplimiento de la prestación materia de incumplimiento; y 4) la interposición de una demanda (judicial o arbitral) solicitándole al juez el cumplimiento.

2.4 El resarcimiento de daños y perjuicios

Por último, el tercer remedio de carácter general regulado en el Código Civil peruano es el resarcimiento de daños y perjuicios, el cual procede cuando: (i) la obligación ya no sea posible de ser ejecutada por el propio deudor o por un tercero; o (ii) por la pérdida del interés por parte del acreedor.

Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

(12) Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

(...)

(El subrayado es nuestro).

En las dos hipótesis previamente enunciadas, el único remedio posible para la satisfacción del interés lesionado por el incumplimiento es el resarcimiento de daños y perjuicios de naturaleza compensatoria, vale decir, que reemplazan la utilidad originalmente prevista en la ejecución de la prestación a cargo del deudor y se reemplaza por la ejecución de una obligación de dar una suma de dinero que se paga a título de resarcimiento. Ambas hipótesis pueden ser diferenciadas de la siguiente manera:

(i) Primer escenario: Que la prestación a cargo del deudor todavía sea posible pero el deudor se encuentra en una situación de inacción para frenar el incumplimiento. Por ejemplo, que el deudor se haya comprometido a realizar la ejecución de una obra y tenga la posibilidad de ejecutarla en el tiempo y del modo pactado; sin embargo, decide no ejecutar la obra por motivos absolutamente arbitrarios.

(ii) Segundo escenario: Que el acreedor ya no tenga interés en la ejecución de la prestación a cargo del deudor y éste sólo quede sujeto al resarcimiento de los daños. Ahora bien, puede pensarse en el caso que se tenga que entregar un determinado producto en una determinada fecha. Para ilustrarlo, podemos pensar en la entrega tardía de una utilidad cuya esencialidad radicaba justo en el tiempo mismo; por ejemplo, la llegada tardía de una medicina que podía salvar la vida de un paciente. En tal sentido, si la medicina llega fuera de tiempo, y eventualmente el paciente empeora o muere, la medicina ya no le es útil. En tal caso, solo quedará el resarcimiento de los daños sufridos.

Con los remedios generales frente al incumplimiento de una obligación hemos cerrado un elenco de remedios dependiendo del interés del acreedor ante las cuatro alternativas previamente enunciadas. La elección del remedio es un derecho potestativo que corresponde enteramente al acreedor de acuerdo a su interés subjetivo. Por ende, el acreedor es quien está en mejor posición de elegir el remedio frente al incumplimiento del deudor.

3. Los Remedios Contractuales: los remedios específicos que pueden satisfacer el interés lesionado de la parte afectada con el incumplimiento

A diferencia de los remedios generales que tutelan al acreedor frente al incumplimiento de una obligación, tenemos un elenco de remedios específicos que se dan en el marco de una relación contractual y cuya finalidad es cesar los efectos del incumplimiento mediante la terminación del contrato. En virtud a ello, los remedios sinalagmáticos son aquellos que tutelan a las partes frente al incumplimiento de obligaciones con prestaciones recíprocas. Vale decir que dichos remedios solo serán aplicables frente a dichas hipótesis patológicas donde ambas prestaciones estén conectadas por el sinalagma. Por otro lado, existe otra nómina de remedios que por su extensión no podrán ser tratados en el presente artículo pero que enunciaremos brevemente: i) La excesiva onerosidad de la prestación; ii) La lesión enorme; iii) El daño contractual; y iv) La renegociación. En adelante, sólo trataremos exclusivamente los remedios sinalagmáticos.

La resolución es el remedio que significa la disolución de la relación contractual, la misma que puede ser imputable a una de las partes, o se puede deber a un evento extraño a las mismas, conocido también como causa no imputable. El remedio resolutorio se encuentra recogido a partir del artículo 1428° del Código Civil

**Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva:
Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado**

peruano. Por otro lado, si la parte todavía tiene interés en el cumplimiento, en cumplimiento con retraso o tardío, podrá elegir la opción de cumplimiento. En dicho supuesto, la ley ha previsto diversas situaciones del retraso según las circunstancias. Para Giorgianni, la facultad de elección con la que cuenta el acreedor para decidir entre retener al deudor considerándolo en situación de retraso o de tratarlo en situación de incumplimiento definitivo, genera que el acreedor simplemente elija entre la resolución del contrato y el incumplimiento de la obligación⁽¹³⁾.

3.1 La resolución: Generalidades

El remedio de la resolución aparece frente a la insatisfacción del interés de una de las partes por la inejecución de una obligación o el incumplimiento de un deber previsto en el contrato o por el incumplimiento de cualquier otro deber implícito que forma parte del contrato. Es por ello que la resolución tiene un aspecto muy amplio de actuación la cual tiende siempre a satisfacer el interés de la parte afectada con el incumplimiento.

La resolución está prevista para los intereses privados de los contratantes (pero, de otro lado, queda claro que se puede pactar excluirla en casos

taxativos), jamás se puede prohibir que los remedios sean suprimidos en un contrato porque existe un principio general de tutela mínima de los derechos. Por ejemplo, podemos pensar en pactar la renuncia al derecho de rescisión de un contrato por lesión. En este caso, si las partes han pactado una cláusula de este tipo, de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano, nos encontraremos ante el artículo 1453° del Código Civil que establece la nulidad de dicho pacto⁽¹⁴⁾. De acuerdo a lo expresado por Sacco, una compraventa con cláusula de irresolutividad no sería propiamente inmoral o un pacto que está prohibido por norma expresa. En cambio, el campo está abierto a la autonomía privada salvo que el pacto se tope con las normas de carácter imperativo⁽¹⁵⁾ (dentro de este elenco se encuentran las normas de orden público que son típicas normas imperativas).

El concepto de la resolución puede ser definido como un remedio conexo a una de las partes del contrato dentro de alguna hipótesis, legal o convencional, en la cual la actuación desplegada en la obligación no corresponde al contenido del contrato (hemos convenido que también pueden ser incumplidos deberes específicos del contrato), provocando con ello el decaimiento del vínculo

(13) GIORGIANNI, Michele. L' inadempimento. Op. cit., p. 181 y ss.

GIORGIANNI sostiene que el acreedor, pensando en un polo de la relación obligatoria, cuenta con dos opciones: escoger entre la resolución del contrato y el cumplimiento. Al derecho que tiene la parte, lo denomina coloquialmente como "facultad" pero en realidad hace referencia al derecho potestativo que tiene la parte para poder resolver el contrato respecto de la parte infiel en el cumplimiento. En contra véase por todos: BELFIORE Angelo, "Voce: Risoluzione del contratto per inadempimento". En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè Editore, Volumen XL, 1989, p. 1308.

El mencionado autor considera que la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento supone un derecho subjetivo.

(14) Artículo 1453.- Es nula la renuncia a la acción por lesión.

(15) Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

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

contractual, con efecto retroactivo entre las partes y no frente a los terceros⁽¹⁶⁾. Tenemos que resaltar que el derecho para resolver el contrato es un derecho potestativo. La última afirmación es comprobada por SACCO, quien sostiene que: (...) Normalmente la posición del sujeto al cual le es reservado el poder de resolver el contrato, o de promover la resolución, es definido siempre como un derecho potestativo (...) ⁽¹⁷⁾.

Un requisito esencial para que se pueda ejercer válidamente el remedio resolutorio es la relación de intercambio o el fenómeno sinalagmático que se instaura entre las partes producto de las obligaciones asumidas por los contratantes y, como resultado del incumplimiento, la parte afectada con el mismo no puede ver satisfecho su interés mientras que la parte deudora no ejecuta la obligación a su cargo⁽¹⁸⁾. Dicho de otra forma, por el sinalagma se entiende la correspectividad entre las obligaciones pactadas por las partes en el contrato donde no se puede cumplir si la correspectiva obligación vinculada no ha sido cumplida por la contraparte.

De otro lado, podemos apreciar desde la perspectiva del Derecho comparado que el *Codice Civile Italiano* de 1942 regula los siguientes supuestos de resolución por incumplimiento, de acuerdo a lo expresado por Sacco:

- A) La Resolución por Incumplimiento grave, atribuida al contratante por la Ley, que opera en virtud de un proceso judicial.
- B) La Resolución por Incumplimiento grave que opera mediante la intimación y el inútil transcurso del tiempo.
- C) La Resolución por Incumplimiento prevista por una cláusula contractual que opera por medio de una declaración unilateral.
- D) La Resolución por Incumplimiento cuya insatisfacción continúa hasta el término esencial.

Sacco señala que existen tres procedimientos especiales, distintos a aquellos previstos en el artículo 1453⁽¹⁹⁾ del *Codice Civile Italiano* de 1942 que conducen a la resolución, sin necesidad de procedimiento judicial⁽²⁰⁾.

(16) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Libro IV. Tomo Secondo. En: "Commentario del Codice Civile a cura di Magistrati e Docenti" Terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Turín: UTET, 1987, pp. 601 - 602.

(17) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Tomo Secondo. Ristampa. Turin: UTET, 1999, p. 586.

(18) DALMARTELLO, Arturo, "Voce: Risoluzione del contratto". En: *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVI. Turín: UTET, 1969, p. 128. El sinalagma puede ser genético o funcional. El primero se refiere a la relación de reciprocidad de obligaciones surgidas del contrato, en el momento en que éste se celebra, aquí se puede pensar en la compraventa. El sinalagma funcional, en cambio, está en orden a la continuidad de la relación contractual, pero hay que resaltar que ambos conceptos responden a un concepto de correspectividad. Al respecto SCOGNAMIGLIO señala lo siguiente:

(...) La resolución del contrato en esas hipótesis y conforme a las reglas indicadas, tiene su fundamentación en el mecanismo funcional de los contratos de prestaciones correlativas. En ellos, cada parte se compromete consideración a la prestación que la otra le promete, y el incumplimiento de uno de los contratos repercute, pues, en forma inmediata sobre la sinalagma contractual, comprometiendo su funcionalidad (...).

En: SCOGNAMIGLIO, Renato. "Teoría General del Contrato". Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa. Segunda Reimpresión. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 264.

AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milán: Giuffrè Editore, 1942, p.175. El mencionado autor sostiene que la noción de sinalagma funcional atiende al concepto mismo de causa del negocio jurídico.

(19) Artículo 1453 del Código Civil Italiano de 1942.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño.

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.

(20) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit., p. 589.

Podemos concluir de esta manera: para el ejercicio del remedio resolutorio recogido en el Código Civil peruano se requiere de los siguientes presupuestos: (i) existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; (ii) que la parte fiel que se vale del remedio resolutorio del contrato no se encuentre en situación de incumplimiento; (iii) que exista incumplimiento de la otra parte; y (iv) que exista gravedad en el incumplimiento. Cabe señalar que la imputabilidad no es requisito, de acuerdo al Código Civil peruano, tomando en consideración que en materia contractual la resolución no depende del dolo o la culpa en la ejecución del contrato, sino que basta la verificación del incumplimiento de la obligación o del deber y se podrá recurrir al remedio resolutorio, situación diferente a la de recurrir a los criterios de imputación que están al servicio de la tutela resarcitoria pero no abundan en la tutela contractual, más específicamente en la tutela resolutoria⁽²¹⁾. A continuación, procederemos a explicar las hipótesis concretas del remedio de la resolución.

3.2 La Resolución por Incumplimiento

Respecto del incumplimiento de la parte infiel del contrato, el contratante insatisfecho puede, a su elección, escoger entre la solicitud del cumplimiento del deber o la obligación incumplida o solicitar la resolución del contrato y, en cada caso, el resarcimiento del daño tal y como se ha visto en párrafos precedentes. Por ello, se sostiene que la resolución tiene como función tutelar el especial interés de uno de los contratantes de no permanecer vinculado respecto de la grave violación del contrato⁽²²⁾: el incumplimiento⁽²³⁾. A propósito de lo mencionado previamente, Roppo señala que la resolución es un remedio destinado a destruir el vínculo contractual⁽²⁴⁾. Ante ello, la parte afectada con el incumplimiento tiene dos alternativas: i) resolver el contrato; o ii) solicitar el cumplimiento del contrato, bajo el supuesto de su conservación y mantenimiento atendiendo al principio de conservación del contrato⁽²⁵⁾.

(21) Ver nota al pie número 10 respecto a lo ya expresado por GIORGIANNI.

(22) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 5: La Responsabilità Civile. Op. cit.*, p. 261. En el mismo sentido, véase por todos: TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale. La risoluzione*. Tomo VIII. En: *Trattato di Diritto Privato diretto da Mario Bessone*. Volumen XIII. Turín: Giappichelli editore, 2011, p. 7.

(23) Según BELFIORE existen dos tesis respecto la resolución por incumplimiento: tesis sancionatoria y la tesis de la protección del interés objetivo de contratante leal. Respecto a este última tesis, se sostiene que la reacción de la resolución por incumplimiento es la exigencia de delimitar el riesgo por la técnica del resarcimiento de daños, cuando resulte por razones de hecho o de derecho que no es apta para salvaguardar la lógica del intercambio y, correlativamente, la funcionalidad del mercado en cuanto mecanismo general de asignación de recursos. Para ésta tesis véase por todos: BELFIORE Angelo, "Voce: Risoluzione del contratto per inadempimento", *Op. cit.*, pp. 1308 - 1309. Sobre la tesis sancionatoria ver: AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. *Op. cit.*, p. 147, donde sostiene que:

(...) La institución de la resolución puede encontrar una suficiente explicación dogmática solo si se encuadra en el más vasto concepto de sanción; eso representa, entonces, una medida dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la violación de una norma primaria del ordenamiento mismo, medida aflictiva para los intereses del sujeto pasivo y satisfecha para los intereses del sujeto activo de la regla contenida en la norma violada (...).

De otra parte, CARRESI sostiene que el orden jurídico o el sistema legal establece una medida de sanción diferente a las previstas por las partes con un amplio campo de aplicación que establece la ley. El autor considera que los remedios resolutorios se encuentran dentro del ámbito de aplicación que establece la ley. En: CARRESI, Franco. *Il Contratto. Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, Continuato da Luigi Mengoni*. Tomo II. Giuffrè editore, Milán, 1987, pp. 903 - 904.

Por otro lado, SCALISI, Vincenzo. "Voce: Inefficacia (dir. priv.)". En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè Editore, Volumen XXI, 1971, p. 371. Para SCALISI, la resolución es un evento que se encuadra dentro del fenómeno de la ineficacia sucesiva y la incidencia de la resolución recae propiamente sobre la relación más que en el propio negocio mismo.

(24) ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Segunda edición. Milán: Giuffrè Editore. 2011, p. 893.

(25) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código

Así, por incumplimiento debe entenderse la falta de lealtad de los deberes impuestos en el contrato por las partes, independientemente de cada consecuencia que origine una pérdida patrimonial posterior de la contraparte⁽²⁶⁾. Los efectos producto de la resolución producen la liberación del acreedor de las obligaciones no cumplidas en su posición de parte dentro del contrato⁽²⁷⁾.

El fundamento de la resolución por incumplimiento es el siguiente: muchas veces un contrayente se obliga o asume para sí mismo un sacrificio con la finalidad que la contraparte asuma para sí misma un contrasacrificio atendiendo a una noción de corresponsabilidad. Pueden darse casos en los cuales los dos sacrificios se agoten en los efectos mismos del negocio. Empero, puede darse el escenario donde los compromisos asumidos al momento de la celebración del negocio deban cumplirse de manera inmediata⁽²⁸⁾. En tal caso, el ordenamiento jurídico pueda dejar vivir las dos obligaciones independientemente una de la otra o puede coligarse de modo tal que el sujeto, cuya expectativa viene frustrada, pueda ver satisfecho su interés mediante los remedios apropiados, especialmente mediante la resolución por incumplimiento⁽²⁹⁾. En palabras de Scognamiglio, acerca de la resolución por incumplimiento:

(...) La resolución del contrato en esa hipótesis y conforme a las reglas

indicadas tiene su fundamentación en el mecanismo funcional de los contratos de prestaciones correlativas. En ellos cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, y el incumplimiento de uno de los contratos repercute, pues, en forma inmediata sobre el sinalagma contractual, comprometiendo su funcionalidad; así se entiende, en consecuencia, que se debe autorizar al otro contratante para que se sustraiga al contrato y, por ende, a la obligación de ejecutar la prestación delante de quien se colocó como incumplido (...)⁽³⁰⁾.

El presupuesto de la resolución por incumplimiento se caracteriza por estar prevista en la ley y, para ser aún más exactos, debe estar previsto en el Código Civil (artículos 1428° y 1429° del Código Civil peruano). Además, debe existir el requisito de la importancia o gravedad en el incumplimiento. Sobre el particular, existen dos posiciones en la doctrina respecto de la gravedad del incumplimiento. La primera tesis sostiene que para establecer si el incumplimiento es lo suficientemente grave se debe regresar a la presumible voluntad de las partes; por otra parte, la segunda tesis sostiene que para determinar la importancia en el incumplimiento se debe tomar en

Civil". Segunda edición actualizada. Segunda Reimpresión .Tomo II. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2007, p. 379; *MORALES HERVIAS, Rómulo*. "Patologías y Remedios del Contrato". Lima: Jurista Editores E.I.R.L. 2011, p. 265; *FORNO FLORES, Hugo*. "La resolución por incumplimiento". En: *Temas de Derecho Contractual*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1987, pp. 103 - 104.

(26) *SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio*. *Il Contratto*. Op. cit., p. 595.

(27) *CARRESI, Franco*. *Il Contratto*. Op. cit., p. 910.

(28) *SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio*. *Il Contratto*. Op. cit., p. 583 y ss.

(29) *SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio*. *Il Contratto*. Op. cit. p. 584.

(30) *SCOGNAMIGLIO, Renato*. "Teoría General del Contrato". Op. cit., p. 264.

El mencionado autor respecto a la resolución por incumplimiento:

(...) La resolución por incumplimiento opera, según el art. 1454 cód. Civ., en el ámbito de los contratos de prestaciones correlativas para el caso de que uno de los contratantes incumpla sus obligaciones (pero debe recordarse que el art.796-4 extiende el remedio a la donación modal y el art. 1820 cod. Civ., al mutuo con intereses). En tales casos se permite al otro contratante que demande para la cancelación de los efectos del contrato (pero si el mismo contratante lo prefiere, podrá obtener la condena de la contraparte al cumplimiento...), con preservación cierta del derecho a la reparación del daño padecido (...).

Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado

consideración la interdependencia funcional entre las prestaciones y las perturbaciones ocasionadas por el incumplimiento⁽³¹⁾.

Coincidimos con lo expresado por Mirabelli respecto a la valoración funcional del contrato como un elemento integral de todo el ligamen contractual. Es por esta razón que se puede afirmar que sólo empleando una valoración funcional del contrato puede medirse la gravedad en el incumplimiento por la deficiente actuación de la función del negocio. Por ende, el criterio para valorar el incumplimiento grave y que justifica la resolución es un criterio, por tanto, esencialmente objetivo⁽³²⁾. Es por esta razón, y coincidimos con Grondona, que no puede sostenerse que el criterio subjetivo sea un criterio para valorar la gravedad en el incumplimiento⁽³³⁾.

En el curso del mismo, el juez valora si el incumplimiento invocado tiene escasa importancia y, solo en caso

negativo, debe admitir la resolución. Sacco indica que lo que produce la resolución es el incumplimiento, es decir, la falta de fidelidad a los deberes impuestos por el contrato. Dicha falta de fidelidad es independiente de toda pérdida patrimonial, subsiguiente y ulterior de la contraparte⁽³⁴⁾.

En lo relativo al criterio objetivo, debemos resaltar lo ya expuesto por Mirabelli, respecto a que el criterio de valoración objetivo aparece en la determinación de la medida de la importancia del incumplimiento, regla que permanece muy elástica y es examinada caso por caso⁽³⁵⁾.

Regresando al tema de la resolución por incumplimiento y el resarcimiento de daños producto del incumplimiento, en caso se solicite ésta o la ejecución del contrato a través del remedio de la ejecución forzada, de manera indistinta, la parte afectada podrá solicitar el resarcimiento de los daños y

(31) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Op. cit., p. 606.

(32) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Op. cit., p. 606. Así mismo, véase también DALMARTELLO, Arturo, "Voce: Risoluzione del contratto". Op. cit., p.133; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 5: La responsabilità Civile*. Op. cit. p. 272. En ese sentido, BIANCA afirma que:

(...) La gravedad del incumplimiento debe ser valorada en relación con el interés del acreedor según un criterio objetivo debiéndose reputar grave un incumplimiento que perjudique en la medida de lo normalmente intolerable las legítimas expectativas del acreedor (...).

Sin embargo, rescata las cualidades de la tesis subjetiva que señala la doctrina, en especial DALMARTELLO respecto a la facultad que tiene el juez de resolver el contrato por la escasa o no importancia del incumplimiento. En el mismo sentido de BIANCA, puede consultarse el extenso trabajo de: GRONDONA Mauro. "Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada". Op. cit., p. 274.

El mencionado autor sostiene que:

(...) Consideremos, sobre todo, el criterio objetivo: prima facie, este no es sino la gravedad del incumplimiento mismo, interpretada a la luz de la economía del contrato. Entonces, el primer elemento que es necesario tomar en consideración es el valor de la prestación incumplida, que se debe relacionar con el valor total de las prestaciones contractuales (...) El criterio subjetivo se refiere, en cambio, al interés del acreedor de obtener un cumplimiento exacto, es decir, una prestación que sea seguida por un cumplimiento conforme a cuanto indicado en el contrato (...).

En el mismo sentido, e indicando la tesis subjetiva y objetiva, TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale. La risoluzione*. Op. cit. p. 137.

(33) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Op. cit., p. 606; y GRONDONA Mauro. "Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada". Op. cit., p. 274.

(34) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit. p. 589; ID en: SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Segunda Edición. Lima: Ara Editores, 2004, p. 954.

(35) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Op. cit., p. 607. En el mismo sentido, sobre la difusa adopción de ambos criterios, véase: TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale. La risoluzione*. Op. cit. p. 137.

perjuicios. En el primer caso, por el daño causado y no remediado por el cumplimiento sucesivo; en cambio, también corresponde resarcimiento por todo el daño causado por la no actuación de la ejecución de la obligación a cargo de la parte infiel en el contrato⁽³⁶⁾. Por último, queremos establecer los cuatro presupuestos para ejercitar la acción de la resolución que afecte el sinalagma contractual, a saber:

I) La preexistencia de un contrato con prestaciones recíprocas y, además, que la persona que lo solicita no haya incumplido la obligación a su cargo.

II) La falta objetiva de la actuación (el incumplimiento) o de la ejecución defectuosa de la obligación a cargo de una de las partes en el contrato.

III) El incumplimiento se encuentre en dominio de una de las partes. La carga de la prueba corresponde al actor de la resolución. En Italia, por ejemplo, se sostiene que la resolución legal es indiscutiblemente un incumplimiento culposo y se excluye cuando el incumplimiento se ha provocado por “motivos jurídicamente apreciables”⁽³⁷⁾.

IV) La gravedad del incumplimiento significa que el contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una obligación a cargo de una de las partes es de escasa importancia. Vale decir, que no puede ser alegado el incumplimiento de una obligación accesoria de carácter no esencial, ni por el contrato, ni por ley.

En vía de resumen, para el ejercicio del remedio resolutorio recogido en el artículo 1428° del Código

Civil peruano, los requisitos para ejercer la resolución por incumplimiento son: (i) existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; (ii) que la parte fiel que se vale del remedio resolutorio del contrato no se encuentre en situación de incumplimiento; (iii) que exista incumplimiento de la otra parte; y (iv) que exista gravedad en el incumplimiento. Cabe señalar que la imputabilidad no es un requisito de acuerdo al Código Civil peruano.

3.3 El incumplimiento que da lugar a la resolución judicial

La resolución judicial se ejerce ante el juez o árbitro y se ejecuta mediante una sentencia o laudo. Debemos apreciar que este mecanismo está recogido en el artículo 1428° del Código Civil. Es por ello que la resolución judicial o arbitral es aquella que se produce en virtud de la sentencia expedida o del laudo emitido en un procedimiento judicial o arbitral promovido para este efecto. Cabe agregar que los efectos de la sentencia o del laudo son constitutivos. Lo previamente expuesto implica la existencia de un proceso judicial y la interposición de una demanda. Por tal motivo, el efecto principal de la resolución judicial es la disolución del contrato producto del incumplimiento de la parte a la que se le atribuye el mismo. Al respecto, el Código Civil de 1984 regula la resolución judicial de la siguiente manera:

Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su

(36) ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Op. cit., p. 895.

(37) MIRABELLI, Giuseppe. “*Dei Contratti in Generale*”. Op. cit., p. 604.

MIRABELLI sostiene que el remedio de la resolución tenga, en este caso, carácter de sanción, es decir que genere a la par del resarcimiento de los daños y junto con esto, en relación a un comportamiento ilegítimo o infiel del contratante, que no forma parte de la conducta al vínculo contractual. Por otra parte, la resolución puede tener el carácter de remedio objetivo a la falta de actuación del vínculo: se discute entonces, consecuentemente, si el presupuesto de la resolución sea el incumplimiento culposo, o cuando menos, imputable, el cual es requisito para que surja la responsabilidad por daños donde por el solo incumplimiento, como ausencia de actuación material, sea independientemente de las razones que determina e independientemente de la imputabilidad, o al menos, del comportamiento del infiel contratante.

**Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva:
Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado**

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. (El resaltado es nuestro).

En consecuencia, se puede definir a la resolución por autoridad judicial como aquella que procede en virtud de la sentencia recaída en un proceso judicial. Al tratar el tema, ROPPO sostiene que:

(...) La resolución judicial se actúa mediante la sentencia del juez. Esta implica un proceso, abierto por la demanda del legitimado: lo alude claramente el art. 1453, que habla de “juicio” y “demanda” (...) ⁽³⁸⁾.

El proceso judicial de resolución se debe desarrollar frente a quienes fueron parte en el contrato porque los efectos pretendidos comprometen el contrato por entero. La declaración de resolución resuelve el contrato que, en un instante, produce el mismo efecto práctico que produciría la declaración de resolución desde el primer momento en el cual la ley consiente resolverlo ⁽³⁹⁾.

La norma contenida en el *Codice* concuerda perfectamente con la lógica del sistema peruano. En efecto, como señala Sacco, si la demanda de cumplimiento también fuera válida como renuncia a

los efectos resolutorios del incumplimiento actual, no podría valer como renuncia a los efectos resolutorios del incumplimiento futuro ⁽⁴⁰⁾.

3.4 La resolución extrajudicial o resolución por autoridad del acreedor

La resolución por intimación, o conocida también como la resolución por autoridad del acreedor, es otra de las formas en las que se puede someter al deudor de la prestación al remedio resolutorio que pone fin al contrato que se encuentra en estado patológico. Este remedio con el que cuenta la parte contratante que sufre un perjuicio producto del ligamen contractual, implica que pueda intimar a la parte infiel del contrato para que ésta cumpla con las obligaciones o los deberes a su cargo señalándose, para tal efecto, un determinado plazo pero advirtiendo que, al efectuar la intimación, el contrato queda resuelto si al término de dicho plazo el deudor persiste en la situación de incumplimiento. Como señala Forno ⁽⁴¹⁾:

(...) Si el deudor no satisface la prestación dentro del plazo concedido, como efecto directo e inmediato, se produce, sin más requisito, la resolución de la relación contractual. Cabe destacar que la resolución por autoridad del acreedor es un mecanismo alternativo y opcional al de la resolución judicial (...) ⁽⁴²⁾.

En el mismo sentido, Roppo agrega que, en la resolución por incumplimiento, la parte que lo sufre puede intimar a

(38) ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Op. cit., p. 901. Para referencia del artículo ver nota al pie número 19.

(39) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit. p. 615. En doctrina nacional, véase por todos: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Op. cit., p. 379; MORALES HERVIAS, Rómulo. “Patologías y Remedios del Contrato”. Op. cit., p. 266; FORNO FLORES, Hugo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. Op. cit., p. 100 y ss.

(40) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit. p. 616.

(41) FORNO FLORES, Hugo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. Op. cit., p. 122. Para mayor abundamiento véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Op. cit., p. 419 y ss.; MORALES HERVIAS, Rómulo. “Patologías y Remedios del Contrato”. Op. cit., p. 271 y ss.

(42) FORNO FLORES, Hugo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. Op. cit., p. 122.

la otra para que cumpla dentro de un plazo adecuado; si la intimada no lo hace, el contrato queda resuelto de derecho de acuerdo al artículo 1454⁽⁴³⁾ del *Codice*. De esta manera, el remedio implica la presencia de todos los requisitos previstos para la resolución con especial importancia en el incumplimiento injustificado que deberá ser de no escasa importancia⁽⁴⁴⁾.

Hay que tomar en consideración que la intimación comprende dos elementos: (i) El requerimiento de cumplimiento dentro de un plazo prefijado. Desde la perspectiva del Derecho comparado italiano, el plazo para el cumplimiento se da dentro de un plazo "razonable". Cabe resaltar que en el Perú, dicho plazo no puede ser menor a 15 días, por ser dicho plazo fijado mediante una norma imperativa. En virtud a lo antes afirmado, la autonomía privada no puede pactar un plazo menor al establecido en el Código Civil peruano. Por el contrario, debemos resaltar que en el Derecho italiano se deja a salvo la posibilidad de que el contrato mismo indique un plazo distinto. Esto se puede apreciar de la lectura del artículo 1454⁽⁴⁵⁾ del *Codice*, el cual señala que por la naturaleza del contrato o según los usos puede resultar conveniente un plazo menor de 15 días.

Asimismo, la característica principal de la intimación radica en ser un acto de carácter recepticio y dicho

acto debe realizarse mediante vía notarial. En cambio, en el Perú no contamos con una norma que establezca una disposición como el artículo 1454^o del *Codice*. Más bien, el artículo 1429^o del Código Civil peruano establece lo siguiente:

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. (El resaltado es nuestro).

"(...) se puede incorporar el plazo esencial bajo la normativa del Código Civil peruano de 1984, mediante la cláusula resolutoria expresa, indicando expresamente que la entrega tardía hace inútil el interés del acreedor. En función a ello, el solo transcurso del tiempo, sin necesidad de la constitución en mora, activarán la tutela resolutoria, a través del pacto de la resolución expresa".

Podemos apreciar que el legislador de la codificación peruana de 1984 optó sólo por proteger a la parte afectada con el incumplimiento previo condicionando el ejercicio del remedio resolutorio con el transcurso del plazo fijado por ley, y en ningún caso, puso a disposición de los particulares alguna alternativa distinta.

En lo que respecta al segundo elemento de la intimación mismo es: (ii) La declaración del transcurso

(43) Artículo 1454 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- A la parte incumplidora la otra podrá intimarle por escrito que cumpla dentro de una término conveniente, bajo apercibimiento de que, transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá sin más resuelto.

El término no podrá ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario de las partes o de acuerdo con los usos, resulte un término menor (El resaltado es nuestro).

Transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de derecho.

(44) IROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Op. cit., p. 903.

(45) FORNO FLORES, Hugo. "La resolución por incumplimiento", Op. cit., pp. 112 - 113.

Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado

del plazo. Una vez que se compruebe el transcurso del tiempo sin la actuación del deudor y se compruebe el vencimiento del plazo, el contrato se considerará resuelto. De acuerdo a lo expresado por Roppo, el rigor es justificado: el destinatario de la intimación debe saber que no ha recibido un genérico estímulo, sino un acto capaz de provocar -si persistiera en el incumplimiento- la destrucción del contrato. Por esto, no existe la intimación a cumplir si el intimante se limita a declarar que vencido el plazo asignado, accionará para la resolución (se entiende: judicial)⁽⁴⁶⁾. En el Derecho peruano, no se puede pactar en contra de los 15 días debido a que se trata de una norma imperativa y, además, se carece al menos del segundo párrafo del artículo 1454° del *Codice*.

3.5 La cláusula resolutoria expresa

Existen pactos que pueden integrar el contrato. En virtud a lo previamente expuesto, las partes pueden determinar de forma anticipada que exista un remedio frente a un potencial escenario de incumplimiento. Frente a ello, las partes han establecido que de encontrarse algún tipo de incumplimiento de un deber o de una obligación, el contrato quedará resuelto.

a) Generalidades

En el contenido de un negocio jurídico puede denominarse cláusula resolutoria expresa a cualquier determinación que provea la posibilidad de ejercer el derecho potestativo de resolución de los efectos desencadenantes del negocio mismo⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾. Es así como Bianca define a la cláusula resolutoria expresa como el pacto mediante el cual las partes asumen un determinado incumplimiento como condición resolutoria del contrato⁽⁵⁰⁾. En ese sentido, agrega que el efecto de la resolución del contrato se determina de un acto seguido del acreedor, por lo que la cláusula resolutoria expresa comporta, entonces, la atribución al acreedor del poder de resolución directa del contrato. Es decir, de un poder negocial de autotutela contra el incumplimiento⁽⁵¹⁾. El Código Civil peruano de 1984 lo regula de la siguiente manera:

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

(46) ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Op. cit., p. 903.

(47) TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale*. La risoluzione. Op. cit. p. 148.

El citado autor señala que:

(...) Sobre el plano terminológico podría denominarse “cláusula resolutoria” a cualquier determinación contractual que provea a la disciplina de la resolución los efectos desencadenantes del negocio, como la previsión de una condición resolutoria regulada en el artículo 1353, atribuyéndole una facultad de recesso unilateral en el sentido del artículo 1373, así como la especificación de la resolutividad de un acto de liberalidad por incumplimiento del modus a tenor de lo dispuesto en los artículos 648 y 793 (...).

(48) Artículo 1353 del Codice Civile Italiano de 1942.-

Las partes pueden subordinar la ineficacia o la resolución del contrato o de un pacto singular o a un evento futuro e incierto.

(49) Artículo 1373 del Codice Civile Italiano de 1942.-

Si una de las partes le atribuye la facultad de recesar el contrato, tal facultad puede ser ejercida a fin de que el contrato no ha tenido un principio de ejecución.

En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad puede ser ejercitada sucesivamente, pero el recesso no tiene el efecto para las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución (1569, 1612 y siguientes, 1671, 2227).

Si se ha llevado acabo la prestación estipulada de un correspectivo por el recesso, éste tiene el efecto cuando la prestación es exigida.

(50) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 5: La responsabilità Civile*. Op. cit. p. 312.

(51) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 5: La responsabilità Civile*. Op. cit. p. 313.

cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. (El Subrayado es nuestro).

En ese sentido, la cláusula resolutoria se inserta al posible reglamento convencional, en la disciplina legal de la resolución por incumplimiento⁽⁵²⁾. Este mecanismo contractual es una forma de resolución *ipso iure* que los contratantes subordinan a la falta de cumplimiento de una obligación un deber según la modalidad establecida⁽⁵³⁾. En base al artículo 1430° del Código Civil, el efecto específico del incumplimiento de una parte consiste en el nacimiento de un derecho potestativo de recesso unilateral a favor de la otra parte⁽⁵⁴⁾; la resolución *ipso iure* conseguirá el ejercicio de tal derecho, es decir, la declaración con la cual “la parte interesada” manifiesta su voluntad de valerse de la cláusula. Por otro lado, algunos han afirmado que la cláusula resolutoria expresa representa una sanción convencional⁽⁵⁵⁾.

A diferencia de otras figuras, la cláusula resolutoria expresa es, por lo tanto, un específico pacto que está destinado a modificar el mecanismo, por regla general, aplicable a los casos de incumplimiento: la resolución judicial. Dicho en otras palabras, verificado el incumplimiento pactado en la cláusula, no se tendrá que acudir a la vía judicial para resolver el contrato, sino que dicho contrato quedará resuelto por la propia voluntad de las partes que previeron dicha situación en virtud a su autonomía negocial⁽⁵⁶⁾.

En la explicación de la autonomía privada, las partes bien pueden prever el cumplimiento o el incumplimiento de un evento condicionante de la eficacia del contrato en sentido suspensivo o resolutivo. Debe tomarse en consideración que la cláusula resolutoria expresa no configura un supuesto de una condición meramente potestativa. Al respecto, debemos resaltar lo ya explicado por Busnelli, quien señala que la cláusula resolutoria expresa difiere de la condición meramente potestativa porque el incumplimiento no deja al arbitrio de la declaración de una sola de las partes sino que tal previsión contractual ha sido prevista, de común acuerdo, por ambas partes en el ligamen contractual⁽⁵⁷⁾. El contorno de la obligación debe estar claramente delimitada en el pacto de resolución expreso⁽⁵⁸⁾.

En síntesis, la cláusula resolutoria expresa da lugar a un medio extraordinario en virtud del cual, en los contratos con prestaciones correspectivas, la parte afectada, en caso se verifique el incumplimiento previsto, puede obtener la resolución de la relación contractual prescindiendo de la vía ordinaria y mediante un simple acto de declaración de voluntad.

b) Los presupuestos de la cláusula resolutoria expresa

El artículo 1430° del Código Civil peruano que regula la cláusula resolutoria expresa, como en el artículo 1456° del *Codice Civile* italiano de 1942, necesita de presupuestos para que opere válidamente el remedio

(52) BUSNELLI, Francesco Donato. “Voce: Clausola Risolutiva”. En: “Enciclopedia del Diritto”. Volumen VII. Milán: Giuffrè Editore. 1960, p. 196.

(53) *Loc. Cit.*

(54) *Ibid.* p. 197.

(55) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit. p. 624.

(56) FORNO FLORES, Hugo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. Op. Cit., p.114.; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Op. cit., p. 442 y ss.; MORALES HERVIAS, Rómulo. “Patologías y Remedios del Contrato”. Op. cit., p. 269.

(57) TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale. La risoluzione*. Op. cit., p. 148 - p. 149.

(58) MORALES HERVIAS, Rómulo. “Patologías y Remedios del Contrato”. Op. cit., p. 269. El autor citado, siguiendo a NAVARRETA sostiene que:

(...) La cláusula debe ser expresa y debe determinar con precisión el tipo de incumplimiento que, según las partes, comporta la extinción del contrato (...).

Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado

resolutorio. Los presupuestos para ejercer la cláusula resolutoria expresa son los siguientes⁽⁵⁹⁾:

1) La existencia y la estipulación de un pacto especial en el cual se determinen las obligaciones y los deberes relativos a la modalidad de cumplimiento cuya violación puede representar la base de la resolución.

La cláusula resolutoria expresa supone una particular previsión y es parte del más amplio contenido negocial. Entonces, el contenido de la cláusula resolutoria expresa resulta, y ya se ha indicado, una resolución prevista *ipso iure*.

La cláusula resolutoria expresa no tiene como supuesto la violación de una “determinada obligación genérica” sino, por el contrario, tiene una fijación exacta de la obligación que tiene que cumplirse a cargo de las partes. Esto supone una identificación de las obligaciones concretadas que van a ser objeto del pacto de resolución, el cual sólo se activará ante el incumplimiento de una de las obligaciones previamente establecidas. Además, el incumplimiento puede representar la base de la propia resolución bajo los términos antes mencionados. Algunos la han catalogado como una cláusula de estilo⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, no todas las cláusulas de estilo son cláusulas resolutorias expresas, puesto que alguna de las cláusulas resolutorias son redactadas de forma genérica⁽⁶¹⁾.

Es por ello que la cláusula resolutoria expresa debe referirse a obligaciones y a la modalidad de cumplimiento a las cuales las partes le han dado un carácter de esencialidad⁽⁶²⁾.

2) Debe verificarse el incumplimiento de una obligación a cargo de una de las partes.

El segundo presupuesto para que opere la cláusula resolutoria expresa, consiste en el hecho que una determinada obligación, o deberes previamente fijados, no hayan sido cumplidos según la modalidad establecida. Es por ello que la facultad de reconocer el contenido concreto de la cláusula resolutoria expresa se dará caso por caso porque se buscará que dicho incumplimiento encaje dentro del supuesto de hecho configurado por la autonomía de las partes.

3) Debe existir una declaración de la contraparte manifestando la voluntad de valerse de la cláusula resolutoria expresa, ejercitando así el derecho de provocar la resolución del contrato.

Por último, el hecho previsto en el pacto por el incumplimiento de una las partes, surge, como ya se ha explicado en párrafos precedentes, en el derecho de la otra parte que no se encuentra en situación de incumplimiento, el derecho a resolver la relación contractual⁽⁶⁴⁾.

(59) BUSNELLI, Francesco Donato. “Voce: Clausola Risolutiva”. Op. cit., p. 196.

(60) Véase por todos: MIRABELLI, Giuseppe. “Dei Contratti in Generale”. Op. cit., p. 625; DI MAJO, Adolfo. *Le tutele Contrattuali*. Op. cit., p.230; TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Op. cit., p. 69.

(61) TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale. La risoluzione*. Op. cit., p. 152.

(62) TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Op. cit., p. 69.

(63) MIRABELLI, Giuseppe. “Dei Contratti in Generale”. Op. cit., p. 625.

(64) BUSNELLI, Francesco Donato. “Voce: Clausola Risolutiva”. Op. cit., p. 197; En el mismo sentido véase por todos: DI MAJO, Adolfo. *Le tutele Contrattuali*. Op. cit., p. 232; SACCO, Rodolfo. “I remedi sinalagmatici”. En: RESCIGNO, Pietro (director). “Trattato di diritto privato”. Tomo X. Ristampa. Turín: UTET., 1990, p. 530; SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit. p. 626; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducción de A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, p. 237; BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo. I. Introducción. Parte Preliminar - Parte General. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967, p. 654; TAMPONI, Michele. *Il Contratto in generale. La risoluzione*. Op. cit., p. 154; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Op. cit., p. 451

El ejercicio de tal derecho resolutorio se concreta con una declaración mediante la cual se manifiesta la voluntad de valerse de la cláusula que se concretiza en un negocio jurídico unilateral recepticio de conformidad con el artículo 1374° del Código Civil peruano.

4) La obligación o el deber inexecutado sea o no de escasa importancia.-

Cuando las partes han definido concretamente todas las hipótesis de incumplimiento total, estaremos frente a una cláusula resolutoria expresa concreta. En tal escenario, no será necesario acudir a la figura de la obligación o el deber de escasa importancia puesto que las partes han establecido el alcance de la obligación de forma *ex-ante*: el remedio frente a tal incumplimiento.

Diferente es la respuesta en tanto las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el alcance del incumplimiento, constituyéndose así una hipótesis lagunosa que requiere aclaramiento. Ante esta hipótesis de duda, el juez deberá aplicar la cláusula general de la buena fe del artículo 1362° para garantizarse la economía contractual respecto del incumplimiento, conforme al Código Civil peruano. Como ya ha señalado Grondona respecto a la cláusula resolutoria expresa y la valoración de la gravedad del incumplimiento:

(...) Se trataría, en cambio, de incluir entre los presupuestos de la resolución de

derecho también el criterio de la no poca importancia del incumplimiento, como medio técnico para asegurar al respecto de la economía contractual, siempre que sea fundado en el uso de la buena fe individual (...)⁽⁶⁵⁾.

En el caso que las partes no hayan establecido con claridad la magnitud del incumplimiento, se entenderá entonces que la cláusula resolutoria expresa no está completamente delimitada, por lo que entrará aquí el concepto de la gravedad del incumplimiento que ponderará la magnitud del mismo de conformidad con el artículo 1362°⁽⁶⁶⁾ del Código Civil peruano⁽⁶⁷⁾.

3.6 El vencimiento del plazo esencial

El plazo esencial es un plazo connatural a la prestación a cargo del deudor. Resulta así que el cumplimiento de la prestación será esencial cuanto en el contrato se pacte o se deduzca que existe un plazo que es inherente a la prestación. Cualquier incumplimiento que afecte dicho periodo de tiempo supondrá un estado patológico del ligamen contractual.

Frente a ello, otro remedio sinalagmático es la resolución por vencimiento del plazo esencial. Esta hipótesis se encuentra regulada en el *Codice* en el artículo 1457°⁽⁶⁸⁾, mas no en el Código Civil peruano de 1984. Sin embargo, mediante la autonomía privada

(65) GRONDONA Mauro. "Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada". Op. cit., p. 274.

(66) Artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

(67) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". Op. cit., p. 449. Para la tesis contraria, véase por todos: MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Op. cit., p. 626; SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il Contratto*. Op. cit., p. 624.

(68) Artículo 1457 del Codice Civile Italiano de 1942.-

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 quiera exigir su ejecución a pesar del 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 aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución.

Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado

y bajo algunos supuestos especiales, la figura se puede presentar⁽⁶⁹⁾. Sobre la base de lo regulado en el artículo 1457°, Sacco sostiene que la resolución por vencimiento del plazo esencial tiene lugar sin intervención del juez en el supuesto en el que se transcurre, infructuosamente, el plazo esencial fijado y se produce el incumplimiento⁽⁷⁰⁾.

Conviene preguntarnos entonces, ¿cuándo un término es esencial? De acuerdo a Miccio, la esencialidad del término se ve representada más precisamente en la posibilidad y la utilidad de la prestación luego del vencimiento del plazo. El término es objetivamente esencial cuando el defecto inmediato en el tiempo de la utilidad de la prestación tardía dependa de la naturaleza de la prestación misma; en cambio, será subjetivamente esencial cuando tal esencialidad sea expresa o tácitamente pactada en el contrato⁽⁷¹⁾.

El elemento característico de este remedio contractual es que se haya fijado un plazo que sea esencial para

su cumplimiento. El carácter esencial puede ser pactado (establecido por las partes) o resultar de las circunstancias; pero el plazo esencial debe ser identificado de manera precisa; el pacto no requiere una forma especial, ni una fórmula sacramental; como quiera que sea, la esencialidad del plazo no se presume. Roppo señala:

(...) El criterio de la esencialidad debe ser definido primeramente en un plano objetivo: el plazo es esencial, si luego del vencimiento la prestación ya no tiene utilidad para el acreedor. Por ejemplo, el partido político que ha reservado la sala de convenciones para el cierre de campaña electoral el último día de ésta, el partido político no sabría qué hacer con la sala de convenciones días después de la clausura de la campaña: la falta de disposición durante el día o la hora establecida, resuelve automáticamente el contrato. Es claro que su calificación de esencialidad

(69) Para mayor abundamiento véase: *DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel*. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". Op. cit., p. 458. El mencionado autor sostiene que el término esencial puede encontrar regulación al amparo del artículo 1430° del Código Civil.; *MORALES HERVIAS, Rómulo*. "Patologías y Remedios del Contrato". Op. cit., pp. 272 - 273. *MORALES* sostiene que:

(...) El CC no regula esta forma de resolución de derecho. Por eso, es necesario actuar con prudencia y preocuparse de incluir en el programa negocial una cláusula que incorpore esta modalidad resolutoria cuando el plazo que las partes estipulan es uno que tiene carácter esencial. Entonces, la regulación contractual debe prever el propio carácter esencial del plazo, todos los aspectos que son necesarios para el adecuado funcionamiento de la resolución por vencimiento de plazo esencial, y en particular la duración del espacio de tiempo que se inicia tan pronto como el plazo esencial ha expirado, la suspensión de la ejecutabilidad de la prestación durante su transcurso, y la cesación de los efectos contractuales en el caso que el contratante acreedor no exija el cumplimiento durante el tiempo previsto para ello (...).

(70) *SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio*. *Il Contratto*. Op. cit. p. 627. ID en: *SACCO, Rodolfo*. "La resolución por incumplimiento". Op. cit., p. 965.

(71) *MICCIO, Renato*. *I diritti di credito*. Vol. I. Lineamenti generali. Turín: UTET. 1971, pp. 104 - 105.

El citado autor agrega:

(...) Cuando se dice que el elemento común es la inutilidad de la prestación hay que advertir que también la inutilidad se debe tener presente como un concepto objetivo en el primer caso, subjetivo en el segundo, de otra forma, el concepto de la esencialidad subjetiva terminaría siendo insuficiente.

En otras palabras, si la voluntad de las partes excluyen la utilidad de la prestación tardía, es decir no excluyen objetivamente que tal prestación fuese todavía posible y útil. De aquí, la necesidad de tener dos conceptos distintos. La esencialidad objetiva y la esencialidad subjetiva se diferencian respecto a la posibilidad de liberarse de la mora y por ende de una prórroga.

De hecho en el primer caso esta posibilidad no subsiste por exigencia naturales, mientras en el segundo es obvio que el acreedor puede siempre renunciar a la esencialidad del término al aceptar la prestación tardía, así como puede, mediante acuerdo sucesivo, imprimir el carácter esencial también al término contractual simple (...).

incide mucho en las circunstancias del caso concreto: la naturaleza de la prestación depende del empleo para el cual el acreedor la destina.

Sin embargo, se dice que el criterio de la esencialidad puede ser también subjetivo: es decir, vinculado a la previsión de las partes, que califiquen ellas mismas el plazo de la prestación como esencial, o establezcan que su infructuoso vencimiento resolverá de manera automática el contrato. Se precisa que la previsión debe ser clara y unívoca: no bastarían fórmulas como “perentoriamente”, “improrrogablemente”, “dentro y no más allá”. En realidad, parece difícil pensar que el plazo “subjetivamente” esencial sea algo distinto de una cláusula resolutoria expresa (...) ⁽⁷²⁾.

Cuando se presenta la cláusula, el incumplimiento y la declaración, el supuesto de hecho resolutorio queda perfeccionado ⁽⁷³⁾. A diferencia de los supuestos anteriormente mencionados, en donde

de una u otra forma se requiere de alguna actuación o declaración, sea judicial o extrajudicial; para el caso concreto de la resolución por vencimiento del plazo esencial, no se requiere de ninguna actividad de acuerdo al artículo 1457° del *Codice Civile* Italiano, al menos positiva, para que opere el efecto resolutorio, ésta inclusive sobreviene en caso del silencio. En este sentido, seguimos a Forno quien señala:

(...) Resulta, en consecuencia que el silencio es un acto de naturaleza (o mejor dicho con efecto) negocial en cuanto se le atribuye el significado de una manifestación de voluntad del sujeto. Por la particular conformación que se ha dado a la resolución por vencimiento del plazo esencial la forma en que el acreedor debe expresar su voluntad es precisamente omitiendo toda manifestación positiva (...) ⁽⁷⁴⁾.

En suma, el plazo de cumplimiento, en general, es el que conecta a la prestación con el plazo para el

En el mismo sentido, *GIORGIANNI* señala que:

(...) Finalmente, no parece demás recordar cuando habíamos anteriormente mencionado y así que debe considerarse extraña a la disciplina del término esencial los casos de verdad excepcional, por la cual, la prestación deviene del todo inútil cuando sea prestada de forma tardía. En esta hipótesis, no podría reconocerse al acreedor la facultad de elegir prevista en el artículo 1457 del Código ni aunque el acreedor tenga el poder de requerir el cumplimiento no obstante la inutilidad de la prestación: esto también tiene relevancia para los fines de la consideración de los intereses del deudor (...).

En: *GIORGIANNI, Michele. L' inadempimento*. Op. cit., p. 99.

En el mismo sentido, *AULETTA* sostiene que el término esencial supone dicho término ya ha establecido expresamente, sea que las partes conozcan que la prestación tardía no satisfará más el interés del acreedor (...); en tal caso el acreedor podrá exigir el equivalente en lugar de la prestación, puede simplemente reclamar al contrato, sin deber de demostrar que la prestación no ha satisfecho el interés. Pero si faltara el término esencial el acreedor podrá requerir el equivalente en lugar de la prestación cuando demuestre que la prestación no puede satisfacer su interés; es necesario que tal mutación del interés haya estado previsto o al menos sea previsible por parte del deudor al momento de la conclusión del contrato. En: *AULETTA, Giuseppe Giacomo. La risoluzione per inadempimento*. Op. cit, p. 106.

Por otro lado, *DI MAJO* sostiene que, en cuanto a la esencialidad objetiva, esta puede variar de acuerdo a las direcciones jurisprudenciales respecto a la multiplicidad, no siempre homogéneas, de lo que entienden por este concepto. En: *DI MAJO, Adolfo. "Voce: Termine (diritto privato)". En: Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè Editore, Volumen XLIV, 1992, pp. 204 - 205.

En doctrina nacional, sobre la distinción entre el plazo esencial véase por todos: *FORNO FLORES, Hugo. "El plazo esencial y la tutela resolutoria"*. En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Segunda Edición. Lima: Ara Editores, 2004, pp. 983 - 996.

(72) *ROPPO, Vincenzo. Il Contratto*. Op. cit., p. 908.

(73) *FORNO FLORES, Hugo. "La resolución por incumplimiento"*. En: *Temas de Derecho Contractual*. Op. cit., p. 134.

(74) Loc. Cit.

**Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva:
Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado**

cumplimiento. Empero, existen ciertas circunstancias en el tiempo que lo hacen tan relevante como la prestación misma. Es por esta razón que se llama plazo esencial. De la misma forma, tenemos que, de acuerdo con el Código, si no se ha pactado el plazo del cumplimiento, la prestación debida se entiende instantánea, esto de conformidad con el artículo 1240° del Código Civil que señala lo siguiente: Artículo 1240.- Si no hubiese plazo designado, **el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.** (El subrayado es nuestro).

Cuando las partes han establecido un plazo, dejan de lado la aplicación automática del artículo 1240° del Código Civil y las partes se someten a la regulación del vencimiento del plazo contenida en el artículo 179°, el cual establece lo siguiente:

Artículo 179.- El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Del análisis normativo del artículo previamente citado, cuando se señala que el plazo está establecido en beneficio del deudor significa que el acreedor no puede exigir prestación sino hasta cuando expire el plazo. La consecuencia lógica de lo anterior es que el efecto del plazo impacta en el derecho de crédito del acreedor mediatizándolo y prolongando su exigibilidad en el tiempo. Es por ello que el plazo sirve para extender la posibilidad de exigir el derecho de crédito del acreedor. Según ello, el plazo opera sobre el derecho del acreedor pero no necesariamente retarda la posibilidad de cumplir con la prestación. Lo último representa la excepción

a la regla cuando el pago antes del vencimiento del plazo y dicha situación se origina en la voluntad del propio deudor.

Por el contrario, cuando el plazo establecido en beneficio del acreedor significa que éste puede exigir, en cualquier momento del íter obligacional, el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor, y éste no puede pagar antes del plazo porque el acreedor es quien determina cuándo se entiende por cumplida la obligación. Por todo lo mencionado, el acreedor tiene el beneficio de la exigibilidad del plazo: por ejemplo, podemos pensar en la devolución anticipada en el contrato de depósito recogida en el artículo 1833°⁽⁷⁵⁾.

Entonces, al encontrarnos ante un supuesto de resolución del contrato por vencimiento del plazo esencial, el tiempo que media entre el momento de la celebración del contrato y el que está previsto negocialmente funge de límite en la medida que se pueda cumplir con la prestación.

Por último, el artículo 179° señala la última hipótesis en la cual el plazo está dispuesto a favor de ambas partes. La ejecutabilidad y exigibilidad de la prestación son del mismo modo afectadas de suerte que antes de la expiración del plazo, el deudor no puede ejecutar prestación y el acreedor no puede reclamar la ejecución de la misma.

Se puede afirmar, entonces, que el transcurso del plazo previsto lesiona el interés del acreedor y genera, en consecuencia, el incumplimiento definitivo del contrato por el vencimiento del propio plazo que resulta siendo esencial para la consecución de su objetivo.

En síntesis, se puede incorporar el plazo esencial bajo la normativa del Código Civil peruano de 1984, mediante la cláusula resolutoria expresa, indicando

(75) Artículo 1833° del Código Civil peruano de 1984.- El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si éste se niega a recibirlo, debe consignarlo.

expresamente que la entrega tardía hace inútil el interés del acreedor. En función a ello, el solo transcurso del tiempo, sin necesidad de la constitución en mora, activará la tutela resolutoria, a través del pacto de la resolución expresa.

Conclusiones

Debemos destacar que los remedios en general encuentran sustento en la Ética a Nicómaco mediante un juicio de justicia correctiva, lo que significa corregir el equilibrio patrimonial y el equilibrio de la operación económica que subyace a cada contrato, o el decaimiento del sinalagma funcional. En virtud a ello es que se prevé un elenco de remedios con la finalidad de corregir dicha anomalía. Algunos remedios buscan la conservación del contrato, otros buscan sólo evitar que la parte siga viéndose afectada por el incumplimiento, empleando la tutela resolutoria para poner fin al contrato, o como una medida preventiva.

De lo estudiado precedentemente, existen remedios generales y remedios particulares. Los remedios generales se encuentran regulados en el artículo 1219° del Código Civil peruano de 1984. Dentro de este primer grupo de remedios, encontramos los siguientes: (i) El empleo de las medidas legales; (ii) La ejecución forzada por el propio acreedor; (iii) La ejecución forzada por un tercero; y (iv) La tutela resarcitoria. Dentro del segundo grupo de remedios que tutelan la economía contractual frente al fenómeno del incumplimiento, debemos resaltar el remedio resolutorio. Los remedios resolutorios se clasifican en: (i) La resolución por incumplimiento; (ii) La resolución judicial o arbitral; (iii) La Cláusula Resolutoria Expresa; y (iv) La resolución por vencimiento del plazo esencial.

En suma, estos son los remedios que protegen al contrato desde una perspectiva general buscando, a través del juicio de justicia correctiva, la tutela de la parte afectada con el incumplimiento. 