

RESOLUCIÓN POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES MEDIANTE INTIMACIÓN DEL ACREEDOR

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE SU REGULACIÓN CIVIL Y REGISTRAL

RESOLUTION FOR FAILURE TO OBLIGATIONS THROUGH INTIMATION OF CREDITOR

SOME COMMENTS ABOUT HIS CIVIL REGULATION AND REGISTRATION

Marco Antonio Ortega Piana
CMS Grau, Perú

Resumen

Ante un grave incumplimiento de obligaciones, resulta lógica la representación que le asiste exclusivamente al acreedor perjudicado, la posibilidad de resolver el contrato, por pérdida de interés en reclamar lo debido; no obstante, para lograr dicho propósito, la ley dispone que necesariamente se observen ciertos requisitos, los cuales no pueden ser obviados en el marco de la autonomía privada ni en razón de que el acreedor desee extinguir unilateralmente al contrato. Es precisamente la afectación del indicado interés lo que permite distinguir entre procedimientos de resolución inmediata y diferida, por lo que se propone que la denominada resolución por intimación sea considerada en este último grupo, dado que se asume que el acreedor mantiene interés en lograr lo debido, aunque lo perderá si, dentro del plazo otorgado, la parte infiel mantiene el estado de inejecución de obligaciones. Siendo una resolución de pleno derecho, en la que se prescinde de una calificación jurisdiccional constitutiva, debería poder inscribirse registralmente dicha resolución, pese a que la actual regulación registral no lo autorice de forma expresa, para cuyo efecto, advirtiéndose de las contingencias, se proponen ciertas alternativas para cautelar razonablemente los intereses de las partes comprometidas.

Palabras clave: contratos, interés prestacional, retardo, mora, resolución, incumplimiento grave, parte infiel, resolución de pleno derecho.

Abstract

In the event of a serious breach of obligations, it's logical the representation that assists the creditor exclusively affected, the possibility of resolve the agreement, for loss of interest in claiming the due; however, to achieve this purpose, the law has the necessary observance of certain requirements, which cannot be ignored within the framework of private autonomy, or because the creditor wants to resolve the agreement unilaterally. It's precisely the affectation of the indicated interest that makes it possible to distinguish between immediate and deferred resolution procedures, proposing that the so-called intimidation resolution be considered in the last group, given that it's assumed that the creditor maintains interest in to obtain the due, although it will lose it if, within the granted period, the unfaithful party maintains the state of non-performance of obligations. Being a full-fledged resolution, in which a constitutive jurisdictional qualification is omitted, it should be able to register said resolution, despite the fact that the current registry regulation does not expressly authorize it, for which purpose, warning of contingencies, certain alternatives are proposed for reasonably protect the interests of the parties involved.

Keywords: Agreements, benefit interest, delay, default, resolution, serious breach, unfaithful party, full-fledged resolution.

1. Consideraciones preliminares

La resolución implica la ineficacia del contrato por causa sobreviniente a su celebración, lo cual abarca un amplio conjunto de figuras jurídicas, algunas relativas a los actos jurídicos en general, y otras asociadas de manera exclusiva a los contratos. Dentro de dicho conjunto tenemos la condición resolutoria, la transacción, el mutuo disenso, el desistimiento y la resolución propiamente dicha. Como tantos conceptos en derecho, bien podemos referirnos a una resolución en sentido amplio, lato, y a otra en sentido restringido, estricto.

En ese contexto, resulta pertinente la clasificación que refiere Roppo¹ en el sentido de que la resolución, como concepto general, puede clasificarse en

remedial y no remedial. La primera es la que corresponde a una respuesta del ordenamiento frente a la generación de un trastorno, patología o mal funcionamiento contractual, reconociéndose que puede explicarse por imposibilidad sobreviniente, dificultad extrema o incumplimiento grave de la prestación objeto de la obligación². Por oposición, la no remedial no demanda de dicho trastorno, es solo liberatoria, pudiendo inclusive provenir de la común voluntad de las partes contratantes o de la sola voluntad de una de ellas.

Como bien es sabido, el Código Civil peruano de 1984 no solo diferencia entre rescisión y resolución, como ineficacias funcionales contractuales, sino que, además, define cada una de ellas³. En el caso concreto de la resolución, en su artículo 1371, dispone que la resolución permite dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado «por causa sobreviniente a su celebración», lo que resulta ser un enunciado de sentido amplio.

El presente trabajo se refiere a la resolución estricta; de manera específica, a la derivada por inexecución de obligaciones, en vía de intimación.

La inexecución obligacional presupone posibilidad de cumplimiento, presumiéndose que por causa imputable al deudor no se ha producido el esperado pago que satisfaga al interés del acreedor (presunción relativa de imputabilidad que, en el régimen de graduación de la culpa, se enmarca en la culpa leve⁴). Ante el incumplimiento imputable, corresponde que el acreedor de forma privada opte por mantener la vigencia del contrato o por dejarlo sin efecto, sea jurisdiccional o extrajurisdiccionalmente.

Sin embargo, para que dicho concurso electivo pueda en efecto implementarse, deben haberse configurado ciertos requisitos conceptuales.

El primero de ellos, un auténtico presupuesto, radica en que el deudor no debe haber incurrido en una mera falta de cumplimiento, sino en un incumplimiento. Y es que, en nuestro derecho civil, no es lo mismo la falta de cum-

1 Vincenzo Roppo, *El contrato*. Traducido por Eugenia Ariano Deho. (Lima: Gaceta Jurídica SA, 2009), 862-863.

2 Lina Bigliuzzi Geri *et al.*, *Derecho civil, volumen 2: Hechos y actos jurídicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I), 1071-1072. Los eventos sobrevinientes que fundamentan la posibilidad de una resolución son tres: hipótesis ordinaria: el incumplimiento; hipótesis extraordinarias: la imposibilidad y la dificultad.

3 En materia de rescisión, nos remitimos a nuestro trabajo «Rescisión: compartiendo algunas inquietudes a propósito de su actual regulación legislativa», *Gaceta Civil & Procesal Civil Registral/Notarial* (diciembre 2014), n.º 18, 63-79.

4 Presunción relativa contenida en el artículo 1329 del Código Civil peruano: «Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

plimiento que el incumplimiento, aunque en el sentido del lenguaje común sea lo mismo. Hay una sutileza de por medio.

Conforme se ha expresado en alguna oportunidad⁵, no hay necesaria coincidencia entre el lenguaje común, académico y legislativo. El lenguaje común es el cotidiano y comprensible para todos los miembros de una colectividad. El lenguaje académico, en cambio, corresponde a una aspiración de mayor precisión; es accesible para quienes dominan determinada especialización, y por su tecnicismo no es comprensible necesariamente para todos. Y el lenguaje legislativo tiene alcances especiales: tendría que ser comprensible en general, pero tampoco debe alejarse tanto de la rigurosidad jurídica, cuando corresponda. A título de ejemplo, los artículos 1382⁶ y 1533⁷ del Código Civil peruano evidencian un lenguaje legislativo en su redacción. Respecto del artículo 1382, la oferta no es «obligatoria» porque no instituye vínculo obligatorio alguno —más allá de que así lo pretenda el oferente, de ser aceptada su declaración—, siendo más bien irrevocable; empero, se entiende que lo obligatorio pretende destacar que no puede ser desconocida, no puede ser dejada sin efecto, no puede ser revocada. Y en el caso del artículo 1533, los contratos no se «hacen», tal como afirma el legislador, sino que se celebran; empero, queda claro que la norma se refiere a la generación de un acuerdo contractual.

El problema radica en que muchas veces lo legislativo lo leemos y, lo que es más grave, lo pretendemos aplicar como si fuese un lenguaje académico, y esto no es así en absoluto. El lenguaje legislativo está más identificado con lo cotidiano, salvo que sea indispensable una precisión académica. Por ello, la expresión legislativa debería ser puntual, sencilla, comprensible y ajena a interpretaciones sutiles. El Código Civil no es un tratado de derecho, y menos puede ser tomado o apreciado como tal.

¿Cómo diferenciar la falta de cumplimiento del incumplimiento? Cuando la prestación no es ejecutada conforme a lo pactado, por ejemplo, en la oportunidad convenida, conforme a una tradición *pro debitor*, se entiende que el acreedor concede unilateralmente un plazo de gracia o adicional para que el deudor cumpla con lo debido. Ello puede hacerse de manera expresa o tácita.

5 Jorge Horacio Alterini *et al.*, *Teoría general de las ineficacias* (Buenos Aires: La Ley, 2000), 1-7.

6 Artículo 1382 del Código Civil peruano: «La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso».

7 Artículo 1533 del Código Civil peruano: «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

ta. Por ejemplo, si Pedro debe entregar determinada mercadería a Pablo el 2 de julio y no cumple con ello, en términos jurídicos no ha incumplido, dado que se entiende que el acreedor le otorga potestativamente un mayor plazo, un plazo de gracia, para que pueda cumplir, beneficio que puede retirar en cualquier momento. Si al 13 de agosto se mantuviese ese *status quo*, el acreedor que se sienta afectado en su interés podrá reclamar el pago y, desde ese preciso instante, el deudor estará en mora, incurriendo en una conducta ilícita civilmente que habilita a exigirle una reparación por daños y perjuicios, según sea el caso.

Como regla general, el deudor solo estará en falta jurídica desde la oportunidad en que se encuentre en mora, poniendo fin a su estado de demora, lo cual coincide frecuentemente cuando el acreedor reclama el cumplimiento. A ello corresponde la regla *dies non interpellat pro homine*. La excepción corresponde a los supuestos de mora automática, *dies interpellat pro homine*, en los que no se requiere una actuación del acreedor, por haberse generado objetivamente una situación que coloca en falta jurídica al deudor.

La mora es un concepto jurídico, que presupone el retardo, pero que puede incluir o no el requisito del requerimiento o intimación por parte del acreedor. El retardo es la primera manifestación de incumplimiento en las obligaciones positivas; es una especie del incumplimiento, que eventualmente será apenas transitorio, o se muestra desde un principio como incumplimiento definitivo, o puede desembocar luego en él⁸.

El retardo o falta de cumplimiento de lo debido es una falta obligacional, tolerada, siendo innegablemente el sustento para una ulterior mora, de ser el caso, con lo que se configura la afectación al crédito y se activan, en consecuencia, los mecanismos de tutela que correspondan. Díez-Picazo y Gullón⁹, haciendo referencia a una resolución judicial, destacan que el retraso calificado, culpable, moroso no quita la posibilidad de cumplimiento tardío de lo debido, porque, si como consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad jurídica de cumplir, más que mora habría incumplimiento. Conforme a ello, mientras subsista el vínculo, la ejecución, por más tardía que sea, satisface el

8 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, tomo I), 606.

9 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, Volumen II (Madrid: Editorial Tecnos SA, 2013, tomo I), 193.

interés del acreedor. La prueba de la carencia de interés corresponde al acreedor, implementándose mediante la resolución por inejecución de obligación.

La mora permite identificar al deudor como parte infiel y legítima al acreedor para que, ante la afectación de su interés, pueda reaccionar conforme a ley.

No es materia del presente trabajo tratar sobre las consecuencias legales de la mora debitoria, pero sí interesa destacar que ella posibilita que el acreedor, como parte fiel en oposición a la infiel, ante lo que ya es un incumplimiento, pueda resolver el contrato.

Por último, la mora solo podrá generarse de mediar imputabilidad, causa atribuible; en caso contrario, no será posible su configuración. Por ejemplo, si el deudor demuestra, quebrando la presunción legal de culpa leve, que el incumplimiento se explica por un evento que se le sobrepone, una causa ajena, fuerza mayor, no se le podrá colocar en mora, menos resolverse por incumplimiento¹⁰, pero ello no impide que opere la resolución del contrato por imposibilidad, dado que la causa ajena es lo que explica la falta de ejecución.

... parte de la doctrina extranjera, principalmente la italiana y la francesa, considera que la resolución por incumplimiento opera tanto si el incumplimiento es imputable al deudor como si obedece a imposibilidad sobreviniente de la prestación.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal posición es inadmisibles por estar especialmente previsto en los artículos 1431 y 1432 del Código civil que la imposibilidad de la prestación da lugar a la resolución del contrato de pleno derecho [...] quiéralo o no el contratante fiel¹¹.

El segundo requisito es lo relativo a la legitimidad en cabeza del acreedor

10 ¿Se opone la configuración en mora a la resolución contractual? Pareciera que sí, dado que la mora se asocia con la subsistencia del interés del acreedor en la prestación, siendo que la posibilidad de resolver corresponde a todo lo contrario. Sin embargo, no debe olvidarse que la mora no supone necesariamente actuación del acreedor, ya que existe el régimen de mora automática, siendo además que la mora es una situación en que debe colocarse al deudor para que, encontrándose este en falta jurídica, el acreedor pueda decidir lo más conveniente a su interés: mantener el contrato y lograr la ejecución de lo debido, o resolverlo. Tales postulados no son compartidos, en nuestro medio, por el profesor Jack Bigio, quien afirma que, en materia de resolución (refiriéndose específicamente a la resolución por intimación, aunque su tesis podría aplicarse a cualquier escenario de resolución por incumplimiento), la constitución en mora no es necesaria, apoyándose para ello en las doctrinas que habría desarrollado Francesco Messineo. No obstante, recurriendo a la fuente bibliográfica, este autor italiano no afirma lo que se sostiene que afirma (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil – Resolución por Incumplimiento Voluntario (arts. 1428 a 1430 del C. Civil), elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo con las leyes 24039 y 24136, separata especial del *Diario Oficial El Peruano*, 8 de abril de 1989, 13), ya que plantea simplemente el problema.

11 Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil* (Lima: Palestra Editores SAC, 2011, tomo II), 387.

que invoca la resolución. La legitimidad sirve para responder una cuestión fundamental: ¿puedo resolver el contrato? Es un título semejante al de la capacidad de goce: permite actuar, extinguir el contrato. Otro tema será la manera en que se ejerza el respectivo derecho potestativo.

La legitimidad presenta dos componentes. Uno subjetivo, asociado a la noción de parte fiel, y otro objetivo, relativo a que el incumplimiento debe ser grave, significativo o relevante.

El acreedor que opta por resolver el contrato debe ser el contratante fiel, entendiéndose como tal —en el marco de los contratos sinalagmáticos que constituyen el ámbito natural para aplicar la resolución por incumplimiento— al deudor que ya cumplió la prestación a su cargo (lo que podemos calificar como una lectura positiva del requisito) o, en todo caso, al que no ha faltado al cumplimiento de la prestación a su cargo (lectura negativa), por ser aún inexigible. Conforme a ello, por ejemplo, en una compraventa de ejecución sucesiva, en que se ha pactado que el vendedor realizará la entrega del bien a los sesenta días de pagado el correspondiente precio por el comprador, de haberse verificado esto último, el comprador será el contratante fiel, por lo que podrá colocar en mora al vendedor y optar por la resolución, de ser el caso. Su contraparte será el contratante infiel, de mediar un efectivo incumplimiento imputable. En el mismo ejemplo, si no se hubiese cumplido con el pago inmediato pactado, el vendedor será parte fiel, porque la prestación a su cargo no es aun exigible —por gozar del beneficio al plazo para la entrega—, por lo que podrá denunciar al comprador como parte infiel, ya que la prestación de este último sí era exigible y fue inejecutada. Resulta manifiesto que, en una compraventa de ejecución simultánea (regla supletoria), ninguna de las partes puede colocar en mora a su contraparte¹² si es que hubiese una falta de cumplimiento, por lo que menos podrá pretender resolver.

En cabeza del contratante fiel operan, en esencia, dos efectos: el liberatorio y el restitutorio. Se habla de efecto liberatorio cuando la resolución libera a la parte fiel, que se ha definido negativamente, como deudora del cumplimiento de la prestación a su cargo, porque ya perdió interés en la contraprestación inejecutada. En el caso del efecto restitutorio, la parte fiel se define positi-

12 Régimen regulado en el artículo 1335 del Código Civil peruano: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá». Sobre el particular, es suficientemente explicativo lo expresado por Ricardo Luque, «Excepción de incumplimiento», en *Temas de Derecho Contractual* (Lima: Cultural Cuzco SA Editores, 1985), 37-44.

vamente, por lo que la resolución habilita a exigir la reintegración de lo ya ejecutado, desde el momento en que la resolución despliega sus efectos temporales. El efecto reparatorio, que surge a raíz de la frustración del interés, opera exclusivamente en el contratante fiel, de ahí que se le deba indemnizar por la afectación del *interés positivo*.

El segundo componente de la legitimidad es la gravedad de la inejecución prestacional.

Resulta curioso que, pese a la relativa influencia del Código Civil italiano de 1942 en el proceso de redacción del Código Civil peruano de 1984, nuestro legislador no haya incorporado en este una regla como la establecida en el artículo 1455 del italiano, según la cual: «El contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra». De acuerdo con dicha norma, el incumplimiento del deudor debe ser significativo para fines de la resolución, gravedad que se define en razón de la afectación del interés del acreedor¹³.

Podría haber, al menos, un par de razones por las cuales nuestro Código Civil no contiene una regla como la reproducida. La primera razón radicaría en que la indicada falta de incorporación obedece a que la exigencia de gravedad no le pareció pertinente al legislador, por lo que se trataría de una exigencia que no aplica en nuestro medio, resultando suficiente el incumplimiento de cualquier grado o intensidad para que el acreedor pueda resolver. Lo más probable es que los *abogados textuales*, que identifican derecho con la expresión literal legislativa, suscriban esta explicación: si la ley no lo exige, no tiene por qué exigirse. La segunda razón sería que la omisión se explica por una suerte de economía legislativa: no se consignó porque era obvio, atendiendo a los desarrollos doctrinarios sobre el particular¹⁴; no se requiere consignar explícitamente una exigencia que resulta manifiesta. La regla de la buena fe, como regla fundamental y transversal del Código Civil, es más que suficiente.

13 Lina Bigliuzzi Geri *et al.*, *Derecho Civil, volumen 2. Hechos y actos jurídicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I), 1075-1077. La exigencia de la gravedad radica, conforme a dichos autores, no en el hecho que así lo establezca o no la ley, sino porque en el *iter contractual*...

... con frecuencia el deudor tiene toda la intención de ejecutar el contrato, pero por dificultades no graves y momentáneas no se encuentra en condiciones de hacerlo puntualmente; sin que, de otra parte, el acreedor sufra un perjuicio notable por efecto de una dilación breve. En consecuencia, si se le permitiera al acreedor resolver el contrato sin indagaciones adicionales no solo se lesionaría una exigencia de justicia, sino que se beneficiaría el arbitrio de quien busca el más mínimo pretexto para sustraerse a vínculos que ya no son de su agrado.

14 Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo II), 348. En la misma línea, Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, 390-393.

Aunque el tema se puede prestar a la especulación académica, debemos acoger probablemente la segunda razón, máxime cuando desde una lectura sistemática del Código Civil sí se advierte que el requisito de gravedad fue considerado en la regulación de contratos parte especial.

Es así que, en materia de compraventa con pago del precio en cuotas o armadas, para fines de la legitimidad resolutoria se exige, al menos, el incumplimiento de tres cuotas¹⁵, identificándose el requisito de gravedad con el aspecto cuantitativo del incumplimiento (lo grave viene a ser, de dicha manera, el incumplimiento sostenido, reiterado en el tiempo); no obstante, sobre la base del principio de supletoriedad normativa, resulta obvio que las partes pueden acordar cosa distinta si estiman que la gravedad radique, por ejemplo, en el incumplimiento de una o de cinco cuotas, o que el incumplimiento deba ser necesariamente de cuotas consecutivas.

En el caso del arrendamiento, bajo la presunción legal relativa de pago mensual de la renta, la configuración de gravedad se genera cuando el arrendatario ha dejado de pagar dos meses de renta y, además, transcurren quince días¹⁶; empero, las partes pueden considerar como grave cosa distinta, por ejemplo, la falta de pago de un solo periodo o, de seis periodos, de ser el caso. Conviene recordar de nuevo que, como regla general, las disposiciones legales en materia de contratación son supletorias¹⁷.

Por último, tratándose del suministro con entregas singulares, la resolución solo operará en la medida en que exista un razonable riesgo de incumplimiento de las entregas pendientes, lo cual constituiría una situación grave, intolerable para el acreedor, quien habría perdido confianza en el deudor¹⁸. Es esta la regla más precisa sobre la materia: la resolución es viable cuando el incumplimiento sea de tal naturaleza o magnitud que ponga en entredicho

15 Artículo 1561 del Código Civil peruano:

Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

16 Artículo 1697, inciso 1, del Código Civil peruano: «El contrato de arrendamiento puede resolverse: 1. Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días».

17 Artículos 1354 y 1356 del Código Civil peruano. El artículo 1698 dispone específicamente que: «La resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días».

18 Artículo 1620 del Código Civil peruano: «Cuando alguna de las partes incumple las prestaciones singulares a que está obligada, la otra parte puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos».

la confianza del acreedor en obtener los futuros cumplimientos en un marco contextual en que la continuidad del aprovisionamiento es fundamental, por lo que la afectación grave al interés del acreedor ya habilita para resolver.

Adviértase, además, que en los tres contratos típicos referidos se está ante el incumplimiento de obligaciones nucleares, tipificantes.

Por ello, bien puede afirmarse que, sobre la base de la autonomía privada, la gravedad se define por las propias partes; en su defecto, se considerarán las obligaciones tipificantes o fundamentales del negocio celebrado, aplicándose supletoriamente la ley.

Por último, el tercer y último requisito de la resolución remedial por incumplimiento radica en la necesidad de observar un determinado procedimiento o manera de actuar por parte del acreedor. El procedimiento —sobre la base de que ya se configuró la legitimidad— sirve para responder una cuestión práctica: ¿cómo hago para resolver el contrato? Corresponde a la manera en que se ejercerá el derecho potestativo.

Al igual que el derecho define lo que se entiende por *consentimiento* para fines de la celebración contractual —dado que hay casos en los que la respectiva noción jurídica no es coincidente con el mero acuerdo volitivo, como ocurre en los contratos formales y reales, en los que sin declaración expresada en forma documental, o mediante la entrega de una cosa, respectivamente, es inexistente el consenso—, de la misma manera la ley también define cómo resolver por incumplimiento, encontrándonos ante una relación cerrada de procedimientos o protocolos: cláusula resolutoria expresa, resolución por intimación del acreedor y resolución jurisdiccional constitutiva (artículos 1430, 1429 y 1428, segundo párrafo, del Código Civil, respectivamente).

No es objeto del presente trabajo tratar sobre los tres distintos procedimientos para resolver un contrato por causa de inejecución prestacional, pero sí nos interesa destacar que las partes no están en la posibilidad de regular irrestrictamente sobre la materia, por lo que no es posible instituir otro procedimiento resolutorio y deben conducirse dentro de los márgenes que la ley regula. Bajo dicha orientación, en ninguna circunstancia podrá soslayarse la aplicación del artículo 1374 del Código Civil de 1984, el que consideramos que corresponde a una auténtica regla de nuestro orden público contractual, conforme al cual todas las declaraciones contractuales son recepticias —como puede serlo la declaración del acreedor, parte fiel, de resolver el contrato por incumplimiento de la parte infiel—, de manera que solo adquieren valor o efecto en la medida en que sean puestas en conocimiento de la parte a la cual

van dirigidas. Queda a salvo la posibilidad que la propia ley disponga singularmente cosa distinta, excepción que no está considerada en materia de resolución por incumplimiento.

Por lo señalado, en materia de resolución por inejecución, fondo (legitimidad) y forma (procedimiento) tienen el mismo protagonismo, la misma relevancia. Hemos sido testigos de que, en algunos casos, por problemas de forma, la resolución no desplegó sus efectos, por más que el acreedor había perdido interés en la prestación inejecutada, y por esta razón subsistió el contrato, con la posibilidad de que la parte infiel redimiese su estatus y terminase ejecutando lo debido, aunque ya no fuese útil al acreedor. Así como también hay casos en los que se observó de manera impecable el procedimiento resolutorio pertinente, sin advertir que el acreedor carecía de legitimidad, por lo que la pretendida resolución no logró extinguir el vínculo.

El presente trabajo está referido de forma exclusiva a la resolución por intimación, no solo para analizar sus alcances conforme al diseño legislativo de 1984, sino también su regulación en el ámbito registral; esto permitirá evaluar la aplicación práctica de la figura en cuestión, con la esperanza de que contribuya a formar una opinión sobre la conveniencia o no de mantener o modificar la correspondiente regulación, sea en el plano civil o en el registral.

En dicha línea, este trabajo es una actualización de aquel que elaboramos hace un tiempo¹⁹, nutrida sobre la base de lo estudiado y reflexionado en los últimos años, atendiendo a nuestra propia experiencia profesional sobre la materia.

2. Alcances de la resolución por intimación. Regulación civil de la figura

El procedimiento de resolución por intimación opera curiosamente por intimidación. Dicha frase fue manifestada en cierta oportunidad por un alumno en clase, y de cierta manera no le faltaba razón. El artículo 1429 del Código Civil de 1984 regula la figura conforme a lo siguiente:

19 Nos referimos a «Resolución por intimación y Registros Públicos», *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 40 (2009), 79-111.

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

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

[El resaltado es nuestro.]

De acuerdo con lo que advertiremos acerca de los alcances de esta figura, si bien no se desconoce su naturaleza de procedimiento resolutorio, estimamos que no se le pueda colocar en el mismo plano de la cláusula resolutoria expresa o de la resolución jurisdiccional, dado que, a diferencia de estos dos últimos procedimientos, entendemos que, en la resolución por intimación, el acreedor —como parte fiel del contrato— aún mantiene interés en la prestación y, por ello, la reclama, debiéndose ejecutar en cierto plazo para evitar que se haga efectivo el apercibimiento de resolución.

Consideramos que la resolución por intimación es un procedimiento inmediatamente conminatorio, orientado a satisfacer el subsistente interés de la parte fiel, y solo en defecto de lograr esto último en el plazo extremo otorgado operará la resolución, por lo que esta ocurre subsidiariamente. Se trata, en consecuencia, de un procedimiento mediatamente resolutorio. Al acreedor lo que le interesa es satisfacer su crédito, aunque se representa —y así cuida de informar a la parte infiel— que, en caso de resultar inútil su intimación, manteniéndose el estado de inejecución obligacional, el contrato se extinguirá.

Sobre la base del texto legislativo reproducido, interesa analizar determinados aspectos de la resolución por intimación.

Sobre los alcances del requerimiento por realizarse y su asociación con el estado de mora

«... la parte que se perjudica **por el incumplimiento** de la otra **puede requerirla...**».

El ejercicio de la resolución es discrecional. La resolución por inejecución de obligaciones solo opera por iniciativa del acreedor. En otras palabras, puede darse una situación en la que el acreedor, por más que haya adquirido legitimidad resolutoria, opte por mantener la relación obligacional y prefiera ejercer cualquiera de las atribuciones que le reconoce el artículo 1219 del

Código Civil de 1984 antes que dar por extinguido el contrato²⁰. Estamos frente a un derecho potestativo cuyo ejercicio corresponde por cierto a una situación jurídica subjetiva de ventaja en la que el acreedor puede afectar una esfera jurídica distinta de la suya²¹: si el deudor mantiene el incumplimiento, por lo que no paga lo requerido (conforme al régimen del cual trataremos a continuación), quedará resuelto el contrato. El deudor, como parte infiel, no puede sustraerse al ejercicio de dicho derecho potestativo.

Pero no se trata solo de que la resolución opere discrecionalmente, sino que, además, requiere como soporte, en el caso específico, de cierta actividad del interesado, de la parte fiel, quien debe requerir, compeler, intimar, demandar el cumplimiento al deudor. Sobre el particular, el artículo 1429 del Código Civil peruano es muy claro: «... la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla [...] para que satisfaga su prestación...», de manera que dependerá del acreedor compeler o no.

Adviértase que se trata de una exigencia; no es un ruego, no es una exhortación, no es una invitación, menos un recordatorio.

El requerimiento es para que el deudor pague lo que hasta ese momento no ha pagado, y ello significa jurídicamente que el acreedor tiene, y mantiene, interés en la respectiva prestación y, por consiguiente, en la vigencia del contrato, que es el título que le permite reclamar la conducta debida para satisfacer su interés. Aunque, no es menos cierto, se trata de un interés próximo a desaparecer si el deudor no cumple en el plazo otorgado excepcionalmente.

Ahora bien, ¿qué es lo que le interesa en realidad al acreedor? ¿Cobrar o resolver?

Podemos proponer dos respuestas completamente distintas.

Al acreedor le interesa que se le pague; por ello exige el cumplimiento de lo adeudado. Al acreedor no le interesa resolver (o, al menos, no de manera

20 Artículo 1219 del Código Civil peruano:

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

21 Lima Bigliazzi Geri *et al.*, *Derecho civil, volumen 1. Normas, sujetos y relación jurídica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I), 416-417. La potestad representa un derecho subjetivo, concreto y no abstracto como el «poder», que representa una situación activa y de ventaja, de manera que su titular, mediante su ejercicio unilateral, puede, conforme destacan dichos autores, «provocar una modificación en la esfera jurídica de un sujeto jurídico distinto, imposibilitado para oponerse válidamente a ella, y que, por eso mismo, por regla general, se encuentra en una posición (de desventaja inactiva) de mero *pati* o soportar».

inmediata), porque en ese escenario podría ejercer la cláusula resolutoria expresa (si es que hubiese sido pactada) o demandar la resolución jurisdiccional (siendo que, conforme al artículo 1428, *in fine*, del Código Civil de 1984, desde el preciso instante de citación con la demanda, el deudor quedará impedido de cumplir, por haber sido notificado que el pago ya carece de utilidad para el acreedor demandante).

Sin embargo, no siempre lo declarado es lo querido en realidad.

Para comenzar, no deberíamos representarnos que la resolución por intimación presupone la carencia de una cláusula resolutoria expresa. Puede ser que, habiéndose pactado aquella, al acreedor —como contratante fiel— no le interesa resolver de forma inmediata —por el solo mérito de la respectiva comunicación exigida por el artículo 1430 del Código Civil peruano— porque mantiene interés. En ese escenario, opta por el mecanismo bajo comentario, pero da a entender con claridad que, de no subsanarse el incumplimiento, el contrato quedará resuelto vencido el plazo correspondiente. Mantiene interés, pero está a punto de perderlo, por lo que activa este procedimiento que es diferidamente extintivo.

Pero también puede ser que al acreedor ya no le interesa la prestación adeudada, como tampoco le interesa demandar la resolución porque no desea involucrarse en un juicio que, de seguro, le significará desgaste de ánimo, tiempo y dinero, más aún cuando nuestro sistema judicial no se caracteriza en realidad por su celeridad y predictibilidad.

Bajo esas circunstancias, para evitarse el *via crucis* que pudiese significar seguir un juicio en el cual su pretensión es resolver, pero que exige una declaración constitutiva jurisdiccional, el acreedor muy probablemente optará por requerir el cumplimiento al deudor con la íntima esperanza de que no se produzca el pago requerido, de manera que, vencido el plazo otorgado, la resolución opere extrajurisdiccionalmente y, así, quede sin efecto el contrato. Sin embargo, en ese escenario, sobre la base de que lo declarado es formal y jurídicamente lo querido, el acreedor no podría negarse al pago que le pudiese ser ofrecido por el deudor como consecuencia de la intimación, por lo que sería inviable que llegue a operar la resolución. Y si estamos, además, ante un contrato cuyos efectos se prolongan en el tiempo, el acreedor deberá resignarse a seguir vinculado con aquel que ha sido un mal pagador. Solo si el deudor no atiende el requerimiento dentro del plazo correspondiente, el contrato quedará resuelto, satisfaciéndose la expectativa *in pectore* del acreedor, quien se habría ahorrado un juicio sobre la materia.

Expresado en otros términos, si el acreedor pretende deshacer el vínculo contractual de manera relativamente inmediata, la denominada resolución por intimación no es el medio idóneo porque, en rigor, es un procedimiento conminatorio que solo generará subsidiariamente la resolución. Al activar este mecanismo sin tener un efectivo interés en la prestación debida, la parte fiel se somete a la contingencia de un ofrecimiento de pago que, de ajustarse a lo pactado, no debería, no podría rechazar.

Como debe mediar necesariamente un requerimiento del acreedor para que se materialice el pago esperado, bajo apercibimiento de resolución, el procedimiento bajo comentario es conocido como *resolución por intimación*.

Se entiende que, por encontrarnos ante la posibilidad de una resolución por no haberse subsanado una situación de grave incumplimiento imputable, este último debe estar constituido jurídicamente²². La cuestión es desde cuándo debe estar en mora el deudor: ¿con anterioridad a la intimación? ¿O, como consecuencia de ella, si es que no lo hubiese estado antes?

En un trabajo previo sostuvimos que, sobre la base de que nuestro ordenamiento no se adhiere a un régimen de mora automática (artículo 1333 del Código Civil de 1984), el requerimiento bajo comentario permitiría dejar atrás cualquier tolerancia o plazo de gracia para el cumplimiento y denunciar el incumplimiento vía constitución en mora, de tal forma que en su momento pueda resolverse el contrato.

En otras palabras, se afirmaba que el requerimiento cumpliría una doble función: de manera inmediata, permitiría constituir en mora al deudor (si no lo estaba), reclamando el cumplimiento pendiente y, de manera mediata, permitía extinguir al contrato si el deudor seguía desatendiéndose de lo que se obligó.

Se trataba de una interpretación flexible, para facilitar la resolución.

Pero debemos cuestionarnos si al acreedor le interesa en realidad obtener la resolución o, manteniendo interés en la prestación, le interesa más bien que su crédito sea al final satisfecho. Si aceptamos que el procedimiento bajo comentario es inmediatamente conminatorio y, solo de manera subsidiaria y mediata, resolutorio, también deberíamos aceptar que el empleado ya debe estar configurado como parte infiel; esto es, ya debe haberse generado la si-

22 Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo II), 341.

tuación de mora, sea o no automática, dado que esta es el presupuesto para la resolución como remedio, más allá de su vía de implementación.

Suscribimos definitivamente esta tesis. Para la viabilidad de este protocolo resolutorio debe haberse denunciado con anterioridad el incumplimiento, por lo que la intimación bajo comentario no configura la mora. Desde esta perspectiva, De la Puente²³ sostiene que, desde el momento en que el artículo 1429 del Código Civil de 1984 hace expresa referencia en su texto al artículo 1428, ello significa que, para formular el requerimiento a fin de resolver por incumplimiento vía intimación, debe haberse faltado antes al cumplimiento, estándose concretamente en situación de incumplimiento: mora. De haber simple demora, encontrándose las partes aún en proceso de ejecución, estaría fuera de lugar activar la resolución, ya que la causal todavía no se ha generado.

Si seguimos la secuencia que hemos planteado en el presente trabajo, sobre los requisitos de la resolución por incumplimiento, debemos recordar que hemos señalado que el primero de ellos es un auténtico presupuesto, ya que debe existir antes de evaluar la legitimidad y el procedimiento. Sin mora no hay incumplimiento, y sin incumplimiento no cabe resolución alguna, más allá de la manera en que se pueda implementar. Por consiguiente, en el preciso instante en que el acreedor, como contratante fiel, activa los procedimientos resolutorios, más allá de que sean inmediatos o diferidos, la demora ya debe haber dado paso a la mora.

Se trata, además, de la interpretación más consistente con el principio de preservación contractual y con la visión de la resolución como un remedio extremo. Se está al brocardo jurídico *In dubio semper id, quod minus est, debetur* ('En la duda siempre es debido lo que es menos'), lo cual concuerda con la tónica *pro debitore* del Código Civil vigente.

Dejamos constancia, no obstante, de que no podemos negar que el tema es interpretable. Tanto es así que, en los sucesivos procesos de reforma del Código Civil, se han propuesto diversos textos alternativos para la actual redacción del artículo 1429 del Código Civil de 1984. Y siendo que ya hemos referido que el lenguaje legislativo no es necesariamente preciso desde la perspectiva académica, técnica, preferimos no invocar el inicio del texto del artículo 1429 del Código Civil, el cual señala que «En el caso del artículo 1428 la parte que

23 De la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, 424.

se perjudica por el **incumplimiento** de la otra puede requerirla...» [el resaltado es nuestro], dado que el término *incumplimiento* puede ser leído en derecho tanto de manera amplia como estricta. Postulamos que debería, en este caso, leerse en sentido estricto: no se está ante una simple falta de cumplimiento (demora) sino ante un incumplimiento (mora), lo cual es el supuesto de hecho para poder recurrir a este procedimiento si el acreedor mantiene interés, un interés próximo a extinguirse si la parte infiel no ejecuta aquello que ya debió haber ejecutado en su oportunidad.

Para concluir, atendiendo a que se trata de un tema interpretable, no podemos obviar que la lectura propuesta se opone a lo que habría sido estimado por la Comisión Revisora del Código Civil²⁴. En efecto, conforme a la exposición de motivos oficial del Código Civil de 1984²⁵:

Surge la duda acerca de si el acreedor debe acusar la mora al deudor, como requisito previo al requerimiento de que trata este precepto.

Ramella, jurista argentino, sostiene la tesis afirmativa poniendo de manifiesto que antes de que el deudor haya incurrido en mora no puede hablarse de incumplimiento argumentando que la ley argentina dispone que el requerimiento resolutorio debe hacerse cuando se ha dejado de cumplir la prestación.

No obstante lo dispuesto por el citado jurista, no es un requisito legal que el deudor sea constituido previamente en mora para que se pueda hacer uso del derecho contenido en el artículo 1429.

Estimamos que, en esta materia, el legislador habría incurrido en una lamentable confusión. La mora sí resulta indispensable para resolver por in-

24 La Comisión Revisora fue creada por Ley 23403, promulgada en mayo de 1982, y tenía precisamente por objeto revisar el denominado primer proyecto o proyecto elaborado por la Comisión Reformadora (creada mediante Decreto Supremo 95 del 1 de marzo de 1965, a cuyos miembros se les encargó el estudio y revisión del Código Civil de 1936. Si bien el encargo inicial fue proponer las modificaciones necesarias al Código Civil de 1936, sus miembros optaron finalmente por elaborar y proponer un texto sustitutorio, un nuevo código civil. Los trabajos de esta comisión se extendieron hasta 1981, cuando se presenta al Poder Ejecutivo el respectivo proyecto en el año 1981). Entre los miembros más destacados de la Comisión Revisora figuraban Javier Alva Orlandini, Roberto Ramírez del Villar, César Fernández Arce y Jack Bigio Chrem. Su competencia fue complementada mediante Ley 23756, promulgada en diciembre de 1983. Los trabajos de esta comisión se extendieron hasta julio de 1984, cuando se presentó al Poder Ejecutivo el respectivo proyecto (el que bien puede ser llamado segundo proyecto, elaborado sobre la base del primero), el que fue promulgado el 24 de julio de 2014 y entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año.

25 Exposición de motivos oficial del Código Civil. Resolución por incumplimiento voluntario (arts. 1428 a 1430 del Código Civil) elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo con las leyes 24039 y 24136. Separata especial del *Diario Oficial El Peruano*, 8 de abril de 1989, 13.

cumplimiento, aunque su ausencia no impide una eventual resolución, solo que ella será por imposibilidad, dado que la prestación puede tornarse en imposible por o sin causa imputable. Ya nos hemos referido antes al tema.

Sobre la forma de comunicar el requerimiento

«... puede requerirla mediante **carta por vía notarial** para que satisfaga su prestación...».

La generación de la resolución derivada del procedimiento bajo comentario demanda, conforme al artículo 1429 del Código Civil, que el acreedor requiera el pago mediante comunicación librada en vía notarial; en ese escenario, un fedatario público dejará constancia de que la declaración del acreedor ha sido ciertamente entregada al deudor y, por lo tanto, que este conoce del respectivo requerimiento de pago, conforme a lo previsto en el artículo 1374 del Código Civil peruano (teoría de la cognición, presumiéndose que la recepción entraña conocimiento).

En otras palabras, para que el contrato pueda quedar resuelto, la intimación al pago debe ser notarial. Desde dicha perspectiva, ¿qué ocurre si el respectivo requerimiento no lo es?

Si nos limitáramos a una interpretación literal del artículo 1429 del Código Civil, en caso de que el requerimiento no se realice conforme a lo previsto legislativamente, este no surtiría efecto al no cumplir con la forma exigida y, por lo tanto, el contrato subsistiría por más que se hubiese vencido el plazo otorgado para el respectivo pago sin que este se hubiese verificado. En consecuencia, sería necesario observar la formalidad para evitar mantener un contrato que ya no resultaría querido para el contratante fiel una vez que se agote el plazo otorgado para el pago.

El problema es que dicha lectura significaría, de hecho, identificar la exigencia de forma como una solemnidad. Y la ley no regula la forma notarial indicada como una forma necesaria, porque, de haberlo querido así, debió excluir que la forma sea considerada probatoria, incorporando la frase «bajo sanción de nulidad», conforme a lo establecido por el artículo 144 del Código Civil de 1984²⁶.

26 Artículo 144 del Código Civil peruano: «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto».

La comunicación notarial para fines del requerimiento de pago no constituye solemnidad alguna, sino un medio de prueba sobre la oportunidad de formulación de la intimación (la intervención del notario genera fecha cierta para la respectiva comunicación, la cual adquiere una connotación de entrega fehaciente), de manera que se tendrá certeza sobre la oportunidad de inicio y de conclusión del plazo correspondiente y, de manera correlativa, sobre el momento en que el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, no es el único medio de prueba, de manera que si un requerimiento extranotarial llega a ser satisfactoriamente probado generará los mismos efectos que uno notarial. Sobre este particular, atendiendo al indicado artículo 144 del Código Civil de 1984, la parte infiel no podría desconocer la resolución contractual que habría operado, como consecuencia del vencimiento del plazo, por una pretendida inobservancia de la forma o procedimiento previsto, dado que dicha inobservancia no está sancionada con nulidad.

Dejamos al final constancia de que un diagnóstico es distinto de una recomendación. No tenemos duda de que la forma notarial no es necesaria para la consecución de los fines del artículo 1429 del Código Civil; empero, desde una perspectiva práctica, para evitar discusiones y la contingencia de una calificación jurisdiccional sobre si hubo o no una efectiva entrega de la comunicación del acreedor, lo más recomendable es aplicar la forma propuesta por el Código Civil de 1984, aunque conscientes de que conveniencia y seguridad no son sinónimos de necesidad. En otras palabras, la forma notarial no es un requisito *sine qua non*, pero es la forma idónea propuesta por el Código Civil para fines de generar certeza.

En ese orden de ideas, no llegamos a compartir lo expresado por el maestro De la Puente cuando sostiene²⁷ que, no obstante que el requerimiento de pago extranotarial no es inválido —porque la forma exigida no está sancionada con nulidad—, resulta siendo al final ineficaz porque no hay otra manera de probar su existencia. Si admitiéramos que una forma meramente probatoria es insustituible (porque no habría jurídicamente otra manera de probar la existencia), entonces estaríamos asumiendo de forma indirecta su esencialidad, por lo que no estaríamos ante un problema de ineficacia, sino de invalidez. La forma *ad probationem*, sea de origen legal o voluntario, representa solo un

27 De la Puente y Lavalle, *El Contrato en general*, 425.

medio preferido de prueba, de manera que, de existir un concurso de medios probatorios contradictorios, se debería optar por dicha forma, por ser el medio recomendado por el legislador o, de ser el caso, instituido por las partes.

En razón de lo anterior, interpretamos que el maestro se refiere a que no habría otra forma material, fáctica, de probar la entrega del requerimiento ya formulado, como sería, por ejemplo, si se hubiese realizado de manera verbal, o que se niegue la suscripción del cargo de una simple comunicación escrita. Pero de existir otra manera de acreditación distinta de la notarial, resulta obvio que los efectos resolutorios deberían operar, aunque es innegable que ello quedará al final sujeto a una calificación jurisdiccional si es que el deudor, pese a ser parte infiel, impugna la pretendida resolución (por esa o cualquier otra razón). Como correlato, no le falta razón a De la Puente cuando expresa que «... si el destinatario del requerimiento admite que este se ha hecho utilizando cualquier otra forma, el requerimiento es válido y produce plenos efectos»²⁸. Conforme al inmemorial axioma, «A declaración de parte, relevo de prueba».

Sobre la extensión del plazo para atender la conminación al pago

«... para que satisfaga su prestación, **dentro de un plazo no menor de quince días...**».

Este aspecto de la resolución por intimación es probablemente lo más interesante de su regulación, ya que se asocia a cuál es nuestra lectura sobre la naturaleza de este procedimiento: ¿es resolutorio de la misma manera que la cláusula resolutoria expresa o de una declaración jurisdiccional constitutiva?

La fórmula del Código Civil de 1984 respecto del plazo puede resultar ambigua y ha merecido toda clase de pronunciamientos. La ley exige que el acreedor intime al pago y otorgue al deudor un plazo no menor de quince días para dicho fin. Plazo no menor significa plazo mínimo. Si la parte fiel invoca este procedimiento, salvo que se hubiese regulado *inter partes* el tema de la extensión temporal del requerimiento, no debería otorgar hipotéticamente diez días para el cumplimiento, ya que «al menos» deberían ser quince, pero nada impide que se otorguen, por ejemplo, veinte o sesenta días.

28 De la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, 425.

Estamos frente a un plazo que, por su carácter civil, se calcula en días calendario, salvo que se instituya por días hábiles, lo cual significaría otorgar voluntaria de manera indirecta un plazo mayor que el legalmente previsto.

De aplicarse supletoriamente este régimen, ¿está sujeta la extensión del plazo a la discrecionalidad, a la sola voluntad del acreedor, sobre la base que sea, al menos, de quince días?

Existen al menos dos maneras de aproximación al tema.

La primera de ellas es que el acreedor es quien determina la extensión del plazo para el cumplimiento de la obligación requerida; por lo tanto, cumple con la exigencia legal en la medida en que otorgue no menos de quince días. De acuerdo con esta aproximación, se va a destacar que el plazo no solo es subjetivo, sino que, además, su naturaleza no es la de un plazo orientado a obtener el cumplimiento, sino la de un preaviso, ya que se está comunicando que, habiéndose perdido interés en lo debido, de persistir el incumplimiento, al vencimiento del respectivo plazo, el contrato quedará resuelto, extinguido.

La segunda aproximación trasciende de la literalidad de la norma en cuestión y apela a su racionalidad. En ese sentido, se parte de la premisa de que lo formulado por el acreedor es un requerimiento de pago, denotando que mantiene interés en la prestación, de manera que lo que espera —conforme a las reglas de la buena fe— es que el deudor cumpla con lo comprometido, siendo que la resolución será la excepcional consecuencia en caso de que el deudor mantenga su incumplimiento. En ese orden de ideas, se entiende que el plazo otorgado debe ser el necesario para que el deudor pueda cumplir, y responder a un criterio objetivo, más allá de la persona del acreedor. Si la ejecución de la prestación demanda, por ejemplo, veinte días, otorgar quince sería absolutamente irreal (por más que con ello se cumpla la exigencia mínima legal), de manera que no habría seriedad en el requerimiento formulado, ya que resultaría imposible que el deudor pueda atenderlo, pues le faltará tiempo; hasta podríamos referirnos a un eventual comportamiento de mala fe. Surge de nuevo la cuestión ya planteada: ¿qué es lo que le interesa al final al acreedor? ¿Obtener el pago o resolver el contrato? Si el acreedor mantiene interés en la obligación, resulta lógico que deba otorgar el plazo apropiado o idóneo atendiendo a las circunstancias, por lo que en el ejemplo propuesto debería al menos conceder veinte días y no limitarse a los quince previstos en la ley. Por el contrario, si el acreedor ya hubiese perdido interés en la prestación que le debe la parte infiel, entonces debería (buena fe, probidad) actuar con la honestidad y transparencia del caso, y no ejercer un procedimiento que no

corresponde²⁹, siendo más bien que debería inclinarse por invocar la cláusula resolutoria expresa (de haberse pactado) o demandar la resolución jurisdiccional del contrato.

Somos conscientes —y tantas veces hemos intercambiado ideas en el aula universitaria y en el propio ejercicio profesional— de que adoptar la tesis conforme a la cual el plazo se determina de forma objetiva, en función de la prestación pendiente, puede resultar, a primera vista, oneroso innecesariamente para el acreedor, siendo que de alguna manera se estaría favoreciendo al mal pagador y olvidando que la resolución es un mecanismo de tutela para fines de liberación, generando un pésimo mensaje para el mercado. En nuestro medio, el profesor Forno ya ha cuidado de expresarse ampliamente sobre ello³⁰, destacando que otorgar un plazo adicional mínimo de quince días es un exceso, atendiendo a que el deudor ya dispuso del tiempo convenido para cumplir y no cumplió; en su opinión, ni siquiera debería mediar la concesión de un plazo adicional al ya transcurrido, atendiendo a que el acreedor ya perdió interés, y la ley debería proporcionar un mecanismo célere de resolución, remitiéndose al modelo alemán.

Esa línea de pensamiento es, además, la que fue desarrollada en el seno de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984³¹:

... la fórmula elegida por el legislador de establecer un plazo objetivo de 15 días, si bien puede resultar en algunos casos poco flexible, es preferible en aras de evitar la incertidumbre que se originaría de adoptarse la solución del Código Civil Italiano de establecer en el requerimiento «un plazo conveniente». En otras palabras, mediante este precepto el legislador busca solucionar un conflicto de modo claro, práctico y contundente, dejando a salvo el derecho del deudor para que si encuentra no arreglada a derecho la resolución extrajudicial, pueda impugnarla judicialmente.

29 Hacemos nuestra la doctrina de Manuel de la Puente y Lavalle (*El contrato en general*, 367) cuando expresa:

Pienso que el artículo 1429 del Código Civil solo 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 cumplimiento.

Por lo tanto, si el acreedor pretende resolver, no puede actuar en fraude a la ley, ya que corresponderá que haga uso de los medios que lo autorizan a ello siguiendo sus propias reglas.

30 Hugo Forno, «Resolución por intimación», *Themis, Revista de Derecho. Segunda época* (1998).

31 Exposición de motivos oficial del Código Civil. Resolución por incumplimiento voluntario (arts. 1428 a 1430 del Código Civil), elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo con las Leyes 24039 y 24136, separata especial del *Diario Oficial El Peruano*, 8 de abril de 1989, 12-13.

[...]

Desde luego, que si el deudor tiene elementos para contradecir, impugnar u oponerse a la resolución, puede promover la acción ordinaria correspondiente a fin de que judicialmente se establezca que no ha mediado incumplimiento, o que su incumplimiento es el resultado del incumplimiento de la parte contraria, que la obligación no es exigible o que se encuentra extinguida, que no ha recepcionado el requerimiento, que el plazo contenido en él es ilegal, etc.

[...]

El legislador se aparta de la opinión de Farina en cuanto este (siguiendo a la doctrina alemana) sostiene que puede haber un plazo mínimo mayor que el legal de 15 días, cuando este resulte inadecuado, y el deudor reclame por esta circunstancia.

La Comisión Revisora entiende que cuando el acreedor efectúe el requerimiento utilizando el plazo legal o el convencional que se hubiese fijado por las partes, actúa con arreglo a derecho.

Si a lo expresado por el profesor Jack Bigio, autor de la respectiva exposición de motivos oficial aprobada por la Comisión Revisora, sumamos que esta es la que introdujo en el Código Civil el procedimiento de resolución por intimación³², y que se pretendió establecer un plazo preciso de, al menos quince días, para fines de que se puede verificar el cumplimiento exigido sin necesidad de recurrir a fórmulas previstas en otras legislaciones que hacen referencia a plazos convenientes, prudenciales, idóneos o adecuados, etc., se tendría que admitir que atentaría contra la *ratio legis* promover que el plazo a ser otorgado debe estar necesariamente subordinado a la naturaleza de la prestación pendiente de ejecutar. Con ello se tendría que asumir que el plazo adicional —que debe ser por un mínimo de quince días— queda sujeto al criterio exclusivo del acreedor, a su sola voluntad, como contratante fiel, lesionado en su interés crediticio.

En nuestra opinión, sin embargo, no debe olvidarse que, con la previsión que debió desplegarse con ocasión de las negociaciones, al celebrarse el contrato, bien pudo incluirse un pacto de resolución expresa, conforme al artículo 1430 del Código Civil de 1984. Un acreedor diligente, adelantándose a una

32 Exposición de motivos oficial del Código Civil. Resolución por incumplimiento voluntario (arts. 1428 a 1430 del Código Civil), elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo con las Leyes 24039 y 24136, separata especial del *Diario Oficial El Peruano*, 8 de abril de 1989, 1-11.

pérdida de interés respecto de la prestación que no fuese ejecutada oportunamente, debería haber previsto el indicado procedimiento resolutorio, el cual operaría por su sola y exclusiva decisión plasmada en una simple comunicación a la parte infiel. Además, para mayor diligencia, dicho pacto podría haberse complementado con uno sobre mora automática, para evitar que la demora en el cumplimiento oportuno pudiese significar una graciosa prórroga de plazo, salvo que fuese evidente la naturaleza esencial del respectivo plazo para la ejecución.

El derecho debe promover y proteger comportamientos diligentes, desincentivando y sancionando los negligentes.

Estimamos que, desde el instante en que se exige el cumplimiento, el acreedor evidencia interés y, conforme a ello, el deudor tiene aún la posibilidad extrema de pagar, ya que para algo se le requiere el pago; de lo contrario, sería una intimación o exigencia contradictoria en sí misma. No habiendo interés, ¿para qué requerir el cumplimiento? ¿Para qué otorgar al menos quince días, con lo cual pueden darse mayores días? Si se asume la tesis de la pérdida de interés crediticio, la norma debió ser redactada en forma totalmente distinta, sin hacer mención alguna a la intimación, señalando solo que, ante el incumplimiento incurrido, el contrato quedaba extinguido una vez vencido el plazo de quince días desde que el acreedor comunica su intención de darlo por resuelto de pleno derecho.

El texto del artículo 1429 del Código Civil de 1984 es totalmente distinto. Su tenor no sugiere lo que se afirma que regula.

Resulta pertinente destacar que no debemos confundir lo que la ley expresa con aquello que nos gustaría que expresara. La interpretación *ex lege lata* se opone a la *ex lege ferenda*.

Pero muy probablemente pueda considerarse que, al final de cuentas, se trata con guantes de seda al mal deudor, a la parte infiel del contrato, lo cual puede desalentar el crédito. Consideramos que lo que invite quizá a una suerte de rebeldía contra los alcances del plazo mínimo del artículo 1429 del Código Civil de 1984 es que se trataría de una nueva evidencia de una regulación *pro debitore*, en la cual se asume que el deudor es la parte débil, siendo que se le estaría «condenando» al acreedor al mantener el vínculo con quien no cumple de forma oportuna sus obligaciones, obviándose en los hechos la finalidad resolutoria del procedimiento.

No compartimos dicha posición. No solo porque desconoce que, en primer lugar, estamos ante un requerimiento de pago —lo cual demanda que

la conminación sea efectiva, esto es, por un plazo que permita en realidad cumplir con lo requerido—, sino, además, porque no consideramos que exista un perjuicio (en términos jurídicos), ya que la constitución en mora permitiría indemnizar por el atraso calificado; y si con anterioridad solo hubo demora o atraso simple, eso es problema imputable al propio acreedor, porque debió haber denunciado la falta de cumplimiento oportuno, no generando plazo de gracia alguno. Nadie debe invocar el hecho propio a su favor, nadie debe invocar su propia culpa y, en este caso, habría mucho de negligencia del propio acreedor.

Como correlato de lo expuesto, estamos en desacuerdo, en principio, con cualquier proyecto de reforma legislativa que postule eliminar directa o indirectamente la referencia en general a un plazo «no menor» respecto del requerimiento de pago relativo a este procedimiento de resolución por intimación, bajo el argumento que el deudor ya tuvo tiempo para cumplir y no lo hizo³³, puesto que dicho plazo se debe determinar —aplicando las reglas de la buena fe que estructuran ontológicamente al derecho de contratos— en función de las circunstancias específicas de la prestación comprometida. Dicho plazo «no menor» podrá ser fijado en diez, quince o treinta días, eso es otra cosa (cualquier plazo siempre será arbitrario), porque lo que debería primar es el plazo que se derive de la realidad, del que se necesite para cumplir lo que ha sido requerido por el propio acreedor, atendiendo a la actividad esperada comprometida, siendo que, en caso de desacuerdo, el tema se resolverá al final en sede jurisdiccional.

Y al postular la subsistencia de un plazo objetivo en razón del contenido de la prestación requerida, no se busca beneficiar a la parte infiel, facilitándole la posibilidad del cumplimiento, evitándose una resolución; el fundamento radica en lograr satisfacer el interés del contratante fiel, del acreedor, porque se entiende que, al recurrir a este procedimiento, la parte fiel evidencia subsistencia de interés en la prestación que no fue ejecutada de manera oportuna esperando que el plazo idóneo que otorga no sea inútil.

33 Jorge Mosset, *Contratos* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998), 451-453. El autor hace referencia a las discrepancias existentes en la doctrina argentina sobre el particular, indicando que hay una línea de rechazo a la concesión de un plazo idóneo o apropiado que permita el cumplimiento de lo intimado, más allá del mínimo legal. Jorge Mosset manifiesta finalmente que «frente a deudores inescrupulosos, proclives a dilaciones y maniobras, se muestra más ventajosa la resolución por sentencia judicial», lo que permite inferir una posición acorde con la necesidad, por haber mediado una intimación al pago, que el plazo sea el apropiado de acuerdo con las circunstancias.

Por último, una inquietud sobre el contenido expreso del requerimiento: ¿qué ocurre si el acreedor compele al pago, pero no señala plazo alguno?

El requerimiento formulado bajo la circunstancia propuesta será inocuo respecto de una pretendida resolución, solución que hacemos extensiva en caso de que se hubiese comunicado un plazo menor al mínimo legalmente previsto.

En efecto, sobre la base de que, según el Código Civil vigente, el plazo se asocia en esencia con la posibilidad de ejecutar la prestación adeudada, podemos arribar a dos conclusiones. La primera: si se fija un plazo menor que el que debe corresponder por la naturaleza de la prestación, por más que se cumpla el mínimo legal, el requerimiento sería ineficaz para fines resolutorios, aunque ello debería ser así reconocido jurisdiccionalmente; esto significa que el deudor tendría que contradecir la pretendida resolución (si no la contradice, se entiende que de forma tácita acepta la pertinencia y suficiencia del plazo fijado por el acreedor, el cual debería ser mínimo por quince días). La segunda: si no se fija plazo alguno, en la medida en que se cumplan los demás requisitos del artículo 1429 del Código Civil de 1984 (nos referimos en concreto al apercebimiento), el requerimiento también sería ineficaz para fines resolutorios por no haber precisado el plazo necesario para el pago, aunque ello debería ser reconocido jurisdiccionalmente; esto quiere decir que el deudor tendría que contradecir la pretendida resolución que pudiese ser invocada por el acreedor.

Dejamos a salvo, desde luego, la posibilidad de que, al formular el requerimiento, el acreedor o parte fiel señale expresamente que se remite a lo regulado por el artículo 1429 del Código Civil vigente, entendiéndose de buena fe que la voluntad implícita es otorgar el plazo establecido en dicha norma. Se trata de estilos de redacción.

Sobre el apercebimiento resolutorio

«... bajo apercebimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto».

Ante una situación de falta de pago, requerimientos puede haber, y muchos, por parte del acreedor reclamando que el deudor cumpla lo comprometido. Ya hemos manifestado que, sobre la base de que nuestro sistema legal no postula, como regla general, la mora automática, de ordinario el primer requerimiento de pago significará poner término a cualquier situación de tolerancia por parte del acreedor, puesto que, desde el preciso instante en que

el deudor sea compelido al pago, quedará jurídicamente constituido en mora; de cumplir con la prestación a su cargo se estará, en consecuencia, ante un pago tardío con la posibilidad de reclamar daños y perjuicios.

Sin embargo, para los fines del artículo 1429 del Código Civil de 1984, no es suficiente compeler, exigir, ya que, además, debe indicarse expresa, inequívocamente, la consecuencia si el requerimiento fuese desatendido. Sobre el particular, no debe olvidarse que al ordenamiento le interesa mantener las relaciones contractuales, por lo que la posibilidad de optar por la resolución debe restringirse a situaciones graves, que determinan que sea intolerable mantener la relación.

En dicho sentido, para que se produzca la resolución con prescindencia de una declaración constitutiva a nivel jurisdiccional, es absolutamente necesario que el acreedor advierta de forma expresa de dicha posibilidad al deudor compelido, siendo que le estará manifestado implícitamente, además, que, como efecto de la resolución, podrá reclamarle los daños y perjuicios por el incumplimiento total, ya que se presume legalmente la imputabilidad del deudor. Dicha indicación sobre las consecuencias de ser desatendido el requerimiento es un tema de necesidad, no es que sea recomendable o vivamente sugerido. El apercibimiento debe expresarse en el requerimiento, como requisito *sine qua non* para la resolución, sea de manera puntual o precisa, sea por referencia al artículo 1429 del Código Civil nacional (que regula el procedimiento resolutorio por intimación), ya que la ley se presume conocida por todos, es decir, por remisión a la previsión contractual que pudiese regular esta materia.

A través de este apercibimiento expreso se busca que la parte infiel sea absolutamente consciente del régimen legal que se aplicará en caso de que ignore el reclamo extremo que le formula el acreedor y persista en su falta jurídica. Habiendo sido oportunamente advertido de las consecuencias que se generarán si no subsana el incumplimiento incurrido, de persistirse en dicha patología, la parte infiel deberá soportar las consecuencias, la resolución del contrato correspondiente.

Sobre la modalidad de resolución

«Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve **de pleno derecho**».

Con ocasión de enunciar las consideraciones preliminares del presente trabajo manifestamos que la resolución contractual, tomada en sentido estricto-

to, puede operar por imposibilidad sobreviniente, por excepcional dificultad o por incumplimiento grave. Ante tales patologías, el Código Civil de 1984 hace referencia en algunos casos a una resolución «de pleno derecho».

La expresión «de pleno derecho» siempre nos ha llamado la atención. No hay definición legislativa expresa o unívoca. ¿Corresponde al mismo concepto de la expresión *de iure, ipso iure*? Sabemos que la nulidad opera *ipso iure*, esto es, que el acto carece de efectos por sí mismo, por lo que no requiere de una declaración jurisdiccional constitutiva; es más, no precisa de declaración alguna, menos extrajurisdiccional. En caso de conflicto, de seguirse un contencioso, la declaración será solo declarativa. Cosa distinta ocurre cuando se trata de la anulabilidad, en la que se necesita una declaración jurisdiccional constitutiva que ponga fin a lo que se puede calificar como «validez precaria». Si asimilamos esa noción de *ipso iure* a la resolución contractual por incumplimiento, esto significaría una ineficacia automática, y dicha consecuencia solo es posible tratándose de una determinada situación: imposibilidad total sobreviniente. En ese sentido, la resolución «de pleno derecho» como sinónimo de *resolución automática*, que opera por un mero hecho y que, por consiguiente, no necesita declaración constitutiva, no aplica ante una situación de extrema dificultad o de incumplimiento grave, porque en ambas se requiere una declaración para que la resolución se configure constitutivamente, sea jurisdiccional o extrajurisdiccionalmente³⁴, según corresponda.

En algunos casos la resolución contractual opera «de pleno derecho». Esta modalidad es referida tanto en la resolución por imposibilidad como en la derivada del incumplimiento.

Al confrontarse los supuestos de hecho de los artículos 1431³⁵ y 1432³⁶ (resolución por imposibilidad) con los de los artículos 1429 y 1430³⁷ (resolución

34 Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, 348.

35 Artículo 1431 del Código Civil peruano:

En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

36 Artículo 1432 del Código Civil peruano:

Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y este no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.

37 Artículo 1430 del Código Civil peruano:

Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra parte que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

por incumplimiento) del Código Civil de 1984, surge una cuestión: ¿la resolución debe comunicarse necesariamente para que surta efecto?

La comunicación se justifica conceptualmente en una situación de incumplimiento, dado que, al ser la prestación aún posible de ejecutar, corresponderá al acreedor comunicar al deudor su pérdida de interés y el consiguiente decaimiento del vínculo contractual. Empero, tratándose del contrato en que la prestación deviene en imposible, al no haber posibilidad de subsistencia contractual, por cuanto ya no podrá cumplirse su objeto, carece de sentido que se comunique constitutivamente la resolución; por esto debe entenderse que ella opera de manera automática por imperativo legal derivado de la sola ocurrencia del hecho desencadenante.

En materia de imposibilidad total, la resolución de pleno derecho opera con efecto automático, es una auténtica resolución *ipso iure* que no requiere ser constitutivamente declarada, aunque nada impide su reconocimiento jurisdiccional o extrajurisdiccional (efecto declarativo).

La imposibilidad no tiene ni puede tener el mismo tratamiento que el incumplimiento; tratándose de la imposibilidad, el contrato directa y automáticamente decae; empero, si hablamos del incumplimiento, resulta absolutamente necesaria una declaración, que el acreedor decida dejar sin efecto al contrato, sea directamente (artículos 1429 y 1430 del Código Civil de 1984) o mediante intervención de un tercero (artículo 1428, segundo párrafo, del señalado cuerpo normativo).

Así, tratándose del incumplimiento, es la parte contratante fiel la que opta por resolver, sujeta a los requisitos que ya han sido señalados. Conforme a ello, la resolución por incumplimiento no opera de forma objetiva por ese solo hecho, sino que demanda que el acreedor informe, comunique su decisión a la contraparte, al contratante infiel. No es posible una resolución automática por incumplimiento.

Desde esa perspectiva, en la medida en que la resolución por inexecución reclama una declaración (constitutiva), dicha resolución puede ser de fuente tanto jurisdiccional como extrajurisdiccional, siendo que esta última es identificada como «de pleno derecho». En buena cuenta, no opera de manera automática, pero tampoco requiere la declaración constitutiva de tercera persona para producirse; basta que provenga de una declaración del acreedor, de ahí la referencia a una «resolución unilateral».

Tratándose de la resolución unilateral por incumplimiento, específicamente de la que opera «de pleno derecho», esto es, que no demanda declaración

constitutiva jurisdiccional, nuestro Código Civil instituye dos procedimientos regulados en sus artículos 1429 y 1430, respectivamente. El primero regula la denominada resolución por intimación, mientras que el segundo se refiere a la cláusula resolutoria expresa.

En ambos casos se requiere una comunicación por parte del acreedor. El artículo 1374 del Código Civil de 1984 (carácter recepticio de las declaraciones contractuales) es imperativamente concluyente, no existiendo excepción legal sobre la materia. Si asumiéramos que no se requiere comunicación, ¿cómo podría tomar conocimiento el deudor de que el contrato celebrado ha devenido en ineficaz cuando todavía es susceptible de ejecutarse? ¿Cómo sabría que el acreedor ha optado por la resolución contractual? No olvidemos que por el «concurso electivo» el acreedor es quien elige, porque bien podría mantener la relación contractual e inclinarse por el vencimiento acelerado, por el cumplimiento forzado, etc.; en ese sentido, la parte fiel debe comunicar a la infiel que ha optado por la resolución, para que soporte las consecuencias legales de la afectación a su crédito. La resolución por incumplimiento es de génesis subjetiva, sustentada, es cierto, en un hecho objetivo (el incumplimiento), pero calificado única y exclusivamente por el acreedor.

De no ser así, si la resolución por incumplimiento de pleno derecho operase al igual que la proveniente por imposibilidad total, tendríamos un serio e insalvable problema conceptual. Bastaría el hecho de que el deudor incumpla para que el contrato se tuviera por resuelto de manera automática, prescindiéndose del interés del acreedor; de manera que sería, en buena cuenta, el propio deudor quien decidiría sobre la subsistencia o no del vínculo, escamoteando al acreedor la toma de una decisión consustancial a su interés. Al estar orientada la prestación debida a satisfacer solo el interés del acreedor, a este corresponde decidir sobre la vigencia o la resolución del contrato.

De acuerdo con lo enunciado, no es lo mismo que el contrato **quede** resuelto «de pleno derecho» que el contrato **pueda quedar** resuelto «de pleno derecho». En el primer caso estaremos ante una resolución que opera por sí ante la ocurrencia objetiva del hecho generador, de su sustento fáctico, por lo que no se requiere de comunicación constitutiva alguna: imposibilidad. En el segundo caso se trata de una resolución discrecional de la parte contratante fiel *ad voluntas*, esto es, que demanda que el interesado opte o no por ella, ya que media una calificación del hecho generador, por lo que debe comunicarse necesariamente; de lo contrario, no trascenderá a la esfera jurídica del deudor afectado (cognición), por más que sea parte infiel.

Sobre dicha base, en la medida en que el requerimiento de pago al cual se contrae el artículo 1429 del Código Civil cumpla los requisitos correspondientes, si el deudor no ejecuta lo debido de manera satisfactoria y oportuna dentro del plazo otorgado, se entiende que, sobre la base del apercibimiento ya formulado (que ha sido comunicado notarialmente, conforme exige el Código Civil de 1984 para fines probatorios), el acreedor opta por la resolución, por lo que el contrato deviene automáticamente en ineficaz. No es necesaria una segunda comunicación; no es imprescindible para dicho efecto resolutorio que el acreedor se dirija de nuevo al deudor para manifestarle que, habiendo vencido el plazo otorgado, el contrato ha quedado resuelto. La resolución operó «de pleno derecho», el contrato feneció, y ello es un hecho irreversible (sin perjuicio, desde luego, de que, en caso de contradecirse la pretendida resolución, esta se decidirá al final en el plano jurisdiccional).

Desde dicha perspectiva, si el deudor pretende enervar el efecto resolutorio que se producirá de forma automática al vencimiento del plazo otorgado por el acreedor, deberá contradecir, impugnar dicha resolución, para que se decida en su oportunidad y jurisdiccionalmente sobre la subsistencia o extinción del vínculo contractual. A falta de indicación expresa, debe entenderse que el plazo para interponer dicha impugnación es el que corresponde a la prescripción de las acciones personales: diez años, de conformidad con el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil de 1984.

Ahora bien, por más que se cuestione la resolución producida «de pleno derecho», lo cierto es que dicha resolución surtirá plenos efectos mientras no se declare jurisdiccionalmente lo contrario, por cuanto la interposición de la demanda impugnatoria no suspende los efectos resolutorios (representa literalmente una pretensión), salvo que así se solicite conforme a las reglas procesales pertinentes.

3. Posibilidad de inscripción registral de la resolución por intimación

Hace ya varios años, con ocasión de una asesoría para el examen de suficiencia para optar al título profesional de abogado, tuvimos ocasión de revisar un expediente cuyo tema principal era la resolución de un contrato de compraventa inmobiliaria, invocada por el vendedor y que había operado de pleno derecho, por el mérito de la cláusula resolutoria expresa convenida con ocasión de contratar. Dado que, como consecuencia de la resolución se restituyen

las prestaciones (de manera absoluta en un contrato de tracto único, como la compraventa, salvo pacto distinto), el vendedor solicitaba la inscripción de la resolución para fines de que quede constancia registral de su derecho de propiedad restituido; para el efecto había otorgado unilateralmente una escritura pública de resolución contractual. El registrador había denegado la inscripción sobre la base de que el artículo 1372 del Código Civil (conforme a la versión vigente desde 1993) establecía que la oportunidad de los efectos de la resolución está sujeta a una sentencia; esto denotaría, sin embargo, la necesidad de una declaración judicial, siendo insuficiente una resolución de pleno derecho en la que se prescinde de la instancia judicial. En aquella asesoría evaluábamos que el artículo 98 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios³⁸, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 540-2003-Sunarp-SN del 17 de noviembre de 2003 (que no estaba vigente con ocasión de haberse seguido el proceso judicial), zanjaba en definitiva toda discusión legislativa sobre la materia, dado que facultaba y regulaba expresamente la respectiva inscripción; en cualquier caso, resultaba manifiesto que los efectos de la resolución por incumplimiento se desprenden de su fuente constitutiva: jurisdiccional o extrajurisdiccional, de manera que debía interpretarse de forma adecuada la norma sustantiva.

La indicada disposición reglamentaria registral permitía³⁹ implementar realmente los efectos de la resolución extrajudicial por pacto resolutorio expreso, porque, de lo contrario, se estaría exigiendo una intervención judicial que hubiese atentado de forma directa contra la racionalidad de la figura (¿de qué habría servido pactar una cláusula resolutoria cuando al final debía seguirse un procedimiento para obtener una declaración judicial de resolución contractual?), de manera que regula lo referente a la inscripción de la resolución bajo el régimen del artículo 1230 del Código Civil de 1984.

38 Dicho artículo establecía que:

La transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código civil, se inscribirá en mérito a título otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho de resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

39 Debe advertirse que el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 540-2003-Sunarp-SN del 17 de noviembre de 2003 ha quedado actualmente sin efectos. Por ello nuestra referencia pretérita.

Sin embargo, en el indicado Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios del año 2003 no había regulación alguna respecto a la resolución por intimación.

Sobre la base de que a la misma razón, el mismo derecho, podría entenderse que no existía conceptualmente impedimento para que, de igual manera como se podía inscribir una resolución derivada del ejercicio de la cláusula resolutoria expresa, también pudiera inscribirse una derivada del procedimiento por intimación, ya que en ambos casos opera una resolución de pleno derecho, esto es, que se constituye con prescindencia de una declaración constitutiva jurisdiccional, conforme hemos definido para fines del presente trabajo.

Y así como en el caso de la cláusula resolutoria expresa se exigía la acreditación indubitable (por elemental seguridad jurídica, por más que dicho requisito de certeza no está previsto en el Código Civil de 1984) de que se ha comunicado la decisión del acreedor —lo cual, además, permite verificar que la causal invocada sea la pactada (siendo que el contrato, por tracto sucesivo, debe estar inscrito previamente, por lo que en el título debe constar la respectiva cláusula resolutoria expresa, la previsión de la causal expresa)—, de la misma manera entendemos que, de solicitarse la inscripción de una resolución por intimación del acreedor, el instrumento unilateral (la escritura pública otorgada por el acreedor en el ejercicio del «concurso electivo») debía contener la comunicación notarial de intimación al pago, siendo que así adquiriría singular importancia la forma probatoria contenida en el artículo 1429 del Código Civil de 1984 (solo si se observa la forma «recomendada» es que podrá solicitarse la inscripción), evitándose que el registrador ingrese a calificar si cualquier otro medio de comunicación era fehaciente o no.

Sin embargo, no debía olvidarse que el trámite registral es uno de naturaleza administrativa, siendo que los actos administrativos son actos reglados, por lo que los funcionarios públicos solo pueden realizar aquello respecto de lo cual se les ha reconocido competencia funcional; sus actos deben tener sustento normativo. El problema radicaba, por consiguiente, en que el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios del año 2003 únicamente había autorizado la inscripción de una de las dos modalidades de resolución extrajurisdiccional previstas en el Código Civil de 1984 (la proveniente del artículo 1430) y no de ambas, por lo que no había marco normativo expreso que pudiese sustentar la inscripción de la modalidad regulada por su artículo 1429. Esa omisión, infranqueable por cuanto no corresponde aplicar la analogía en

materia administrativa, solo se resolvía si es que el interesado gestionaba la respectiva orden judicial para acceder a la inscripción (salvo que se asumiese que no había solución por cuanto no estaba prevista reglamentariamente esta inscripción).

Sobre la base de los requisitos legales exigidos para la procedencia de la resolución por intimación podría entenderse, de primera instancia, justificada la falta de regulación registral de la figura en el entonces Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Nos explicamos: ¿cómo podía un registrador público determinar la suficiencia del plazo otorgado en el requerimiento de pago? ¿Cómo podría proceder un registrador público a inscribir la resolución cuando no conoce si el requerimiento fue atendido o no, o cuándo se ha cuestionado la resolución por insuficiencia del plazo, por más que el acreedor hubiese otorgado el mínimo legal? Sin embargo, de seguir dichos criterios, se generaba finalmente un problema más complejo. Nos explicamos de nuevo. Sobre la base de la buena fe, asumiendo que el requerimiento hubiese sido adecuado y que la resolución ya habría operado «de pleno derecho», si el registrador carece de herramientas para calificar e inscribir, ¿no se le estaría obligando al acreedor a obtener una declaración jurisdiccional de reconocimiento de la resolución ya operada en su oportunidad? ¿No se estaría retornando al cuestionado esquema según el cual tiene que haber, directa o indirectamente, una resolución judicial? ¿Dónde quedaría entonces el valor práctico de una resolución de pleno derecho, conforme al artículo 1429 del Código Civil, de naturaleza unilateral?

Presumiéndose la buena fe, tendría que asumirse la procedencia en fondo y forma de la comunicación de intimación al pago.

El problema referido quedó solucionado con el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 248-2008-Sunarp-SN, del 28 de agosto de 2008.

Dicho reglamento no solo mantuvo (artículo 68) la regulación de la inscripción de una resolución contractual (y consiguiente transferencia de propiedad) derivada del ejercicio de una cláusula resolutoria, sino que incluyó (artículo 69) lo concerniente a la inscripción de la resolución generada por el ejercicio del artículo 1429 del Código Civil, conforme a lo siguiente:

La transferencia de propiedad por haber operado la resolución de pleno derecho a que se refiere el artículo 1429° del Código Civil se inscribirá en mérito de escritura

pública o formulario registral legalizado por Notario otorgado por la parte perjudicada por el incumplimiento. A dicho documento se acompañará:

- a) La carta notarial con la que la parte perjudicada requirió a la otra parte para que cumpla con la prestación en el plazo no menor de 15 días a que se refiere el artículo citado, salvo que se encuentre inserta en la escritura pública;
- b) La declaración jurada con firma certificada de la parte perjudicada, indicando que el deudor no ha cumplido con la prestación debida transcurrido el plazo a que se refiere el literal anterior.

En este caso la fecha de otorgamiento de la escritura pública o del formulario registral deberán ser posterior al vencimiento del plazo previsto en el literal a).

La cuestión radica en evaluar si dicha regulación fue la más adecuada para fines de seguridad del tráfico jurídico-patrimonial.

La normativa registral cambió de manera radical con el actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-Sunarp-SN, vigente desde junio de 2013, en cuyo artículo 102 solo se regula la inscripción proveniente del ejercicio de la cláusula resolutoria expresa.

Se ha retornado al régimen del artículo 98 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 540-2003-Sunarp-SN.

Corresponde evaluar si el hecho de que pueda inscribirse una resolución por incumplimiento de pleno derecho, proveniente de cláusula resolutoria expresa o por intimación, es lo más conveniente. Y es que, como expresamos en nuestro anterior trabajo sobre la materia, no podemos dejar de compartir nuestra inquietud por la posibilidad de que pueda hacerse uso inadecuado de los procedimientos señalados, o si corresponde incorporar registralmente exigencias adicionales a las de la normativa civil, o establecer un régimen registral distinto.

En efecto, puede darse la situación de que un acreedor haga ejercicio irregular de la cláusula resolutoria expresa (por ejemplo, no hubo incumplimiento) y de inmediato solicita la inscripción de aquella y, acto seguido, transfiere la readquirida propiedad del bien a tercero a título oneroso, de quien además se presume la buena fe. ¿No se estaría afectando el derecho del comprador, propietario del bien? Es cierto que este podría haber rechazado la comunicación de la pretendida resolución; pero, sobre la base de que se le hubiese entregado efectivamente, ¿debía actuar inmediatamente a nivel registral, cuando considera que su derecho de propiedad es firme y se en-

cuenta protegido, dado que está cumpliendo o ya cumplió sus obligaciones contractuales? En todo caso, ¿qué es lo que debía o podía hacer a nivel registral para asegurar su derecho? Hay evidentemente una situación de conflicto entre lo teórico y lo práctico. Lo teórico nos indica que la resolución de pleno derecho no requiere de declaración jurisdiccional, por lo que su eficacia es plena. Lo práctico nos advierte que, de no introducirse alguna restricción, podría terminar perjudicándose al legítimo titular del derecho inscrito. No se debe legislar sobre la base de la mala fe, pero tampoco se trata de cerrar los ojos e ignorarla.

Y si el peligro existe en materia de cláusula resolutoria expresa, también se presenta tratándose de la resolución por intimación. Y es que un acreedor puede requerir de mala fe un determinado cumplimiento (observando todas las exigencias previstas en el artículo 1429 del Código Civil de 1984), dejando luego transcurrir el tiempo correspondiente para solicitar la inscripción de la pretendida resolución. ¿Cómo podría conocer el registrador que el requerimiento era procedente, que había una obligación incumplida? ¿Cómo determinar que se otorgó el plazo idóneo para el cumplimiento? O, en último caso, ¿cómo precisar que el incumplimiento subsiste o, por el contrario, que el deudor intimado cumplió y se subsanó el incumplimiento?

Si se revisan con atención los alcances del artículo 69 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios del año 2008, podrá concluirse que se intentó atender algunas de las inquietudes precedentes: la exigencia de la declaración jurada del acreedor se explica precisamente ante la pregunta de cómo determinar que el incumplimiento subsistía o no. Sin embargo, hay ciertas inquietudes, fundamentales, que no fueron atendidas: ¿cómo determinar que se otorgó el plazo idóneo para el cumplimiento? ¿O tenemos que asumir necesariamente que la resolución por intimación no es inmediatamente conminatoria y mediatamente resolutoria, sino que es solo resolutoria?

En el presente trabajo hemos destacado que la extensión del plazo otorgado al compelerse al cumplimiento debe determinarse —aplicando las reglas de la buena fe que estructuran al derecho de contratos— en función de las circunstancias específicas de la naturaleza de la prestación comprometida, por lo que la fijación de su suficiencia debe realizarse en cada caso concreto. Se trata de un plazo «no menor de...» y no de uno «no mayor de...». Parece que el Reglamento de Inscripciones del año 2008 lo consideraba en estos últimos términos, lo cual —desde nuestra perspectiva— no correspondía a la letra ni a la lógica del artículo 1429 del Código Civil peruano.

En rigor, siendo que en nuestro país no existe una sólida cultura jurídica ni una auténtica ética conductual, según se puede apreciar de nuestro día a día, resulta potencialmente peligroso que una resolución por inexecución de obligaciones generada de pleno derecho pueda inscribirse en el registro relativo a inmuebles por el solo mérito del título presentado por quien se presente como contratante fiel. De estar ante una actuación fraudulenta, el daño puede ser irreparable de no poderse demostrar que el tercero que adquiere a título oneroso la respectiva propiedad carece de buena fe. La exigencia de una declaración jurada, con la consiguiente responsabilidad civil y penal, puede ser disuasiva, pero no enerva el riesgo de pérdida de la propiedad.

Para comenzar, resulta arbitrario distinguir entre las resoluciones de pleno derecho por inexecución de obligaciones, dado que en ambas son finalmente unilaterales en cabeza de la parte fiel, surtiendo plenos efectos sin necesidad de un pronunciamiento constitutivo jurisdiccional. En tal virtud, de permitirse la inscripción de una resolución contractual vía el artículo 1430 del Código Civil peruano, debería hacerse lo mismo con la proveniente de su artículo 1429.

Pero no se trata de cuestionar, sino también de ofrecer alternativas de solución. La incorporación de una norma como la contenida en el artículo 69 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios del año 2008 fue por cierto un avance; la regulación actual, que data del año 2013, es comparativamente un retroceso.

En materia de contratación pública, si la resolución de pleno derecho es cuestionada, queda en suspenso hasta que se defina en sede jurisdiccional (arbitral), de manera que no corresponde ejecutar garantía alguna. Creemos que ese criterio es pertinente y puede resultarnos útil a efectos registrales.

Dado que existe la posibilidad de que el ejercicio de la cláusula resolutoria expresa hubiese sido contradicho, ¿corresponde extender de manera inmediata un asiento de inscripción en la partida predial, dejándose constancia de la resolución y del derecho de propiedad restituido, o más bien correspondería dejar constancia mediante una anotación preventiva (la cual generaría un asiento de inscripción definitiva si es que no se deja constancia registral, dentro de cierto plazo, de una contradicción judicial)? Fórmulas puede haber, y muchísimas (¿asiento definitivo, pero bajo condición suspensiva?); lo que deseamos destacar, sin embargo, es que la protección al acreedor conforme al artículo 102 del actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios no debería invitar a uso indebido; debería existir algún límite, pero sin desco-

nocer que al final estamos ante una resolución que no requiere de declaración constitutiva jurisdiccional.

Y la misma propuesta, inclusive con mayor razón, es pertinente en el escenario de la resolución por intimación. Como ya hemos analizado precedentemente, en el tema concreto del plazo adecuado que permita atender la intimación al pago, la temporalidad puede ser materia de cuestionamiento, o si se está en realidad ante un incumplimiento grave, lo cual se deberá finalmente calificar jurisdiccionalmente. En ese caso, en la medida en que se acredite que se otorgó el plazo legal mínimo, podría obtenerse la anotación preventiva de la resolución contractual, siendo que su inscripción definitiva se obtendría automáticamente si es que en cierto plazo no se deja constancia de cualquier cuestionamiento a la referida resolución. Corresponderá al deudor formular el cuestionamiento, porque, de lo contrario, estaría aceptando el plazo que le fue comunicado. La forma óptima, más no la única, de acreditar dicho cuestionamiento (para impedir que la anotación provisional adquiriera carácter definitivo) sería una anotación preventiva de demanda impugnatoria.

No se trata, en consecuencia, de suprimir la posibilidad de inscribir directamente una resolución por intimación, que posee el mismo valor jurídico que una proveniente del ejercicio del pacto resolutorio, sino de ser imaginativos para no afectar a una parte en desmedro de la otra, en el supuesto de que hubiese alguna irregularidad.

Y cuando expresamos que la inscripción (definitiva) de la resolución procedería en la medida en que en cierto plazo no se deje constancia de cualquier cuestionamiento, ello no significa recortar el plazo prescriptorio decenal de la acción personal de contradicción, por cuanto lo que se postula finalmente es que —por razones de inmediatez— pueda impedirse registralmente que la inscripción provisional adquiriera el carácter de definitiva, de manera que el deudor compelido asumiría el riesgo registral si es que en cierto plazo (razonablemente reducido, atendiendo a las circunstancias) no deja constancia de su desacuerdo con la resolución al no cumplir esta con los correspondientes requisitos legales.

En ese sentido, quien adquiriera en el registro lo haría sobre la base de la información registral que indicaría que la resolución de pleno derecho no es firme para efectos registrales, evitándose transferencias que pudiesen afectar un legítimo derecho, de ser el caso.

El tema queda abierto para proponer alternativas, para que las normas del Código Civil de 1984 en materia de resolución por intimación puedan ser

implementadas registralmente, sin necesidad de pasar por un previo proceso jurisdiccional, aunque sea declarativo.

4. Consideraciones finales

Estamos convencidos de la utilidad de los procedimientos resolutorios por incumplimiento generados de pleno derecho, en particular de la resolución por intimación, los cuales brindan agilidad al tráfico jurídico-patrimonial y resguardan el interés de la parte agraviada por el incumplimiento.

Conforme a ello, no existe razón alguna para que las normas registrales solo permitan la inscripción directa de la resolución derivada de la ejecución del artículo 1430 del Código Civil, y no de la regulada en su artículo 1429, a la cual se limita el presente trabajo. Conforme con ello, el actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios representa un retroceso respecto del reglamento anterior, aprobado en el año 2008.

No obstante, por más que hubiese operado —conforme a ley— la resolución de pleno derecho de un determinado contrato (artículos 1429 y 1430 del Código Civil de 1984), en caso de contradicción, los efectos de la inscripción registral deberían quedar en suspenso para todo efecto; esto significa que los Registros Públicos deberían implementar un mecanismo para evitar que se pueda disponer de forma indebida de la propiedad, de manera que el uso de la información registral (que se presume cierta y verdadera por terceros) solo sea posible bajo ciertas circunstancias.

En cualquier caso, más allá de los alcances de la propuesta contenida en el presente trabajo, o de cualquier otra que pudiese ser formulada, consideramos que lo relevante es al final asumir que, en materia registral, el remedio podría ser, en algunos casos, peor que la enfermedad.

El hecho de haber pasado de un régimen (año 2008) que permitía la inscripción de la resolución por intimación a otro que no la admite (año 2013, vigente) puede derivar en una serie de inconvenientes, dado que no se puede obviar que, sea a través del artículo 1430 del Código Civil de 1984 o de su artículo 1429, el contrato queda extinguido sin necesidad de declaración constitutiva de tercera persona; conforme con ello, en línea con lo ya expresado, sería pertinente evaluar la incorporación reglamentaria de algunas limitaciones, no al derecho potestativo resolutorio en sí, sino a la forma de publicitar registralmente su ejercicio.

REFERENCIAS

- Alterini, Jorge Horacio *et al.* *Teoría general de las ineficacias*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- Bigliazzi Geri, Lina *et al.* *Derecho civil, volumen 2: Hechos y actos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I.
- Bigliazzi Geri, Lina *et al.* *Derecho civil, volumen 1: Normas, sujetos y relación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I.
- Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. «Exposición de motivos del Código Civil. Resolución por incumplimiento». En *Diario Oficial EL Peruano*. Separata especial, Lima, sábado 8 de abril de 1989.
- De La Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2011, tomo II.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil, volumen II*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, Tomo I.
- Forno, Hugo. «Resolución por intimación». *Themis, Revista de Derecho*. Segunda época (1998).
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, tomo I.
- Luque, Ricardo. «Excepción de incumplimiento». En *Temas de derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985.
- Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo II.
- Mosset, Jorge. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.
- Ortega Piana, Marco Antonio. «Resolución por intimación y Registros Públicos», *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 40 (2009).
- Ortega Piana, Marco Antonio. «Rescisión: compartiendo algunas inquietudes a propósito de su actual regulación legislativa». *Gaceta Civil & Procesal Civil Registral/Notarial* n.º 18, (diciembre 2014): 63-79.
- Roppo, Vincenzo. *El contrato*, traducido por Eugenia Ariano Deho. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

Sobre el autor

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde también concluyó estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil. Abogado consultor de CMS Grau y presidente *pro tempore* de la Defensoría del Asegurado (Defaseg) de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg). Es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, así como de la Carrera de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN y de la Maestría en Derecho Privado Empresarial de la Universidad de Piura.

