

# EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

*Felipe Osterling Parodi\**  
*Mario Castillo Freyre\*\**

## SUMARIO:

1. La demora • 2. La eventual constitución en mora • 3. La eventual indemnización de daños y perjuicios • 4. Los intereses moratorios y los intereses legales • 5. La ejecución forzosa a través de un proceso judicial • 6. Procurarse la prestación o hacerse la procurar por otro, a expensas del deudor • 7. El ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor, sea en vía de acción o de excepción, para asumir su defensa • 8. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para el acreedor • 9. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial • 10. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere • 11. Dejar sin efecto la obligación • 12. La acción de ineficacia por fraude pauliano • 13. La acción de anulabilidad por existencia de simulación relativa • 14. La acción de ineficacia por existencia de simulación absoluta • 15. El derecho de retención 15.1. Concepto 15.2. Casos admitidos por la ley 15.3. Casos no admitidos por la ley 15.4. Alcances del derecho de retención 15.5. Diferencias y semejanzas entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido 15.6. Naturaleza jurídica 15.7. Oponibilidad del derecho de retención frente a terceros • 16. La resolución por incumplimiento 16.1. Clases: judicial y extrajudicial 16.2. Cláusula resolutoria expresa 16.3. Efectos de la resolución entre las partes 16.4. Efectos de la resolución respecto de terceros • 17. La posibilidad de reparación amigable por parte del deudor incumpliente • 18. Inejecución de obligaciones y acciones de amparo • 19. La teoría del incumplimiento eficiente de los contratos

Tanto el incumplimiento absoluto de una obligación, como el cumplimiento parcial, excusivo, anticipado, tardío, defectuoso o no adecuado de la misma, nos coloca en el campo de la inejecución de obligaciones, más allá de los diversos aspectos que se pue-

den apreciar en relación con las consecuencias prácticas del tema.

El deudor no puede liberarse por su sola voluntad de la obligación de realizar la prestación debida. Existe, como dice Puig Brutau,<sup>1</sup> una necesidad de cumplir la obligación; si el

obligado ha obrado de una manera reprochable, sea de manera intencionada o simplemente por negligencia, es responsable de las consecuencias del incumplimiento.

Al respecto Castán<sup>2</sup> sostiene que como la obligación lleva consigo la

---

\* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio en el Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1985, vol. II, tomo I, p. 710.

<sup>2</sup> *Idem*.

ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, es decir, su cumplimiento forzoso o anormal.

Queda claro que la afirmación de que la relación obligatoria lleva consigo la necesidad de su cumplimiento, no enerva la circunstancia de que un acontecimiento suficientemente poderoso que interfiera e imposibilite dicho cumplimiento pueda excusar al deudor, toda vez que el incumplimiento acarrea el quebrantamiento de la mencionada relación obligatoria ante el dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve (artículo 1321, primer párrafo, del Código Civil).

En suma, el principal efecto que se deriva del incumplimiento de una obligación es el quebrantamiento de la relación jurídica por causa imputable al deudor, y aquí se distinguen diversos aspectos que a continuación examinamos.

## 1. LA DEMORA

La demora implica que el deudor no cumpla la prestación en el momento debido, pero que ello no excluye que pueda honrarla de modo retrasado, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños resultantes del retardo imputable en caso que incurra en mora.

El cumplimiento ulterior, que por naturaleza puede acarrear la demora, exige, sin embargo, la presencia de una prestación debida aún posi-

ble, así como el requisito de no haber perdido licitud.

En suma, podríamos afirmar que la demora en una obligación se caracteriza por la tardanza, dilación, retraso o falta de puntualidad en el cumplimiento. En buena cuenta es el «lapso que transcurre después del último plazo señalado para el pago de una cantidad, la restitución de una cosa o el cumplimiento de una obligación».<sup>3</sup>

## 2. LA EVENTUAL CONSTITUCIÓN EN MORA

La mora implica retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación, pero conforme al precepto central de nuestra ley sustantiva, dicha dilación requiere, en principio, una intimación; de ahí que el artículo 1333 del Código Civil determine que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

Dicha regla intimatoria tiene, sin embargo, supuestos de excepción:

- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

Si la mora es el retraso en el cumplimiento derivado de una exigencia a honrar la obligación, parecería que sólo podría ser imputable al deudor; pero, en realidad, el retraso también puede obedecer a la falta de debida cooperación por parte del acreedor. En ese sentido, se distinguen dos clases de mora: la del deudor —*mora solvendi* o en pago— y la del acreedor —*mora accipiendi* o en recibir la prestación debida o en no cumplir con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación—.

Se advierte de la primera parte del citado artículo 1333 del Código Civil que, en definitiva, la nota que distingue a la mora del deudor es la interpelación o requerimiento del acreedor; pero a ello se debe agregar el requisito básico de la existencia de una obligación vencida, así como la culpa del deudor por el retraso injustificado.

Adicionalmente, la ley civil determina que el deudor moroso responde de los daños y perjuicios que irroga por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable —primera parte del artículo 1336—. Agrega el artículo 1337 del Código Civil que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

Por su parte, la *mora accipiendi* implica no sólo una injustificada dilación o tardanza, sino también un

<sup>3</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 83.

entorpecimiento por parte del titular del crédito, quien no colabora para permitir al deudor ejecutar la prestación, o quien sin motivo legítimo se niega a recibir el pago o la entrega del bien debido, es decir a aceptar la prestación.

Se podrían destacar las siguientes características de esta especie de mora:

- Tiene como presupuesto la licitud de la prestación del deudor y que ésta se encuentre vencida.
- El deudor ofrece cumplir la prestación de modo real y total, y en el tiempo y lugar adecuados.
- La negativa injustificada del acreedor a admitir el pago, ejecución o cumplimiento: una oferta legítima y una repulsa ilegítima. Como sostiene Puig Brutau,<sup>4</sup> la mora del acreedor responde al concepto de falta de la debida cooperación para recibir o admitir la prestación debida.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1338 del Código Civil señala que el acreedor incurre en mora cuando, sin motivo legítimo, se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación, quedando obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso (artículo 1339). Asimismo, el acreedor moroso debe asumir los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obe-

dezca a dolo o culpa inexcusable del deudor (artículo 1340).

### 3. LA EVENTUAL INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

A decir de Manuel Albaladejo,<sup>5</sup> la indemnización presupone: 1) Que no sea obtenible la ejecución exacta de la prestación *in natura*; 2) Que exista efectivamente un perjuicio; 3) Que éste proceda de dicha inejecución; y 4) Que de ella sea responsable el deudor.

De estos requisitos, el primero se puede constatar a la vista del caso; el último, en principio, se presupone; y el segundo y el tercero hay que probarlos.

Siguiendo las apreciaciones de Albaladejo, nos ocuparemos en primer término del tercer presupuesto.

Su prueba, es decir que los daños proceden del incumplimiento, se efectúa demostrando que hay un nexo causal entre éstos y los daños en cuestión. Aunque para Albaladejo está claro que ellos deben provenir del incumplimiento, lo que para él presenta dificultades casi insalvables es la formulación de reglas abstractas y útiles a la vez para fijar qué daños deben estimarse causados por el incumplimiento; es decir, para los que éste sea la causa efectivamente productora, y no una mera condición o un simple antecedente que ha hecho posible que se originen en virtud de otra causa eficiente.

Por eso, destaca el tratadista citado, lo único a la vez seguro y útil para la apreciación de la relación de causalidad está —una vez alegado el daño y expuesto por qué se le estima consecuencia del incumplimiento— en dejar que el juzgador, ante la vista del caso y utilizando su criterio, determine, basándose en el buen sentido, si tal o cual daño se debe o no al incumplimiento.

En cuanto al segundo presupuesto, es decir a que exista efectivamente un perjuicio, también tenemos el parecer de Palacio Pimentel,<sup>6</sup> quien anota que es necesario que la mora y la inejecución o incumplimiento haya sido la causa o el origen de perjuicios en el patrimonio del acreedor. La indemnización de daños y perjuicios —agrega— procede cuando no ha sido posible el cumplimiento *in natura* de la obligación, o sea en su forma específica, dando, haciendo o no haciendo aquello en que consista la prestación o prestaciones de la obligación. Entonces la ley hace posible que el acreedor se dirija contra el patrimonio del obligado, con el fin de restablecerse económicamente del desmedro causado en su patrimonio, por la mora o la inejecución imputable a culpa o dolo del deudor.

Autores como Jorge Eugenio Castañeda<sup>7</sup> hacen hincapié en que el término «incumplimiento» es amplio; él comprende no sólo la falta de las obligaciones asumidas, sino la mora. De allí la división que

<sup>4</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, vol. II, tomo I, p. 723.

<sup>5</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1997, vol. I, tomo II, pp. 197-205.

<sup>6</sup> PALACIO PIMENTEL, Gustavo H. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1997, pp. 403-404.

<sup>7</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El Derecho de las Obligaciones*. Lima: P.L. Villanueva, 1957, tomo II, pp. 39-45.

efectúan los tratadistas franceses en daños compensatorios y daños moratorios.

En ese sentido —retomando las apreciaciones de Manuel Albaladejo<sup>8</sup> si la indemnización está destinada a que el acreedor se resarza de los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento o cumplimiento inexacto, ésta debería consistir, en todo caso, en aquella suma de dinero en que se valore tanto lo que el acreedor perdió al no recibir la prestación, como lo que dejó de ganar y habría ganado de haberla recibido.

Apunta Albaladejo que los daños y perjuicios indemnizables varían según la causa del incumplimiento que los produce:

- Si éste se debe a culpa, son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.
- Si se debe a dolo, serán los que conocidamente se deriven de esta falta, aunque no estuvieran previstos ni fueran previsibles entonces, y aunque no sean consecuencia necesaria de la misma.
- La indemnización, no en el caso de dolo, pero sí en el de culpa, es moderada por los Tribunales y el ejercicio de esa facultad moderadora depende del arbitrio del Tribunal de instancia. En cualquier caso, los daños y perjuicios deben probarse, y es de apreciación de los Tribunales estimar o no su existencia real. También es de apreciación del Tribunal de instancia, estimar la cuantía de la indemnización reparadora.
- Abundante jurisprudencia exige la prueba de los daños, afirmando, a la vez, que ello es necesario porque el incumplimiento, de por sí, no implica la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por aquél. De la prueba del daño se queda relevado —dice una jurisprudencia— cuando por el propio tipo de incumplimiento que sea, éste apareje de por sí el daño, o de los hechos demostrados en que consista el mismo incumplimiento, se deduzca fatal y necesariamente el daño. Mas realmente no hay relevación de la prueba del daño, sino que éste se prueba con los mismos hechos que demuestran el incumplimiento.
- Debiéndose la indemnización por el daño, cuando el incumplimiento que éste ha motivado produjo o hizo posible obtener alguna ventaja al dañado, que no se habría conseguido sin aquél, él debe computarse para deducir su monto del daño sufrido (*compensatio lucri cum damno*).
- El daño emergente es más fácil de probar. Por ejemplo, si A incumplió su obligación de entregar a B gratuitamente el objeto X, que en el mercado vale mil, el daño es de mil. Y si es que le había vendido algo en quinientos, y no se lo entrega, el daño que sufre A es la diferencia entre ese precio de quinientos y el que le costaría adquirir la cosa por otro camino.
- En cuanto al lucro cesante, si se exigiese la demostración absolu-

ta y segura de que se iba a obtener y se frustró por el incumplimiento, se impedirían muchas indemnizaciones en casos en los que probablemente se habría obtenido el lucro en cuestión, pero cuyo resarcimiento no prosperará porque no se puede justificar de forma indudable que en efecto se habría obtenido. Pero, por otro lado, si se permite obtener indemnización por lucro cesante, en todo caso en que hubiese habido ganancia posible y más o menos probable, resultará que cabrá conseguir resarcimiento en hipótesis en las que a lo mejor realmente no se habría alcanzado efectivamente la ganancia que se indemnizó. Por ello Albaladejo opina que sobre el lucro cesante se debe establecer lo siguiente: se presume que se habría obtenido el que hubiese sido normal a tenor de las circunstancias. Y cuando se dice en general que el lucro cesante hay que probarlo, no se pide una prueba especial del mismo, sino que se pruebe mediante tal presunción.

Sobre el particular, el artículo 1321 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Y agrega que el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Añade el precepto, en fin, que si la inexecución o el cum-

<sup>8</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, pp. 199-205.

plimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Además, el artículo 1322 del Código Civil dispone que el daño moral también es susceptible de resarcirse cuando él se hubiera irrogado.

Respecto de las reglas probatorias, el artículo 1329 establece que se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. Y la ley civil añade que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable, así como de los daños y perjuicios y de su cuantía, corresponden al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículos 1330 y 1331).

Finalmente, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa (artículo 1332).

No nos detendremos en el análisis del contenido y alcances de estas disposiciones, toda vez que de ellas nos ocuparemos en su oportunidad.

#### 4. LOS INTERESES MORATORIOS Y LOS INTERESES LEGALES

El estudio doctrinario y legislativo de los intereses moratorios y legales lo hemos efectuado en extenso al co-

mentar los artículos 1241 a 1250, a los que remitimos al lector.<sup>9</sup>

No ingresaremos en este trabajo al análisis de los efectos de la inexecución en las obligaciones de dar sumas de dinero; sólo anotamos que debe distinguirse en cuanto a la aplicación de los intereses legales y los moratorios.

El artículo 1324 del Código Civil precisa que las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, la citada norma agrega que si antes de la mora se debían intereses mayores —el precepto se refiere, sin duda, a los intereses compensatorios—, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

La distinción entre aplicar intereses legales o moratorios radica, entonces, en determinar desde qué momento el deudor ha incurrido en mora y si existían o no intereses mayores (compensatorios) antes de la morosidad.

#### 5. LA EJECUCIÓN FORZOSA A TRAVÉS DE UN PROCESO JUDICIAL

La ejecución forzosa es el primer efecto de las obligaciones que la ley concede al acreedor para satisfacer su derecho.

El empleo de los medios legales, a fin de que el deudor procure aquello a que se obligó, se presenta ante la ausencia de la ejecución voluntaria de la prestación, y autoriza al acreedor para recurrir a la ejecución forzada con intervención de la autoridad pública. Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del artículo 1219 del Código Civil.<sup>10</sup>

#### 6. PROCURARSE LA PRESTACIÓN O HACÉSELA PROCURAR POR OTRO, A EXPENSAS DEL DEUDOR

Sobre la materia remitimos al lector a lo expresado con ocasión del análisis de este medio o efecto obligacional.<sup>11</sup>

#### 7. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL DEUDOR POR PARTE DEL ACREEDOR, SEA EN VÍA DE ACCIÓN O DE EXCEPCIÓN, PARA ASUMIR SU DEFENSA

Respecto de este tema, también remitimos al lector a lo expresado en el análisis del artículo 1219.<sup>12</sup>

#### 8. CONSIDERAR NO EJECUTADA LA PRESTACIÓN, SI RESULTASE SIN UTILIDAD PARA EL ACREEDOR

Conforme señaláramos al comentar el artículo 1151, inciso 2, del Código Civil,<sup>13</sup> una ejecución que no revista el cumplimiento idóneo de la prestación en los términos convenidos podría determinar que dicho resultado fuera inútil para el acreedor,

<sup>9</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, Segunda Parte, vol. XVI, tomo V, pp. 257-515; tomos VI y VII, pp. 13-151.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Primera Parte, tomo IV, pp. 41-44.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 45-49.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.* Primera Parte, tomo II, pp. 235-242.

en cuyo caso éste tendría la facultad de considerarla no ejecutada.

Asimismo, conviene recordar que esta ejecución no útil puede revestir diversas calificaciones, según su integridad, oportunidad o forma de ejecutarse. Así, para que el acreedor pueda optar por la alternativa prevista en el numeral 2 del artículo 1151, debe tratarse de una ejecución defectuosa: parcial o excesiva, anticipada o tardía, o menos que adecuada o más que adecuada.

#### 9. EXIGIR AL DEUDOR LA DESTRUCCIÓN DE LO HECHO O DESTRUIRLO POR CUENTA DE ÉL, SI LE FUESE PERJUDICIAL

La elección de este camino ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, supone una intervención judicial con la correspondiente resolución que autorice al acreedor a actuar de tal modo.

Con relación a este tema, remitimos al lector a lo expresado en el análisis del artículo 1151, inciso 3.<sup>14</sup>

#### 10. ACEPTAR LA PRESTACIÓN EJECUTADA, EXIGIENDO QUE SE REDUZCA LA CONTRAPRESTACIÓN, SI LA HUBIERE

Esta medida se adopta en el supuesto de que la prestación ejecutada no revista todas las condiciones y características previstas,

pero aún así resulte útil para el acreedor.

Sobre el particular, también remitimos al lector a los comentarios efectuados a propósito del análisis del artículo 1151, inciso 4.<sup>15</sup>

#### 11. DEJAR SIN EFECTO LA OBLIGACIÓN

Como hemos expresado al estudiar los artículos 1150, inciso 3, y 1158, inciso 3,<sup>16</sup> esta opción siempre resulta factible ante el incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de hacer y de no hacer, respectivamente, cuyos principios se aplican, sin abrigar duda alguna, a las obligaciones de dar. El dejar sin efecto la obligación, por un caso de incumplimiento imputable al deudor, es la fórmula a la que con mayor frecuencia apela el acreedor, para sustituirla por la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

#### 12. LA ACCIÓN DE INEFICACIA POR FRAUDE PAULIANO

Dicen los Mazeaud<sup>17</sup> que en los derechos arcaicos la eficacia de la ejecución sobre la persona tornaba innecesaria la protección de los acreedores contra el fraude del deudor. Esa protección no surgió en Roma sino a fines de la República y habría sido creada por un pretor de nombre Paulo.

Los romanos consideraban que el deudor que sustraía intencionalmente sus bienes a las persecucio-

nes de los acreedores —*fraus creditorum*—, concertando con un tercero un acto jurídico, cometía un delito reprimido por una acción penal. De ahí que inicialmente se exigiera mala fe en el deudor y en el tercero —*particeps fraudis*—, esto es en el demandado en la acción; sin embargo, más adelante dejó de exigirse la complicidad del tercero, cuando el acto impugnado era celebrado a título gratuito.

La sanción de la acción pauliana era una condena pecuniaria igual al importe del valor de la cosa sustraída a los acreedores. Sin embargo, como el valor de la cosa enajenada se fijaba por el juez según la estimación de los acreedores, al tercero le convenía, cuando estaba todavía a tiempo, restituir la cosa. De hecho, por consiguiente, la acción pauliana conducía indirectamente a la restitución de la cosa y, por lo tanto, a la revocación del acto fraudulento; de ahí su nombre de acción revocatoria.

Uno de los requisitos de la acción pauliana era la insolvencia del deudor. Por haber sido instituido el concurso de acreedores (o quiebra civil), desde muy pronto en Roma la acción pauliana no era ejercitada por el acreedor, víctima del fraude, sino por el *curator bonorum* (el curador de los bienes) o síndico de la masa de acreedores.

Sobre la historia del fraude pauliano en el Derecho Romano, también puede revisarse los comentarios de Stark, Roland y Boyer, citados por

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 240-241.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 229, 230, 296 y 297.

<sup>17</sup> MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, Parte Segunda, vol. III pp. 259 y 260.

nosotros al analizar el tema de los efectos de las obligaciones.<sup>18</sup>

Por otro lado, agregan los Mazeaud que el antiguo Derecho Francés conservó la acción pauliana, pero que ésta perdió su carácter colectivo con la desaparición del concurso de acreedores, y que su utilidad era escasa por encontrar los acreedores en la hipoteca una garantía suficiente. Y es que casi todos los actos se otorgaban ante notario y los documentos notariales llevaban consigo, de pleno derecho, hipoteca general sobre los bienes del deudor.

Anotan los autores citados que el Código Civil Francés suprimió la hipoteca de los documentos notariales y que las partes recurrían con más frecuencia que antes al documento privado. Añaden que el hecho de que las fortunas sean hoy, en ciertos casos, exclusivamente mobiliarias, impide a los acreedores gravar con hipoteca, porque esa garantía no puede recaer sino sobre inmuebles.

A decir de los Mazeaud, los redactores del Código Napoléon, por desgracia, al remitirse a la tradición y sobre todo al Derecho Romano, dieron pruebas de una concepción excesiva y los preceptos que aplican la acción pauliana en materias especiales no aportan ninguna precisión suplementaria. Por eso, concluyen, la jurisprudencia ha debido construir, refiriéndose a la tradición, la teoría del fraude pauliano.

A modo de recuerdo, diremos que la acción pauliana, propia del fraude del acto jurídico, es uno de los medios conservatorios más importantes de los derechos del acreedor. Sus condiciones se reducen a dos: un perjuicio sufrido por los acreedores y que dicho perjuicio se deba a un fraude de su deudor.

Para que haya perjuicio es necesario un acto de empobrecimiento del deudor, un crédito anterior al acto y la insolvencia del deudor.

Autores como Marty<sup>19</sup> sostienen que el tema del fraude es una cuestión muy controvertida. Según una primera acepción, para que haya fraude del deudor es necesario que el mismo obre con la intención de perjudicar a sus acreedores. Para el citado autor, esta concepción es muy estrecha: difícil será demostrar que la voluntad de perjudicar ha sido el móvil único o aun simplemente determinante del deudor en situación apremiante. Pretenderá que únicamente ha querido procurarse el dinero que necesitaba.

Según una segunda opinión, para que haya fraude pauliano basta que el deudor haya tenido la conciencia del daño que con seguridad el acto producirá a los acreedores. Es suficiente que haya aceptado perjudicarlos, sin desearlo, para realizar tal o cual fin personal.

Apunta Marty que la jurisprudencia de su país se orienta hacia esta segunda concepción del fraude «con-

ciencia» o «aceptación» del perjuicio.

Cabe agregar que en cuanto a los efectos de la acción pauliana, éstos varían dependiendo de si se trata del deudor, del tercero adquirente de los bienes enajenados o de los demás acreedores.

Al realizar el deudor un acto fraudulento, que perjudica a su acreedor, ha cometido un hecho doloso que lo obliga a la reparación del perjuicio. Pero esto no tiene mucho interés para el acreedor. En efecto, el deudor, por hipótesis, es insolvente, y la acción de daños y perjuicios contra él es tan poco importante como la acción de pago del crédito.

Como el deudor es insolvente, lo interesante es afectar el bien que se halla en poder del tercero, o sea de quien lo adquirió con motivo del acto de empobrecimiento del deudor, acto que es fraudulento.

Finalmente, la acción pauliana intentada por uno de los acreedores sólo a él beneficia. Ella no aprovecha a los demás acreedores del deudor.<sup>20</sup>

Por lo demás, también remitimos al lector a los comentarios que sobre el particular hiciéramos al analizar el tema de los efectos de las obligaciones.<sup>21</sup>

El Código Civil Peruano regula en sus artículos 195 y siguientes la ac-

<sup>18</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo IV, pp. 67 y 68.

<sup>19</sup> MARTY, G. *Op. cit.*, vol. II, pp. 82-84.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>21</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.* Primera Parte, tomo IV, pp. 67-88.

ción de ineficacia del acto jurídico por fraude pauliano.

### 13. LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD POR EXISTENCIA DE SIMULACIÓN RELATIVA

En otro estudio<sup>22</sup> nos ocupamos, en términos generales, del distingo entre la acción revocatoria o pauliana y la acción de simulación. En esta oportunidad haremos alusión a las dos clases de simulación: la relativa y la absoluta, esta última materia del siguiente punto.

Se sabe que el acto simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, por no existir o por no tener un carácter distinto al que aparenta.

A decir de Joaquín Martínez Alfaro,<sup>23</sup> la simulación de los actos jurídicos es una dualidad de convenciones; en la primera las partes declaran bilateralmente, con falsedad y publicidad, lo que en realidad no han convenido; en la segunda manifiestan privada y secretamente entre ellas lo que verdaderamente han convenido; en consecuencia, hay una disconformidad bilateral y consciente entre lo querido y lo declarado con el fin de engañar.

Por otro lado, apunta el citado profesor<sup>24</sup> que la simulación es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Se celebra el acto ostensible, pero en el acto secreto se conviene que los efectos

jurídicos verdaderos serán distintos de los que corresponden al ostensible.

En ese sentido, el artículo 191 del Código Civil precisa que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero. Se dispone, además, que lo establecido en la citada norma es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona (artículo 192).

Respecto a la sanción de la simulación relativa, anota Martínez Alfaro<sup>25</sup> que el acto secreto será válido si no hay ley que lo declare nulo, pero será nulo si alguna ley así lo declara.

Sobre el particular, nuestra legislación civil dispone que en el caso de una simulación relativa, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero, aquél configura una causal de anulabilidad (artículo 221, inciso 3).

### 14. LA ACCIÓN DE NULIDAD POR EXISTENCIA DE SIMULACIÓN ABSOLUTA

Precisa el artículo 190 del Código Civil que por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

Al respecto, Martínez Alfaro<sup>26</sup> anota que es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real. En la simulación absoluta se celebra el acto ostensible, pero en el acto secreto convienen las partes que ningún efecto produce el ostensible, pues sólo es aparente, por lo que en sentido figurado se dice que la simulación absoluta es un fantasma. De ahí que un acto con simulación absoluta no produce efectos jurídicos, es inexistente, por no tener consentimiento ni objeto que pueda ser materia de él, pues las partes convienen secretamente que no crearán, modificarán, ni extinguirán obligaciones.

La ley civil peruana sanciona con nulidad al acto jurídico que adolezca de simulación absoluta (artículo 219, inciso 5).

### 15. EL DERECHO DE RETENCIÓN

El derecho de retención podemos clasificarlo como una de las medidas conservatorias que, conforme lo anotamos en su oportunidad,<sup>27</sup> tiene por finalidad producir el «congelamiento» de un elemento activo para reservar el beneficio del acreedor prosequidor.

#### 15.1. Concepto

Según anota Max Arias-Schreiber,<sup>28</sup> la retención es la facultad otorgada por la ley a favor del poseedor de una cosa ajena para conservarla en su poder, hasta que se le pague lo que se le es debido por concepto

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 88-94.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. México: Editorial Porrúa, p. 230.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 231 y 232.

<sup>27</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.* Primera Parte, tomo IV, p. 98.

<sup>28</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995. tomo VI, p. 253.



de la cosa retenida. De esta misma definición, el citado autor extrae las siguientes características:

- Es un derecho establecido por la ley y puede también ser objeto de pacto.
- Beneficia al poseedor de un bien ajeno.
- Otorga a dicho poseedor la facultad de retener en su poder el bien mientras no se le pague íntegramente aquello que le es debido por concepto de la cosa misma.

Destaca Arias-Schreiber que el fundamento de la retención descansa en un criterio de equidad, al señalar que:

Sería injusto que una persona, ligada a otra por una obligación, hiciera efectivo su derecho a recuperar el objeto de su propiedad en poder de su acreedor, antes de satisfacer, por su parte, la antedicha obligación. Exigiendo que las obligaciones recíprocas se liquiden al mismo tiempo, el legislador hace funcionar prácticamente el derecho de retención como una forma de garantía.<sup>29</sup>

La retención es un derecho real, persigue al objeto en forma que puede ser invocada *erga omnes*. Claro está que con ella no existe persecución ni la preferencia otorgada a otros derechos reales de garantía; pero tiene la calidad de ser oponible ante cualquiera gracias a la mediatez existente entre el bien y la persona.

Así lo ha consagrado el Código Civil

cuando en su artículo 1123 prescribe que por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado, agregando que este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

### 15.2. Casos admitidos por la ley

Dado que el derecho de retención es un mecanismo de defensa de naturaleza sustantiva, su tratamiento es distinto en comparación a las excepciones procesales proponibles, las que se encuentran reguladas taxativamente en una sola norma (artículo 446 del Código Procesal Civil). No ocurre lo mismo con los casos reconocidos por el Código Civil y otras leyes para el ejercicio de la retención.

Así, por ejemplo, podemos citar los siguientes:

- El supuesto previsto en el artículo 918 del Código Civil, según el cual en los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención.
- El numeral 1230 del Código cuando dispone que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.
- En el caso del hospedaje, precisa el Código Civil que los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped responden preferencialmente por el pago de la retribu-

ción del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquél hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación (artículo 1717).

- El comodatario tiene derecho a retener el bien, sólo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios en que hubiese incurrido para la conservación del mismo (artículo 1748).
- En el contrato de mandato también existe una norma en similar sentido. Ella prescribe que el mandatario puede retener los bienes que obtenga para el mandante en cumplimiento del mandato, mientras aquel no cumpla con reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que incurrió en dichos gastos, e indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato (artículo 1799).
- En el depósito, el depositario sólo puede retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón del contrato (artículo 1852).
- En el contrato de secuestro, el depositario también puede retener el bien en tanto no le haya sido satisfecho su crédito (artículo 1863).
- La Ley de Títulos Valores introduce la posibilidad de que el cumplimiento de las obligaciones que representan los títulos valores pueda estar garantizado total o parcialmente por cualquier garantía personal o real u otras formas de aseguramiento que permita la ley, inclusive por

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 254.

fideicomisos de garantía (artículo 56 de la Ley N.º 27287). En tal sentido, los títulos valores pueden ser pasibles del derecho de retención, en cuyo caso, además de las formalidades y requisitos que señalen las respectivas normas para la constitución de garantías reales que los respalden, cuando estas aseguren el cumplimiento de las obligaciones frente a cualquier tenedor, debe indicarse en el mismo título o en el respectivo registro su existencia y, en su caso, las referencias de su inscripción registral. En ese supuesto, las transferencias del título no requieren del asentimiento del obligado ni, de ser el caso, del constituyente de la garantía, para que ésta tenga plena eficacia frente a cualquier tenedor del título valor.

Ahora bien, la ley civil regula el modo cómo se ejercita este derecho real de garantía mediante dos vías, la extrajudicial y la judicial, las que —a decir de Lucrecia Maisch—<sup>30</sup> no se excluyen sino más bien se complementan.

En la extrajudicial, el derecho de retención se ejercita rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca (artículo 1127, inciso 1).

La judicial supone la interposición de una demanda por parte del propietario y se ejercita como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del

bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente (artículo 1127, inciso 2).

### 15.3. Casos no admitidos por la ley

El caso de improcedencia del derecho de retención se encuentra contemplado en el numeral 1124 del Código Civil, el mismo que dispone que la retención no puede ejercerse cuando el bien, al momento de recibirse, está destinado a ser depositado o entregado a otra persona.

A decir de Arias-Schreiber,<sup>31</sup> los legisladores han querido proteger con ello las relaciones existentes entre el propietario del objeto y los terceros, evitando con la negativa a la retención, una solución de continuidad de perjudiciales efectos. Cita, a modo de ejemplo, los siguientes casos:

- Cuando el propietario entregue el bien a quien aspira a la retención, para que como mandatario de una tercera persona, se lo entregue —a su vez— al mandante;
- Cuando el mismo sujeto hace la entrega antedicha por equivocación de la persona, estando el bien destinado a un tercero; y
- Cuando se realiza la entrega al Gerente de una determinada persona jurídica, para ser depositado el bien en su caja de seguridad.

Finaliza Arias-Schreiber diciendo que en cada uno de los ejemplos citados, el aspirante actúa en un plano intermedio, entre el propietario del bien y un tercero, no pudiendo, en consecuencia, hacer efectiva la retención. El momento de la recepción es determinante: en ese instante el bien puede encontrarse destinado a ser depositado o entregado a otra persona, y si no fuera así, la retención sería plenamente válida.

Lucrecia Maisch Von Humboldt<sup>32</sup> señala que no es cierta la disposición del artículo 1124 del Código Civil, en el extremo que dice que los bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser «depositados o entregados a otra persona» no pueden ser materia de retención, por cuanto el artículo 1852 del mismo cuerpo legal autoriza al depositario a «retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón del contrato», implicancia que —a decir de Maisch— demuestra una vez más que nada se compadece menos con la improvisación que la misión de legislar.

El artículo 385 de la Ponencia referente a esta parte del Código señalaba determinados bienes que no podían ser materia del derecho de retención, tales como los del Estado —sea que pertenecieran a su ámbito de derecho público o privado—; los declarados fuera del comercio; los bienes muebles incorporales, dado que no hay concreción material que retener; los que no son de libre disposición por manda-

<sup>30</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. «Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil». En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo V, p. 282.

<sup>31</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo VI, p. 266.

<sup>32</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Op. cit.*, tomo V, p. 282.

to expreso del Código o de leyes específicas; y los recibidos para ser entregados a otras personas. La Ponencia no impedía que los bienes depositados fuesen materia del derecho de retención.

De otro lado, el tercer párrafo del artículo 110 de la Ley General de Sociedades señala que la medida cautelar sobre acciones no apareja la retención de los dividendos correspondientes, salvo orden judicial en contrario.

#### 15.4. Alcances del derecho de retención

El alcance del derecho de retención puede entenderse desde tres puntos de vista: referido a su cuantía, temporalidad y permisión o procedencia legislativa.

Sobre el primer punto, el numeral 1126 del Código Civil prescribe que la retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva. Ello está conjugado con la cuantía de la deuda.

La especialidad del crédito es la determinación exacta del valor de la obligación principal y si la obligación es indeterminada, la retención se extenderá hasta cubrir una estimación valorativa de la misma, hecha por la autoridad judicial, a falta de acuerdo entre las partes.<sup>33</sup>

En suma, el límite de la retención está dado por el valor de la deuda.

En cuanto a la temporalidad, la se-

gunda parte del referido artículo 1126 indica que la retención cesa luego de que el deudor la paga o la garantiza.

Sobre el particular, Arias-Schreiber<sup>34</sup> refiere que el derecho de retención está fundado en la existencia de una obligación a cargo del propietario del objeto, obligación que requiere de su vigencia como garantía de su ulterior cumplimiento. Desaparecerá automáticamente este derecho no sólo cuando se satisfaga íntegramente la obligación —consecuencia del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal—, sino también en el caso de asegurarse suficientemente el cumplimiento de la deuda, por la constitución de una garantía real o personal. En estas circunstancias desaparecería el motivo de la retención, tomando su lugar la garantía.

Si el retenedor se opusiere a la restitución de la cosa, una vez asegurada la obligación principal, alegando que la garantía es insuficiente, el propietario del objeto deberá interponer una acción judicial, probando dentro de la misma la suficiencia del aseguramiento. Si así lo hiciera, el juez resolverá sobre la pertinencia del mismo, ordenando al retenedor la devolución de la cosa; y si no probare la señalada suficiencia, la retención seguirá surtiendo sus efectos cautelatorios.

El tercer punto surge de la pregunta que se formula en doctrina en el sentido de si el derecho de retención sólo procede en los casos que

establece la ley, o también en otros casos no previstos pero que son semejantes.

Al respecto, Martínez Alfaro<sup>35</sup> informa que existen dos tesis: 1) La tesis limitativa, según la cual el derecho de retención sólo procede en los casos que establece la ley —como serían los que se enumeraron anteriormente—; y 2) La tesis de aplicación extensiva, para la cual es procedente el derecho de retención, aun en los casos no previstos por la ley, siempre que el detentador de la cosa sea acreedor del deudor con motivo de la cosa retenida, pues sólo se trata de asegurar el cumplimiento de la obligación que tiene por objeto la cosa que se retiene.

Martínez Alfaro sostiene que este problema se resuelve mediante la aplicación de dos principios: 1) el que reza «lo que no está prohibido está permitido»; y 2) el principio de la aplicación analógica que dice «donde hay la misma razón hay la misma disposición». A ello habría que agregar que la retención conlleva un requisito de procedencia, que consiste en que la cosa retenida sea el objeto o motivo de la deuda entre el retenedor y el dueño de la misma.

#### 15.5. Diferencias y semejanzas entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido

Según anota Manuel de la Puente,<sup>36</sup> las principales diferencias en-

<sup>33</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, pp. 267 y 268.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 233 y 234.

<sup>36</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, Segunda Parte, vol. XI, tomo IV, p. 263.

tre el derecho de retención y la *exceptio inadimpleti contractus* son:

- El derecho de retención es un derecho real, se refiere a obligaciones de dar, es un recurso para asegurar al acreedor el cumplimiento de estas obligaciones; mientras que la excepción de contrato no cumplido (excepción de incumplimiento) opera exclusivamente en el campo contractual, respecto de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, y es un medio que tiene el deudor de evitar verse compelido a cumplir, si el acreedor, a su vez, no cumple o no garantiza su cumplimiento.
- El derecho de retención sólo puede ejercitarse sobre un bien; en cambio la excepción de contrato no cumplido radica en la prestación, que es una actividad.
- Como derecho real, la retención requiere la posesión del bien, lo que resulta inaplicable en la excepción de contrato no cumplido.
- En la retención se exige la conexión entre el bien y el crédito; mientras que la excepción de contrato no cumplido requiere una reciprocidad entre las prestaciones, proveniente de un contrato con prestaciones recíprocas, con independencia de si recaen o no sobre un bien.
- El derecho de retención se ejercita necesariamente sobre bienes ajenos; en cambio, la excepción de contrato no cumplido puede recaer, cuando se trata de prestaciones de dar, sobre bienes propios del deudor.

En cuanto a las semejanzas, debemos advertir que tanto el derecho de retención como la excepción de contrato no cumplido son verdaderos y propios mecanismos de defensa sustanciales, o sea que tienen su fundamento en el derecho sustantivo, y no en el procesal. «En ambas, existe el elemento común de que alguien suspende la ejecución de la prestación a su cargo hasta que se paga o garantiza su crédito».<sup>37</sup>

### 15.6. Naturaleza jurídica

Existen hasta tres concepciones distintas: la personal, la real y la mixta.

Para quienes afirman la primera tesis, la retención sólo puede ser opuesta al deudor y a sus sucesores universales, de ahí que se sostenga que es un derecho personal.

Sobre este punto, Bejarano<sup>38</sup> expresa que el derecho de retención no es personal, pues distinguiendo la figura del crédito, señala que éste sí es personal; la retención no, porque el titular nada puede exigir al dueño de la cosa y no tiene frente a sí a ningún obligado a dejarla en su poder. «Para el sistema realista, la retención es oponible ante cualquiera, pues persigue al objeto en forma que puede ser invocada *erga omnes*. Se trata, por consiguiente, de un derecho real».<sup>39</sup>

Según Joaquín Martínez Alfaro,<sup>40</sup> el derecho de retención no es un de-

recho real, porque le faltan los atributos de este derecho, entre ellos, carece de la facultad de persecución; además, el derecho real sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados y hay casos en los que el derecho de retención se refiere a bienes determinados en género, como sucede con la facultad del comprador de retener el precio, que es dinero y por tanto un bien fungible, genérico; lo mismo ocurre con el derecho del arrendador de retener el saldo que hubiere a favor del arrendatario.

Por otro lado, a decir de la interpretación mixta, la retención es un derecho personal, pero puede ser opuesta a los terceros.

Nuestra ley civil, por su parte, consagra a la retención como un derecho real. Ello se desprende de la definición contenida en el artículo 1123 del Código Civil, más aun cuando la ubicación de dicha norma se halla en el Libro referido a los Derechos Reales. Claro está, como se afirmó en líneas precedentes, que no existe en la retención ni el derecho de persecución ni la preferencia otorgada a otros derechos reales de garantía, pero ello no obsta para que tenga la calidad de tal, producto de la mediatez existente entre el bien y la persona, así como de su oposición frente a terceros.

### 15.7. Oponibilidad del derecho de retención frente a terceros

Si bien el derecho de retención incide sobre toda clase de bienes,

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>38</sup> Citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>39</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984. Op. cit.*, tomo VI, p. 255.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 234 y 235.

sean muebles o inmuebles y «derechos aplicables sobre los documentos que los representan»,<sup>41</sup> extendiéndose a sus accesorios (frutos y productos), la norma sustantiva sólo prevé el supuesto de la oponibilidad del derecho frente a terceros cuando aquél recae sobre bienes inmuebles (artículo 1128).

En ese sentido, el precepto establece que sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición. Ello se fundamenta en la esencia de la función registral, es decir en la certeza y en la publicidad. A mérito de esa fe registral, es que será protegido el adquirente a título oneroso.

La norma dispone, además, un régimen paralelo para los inmuebles no inscritos, estableciendo que el derecho de retención sobre inmuebles puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

## 16. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La resolución por incumplimiento está íntimamente relacionada al tema de la reciprocidad contractual, la misma que —como se sabe— se encuentra articulada en dos ejes: la existencia de obligaciones recípro-

cas y la exigibilidad de prestaciones recíprocas. Sin embargo, ambos efectos son derivados de un mismo contrato, que el codificador peruano ha optado por llamar contrato con prestaciones recíprocas.<sup>42</sup>

La reciprocidad se fundamenta en una correlación de prestaciones o en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a lograr las partes contratantes. Recuérdese, además, que la reciprocidad no se centra en una equivalencia, habida cuenta de que puede existir disparidad entre las prestaciones. La característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas o correlativas está en el intercambio de ventajas y en la interrelación entre ellas.

Dentro de este orden de ideas, ¿podría identificarse el contrato con prestaciones recíprocas con uno oneroso?

La reciprocidad de prestaciones juega simultáneamente dos roles: «uno el de crear obligaciones unidas recíprocamente, lo que se alcanza mediante la celebración del contrato; otro el de establecer una reciprocidad en la ejecución de las prestaciones, cuya fuente se encuentra en la relación jurídica obligacional que es objeto y consecuencia del contrato».<sup>43</sup>

Es en este segundo rol que se confluyen los efectos del contrato con prestaciones recíprocas y los del

contrato oneroso, en el sentido de que ambos dan lugar a una reciprocidad de las prestaciones a cargo de las partes y de las correspondientes atribuciones patrimoniales que originan la ejecución de las prestaciones. «No es posible identificar integralmente el contrato con prestaciones recíprocas y el contrato oneroso, pero existe un área común en ambos contratos, que es la relacionada con la ejecución de las prestaciones, área en la cual los efectos de ambos contratos son iguales».<sup>44</sup>

En suma, la resolución por incumplimiento es uno de los cuatro efectos o derivaciones fundamentales de los contratos con prestaciones recíprocas, junto a la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de término o plazo y la teoría del riesgo.

A decir de Caumont, Larrañaga y Molla,<sup>45</sup> la resolución de un contrato por incumplimiento es una situación jurídica emergente de la configuración de un acto ilícito por el cual quien es parte de aquél no adopta el comportamiento que comprometió con su otorgamiento, inejecutando así la prestación asumida como objeto del negocio. El incumplimiento resulta ser referido a una obligación contractual, hecho que coloca a la resolución como una causa endógena de cesación de los efectos del vínculo obligacional.

<sup>41</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984. Op. cit.*, tomo VI, p. 257.

<sup>42</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, p. 193.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>45</sup> CAUMONT, Arturo, Luis LARRAÑAGA y Roque MOLLA. «Las Restituciones en la Resolución Contractual». En *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. BUENOS AIRES, Alberto Jesús y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dir.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 521 y 522.

No vamos a ingresar en esta parte de nuestro trabajo al estudio detallado de la resolución contractual; simplemente recordaremos sus principales características:

- La resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a la celebración del mismo.
- Presupone un contrato válido o perfecto.
- La causa puede tener origen legal (por ejemplo, el caso de la resolución por incumplimiento o resolución por autoridad del acreedor) o convencional (por ejemplo, el caso del mutuo disenso).
- Se invoca judicial o extrajudicialmente.
- Deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal modo que deja de ligar a las partes, pues ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones.
- La resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.
- Con la declaración de resolución no se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe.
- La resolución no puede ser evitada, salvo que haya acuerdo entre las partes. Una vez interpuesta y notificada la demanda destinada a resolver el contrato, el demandado no está en aptitud de cumplir la prestación que dio lugar a la interposición de la demanda, sin contar con el asentimiento del actor.

### 16.1. Clases: judicial y extrajudicial

El artículo 1428 del Código Civil establece que cuando alguna de las partes de un contrato con prestaciones recíprocas falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El ejercicio de estas facultades está condicionado a que haya habido incumplimiento voluntario del obligado, pues las hipótesis de incumplimiento por imposibilidad de satisfacer la prestación están previstas en los artículos 1431 a 1434 del referido cuerpo sustantivo. Podría decirse que «El derecho de resolver el contrato por incumplimiento, constituye un elemento natural del contrato, y como tal, las partes pueden suprimirlo o reducir el ámbito de su aplicación en ejercicio de la autonomía de la voluntad».<sup>46</sup>

El procedimiento judicial para llegar a la resolución por incumplimiento está previsto por el segundo párrafo del citado numeral 1428.

El actor debe amparar su demanda en la ruptura del paralelismo o correspondencia entre las prestaciones que caracteriza al contrato con prestaciones recíprocas y precisa acreditar: a) la existencia del contrato con prestaciones recíprocas; b) la ejecución de la prestación a su cargo, o el ofrecimiento de la garantía de esa ejecución; y c) la

inejecución de la prestación correspondiente a la contraparte.

Si se demandara acumulativamente el pago de la indemnización de daños y perjuicios, también corresponderá al actor acreditar su existencia. En tal caso, para establecer el monto de la indemnización sí funcionará la presunción establecida en el artículo 1329 del Código Civil, según el cual se presume (*iuris tantum*) que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.<sup>47</sup>

Una vez promovida la acción de resolución, el deudor queda impedido de cumplir con la prestación —a partir de la fecha de la citación con la demanda—. Ello resulta lógico, ya que en virtud de la norma sustantiva, se deja a opción del acreedor entre solicitar el cumplimiento o demandar la resolución del contrato, por lo que sería injusto permitir que el deudor, luego de ser citado con la demanda, deje sin efecto esta decisión a través de su ejecución.

Dentro de tal orden de ideas, compartimos el criterio de que:

En la hipótesis que coincida la fecha de cumplimiento de la prestación con la de la citación con la demanda, será una cuestión de hecho que deberá decidir el juez de acuerdo a las circunstancias [...]. En los contratos de ejecución continuada (arrendamiento, por ejemplo) la circunstancia de que el deudor sea citado con la demanda

<sup>46</sup> Comisión Revisora del Código Civil Peruano. BIGIO CHREM, Jack. «Exposición de Motivos del Código Civil. Rescisión y Resolución de Contratos. Resolución por incumplimiento voluntario». *Revista Jurídica del Perú*. Año XL, número III-IV. Lima, julio-diciembre de 1989, p. 296.

<sup>47</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Op. cit. Segunda Parte, tomo IV, pp. 335 y 336.

de resolución de contrato por falta de pago de la renta, le impide cumplir con su prestación sólo para el efecto de enervar la resolución materia del proceso. Sin embargo, ello no significa que el arrendatario se exima de pagar la renta adeudada, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento indebido.<sup>48</sup>

Por otro lado, una cuestión debatida en la doctrina es si la demanda de resolución por incumplimiento juega un rol de interpelación al deudor o, por el contrario, se requiere la previa constitución en mora.

Al respecto, De la Puente<sup>49</sup> destaca que la constitución en mora es una intimación para que el deudor cumpla, lo cual es incompatible con la demanda de resolución, que precisamente tiene como efecto impedir que la parte demandada cumpla su prestación. Para poder solicitar la resolución del contrato por incumplimiento es necesario que previamente la parte que incurre en retraso en el cumplimiento de su prestación sea constituida en mora. Para ello, debe existir un lapso prudente entre la interpelación al deudor y la demanda de resolución, para permitir al deudor cumplir en ese lapso, pues sería abusivo no dejar al deudor el tiempo materialmente necesario para el cumplimiento.

Pero, a nuestro modo de ver, ello

sería así sólo en tanto y en cuanto fuera posible la constitución en mora, vale decir si la prestación todavía resulta posible y de utilidad para el acreedor.

Ahora bien, la resolución extrajudicial o resolución por intimación — así denominada por la doctrina italiana—, es un medio para que la parte infiel obtenga un tiempo suficiente para cumplir, no obstante que ya faltó al cumplimiento de su prestación.<sup>50</sup>

Como contrapartida a este plazo otorgado, la parte fiel adquiere el derecho de que el contrato quede resuelto, por ministerio de la ley y sin tener que recurrir al juez.

Dicha intimación tiene el carácter de un acto jurídico unilateral, recepticio e irrevocable: una vez que fue emitida por la parte fiel, ésta no puede retractarse.

La forma de la intimación se encuentra contemplada por el artículo 1429 del Código Civil, según el cual dicho requerimiento debe hacerse mediante carta cursada por vía notarial. La ausencia de carta notarial determina la ineficacia del requerimiento, pues no hay modo de probar su existencia cuando ella es negada.<sup>51</sup>

La doctrina nacional es unánime al establecer que la intimación debe contener el requerimiento a la parte infiel, la fijación de un plazo

para que dentro de él satisfaga la prestación y el apercibimiento de que, si no se satisface la prestación, el contrato queda resuelto.

El mismo precepto, esto es el artículo 1429 del Código Civil, dispone que el plazo del requerimiento no podrá ser inferior a quince días. Dicho requerimiento está destinado a que se satisfaga la prestación, y tiene por finalidad, en consecuencia, el cumplimiento de la relación jurídica obligacional creada por el contrato. Sólo si, pese a haber tenido esa posibilidad, la parte incumpliente se niega a hacerlo, se justifica que el contrato quede resuelto de pleno derecho.

## 16.2. Cláusula resolutoria expresa

La cláusula resolutoria expresa consiste en que las partes establezcan en el contrato, con toda precisión, la prestación cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio de la resolución de pleno derecho. Es decir, se trata de una estipulación a través de la cual se determina la causal de rompimiento de la relación jurídica contractual, vía resolución. El perjudicado con el incumplimiento de la prestación prevista, puede ejecutar la cláusula resolutoria, comunicándola al deudor; en ese sentido, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, esto es, sin intervención judicial.

Messineo,<sup>52</sup> al referirse al artículo

<sup>48</sup> Comisión Revisora del Código Civil Peruano. BIGIO CHREM, Jack. «Exposición de Motivos del Código Civil. Rescisión y Resolución de Contratos. Resolución por incumplimiento voluntario». *Op. cit.* Segunda Parte, p. 303.

<sup>49</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, pp. 336-342.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 367.

<sup>51</sup> Desde luego, si el destinatario del requerimiento admite que éste se ha hecho utilizando cualquier otra forma, dicho requerimiento es válido y produce plenos efectos. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, p. 371).

<sup>52</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo II, pp. 349 y 350.

1456 del Código Civil Italiano de 1942, expresa que un modo de resolución está constituido por la cláusula (no condición) resolutoria expresamente convenida en el acto de la estipulación del contrato (pacto comisorio expreso), la cual opera en el caso de que determinada obligación sea cumplida de modo disconforme con las modalidades establecidas entre las partes. Es como si las partes declarasen esenciales dichas modalidades e hiciesen depender de ellas la suerte del contrato. Pero la cláusula resolutoria expresa debe contener la indicación concreta de las modalidades singulares cuya inobservancia es considerada como esencial por las partes; porque si la cláusula se refiriese de modo genérico a todos los eventuales incumplimientos, se convertiría en una cláusula de estilo y tendría la misma eficacia que la cláusula resolutoria tácita, esto es del remedio contemplado en el artículo 1453 y, por consiguiente, sería superflua e inútil su inclusión en el contrato.

Dentro de este orden de ideas, el primer párrafo del artículo 1430 del Código Civil Peruano determina que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

Asimismo, debe anotarse que esta estipulación, que la doctrina califica como un pacto comisorio expreso, no constituye una condición resolutoria, pues su naturaleza es distinta.

Sobre el particular, Luis Díez-Picazo<sup>53</sup> indica que las condiciones son eventos futuros e inciertos, que se establecen de manera expresa en los contratos con el fin de hacer depender de ellos la eficacia del negocio. En el caso que nos ocupa, el evento futuro, que es el incumplimiento, no puede ser considerado como un evento condicional. El cumplimiento es un acto debido y las consecuencias del incumplimiento, que son siempre sanciones, no entran en juego por efecto de una condición negocial sino como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico.

Para que el pacto comisorio produzca efectos se requiere que el posible incumplimiento esté previsto en el pacto y que la parte fiel curse comunicación en el sentido de querer valerse de la resolución.

Como señala Manuel de la Puente,<sup>54</sup> la cláusula resolutoria es un elemento accidental del contrato, lo que determina que sea necesario pactarla para que exista, a diferencia de la resolución por incumplimiento, que es un elemento natural de todos los contratos con prestaciones recíprocas, de tal manera que procede su ejercicio aunque no haya sido estipulada, salvo que se haya renunciado a ella. Agrega que es una medida excepcional, que sólo debe ser aplicable para el caso de aquellas prestaciones que las partes consideran de importancia determinante para la celebración de cierto contrato, de tal manera que su incumplimiento (inejecución) le-

siona gravemente los intereses que motivaron su celebración.

Las características y efectos derivados de la declaración de resolución, vía la cláusula prevista, son los siguientes:

- Se trata de una declaración unilateral recepticia. No sólo debe dirigirse a la parte incumpliente, sino que debe estar destinada a ser conocida por ésta. Para ello, precisa tenerse en cuenta, además, la disposición contenida en el artículo 1374 del Código Civil, según la cual dicha comunicación de resolución se considerará conocida por el destinatario en el momento en que llega a su dirección, a no ser que pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.
- La comunicación a la parte infiel debe hacerse de manera fehaciente, utilizando cualquiera de las formas previstas por el artículo 141 del Código Civil, permitiendo que se infiera indubitablemente la voluntad de la parte infiel.
- Según opinión de la doctrina nacional,<sup>55</sup> no es indispensable que en la declaración se indique que la resolución se va a producir de pleno derecho, desde que esta consecuencia emana directamente de la ley, que otorga tal característica a la resolución, aunque el declarante no lo indique. Sin embargo, es aconsejable que en la comunicación se precise que la resolución se va

<sup>53</sup> Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p. 858.

<sup>54</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*. Op. cit. Segunda Parte, tomo IV, pp. 394-399.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 406.



a producir de pleno derecho, para que no se abrigue duda que la parte fiel está ejercitando la atribución que le concede el segundo párrafo del artículo 1430.

- La comunicación es indispensable y suficiente para que se produzca la resolución de pleno derecho, no pudiendo ser reemplazada por una declaración de otro tipo, como sería la interpelación al deudor para constituirlo en mora o el requerimiento a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil.
- La resolución opera de pleno derecho, esto es, de modo automático e irrevocable. Una vez que la comunicación es conocida por la parte incumpliente, no podrá ser retirada por la parte fiel para exigir el cumplimiento de la prestación determinada en el pacto comisorio.

### 16.3. Efectos de la resolución entre las partes

Con relación a los efectos que acarrea la resolución entre las partes, Jorge H. Alterini<sup>56</sup> sostiene que se debe eslabonar las diversas normas aplicables del modo siguiente: 1) Cabe atender a la convención de las partes, o sea, a lo que ellas acuerden sobre los efectos de la resolución; 2) Las normas que se induzcan de la tipología del contrato resuelto, que bien pueden prever la secuencia posterior nacida de la resolución; 3) En lo no previsto en

la convención, ni en esa tipología del contrato resuelto, debemos apoyarnos en las normas en materia de obligaciones de restituir cosas a su dueño, de dominio revocable y de la indemnización de daños y perjuicios.

Agrega Alterini que la regla debe ser la retroactividad y que ésta debe ceñirse a los supuestos en los cuales se hubiesen cumplido en forma parcial, recíproca y equivalente, prestaciones divisibles; tanto las que ya se contrajeron con la nota de la divisibilidad, como las que resultaran tales con la dinámica del contrato, porque ellas deben quedar firmes.

Sobre el particular, Eduardo Zannoni<sup>57</sup> puntualiza que la regulación integral del contrato no agota su normatividad en la autonomía de la voluntad; pero tampoco puede afirmarse lo contrario, que agota su normativa en los efectos legales previstos en los contratos dirigidos. Es decir, hay una armonización entre las normas creadas por las partes y las normas estatutarias de aplicación supletoria. De modo que cuando se plantea la naturaleza convencional de la obligación restitutoria emergente del contrato resuelto, no se hace para suponer que los contratantes al crear el vínculo previeron también contractualmente los efectos no queridos del contrato. Y aun cuando se trate de efectos no queridos, opera como norma estatutaria de aplicación su-

pletoria. Es decir, las partes entienden que en la medida en que una de ellas no cumpla lo comprometido, la parte cumplidora tendrá dos caminos, y esto emerge del momento mismo de la celebración del contrato, cuando ambas partes se someten a este régimen, cuya fuente es el contrato. La parte cumplidora tiene ante sí la opción entre exigir el cumplimiento o dar por resuelto el contrato. Imaginemos —añade Zannoni— que se haya previsto el pacto comisorio en forma expresa; si se opta por exigir el cumplimiento, nadie dudaría de que esa exigencia está legitimada en y por el contrato; si se opta por la resolución, ¿por qué puede estar legitimada esta resolución sino por el contrato o los emergentes anormales —efectos no queridos por las partes—, pero que reconocen su origen en aquel contrato?

Caumont, Larrañaga y Molla<sup>58</sup> anotan que extinguidos los efectos del contrato, se deberá restablecer la situación jurídica económica anterior al negocio, restauración que se obtiene a través de las restituciones por las que se realizará la rectificación devolutiva de las atribuciones patrimoniales que se hubiesen verificado como consecuencia de la ejecución de prestaciones comprometidas en el pacto generador de obligaciones.

Hernando Jaramillo,<sup>59</sup> a su turno, sostiene que entre las partes la resolución obra retroactivamente;

<sup>56</sup> ALTERINI, Jorge H. «Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento». En: *Temas de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980, pp. 123, 130 y 131.

<sup>57</sup> ZANNONI, Eduardo A. «Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento». En *Temas de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980, pp. 129 y 130.

<sup>58</sup> CAUMONT, Arturo, Luis LARRAÑAGA y Roque MOLLA. *Op. cit.*, pp. 524-527.

<sup>59</sup> JARAMILLO V., Hernando. *La Acción Pauliana. Resolución Contractual por Incumplimiento*. Monografías jurídicas N.º 48, Bogotá: Editorial Temis Librería, 1986, pp. 80 y 81.

esto es, extingue el contrato quitándole fuerza para el futuro, deshaciendo en el pasado los efectos que haya producido. La resolución da a los contratantes derechos para ser restituidos al mismo estado en que se hallaban antes de haber existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio, desde luego, de lo establecido sobre la nulidad por objeto o causa ilícita. Añade que la resolución contractual deja a las partes libres y exoneradas de cumplir las obligaciones que no se ejecutaron o cumplieron. Las que fueron ejecutadas o cumplidas dan derecho de repetición al contratante que las cumplió o ejecutó, si de contrato de ejecución instantánea se trata. Pero —finaliza Jaramillo— en los contratos de tracto sucesivo no obra la resolución retroactivamente respecto de las obligaciones ejecutadas, ya que no es posible prescindir de su ejecución.

El artículo 1372 de nuestro Código Civil determina que los efectos de la resolución —sea que se invoque judicial o extrajudicialmente— se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, salvo disposición o pacto en contrario. Con motivo de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraban al momento indicado, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicha oportunidad.

De esta disposición se desprende que el principal efecto de la resolu-

ción entre las partes, al declararse la ineficacia de la relación jurídica obligacional, es liberar a ambas de la ejecución de sus recíprocas prestaciones.

Así, por ejemplo, si se trata de un contrato de ejecución inmediata, en donde pese a la necesidad de tal ejecución, una de las partes no cumpliera con hacerlo en ese momento, la resolución determina que las cosas deban tornar, en su aspecto económico, al estado anterior al que se produjo el incumplimiento, o sea al estado existente al tiempo de celebrarse el contrato.

Si el contrato es uno de ejecución diferida, precisa analizarse si la postergación que lo caracteriza es sólo respecto de la prestación a cargo de una de las partes, quien debido a dicha postergación unilateral no ejecutó la prestación a su cargo. En este caso, queda liberado de hacerlo, pero deberá restituir a la otra parte la contraprestación que hubiera recibido, y si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tendría al momento de producirse la causal.

Si la postergación se verifica simultáneamente respecto de ambas prestaciones, las partes deberán restituírselas, y si esto no fuera posible, deberán restituirse sus respectivos valores al tiempo de producirse la causal sobreviniente. Igual solución se adoptaría en un contrato de ejecución instantánea.

#### 16.4. Efectos de la resolución respecto de terceros

En consideración a un principio de elemental prudencia y justicia, la ley civil precisa que ni la rescisión ni la resolución perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe (última parte del artículo 1372).

Arturo Valencia Zea<sup>60</sup> dice que la resolución del contrato no afecta a terceros de buena fe, es decir, a quienes les fue imposible conocer la existencia de un derecho de resolución a favor de uno de los contratantes.

Caumont, Larrañaga y Molla,<sup>61</sup> por su parte, afirman que el artículo 1430 del Código Civil Uruguayo ampara a los terceros poseedores de buena fe; en cambio, con relación a otros terceros, como es el caso de un acreedor embargante, el advenimiento de la cesación de la eficacia contractual priva de contenido a los embargos trabados. Señalan que con respecto a los derechos de terceros, salvo disposición legal expresa en contrario, rigen los imperativos técnicos emanados del principio por el cual nadie puede transmitir más derechos que los que tiene y del principio por el cual, resuelto el derecho del constituyente, se resuelven los derechos por él constituidos. Algunos ordenamientos —finalizan los citados profesores—, por estrictas razones de política legislativa, priorizando la circulación de bienes y la seguridad de las relaciones jurídicas, han procedido a atemperar la fuerza de di-

<sup>60</sup> Citado por *ibidem*, p. 79.

<sup>61</sup> CAUMONT, Arturo, LUIS LARRAÑAGA y ROQUE MOLLA. *Op. cit.*, p. 529.

chos principios, otorgando otras garantías a los contratantes.

#### 17. LA POSIBILIDAD DE REPARACIÓN AMIGABLE POR PARTE DEL DEUDOR INCUMPLIENTE

La reparación resulta amigable si el deudor admite su responsabilidad en la inejecución y acepta reparar el daño. En ese sentido, el acuerdo entre el acreedor y el deudor puede consistir en un pago indemnizatorio —si no hay asunto dudoso o litigioso— o en una transacción destinada a evitar un litigio relativo a la responsabilidad del deudor.<sup>62</sup>

Como afirma Larroumet, si no hay acuerdo amigable sobre la responsabilidad, es necesario, en primer lugar, comprobar la inejecución de la obligación. Ese es el objeto de la constitución en mora. En segundo lugar, se trata de condenar al deudor a la reparación del daño.

#### 18. INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES Y ACCIONES DE AMPARO

El siguiente punto emerge de la propuesta planteada por un sector de nuestra doctrina,<sup>63</sup> según el cual podría interponerse acción constitucional de amparo ante el incumplimiento contractual.

El fundamento de dicha tesis se centra en establecer que el derecho de propiedad que la Constitución consagra tiene un alcance más amplio que el contemplado en el Código Civil, pues comprendería todo el

patrimonio de una persona, es decir, sus derechos y deberes (propiedad civil, créditos y deudas). De la conceptualización del crédito como expresión del derecho de propiedad y considerando que el incumplimiento contractual produce la afectación patrimonial y, en consecuencia, la violación de tal derecho, se postula que la acción de amparo podría ser utilizada para reponer las cosas al estado anterior a la violación (el incumplimiento) y lograr la ejecución de la obligación contractual incumplida. Sin embargo, esta solución no abarcaría todos los casos, sino sólo aquellos en que la situación fuera grave y no existieran otros mecanismos adecuados para revertirla.

Desde el contexto normativo nacional y, más aún, desde la estructura obligacional que rige nuestras relaciones contractuales, aquella idea carece de sustento.

El cuestionamiento técnico a la tesis del amparo ante la inejecución contractual tiene su fundamento en que el crédito no calza como expresión del derecho de propiedad. Ello resulta indiscutible. El acreedor (de un crédito) no es propietario de «alguna cosa».

Conforme apuntáramos en su oportunidad,<sup>64</sup> el crédito es el derecho a recibir de otro alguna cosa, pero no es «alguna cosa». El crédito consiste en la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación. Como derecho subjetivo, es el po-

der o potestad individual de exigir, permitir o prohibir algo a los demás, esto es una pretensión a que otro (sujeto pasivo de una relación jurídica) se compromete de un modo determinado.

Del concepto citado no apreciamos estructura ni contenido similar al derecho de propiedad. Como dice Escobar,<sup>65</sup> la propiedad no sirve para explicar la situación jurídica del acreedor. En efecto, el derecho de propiedad implica que su titular pueda satisfacer directamente sus intereses, ejerciendo para ello los atributos, poderes y facultades que la ley le otorga sobre un bien determinado. El propietario no necesita de la cooperación de terceros para tal fin.

Dicho carácter no se aprecia, ni puede presentarse, en los créditos. El acreedor puede necesitar, para satisfacer su interés o acreencia, de la colaboración de terceros —llámese, por ejemplo, Poder Judicial— ajenos a la relación jurídica de la cual es parte.

Como crédito no es sinónimo de propiedad, en el sentido de que aquel permite exigir el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, sustrayendo toda noción de derecho real, resulta vano afirmar que la sola inejecución de la prestación puede originar la alteración o desaparición del derecho de propiedad del acreedor (por ejemplo, en un contrato de préstamo dinerario).

<sup>62</sup> Acerca de la transacción, remitimos al lector a lo expresado oportunamente al analizar los artículos 1302 a 1312 del Código Civil (OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.* Tercera Parte, tomo IX, pp. 411-621).

<sup>63</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. «La Acción de Amparo y el Incumplimiento Contractual». En *Economía & Derecho*. Suplemento del Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 2 de marzo de 1995.

<sup>64</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.* Primera Parte, tomo III, pp. 466 y 467.

<sup>65</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Inejecución de Obligaciones y Acciones de Amparo». *Derecho y Sociedad*. N.º 10, p. 45.

Aun cuando la inexecución o el incumplimiento origine una situación grave en el acreedor, la solución no está en recurrir a la acción constitucional de amparo, pues lo único que se menoscaba o afecta es el interés del acreedor. Y ello no linda con los confines de la propiedad.

## 19. LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE DE LOS CONTRATOS

La teoría del incumplimiento eficiente de los contratos se centra en establecer los posibles remedios ante la inexecución contractual, a fin de permitir una mejor asignación de recursos.

Según esta doctrina, el quebrantamiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de tal cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas; ello se presenta cuando aparece una contingencia que determina que los recursos necesarios para ejecutar el contrato sean más valiosos en otro uso alternativo. Las contingencias pueden ser de dos tipos: 1) que ocurra un golpe inesperado de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento; o, 2) que se genere un desafortunado accidente, que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento.<sup>66</sup>

Dicha teoría recibe tratamiento a la luz del análisis económico del Dere-

cho, determinando —desde una perspectiva primordialmente económica— las soluciones que el sistema jurídico debe dar al tema del incumplimiento, para llevarlo a un resultado más eficiente.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la eficiencia se refiere a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación. Así, un contrato resulta eficiente cuando como consecuencia de la operación de intercambio, los bienes y servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara.

Alfredo Bullard<sup>67</sup> indica que el estricto cumplimiento de un contrato, no siempre nos llevará a una situación eficiente. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato con efectos negativos respecto no a las partes, sino con relación a terceros (conocido como el problema de las externalidades), cuando los individuos (partes contratantes) se comportan irracionalmente, o cuando entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne en menos eficiente.

Dicho de otro modo, el cambio de circunstancias puede ser más efi-

ciente que el cumplir. Resulta, en consecuencia, que hay casos en los que es más eficiente incumplir el contrato o resolverlo, porque sólo con ello se evitará una transferencia de recursos a usos menos valiosos. Pero sólo debe ser razonable incumplir en aquellos casos donde el cumplimiento lleva a un resultado menos óptimo<sup>68</sup>, lo que en términos de Bullard<sup>69</sup> podría sintetizarse así: «En resumen la opción es o 'cumplir y perder' o 'incumplir y ganar'. Podemos presumir que el deudor elegirá la opción que le resulte más barata».

Ahora bien, conviene determinar si a la luz de nuestro sistema civil (derivación del romano germánico), la teoría del incumplimiento eficiente resulta viable.

Recuérdese que según dicho sistema, el acreedor de una obligación, ante el incumplimiento del deudor, puede optar entre exigir el cumplimiento de la prestación o resolver el contrato, solicitando —en uno y otro caso— la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes.

Por el contrario, para el sistema anglosajón del *common law*, la opción planteada en el párrafo anterior no debería existir o, en todo caso, la elección correspondería al deudor o a los jueces. Todo incumplimiento debe resolverse con el pago de una indemnización, salvo que el deudor esté dispuesto a cumplir específica-

<sup>66</sup> Citados por BULLARD, Alfredo. «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños». *Ratio Juris*. El Informativo. Editada por estudiantes y bachilleres de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año I, número 1, noviembre de 1992, p. 21.

<sup>67</sup> BULLARD, Alfredo. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>68</sup> En términos economistas, lo «óptimo» describe una situación en la que nadie puede ya mejorar sin perjudicar a otro. Mientras no se alcance esta situación ideal, alguien puede mejorar su situación sin necesidad de empeorar la situación de otro.

<sup>69</sup> BULLARD, Alfredo. *Op. cit.*, p. 21.

mente la obligación que asumió; sólo en contadas excepciones se permite al acreedor exigir la ejecución forzada de la obligación.

A decir de Bullard, «La ejecución forzada de la obligación no asegura un resultado óptimo».<sup>70</sup> Según esta postura, la ejecución forzada de las obligaciones no siempre nos lleva a un mejor resultado (jurídica y socialmente hablando). Ello apunta a que la resolución y el pago de daños, sí lleva a situaciones en las que, sin perjudicar al acreedor, se puede llegar a resultados más eficientes.

Sin embargo, el principal problema que enfrenta la teoría del incumplimiento eficiente es el relativo a cómo calcular los daños para que éstos sean plenamente compensatorios. Puede ocurrir, por ejemplo, que los juzgados concedan indemnizaciones superiores a los daños efectivamente sufridos, «sobrecompensando» a los acreedores por los perjuicios que les ocasiona el incumplimiento; y ello determinaría que la tesis no contribuya con una mejor asignación de recursos.

La conclusión al respecto es que el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma situación en la que estaría si efectivamente el contrato se hubiese cumplido; sólo de este modo, el pago de los perjuicios generará incentivos.

Los jueces deben contar con medios de evaluación lo suficientemente certeros como para reducir al mínimo los riesgos de un error.

Sin embargo, ello no es tan sencillo como parece. Ante la presencia de bienes que no pueden ser sustituidos fácilmente por otros en el mercado (bienes únicos), resulta difícil establecer una indemnización que repare realmente los perjuicios. Si tenemos en cuenta la subjetividad del individuo perjudicado, se genera un problema al momento de evaluar y valorizar los daños sufridos, más aún cuando el artículo 1332 del Código Civil genera, en este caso, una cuota de incertidumbre, al prescribir que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, de-

berá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Para nuestro sistema, la regla general es que toda obligación debe ser ejecutada de modo específico. Esto constituye una excepción en el sistema del *common law*; pero en lo que sí coinciden es que se puede solicitar la ejecución específica si el bien materia de la obligación tiene como característica la de ser único.

Ahora bien, si se nos plantea la disyuntiva de escoger entre uno u otro sistema, creemos que antece- de a la respuesta el aclarar que las normas contractuales —y ello tanto en nuestro Derecho Civil como en el *common law*— rigen supletoria- mente al acuerdo adoptado por la partes —a lo que éstas dispon- gan—.

Con ello queremos expresar que el elegir entre la regla de la resolución e indemnización o la del cumplimiento forzado de la obligación específica no es de interés primordial, ya que las partes pueden variar- la a su voluntad.

---

<sup>70</sup> *Idem.*