

Pacto Comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria

Miguel Torres Méndez
Abogado. Profesor de Derecho Civil
(Contratos) de la PUC.

INTRODUCCION

Tradicionalmente la doctrina contractualista ha identificado al Pacto Comisorio con la Resolución por Incumplimiento. Es decir, ha considerado que se trata de una institución jurídica a la cual se le conoce indistintamente bajo estos dos nombres y que reviste dos modalidades: el Pacto Comisorio Tácito y el Pacto Comisorio Expreso.

La primera parte del objeto de este trabajo consiste en demostrar que esta identificación de conceptos no es correcta y que el Pacto Comisorio es una institución jurídica que no tiene modalidades. Asimismo, la segunda parte del objeto de este trabajo consiste en el estudio y análisis de la "Intimación Resolutoria".

PRIMERA PARTE: "PACTO COMISORIO" Y "RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO"

I. CONCEPTO DE PACTO COMISORIO

En el título del "Contrato con Prestaciones Recíprocas" de la Sección Primera del Libro VII referente a los "Contratos en General", el artículo 1428º del Código Civil establece que en esta clase de contratos cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato.

Como se puede apreciar, esta norma está otorgando, ante el supuesto de hecho que regula -incumplimiento de un contrato con prestaciones recíprocas-, un derecho de opción a la parte cumplidora que se perjudica con dicho incumplimiento. Tal derecho de opción consiste, como textualmente señala la norma, en solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato. En realidad, esta norma sólo está

agregando otro derecho que puede ejercer la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra. Tal derecho es el ejercicio de la resolución del contrato. Este es un agregado porque el primer derecho que señala la norma (solicitar el cumplimiento del contrato), no es otra cosa que el ejercicio de la ejecución forzada de la obligación, que es efecto propio de todas las obligaciones (Artículo 1219º inciso 1).

A este derecho de opción que tiene la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra en un contrato con prestaciones recíprocas tradicionalmente se le conoce con el nombre de "Pacto Comisorio". El nombre obedece a que esta institución jurídica tiene su antecedente en la "Lex Commisoria" del Derecho Romano.

Se debe apreciar bien entonces que el Pacto Comisorio está conformado por estos dos derechos opcionales: el derecho a ejercer la ejecución forzada de la obligación y el derecho a la resolución del contrato. Por eso es que es de la esencia, es de la naturaleza de esta institución jurídica, el derecho de optar, entre cualquiera de estos dos derechos, que tiene el titular de la misma. Este es, pues, el verdadero concepto de el Pacto Comisorio. El mismo se encuentra consagrado por la doctrina moderna. Así, JOSE MARIA GASTALDI lo define como aquella institución "de los contratos con prestaciones recíprocas en virtud de la cual la parte cumplidora del contrato, frente al incumplimiento culpable de la contraria, tiene una opción de exigirle el cumplimiento o pedir la resolución del contrato" ⁽¹⁾.

Es preciso remarcar, en consecuencia, que la Resolución por Incumplimiento es parte integrante del Pacto Comisorio y no se identifica o es el Pacto Comisorio mismo, como algunos erróneamente han

(1) Gastaldi, José María "Pacto Comisorio" Buenos Aires 1985, pág. 41.

apreciado. Así, es el caso de JUAN FARINA, entre otros, que explicando el concepto de esta institución señala lo siguiente: "Es lo que se entiende por pacto comisorio. Autores modernos prefieren hablar de resolución por incumplimiento, que comprende el pacto comisorio (expreso) y el derecho de resolución por incumplimiento (pacto comisorio tácito)"⁽²⁾. En realidad nada hay más inexacto, porque este último derecho, como se ha demostrado, es uno de los dos derechos respecto de los cuales puede la parte cumplidora optar por su ejercicio consistiendo verdaderamente esta opción en el Pacto Comisorio. Esta situación, como puede comprobarse, no es una apreciación arbitraria, pues es la forma en que legislativamente todas las codificaciones civiles, que acogen la reciprocidad contractual, regulan al Pacto Comisorio, entre los cuales figura el Código Civil peruano.

Se puede apreciar bien entonces que la diferencia resulta ser a todas luces sustancial, pues es de causa-efecto. Es decir, el Pacto Comisorio es causa de la Resolución por Incumplimiento; y viceversa, la Resolución por Incumplimiento es efecto del Pacto Comisorio. O lo que es lo mismo, es por razón de que en todo contrato con prestaciones recíprocas se encuentra implícito el Pacto Comisorio, que la parte cumplidora puede optar por ejercer la Resolución por Incumplimiento.

Ahora, es conveniente investigar el motivo que dio lugar a esta errada confusión ya resuelta. Es decir, ¿por qué casi toda la doctrina confunde el Pacto Comisorio con la Resolución por Incumplimiento como si se tratara de una misma institución?. Al parecer, puede apreciarse que ello se debe a que la novedad de la institución del Pacto Comisorio es en realidad el derecho de resolver el contrato, ya que, como se ha visto, el otro derecho, exigir el cumplimiento del mismo, no es otra cosa que uno de los efectos propios de toda obligación. Es la tan conocida y usada institución denominada "*Ejecución Forzada de la Obligación*". Como ésta no era, dentro de la institución del Pacto Comisorio, un derecho novedoso a ejercer, si no por el contrario, un derecho ya conocido, al Pacto Comisorio se le apreció más significativamente entonces a través del otro derecho que ofrece a optar o escoger; el cual es, pues, la Resolución por Incumplimiento.

Se podría decir entonces que se llegó a considerar –debido a la novedad de la Resolución por Incumplimiento como un derecho a través del cual se van a alcanzar derechos totalmente opuestos a los alcanzados a través de la ejecución forzada– a este derecho como el más importante y significativo del

Pacto Comisorio. Es decir, se llegó a considerar que dentro del Pacto Comisorio la Resolución por Incumplimiento es el derecho que más prima o sobresale, habida cuenta que la ejecución forzada no constituye novedad alguna en el marco contractual por darse en todos los contratos, mientras que la Resolución por Incumplimiento es una institución propia y exclusiva de los contratos con prestaciones recíprocas únicamente. Esta importancia o interés que ofrece la Resolución por Incumplimiento con respecto al Pacto Comisorio es tan marcada que se ha llegado, pues, al punto de llegar a identificar como una sola institución a ambas instituciones, cuando en realidad, como se ha demostrado, la primera es parte de la segunda.

La apreciación que acaba de hacerse no es arbitraria, ella resulta del análisis de la opinión de uno de los más especializados en la materia, JUAN FARINA, el cual sobre el particular señala lo siguiente: "*No obstante las observaciones precedentes, una larga tradición y el uso casi uniforme de la doctrina, hacen que muchas veces utilicemos como valor entendido la denominación "pacto comisorio tácito", como posibilidad otorgada por la ley al acreedor, de elegir la resolución del contrato en caso de incumplimiento de la otra parte*"⁽³⁾.

II. ¿MODALIDADES?

Este derecho de opción en que consiste el Pacto Comisorio tradicionalmente ha sido clasificado en dos modalidades o tipos: el Pacto Comisorio Tácito o Legal y el Pacto Comisorio Expreso o Voluntario. A continuación se demostrará que sólo hay un Pacto Comisorio, el cual es el tácito o legal. Para tal efecto, se procederá a estudiar cada una de estas supuestas modalidades por separado.

– PACTO COMISORIO TACITO O LEGAL

Se trata del derecho de opción, en referencia, establecido por la ley y no por acuerdo de las partes contratantes. Como es la ley la que lo incorpora al contrato, ello significa entonces que en todo contrato con prestaciones recíprocas se encuentra implícito dicho pacto. Es decir, basta la sola celebración del contrato para que se considere incluido el Pacto Comisorio sin que haya sido necesario que las partes lo acuerden expresamente. De ahí entonces su calificación como "*tácito*".

– PACTO COMISORIO EXPRESO O VOLUNTARIO

(2) Farina, Juan "*Rescisión y Resolución de Contratos*" Rosario 1965, pág. 63.

(3) Farina, Juan, *op. cit.*, pág. 96.

Si, como se ha demostrado, todo contrato con prestaciones recíprocas cuenta ya con Pacto Comisorio sin que haya sido necesario que las partes lo hayan pactado expresamente, resulta entonces absurdo y contradictorio la existencia de un Pacto Comisorio que tenga que ser pactado expresamente. En efecto, si ya se encuentra incorporado implícitamente en el contrato el derecho de opción en que consiste el Pacto Comisorio, ya no se requiere entonces que dicha opción se acuerde expresamente. Por tal razón, resulta ser totalmente erróneo e inadecuado hablar de un "Pacto Comisorio Expreso".

El mal llamado "Pacto Comisorio Expreso" consiste en una especial operatividad de uno de los derechos que ofrece en opción el único Pacto Comisorio (el tácito), el cual es la Resolución por Incumplimiento. Tal especial operatividad consiste en que si la parte cumplidora finalmente opta por la Resolución por Incumplimiento, ésta debe producirse en la forma que las partes han acordado. Dicha forma consiste en una resolución de pleno derecho, obteniéndose ella con la sola comunicación a la parte incumplidora de que se hace uso del mal llamado "Pacto Comisorio Expreso".

El erróneamente denominado "Pacto Comisorio Expreso" consiste entonces en el pacto por el cual las partes acuerdan la forma en que se resolverá el contrato en caso que la parte cumplidora opte finalmente por la resolución del mismo. Se puede apreciar, en consecuencia, que este pacto resulta ser en realidad un complemento accesorio del verdadero Pacto Comisorio (el tácito). Ello se debe a que para poder ejercer el Pacto Comisorio Expreso, o sea para poder resolver el contrato de la forma acordada en este pacto, necesariamente se tiene que ejercer primero el Pacto Comisorio Tácito. En efecto, si la parte cumplidora va a resolver el contrato en la forma acordada en el Pacto Comisorio Expreso es que previamente ha ejercido ya el Pacto Comisorio Tácito al haber optado precisamente por la resolución del contrato en vez de la ejecución forzada del mismo. En tal medida, a este pacto expreso no debería calificársele, pues, como pacto comisorio, siendo su nombre apropiado el de "Cláusula Resolutoria Expresa", como acertadamente lo denominan el Código Civil italiano (Artículo 1456^º) y el Código Civil peruano (Artículo 1430^º).

La "Cláusula Resolutoria Expresa" entonces, es un elemento accidental del contrato que puede complementar el "Pacto Comisorio Tácito" de un contrato con prestaciones recíprocas, siendo este último pacto, por el contrario, un elemento natural de dicho contrato.

El Pacto Comisorio, en consecuencia, no tiene modalidades. Sólo existe un Pacto Comisorio, el cual es el tradicionalmente calificado como "tácito" o "legal" por ser éstas sus características más notorias. El mal llamado "Pacto Comisorio Expreso" no se trata en

realidad de un pacto comisorio, sino de una "Cláusula Resolutoria Expresa".

III. CONCEPTO DE RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

Para desarrollar el concepto de esta institución jurídica es necesario primero precisar dos momentos distintos que pueden darse en el marco de la misma. Estos momentos son primero la resolución como derecho y segundo la resolución como extinción, ya consumada, del contrato.

En el primero de estos momentos se puede apreciar que la resolución del contrato, o sea su extinción, aún no se ha producido. El contrato sigue vigente, lo que ocurre es que frente al incumplimiento de la otra parte, la parte cumplidora tiene el derecho en virtud del Pacto Comisorio a optar por conseguir la extinción del contrato vía la resolución del mismo. La parte cumplidora tiene entonces el derecho a resolver el contrato, el cual, es pues, como ya se ha visto, uno de los derechos que conforman el Pacto Comisorio y sobre los cuales puede optar.

En este primer momento entonces, la institución bajo estudio se trata en realidad del "Derecho de Resolución por Incumplimiento".

En cuanto al segundo momento puede colegirse que se trata del derecho anteriormente mencionado, ya ejercido. El contrato ya no sigue vigente, pues ya se ha extinguido en virtud de la ineficacia definitiva que ha producido la resolución. Ya no se está entonces frente a un derecho por ejercerse, sino frente a una situación ya consumada, la cual es la extinción del contrato debido a la resolución del mismo. Aquí se puede hablar entonces de la "Resolución por Incumplimiento" propiamente dicha.

El concepto de "Resolución por Incumplimiento" puede apreciarse, en consecuencia, en estos dos momentos. El nombre de la misma obedece a que ella se produce debido al incumplimiento de la otra parte.

Se debe complementar el concepto de esta institución señalando que se trata, además de uno de los efectos propios y exclusivos de los contratos con prestaciones recíprocas. En realidad, de acuerdo a lo desarrollado en los puntos anteriores, debería decirse que es el Pacto Comisorio y no la Resolución por Incumplimiento la institución que es efecto propio de este tipo de contratos, ya que la segunda forma parte de la primera y ésta se encuentra presente siempre en estos contratos por ser un elemento natural de ellos. Sin embargo, se mantendrá la consideración de efecto a la Resolución por Incumplimiento y no al Pacto Comisorio (sin que ello signifique que son lo mismo) debido a que la otra institución que forma parte del

Pacto Comisorio (la Ejecución Forzada) no es propia y exclusiva de los contratos con prestaciones recíprocas, sino de todos los contratos.

IV. MODALIDADES DE RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

Como toda resolución, ésta puede producirse sólo de dos modos: judicialmente y de pleno derecho, habiendo dentro de esta última tres sub-modalidades.

1) RESOLUCION JUDICIAL

Se trata de la resolución que debe obtenerse mediante sentencia judicial. Para tal efecto, se debe interponer la "*Acción Resolutoria*" que es el procedimiento judicial correspondiente. El Código Civil peruano lo regula en el artículo 1428º, segundo párrafo. De acuerdo a lo dispuesto por esta norma, esta modalidad de resolución resulta sumamente útil cuando no se ha pactado ninguna posibilidad de resolución de pleno derecho y lo que se quiere conseguir definitivamente es la resolución del contrato eliminando la posibilidad de que la parte incumplidora pueda cumplir finalmente el mismo.

2) RESOLUCION DE PLENO DERECHO

Opuesta a la primera, ésta es la resolución que se obtiene sin necesidad de decisión judicial y puede darse a través de tres distintas modalidades: "*Resolución por Intimación*", "*Resolución por Cláusula Expresa*" y "*Resolución por Vencimiento de Plazo Esencial*".

– Resolución por Intimación

Se trata de la resolución de pleno derecho que se obtiene luego de hacerse efectivo el apercibimiento de la "*Intimación Resolutoria*". El Código Civil peruano le regula en el artículo 1429º conjuntamente con esta intimación por ser una de las dos situaciones que puede producir la misma. No necesita pactarse en el contrato, por lo que la parte cumplidora puede obtenerla alternativamente a la resolución judicial. Doctrinariamente se le conoce también a esta resolución de pleno derecho como "*Resolución por Autoridad del Acreedor*".

– Resolución por Cláusula Expresa

Se trata de la resolución de pleno derecho que se

obtiene en virtud de la "*Cláusula Resolutoria Expresa*", o mal llamada "*Pacto Comisorio Expreso*", que ya ha sido estudiado. Como bien lo define RIVIERE WEIS ET FRANELET esta situación es "*la clásica por la cual las partes reglan ellas mismas dentro de su contrato la forma como se resolverá, en caso de inejecución, por una u otra, de sus obligaciones*"⁽⁴⁾. Incidiendo, pues, sobre el asunto, esta institución no es un pacto comisorio. Como resulta evidente apreciar, para hacer uso de esta cláusula ella debe pactarse expresamente en el contrato.

– Resolución por Vencimiento de Plazo Esencial

Se trata de la resolución de pleno derecho que se obtiene luego de que la parte cumplidora decide, después de haberse vencido el plazo para el cumplimiento de la prestación de la parte incumplidora, no exigir el cumplimiento de la misma. Como puede apreciarse, esta resolución puede producirse sólo si se tipifica el vencimiento del plazo esencial como incumplimiento definitivo, como en efecto lo es. De lo contrario, al no haber incumplimiento definitivo, no cabría entonces resolver el contrato de esta forma, sino sólo por cualquiera de las otras formas ya estudiadas.

Al parecer, ésta ha sido la razón por la cual el Código Civil peruano no ha regulado esta resolución de pleno derecho. Así es, la incorporación de esta institución hubiese resultado contradictoria y discordante con uno de los supuestos de mora automática del deudor regulado por este Código. Dicho supuesto es el regulado en el inciso segundo del artículo 1333º y consiste en la mora automática por vencimiento de plazo esencial. Prescribe esta norma, en este inciso, que no es necesaria la intimación para que la mora exista cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiera sido motivo determinante para contraerla.

Como se puede apreciar, el Código Civil peruano ha tipificado en realidad un verdadero supuesto de incumplimiento definitivo como un supuesto de mora, lo cual constituye un grave y considerable error. Pues si la esencialidad del plazo proviene de la propia prestación, ello significa que no existe ningún interés para un cumplimiento tardío o moroso. Por tal razón, la función del plazo esencial consiste precisamente en determinar que jurídicamente no es posible un cumplimiento moroso. En consecuencia, vencido este plazo esencial la situación jurídica en que incurre el deudor no puede ser en absoluto la de mora, porque en ésta aquél aún puede efectuar un cumplimiento de este tipo (moroso), situación que no guarda interés

(4) Citado por José León Barandiarán "Comentarios al Código Civil Peruano" T.I., Buenos Aires 1954, pág. 250.

alguno para el acreedor. La situación en que verdaderamente incurre el deudor no es otra, pues, que la de incumplimiento definitivo. Definitivo porque ya no cabe cumplimiento alguno del contrato. Ya no puede configurarse, por tanto, mora alguna; porque ésta es una situación de incumplimiento no definitivo.

Esta situación se encuentra ampliamente respaldada por la doctrina moderna. Así, JOSE BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO señala que: "*El algunos casos, por el contrario, el término constituye un requisito esencial de la prestación, de tal modo que el cumplimiento fuera del plazo fijado supone tanto como incumplimiento, porque la satisfacción del interés del acreedor está vinculado a que se realice en el término fijado. El término, en estos casos, se denomina esencial*"⁽⁵⁾. JESUS CARDENAL FERNANDEZ señala asimismo que: "*Una de las hipótesis con más frecuencia invocada en la doctrina y en la jurisprudencia en la que el retraso del deudor en cumplir la prestación a su cargo constituye incumplimiento definitivo, es la que nace de la inobservancia del tiempo de cumplimiento en aquellas obligaciones que se hallan provistas de un término esencial*"⁽⁶⁾. Para luego seguir afirmando: "*La prestación y el término se identifican y la tardanza determina el incumplimiento*"⁽⁷⁾. ANDREOLI, por su parte, afirma que vencido este término esencial "*no puede el deudor eliminar la resolubilidad del contrato cumpliendo tardíamente la prestación*"⁽⁸⁾. Por último, RENE PADILLA señala al respecto que: "*Es valor reconocido y aceptado que el retardo en cumplir implicará inejecución definitiva cuando la obligación, aunque todavía materialmente susceptible de cumplimiento, ya no prestará utilidad al acreedor cuando se lo haga. Entonces, no habrá tampoco mora*"⁽⁹⁾. Y finaliza diciendo que: "*conferimos a este supuesto una latitud mayor que la siempre indagación de la naturaleza de la obligación cualificada por la presencia del plazo esencial objetivo, para que el solo retardo desencadene una inejecución definitiva*"⁽¹⁰⁾.

Se puede concluir al respecto, entonces, que esta es otra institución jurídica incorrectamente denominada. La mal llamada "*Mora Automática por Vencimiento del Plazo Esencial*" no es un supuesto de mora, sino de "*Incumplimiento por Vencimiento de Plazo Esencial*". Pero así, lamentablemente, el hecho de que la ley no lo tipifique como incumplimiento definitivo, sino como mora, como lo hecho por el Código Civil peruano, ello significa que su naturaleza sea, pues, incorrectamente la primera y no la segunda.

Siendo entonces para el Código Civil peruano el vencimiento del plazo esencial un supuesto de

mora y no de incumplimiento definitivo, se puede comprender entonces por qué no resultaba concordante y acorde la incorporación de la "*Resolución por Vencimiento de Plazo Esencial*" en este Código. Efectivamente, el vencimiento de este plazo no puede tener dos naturalezas distintas en un mismo ordenamiento. No puede ser un supuesto de mora automática del deudor y un incumplimiento definitivo a la vez. No teniendo entonces esta última naturaleza y siendo la misma, como se ha visto, requisito para que opere la "*Resolución por Vencimiento de Plazo Esencial*", el Código Civil peruano no pudo, pues, incorporar este tipo de resolución.

SEGUNDA PARTE: "LA INTIMACION RESOLUTORIA"

I. CONCEPTO

Se ha determinado ya que la "*Resolución por Intimación*" es la resolución de pleno derecho que se obtiene luego de hacerse efectivo el apercibimiento de la "*Intimación Resolutoria*". Corresponde ahora determinar en qué consiste esta intimación. Para tal efecto, se debe recurrir a un análisis cuidadoso de la norma que regula esta institución, el artículo 1429º, primer párrafo, del Código Civil. Esta norma, en este párrafo, establece que en el caso del artículo 1428º 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 quede resuelto.

Se puede apreciar claramente entonces que esta norma está otorgando otro derecho a la parte cumplidora, además de la opción que tiene entre solicitar el cumplimiento o la resolución de contrato. Es decir, partiendo del Pacto Comisorio (por eso el enunciado de la norma parte aludiendo a la norma que regula este pacto), otorga otro derecho, el cual es el derecho de exigir conjuntamente, en principio el cumplimiento del contrato; o, sustitutoriamente, o en defecto de éste, resolver el mismo. De esta manera este derecho adicional que otorga esta norma puede resultar sumamente útil cuando no se desea ejercer la opción en que consiste el Pacto Comisorio. Efectivamente, si se ejerce este pacto se tiene que optar por uno sólo de los derechos que ofrece el mismo excluyentemente.

(5) Beltrán de Heredia y Castaño, José "*El Cumplimiento de las Obligaciones*" Madrid 195, pág. 265.

(6) Cardenal Fernández, Jesús "*El Tiempo en el Cumplimiento de las Obligaciones*" Madrid 1979, pág. 74.

(7) Ibidem., pág. 75.

(8) Andreoli, "*Appunti sulla clausula risolutiva espressa e sul termine*

essenciale" en "*Rivista Trimestale di Diritto e procedura civile*" Roma 1950, pág. 76.

(9) Padilla, René "*La Mora en las Obligaciones*" Buenos Aires 1983, pág. 57.

(10) Ibidem, pág. 58.

Por el contrario, a través de este derecho opcional, sin tener que optar excluyentemente, puede exigirse, alternativamente, los dos derechos que ofrece el Pacto Comisorio. Así, al ejercerse este derecho se efectuaría sólo una opción primigenia sobre uno de los derechos que ofrece este pacto (exigir el cumplimiento) el cual puede ser sustituido o reemplazado, en su defecto, por el otro derecho que ofrece dicho pacto (la resolución).

Este derecho adicional se ejerce, pues, a través de la intimación que regula el artículo 1429º del Código Civil peruano.

Como lo que se exige entonces a través de esta intimación es en primer lugar el cumplimiento del contrato y, subsidiariamente, la resolución del mismo; dicho cumplimiento se exige acompañado de un apercibimiento, el cual consiste precisamente en la situación subsidiaria o que en defecto del cumplimiento también se exige: la resolución. Puede apreciarse, en consecuencia, que es de la esencia de esta intimación el apercibimiento resolutorio. Se intima bajo apercibimiento de resolución para obtener prioritariamente el cumplimiento del contrato, consiguiéndose ésta sólo cuando se hace efectivo dicho apercibimiento.

Por tal razón, como el apercibimiento de resolución debe acompañar necesariamente a esta intimación, es más conveniente y acertado denominarla "*Intimación Resolutoria*". Porque se intima para el cumplimiento del contrato bajo la amenaza de resolución del mismo.

Ahora bien, no debe confundirse entonces la "*Intimación Resolutoria*" con la "*Resolución por Intimación*" o también denominada "*Resolución por Autoridad del Acreedor*" como lo hace HUGO FORNO al señalar que si no se ha pactado cláusula resolutoria expresa y hay incumplimiento "*solo quedan como alternativas la resolución en vía judicial o poner en movimiento el mecanismo extrajudicial de resolución por autoridad del acreedor*"⁽¹¹⁾. Este mecanismo al que hace referencia este autor se trata estrictamente de la "*Intimación Resolutoria*" y no de la "*Resolución por Autoridad del Acreedor*" porque la resolución de este tipo en ese momento es incierta de obtenerse. En realidad, pues, las alternativas que tiene la parte cumplidora en el caso aludido son la "*Resolución Judicial*" y la "*Intimación Resolutoria*", figura ésta que no necesariamente conduce a la resolución del contrato ya que a través de ella se puede obtener también el cumplimiento del

mismo. Sólo si luego de ejercerse esta intimación, se ha hecho caso omiso de ella, se habrá obtenido entonces la "*Resolución por Autoridad del Acreedor*" o más propiamente llamada "*Resolución por Intimación*". De lo contrario, si habiéndose ejercido, esta intimación es acatada, lo que se habrá obtenido entonces no es la resolución del contrato bajo esta forma, sino el cumplimiento del mismo.

No deben confundirse, pues, ambas instituciones. La "*Intimación Resolutoria*" es requisito para la resolución de este tipo, por eso se llama "*por intimación*"; lo que a la postre conduce a concluir que toda "*Resolución por Intimación*" supone la "*Intimación Resolutoria*", pero no toda "*Intimación Resolutoria*" supone "*Resolución por Intimación*". Por eso es que el Código Civil peruano, en forma acertada, si bien lo hace en una misma norma, regula estas dos instituciones separadamente. En efecto, el primer párrafo del artículo 1429º regula la "*Intimación Resolutoria*" y el segundo párrafo de la misma regula la "*Resolución por Intimación*". El error está, pues, en considerar que se trata de una sola institución la regulada en esta norma.

II. UTILIDAD PRACTICA

Se puede decir que la utilidad práctica que ofrece esta institución es en parte cierta y en parte incierta. Será cierta y muy eficaz, sólo en el caso que la parte cumplidora desee indistintamente el cumplimiento o la resolución del contrato de manera rápida y segura. Es decir, cuando a dicha parte le sea indiferente conseguir una u otra situación, con tal que sea en forma rápida, la "*Intimación Resolutoria*" le resultará sumamente útil y práctica, pues a través de ella podrá conseguir cualquiera de dichas situaciones en un plazo corto que establezca, el mismo que no puede ser menor de quince días.

Pero si el caso es que esta parte desea definitivamente sólo una de estas situaciones, la utilidad práctica de la "*Intimación Resolutoria*" le resultará sumamente incierta. Ello se debe a que, como se ha visto, a través de esta intimación puede conseguirse indistintamente cualquiera de dichas situaciones. Así, si por ejemplo lo que desea dicha parte es sólo la resolución del contrato, porque ya no le interesa el cumplimiento del mismo, si ejerce esta intimación pretendiendo conseguirla, pueda que no obtenga este resultado y, por el contrario, obtenga el resultado opuesto; es decir, el cumplimiento. Viceversa, si lo único que desea es el cumplimiento, no interesándole la resolución, si ejerce esta intimación pretendiendo conseguirlo, puede suceder que no obtenga este resultado; sino, por el contrario, obtenga el resultado opuesto, en este caso, la resolución.

(11) Forno, Hugo "*La Resolución por Incumplimiento*" en "*Temas de Derecho Contractual*" dirigida por Manuel de la Puente y Lavalle y Jorge Muñoz, Lima 1987, págs. 122 y 123.

Como se puede apreciar, el resultado que se llegue a obtener no depende de la intimación misma, sino de las posibilidades de la parte incumplidora o, en el peor de los casos, del arbitrio de ésta. En efecto, finalmente de estas dos últimas situaciones dependerá el resultado que consiga la parte cumplidora al ejercer la "*Intimación Resolutoria*". Por tal razón, como se explicó al comienzo, sólo en el caso que a la parte cumplidora le sea indistinto conseguir tanto el cumplimiento como la resolución del contrato, le resultará muy útil y práctico ejercer la "*Intimación Resolutoria*". Si lo que desea es obtener definitivamente sólo una de estas situaciones, la utilidad práctica de esta intimación dependerá entonces un poco del azar, en el sentido que puede como que no puede llegar a obtener el resultado que definitivamente desea. En tal medida, la "*Intimación Resolutoria*", para este caso, resultará, si cabe el término, un arma de doble filo. Resultará muy útil y práctica si la parte cumplidora

tiene la suerte de obtener a través de ella el resultado que definitivamente desea. De lo contrario, si no tiene esta suerte, no le resultará útil y práctica, sino inútil y perjudicial. Este es, en consecuencia, el riesgo que conlleva, para este caso en particular, la "*Intimación Resolutoria*".

Por lo tanto, si la parte cumplidora encontrándose en este caso no desea asumir este riesgo, no es recomendable, pues, ejercer la "*Intimación Resolutoria*"; sino la "*Resolución Judicial*" (Artículo 1428º segundo párrafo) o la "*Ejecución Forzada*" (Artículo 1219º inciso 1) según sea el caso.

A manera de colofón, debe decirse que el presente trabajo ha consistido básicamente en la precisión de los conceptos correspondientes a tres instituciones jurídicas contractuales debido a que los conceptos que tradicional y doctrinariamente se les ha otorgado a las mismas no resultaban ser lo más acordes o correctos.