Resolución por incumplimiento contractual

Alfredo F. SORIA AGUILAR(*)
Sofía ANCHAYHUAS CORONADO(**)

I. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

Para entender a la resolución contractual por incumplimiento, resulta necesario reconocerla como uno de los supuestos de ineficacia del acto jurídico.

Por ello, antes de determinar los alcances específicos de la resolución por incumplimiento contractual, desarrollaremos brevemente, la ineficacia del acto jurídico.

La ineficacia de un acto jurídico no es la simple falta de producción de los efectos al celebrar el contrato, sino que, un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica, o porque aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, esta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio.

(*) Docente de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad del Pacífico. Árbitro del OSCE y del Centro de Arbitraje de la PUCP.
(**) Bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Taller de Derecho Civil "José León Barandiarán" de la UNMSM.

La ineficacia puede ser: (i) por una causa estructural (intrínseca o vinculada a la invalidez del acto jurídico) o (ii) por una causa distinta que se configura cuando el negocio ya existe y es válido (extrínseco o no vinculada a la invalidez del acto jurídico). La doctrina reconoce estos dos escenarios de ineficacia como ineficacia estructural e ineficacia funcional respectivamente, los cuales desarrollaremos a continuación.

1. Ineficacia estructural

En la ineficacia estructural, la imperfección se encuentra en la génesis del acto defectuoso y se vincula con la "ausencia o defecto de los elementos esenciales en el proceso de formación negocial, o mejor dicho, una cuestión de invalidez[(1)]". En consecuencia, la ineficacia estructural se vincula con los supuestos de invalidez efectiva (nulidad[(2)]) o invalidez potencial (anulabilidad[(3)]).

2. Ineficacia funcional

Según Zannoni "un acto puede ser ineficaz en razón de defectos o irregularidades constitutivos, es decir, que afectan en la estructura del acto jurídico, también hay otros supuestos en los que la ineficacia **sobreviene** en razón de que las estipulaciones del negocio, intrínsecamente idóneos dejan de constituir para los sujetos una regulación de intereses dotada de sentido"[(4)].

No compartimos la terminología utilizada por Zannoni dado que el término "**sobreviniente**" que podría entenderse que solamente comprende a supuestos posteriores a la celebración del contrato, no incluye todos los supuestos de ineficacia funcional. Por lo que resulta más conveniente entender que este tipo de ineficacia tiene una causa exterior al negocio, es decir, no se trata de una causa vinculada a la estructura o validez del acto, sino que afecta el funcionamiento del mismo. Es así que, concordamos con Betti al denominar este tipo de ineficacia como "ineficacia

(1) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Segunda edición, Grijley, Lima, 1997, p. 516.
(2) Artículos 219 y 220 del Código Civil.
(3) Artículos 221 y 222 del Código Civil.
(4) ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 125.

extrínseca"[5]. Este término permite incluir dentro de sus alcances, a aquellos supuestos de ineficacia que podrían presentarse al momento de la celebración del acto jurídico, por ejemplo, como ocurre con las figuras de la recisión, la inoponibilidad o la falta de legitimidad para contratar.

II. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL COMO SUPUESTO DE INEFICACIA FUNCIONAL

Como hemos descrito, la ineficacia puede ser funcional, lo que supone un acto jurídico válidamente celebrado, pero que se tornará ineficaz por una causa exterior al negocio.

Precisamente dentro del supuesto de ineficacia funcional encontramos a la resolución contractual por incumplimiento. Por ello Roppo[6] ha señalado que "(…) la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación".

III. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO DERECHO POTESTATIVO

El derecho de resolución por incumplimiento se caracteriza por constituir un mecanismo de tutela que el orden jurídico pone a disposición de la parte fiel del contrato para provocar la ineficacia de este, eliminando del espectro jurídico los efectos que el contrato hubiere producido.

La resolución no es una condición resolutoria que opera automáticamente. Constituye un derecho cuyo ejercicio dependerá de la parte fiel del contrato, es decir, ante la verificación del incumplimiento, el acreedor puede optar resolver la relación jurídica o recurrir otros remedios contractuales[7]: Como lo afirma Forno, "la resolución por

(5) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Trad. Martínez Pérez, Madrid, 1959, p. 348.

(6) ROPPO, Vicenzo. *El contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Primera edición peruana, Lima, 2009, p. 859.

(7) Por ejemplo, exigir al deudor simplemente la ejecución de lo pactado, solicitar judicialmente la ejecución forzada, procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, entre otros.

incumplimiento es un mecanismo de tutela puesto en interés del acreedor como una alternativa a su derecho al cumplimiento y por ello se configura frecuentemente como un derecho potestativo cuya actuación debe quedar librada a su entero arbitrio[8]".

IV. PRESUPUESTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Para que la parte fiel pueda ejercer el derecho resolutorio ante el incumplimiento contractual es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

a) Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas

El campo de acción de la resolución por incumplimiento es el de los contratos con prestaciones recíprocas, por cuanto la resolución busca restablecer el equilibrio que ha sido perturbado por el incumplimiento de una de las partes intervinientes.

Como bien lo sostiene Zamudio "no se debe entender el término prestación en forma técnica, esto es, un comportamiento material para la satisfacción del acreedor, pues esta perspectiva resulta bastante limitada, pues no todos los contratos que se encuentran tipificados en el Código Civil, por ejemplo, producen obligaciones. Por prestación, aquí, se debe comprender toda aquella ventaja que las partes contrayentes se intercambian una a favor de la otra en un contrato, esto, sin hesitación expresa de un concepto más amplio: atribuciones patrimoniales"[9]. De lo que podemos concluir que la vinculación entre las partes contratantes se encuentra gobernada por lo que en doctrina se conoce como "sinalagma funcional" o "correspectividad", en este sentido compartimos la opinión de Castro cuando afirma que "el ámbito de la resolución por incumplimiento parece ser, entonces, la correspectividad contractual, la cual, empero, no está referida a las prestaciones, porque, estas, en los

(8) FORNO FLORES, Hugo. "El plazo esencial y la tutela resolutoria". En: AA.VV. *Estudios sobre el Contrato en General*. Selección, traducción y notas de Leysser León. ARA Editores. Segunda edición, Lima, 2004, p. 998.

(9) ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. Resolución por incumplimiento e inaplicación del artículo 1372 del Código Civil". En; *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº130, Lima, julio 2009, p. 120.

contratos con efectos no obligacionales, no se presentan, sino a los resultados útiles (enriquecimientos o ventajas patrimoniales) obtenidos gracias a la actuación del programa contractual"[10].

b) Que exista incumplimiento

La resolución por incumplimiento del contrato tendrá como presupuesto que una de las partes no haya ejecutado la "prestación" a su cargo. Como ya hemos comentado, el término prestación alude a toda aquella ventaja que las partes contrayentes se intercambian una a favor de la otra en un contrato.

El incumplimiento va a estar siempre en función del programa contractual establecido por las partes, por lo que es en función de este que se establecerá si el contrato ha sido cumplido o no.

V. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Para optar por la resolución del contrato por incumplimiento, además de los presupuestos enunciados, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

a) Que la prestación sea posible de ser cumplida

En nuestro sistema se distingue la resolución por imposibilidad sobreviniente de la resolución por incumplimiento. Al respecto, debe decirse en general que nos encontramos ante un supuesto de resolución de contrato cuando el mismo deja de surtir los efectos inherentes a su tipo; en otras palabras, la relación contractual instaurada entre las partes se extingue.

Dicha extinción puede producirse por dos causas: a) porque **la prestación a cargo de una de las partes es imposible de ser cumplida** y, por ende, en aplicación del concepto de correspectividad, la correspondiente contraprestación no debe ejecutarse; o b) porque una parte contractual

(10) CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "La resolución judicial por incumplimiento del contrato". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 87. Lima, diciembre 2009, p. 78.

declara la extinción de los efectos del contrato debido al incumplimiento de su contraparte.

Precisamente los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil regulan el segundo supuesto, esto es, la resolución por incumplimiento.

Para que pueda operar el remedio resolutorio, uno de sus requisitos es que la prestación pueda ser cumplida. Ello resulta evidente dado que si la prestación fuera imposible de cumplir, la resolución del contrato operaría de pleno derecho, sin necesidad de que el acreedor ejerza facultad alguna, conforme lo establecen los artículos 1431 y 1432 del Código Civil.

b) Que el incumplimiento sea relevante

Nuestro Código Civil no tipifica las características del incumplimiento que da lugar a la posibilidad de ejercer el derecho potestativo de resolución. Sin embargo, la doctrina contemporánea acepta, de forma pacífica, que el incumplimiento que habilita a ejercer la facultad resolutoria, no puede ser un incumplimiento de escasa importancia.

En virtud al principio de conservación del contrato que concibe a la resolución como un remedio residual, así como el principio de buena fe, recogido en el artículo 1362 del Código Civil[11], podemos concluir que la resolución solo tiene cabida en aquellos supuestos en los que el incumplimiento debe ser relevante, es decir, de una importancia tal que influya en la economía del contrato y que haga imposible seguir vinculado a él, es decir, se requiere un incumplimiento importante, grave o esencial. Por ello, Forno ha sostenido que "(…) si se tiene un incumplimiento de escasa importancia, la resolución no es una opción válida para en el ordenamiento peruano (…), para determinar cuándo es que el incumplimiento de una de las partes es de tal entidad como para justificar la resolución, debe atenderse a las reglas de la buena fe, considerando que el incumplimiento debe ser cualitativo, cuantitativo o temporal (…)"[12].

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

(12) FORNO FLÓREZ, Hugo. "La resolución por intimación". En: *Themis*. Nº 38. Lima, 1999. p. 114. En Similar sentido.

Conforme con lo indicado, la regla general es que el contrato no puede resolverse por un incumplimiento de escasa importancia. Esto tiene su principal sustento en un criterio de proporcionalidad toda vez que la resolución contractual constituye un remedio sumamente drástico que implica la extinción del contrato. Una medida tan extrema no sería, en modo alguno, razonable que se aplique ante un incumplimiento mínimo o de escasa importancia.

Si es que, como regla general, la resolución contractual resultara aplicable ante cualquier incumplimiento, por más irrelevante que sea, se incentivaría comportamientos oportunistas y antojadizos.

La gravedad del incumplimiento se encuentra relacionada "(...) por un lado, con la entidad objetiva de la infracción, y por otro lado, con la entidad de la lesión producida al interés del acreedor (...)"[13]; esto es que, para efectos de evaluar dicha noción, se debe recurrir a la apreciación tanto de criterios cuantitativos, como de criterios cualitativos que se presentan al momento de producirse el incumplimiento.

Según la aplicación del criterio cuantitativo u objetivo, a fin de evaluar la gravedad del incumplimiento del deudor, debe tomarse en cuenta si el incumplimiento del mismo es total o estamos ante un cumplimiento parcial. Si es total, no existe duda alguna que cuantitativamente hablando el incumplimiento es grave; en cambio, cuando nos encontramos ante un supuesto de cumplimiento parcial, debe efectuarse una comparación de aquello que ya fue ejecutado por el deudor respecto de aquello que falta ejecutar. Nos encontraremos ante un incumplimiento grave si luego de la comparación efectuada, se concluye que lo cumplido es mínimo respecto a lo que falta cumplir.

Por otro lado, según el criterio cualitativo o subjetivo, se evalúa si el incumplimiento es de tal naturaleza que se concluya que el mismo produce la lesión del interés del acreedor, por cuanto se considera que alcanza a la economía global del contrato afectando el propósito práctico tomado en cuenta por las partes, en tanto justificativo de la contratación misma.

(13) SACCO, Rodolfo. "La Resolución por Incumplimiento". En: AA.VV. *Estudios sobre el Contrato en General*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. ARA Editores. Segunda edición, Lima, 2004, p. 955.

c) Que el legitimado para ejercitar el derecho potestativo de resolución no haya inejecutado la prestación a su cargo

Para que una parte se encuentre legitimada para solicitar la aplicación del remedio resolutorio por el incumplimiento de la otra parte, la primera no debe haber incumplido la obligación a su cargo. Esto significa que la resolución por incumplimiento solo procede cuando quien solicita su actuación no ha incumplido con ejecutar la prestación a su cargo.

VI. MECANISMOS RESOLUTORIOS ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO CIVIL

Una vez que se ha verificado el incumplimiento contractual, existen dos vías para resolver el contrato. Una es la vía judicial de resolución contractual en la que el juez declara la resolución del contrato; y la otra vía, es la resolución extrajudicial del contrato, denominada también como resolución por autoridad del acreedor, en la que la resolución contractual opera sin necesidad de intervención judicial. A continuación desarrollaremos los alcances básicos de cada una de dichas vías:

1. Resolución judicial

La resolución por autoridad jurisdiccional es aquella que se actúa a través de un proceso judicial o arbitral en donde la ineficacia contractual tiene lugar como consecuencia de una sentencia constitutiva. En tal sentido, en el artículo 1428 del Código Civil se señala que:

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

Sobre la resolución judicial consideramos necesario efectuar las siguientes precisiones:

a) Consecuencias de la notificación de la demanda

Si el interés de la parte fiel ya no puede ser satisfecho con la prestación originalmente debida por el deudor y este opta por la resolución del contrato por la vía judicial, entonces, la parte demandada no podrá

cumplir la prestación y quedará sujeta a lo que se resuelva en la acción judicial correspondiente a partir de la fecha de la citación de la demanda. Este criterio ha sido expresamente reconocido por el artículo 1428 del Código Civil cuando establece en su segundo párrafo que: "(…) a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación (…)".

Como señalan Osterling y Castillo[14], ello resulta lógico, ya que en virtud de la norma sustantiva, se deja a opción del acreedor entre solicitar el cumplimiento o demandar la resolución del contrato, por lo que sería injusto permitir que el deudor, luego de ser citado con la demanda, deje sin efecto esta decisión a través de su ejecución. Por ello, al igual que Forno, compartimos la idea de que "si el acreedor ha perdido ya todo el interés en el cumplimiento y por ello no está dispuesto a recibir la prestación, recurrirá a la resolución judicial impidiendo de ese modo que el deudor cumpla a partir del momento en que es emplazado con la demanda"[15].

Queda claro que el objetivo de la interposición de una demanda dirigida a la resolución es la obtención de una sentencia constitutiva que tendrá como finalidad el desvanecer los efectos contractuales.

Cabe indicar que, en materia arbitral, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje (petición de arbitraje). Ello de conformidad con la octava disposición complementaria del Decreto Legislativo Nº 1071, publicado el 28 de junio de 2008. Esta norma, de acuerdo con su tercera disposición final, entró en vigencia el 1 de setiembre de 2008, para efectos de lo dispuesto en el artículo 1428 del Código Civil.

(14) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Efectos del incumplimiento". En: *Lumen*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Número 5, Lima, enero-diciembre 2004, p. 70.

(15) FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por intimación". Ob. cit., p. 105.

b) La demanda de resolución judicial por incumplimiento constituye un acto de interpelación si es que no existiera situación moratoria previa

De La Puente afirma que "en el caso del artículo 1428 del Código Civil, para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento debido a retraso es necesario que previamente la parte incumpliente sea constituida en mora, mediante la interpelación correspondiente, debiendo mediar un lapso prudente entre la interpelación y la demanda de resolución para permitir al moroso ejecutar la prestación a su cargo"(16). Sobre este aspecto, discrepamos respetuosamente del maestro De La Puente, pues entendemos que existen múltiples supuestos en los que al acreedor no le interesa el cumplimiento de la prestación y precisamente para estos supuestos se habilita la resolución judicial.

Nos referimos, por ejemplo, a los supuestos de las obligaciones con plazo esencial. En estos supuestos no tendría sentido alguno, ni resultaría necesario, exigir el cumplimiento de la prestación, y menos aun esperar algún plazo para que el deudor cumpla con subsanar el incumplimiento. Por ello, consideramos que, a través de la vía de la resolución judicial del contrato, lo que propuso el legislador es evitar que el acreedor tenga que otorgar plazos posteriores para la subsanación del incumplimiento que es la regla general para la resolución extrajudicial.

Sin duda, si es que frente a una situación de incumplimiento, el acreedor considera que el cumplimiento de dicha prestación aún le resulta de utilidad, aunque sea extemporáneamente, el acreedor tendrá incentivos para recurrir al mecanismo extrajudicial de resolución por intimación, dado que esa vía permitirá al deudor subsanar su incumplimiento. Sin embargo, si el acreedor ha evaluado que el incumplimiento de la contraparte ha lesionado de tal manera su interés que este ha mutado radicalmente, a punto tal que ya no puede ser satisfecho con la prestación originalmente debida por el deudor, el acreedor tendrá expedita la posibilidad de interponer una demanda judicial de resolución por incumplimiento.

(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Ob. cit., p. 342.

Si el acreedor no quiere que se ejecute la prestación otorgándole plazo para que el deudor subsane su incumplimiento, no parece lógico exigir al acreedor que es la parte fiel en la ejecución del contrato, que previamente tenga que constituir en mora al deudor.

c) Efectos de la sentencia resolutoria

Como hemos anotado, si es que el acreedor ha solicitado la resolución judicial de la relación jurídica contractual es porque, usualmente, ha perdido todo el interés en el cumplimiento. Por ello, no resultaría en modo alguno razonable que la relación jurídica continúe teniendo efectos hasta que se emita la sentencia que declara la resolución del vínculo contractual.

En tal sentido, consideramos que declarada la resolución de la relación jurídica por el juez, la ineficacia del contrato operaría desde el momento en que la parte demandada recibió la citación de la demanda. Por ello, compartimos plenamente la opinión de De La Puente cuando sostiene que "los efectos de la sentencia resolutoria pueden retrotraerse a la fecha de la citación con la demanda. Esto no quiere decir que la resolución se produzca por el hecho de plantearse la demanda, sino que la resolución existe por razón de la sentencia que la declara fundada, pero tiene efecto a partir del momento de la aludida citación"[17].

2. Resolución extrajudicial de la relación jurídica contractual

La resolución extrajudicial del contrato evita el largo y muchas veces engorroso trámite judicial además permite que, de manera expeditiva, el acreedor pueda liberarse del contrato celebrado en caso de incumplimiento de su contraparte. Pese a las ventajas expresadas, como lo sostiene Ibáñez "la vía extrajudicial presenta el inconveniente de que no da la certidumbre que emana de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada"[18].

(17) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Ob. cit., p. 334.
(18) IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 249.

En nuestro país, el acreedor puede resolver extrajudicialmente la relación jurídica contractual recurriendo a las siguientes alternativas:

i) Resolución por intimación (artículo 1429 del Código Civil) que, como regla general, resulta aplicable para dejar sin efecto cualquier relación jurídica, sin necesidad de pacto alguno. Como acertadamente afirma Forno, la resolución por intimación establecida por el artículo 1429 del Código Civil, "no requiere de una estipulación de las partes porque este derecho de resolución emana directamente de la ley"[19].

ii) Resolución de pleno derecho (artículo 1430 del Código Civil) que requiere una cláusula resolutoria expresa, pactada por las partes, para dejar sin efecto el contrato de pleno derecho.

A continuación desarrollaremos estos dos supuestos de resolución extrajudicial del contrato establecidos por nuestra legislación.

2.1. Resolución por intimación (artículo 1429 del Código Civil)

La resolución contractual es el remedio extremo contra el incumplimiento contractual porque implica la extinción definitiva de la relación jurídica. Por ello, entendemos que el legislador estableció, como regla general, que en caso de incumplimiento, el acreedor no pueda resolver automáticamente el contrato, sino que, como lo expresa el artículo 1429 del Código Civil, el acreedor debe intimar a su contraparte, el deudor, otorgándole un plazo para que este último subsane su situación de incumplimiento y solamente si es que no hubiera cumplido con hacerlo, quedará resuelta la relación jurídica que los vincula.

Siendo que en nuestro Código Civil se recoge el principio denominado "de conservación del contrato", ello trae, como lógica consecuencia, que el tratamiento legislativo a los remedios resolutorios tenga un carácter residual y de excepción, así como un cerrado campo de aplicación, desde que su finalidad esencial es fundamentalmente, en última instancia, producir la ineficacia de la relación contractual.

(19) FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por intimación". Ob. cit., p. 104.

Al respecto, como lo afirman Osterling y Castillo, "la doctrina nacional es unánime al establecer que la intimación debe contener el requerimiento a la parte infiel, la fijación de un plazo para que dentro de él satisfaga la prestación y el apercibimiento de que, si no satisface la prestación, el contrato queda resuelto"[20]. A continuación analizaremos cada uno de dichos elementos que resultan esenciales para que una relación jurídica deje de tener efectos, conforme con lo expresado en el artículo 1429 del Código Civil.

a) Requerimiento a la parte infiel

El requerimiento debe ser suficientemente claro. Es decir, el acreedor debe señalar con claridad el incumplimiento que imputa al deudor. No basta con que se indique genéricamente que se ha "incumplido obligaciones" porque ello no permitirá al deudor cumplir con la subsanación dentro del plazo expresado por su acreedor o podría afectar al deudor, en caso este último tenga que discutir algún aspecto de dicho requerimiento.

Este requerimiento no se encuentra supeditado a la previa constitución en mora del deudor porque, como lo sostiene acertadamente Forno, "nada impide que si la situación de mora todavía no se ha presentado, la propia intimación resolutoria, en tanto que exigencia de cumplimiento, provoque los efectos de la mora porque la interpelación consiste justamente en la exigencia de cumplimiento"[21].

Si bien el artículo 1429 del Código Civil dispone que el requerimiento se comunicará mediante carta por vía notarial, consideramos que no se trata de una forma solemne o de obligatorio cumplimiento pues, como lo establece el artículo 144 del Código Civil: "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto".

b) Fijación de plazo para la subsanación

Se trata de un plazo adicional que debe otorgar el acreedor al deudor para que este último subsane su situación de incumplimiento. Es decir, el

(20) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Efectos del incumplimiento". Ob. cit., p. 71.
(21) FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por intimación". Ob. cit., p. 116.

plazo pactado para cumplir oportunamente la prestación ha vencido, sin embargo, para dejar sin efecto el contrato en la vía extrajudicial, nuestro sistema establece como regla general que el acreedor debe otorgar un plazo adicional no menor de quince días, para que el deudor pueda subsanar su incumplimiento y con ello evitar la resolución del contrato. Si el deudor logra subsanar su incumplimiento dentro del plazo concedido, el contrato continuará siendo eficaz y no quedará resuelto.

El plazo no menor de quince días se computa por días naturales o días calendario y el plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, conforme con lo establecido por el artículo 183 del Código Civil(22).

El acreedor tiene la facultad de establecer el plazo para que el deudor subsane su incumplimiento. Sin embargo, el plazo que establezca el acreedor deberá respetar el plazo mínimo de quince días calendario establecido por el artículo 1429 del Código Civil, salvo que las partes hubieran pactado un plazo inferior.

Es posible que el plazo otorgado por el acreedor, aquel plazo no menor a quince días que aplica como regla general, no sea un plazo suficientemente adecuado para que el deudor pueda subsanar su incumplimiento. Esto no resulta objetable, en modo alguno, dado que el deudor contaba con un plazo convenido originariamente que ha dejado vencer y el acreedor otorga este plazo adicional y posterior al vencimiento originario, no menor a quince días, porque es el mínimo que exige la ley, cuando no hay pacto al respecto.

Como lo indica Ibáñez, "si el acreedor no fija el plazo adecuado o idóneo y se atiene al mínimo legal es porque carece realmente de interés

(22) **Artículo 183 del Código Civil.-** El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:
1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
2.- El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3.- El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

en el cumplimiento"[23] [24]. Al respecto, Forno sostiene que "el acreedor no tiene que evaluar cuánto tiempo necesitará el deudor para poder ejecutar íntegramente la prestación sino más bien en qué momento es que decaerá su interés en la prestación; ese momento es el que, bajo la forma de un plazo, debe establecer en su requerimiento"[25].

El pacto de un plazo inferior a los quince días para subsanar podría encontrarse justificado por múltiples razones, entre ellas, el interés del acreedor de poder liberarse del contrato en un plazo de menor tolerancia para la subsanación. Si las partes pueden convenir que el contrato pueda resolverse sin otorgar plazo de subsanación alguno, como ocurre en el supuesto de la resolución de pleno derecho, resulta razonable y no existe impedimento alguno para que reduzcan el plazo de subsanación propuesto por el Código Civil. Recordemos además que, conforme lo establece el artículo 1356 del Código Civil, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Precisamente, el artículo 1429 del Código Civil no constituye una norma imperativa que impida a las partes pactar en contrario. En consecuencia, las partes podrían pactar válidamente un plazo distinto al propuesto por la legislación.

c) Apercibimiento resolutorio

Si es que el acreedor pretende que el contrato quede resuelto, el apercibimiento debe ser incorporado en el requerimiento, de lo contrario, la comunicación será simplemente una intimación para el cumplimiento. Es más, debe tenerse en cuenta que incluso, como lo sostiene

(23) IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Ob. cit., p. 262.

(24) Sobre el particular, Borda sostiene que "es obvio que hay obligaciones que, por su naturaleza, no pueden cumplirse en ese plazo, como ocurre, por ejemplo, con la construcción de un edificio. En tal caso la concesión de un plazo de solo quince días parece una amarga burla. Pero hay que tener en cuenta que el deudor ha contado ya, por el contrato, con un plazo suficiente para cumplir y no podría obligarse al acreedor a conceder un nuevo plazo igual sin grave perjuicio de sus intereses y sin abierta violación de lo pactado". En: BORDA, Guillermo. *La reforma de 1968 al Código Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, Capítulo II, p. 989. Citado por MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Lexis-Nexis. Tercera edición, Buenos Aires, 2008, p. 137.

(25) FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por intimación". Ob. cit., p. 111.

Ibáñez, "en caso de duda, habrá que considerar que el requerimiento resolutorio no ha sido realizado y que el contrato no se ha resuelto"[26].

En su comunicación, el acreedor deberá señalar que el contrato quedará resuelto en caso el deudor no subsane el incumplimiento dentro del plazo otorgado. Otra posibilidad, consiste en indicar que el requerimiento se realiza conforme con lo expresado en el artículo 1429 del Código Civil, que regula la resolución por intimación.

Cabe anotar que, como lo expresa De La Puente, "el apercibimiento (…) no debe ser en el sentido que se podrá resolver el contrato, sino que este queda resuelto por el hecho del incumplimiento, siendo aconsejable, por ello, que se indique en el apercibimiento que la resolución se produce de pleno derecho"[27].

La relación jurídica quedará resuelta de pleno derecho. Es decir, la relación jurídica concluirá automáticamente, sin necesidad de notificación o acto adicional alguno, si es que el deudor no cumple con subsanar el incumplimiento en el plazo establecido.

Debe tenerse en cuenta que en los supuestos en los que el deudor subsana parcialmente o en aquellos en los que cumple defectuosamente, lo usual es que se considere que persiste el incumplimiento y en consecuencia, debe resolverse automáticamente la relación jurídica.

Decimos que es usual dicha consecuencia, dado que existen supuestos en los que el deudor subsana en gran parte (cumplimiento parcial) o subsana pero con un defecto mínimo (cumplimiento defectuoso) en lo que entendemos no cabría que se resuelva el contrato porque el acreedor estaría actuando de manera contraria a la buena fe[28] y ejerciendo abusivamente su derecho[29].

(26) IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Ob. cit., p. 253.
(27) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XV. Segunda parte, Tomo IV, Fondo editorial PUCP, Lima, 1993, p. 372.
(28) **Artículo 1362 del Código Civil.-**
"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".
(29) **Artículo II. Título Preliminar Código Civil.-**
"La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (…)".

Asimismo, respecto del carácter principal o accesorio del incumplimiento debe tenerse en cuenta lo que propone De La Puente[30] cuando expresa que: "En cuanto al carácter de la prestación ejecutada parcial, tardía o defectuosamente, coincido con el parecer de la doctrina en el sentido que debe tratarse de una prestación principal, pero que, tal como dice Mirabelli, la inejecución relativa de prestaciones accesorias puede considerarse relevante cuando pone en peligro la ejecución de prestaciones principales". Por ello, el incumplimiento de una prestación accesoria podría también motivar la resolución contractual si es que, en el caso concreto, el incumplimiento de dicha prestación, afecta el equilibrio entre las atribuciones patrimoniales.

2.2. Resolución de pleno derecho (artículo 1430 del Código Civil)

La facultad de resolver el contrato de pleno derecho ante el incumplimiento debe pactarse expresamente. El pacto de resolución de pleno derecho, denominado también como pacto comisorio, puede convenirse a favor de ambos contratantes o a favor de una sola parte. Cuando se establece el pacto de resolución de pleno derecho a favor de una sola parte, ello no significa que la otra no pueda resolver el contrato. La parte que no tiene a su favor el pacto de resolución de pleno derecho podrá resolver el contrato extrajudicialmente bajo la figura de la resolución por intimación o también puede optar por la resolución judicial del vínculo contractual presentando la demanda correspondiente.

Cuando existen obligaciones o estipulaciones en los que no tenga sentido alguno otorgar un plazo de subsanación, o en aquellos supuestos en los que el cumplimiento estricto de lo pactado es esencial o relevante, lo más conveniente será que se pacte la denominada cláusula de resolución de pleno derecho que establece el artículo 1430 del Código Civil. Por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones como la confidencialidad, la exclusividad, plazo esencial[31], entre otros supuestos, en los que el cumplimiento estricto de lo pactado es esencial.

(30) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *"El Contrato en General". Comentarios a la Sección Primera de Libro VII del Código Civil*. Tomo II. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 393.

(31) En el supuesto de las prestaciones con plazo esencial, el otorgamiento de un plazo adicional para que se subsane el incumplimiento carece de sentido práctico. En este supuesto, a

Esta estipulación permitirá que el acreedor, ante la verificación del incumplimiento, pueda contar con la facultad de dejar sin efecto el vínculo contractual de pleno derecho. Es decir, la resolución contractual se producirá automáticamente, sin dilación y sin necesidad de intervención judicial, desde el momento en que el deudor reciba la carta del acreedor comunicándole que quiere valerse de dicha cláusula. Cabe precisar que aun habiéndose pactado la cláusula de resolución de pleno derecho, el acreedor podría optar por dejar de ejercer dicha alternativa resolutoria, para sujetarse al procedimiento resolutorio, de aplicación general, establecido en el artículo 1429 del Código Civil. Es decir, el acreedor podría optar por otorgar un plazo para que el deudor subsane su incumplimiento y dejar sin efecto el contrato si es que el deudor no cumple dentro del plazo otorgado. En palabras de Miquel "nada obsta a que el acreedor diligente, desestimando el pacto comisorio expresamente convenido, eche mano del pacto comisorio implícito"(32).

Conforme hemos explicado, la cláusula resolutoria no opera automáticamente ante el incumplimiento sino desde que el deudor recibe la notificación del acreedor, comunicándole la decisión resolutoria. Es decir, resulta necesario que el acreedor ejerza la facultad resolutoria y comunique dicha decisión al deudor de la obligación. En palabras de Osterling y Castillo "para que el pacto comisorio produzca efectos se requiere que el posible incumplimiento esté previsto en el pacto y que la parte fiel curse comunicación en el sentido de querer valerse de la resolución"(33).

Cabe anotar que para encontrarnos dentro de los alcances del artículo 1430 del Código Civil, no basta con enumerar en una cláusula las distintas causales de resolución del vínculo contractual, sino que, resulta necesario que dicha estipulación permita entender que la resolución opera de pleno derecho o que se sujeta a los alcances del artículo 1430 del Código Civil. En palabras de Mosco "es necesario que se especifique y

falta de pacto que permita la resolución de pleno derecho, la única vía que podrá utilizar el acreedor es el de la resolución judicial, dado que no tendría sentido alguno otorgar un plazo adicional para que se subsane el incumplimiento.

(32) MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Tercera edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 152.

(33) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Efectos del incumplimiento". Ob. cit., p. 72.

concrete que se trata de una cláusula de tal clase, quedando patente que la voluntad se ha referido con toda certeza a la misma, para que de ella se derive la gravísima y excepcional sanción ipso jure, sin intervención estimativa del juez y sin posibilidad de dilación"[34].

Además, el propio artículo 1430 exige que las partes establezcan con toda precisión la prestación (o las prestaciones) cuyo incumplimiento son causales de resolución de pleno derecho. Es decir, una referencia genérica que indique, por ejemplo, "el incumplimiento de cualquier obligación convenida" no cumplirá con esa precisión exigida por la norma.

Cabe indicar que "si las partes determinan con toda precisión cuál es la prestación, por insignificante que esta sea, cuya inejecución absoluta o relativa da lugar a la resolución de pleno derecho, no cabe que el juez pueda impedir la resolución so pretexto de que el incumplimiento es de escasa importancia en relación con el objeto del contrato"[35].

Finalmente, al igual que Jiménez[36], consideramos que en los supuestos en los cuales no existe mora automática, no resulta necesario ni exigible que exista una comunicación de intimación previa para poder ejercer la facultad resolutoria. En efecto, el pacto que da lugar a la resolución de pleno derecho del vínculo contractual, implica que el acreedor no tiene interés en que se cumpla la prestación de manera distinta de lo pactado. En consecuencia, ese interés materializado en la cláusula resolutoria expresa, descarta la necesidad de intimación previa.

(34) MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Trad. José Pinto Riva, Dux, Barcelona, s.f. p. 205. Citado por: MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Lexis-Nexis. Tercera edición, Buenos Aires, 2008, p. 151.

(35) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil*. Ob. cit., p. 401.

(36) Específicamente, Jiménez sostiene que "para ejercer la atribución de la cláusula resolutoria expresa (art. 1430) (…) no se requiere intimación previa". En: JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "La intimación en mora como requisito para resolver una relación obligatoria, ¿Se extiende a la cláusula resolutoria expresa?". En: AA.VV. *Incumplimiento contractual*. *Acciones del acreedor contra el deudor*. Soto Coaguila, Carlos (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 171.