

res³⁹. Así pues, el “pacto en contrario” de las partes no podría tener en caso alguno una connotación favorable al deudor, *id est*, excluyente o limitativa de su responsabilidad obligacional por hecho ajeno; sólo podría ser agravatorio de ésta.

La conclusión anterior se funda en el texto del artículo 1328, en el que está consagrada la nulidad de toda estipulación limitativa o excluyente de responsabilidad para el deudor por el dolo o culpa inexcusable de los auxiliares. Según este último artículo, individualmente analizado, sólo cabría una especie de pacto de limitación de responsabilidad para el deudor: que las partes acordaran que el obligado va a quedar liberado de responsabilidad cuando sus colaboradores se conduzcan con culpa leve; sin embargo, un pacto semejante sería completamente redundante desde el momento que en el artículo 1325 ya se ha estipulado que la inejecución por culpa leve es el único grado de culpabilidad de los terceros por el que no le corresponde asumir responsabilidad al deudor; así pues, es a todas luces innecesario, que las partes estipulen una liberación de responsabilidad al deudor para dicha hipótesis, porque ese beneficio ya lo ha concedido la ley.

Aceptada que fuera la impronta subjetivista de nuestro Código Civil en torno de la responsabilidad por incumplimiento, el problema del que no se libra la regla del artículo 1328 es que limita la voluntad del deudor y del acreedor en cuanto a la posibilidad que ellos deberían tener para establecer – si así lo desean – que no se imputará responsabilidad al primero

por el dolo o culpa inexcusable de sus auxiliares. Es suficientemente revelador, en tal sentido, que ese tipo de pactos sean pacíficamente admitidos en sistemas jurídicos como el alemán – que, como el nuestro, exige la culpa del tercero para la atribución de responsabilidad al deudor – y el italiano, cuyas experiencias pueden brindarnos, si no criterios definitivos, cuando menos pautas para inspirar una mejor interpretación de nuestras normas, y para su conveniente coordinación⁴⁰. En lo que coinciden esos dos sistemas es en la censura exclusiva del pacto liberatorio o limitativo de responsabilidad para el deudor por culpa propia; se han mantenido fuera de esa veda justificada los pactos del mismo tenor concernientes al dolo y la culpa de los auxiliares del deudor⁴¹.

Una réplica atendible ha observado que si el deudor no puede limitar su responsabilidad por culpa propia – en lo que el consenso es general – con menor razón podría hacerlo por la responsabilidad debida a la culpa de terceros, que son empleados por él para ejecutar la prestación debida⁴². A esto hay que responder, en primer lugar, que el efecto de un pacto equivalente no obstaculiza la responsabilidad extracontractual del tercero frente al acreedor (que no queda desamparado); en segundo lugar, que el acreedor, si así lo quiere, puede asumir el riesgo por la actuación de los terceros que apoyan a su deudor; y en tercer lugar, que el acreedor no necesariamente va a padecer una desprotección si se estatuye que el deudor no va a ser responsable del comportamiento doloso o culposo de sus auxiliares, porque puede

³⁹ Ese tipo de pactos de agravación de la responsabilidad no son vejatorios por sí mismos; deben ser vistos, en oposición, como una vía para “objetivar” la responsabilidad contractual. Vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, primera parte, t. III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 204, 212.

⁴⁰ Ya autores como BECQUÉ [op. cit., p. 312], ENNECCERUS y LEHMANN [op. cit., vol. I, § 43, pp. 226-227 y nota 2; y § 44, pp. 232-233] daban cuenta de la inexistencia de “reparos de índole moral” contrarios a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo del auxiliar.

Con nuestra regla actual no sería posible, por ejemplo, que las partes dispusieran que en caso de comportamiento culpable de los terceros en el cumplimiento, sean ellos, y no el deudor, los que respondan directamente frente al acreedor. Umberto BRECCIA [*Le obbligazioni*, en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 1991, pp. 615-616] señala que una cláusula “de liberación” (*di manleva*) en tal sentido sería totalmente válida, por tratarse de acuerdos que sin afectar las reglas de la responsabilidad contractual, inciden sólo en la determinación del sujeto imputable, de modo que ese lugar le corresponda, por ejemplo, al auxiliar y no al deudor mismo.

Mediante fallo del 21 de noviembre de 1988 [en NICOLÒ y STELLA RICHTER (dir.), op. cit., t. III-1, p. 1482], la Corte de Casación italiana estableció: “No puede considerarse prohibida por el artículo 1229 del Código Civil, y es válida por consiguiente, la así llamada cláusula de liberación (*clausola di manleva*), mediante la cual el adjudicante de una contrata (*appaltatore*) vuelca los deberes derivados por su propia responsabilidad frente a los terceros sobre el adjudicatario (*appaltatore*); y ello, cualquiera que fuera su grado de culpa, y aun en la hipótesis en que la misma se concretara en la violación de normas de ley - a condición, sin embargo, de que quien asuma tales deberes posea un interés”.

⁴¹ Más reflexivamente, un integrante de la Comisión que reformó el Código Civil de 1936, Jorge Vega García, propuso en 1973 una alternativa de texto que se seguía con fidelidad el régimen del Código Civil italiano; el artículo 195 de aquella propuesta, que debió recogerse, establecía: “Es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa inexcusable”. Vid.: Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil, t. II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, p. 165.

⁴² Vid., por todos, GARCÍA AMIGO, Manuel. Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Madrid: Tecnos, 1968, pp. 408-410.

pactarse válidamente, por ejemplo, que será el auxiliar mismo, y no el deudor que se vale de éste, quien asuma la responsabilidad por la insatisfacción del interés creditorio (v. supra nota 40).

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Dos eran los problemas que me propuse analizar al emprender el presente estudio, y sobre ellos trataré mis consideraciones conclusivas:

- a. En el juicio de atribución de responsabilidad indirecta por incumplimiento de obligaciones es prescindible el análisis del dolo o la culpa inexcusable de los terceros que colaboran en la ejecución de la prestación. Es impropio sostener que tales terceros puedan desarrollar una conducta de índole obligacional, dolosa o culposa *stricto sensu*, respecto del acreedor, puesto que entre éste y aquéllos no media un ligamen jurídico.
- b. Admitida, con el común de la doctrina y jurisprudencia de los ordenamientos civilistas contemporáneos, la imperiosidad de “objetivar” la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, según la primigenia fórmula debida a Osti, se constata que la única circunstancia que permite consentir que el deudor no sea responsable por la falta en la satisfacción del interés creditorio, lo constituye la imposibilidad sobre-

venida liberatoria debida a “causa extraña” – caso fortuito o fuerza mayor; esa liberación de responsabilidad para el deudor nunca puede venir dada por el solo hecho de que sus colaboradores en el cumplimiento actúen con “culpa leve”, puesto que a éstos no les es atribuible ninguna forma de culpabilidad “obligacional” respecto del acreedor.

- c. Aunque se decidiera mantener las directrices subjetivistas que han inspirado nuestro régimen legal en materia de incumplimiento de las obligaciones, siempre sería necesario reformar el primer párrafo del artículo 1328, de manera tal que quedara suprimida la parte que establece la nulidad del pacto, no inmoderado ni vejatorio *naturaliter*, de limitación de responsabilidad para el deudor por el dolo o la culpa inexcusable de sus auxiliares.

“*Post tenebras spero lucem*” reza la versión latina de una frase de Job (17:12) reproducida en los emblemas que adornaron las portadas originales de las dos partes de Don Quijote. De algún modo, también espero la luz después de las tinieblas; abrigo la esperanza, confío, en que las oscuridades que he procurado resaltar en el presente trabajo se superarán, si no por una creativa, revolvedora y objetivante, interpretación de nuestros jueces, sí por una razonada reforma futura.

RESOLUCIÓN POR INTIMACIÓN

Hugo Forno Flórez*

La resolución por intimación es una de las modalidades a través de las cuales puede manifestarse el derecho de resolver la relación contractual.

Se le ha caracterizado bajo la estructura de un derecho potestativo del acreedor que aparece en el momento en que se produce el incumplimiento por parte del deudor. Permite al acreedor, mediante declaración, fijar una fecha para el cumplimiento tardío de la prestación; plazo adicional -diferente del plazo normal de cumplimiento- luego del cual quien acree puede extinguir la relación contractual. Bajo esta figura el acreedor, al determinar el plazo, no evaluará si es suficiente para la ejecución de la prestación, sino en qué momento decaerá su interés en el cumplimiento de ella.

Este mecanismo resolutorio de carácter extrajudicial, previsto en el artículo 1429 del Código Civil, ha merecido, en el artículo que a continuación presentamos, un extenso y clarificador análisis por parte del autor.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Antecedentes. 3.- La omisión del legislador. 4.- Función de la resolución por intimación. 5.- Naturaleza jurídica. 6.- Presupuesto de la resolución por intimación. 7.- Procedimiento resolutorio. 8.- Formalidad de la intimación. 9.- Ámbito de la resolución por intimación. 10.- Alternativas del deudor intimado. 11.- Efectos.

1.- INTRODUCCIÓN

El artículo 1429 de nuestro Código Civil establece que en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su obligación¹, la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. El segundo párrafo del mismo artículo agrega que 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.

De esta manera, el legislador² del Código vigente introdujo un mecanismo de resolución por incumplimiento que era desconocido en nuestra legisla-

* Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima.

¹ En realidad el artículo 1429 del Código Civil no señala de manera directa cuál es el supuesto de hecho que debe configurarse para la aplicación de las consecuencias en él previstas, sino que lo hace indirectamente mediante remisión o referencia (*per relationem*) al artículo 1428. Así, debe entenderse que cuando el artículo 1429 señala que "En el caso del artículo 1428...", está ordenando que la consecuencia normativa dispuesta por él se aplique a la hipótesis que contempla la norma a la cual se remite, hipótesis que es la falta de cumplimiento de alguna de las partes de una obligación surgida de un contrato con prestaciones recíprocas.

² Es oportuno recordar que este precepto no estuvo incluido en el Proyecto de Código Civil que la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (conocida simplemente como "Comisión Reformadora") presentó en su momento al Poder Ejecutivo. Justo es reconocer que la atinada inclusión de la disposición que contiene el artículo 1429 fue obra, en efecto, de la comisión designada por el Congreso de la República para revisar dicho proyecto (denominada "Comisión Revisora"), y en particular de Jack Bigio Chrem, uno de sus miembros más conspicuos.

ción precedente y en particular en el Código Civil de 1936, pero que en cambio era ya familiar para otros ordenamientos jurídicos³. La utilidad que el precepto proporciona resulta más que evidente y no debería requerir de gran esfuerzo darle suficiente justificación. Son dos los aspectos que con mayor relevancia contribuyen a prestar la referida utilidad, haciendo de aquél un instrumento indispensable.⁴ En primer lugar, como puede apreciarse de una lectura incluso superficial del texto del artículo que se comenta, se trata de un mecanismo extrajudicial de resolución, es decir de un instrumento resolutorio que opera sin necesidad de pronunciamiento de la autoridad judicial, y que por tanto puede ser actuado directamente por el acreedor⁵.

Podría decirse que esta característica fue la que más pesó en la conciencia del legislador para introducir la figura, y aunque Max Arias Schreiber manifestó un inexplicable e inexplicable temor, la Comisión Revisora aprobó sin ambages la propuesta de Bigio⁶. Cuando se formuló la propuesta en el seno de la Comisión Revisora, el acceso al servicio de justicia administrado por el Poder Judicial encontraba ya serios inconvenientes y manifiestas limitaciones causados por diversos factores. Puede recordarse con indignación cómo una exagerada dilación en la atención y tramitación de los procesos muchas veces acarrea tanto perjuicio al justiciable como si al fin de cuentas la justicia le hubiera sido denegada. Era pues indispensable "introducir mecanismos ágiles para la solución de los conflictos entre particulares a fin de dar certeza a las relaciones jurídicas y de evitar los procesos judiciales ..."⁷; habida cuenta de que "... era conocido que en nuestro medio los procesos judiciales de resolución de contrato demoraban muchos años y que la dilación generalmente favorecía a la parte incumpliente, lo que el legislador no debía permitir"⁸.

La preocupación que manifiesta el legislador por la situación de la administración de justicia de la que da cuenta en 1983 como motivo de su propuesta, cobra una actualidad manifiesta y clamorosa. Los días que ahora vive el Poder Judicial nos permiten asistir a un deplorable espectáculo de desorden,

caos y de total pérdida de los valores, para no hablar de una vergonzosa orfandad intelectual, materiales con los cuales se construye el reino de los pícaros, el paraíso de los deudores sin escrúpulos que faltan sin miramientos a sus compromisos y obtienen provecho ilegítimamente a costa del perjuicio de sus acreedores. En un contexto de esta naturaleza, el reforzamiento de la protección del crédito es una exigencia insoslayable e ineludible ante la cual se presentan como una alternativa indispensable y asumen un rol estelar los mecanismos de autotutela privada que tan poca atención sistemática han recibido, y que por ende debemos desarrollar, fortalecer y fomentar. En consecuencia, aunque de ello habremos de hablar tempestivamente, la misma - profunda- extrañeza que manifestó el legislador de la Comisión Revisora por no encontrar un precepto como éste en el proyecto que recibió de la Comisión Reformadora para su revisión, tenemos que manifestar nosotros por no haber encontrado en el Código vigente una regulación completa de la resolución por intimación sino más bien una institución fragmentada (según tendremos ocasión de exponer más adelante) así como la total ausencia de un precepto que consagre la resolución por vencimiento de plazo esencial, que tanta falta hace en la práctica y que tanta utilidad ha mostrado en las legislaciones comparadas que tuvieron el tino de incorporarla.

La segunda característica de notable importancia del instituto que ahora nos ocupa, reside en que no requiere de una estipulación de las partes porque este derecho de resolución emana directamente de la ley. En tal sentido resulta un magnífico (aunque fatalmente incompleto) complemento de aquel otro mecanismo extrajudicial de resolución por incumplimiento que es la cláusula expresa de resolución y que, como su nombre lo indica, debe estipularse en forma expresa para que pueda surgir el derecho potestativo de resolución. Antes de que nuestro ordenamiento jurídico incorporara la resolución por intimación, los contratantes tenían solamente la resolución por cláusula expresa como instrumento resolutorio extrajudicial, de manera que si no cuidaban de estipularla oportunamente, llegado el caso

³ Códigos civiles como el alemán (parágrafo 326), el italiano de 1942 (artículo 1454), el argentino (artículo 1204 modificado por la Ley N° 17711), el etíope (artículo 1774) y el boliviano (artículo 570) ya lo contemplaban cuando se elaboró el texto del proyecto que más tarde se convirtió en el artículo 1429 de nuestro Código.

⁴ Lamentablemente, como explicaremos después, la figura no está completa, lo que le resta funcionalidad y eficacia.

⁵ A ello se debe que, como veremos más adelante, un sector apreciable, incluyendo al propio legislador (ver: Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, Diario Oficial El Peruano, 8 de abril de 1989, separata especial, páginas 6 y 10), denomine a esta figura "Resolución por autoridad del acreedor".

⁶ Bigio Chrem, Jack. En: Exposición de Motivos Oficial, cit., pág. 10.

⁷ Ibid, loc. cit.

⁸ Ibid, loc. cit.

no les quedaba más remedio que enfrascarse en un juicio de resolución largo y costoso, pero sobre todo de resultados imprevisibles. A partir de la vigencia del Código Civil de 1984, los contratantes tienen un instrumento resolutorio extrajudicial que no requiere de estipulación. Así, si no se incluyó la cláusula expresa de resolución en el programa contractual, o si fue prevista respecto de una prestación que no es la que ahora ha incumplido el deudor, el acreedor puede escoger entre dos mecanismos de resolución aunque no los haya estipulado, a saber: la resolución judicial y la resolución por intimación.

Dentro de este orden de ideas, si el acreedor ha perdido ya todo 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 demanda⁹. Esta circunstancia le permitirá acumular otras pretensiones, como la de restitución de su prestación si el acreedor ya hubiera ejecutado la que se encontraba a su cargo; y acumulará también la de resarcimiento de daños y perjuicios si acaso el incumplimiento los hubiera provocado. Contará además con la certeza y estabilidad que proporciona la autoridad de la cosa juzgada. Pero si el acreedor no puede someterse al tiempo excesivamente prolongado que supone contar con una sentencia de resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, lo que supondría el transcurso de dos instancias y frecuentemente la casación, y siempre que su interés en el cumplimiento no se encuentre del todo comprometido,¹⁰ puede recurrir al mecanismo extrajudicial de resolución por intimación¹¹. Lamentablemente no existe mecanismo extrajudicial

que ante la ausencia de una estipulación permita al acreedor directamente obtener la resolución. Esta deficiencia la analizaremos más adelante.

La circunstancia ya anotada de que mediante este mecanismo la resolución se obtiene como consecuencia del ejercicio del derecho potestativo correspondiente por parte del interesado, sin que deba recurrir al auxilio judicial, ha determinado que algunos tratadistas le denominen Resolución por Autoridad del Acreedor¹². Esta denominación no es incorrecta; por lo demás se trata de un tema convencional de índole meramente distintivo, siendo evidente que lo que realmente importa al usar una denominación es que se sepa a qué entidad se quiere hacer referencia con ella. Sin embargo, es verdad que en todos los mecanismos extrajudiciales de resolución por incumplimiento, el fenómeno extintivo se produce por autoridad del acreedor, con lo cual una tal denominación no sería suficientemente precisa o adecuadamente distintiva. Por tal razón, identificaremos esta figura con el nombre de Resolución por Intimación.

2.- ANTECEDENTES

Como ya se dejó anotado, la resolución por intimación no tiene antecedente legislativo en el Perú; pero no era desconocida por otros ordenamientos jurídicos. Nuestro legislador -el de la Comisión Revisora- declara que sus fuentes de inspiración para la elaboración del artículo 1429 se encuentran en los códigos civiles de Alemania, de Italia, de Argentina, de Etiopía y de Bolivia, y en el Código de Comercio de Argentina.¹³ De todos ellos, los más antiguos en la

⁹ La excesiva demora con la que los jueces califican las demandas y emplazan a los demandados y el restablecimiento de las vacaciones judiciales pueden muchas veces lesionar el interés del acreedor en la resolución, si el deudor se apresura a ejecutar su prestación después de que el acreedor interpone su demanda de resolución; pero antes de que sea notificada al deudor. De igual manera, la ventaja que proporciona al acreedor el impedimento de cumplimiento que el segundo párrafo del artículo 1428 del Código Civil impone al deudor, y que resulta instrumental a su interés en la resolución, quedará gravemente comprometida cuando entre en vigencia la obligación dispuesta por el artículo 6 de la Ley 26872, de involucrarse en un procedimiento de conciliación como requisito de procedibilidad para plantear una demanda de resolución judicial. Dentro de este orden de ideas, si la forma que el acreedor tiene para evitar un cumplimiento tardío que ya no le es útil es emplazando a su deudor con la demanda de resolución, pero para poder demandarlo debe necesariamente agotar el trámite de una conciliación, el deudor podría cumplir extemporáneamente evitando la resolución y perjudicando el interés del acreedor en la resolución que ya no podrá ser actuada pues el vínculo se habrá extinguido por cumplimiento.

¹⁰ Aquí se encuentra el defecto de la institución, puesto que el acreedor no cuenta con un instrumento de resolución extrajudicial (que no requiera de estipulación previa) para el caso en que ya no tenga en absoluto interés en el cumplimiento sino más bien en la inmediata y directa resolución de la relación contractual.

¹¹ De esta manifiesta ventaja dan cuenta COSTANZA, M.. *Della Risoluzione per Inadempimento*. artículo 1454. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca, a cura di Francesco Galgano*. Bologna - Roma: La nichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, 1990. p. 433. CRISCUOLI, G.. *Il Contratto*, Padova: CEDAM, 1996. Pág. 480. SCOGNAMIGLIO, R. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, p. 357. RAMELLA, A. La resolución por Incumplimiento. Buenos Aires: Astrea, 1979. p. 156.

¹² Ver: Exposición de Motivos Oficial. cit., p. 6, 10. También lo denomina de este modo, entre otros, LAVALLE, J. *Código Civil*. Buenos Aires: Astrea. 1984. T. 5, p. 998. Inclusive nosotros también hemos utilizado este nombre para la figura en otro lugar (Resolución por incumplimiento. En: *Temas de Derecho Contractual*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 121 y siguientes).

¹³ Exposición de Motivos Oficial, cit., p. 10.

regulación de esta figura, y por tanto los que han servido de modelo para las codificaciones posteriores, son el Código Civil alemán y el italiano de 1942, en ese orden.¹⁴ Sobre los antecedentes que inspiraron el artículo 1454 del Código Civil italiano vigente las opiniones no son pacíficas, pues hay quienes piensan que el párrafo 326¹⁵ del BGB también inspiró al legislador italiano¹⁶, y hay quienes consideran que en Italia el instituto en cuestión constituye el punto de arribo de una lenta evolución experimentada por las modalidades de resolución extrajudicial que fueron previstas para el contrato de compraventa primero por el artículo 97 del Código de Comercio italiano de 1865 y más tarde por el artículo 67 del Código de Comercio italiano de 1882¹⁷. Sin embargo, el primer párrafo del artículo 1517 del Código Civil italiano vigente, ubicado precisamente en la parte relativa al contrato de compraventa, tiene un texto muy similar al del artículo 67 del Código de Comercio italiano de 1882, de manera que no se puede sostener que esta última norma haya experimentado una lenta evolución que culminó en un instituto distinto -el de la resolución por intimación- que el Código Civil italiano recoge en el artículo 1454. Todo parece indicar que el referido artículo 67 ha experimentado un leve *aggiornamento* -y no una pronunciada evolución- al ser acogido en el artículo 1517 del Código Civil italiano vigente; pero que no es antecedente inmediato del artículo 1454 de ese código.

La evidente afinidad entre la norma que contiene el primer párrafo del párrafo 326 del BGB y el instituto de la resolución por intimación otorga la razón a quienes piensan que es el Código alemán el que ha

servido de fuente de inspiración a los códigos posteriores, empezando por el Código Civil italiano vigente. Sin embargo, es menester poner de relieve -y sobre esto regresaremos más adelante- que una grave ligereza ha impedido ponderar en su real dimensión el segundo párrafo del párrafo 326 del Código Civil alemán, y debido a ello se ha omitido incluir en el Código Civil peruano de 1984, que ha regulado por primera vez la resolución por intimación, la norma que el referido párrafo contiene. Esta lamentable omisión nos entrega un instituto fragmentado en el cual el fenómeno resolutorio podría observarse como una solución subsidiaria y subordinada, porque el acreedor previamente debe pasar necesariamente por la pretensión de cumplimiento.

3.- LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR

Como ya hemos tenido ocasión de exponer, el legislador tenía en mente una cosa muy clara cuando incorporó la resolución por intimación. Buscaba un mecanismo de resolución de la relación contractual, es decir una forma de tutela liberatoria que permitiera al acreedor liberarse de la relación jurídica ante el incumplimiento del deudor; pero que para lograrlo no tuviera que pasar por el tamiz de la autoridad judicial sino que, como exponíamos líneas atrás, se configurara como mecanismo de autotutela privada, que operara, por ende, extrajudicialmente por autoridad del acreedor. Por lo demás hemos recordado ya, al efectuar la introducción de esta figura, que esa fue la justificación que pesó en la conciencia del legislador cuando decidió introducir la resolución por intimación; es decir, una forma de resolución que consistía por un lado en un mecanis-

¹⁴ Es verdad que los códigos argentinos son más antiguos, pero han regulado la resolución por intimación a partir de leyes modificatorias posteriores a los códigos alemán e italiano. En el Código de comercio argentino se introdujo la figura en 1963 mediante Decreto Ley 4777 / 63, y en el Código Civil de ese país la introdujo la Ley 17711 en 1968.

¹⁵ El párrafo 326 del BGB tiene el siguiente texto: "Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra puede señalarle un plazo prudencial para la ejecución de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o a desistir del contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la pretensión al cumplimiento está excluida. Si la prestación, hasta el transcurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del párrafo 325, párrafo 1, inciso 2. Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1 sin que sea necesaria la determinación de un plazo."

¹⁶ Es el caso de Enrietti y de Mosco, citados por COSTANZA, M. op. cit., p. 435, nota 1; y de Aragona, citado por SMIROLDO, A. *Profili della Risoluzione per Inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 81, nota 9.

¹⁷ Es la conocida tesis de SMIROLDO, A., op. cit., p. 97, 98, que comparte COSTANZA, M., op. cit., p. 433, 434. Las normas mercantiles recordadas en el texto, parecen ser, más bien, el antecedente inmediato del artículo 1517 ubicado en sede de compraventa en el código italiano vigente. En efecto, el primer párrafo del artículo 67 del Código de Comercio de 1882 indicaba que: "En la venta comercial de cosa mueble la condición resolutoria tiene lugar de derecho a favor de la parte que antes del vencimiento del término establecido para el cumplimiento del contrato haya ofrecido a la otra parte, en los modos usados en el comercio, la entrega de la cosa vendida o el pago del precio, si ésta no cumple su obligación"; por su parte, el primer párrafo del artículo 1517 del Código Civil Italiano vigente señala que "La resolución tiene lugar de derecho a favor del contratante que, antes del vencimiento del término establecido, haya ofrecido al otro, en las formas de uso, la entrega de la cosa o el pago del precio, si la otra no cumple la propia obligación". GRECO, P., y COTTINO, G. (*De la Vendita*. En: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca*. Bologna-Roma: Zanichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, 1981. p. 395-396.) no sólo destacan la similitud entre estas dos normas sino que ellos también ponen de relieve que la norma del primer párrafo del artículo 1517 contiene un remedio peculiar, distinto de la resolución por intimación.

mo extrajudicial, y que además no requería ser incluida en el programa contractual mediante un pacto específico como sí es necesario en el caso de la resolución por cláusula expresa. Pero insistimos, el legislador buscaba una forma de permitir al acreedor liberarse de la relación contractual en caso de incumplimiento. Recuérdese que el legislador motiva el instituto en el hecho de que los procedimientos judiciales de resolución de contrato demoran muchos años y que la dilación generalmente favorece a la parte incumpliente, lo que el legislador no puede permitir.¹⁸ Es manifiesta pues, la intención del legislador de procurar al privado un mecanismo de resolución (que evite la penosa vía judicial).

La tarea no era tan compleja, porque bastaba con establecer un derecho de resolución que el acreedor pudiera ejercer mediante una simple declaración dirigida al deudor incumplidor, aunque la resolución no se hubiera pactado en el programa contractual. Es decir, una fórmula parecida a la de la resolución por cláusula expresa, pero que no tuviera necesidad de ser estipulada en el contrato.

Sin embargo, nuestro legislador no se esforzó en imaginar e implementar un procedimiento que permitiera al acreedor en forma simple resolver la relación contractual directa e inmediatamente sino que, como suele suceder, fue atraído enseguida por las experiencias normativas comparadas, y en este caso específico por las desarrolladas a partir de la disposición contenida en el primer párrafo¹⁹ del párrafo 326 del BGB por los artículos 1454 del Código italiano y 1204 del Código Civil argentino. De este modo entonces estableció un procedimiento de resolución que pasa primero por una exigencia de cumplimiento, esto es, un procedimiento que impone a un acreedor que busca la resolución, la liberación, el no cumplimiento, la necesidad de pedir, de exigir, de reclamar primero al deudor la

ejecución de la prestación no obstante que ya no le interesa.

¿Y entonces cómo se concilia la norma consagrada en el artículo 1429 (es decir la de la resolución por intimación) con el propósito del legislador de facultar al acreedor a optar directamente por la resolución de la relación contractual? ¿Qué pasa con el interés del acreedor en la liberación que el legislador valoró positivamente considerándolo digno de atención jurídica? ¿Qué pasa en la situación más frecuente y más común, que se presenta cuando el acreedor, a causa de la falta de cumplimiento, tiene interés directa e inmediatamente en la liberación y por lo tanto desea resolver la relación contractual?; es decir, ¿qué ocurre cuando el acreedor, a consecuencia del incumplimiento, pierde el interés en la prestación y no desea exigir el cumplimiento? ¿Qué solución le brinda el ordenamiento jurídico a ese acreedor que desea liberarse rápidamente sin necesidad de un largo y costoso proceso judicial pero que no ha pactado expresamente la resolución?²⁰

El legislador peruano no se percató que el Derecho Civil alemán, dentro de cuyo contexto se había forjado la figura de la resolución por intimación que había tomado prestada, había previsto precisamente para esta hipótesis la facultad del acreedor de liberarse de la relación contractual sin tener que pretender el cumplimiento y sin tener, por tanto, que conceder un plazo al deudor. El segundo párrafo del mismo párrafo 326 del BGB dispone que si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1 sin que sea necesaria la determinación de un plazo.²¹ En resumen, el ordenamiento jurídico alemán confiere al acreedor el derecho a provocar inmediatamente la resolución extrajudicialmente aunque no lo haya estipulado en su

¹⁸ Exposición de Motivos Oficial. cit., p.10.

¹⁹ Lamentablemente, el legislador sólo se detuvo a considerar el primer párrafo de este párrafo, sin advertir que la solución que buscaba se encontraba en verdad en el segundo párrafo del mismo párrafo.

²⁰ La experiencia nos ha enseñado que en la inmensa mayoría de los casos en que no existe cláusula de resolución, cuando el acreedor recurre a la resolución por intimación ya no desea en realidad el cumplimiento sino que busca la rápida liberación del vínculo contractual y para ello no le sirve la resolución judicial. Entonces, a pesar que ya no le interesa la prestación actúa la resolución por intimación a veces seguro de que el deudor no cumplirá a pesar del requerimiento y otras veces corriendo el riesgo de que el deudor ejecute una prestación en la que ya no tiene interés. Es por eso que algunos autores, sobre todo argentinos, al no encontrar en su propio ordenamiento una forma directa de resolver la relación contractual extrajudicialmente sin tener que pasar por el requerimiento de pago, ponen todo el énfasis de la figura en el aspecto resolutorio, intentando soslayar el aspecto que está vinculado con el interés en el pago, que es el requerimiento. Así, Santiago se preocupa de dejar sentado con todo énfasis, aunque con total ausencia de fundamento, que este procedimiento extrajudicial está destinado más a la resolución que al cumplimiento (op. cit., p. 744). Idea semejante tiene Ramella cuando afirma que la dirección de la voluntad del declarante tiende al ejercicio del derecho de resolución, quedando en un segundo plano la parte de la declaración que contiene la exigencia de cumplimiento (op cit., p. 158).

²¹ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, T.I. p. 353. HEDEMANN, J.W., Derecho de Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. Vol. III, p. 181.

contrato, si a causa del incumplimiento ya no tiene interés en la prestación.

El legislador peruano, que intentaba articular un procedimiento resolutorio extrajudicial que operara sin necesidad de estipulación específica, perdió de vista su propósito central y sólo consagró aquel procedimiento mixto compuesto primero por la exigencia de cumplimiento como paso preliminar a la resolución, olvidando completar el instituto con una fórmula como la contenida en el texto legal alemán, que permite al acreedor resolver directamente la relación sin tener que pasar por la exigencia de cumplimiento cuando éste ya no le es útil. En las puertas de una reforma estas son las deficiencias que deberán corregirse con un sistema más completo como el que prevé el Código alemán.

4.- FUNCIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INTIMACIÓN

La resolución por intimación tal como ha sido concebida en nuestro ordenamiento, es un mecanismo bastante peculiar porque parece conjugar en un solo procedimiento dos alternativas de solución para el mismo problema, pero que sin embargo se presentan como soluciones alternativas no sólo distintas entre sí sino -y sobre todo- claramente incompatibles; se trata por una parte, de la exigencia de cumplimiento, que constituye nada menos que el ejercicio del derecho de crédito, es decir la pretensión de la ejecución de la prestación; y, por otro lado, de la resolución, esto es la destrucción de la relación contractual y por ende la extinción del referido derecho de crédito, en suma su no ejecución. Estas dos soluciones, que como se aprecia resultan incompatibles entre sí, constituyen la respuesta que el ordenamiento ofrece para la realización de dos tipos de intereses también distintos e incompatibles, que en un proceso de calificación²² han recibido del legislador un juicio positivo de valor y por ende son considerados dignos de atención, a saber: el interés en la obtención de la prestación, y, ante la lesión definitiva de este primer interés debido al incumpli-

miento, el interés -del acreedor- en la liberación de la relación contractual.

Dentro de este orden de ideas, todo parecería indicar que, en tanto que incompatibles, la única forma de regular ambos supuestos es poniéndolos a disposición del acreedor de manera alternativa²³ lo que supone que ante el fenómeno del incumplimiento, el acreedor debe hacer un juicio de conveniencia y escoger una de las soluciones (cumplimiento o resolución), desechando la otra. Y esto es lo que efectivamente ocurre en los ordenamientos jurídicos, en los que se otorga por un lado la posibilidad de exigir la ejecución de la prestación y por otro también se prevé la posibilidad de provocar la resolución de la relación contractual. Recuérdese que de conformidad con lo que dispone el artículo 1428 del Código Civil, en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar o el cumplimiento o la resolución de la relación contractual.

Ahora bien, debemos empezar por observar que la norma que contiene el artículo 1429 de nuestro Código Civil propone ambas soluciones (la de la exigencia de cumplimiento y la de resolución) combinadas dentro de un solo esquema procedimental ordenándolas en forma sucesiva y empezando por la pretensión de cumplimiento. Esta norma, como las que le sirvieron de fuente, se pone en el supuesto que, en momentos distintos -dada la incompatibilidad de los fenómenos-, el acreedor pueda ser titular de ambos intereses (el referido al cumplimiento primero, y el relativo a la resolución después) pues las circunstancias pueden hacer que un interés existente en un momento determinado desaparezca y sea entonces sustituido por el otro²⁴; pero sobre todo -y esta es la nota característica y peculiar de la figura- se pone en el supuesto que el acreedor puede establecer con anticipación tal sucesión de momentos de manera que pide el cumplimiento, pero como ya sabe cuándo desaparecerá su interés en él y surgirá en su reemplazo un interés en la liberación,

²² Se utiliza aquí la palabra calificación como expresión del proceso de valoración de un interés por parte del ordenamiento (Breccia, Bigliuzzi, Natoli y Busnelli, *Derecho Civil*, T. I, V. I, traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992). Para usar la expresión tutela en su sentido técnico de reacción del ordenamiento jurídico frente a la lesión o al peligro de lesión de una situación de intereses jurídicamente relevantes.

²³ Que es como debe operar y como en efecto opera en general el sistema. Repárese en que según el artículo 1428 del Código Civil, "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 ..." (el énfasis es agregado).

²⁴ Esta sucesión o cambio de intereses es precisamente lo que justifica el derecho a cambiar de alternativa, derecho conocido también como *Ius Variandi*. Cabe destacar no obstante, que por regla general en función del tipo de interés del acreedor, éste escoge una solución, la que considera más adecuada, en cada momento. Es decir, considera primero la existencia de un interés al cumplimiento y exige en consecuencia la prestación; más tarde ese interés decae y surge por tanto un interés en la destrucción del vínculo y en la consiguiente liberación, que realiza mediante el ejercicio del derecho de resolución.

al mismo tiempo, en un solo acto, fija un plazo para ello que determina hasta cuándo subsiste su interés en la prestación, y por ello advierte al mismo tiempo que a la expiración de dicho plazo, dentro del cual espera el cumplimiento, quedará resuelta la relación contractual si la prestación no fue ejecutada.

El primer párrafo del parágrafo 326 del Código Civil alemán, en efecto, señala que en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra puede señalarle un plazo prudencial para efectuar la prestación con la declaración de que rehusará la prestación después del transcurso del plazo. Obsérvese en primer lugar, que el acreedor exige el cumplimiento, para lo cual debe conceder un plazo, lo que necesariamente supone que tiene todavía interés en la prestación, pero ya anticipa que tal interés decaerá al vencimiento de ese plazo y por ello advierte al deudor que no la recibirá después de ese momento.

La segunda parte del mismo párrafo agrega que si la prestación no está efectuada a tiempo, el acreedor está autorizado a desistir del contrato y la pretensión al cumplimiento está excluida, lo que nos permite apreciar el segundo momento que implica la pérdida del interés en el cumplimiento y el interés en la liberación, lo que es autorizado por la disposición bajo comentario.

En resumen, el ordenamiento jurídico le confiere al acreedor dentro del contexto de un solo procedimiento, el derecho a exigir extrajudicialmente el cumplimiento, y a establecer el momento en que tendrá lugar automáticamente la resolución, también extrajudicialmente, si el cumplimiento no se ha verificado al vencimiento del plazo establecido.

Como se podrá observar a continuación, la identificación y adecuada ponderación de esta extraña pero útil simbiosis, que no ha sido observada con claridad

por la doctrina, arroja luz sobre varios problemas que la aplicación del instituto nos plantea, y permite darles una solución compatible con la función de la figura y con los intereses por ella garantizados.

5.- NATURALEZA JURÍDICA

El derecho de resolver la relación contractual por causa de incumplimiento, en las diferentes modalidades a través de las cuales puede manifestarse, y la resolución por intimación no es la excepción, adopta la estructura de un derecho potestativo²⁵. El acreedor, en efecto, emite una declaración señalando que se extinguirá la relación contractual si al vencimiento de un plazo que al efecto señala, la prestación a cargo del deudor permanece insatisfecha, extinción que efectivamente tiene lugar si tal situación se presenta, afectando de esa manera la esfera jurídica del otro contratante²⁶.

Pero aunque bien puede considerarse la opinión preponderante, no todos están de acuerdo con esta calificación de la resolución por intimación en términos de derecho potestativo. Se ha afirmado que de derecho potestativo sólo puede hablarse si la facultad en que él consiste puede ejercerse independientemente de un comportamiento de la otra parte, lo que en la resolución por intimación no ocurre si se considera que la ley hace del incumplimiento del otro contratante un presupuesto indispensable, de manera que recurriendo al expediente del cumplimiento de su obligación, el deudor neutralizaría el efecto resolutorio de la intimación²⁷. Esta opinión no puede ser compartida si se toma en cuenta que la resolución constituye un medio de tutela que la ley proporciona al contratante como reacción frente a la lesión que provoca el incumplimiento de la otra parte, de modo tal que el contratante sólo puede producir la resolución en la medida en que exista tal situación de incumplimiento. Lo que ocurre es que

²⁵ El derecho potestativo como es sabido, es una categoría elaborada por el pensamiento jurídico alemán de fines del siglo XIX, que se ha ido abriendo camino dentro de un contexto de arduas pero fructíferas polémicas. Giuseppe Chiovenda la importó a Italia a principios de este siglo para intentar explicar el derecho de acción; a partir de entonces también adquirió en Italia, aunque no sin dificultad, carta de ciudadanía y ha sido materia de una interesante evolución que en la actualidad nos presenta un concepto bastante acabado y largamente difundido en la doctrina. Se trata de una situación jurídica subjetiva de ventaja activa -es un tipo de derecho subjetivo- que permite a tu titular, mediante su ejercicio, provocar una modificación en la esfera jurídica de otro sujeto, quien se encuentra sometido a tal posibilidad sin poder hacer nada para impedirlo (lo que, correlativamente, se configura como una situación jurídica subjetiva de desventaja inactiva denominada sujeción).

²⁶ Que la resolución por intimación se configura como un derecho potestativo es aceptado, entre otros, por SPALLAROSSA, M., *Giurisprudenza Sistemática di Diritto Civile e Commerciale, fondata da Walter Bigiavi, I Contratti in Generale, diretto da Alpa e Bessone*, Torino: UTET, 1992. Vol. IV, T. 2. P. 883; y por COLLURA G. *Importanza dell'Inadempimento, e Teoria del Contratto*, Milano: Giuffrè, 1992. p. 113.

²⁷ MICCIO, R. *I Diritti di Credito*. Torino: UTET, 1997. Vol. II, parte II, p. 442. Este autor sostiene además, que el hecho que el acreedor imponga un término perentorio a la otra parte para cumplir bajo pena de resolución de derecho, constituye solamente un medio de defensa que la ley confiere al acreedor mismo frente a la tenaz resistencia y al comportamiento negativo de su adversario. Si bien es correcto afirmar que la resolución por intimación es un medio de defensa (*rectius tutela*), tal aserto no implica negar que se trate de un derecho potestativo, pues los mecanismos de tutela pueden instrumentarse, y en efecto se instrumentan, a través de diferentes tipos de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja.

en el mecanismo de la resolución por intimación, el fenómeno extintivo de los efectos contractuales no tiene lugar como consecuencia inmediata de la declaración de intimación por parte del titular, pues la resolución como fenómeno extintivo queda sometida a un plazo que debe ser fijado por éste en la intimación, y que en el Perú no puede ser inferior a 15 días, plazo que indica el momento en que desaparece el interés en la prestación y surge en el acreedor el interés en la extinción de la relación contractual. Como durante el transcurso de ese plazo la obligación subsiste, el deudor puede ejecutar su prestación, en cuyo caso desaparece el presupuesto indispensable para que pueda actuarse el mecanismo de tutela, y con ello desaparece el derecho mismo. En efecto, si durante el transcurso del plazo concedido en el requerimiento el deudor cumple, desaparece la lesión que hacía surgir el derecho potestativo de resolución, lo que determina la desaparición misma de ese derecho. Empero, si subsiste la situación de incumplimiento, la otra parte no puede evitar en modo alguno el efecto resolutorio. No parece pues que pueda continuar dudándose de la naturaleza de derecho potestativo de la resolución por intimación.

Pero es conveniente puntualizar claramente que la alteración de la realidad jurídica que este derecho potestativo (la resolución por intimación) provoca (como cualquier otro mecanismo resolutorio), consiste en la cesación de los efectos contractuales (resolución) y no simplemente en la modificación de la relación contractual mediante la introducción de un elemento nuevo consistente en la concesión de un plazo de cumplimiento que se caracteriza por su perentoriedad, como algunos han afirmado al asignarle al plazo que la ley exige otorgar al deudor en la intimación una función sustancialmente distinta de la que en realidad tiene²⁸. En efecto, no puede olvidarse que se trata de un mecanismo de resolución por incumplimiento, de manera que no es dable considerar el plazo de la intimación como el efecto fundamental de la figura, y por tanto como "la" modificación en que se agota este derecho potestativo.

Aún cuando el plazo del requerimiento será después materia de un análisis más detenido, anticipamos ahora que este plazo que por disposición de nuestra ley debe incluirse en la intimación, no es un plazo de cumplimiento, pues si así fuera, el deudor se encontraría en una situación normal, no patológica, que el ordenamiento no podría reprocharle pues

dispone de un plazo para cumplir. Las consecuencias de una interpretación como la que se rechaza serían muy graves pues si durante el transcurso de tal plazo la prestación deviene imposible por causa no imputable a las partes, se extingue la relación contractual con liberación de ambos contratantes sin que el deudor deba responder, tal como lo dispone el artículo 1431 del Código Civil. Por eso, tiene razón Costanza cuando enseña que la intimación tiene -en este aspecto- efectos no muy diversos de la constitución en mora, pues su emanación determina una inversión del riesgo por la eventual pérdida de la cosa objeto de la prestación (*perpetuatio obligationis* en los términos del artículo 1336 del Código Civil)²⁹.

Para efectos de este análisis debe tomarse en consideración cuanto ya hemos afirmado a propósito de la función que cumple la resolución por intimación pues su naturaleza no puede estar divorciada de tal función. Hemos insistido en aquella oportunidad en que el ordenamiento se ha puesto en una doble hipótesis: la primera es que el acreedor tiene todavía interés en el cumplimiento para lo cual la norma le permite pretenderlo consignando la exigencia correspondiente en su requerimiento; y la segunda que el acreedor sucesivamente pierde tal interés, que es reemplazado por el interés en la liberación. También hemos explicado que la peculiaridad de la figura consiste precisamente en que esta sucesión de momentos y de situaciones es prevista y determinada por el propio acreedor al momento de efectuar la intimación, de modo tal que él anticipa cuándo es que experimentará la pérdida del primer interés y se producirá en su reemplazo el surgimiento del segundo. Pues bien, el plazo que el acreedor señala en el requerimiento es justamente el puente entre el primer momento y el segundo, porque el vencimiento del plazo marca el instante en que decae el interés en la ejecución de la prestación para dar paso al interés del acreedor en la liberación, la cual tiene lugar mediante la resolución que se verifica a dicho vencimiento realizándose así el segundo interés del acreedor. Por eso señalamos antes que la adecuada configuración de la figura y la cabal comprensión de su función nos permitía arrojar luz sobre ciertos problemas fundamentales en la aplicación de la resolución por intimación.

Esto significa que si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de efectuada la intimación, el deudor responde como un incumplidor incluso si

²⁸ Postulan esta tesis, sobre la base de la opinión de Natoli, SPALLAROSSA (op. cit. T. II, Vol. IV, p. 884), COLLURA, G. (op. cit., p. 113) y PELLEGRINI, G. (En: *Le fonti del Diritto Italiano, Codice Civile, a cura de Pietro Rescigno, terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 1659*).

²⁹ COSTANZA, M. op. cit., p. 437, 438.

la imposibilidad se debe a una causa que no le sea imputable. Pero significa además, que el plazo que prevé el artículo 1429 de nuestro Código y que el acreedor debe establecer en su requerimiento, no es un plazo de cumplimiento ni por tanto debe tener una extensión suficiente para que el deudor pueda durante su transcurso ejecutar la prestación. En consecuencia, 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. Es verdad que nuestro Código, siguiendo el texto argentino y separándose más bien del alemán y del italiano, dispone que el plazo que establezca el acreedor no debe ser inferior a 15 días. Con esta extensión mínima (que nosotros no compartimos) el ordenamiento busca proteger un interés del deudor que, a diferencia de lo que nosotros pensamos, el legislador ha considerado digno de atención jurídica. Se trata del interés del deudor en no ser sorprendido por la resolución.

Adviértase, en efecto, que la resolución por intimación tiene una doble característica: por un lado, es un mecanismo resolutorio de carácter extrajudicial; y, por otro, no requiere de un pacto porque lo confiere directamente la ley. En el caso de la resolución judicial, por ejemplo, es verdad que tampoco se requiere pacto para actuarla, pero la resolución tiene lugar al final de un proceso durante el cual ambas partes exponen sus respectivos puntos de vista y aportan las pruebas de los hechos que alegan, de modo que la sentencia es pronunciada después de que el juez ha escuchado y evaluado los argumentos de los litigantes y ha meritado la prueba por ambos producida, de suerte tal que no se puede afirmar que el deudor es sorprendido por la resolución. En el caso de resolución por cláusula expresa, es cierto que se trata de un mecanismo extrajudicial, como la intimación, pero el derecho de resolver surge de una estipulación expresa que ambas partes han incluido en el programa contractual, especificando incluso la prestación cuya inejecución permitirá la resolución por esta vía, de manera que tampoco puede considerarse que el deudor es sorprendido por la resolución.

El plazo que prevé el artículo 1429 de nuestro Código dentro del contexto de un mecanismo

mediante el cual la resolución se produce de pleno derecho (es extrajudicial) sin necesidad de haberlo estipulado en el contrato, indica el momento en que el interés en la prestación se extingue en el acreedor para dar paso a un interés en la liberación del vínculo; pero además sirve para advertir a la otra parte que la consecuencia de su incumplimiento será la resolución, evitando con dicho plazo sorprender al deudor. En consecuencia, el referido plazo tiene por función establecer el momento en el cual tendrá lugar la resolución. Es obvio que para ese momento tienen que estar presentes los presupuestos necesarios para que opere dicho fenómeno de modo tal que si la prestación fuera ejecutada antes de la expiración del plazo, la resolución no podría verificarse. Se trata, en resumen, de un plazo suspensivo del efecto resolutorio. Es verdad que, como se analizará más adelante, la intimación debe contener una exigencia de cumplimiento, pero el plazo, repetimos, es para establecer el momento de la resolución. A esta interpretación contribuye que, a diferencia de lo que ocurre con los códigos alemán e italiano, el legislador haya evitado deliberadamente ordenar que el plazo que se establezca en la intimación deba ser adecuado o conveniente para permitir el cumplimiento³⁰.

Es oportuno este momento para reflexionar acerca del instituto que ahora ocupa nuestra atención. Se ha sostenido que el artículo 1429 del Código Civil sólo puede representar un aporte valioso para que la resolución por incumplimiento discurra por los cauces que deben corresponderle, en la medida que constituya un procedimiento que no atente arbitrariamente contra la normal finalidad de todo contrato, que es su cumplimiento³¹. No tendría sentido -se añade-, que la ley concediera a la parte fiel un poder tan grande como es hacer ineficaz el contrato, si es que no se ha otorgado a la parte infiel una *chance* efectiva de cumplir cabalmente la inejecutada prestación³².

Habría que ver primero, cuál es el cauce que según el autor de esta idea debe corresponderle a la resolución por incumplimiento. En nuestra opinión, no debe perderse de vista que la resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los contratantes para remediar la lesión que les provoca el incum-

³⁰ Ver Exposición de Motivos Oficial, cit., p. 12.

³¹ Son reflexiones de DE LA PUENTE, Manuel. El contrato en general. Lima: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. XV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993. Segunda Parte, T. IV, p. 367.

³² Ibid., p. 368.

plimiento de la otra parte. Es menester advertir, que lo que atenta contra la normal finalidad del contrato es precisamente la situación de no ejecución de la prestación por parte del deudor, de manera que la resolución debe ser entendida como un remedio para esa situación patológica y no como un atentado contra la finalidad del contrato. Y frente a tal incumplimiento bien puede subsistir el interés del acreedor en la prestación, o esa situación patológica puede provocar la desaparición de dicho interés, caso en el cual la prestación sería del todo inútil para el contratante. En este último caso surge en él un interés distinto al del cumplimiento, más aún, incompatible con el cumplimiento: es el interés que consiste en la liberación. Pues precisamente para permitir la realización de este interés que el ordenamiento considera relevante, surge un derecho orientado a realizarlo que es el de la resolución. Se trata de un derecho de la misma jerarquía que el derecho al cumplimiento y no de uno subordinado o subsidiario. La fijación del plazo a partir del cual decae definitivamente el interés en el cumplimiento y surge alternativamente el interés en la liberación - que se obtiene mediante la resolución- depende pues exclusivamente del contratante perjudicado por la inejecución de la prestación y en modo alguno tiene que ver con las necesidades del deudor para poder ejecutar la prestación. Producido el incumplimiento el ordenamiento debe dejar de considerar el interés del deudor.

No es dable por ello sostener, que la resolución constituya un procedimiento que atenta contra la normal finalidad del contrato que es el cumplimiento si no se otorga a la parte infiel una *chance* efectiva de cumplir cabalmente la prestación inejecutada; como si al ordenamiento le interesara el cumplimiento del contrato como un fin en sí mismo, por encima del interés del acreedor. Es evidente que la situación de incumplimiento provocada por el deudor es la que más bien atenta contra la finalidad del contrato y lesiona de paso el interés del otro contra-

tante, de suerte que en tal hipótesis el ordenamiento debe proporcionar a éste los más eficientes mecanismos de tutela.

Finalmente es oportuno recordar que se reconoce comúnmente que la intimación se configura como una declaración unilateral de carácter recepticio.³³ Esta apreciación no carece de importancia pues como se sabe la declaración recepticia tiene un tratamiento particular en nuestro Código Civil. La declaración de intimación es recepticia, en efecto, porque en todo caso está dirigida a la parte que no ha ejecutado su prestación, de manera que es ésta la única a quien tal declaración interesa y frente a la cual puede producir efectos. En consecuencia, la declaración de intimación, como toda declaración recepticia,³⁴ produce efectos desde que llega a conocimiento del destinatario, conocimiento que, por aplicación del artículo 1374 del Código Civil, se entiende producido en el momento en que la declaración llega a su dirección a no ser que el destinatario pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla.

Discutida es en cambio la naturaleza negocial que la mayoría le atribuye a la declaración de intimación - aunque apoyados no todos en los mismos argumentos-, y que algunos niegan en cambio para asignarle más bien naturaleza de acto jurídico en sentido estricto. Así, hay quienes consideran que el efecto negocial se manifiesta en la modificación que la intimación provoca en la relación contractual por disposición unilateral del acreedor, al establecer un plazo para el cumplimiento que es distinto al originalmente previsto por las partes y ya vencido inútilmente, y que se caracterizaría por su perentoriedad.³⁵ Otros observan el fenómeno negocial en el compromiso que como efecto de la intimación asumiría el acreedor, consistente en no exigir la prestación ni la resolución de la relación mientras el plazo concedido en el requerimiento se encuentre pendiente.³⁶

³³ SPALLAROSA, M., op. cit., Vol. IV, T. 2, p. 884. SACCO, R. En: *Trattato di Diritto Privato, Iredito da Rescigno. Obbligazioni e Contatti*, Vol. X, T. 2, Torino: UTET, 1983. p. 522. CARRESI, F. En: *Il Contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni*, Milano: Vol. XXI, T. 2, Giuffrè, 1987, p. 920, PELLEGRINI, G., op. cit., p. 1659.

³⁴ Para unas breves consideraciones acerca del tratamiento de las declaraciones recepticias en el ordenamiento peruano me permito remitir a mi trabajo *La oferta al Público: razones para una discrepancia*. En: *Derecho* N° 45, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. (1991) p. 233 y siguientes. Una visión completa y profunda del tema se tiene en GIANPICCOLO, G. *La dichiarazione recettizia*. Milano: Giuffrè, 1959; del mismo autor hay una presentación más resumida en la voz: *Dichiarazione recettizia*. En: *la Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè. 1964. Vol. XII, p. 384 y siguientes.

³⁵ Es la tesis que patrocina NATOLI (voz: *Diffida ad adempiere*. En *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1964. Vol. XII, pág. 509 y siguientes.) y con la que simpatiza también SPALLAROSSA, op. cit., Vol. IV, T. 2, p. 884.

³⁶ MIRABELLI, *Dei Contratti in Generale*. En: *Commentario del Codice Civile*. Torino: UTET, 1980. p 618 y 619. Entre nosotros sigue este temperamento, DE LA PUENTE. op. cit., T. IV, p. 369. No aparece claro cómo es que CARRESI (op. cit., Vol. XXI, T. 2, p. 920) aprecia la naturaleza negocial del instituto.

También, aunque con menos acogida, como ya se dijo, se ha esbozado la idea de que la intimación se configuraría como un acto jurídico en sentido estricto, argumentando para ello que los efectos resolutorios no tienen su fuente directamente en la voluntad del acreedor, al punto que la ley exige para ello la concurrencia de otros factores como son la gravedad y -para quienes así lo consideran- la imputabilidad del incumplimiento, que son fenómenos que escapan a la disponibilidad del acreedor de suerte tal que la fuente de la resolución se encuentra en la ley.³⁷

La teoría que califica la intimación resolutoria como un acto jurídico en sentido estricto no merece ser compartida pues confunde la fuente de los efectos resolutorios con los presupuestos y requisitos establecidos para el surgimiento del derecho de resolución. El derecho de resolución constituye un mecanismo de tutela frente al incumplimiento y dentro de este orden de ideas tal incumplimiento no es otra cosa que un antecedente lógico y necesario en el que se sustenta el derecho de resolver. La gravedad del incumplimiento por otro lado, es una forma de ser, una exigencia impuesta por el ordenamiento a ese presupuesto, es decir, una calificación que individualiza el tipo de incumplimiento a partir del cual surge el derecho de resolver. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico no confiere el derecho de resolución por intimación en el caso en que se verifique cualquier incumplimiento sino únicamente cuando se presente un cierto tipo de incumplimiento caracterizado por su relevancia. No se puede sostener por ello, que además de la intimación, que constituye el ejercicio del derecho de resolución y por lo tanto de un acto negocial, se requiera de otros factores complementarios o concomitantes a ese ejercicio -que están fuera de la esfera de disposición del acreedor- como es la gravedad del incumplimiento pues ésta, como característica del incumplimiento, es más bien necesaria para el surgimiento del derecho subjetivo de resolución, y posteriormente la subsistencia de este presupuesto resulta indispensable para la eficacia del derecho.

Está fuera de duda en nuestro concepto, que la intimación resolutoria sea un acto negocial. Pero falta identificar entonces la modificación que este acto negocial, como derecho potestativo, provoca en la relación contractual. Debe descartarse de

inmediato que tal modificación sea la introducción de un nuevo plazo de cumplimiento en la relación contractual o la creación de una nueva obligación -que estaría a cargo del propio acreedor- cuya prestación consistiría en no exigir la obligación incumplida ni resolver de otro modo la relación. La sola enunciación de esta última tesis permite que apreciemos enseguida su inconsistencia pues nos parece absurdo sostener que el ejercicio de un mecanismo de tutela frente al incumplimiento consiste en provocar en el tutelado como efecto principal y directo la creación de una situación jurídica subjetiva de desventaja, es decir, una deuda. No debe olvidarse que la función principal que se ha asignado a la intimación resolutoria se concreta en la resolución de la relación contractual y en ésta debe encontrarse el efecto que produce.³⁸ No puede constituir una objeción seria a esta afirmación, la circunstancia de que la resolución no sea siempre el efecto de la intimación en los casos en que, después que ella haya sido cursada pero antes de que expire el plazo que se ha conferido, el deudor ejecuta la prestación impidiendo así que se verifique la resolución. En efecto, la resolución depende de que exista incumplimiento y por lo tanto el efecto extintivo de la resolución no puede verificarse si no hay incumplimiento a ese momento. Pero esto no es ajeno al acreedor pues él mismo somete la resolución al plazo que al efecto concede; en otras palabras, el acreedor indica con la intimación que la resolución tendrá efecto si al expirar el plazo que él fija se mantiene la situación de incumplimiento. Así, el incumplimiento relevante que constituye un presupuesto del surgimiento del derecho de resolución por intimación se mantiene después como un requisito de eficacia del derecho ya surgido.

6.- PRESUPUESTO DE LA RESOLUCIÓN POR INTIMACIÓN

Como ya se ha tenido ocasión de indicar, el incumplimiento de la obligación por parte de uno de los contratantes es el antecedente lógico y necesario (presupuesto) para que pueda surgir y ejercerse eficazmente el derecho de resolución. Se trata, como puede observarse, de un presupuesto de orden general aplicable a cualquiera de los mecanismos de resolución, de manera que no es oportuno en este lugar revisar el fenómeno del incumplimiento; pero sí es pertinente revisar ahora algunos aspectos

³⁷ COSTANZA, op. cit., p. 444. También, aunque por razones que no explica, VON TUHR, Andreas. Tratado de las Obligaciones. Traducción de W. Roces. Madrid: Reus, Madrid, 1934. T. 2, p. 122.

³⁸ Las palabras de Ramella, (op. cit., p. 158), son más que elocuentes. Según él, la dirección de la voluntad del declarante tiende en sustancia al ejercicio de la resolución, quedando en un segundo plano aquella parte de la declaración que contiene la exigencia de cumplimiento, pues ella no es más que la observancia de un presupuesto exigido por la ley para que pueda producirse el efecto resolutorio.

de este presupuesto relativos específicamente al caso de la resolución por intimación. Nos referimos a la cuestión de la relevancia del incumplimiento.

La doctrina, en efecto, sobre todo la italiana, se ha preocupado de analizar con mucho detenimiento si ha de aplicarse a la hipótesis de la resolución por intimación, y en qué medida, aquella regla según la cual la resolución no puede tener lugar si el incumplimiento es de escasa importancia. Recuérdese que dicha regla ha encontrado sanción legislativa en el artículo 1455 del Código Civil italiano. La mayor parte de los autores se inclina por la tesis afirmativa con el apoyo del argumento -de orden sistemático- según el cual la aplicación de la norma sobre la importancia del incumplimiento se debe a que el artículo 1455 que la contiene está ubicado a continuación de aquel que consagra la resolución por intimación (artículo 1454)³⁹.

Cabe advertir que no ha tenido fortuna y ha permanecido del todo aislada aquella tesis según la cual en el caso de la resolución por intimación no resultaría aplicable el requisito de la importancia del incumplimiento, habida cuenta de la *ratio* de la norma correspondiente, pues el problema que con ella habría afrontado y resuelto el legislador se refiere a cuestiones que comprenden el valor económico-jurídico de la certeza de los tráficos, ofreciendo en consecuencia a los contratantes un remedio a través del cual salir de la incertidumbre de una situación en la cual no se sabe todavía si el contrato tendrá ejecución o permanecerá definitivamente inejecutado⁴⁰. Es claro para nosotros que la resolución sólo es un mecanismo de tutela disponible para los contratantes si se presentan los presupuestos y los requisitos necesarios para su actuación. En tal sentido, si se tiene un incumplimiento de escasa importancia, la resolución no es una opción válida para el contratante de manera que siendo su única alternativa la vía del cumplimiento, no existe ningun-

na situación de incertidumbre que pueda ser despejada por la resolución.

La cuestión no carece de interés para nosotros. Como sabemos, en nuestro Código no existe un precepto específico que sólo permita la resolución en los casos de incumplimiento de importancia no escasa o, si se prefiere, que excluya la posibilidad de resolver la relación contractual cuando el incumplimiento es de escasa relevancia. Sin embargo, en el ordenamiento peruano también debe considerarse presente tal norma, pues constituye una específica manifestación de la regla de la buena fe objetiva cuya aplicación ordena el artículo 1362 de nuestro Código⁴¹. En tal sentido, 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 puede ser cualitativo, cuantitativo o temporal. Ciertamente el análisis resulta superfluo cuando se trata de la falta de ejecución total de la prestación principal, puesto que en este caso el interés del acreedor se encuentra del todo insatisfecho, presentándose así la hipótesis más clara de aplicación del mecanismo de tutela. Pero sí cobra sentido cuando se trata de incumplimiento cualitativo o cuantitativo (o de ambas características) de la prestación principal o cuando es un incumplimiento cualitativo, cuantitativo o temporal de prestaciones accesorias.

No cabe ninguna duda acerca de que la tarea de evaluación de la idoneidad del incumplimiento en términos de su importancia para determinar si se justifica la resolución corresponde en definitiva al juez de mérito. En cambio, los criterios que la doctrina ha sugerido para evaluar la importancia del incumplimiento no son homogéneos, pues mientras que algunos estiman que se debe atender a la presumible voluntad de las partes⁴², otros recomiendan tener en cuenta la interdependencia fun-

³⁹ Conformes, MIRABELLI, G., op. cit., p. 617; GIORGIANNI, M. *L'Inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 106; Scognamiglio, R., op. cit., p. 358.

⁴⁰ COLLURA, G., op. cit., 1992. p. 118.

⁴¹ No puede soslayarse que el artículo 1362 de nuestro Código que se ha citado en el texto, dispone que el contrato debe ejecutarse -además de negociarse y de celebrarse- según las reglas de la buena fe. Pero no creemos que ello autorice a sostener que la aplicación de dichas reglas esté excluida cuando se trata de la actuación de los mecanismos de autotutela predispuestos por la ley, y en particular de aquellos que consisten en el derecho de suspender la ejecución del contrato o de resolverlo, con el argumento de que en tales casos no se trataría en estricto sentido de la ejecución del contrato que es la hipótesis prevista por el referido artículo 1362, sino todo lo contrario, supuestos de no ejecución del contrato. Aparte del hecho que tratándose de resolución por cláusula expresa tal argumento no sería consistente, la norma impone una regla de conducta que alcanza a todas las fases del contrato, aunque en su redacción se haya contemplado sólo el supuesto fisiológico de su normal actuación. En todo caso tendrá que admitirse por quienes piensen que la norma no se aplica directamente a los supuestos que no configuran una estricta ejecución del contrato, que en tales casos el artículo 1362 sí se aplica por analogía.

⁴² Según MIRABELLI, (op. cit., p. 606), esta opinión fue expresada por Dalmartello en una obra publicada en 1939.

cional entre las prestaciones desde el punto de vista de la perturbación que el incumplimiento de marras provoque a tal interdependencia⁴³; otros más entienden que se debe decidir sobre la base de un juicio de equidad, aunque al expresarlo el juez deba recurrir inexorablemente a consideraciones de orden subjetivo y conjetural⁴⁴; otros en fin han escrito que debe atenderse a una común apreciación tomando en cuenta las circunstancias del caso⁴⁵.

Ahora bien, al analizar el rol que la relevancia del incumplimiento pueda desempeñar dentro del fenómeno resolutorio no puede dejar de considerarse que la resolución constituye un mecanismo de tutela para el contratante, que el ordenamiento le concede como reacción frente a la lesión de su interés en la prestación, provocada por el incumplimiento de la otra parte. Si esto es así, como en efecto lo es, la elección de la resolución que efectúe el contratante debe responder a una evaluación personal acerca de la subsistencia de su interés en la prestación, habida cuenta del incumplimiento. Dentro de este orden de ideas, la valoración que más tarde se haga acerca de la importancia del incumplimiento no puede prescindir de la ponderación del referido interés⁴⁶. En otras palabras, el juez debe decidir si el incumplimiento ha originado un decaimiento del interés del contratante considerando íntegramente la economía de la relación y las circunstancias del caso.

Ahora bien, el incumplimiento debe presentarse al momento en que se realiza la intimación y subsistir hasta el vencimiento del plazo, pero la valoración de la importancia del incumplimiento debe tener como referencia temporal el momento en que expira el plazo concedido en la intimación y no el momento en que se intima al contratante incumplidor⁴⁷. La justificación de esta afirmación tiene que hacer con el momento resolutorio. En efecto, la importancia del incumplimiento debe ser observada como un requisito o exigencia, una forma de ser en fin, del presupuesto resolutorio constituido por el incumplimiento. Siendo esto así, lo lógico es que el requisito se satisfaga al tiempo en que la extinción de la relación contractual deba tener lugar. Precisamente

el plazo consignado en la intimación tiene como función diferir hasta su término el momento resolutorio. En otras palabras, la función que según hemos indicado tiene el plazo que el acreedor consigna en la intimación consiste en establecer el momento en que decae su interés en el cumplimiento y aparece en su reemplazo el interés en la liberación, de manera que la gravedad del incumplimiento que es el fenómeno que lesiona el interés del acreedor en el cumplimiento debe ser apreciado justamente al momento en que esa lesión tiene lugar.

En consecuencia, si después de producida la intimación pero antes de que expire el plazo fijado por el acreedor el deudor cumple parcialmente, la magnitud del incumplimiento debe ser apreciada, como se ha dejado indicado, al momento en que vence el plazo; pero con esta aclaración. Si el pago parcial no fue aceptado por el acreedor, se hará caso omiso de él al efectuar la evaluación; si, al contrario, el pago parcial fue aceptado por el acreedor, la evaluación acerca de la importancia del incumplimiento recaerá nada más que en la parte de la prestación no ejecutada.

Finalmente es menester analizar la problemática de la mora en cuanto concierne al procedimiento de resolución mediante intimación, y el problema conexo de la oportunidad en que se puede recurrir a la resolución por intimación. Todos los procedimientos de resolución -a excepción de la resolución por vencimiento de plazo esencial- pueden desarrollarse por el contratante después de que la otra parte está constituida en mora, si ese fuera el caso, porque la resolución no es incompatible con una previa situación morosa. Lo que no es dable admitir es que la resolución como mecanismo de tutela -establecido por el ordenamiento jurídico como reacción frente a la lesión del interés del contratante- consistente en la liberación del vínculo contractual, y por ello incompatible con la ejecución de éste, sólo pueda actuarse como paso posterior a la constitución en mora, lo que supondría un interés del contratante en el cumplimiento, pero sobre todo como paso posterior a una exigencia de pago, que es el mecanismo

⁴³ Conf. MIRABELLI, op. cit., p. 606.

⁴⁴ Según CARRESI, F., (op. cit., Vol. XXI, T. 2, p. 918) esta opinión corresponde al propio Dalmartello pero expresada más tarde en otra obra publicada en 1969.

⁴⁵ Esta es la tesis de CARRESI, op. cit., Vol. XXI, T. 2, p. 918.

⁴⁶ La ponderación del interés del contratante en la evaluación de la importancia del incumplimiento es aconsejada con incuestionable pertinencia por GIORGIANNI, M., (op. cit., p. 106).

⁴⁷ Conf. BIANCA, M., PATTI, G., PATTI, S., *Lessico de Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, p. 273; MIRABELLI, G., op. cit., p. 617; PELLEGRINI, G., op. cit., p. 1659.

necesario para que la constitución en mora tenga lugar.

Esta exigencia previa es tanto más innecesaria en este caso específico cuanto que el procedimiento resolutorio por intimación prevé una exigencia de cumplimiento compatible con un todavía subsistente interés del acreedor en la prestación, de manera que sería exagerado, por decir lo menos, imponer al contratante que pretende resolver por la vía de la intimación, que previamente a la exigencia de cumplimiento requerida por la ley como parte del contenido de la intimación resolutoria, exija el cumplimiento para constituir en mora al deudor. Así, de aceptarse la tesis aquí combatida, si el contratante desea resolver por intimación debe necesariamente exigir el cumplimiento al otro contratante (con el único fin de constituirlo en mora) y acto seguido exigirle nuevamente el cumplimiento dentro del contexto del procedimiento resolutorio por intimación. Debe pues ser rechazada la tesis que afirma que es requisito previo a la intimación constituir en mora al deudor.⁴⁸

En nuestra opinión, 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 mora⁴⁹ porque la interpelación consiste justamente en la exigencia de cumplimiento, realizándose así el propósito de la norma que ha previsto la interpelación como requisito general de configuración de la mora; de otro modo se dejaría al acreedor sin la protección necesaria. En consecuencia, si la imposibilidad de la prestación por causa no imputable ocurre durante el transcurso del referido plazo, el deudor debe responder con arreglo a las reglas generales (*perpetuatio obligationis*). Del mismo modo, si el deudor ejecuta la prestación dentro del plazo de la intimación, debe resarcir el daño causado por la mora.

Dentro de este orden de ideas, la intimación con la que se da inicio a este procedimiento de resolución

puede realizarse cuando al vencimiento del plazo establecido para el cumplimiento se configura una situación de falta de ejecución de la prestación ya sea que en forma previa se haya constituido en mora al deudor o no; o cuando su ejecución es parcial o defectuosa, habida cuenta de que se trata de una forma de tutela que, como repetidamente se ha dicho, combina la protección del interés en la prestación y la del interés en la liberación. Consecuentemente, este mecanismo de tutela sólo puede actuarse cuando la falta de cumplimiento (cualitativo, cuantitativo o temporal) origina una lesión al interés del acreedor pero nunca antes. No nos parece que pueda compartirse aquella tesis según la cual la intimación puede formularse antes del vencimiento de la obligación, anticipando el supuesto de no cumplimiento oportuno.⁵⁰ La razón es bastante simple, el derecho en que la tutela consiste, como reacción del ordenamiento jurídico frente a la lesión de un interés jurídicamente relevante, sólo puede surgir cuando tal lesión se ha producido.⁵¹

Ahora bien, como ocurre en general con todos los supuestos de resolución, la ley no ha fijado un plazo especial de prescripción o de caducidad para el ejercicio del derecho de resolución por intimación, lo que a nuestro modo de ver constituye un acierto, ya que tratándose de un mecanismo de tutela alternativo al derecho al cumplimiento, el plazo para el ejercicio del derecho de resolución debe prolongarse tanto como subsista el derecho al cumplimiento, de tal modo que se extingue con la prescripción de este derecho.⁵² Por esto no avalamos la solución introducida por el Derecho alemán y compartida por algunos autores, que permite al deudor fijar un plazo al acreedor para que decida si ejerce su derecho de resolver con el efecto de quedar extinguido el derecho de resolución si no se ha ejercido a la expiración de ese plazo.⁵³

7.- PROCEDIMIENTO RESOLUTORIO

Como hemos ya anticipado, el artículo 1429 del Código Civil prescribe que el contratante que se perju-

⁴⁸ Conf. COSTANZA, M., op. cit., p. 438, PELLEGRINI, G., op. cit., p. 1659.

⁴⁹ Conf. COSTANZA, M., op. cit., p. 438, PELLEGRINI, G., op. cit., p. 1659.

⁵⁰ La opinión criticada pertenece a HALPERIN, I., op. cit., p. 50, y ya con anterioridad hemos expresado nuestra discrepancia (La resolución por incumplimiento. En: Temas, cit., p. 128); tampoco comparte la referida opinión DE LA PUENTE, M., op. cit., T. IV, p. 370.

⁵¹ Salvo en los contados casos de tutela preventiva, en los cuales la protección se orienta a evitar que pueda producirse una lesión y por ello están previstos como reacción frente a una lesión potencial.

⁵² Conforme MIQUEL, J., op. cit., p. 179.

⁵³ El parágrafo 355 del Código alemán confiere el referido derecho en los siguientes términos: "Si no está pactado un plazo para el ejercicio del derecho de resolución, puede ser señalado por la otra parte para el ejercicio un plazo prudencial al titular. El derecho de resolución

dica con el incumplimiento de la otra parte, puede requerirla para que satisfaga su prestación dentro de un plazo no menor de 15 días bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Esta intimación es la que da inicio al procedimiento resolutorio y de la cual ahora nos ocupamos; debe contener, por lo menos, una exigencia formulada al deudor para que ejecute la prestación insatisfecha, la fijación de un plazo y la advertencia del efecto resolutorio para el caso de que al final del plazo que el acreedor haya establecido la prestación permanezca insatisfecha. A continuación habremos de analizar detenidamente cada uno de estos elementos que conforman el contenido de la intimación.⁵⁴

El artículo 1429 indica claramente que quien se perjudica con el incumplimiento debe requerir a la otra parte para que satisfaga la prestación. No existe pues lugar a dudas de que la intimación debe contener una exigencia de cumplimiento que no es otra cosa que el ejercicio extrajudicial del derecho de crédito, esto es de la pretensión por parte del acreedor de la ejecución de la prestación a cargo del deudor, de guisa que no sería suficiente simplemente recordar la falta de ejecución. Y es que como hemos ya puntualizado, la resolución por intimación supone una actual subsistencia del interés en el cumplimiento por parte del acreedor.

En segundo lugar, el acreedor debe establecer un plazo en su requerimiento, de cuyo sentido y funciones ya nos hemos preocupado detenidamente con anterioridad. Es un plazo durante el cual subsiste el interés del acreedor en el cumplimiento y cuya expiración pone de manifiesto la extinción de dicho interés y el surgimiento de aquel relativo a la liberación, que se realiza automáticamente mediante la resolución. Esta conclusión cuyos fundamen-

tos hemos ya detallado, es determinante para resolver el problema relativo al criterio que debe adoptarse para determinar la extensión del plazo. Es conocida la polémica que ha surgido en torno a si el plazo que el acreedor debe establecer habrá de tener una extensión tal que permita al deudor durante su transcurso ejecutar la prestación. En la línea afirmativa se encuentran fundamentalmente los autores alemanes⁵⁵ e italianos,⁵⁶ en buena medida condicionados por la exigencia que contienen, respectivamente, el primer párrafo del parágrafo 326 del BGB y el primer párrafo del artículo 1454 del Código italiano. El primero ordena que el plazo sea prudencial y el segundo que sea conveniente.⁵⁷

En cambio, en países como Argentina cuyos códigos no incluyeron la exigencia de un plazo prudencial o conveniente, sino que se limitan a exigir un plazo mínimo de 15 días siguiendo en esto la novedad que introdujo en su momento el Código italiano, la opinión dominante⁵⁸ se inclina por la tesis que considera suficiente en cualquier caso fijar el plazo mínimo legal aunque sea manifiestamente insuficiente para permitir al deudor la ejecución de la prestación insatisfecha.

Entre nosotros, que en este aspecto tenemos una semejanza respecto del Código argentino, también se ha presentado la polémica, ya que algunos insisten en que el plazo debe tener una extensión tal que permita cumplir al deudor⁵⁹ (siempre con el límite mínimo de 15 días) y otros opinan que el plazo debe ser fijado por el acreedor en función de su interés, bastando que se señale en cualquier caso el mínimo establecido por la ley.⁶⁰

Para nosotros, aquellas ideas que hemos vertido a propósito de la naturaleza y función del instituto de

⁵⁴ Está conforme con que este es el contenido de la intimación la mayor parte de la doctrina; ver por todos DE LA PUENTE, op. cit., T. IV, p. 371 y 372; MAIORCA, *Il Contratto*. Torino: Giappichelli, 1984. p. 278; CARRESI, op. cit., p. 920; COSTANZA, op. cit. p. 441; MIRABELLI, op. cit., p. 617; HALPERIN, op. cit., p. 49. Algunos autores argentinos, interpretando su código consideran que en la intimación debe incluirse una exigencia de pago de daños y perjuicios.

⁵⁵ LARENZ, K., op. cit., p. 353. HEDEMAN, J.W., op. cit., p. 181. ENNECCERUS, L., *Derecho de Obligaciones*. Barcelona: T. II, Vol. I, Bosch, 1954. p. 95.

⁵⁶ MIRABELLI, G., op. cit., p. 619. SPALLAROSSA, M., op. cit., Vol. IV, T. 2, p. 885.

⁵⁷ El segundo párrafo del artículo 1454 del Código Civil Italiano agrega que el plazo -conveniente por disposición del primer párrafo- no debe ser inferior a 15 días, salvo estipulación en contrario de las partes o salvo que por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte conveniente un plazo menor.

⁵⁸ Es el caso de CÉSAR SANTIAGO, H., op. cit., p. 744. HALPERIN, I., op. cit., p. 51. RAMELLA, A., op. cit., p. 163 y 164. MIQUEL J., op. cit., p. 166 y 167. BORDA, G., *Tratado de derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: Perrot, T. I, p. 240.

⁵⁹ Es el caso de DE LA PUENTE, Manuel, op. cit., T. IV, p. 372 y siguientes.

⁶⁰ Es el caso del legislador de la Comisión Revisora, Exposición de Motivos Oficial, cit., p. 12. Yo también he opinado en el mismo sentido en otro trabajo: ver por todos Resolución por Incumplimiento, cit., p. 125.

la resolución por intimación nos permiten salvar con facilidad el escollo al apreciar claramente que el plazo lo establece el acreedor con arreglo a su propio interés, pues como ya sabemos dicho plazo indica cuándo se extingue su interés en el cumplimiento y cuándo surge en sustitución de éste el interés en la liberación. En consecuencia, la extensión del plazo que se consigne en el requerimiento debe determinarse en función de tales intereses mas no en atención a lo que sea necesario para que el deudor pueda cumplir.⁶¹ No podemos dejar de poner de relieve las opiniones de juristas italianos, que incluso dentro del contexto de su ordenamiento jurídico entienden que la conveniencia del plazo dispuesto por la ley italiana debe medirse con respecto a las concretas posibilidades que el deudor tiene de afrontar sus compromisos, pero teniendo como límite la posición del acreedor cuya espera no puede superar el tiempo en el cual sea razonable suponer que él mantenga todavía interés en el cumplimiento.⁶² Estas opiniones no sólo comparten nuestra tesis en cuanto al protagonismo del interés del acreedor en cuya tutela se ha dispuesto el instituto de la resolución por intimación, sino que permiten apreciar que la conveniencia del plazo no tiene que estar referida necesariamente a la posibilidad de cumplimiento sino precisamente al interés del acreedor.

Ahora bien, el plazo, como los demás aspectos del contenido de la intimación, de los que trataremos más adelante, es esencial para el instituto si se considera que es este plazo el que nos indica si todavía se mantiene o si se extingue la relación. Ello trae como lógica consecuencia que la omisión en fijar un plazo en la intimación, su indeterminabilidad objetiva o la indicación de uno inferior al legal, tornan ineficaz a

la intimación evitando que se produzca el efecto resolutorio.⁶³ En efecto, en los dos primeros casos, que son equivalentes, nadie -a menos que la ley o el pacto lo autoricen- puede suplir un plazo que es manifiestamente relativo y que está referido al interés del acreedor. Sin embargo, habida cuenta que la ley -en una tesis que no compartimos- decidió fijar un plazo mínimo, hubiera sido deseable que -atendiendo a un principio de conservación- otorgara a ese plazo mínimo también una función supletoria de manera que operara o bien cuando el acreedor no estableciera un plazo determinado o determinable, o cuando estableciera un plazo menor.

Otro aspecto que debe ser cuidadosamente considerado por las implicancias prácticas que reviste y sobre el cual la doctrina tampoco es pacífica, es el relativo a la posibilidad de revocar la intimación o de modificar, para ampliar o reducir, el plazo consignado en ella por el acreedor. Algunos autores sostienen que el acreedor no puede revocar, reducir ni ampliar el plazo fijado en la intimación por cuanto existe un interés del deudor a la certeza de la situación, interés que la ley protege y que se vería afectado si el acreedor puede cambiar de opinión precipitando la resolución con una reducción del plazo o postergándola con la ampliación del mismo.⁶⁴ Otros piensan que el plazo puede ser ampliado pero no reducido⁶⁵ argumentando que en el primer caso el deudor podría haber ajustado la ejecución de la prestación con arreglo al plazo fijado impidiéndose la posibilidad del cumplimiento con la reducción del plazo; y que en cambio en la segunda hipótesis en nada se afecta al deudor que siempre puede ejecutar la prestación antes de vencimiento del nuevo -mayor- plazo.⁶⁶

⁶¹ Si bien la doctrina italiana no ha sido capaz de apreciar en su exacta dimensión el fenómeno de la resolución por intimación habida cuenta que el Código Italiano tampoco concede la posibilidad de resolver prescindiendo del plazo, como en cambio lo hizo el segundo párrafo del parágrafo 326 del BGB, y más bien exige la concesión de un plazo prudencial no inferior a 15 días, resulta sumamente sugestivo que voces muy autorizadas piensen que el límite máximo del plazo debe estar dado por el interés del acreedor. Maria Costanza, por ejemplo, si bien considera con la doctrina mayoritaria que la conveniencia del plazo debe medirse en función de las concretas posibilidades que el deudor tiene de enfrentar sus compromisos, advierte con significativo énfasis que ello debe hacerse sin olvidar la posición del acreedor cuya espera no puede superar el tiempo en el cual sea razonable suponer que **él mantenga todavía interés en el cumplimiento** (op. cit., p. 446). Mirabelli, por su parte, admitiendo también la tesis más difundida en cuanto a la adecuación del plazo, considera que siempre debe estar **dentro del límite máximo del interés del acreedor** en recibir la prestación (op. cit., p. 618).

⁶² Muy cerca de esta tesitura para el Derecho suizo; pero con referencias al Derecho alemán, que en este aspecto coincide, VONTUHR, Andreas, op. cit., T. II, p. 123, pues dicho autor señala que el plazo deberá ser tanto más corto cuanto mayor sea el interés que tenga el acreedor en el pronto cumplimiento de la obligación, ya que no debe traducirse en un perjuicio demasiado grande para el acreedor fiel al contrato.

⁶³ RAMELLA, A., op. cit., p. 164.

⁶⁴ SPALLAROSSA, M., op. cit., Vol. IV, T. 2, p. 885. MIRABELLI, G., op. cit., p. 619.

⁶⁵ MIQUEL, J., op. cit., p. 168. RAMELLA, A., op. cit., p. 165.

⁶⁶ No aparece muy clara la opinión de Miccio, R. (op. cit., p. 443), quien después de plantear la interrogante defiende la tesis, por lo demás no negada por nadie, según la cual nada impediría que una modificación del plazo sea materia de una estipulación entre las partes de suerte que tal modificación sea una manifestación de la autonomía privada; es claro que de lo que se trata es de establecer si el acreedor puede realizar la mentada modificación de manera unilateral. Tampoco es clara su explicación acerca de por qué puede el plazo ser reducido por autoridad del acreedor.

El derecho potestativo en que la resolución por intimación consiste se ejerce cuando el acreedor intima al deudor y le fija un plazo en dicha intimación. Dentro de este orden de ideas, creemos que como regla general la intimación no puede ser revocada ni el plazo alterado en una forma o en otra. Sin embargo, la ley puede autorizarlo a ello por razones de política legislativa que es justamente lo que ocurre en el caso del llamado *ius variandi* y que nuestro Código no tiene el cuidado de regular como en cambio hace el Código de Italia en el segundo párrafo de su artículo 1553⁶⁷ a propósito de la resolución judicial. En tal sentido, lo que se resuelva a propósito de este problema servirá para resolver también aquél desde que se trata justamente de una de sus manifestaciones. Aunque no nos ocuparemos ahora con detenimiento del problema del *ius variandi*, en nuestra opinión resulta admisible en ambos sentidos y así debería consignarse en nuestro Código en una futura reforma.

Por último, el contenido de la intimación se completa -además del requerimiento de cumplimiento y de la fijación de un plazo- con la advertencia del efecto resolutorio. El acreedor debe poner de manifiesto que está ejerciendo su derecho de resolución por intimación para lo cual no es suficiente que exija la prestación y señale un plazo; debe advertir que su interés en el cumplimiento tiene un límite temporal al final del cual surgirá un interés en la liberación, lo que ocurrirá a la expiración de ese plazo si la prestación no ha quedado ejecutada. Tal exigencia es compatible con la necesidad de revelar claramente al deudor que se está ejerciendo este derecho, lo que además se condice con el hecho de que la intimación se instrumente mediante una declaración recepticia. Esto pone de manifiesto una preocupación en el ordenamiento por valorar un interés del deudor en conocer las decisiones que adopta legalmente el acreedor con relación al vínculo del cual el primero también forma parte. Ese interés legítimo queda satisfecho expresando en cualquier manera en que se quiera -siempre que resulte sin lugar a dudas- la

advertencia de que la resolución ocurrirá, advertencia que por ello resulta indispensable para configurar el instituto.⁶⁸

8.- FORMALIDAD DE LA INTIMACIÓN

En cuanto a la formalidad se refiere, el artículo 1429 del Código Civil dispone que la intimación se realice por carta y que ésta se remita a su destinatario por conducto notarial. Frente a tal disposición sería pertinente preguntarse acerca del carácter de la referida exigencia a fin de establecer si se trata de una formalidad *ad solemnitatem*, cuya inobservancia comprometería directamente la validez de la intimación en tanto que se trataría de un requisito impuesto a la declaración como elemento del negocio de intimación, o si la ausencia de semejante formalidad no afecta la validez de la intimación en tanto que es exigida por la ley para efectos de disponer de un medio idóneo para probar la existencia y el contenido de dicha intimación. Felizmente, el sistema de las formalidades establecido por nuestra ley civil aleja toda posibilidad de duda, de guisa que no parece que por ahora pueda presentarse mayor controversia sobre el particular. El artículo 144 del Código Civil, en efecto, puntualiza que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, se trata tan sólo de un medio de prueba de la existencia del acto. Por lo tanto, habida cuenta de que ni el artículo 1429 ni ningún otro dispone la nulidad de la intimación en el caso en que no se cumpla con adoptar la forma escrita o no se remita la comunicación por conducto notarial, la ausencia de las referidas formalidades sólo repercutirá en el aspecto probatorio mas no en lo que concierne a la validez o eficacia del instituto.⁶⁹ En consecuencia, será válida la intimación formulada por escrito pero remitida por un mensajero o por fax, o formulada verbalmente. Por lo demás, nada impide que el interesado pueda producir la prueba a través de cualquiera de los medios que admite la ley.⁷⁰

⁶⁷ La indicada disposición tiene el siguiente tenor: "La resolución puede ser demandada aún cuando el juicio haya sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no puede pedirse el cumplimiento cuando haya sido demandada la resolución."

⁶⁸ LARENZ, K., op. cit., p. 353. SPALLAROSSA, R., op. cit., Vol. IV, T. 2, p. 884. COLLURA, G., op. cit., p. 113. CRISCUOLI, G., op. cit., p. 479. HEDEMANN, op. cit., p. 181. ZATTI y COLUSSI, *Lineamenti di Diritto Privato*. Seconda edizione. Padova: CEDAM, 1989. p. 446. MIQUEL, J., op. cit., p. 161.

⁶⁹ Conforme, Exposición de Motivos Oficial, cit., p. 11.

⁷⁰ No creemos que pueda compartirse la opinión de DE LA PUENTE (op. cit. T. IV, p. 371) según la cual, la carta notarial sería en este caso la única forma de probar que se ha realizado la intimación, a menos que el destinatario acepte que sí tuvo lugar. Ocurre que el citado autor es del temperamento que también la formalidad *ad probationem* tiene necesariamente que ser acatada (ver por todos: op. cit., T.I, p. 170), olvidando que el artículo 144 señala que dicha formalidad (*ad probationem*) es sólo "un" medio de prueba de la existencia del acto, a diferencia de la solución que adoptó para el anteproyecto que el presentó conjuntamente con Susana Zusman que señalaba que dicha formalidad era "el" medio de prueba, texto que no mereció acogida.

Antes de concluir estas ideas acerca de la formalidad que concierne a la resolución por intimación, conviene tener en consideración el precepto que contiene el último párrafo del artículo 141 del Código Civil. Hemos ya dejado establecido que no acatar la formalidad que prevé el artículo 1429 no acarrea la nulidad de la resolución por intimación, pero debemos recordar que la manifestación de voluntad no puede ser tácita cuando la ley exige declaración expresa, de modo tal que si así fuera, es decir si la ley exigiera declaración expresa, una manifestación tácita se equipararía a la ausencia de manifestación de voluntad y por ello a la nulidad del negocio jurídico. Es cierto que en este caso es muy poco probable que el problema se pueda presentar si se considera que por el contenido que la intimación debe tener, manifestarla tácitamente es poco menos que imposible. Pero si alguna circunstancia permitiera hipotéticamente intimar tácitamente cumpliendo con todo el contenido que debe tener la intimación -contenido que ya hemos estudiado- deberá concluirse que la intimación tácita no es legalmente válida porque el artículo 1429 exige la expresa -indica que sea por escrito-, y el artículo 141 del Código Civil señala que en casos como ese -es decir cuando la ley exige declaración expresa- no puede considerarse que existe manifestación tácita.

Ad portas de una ley de enmiendas del Código Civil, el legislador tiene oportunidad de corregir errores, pero también de perfeccionar los institutos jurídicos para tender a un mejor funcionamiento de los mismos. Creemos que el legislador debe optar claramente en la problemática de la formalidad relativa a la resolución por intimación imponiendo una forma *ad solemnitatem*, o eliminando toda referencia a formalidad desde que la formalidad *ad probationem* no tiene ninguna relevancia práctica. En otras palabras, o se eleva la forma escrita de la intimación y la necesidad de que sea cursada por conducto notarial a la categoría de solemnidad esencial, o simplemente se omite en el artículo 1429 toda referencia a forma. Para ello, el legislador debe evaluar por un lado la importancia práctica que tiene facilitar a los privados el ejercicio de sus derechos agilizando hasta donde sea posible y razonable el tráfico jurídico, en una sociedad que reclama cada vez más rapidez y fluidez en los negocios, reduciendo a la vez los costos que las formalidades de tales negocios significan para las partes, hipótesis que aconseja eliminar toda solemnidad para dejar a la prudencia de los particulares decidir en cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias, la forma que debe adoptar el específico negocio que se proponga cele-

brar y asumir el riesgo que su decisión comporte en términos de seguridad jurídica. Y por otro lado, la necesidad de otorgar certeza y seguridad, sobre todo en el caso de los mecanismos de autotutela privada, evitando la proliferación de juicios o facilitando la solución de los mismos, y procurando una predictibilidad de las sentencias judiciales; lo que aconsejaría la imposición de una solemnidad como la que ahora prevé el artículo 1429 sólo como forma *ad probationem*. De ambas alternativas nosotros postulamos la primera.

9.- ÁMBITO DE LA RESOLUCIÓN POR INTIMACIÓN

Hemos ya puntualizado que la intimación puede actuarse tan pronto como expira el plazo establecido para el cumplimiento, sin necesidad de que el deudor haya sido previamente constituido en mora. Hemos dicho también que en este último supuesto, es decir cuando el deudor no ha sido constituido en mora todavía, la intimación provoca dicho efecto al cumplir una función interpellatoria, desde que contiene, como hemos visto, un requerimiento de cumplimiento.

En cuanto a su ámbito de aplicación, resulta indicativo que el artículo 1429 del Código Civil, norma que regula la resolución por intimación, esté ubicado en el Título VI relativo a los "Contratos con Prestaciones Recíprocas", que a su vez está comprendido por la Sección Primera que concierne a los "Contratos en General", dentro del Libro VII que se ocupa de las Fuentes de las Obligaciones; pero además, dicho artículo (como todos los demás de la misma Sección) encuentra complemento en el artículo 1353 que está ubicado en los mismos Libro y Sección (pero en el Título I), y a cuyo tenor las normas generales de la referida Sección se aplican a todos los contratos de derecho privado, típicos o atípicos, salvo en cuanto a estos últimos que resulten incompatibles con las reglas específicas dispuestas para ellos, en lo que constituye una aplicación de aquel principio según el cual las reglas particulares prevalecen sobre las generales. Por tanto, no puede existir ninguna duda acerca de que el sistema de resolución por intimación es aplicable a todos los contratos con prestaciones recíprocas.⁷¹

Tal afirmación, que es correcta en líneas generales, no es, no obstante, unánimemente admitida por los escritores. Así, un primer grupo de autores afirma que la resolución por intimación sería inaplicable a todos los contratos en los que el acreedor que pre-

⁷¹ Conforme con esta afirmación para el derecho italiano, SMIROLDO, A., op. cit., p. 102.

tende resolver ya ha ejecutado su prestación pues en tal hipótesis carecería del título de ejecución necesario para obtener la restitución de su prestación.⁷² Sin embargo, se ha replicado con razón que la necesidad de contar con un título de ejecución para, por esta vía, obtener la restitución de la prestación previamente ejecutada, no es óbice para actuar cualquiera de los mecanismos de resolución extrajudicial, desde que, si fuera necesario, el acreedor puede después de provocar la resolución premunirse de un título de ejecución demandando la condena a la restitución de su prestación en un proceso en el que, además, se ventilará la resolución extrajudicial que el demandante invocará como fundamento de su pretensión restitutoria y que dará lugar a una sentencia declarativa (esto es, no constitutiva) de resolución que servirá de título de ejecución para obtener (en ejecución de sentencia) la restitución de la prestación.

También se ha negado que la resolución por intimación pueda resultar aplicable a los casos de contratos traslativos o constitutivos de derechos reales inmobiliarios sujetos a registro. Esta objeción tampoco parece aceptable habida cuenta de que el sistema de inscripción de los derechos en nuestro ordenamiento no interfiere en modo alguno con la eficacia automática de la intimación resolutoria. Por lo demás no es insuperable la dificultad que se presenta con relación al tipo de instrumento que resulta indispensable para efectuar la inscripción del efecto resolutorio.

Por último, es opinión común que la resolución por intimación no procede en los casos de incumplimiento que pueda calificarse como definitivo.⁷³ Supóngase que se trata, por ejemplo, del incumplimiento de una obligación con prestación de no hacer, que no admite ya la posibilidad de cumplimiento. En casos como este, no sería procedente recurrir a un mecanismo que está concebido para el caso en que existe todavía interés en el cumplimiento y, por ende éste es susceptible de verificarse, lo

que no se da en la hipótesis planteada. La concesión de un plazo -que pone de manifiesto durante cuánto tiempo subsistirá el interés del acreedor en la prestación y la posibilidad de ejecución de la prestación durante su transcurso, que como hemos visto forma parte de la estructura de la resolución por intimación-, aparece manifiestamente impertinente y demuestra que esta figura resolutoria no se adecúa a tal tipo de supuestos. Entonces, como puntualiza Auletta,⁷⁴ habrá que concluir que en estos casos en los que la resolución es tanto más necesaria cuanto apremiante por tratarse de los casos típicos para los que la resolución debería estar concebida -recuérdese que se trata nada menos que de los casos en los que el incumplimiento es de tal naturaleza que ha lesionado de manera definitiva el interés del acreedor en la prestación-, sería necesario prescindir de la resolución extrajudicial e involucrarse en un juicio resolutorio. Podría sostenerse que, de ser necesario para el acreedor, aunque el mecanismo resolutorio no esté concebido para este supuesto, habida cuenta de que la prestación no puede ser ya ejecutada, el acreedor puede intimar al deudor al cumplimiento fijando el plazo mínimo de 15 días al término del cual quedará resuelta la relación, y de esta manera se vale del instrumento de resolución por intimación que de todos modos le resulta más útil y expeditivo que un proceso judicial de resolución.⁷⁵ De cualquier modo esta es una nueva demostración de la grave omisión denunciada por nosotros con tanta insistencia, en el que incurrió el legislador al no complementar la figura de la resolución por intimación con un instrumento de resolución extrajudicial que no necesite de la determinación de plazo alguno sino que permita la directa e inmediata disolución del vínculo, al estilo de lo que contempla el segundo párrafo del parágrafo 326 del BGB.

10. ALTERNATIVAS DEL DEUDOR INTIMADO

Recibida por el deudor la intimación resolutoria, éste tiene varias posibilidades de actuar. Puede, sólo dentro del plazo fijado en la intimación, ejecu-

⁷² Esta afirmación corresponde a autores italianos que comentaban los códigos de Comercio (artículo 67) y Civil (artículo 1512) abrogados por el Código Civil italiano vigente, tales como PIPIA (*Trattato di diritto commerciale*, Vol. IV, *Le obbligazioni*, pág. 317, 320), SABATO (*Vendita commerciale*, n° 139); VIVANTE (*Trattato di diritto commerciale*, Vol. III, No. 1700, p. 181) y, respectivamente, ROSSI (*Vendita civile*, No. 546), todos citados por SMIRLODO, op. cit., p. 103, nota 51.

⁷³ Conformes con esta opinión AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 407; COSTANZA, M., op. cit., p. 439. En cambio, opinan; pero sin ningún sustento, que para los efectos de la actuación de la resolución por intimación puede tratarse también de incumplimiento total y definitivo: BIANCA, M., PATTI, G., PATTI, S., op. cit., p. 273.

⁷⁴ AULETTA, G., op. cit., p. 408.

⁷⁵ Se trata de una solución netamente práctica que consideramos no sólo aceptable sino conveniente, y que aunque no armoniza con la típica función que es propia de la resolución por intimación, sí se condice con la *ratio iuris* del instituto de la resolución por incumplimiento en general y desde ese punto de vista contribuye a tutelar al acreedor ante la ausencia de una figura *ad hoc* que deberá introducirse en nuestro código lo antes posible.

tar la prestación incumplida evitando la resolución de la relación jurídica y extinguiendo más bien su obligación por cumplimiento. La ejecución deberá ser total pues en caso contrario no habrá propiamente cumplimiento y la resolución tendrá igualmente lugar.

Por otra parte, el deudor puede no ejecutar la prestación dentro del plazo fijado y en este caso, expirado que quede el plazo, la relación contractual queda automáticamente resuelta sin necesidad de ninguna actuación o declaración ulterior por parte del acreedor.

El deudor no puede paralizar la intimación ni sus efectos por la vía de una oposición judicial o extrajudicial toda vez que está sujeto al derecho potestativo resolutorio del acreedor. Sin embargo, es comúnmente admitido que el deudor puede impugnar la intimación y, en su caso, la resolución provocada por el vencimiento del plazo fijado en la intimación, mediante un proceso en el cual el juez habrá de limitarse a constatar si existieron o no los presupuestos de la intimación resolutoria (incumplimiento imputable, gravedad del incumplimiento, fijación de un plazo de al menos quince días), y declarará cuál es la situación jurídica, esto es, declarará que la resolución de la relación efectivamente se produjo a la expiración del plazo, o que al no haberse verificado dichos presupuestos la resolución no tuvo lugar, de manera que la relación contractual mantiene su vigencia.⁷⁶

Hay quien sostiene que en el proceso de impugnación debe demandarse y, en su caso sentenciarse, la invalidez (suponemos que se refiere a la anulación y no a la nulidad) de la resolución, con efecto retroactivo a la fecha de la citación con la demanda.⁷⁷ Esta tesis no carece de lógica jurídica, se basa en que la intimación resolutoria es un acto negocial, es decir, un negocio jurídico que debe someterse, como sus congéneres, al sistema previsto para ellos, y como parte de dicho sistema al régimen de la invalidez (nulidad, anulabilidad y rescisión) establecido para tratar los defectos estructurales de los que adolezca el negocio jurídico. No obstante la cierta dosis de lógica del argumento, no creemos que pueda ser compartido. En primer lugar, es menester aclarar que si de anulabilidad se tratara, tendría que basarse en alguna de las causales previstas para ella y no encontramos en el artículo 221 del Código

Civil o en algún otro una causal de anulabilidad para este caso. Además, en la hipótesis negada de que la anulabilidad fuera la respuesta prevista para este caso, la inevitable aplicación del artículo 222 del Código determinaría que la retroactividad se remonte al momento mismo de la celebración del negocio, es decir al momento en que se declaró la intimación y no a la fecha de la citación con la demanda de impugnación. En caso contrario habría que admitir el absurdo consistente en que la resolución sí se produjo, aunque anulable, de manera que la extinción de la relación contractual se verificó efectivamente pero la sentencia de anulación extingue el efecto resolutorio haciendo resurgir el vínculo contractual; pero el resurgimiento sólo ocurriría a partir de la fecha de la citación con la demanda -por efecto de la retroactividad limitada que postula De la Puente- lo que significaría en definitiva que entre el momento en que expiró el plazo fijado en la intimación (que es cuando se produce la resolución) y el momento en que se emplazó al demandado el vínculo habría quedado extinguido definitivamente.

En rigor de verdad, la ausencia de uno o más de los presupuestos necesarios para actuar la resolución por intimación no provoca la anulabilidad de la resolución -lo que no significa que la resolución sí se produce aunque adolezca de alguno de sus presupuestos. En primer lugar tenemos que advertir que la intimación resolutoria como acto negocial (y lo mismo vale para la resolución por cláusula expresa) no se ejerce en virtud del poder negocial del sujeto, es decir en virtud de aquel poder abstracto y general que todo sujeto de derecho tiene por delegación del ordenamiento jurídico para celebrar negocios jurídicos ejerciendo así su autonomía privada y creando reglas dentro de los límites de dicha autonomía. La resolución operada en virtud de la intimación resolutoria así como la resolución que emana de la declaración que se efectúa en virtud de la cláusula expresa de resolución, son consecuencia de un derecho potestativo cuyo surgimiento está previsto en concreto por el ordenamiento jurídico (artículo 1429) o por una estipulación contractual. En otras palabras el acto negocial de resolución constituye el ejercicio de un derecho potestativo de resolución otorgado bajo ciertas circunstancias por la ley o por pacto entre las partes, y tal derecho potestativo no surge mientras no se den los presupuestos previstos

⁷⁶ MIRABELLI, G., op. cit., p. 620. BIGLIAZIGERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., NATOLI, U., op. cit., p. 1080. SCOGNAMIGLIO, R., op. cit., p. 359.

⁷⁷ Esta opinión pertenece a Manuel de la Puente (op. cit., T. IV, p. 381) y tiene similitud con la que -dentro del contexto del ordenamiento jurídico argentino- propugna Miquel (op. cit., p. 176), quien sin embargo sostiene que lo que debe demandarse es la nulidad de la resolución.

para ello. En consecuencia, si dichos presupuestos no se han verificado simplemente no surge el derecho de resolución y por lo tanto tampoco existe el acto negocial (intimación) de resolución ni, por cierto, el efecto resolutorio.

Por esa razón la doctrina más autorizada entiende que la impugnación de la resolución en estos casos sólo conduce a que el juez constate si los presupuestos resolutorios se habían presentado al tiempo en que se declaró la resolución, y en caso afirmativo a que declare (sentencia declarativa o de *accertamento*, como dicen los italianos) que por tal razón la resolución efectivamente se produjo, o, en caso contrario, a que declare que la resolución no tuvo lugar.

11.- EFECTOS

Los efectos del instituto de la resolución por intimación pueden ser identificados según que se aprecien dos momentos, a saber: antes del la expiración del plazo fijado en la intimación y después de tal vencimiento.

Una doctrina autorizada se inclina por pensar que durante el decurso del plazo el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación.⁷⁸ Esta opinión responde necesariamente a la concepción que sus autores tienen de la intimación como mecanismo resolutorio que pasa inexorablemente por conceder al deudor una nueva oportunidad de cumplimiento para lo cual se le debe otorgar un plazo adecuado a tal efecto. Dentro de este orden de ideas, es evidente que otorgado un plazo de cumplimiento, cesa la exigibilidad de la obligación pues se trata de un plazo establecido en beneficio del deudor. Sin embargo, nosotros no compartimos esa concepción inadecuada del instituto de la resolución por intimación desde que es un medio de tutela del acreedor y no uno de protección de los intereses del deudor. La naturaleza y la función de este mecanismo han sido ya expuestas por nosotros en los rubros correspondientes. De acuerdo con ello, consideramos que durante el transcurso del plazo fijado en la intimación, el acreedor puede exigir la ejecución de la prestación, es decir puede ejercer su derecho de crédito, habida cuenta de que su interés en el cumplimiento subsiste precisamente hasta que el plazo expire. Recuérdese que el plazo no es un plazo de cumplimiento que suspenda o difiera la exigibilidad de la obligación, sino que es sólo un plazo que fija el

momento del decaimiento definitivo del interés del acreedor en la prestación. Evidentemente esta exigencia de cumplimiento, cualquiera que sea la forma en que se canaliza, cesa de tener relevancia jurídica en el mismo momento en que concluye el plazo fijado y se resuelve la relación contractual.

Por otra parte, los mismos autores por los argumentos ya anotados consideran que pendiente el plazo fijado, el acreedor no puede resolver la relación contractual. Nosotros coincidimos esta vez con la referida conclusión; pero por fundamentos ciertamente distintos. Entendemos que el plazo fijado por el acreedor lo vincula de modo tal que no puede precipitar una resolución que él mismo ha diferido a la expiración de un plazo. La misma razón nos conduce a rechazar la posibilidad de que el acreedor pueda reducir el plazo ya fijado.

Ahora bien, consideramos también que antes de la expiración del plazo fijado el acreedor puede evitar la resolución cambiando de determinación solamente si el ordenamiento admite, y en la medida en que lo admita, el *ius variandi*, al cual ya hicimos somera referencia con anterioridad. Esta misma regla debe regir respecto de la posibilidad de ampliar el plazo fijado. De ser el caso, el *ius variandi* debe ejercerse en este supuesto mediante una declaración recepticia que el acreedor debe dirigir al deudor y que debe llegar al domicilio de éste antes que concluya el plazo fijado en la intimación.

En lo que concierne a los efectos que se desencadenan a la expiración del plazo, el propio artículo 1429 nos señala que el principal efecto de la intimación consiste en supeditar la vicisitud resolutoria a la expiración del plazo fijado en la intimación si la prestación no ha quedado ejecutada en el interregno. Dicho de otro modo, por efecto de la intimación la relación contractual se resuelve -es decir se extingue- de pleno derecho si la prestación no ha quedado ejecutada al momento en que vence el plazo fijado en la intimación. No parece innecesario aclarar que cuando la norma señala que la resolución se produce de pleno derecho quiere significar que tal efecto jurídico tiene lugar por ministerio de la ley, y por lo tanto sin necesidad de que deba ser constituido por un pronunciamiento de la autoridad judicial.⁷⁹

Pero el efecto resolutorio no sólo ocurre sin necesidad de intervención judicial o de otra autoridad

⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, R., op. cit., p. 358. CARRESI, F., op. cit., p. 920.

⁷⁹ BIGLIAZZI, L.; BRECCIA, U.; BUSNELLI, F.; NATOLI, U., op. cit., p. 1078. GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*. Padova: CEDAM, 1990. Vol. II. T 2, p. 427. HALPERIN, I., op. cit., p. 54. MOSSET, J., *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, p. 385. DE LA PUENTE, M., op. cit., T. IV, p. 377.

sino que se produce al momento en que el plazo expira, sin solución de continuidad, y sin necesidad de ulteriores actuaciones o nuevas declaraciones del acreedor. No aparece correcta aquella tesis según la cual, cuando el plazo expira la relación no queda extinguida en forma automática pues se requiere una nueva declaración del acreedor resolviendo la relación pues de otro modo se privaría a la parte cumplidora de la posibilidad de exigir el cumplimiento y los daños.⁸⁰ Ha quedado claramen-

te explicado ya, que el acreedor efectúa su elección al momento de intimar al deudor que es cuando decide la resolución estimando el momento en que ella deberá tener lugar, lo que por lo demás juzga de acuerdo a sus intereses. En consecuencia, no puede sostenerse que si no se le permite una nueva elección, el acreedor no tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento. La nueva elección deberá admitirse dentro de los límites del *ius variandi* y siempre antes de la expiración del plazo.

⁸⁰ SANTIAGO, H. . Pacto Comisorio. En: Contratos. Buenos Aires: Depalma, T. I, p. 745. Es verdad que en el Código Civil Argentino no se utiliza la expresión "resolución de pleno derecho" sino que tomando una expresión del Código Civil de Honduras, el artículo 1204 señala que transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida quedarán resueltas "sin más" las obligaciones emergentes del contrato. A su vez, SACCO R. y DE NOVA, G., por un lado (op. cit., p. 522) y COSTANZA, M., (op. cit., p. 447) por otro, denuncian una practica viciosa que los primeros atribuyen a la jurisprudencia italiana y que consiste en subordinar el efecto resolutorio a una nueva elección del acreedor.

**ESTUDIO
ECHEANDIA, MANINI, RAMSEY, PADRON
& ASOCIADOS**

Los Castaños 335
San Isidro

Teléfonos : 442.6283
 : 442.2730

Fax : 221.1688

E-mail : estudio@estuem.com.pe