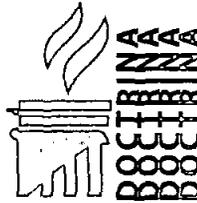


# Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento<sup>(\*)</sup>



**MAURO PALADINI**

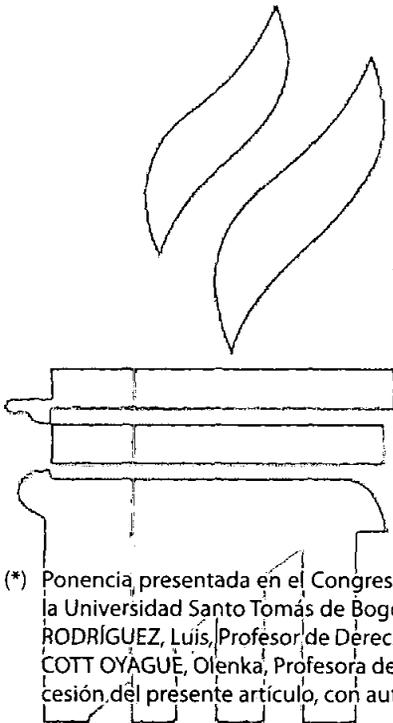
Profesor de Derecho Privado  
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS | 19

## SUMARIO:

- I. Los orígenes históricos de la resolución por incumplimiento: de la *lex commissoria* a la condición resolutoria tácita (artículo 1184, *Code Napoléon*).
- II. La resolución del contrato en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código de Comercio italiano de 1882.
- III. La resolución automática por incumplimiento en el Código Civil portugués de 1857.
- IV. La resolución en el Código Civil español de 1889.
- V. La resolución por incumplimiento en el BGB de 1896 y las alternativas de otros sistemas jurídicos.
- VI. El Código Civil italiano de 1942.
- VII. ¿Hacia la unificación de los modelos de resolución?
- VIII. Una mirada al Código Civil colombiano.



(\*) Ponencia presentada en el Congreso Internacional de derecho privado organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá del 11 al 13 de septiembre de 2008. Traducción del italiano por CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Privada Los Ángeles - Lima, bajo el cuidado de WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Lima, a quien **ADVOCATUS** agradece por la cesión del presente artículo, con autorización del autor.

## I. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: DE LA LEX COMMISSORIA A LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA (ARTÍCULO 1184, CODE NAPOLEÓN)

Son dos los modelos de resolución del contrato, que los diversos ordenamientos adoptan en presencia del incumplimiento de uno de los contratantes:

- El modelo *judicial*, que impone al acreedor de la prestación incumplida dirigirse al juez para obtener una sentencia constitutiva, que produzca la extinción de las respectivas obligaciones de las partes, y
- El modelo *sustancial*, en el cual la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho, cuya legitimidad podrá ser sucesivamente evaluada por el juez con una mera verificación de la subsistencia de los requisitos previstos por la ley.

En el modelo judicial, el Juez es considerado la sola autoridad en grado de privar al contrato de su fuerza vinculante entre las partes.

En el modelo sustancial, es el acreedor el que mide sus propios intereses y decide que el vínculo del contrato, violado por el incumplimiento (o por el retraso o por el inexacto cumplimiento), no corresponde más a sus intereses.

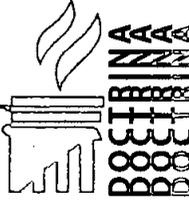
La declaración del acreedor, que produce la resolución del contrato, tiene diversas denominaciones en los varios ordenamientos. En el sistema italiano se usa el término "*recesso*". En el BGB alemán es definido *der Rücktritt*; en otros ordenamientos y en muchos textos normativos internacionales se habla simplemente de *declaración de resolución*; en Colombia, si bien el problema de la distinción entre modelo sustancial y modelo judicial está aun en discusión, me parece que el término que debería considerarse apropiado –como se deduce del artículo 1882 del Código Civil– es *desistimiento*.

En el origen de esta duplicidad de modelos hay razones históricas, que hunden sus raíces en el mismo origen del moderno instituto de la resolución por incumplimiento.

Según una orientación difundida entre los estudiosos del derecho romano<sup>1</sup>, los orígenes históricos de la resolución por incumplimiento deben ser buscados en la *lex commissoria*, cláusula accesoria de la compraventa, en virtud de la cual la propiedad de la cosa retornaba al vendedor si el comprador no pagaba el precio.<sup>2</sup> En el derecho romano, sin embargo, la disolución del contrato se verificaba solamente en consecuencia de la expresa declaración del vendedor de querer valerse de la *lex commissoria*, según un esquema que podríamos referir al modelo que hace poco hemos definido como "sustancial".

1 CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*. En: *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1989, p. 1287, según el cual "la *lex commissoria* absolvía, en el ámbito de la compraventa, una función comparable, a grandes líneas, a la desarrollada por la así llamada condición resolutoria tácita, acogida por nuestro Código Civil (artículo 1453 Código Civil)". La *lex commissoria* es definida un "subrogado convencional" de la resolución por incumplimiento por BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 Código Civil)*, Paris, 1924, p. 105 y ss.

2 Como explica en forma difusa ARANGIO-RUIZ, V. (*Istituzione di diritto romano*, Napoli, 1983, XIV Edición, pp. 89-90), originariamente, empero, la *lex commissoria* no operaba como un pacto resolutorio, antes bien como cláusula que mantenía la propiedad de la cosa en cabeza del vendedor no obstante la *traditio*. En virtud de ello, luego de la falta de pago del precio, el vendedor, siendo todavía propietario, podía actuar en reivindicación frente al comprador. Después, la *lex commissoria* fue interpretada como pacto resolutorio agregado al contrato consensual de compraventa en sí perfecto, con la consecuencia, empero, que, verificado el incumplimiento, el vendedor no podía actuar en reivindicación, sino que disponía de la acción contractual para la restitución de la *res*. En fin, en el derecho Justiniano, se afirma la idea por la cual, con el verificarse de la condición (el incumplimiento), la propiedad retorna automáticamente al vendedor, que puede accionar, por tanto, con la acción de reivindicación. En esta época se puede hablar, por ende, de «eficacia real» de la resolución, contrapuesta a la eficacia obligatoria que tenía en la época clásica.



Según otra opinión<sup>3</sup>, en cambio, el origen de la resolución por incumplimiento debe ser buscado en el derecho canónico que admitía, para el caso de incumplimiento de una obligación correlativa, una condición tácita de la validez de la promesa que, en cuanto asumida con juramento, debía entenderse pronunciada incluso delante de Dios.<sup>4</sup> La resolución era conforme a la buena fe y la regla *fides non servanda est ei qui frangit fidem* constituía la sanción proporcionada frente a la parte que incumplía.<sup>5</sup>

Además, a diferencia de la *lex commissoria*, la condición tácita del derecho canónico no producía la extinción de la obligación ni automáticamente ni como consecuencia de la declaración de querer dar por resuelto el contrato, antes bien exigía el recurso al juez, quien era la única autoridad titular del poder discrecional absoluto de pronunciar o negar la resolución.

El Código francés de 1804 recogió, en parte, ambos modelos, acogiendo sea la condición resolutoria tácita, sea el perfil de la naturaleza judicial de la resolución de origen canónico. El artículo 1184 estableció, en efecto, que *la condición resolutoria está siempre sobrentendida en los contratos sinalagmáticos en el caso en que una de las partes no cumpla su obligación, pero precisó inmediatamente que en tal caso –y, es*

decir, a diferencia de lo previsto por el precedente artículo 1183 referido a la condición como elemento accidental del contrato– *el contrato no puede ser resuelto de derecho. La parte fiel puede escoger entre constreñir a la otra a cumplir la prestación posible, o bien demandar la resolución con los daños y los intereses.*

El recurso al juez para obtener la resolución del contrato era inevitable en consideración de la contextual previsión del poder judicial de conceder al deudor "(...) una dilación de acuerdo a las circunstancias".<sup>6</sup> Ya que, en efecto, en el así llamado "término de gracia" el deudor podía remediar la inexactitud de la prestación o bien sanar el propio retardo mediante el cumplimiento tardío, solo el juez podía sancionar la disolución de la relación contractual después de haber evaluado las características del incumplimiento y la eventual oportunidad de conceder al deudor una "dilación".<sup>7</sup>

## II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865 Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO ITALIANO DE 1882

También el Código Civil italiano de 1865, inspirándose en el modelo francés, acogió el instituto de la condición resolutoria tácita por incum-

3 MAGNO, D., *Studi sul negozio condizionato*, Roma, 1930, § 47; más recientemente, PETRONIO, U., *Risoluzione (dir. interm.)*. En: *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1296-1298; en la doctrina francesa, CASSIN, V., *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*. En: *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1945, pp. 162-165, cuya opinión es retomada y compartida por GHESTIN, J., *La résolution pour inexécution (en droit français)*. En: *Il contratto inadempito*, Cit., p. 111. Para la profundización de las características y de las fuentes de la resolución por incumplimiento en el derecho canónico, DELL'AQUILA, E., *La resolución*, Cit., pp. 45-63.

4 BARTOLO, *Non enim iurando promitto parti, sed magis Deo*.

5 A esta interpretación "sancionatoria" de la resolución del contrato en el derecho canónico se adhiere, en particular, AULETTA, G.G., *La risoluzione*, Cit., p. 41 y ss.

6 El tercer párrafo del artículo 1184 Código Civil francés –aún hoy vigente– establece, en efecto, que "*La résolution doit demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*".

7 El poder de conceder una dilación para el cumplimiento se remonta al derecho consuetudinario francés, en el cual el recurso al juez preveía una primera fase que tenía como fin la fijación de un término para el cumplimiento tardío bajo la conminación de la resolución, y una segunda instancia dirigida a obtener el pronunciamiento de resolución judicial previa determinación del persistente incumplimiento y del infructuoso vencimiento del plazo. El código francés, por tanto, aboliendo el doble recurso al juez "simplificó" el procedimiento de resolución del contrato, limitándose a prever el poder judicial de conceder un plazo al deudor en el ámbito del juicio de disolución ya instaurado por el acreedor. Para tales referencias y para las relativas puntuales citas, SMIROLDO, *Profili*, Cit., pp. 257-258.

plimiento (artículo 1165<sup>8</sup>) y atribuyó al juez el poder de pronunciar la resolución del contrato y de conceder al demandado una dilación “según las circunstancias”.

También en tal caso, la elección legislativa en favor del modelo “judicial” de resolución aparece inspirada en el intento de atribuir a la discrecionalidad del juez sea la evaluación de los presupuestos de oportunidad para pronunciar la disolución del contrato, sea la liquidación del resarcimiento del daño consiguiente al incumplimiento contractual.

El Código de Comercio italiano de 1882, en cambio, prohibía al juez, expresamente, consentir al deudor el cumplimiento tardío dentro de un término dilatorio (artículo 42).<sup>9</sup>

Las razones de esta diversidad fueron individualizadas por la doctrina en las “características especiales de las obligaciones comerciales y en las exigencias del comercio, el cual vive y florece en la seguridad de los compromisos asumidos”.<sup>10</sup> La obligación comercial, además, era considerada “esencialmente circulable”, a diferencia de la civil “que tiende a individualizarse entre las personas de los primeros contratantes”<sup>11</sup>; por ello, la eventual dilación concedida a un deudor expone al acreedor a que sea deudor a su vez frente a un tercer sujeto, con el riesgo del incumplimiento y del deber de pago de daños.<sup>12</sup>

### III. LA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA POR INCUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1857

Mientras el Código Civil español seguiría las huellas de las codificaciones francesa e italiana, un moderno modo de ver el derecho a la resolución del contrato es acogido en el Código Civil portugués de 1857, cuyo artículo 709 establecía, para los contratos bilaterales, que, en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra podía considerarse no más obligada al cumplimiento de la prestación que le correspondía. La necesidad de recurrir al juez era prevista solamente en el caso de acción para el cumplimiento de la prestación incumplida o para el resarcimiento del daño sufrido.

Por ende, aun no estando prevista una “declaración de resolución”, tal Código optaba abiertamente por el modelo de la resolución automática, afirmando que la pretensión de la parte que no había incumplido de no considerarse más vinculada al cumplimiento de su propia obligación constituía un efecto ex lege del incumplimiento de la prestación correspondiente, y atribuía, en consecuencia, al juez, una función de mero reconocimiento de la producida pérdida de los efectos obligatorios del contrato.

También la reforma de 1930<sup>13</sup> confirmó tal planteamiento, extendiéndolo –como en el BGB– también

8 “La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos bilaterales, para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación.

*En este caso el contrato no es disuelto de derecho. La parte hacia la cual no fue cumplida la obligación, tiene la elección o de constreñir a la otra al cumplimiento del contrato, cuando sea posible, o demandar su disolución, además del resarcimiento de los daños en ambos casos”.*

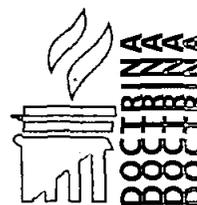
9 “En las obligaciones comerciales el juez no puede otorgar la dilación permitida en el artículo 1165 del Código Civil. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente, y puede ser concedida al demandado una dilación según las circunstancias”.

10 PARISI, *Obbligazioni (diritto commerciale)*, Cit., p. 957.

11 PARISI, *Ibid.*

12 Así, VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, III, Milano, 1893, p. 2422.

13 Ley del 16 de diciembre de 1930.



al caso en que la falta de cumplimiento de la contraparte se hubiera debido a la imposibilidad (material o jurídica) de cumplir la propia obligación.

#### IV. LA RESOLUCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

El Código español acoge el modelo de la condición resolutoria tácita, que ya había sido adoptado por los códigos civiles francés e italiano, estableciendo en el artículo 1124 que *la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*.

Mencionando, no obstante, en vez de la condición resolutoria tácita, la "facultad" de resolver la obligación, la doctrina y la jurisprudencia española han elaborado una diversa concepción en torno a la naturaleza jurídica y a las modalidades de ejercicio de la resolución del contrato, que parecen incluso ponerse en contraste con lo que expresamente sanciona el tercer párrafo del propio artículo 1124 según el cual: *el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*.

La indeterminación del concepto de "facultad" ha permitido, en efecto, llegar a la conclusión por la cual la resolución del contrato puede pro-

ducirse no solo mediante el pronunciamiento constitutivo del juez, sino también por efecto de la declaración unilateral comunicada al deudor por la parte que no incumplió.<sup>14</sup>

En el caso en que el deudor se adhiera a la declaración de resolución, se perfecciona una suerte de resolución consensual, que consiente entender definitivamente disuelto el contrato.<sup>15</sup>

Pero, cuando surja controversia entre las partes en cuanto al incumplimiento y a los presupuestos para la resolución, la sentencia del juez tendrá naturaleza meramente declarativa, limitándose a verificar si la declaración de resolución se efectuó en presencia o en ausencia de los presupuestos de ley.

El derecho a la resolución del contrato puede asumir, por tanto, en el derecho español, las características de un "derecho potestativo de disolución del contrato", que surge a causa del incumplimiento del deudor.

Los presupuestos que –según la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia– hacen legítima la declaración de resolución son los siguientes<sup>16</sup>:

a) La reciprocidad de las obligaciones<sup>17</sup>;

14 Sobre el punto, el sintético y nítido examen de DIEZ PICAZO, *Una opinión española sobre el proyecto italo-francés de código de las obligaciones*. En: *Le projet franco-italien du Code des Obligations*, bajo el cuidado de M. ROTONDI, Padova, 1980. Para una más analítica reconstrucción de la evolución doctrinaria, ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ª Edición, Granata, 2003, p. 73 y ss., el cual refiere la elaboración de otros autores en los cuales, si bien implícitamente, pareciera que la facultad de resolución, en vista de lo dispuesto por el artículo 1124, tercer párrafo, debiera entenderse solo como judicial: así, por ejemplo, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, Vol. 1, Quinta Edición, Madrid, 1950, p. 353; en verdad, según el Autor, en el derecho español subsisten tres formas de resolución por incumplimiento: judicial, consensual y por declaración unilateral del acreedor.

15 La falta de contestación de los presupuestos de la resolución por parte del deudor que incumple perfecciona un acuerdo resolutorio, que no difiere de la resolución consensual y que halla su propio fundamento, por tanto, en la norma general que reconoce la autonomía negocial de las partes (artículo 1255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público").

16 Sul punto, ampliamente ALVAREZ VIGARAY, Op. Cit., pp. 175-276.

17 Reciprocidad de las obligaciones, que la jurisprudencia española interpreta con rigor en el sentido de la interdependencia funcional de las obligaciones, hasta el punto, por ejemplo, de reconocer la resolución del contrato de compraventa en favor del vendedor por incumplimiento de la obligación de pago del precio por parte del vendedor, el cual había hecho valer, sin embargo, la *exceptio inadimplenti non est adimplendum* en relación al rechazo del vendedor de repetir el contrato en la forma del acto público: el incumplimiento del vendedor, en efecto –a criterio

- b) La violación de una obligación principal que deriva del contrato<sup>18</sup>;
- c) La gravedad del incumplimiento: entendida no solo como incumplimiento definitivo y total, sino también como cumplimiento defectuoso, parcial o retardado, que prive al acreedor del interés a recibir la prestación.<sup>19</sup>

La declaración unilateral de resolución del contrato encuentra, además, en el Código Civil español significativas confirmaciones sistemáticas en algunas normas sobre los contratos singulares, en las cuales el remedio resolutorio está textual y claramente configurado a manera de un derecho potestativo de desistimiento, sometido solamente a determinación judicial *ex postea* en cuanto a sus presupuestos sustanciales de ejercicio. Así es, por ejemplo, en el artículo 1454 (que consiente la disolución del contrato en caso de dación de arras<sup>20</sup>), en el artículo 1486 (en tema de vicios y defectos de la cosa vendida), en el artículo 1504 (que prevé la resolución “de pleno derecho” de la venta inmobiliaria por falta de pago del precio, a salvo la facultad del comprador de pagar hasta que le sea dirigida la intimación judicial o por acto notarial<sup>21</sup>).

Al evaluar las consecuencias de tan fecunda elaboración del dato normativo, la doctrina

española<sup>22</sup> ha afirmado expresamente que el sistema de resolución por declaración unilateral se revela más conveniente y mayormente adecuado a la protección de los respectivos intereses involucrados en la relación contractual.

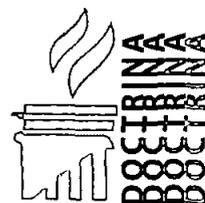
En particular, en el caso en que el acreedor no deba repetir la prestación ya ejecutada (por no haberla ejecutado aun), la necesidad de recurrir al juez para obtener la disolución del vínculo contractual constituiría un “bloqueo” de su situación económico-patrimonial, por la imposibilidad de disponer de los bienes objeto de la prestación, sobre los cuales permanece el derecho de crédito de la contraparte que incumplió hasta el pronunciamiento judicial constitutivo de la resolución del contrato.

## V. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL BGB DE 1896 Y LAS ALTERNATIVAS DE OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

También el examen de la disciplina contenida en el BGB —ya en la originaria formulación antecedente a la reciente reforma del *Schuldrecht*— induce a configurar el remedio resolutorio acogido por dicho ordenamiento a manera de una declaración unilateral de la parte que no incumple.

del Tribunal Supremo— atiene a «aspectos accesorios o complementarios» (STS 9 de julio de 1993; STS 12 de julio de 1991, ambas comentadas por DE LA HAZA DIAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, p. 8).

- 18 Y es tal aquella obligación que constituye el medio principal para conseguir el resultado típico del contrato, o bien aquella que sirva a completar y garantizar la actuación de las obligaciones principales: CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992, p. 127.
- 19 DELL'AQUILA E., *La resolución*, Cit., p. 178 y ss.; DE LA HAZA DIAZ, Op. Cit., p. 20. Para el derecho italiano, sobre los criterios de aplicación del artículo 1455, por todos, CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 17 y ss.
- 20 La norma, no obstante, no presenta el tecnicismo de nuestro artículo 1385 del Código Civil, ya que no distingue entre finalidad confirmatoria y finalidad penitencial. La jurisprudencia española, sin embargo, entiende que, en la duda interpretativa acerca de la dación de la suma de dinero, se debe preferir la calificación en términos de pago parcial sobre el precio (*ex plurimis*, STS 11 de abril de 1994; STS 7 de febrero de 1986). La solución es criticada por la doctrina, que excluye, también, que la norma tenga naturaleza excepcional (DÍEZ PICAZO–GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, Novena Edición, Madrid, 2001, p. 266).
- 21 Por tanto, «el incumplimiento no determina automáticamente la resolución, sino que es un presupuesto con el fin de que el vendedor ejerza su derecho potestativo de resolución»: así, DÍEZ PICAZO–GULLÓN, Op. Cit., p. 285.
- 22 Sobre el punto, ampliamente, DÍEZ PICAZO, Op. Cit., p. 56. Para la mayor rapidez y practicidad de la resolución por declaración unilateral, ALVAREZ VIGARAY, Op. Cit., p. 283.



Es preciso señalar, sin embargo, que la Pandectística, previamente, se había mostrado, de manera decidida, contraria a una regla general de resolución del contrato por incumplimiento, dejando a salvo la sola hipótesis en que la resolución fuese pactada convencionalmente.<sup>23</sup>

Viceversa, el BGB introduce el derecho de resolver el contrato frente a la imposibilidad de la prestación imputable a la contraparte, poniendo tal derecho como alternativo al de demandar el resarcimiento del daño (§ 325).<sup>24</sup>

La clara elección de confiar al contratante la facultad de desligarse del contrato como consecuencia del incumplimiento testimonia la progresiva emancipación del modelo romanista de la “condición resolutoria tácita”, que demostraba su inconveniencia en correspondencia con el desarrollo y la internacionalización del tráfico económico.

Al modelo del BGB se uniformó en parte el Código civil austriaco luego de las Novelas de los años 1914-1916, que –diversamente de la versión originaria– reconocieron al contratante inocente el derecho de desligarse del contrato después de haber fijado al deudor un término para el cumplimiento tardío (§ 918).

Los sistemas anglosajones, a su vez, siempre han optado por el modelo de resolución del contrato mediante declaración unilateral del acreedor de la prestación incumplida o cumplida de manera inexacta o con retraso.

Se puede afirmar, así, que –hasta los últimos decenios del siglo XX– la acción judicial de resolución y la resolución por incumplimiento repre-

sentan dos modelos, tendencialmente (mas no necesariamente) alternativos, para disciplinar una reacción al incumplimiento –la resolución del contrato– que se revela, en muchos casos, más conveniente que las acciones coercitivas de cumplimiento.

Mientras el ordenamiento francés, el italiano y los Códigos latinoamericanos (en particular, el Código colombiano –con el artículo 1546– y el peruano) confían, como regla, la necesaria intervención del juez, el legislador alemán, el sistema inglés y la jurisprudencia española, comprendiendo la mayor funcionalidad del derecho potestativo de disolución unilateral frente las exigencias del contratante inocente, prefieren enlazar la resolución del contrato a la declaración unilateral del contratante fiel.

## VI. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

El Código Civil italiano de 1942 acoge un sistema que podemos definir “mixto”. La regla es la *resolución judicial*, pero son numerosas las hipótesis en que la disolución del contrato puede producirse a través de la manifestación de la voluntad unilateral del acreedor. Y ello puede ocurrir no solamente en la disciplina de algunos contratos (por ejemplo, el contrato de trabajo subordinado), sino también en el plano de la disciplina general, a través de una pluralidad de institutos como:

- *la intimación a cumplir: el negocio unilateral con el cual el acreedor “amenaza” al deudor que, en caso de que no cumpla dentro de un breve plazo, el contrato se disolverá automáticamente;*

23 WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda e Bensa, II, Torino, 1930, p. 248.

24 En caso de mora, es preciso, en cambio, distinguir: si la mora determina la pérdida del interés a la ejecución del contrato, la parte fiel puede pretender el resarcimiento del daño o, en alternativa, desligarse del contrato; por otro lado, puede fijar un plazo con el fin de que el deudor ejecute tardíamente la prestación, vencido el cual sin que se haya producido el cumplimiento, el acreedor puede nuevamente optar entre resarcimiento del daño e desistimiento del contrato (§ 326). El derecho al desistimiento inmediato de la relación contractual está previsto, además, también cuando las partes hayan establecido que la prestación deba ejecutarse en un determinado momento o dentro de un cierto plazo (§ 361). El texto original del BGB preveía, en fin, que el desistimiento por incumplimiento (*der Rücktritt*) fuese regulado por las normas sobre la disolución convencional del contrato (§§ 346–356), que deriva de una específica cláusula contractual y que tiene funciones generalmente penitenciales y distintas de la necesidad de poner remedio a una sobrevenida violación del reglamento contractual.

- la cláusula resolutoria expresa, en la cual las partes establecen al momento de la conclusión del contrato que, en el caso de incumplimiento de una particular obligación según específicas modalidades, el acreedor podrá desligarse unilateralmente del contrato;
- las arras confirmatorias: la falta, en tal caso, de la oportunidad de confiar al juez la discrecionalidad de liquidación del daño ha inducido al legislador a permitir a la parte acreedora desligarse del contrato a causa del incumplimiento de la otra parte.

También en el sistema italiano la jurisprudencia –a la par de cuanto ha ocurrido en el sistema español– procede (con timidez) a la progresiva transformación de la resolución judicial en el modelo de la resolución por incumplimiento. Es muy significativa en este sentido una sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación<sup>25</sup> italiana, que permite al acreedor rechazar el incumplimiento tardío cuando el retraso sea ya de no escasa importancia, aún cuando él no haya propuesto todavía la demanda judicial de resolución.

Afirman los Supremos Jueces italianos que, si el incumplimiento es “importante” e imputable, el acreedor no puede ser constreñido a recibir una prestación en la que ha perdido interés y puede, por tanto, rechazarla legítimamente. Es evidente cómo, en tal caso, un sucesivo pronunciamiento del Juez se limitará a “verificar” si el rechazo fue legítimo y si fue legítima, por ende, la pretensión del acreedor de entender el contrato como resuelto.

## VII. ¿HACIA LA UNIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE RESOLUCIÓN?

La unificación de los modelos de resolución no es tal vez lejana, como se puede colegir de los textos normativos de derecho internacional. Es bastante significativa, a tal fin, la Convención de Viena de 1980 en materia de venta internacional de bienes muebles.

Profundamente inspirada por el sistema anglosajón, la Convención de Viena atribuye al comprador, en presencia de vicios de la cosa adquirida, un rico abanico de remedios, como el requerimiento de eliminación de los vicios, de sustitución de la cosa, de reducción del precio y, naturalmente, la resolución del contrato. Tal remedio resolutorio presupone la gravedad del vicio de la cosa y se realiza a través de la declaración unilateral del comprador.

La Convención de Viena ha asumido en Europa una importancia fundamental, ya que ha sido el modelo normativo de la Directiva No. 44 de 1999 en materia de venta de bienes muebles de consumo. También este texto, en efecto, ha acogido la declaración unilateral de resolución por incumplimiento en lugar de la resolución judicial y ha sido recibido con estas características incluso en aquellos ordenamientos –como el italiano– tradicionalmente caracterizados por la reacción judicial al incumplimiento.

El Código de Consumo italiano de 2005, por ejemplo, disciplina la resolución del contrato por vicios del bien de consumo como un remedio ciertamente de naturaleza sustancial y no judicial.

Asimismo, los otros textos de derecho europeo –los principios Lando, el Código Gandolfi de los jusprivatistas europeos y, recientemente, los principios del *acquis communautaire*– optan también ellos por la *declaración unilateral de resolución*, abandonando completamente la necesidad de dirigirse al Juez para obtener un pronunciamiento constitutivo.

Es inevitable, por tanto, que se plantee el problema de la oportunidad de superar definitivamente el modelo judicial y acoger una diversa interpretación de las normas generales del Código Civil en el sentido de transformar el juicio de resolución en una verificación por parte del Juez de la legitimidad de la voluntad unilateral de

<sup>25</sup> Cass., sez. un, 9 de julio de 1997, No. 6224.

resolución del contrato por el incumplimiento de uno de los contratantes.

No es posible examinar analíticamente todas las consecuencias y, en particular, las ventajas del modelo del desistimiento por incumplimiento, pero sintéticamente se puede afirmar que la declaración unilateral de resolución puede consentir una deflación de la litigiosidad judicial en el caso en que el deudor evalúe que la pretensión contraria sea probablemente fundada.

La consideración de la producida disolución del contrato consentirá al acreedor accionar para la restitución de la eventual contraprestación ejecutada, eventualmente incluso por medio de acciones cautelares y de urgencia.

En materia, por ejemplo, de contrato de locación o de obra (*appalto*), la disolución del contrato permitirá entender ilegítima la detención de la *res* por parte del contratista o del conductor desde el momento de la comunicación de la declaración de resolución.

Se puede afirmar, por lo tanto, que, con el abandono del instituto del término dilatorio que –según el Código Napoleónico– el juez podía benévolamente conceder al deudor para sanar su retraso o su incumplimiento, no hay más razones para privar a los contratantes de la autorresponsabilidad en los eventos que pueden conducir a la disolución del vínculo contractual.

### VIII. UNA MIRADA AL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

Me parece poder afirmar que el problema de la naturaleza judicial o sustancial de la resolución del contrato por incumplimiento se plantea también en el sistema colombiano, y estoy feliz de que este Congreso me haya dado la oportunidad de estudiar algunas partes del Código Civil de este espléndido país.

El artículo 1546 se remonta al Código francés y acoge la condición resolutoria tácita, que re-

quiere el pronunciamiento del juez para obtener la resolución del contrato. Solo el artículo 1882, en materia de compraventa, hace referencia a un *desistimiento* sobre el cual se discute su naturaleza sustancial o judicial.

He tenido ocasión de examinar un remoto pronunciamiento de la Casación Civil (9 de Junio de 1971), en el cual textualmente se afirma que:

*"Existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del Código Civil y el desistimiento del que tratan los artículos 1882 y 1878 de la misma obra. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retrasado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del Juez. Puede el comprador desistir por sí y ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen".*

Si no entiendo mal, es esta concepción del *desistimiento* bastante cercana al derecho potestativo de resolución, que muchos códigos europeos y textos de derecho europeo afirman y reconocen.

Al contrario, el *desistimiento* al que hace mención el artículo 22 de la Ley 820 de 2003 en materia de locación alude a una *demanda* que repropone el modelo judicial y se aleja de los modernos principios afirmados por la Casación en 1971.

Estoy convencido que la reflexión de muchos de los juristas presentes en este Congreso podrá contribuir a repropone el debate sobre la diferencia entre *acción resolutoria* y *desistimiento* y contribuir finalmente a la elaboración de un único modelo, europeo y latinoamericano, en tema de disolución del contrato por incumplimiento.

