

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONTRATO EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS Y SUDAMERICANOS POR INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL

5

Resumen

El modelo francés de la resolución del contrato por incumplimiento, presenta importantes desafíos de interpretación y de aplicabilidad en el escenario jurídico Latinoamericano. Ello debido a las diferentes formas en que este tema se encuentra consagrado en la mayoría de Códigos civiles de nuestro continente.

La anterior situación eventualmente crea un problema al momento de interpretar y aplicar el principio consagrado en el artículo 1184 del Código civil francés, ya que por una parte se aplica el desistimiento como un modelo que permite la declaración la extinción del contrato, y por otra la resolución del contrato se instituye como un prototipo que permite conceder un plazo para que le deudor ejecute la prestación.

Situación que, sin lugar a dudas amerita un análisis que permita plantear una noción del derecho de desistimiento capaz de ser aplicada entre los supuestos de ineficacia sobrevenida de la teoría general del contrato.

Palabras clave: Responsabilidad civil, Contratos, Codificación, Latinoamérica.

Abstract

The French model for contract termination due to non-compliance presents important challenges of interpretation and applicability in the Latin American legal scenario. This is due to different ways in which this issue is enshrined in most of the civil codes of our continent.

This situation creates a problem when interpreting and applying the principle enshrined in the Article 1184 of the French Civil Code, since, on the one hand, withdrawal is presented as a model that allows declaring the termination of the contract, and, on the other, the resolution of the contract is established as a prototype that allows granting a period for the debtor to execute the service.

This situation undoubtedly deserves an analysis, which allows proposing a notion of the right of withdrawal that is possible to apply between the assumptions of ex-post inefficiency of the general theory of contracts.

Keywords: Civil liability, contracts, codification, Latin America.

Consideraciones preliminares

La resolución del contrato por incumplimiento según el Código Civil francés de 1804 (en adelante, *Code*) fue el modelo que muchos códigos civiles latinoamericanos siguieron. Según el primer párrafo del artículo 1184 del *Code*, la resolución por incumplimiento se presenta como condición resolutoria tácita. El tercer párrafo de esta disposición normativa indica que la resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido un plazo al demandado según las circunstancias. Esta regulación se basa en una concepción sancionatoria y voluntarista: “Por un lado, el juez es el único autorizado para imponer la resolución” y “el juez debe establecer si las partes hubieran previsto la disolución del contrato por el incumplimiento”²⁰³. Esto genera una desventaja para el acreedor que quiere liberarse del contrato por incumplimiento del deudor, y, a la vez, incentiva al acreedor a negociar con el deudor un acuerdo de disolución bilateral en términos desventajosos. Así, es probable que “en la tratativa propuesta por el acreedor interesado en obtener la liberación del vínculo, el deudor habría subordinado el acuerdo a una sensible reducción del resarcimiento del daño derivado de su propio

²⁰³ Mauro Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*. (Turín: G. Giappichelli Editore, 2013), 156.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

incumplimiento: la prestación del acuerdo a la resolución del contrato estaría compensada con la renuncia a pretender el resarcimiento integral del daño²⁰⁴. Una doctrina colombiana sostiene que el derecho de resolución judicial no es una condición resolutoria tácita, “a) porque el incumplimiento de las condiciones obra de plano, y el derecho de resolución del artículo 1546 [del Código Civil colombiano] requiere la intervención del juez; b) porque las condiciones deben pactarse, pues la regla general enseña que los contratos nacen pura y simplemente a la vida jurídica, salvo que los contratantes en forma expresa los sometan a modalidades; en cambio, el derecho de resolución del artículo 1546 no necesita pactarse; c) porque cuando los contratantes negocian sin someter el nacimiento de sus obligaciones a condiciones, aquellas se producen simple y llanamente. Eso es lo que sucede con el artículo 1546. Por lo tanto, el artículo 1546, a pesar de sus términos, reglamenta un derecho autónomo de resolución judicial del contrato, que el contratante a quien se incumple puede ejercer o abstenerse de ello²⁰⁵”.

En el modelo del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemán de 1896 (en adelante, BGB) “es posible el desistimiento [*resolução unilateral*] («*Rücktritt*») de un contrato sinalagmático por el acreedor, si el deudor no ejecuta la prestación debida o no la ejecuta según el contrato²⁰⁶ cuando el acreedor hubiese fijado, sin éxito, un plazo adecuado para la ejecución de la prestación o para su cumplimiento sustitutivo [§ 323 (1) del BGB]. El Código de Obligaciones suizo de 1912 indica que el acreedor tiene derecho a fijar un plazo adecuado para su cumplimiento; cuando en un contrato bilateral un deudor está en mora, el acreedor tiene derecho a fijar un plazo adecuado para su cumplimiento (artículo 107 [1]). Si transcurrido el plazo, el cumplimiento no se produce, el acreedor puede exigir el cumplimiento y el resarcimiento del daño por el retardo, pero en vez de ello, puede declarar inmediatamente la renuncia a la prestación tardía y pretender el resarcimiento del daño por el incumplimiento o desistir el contrato (artículo 107 [2]). Sucesivamente, el derecho uniforme europeo tiende a privilegiar el derecho potestativo de desistimiento *extra judicium* del contrato por

²⁰⁴ Matteo Dellacasa. “La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione”. *Rivista di Diritto Civile*. LXIII, N.º 6 (2017): 1553.

²⁰⁵ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo III. Décima edición. (Bogotá: Editorial Temis, 2015), 146.

²⁰⁶ Dário Moura Vicente. *Direito comparado. Obrigações*. vol. II. (Coimbra: Edições Almedina, 2017), 318.

incumplimiento esencial del deudor: artículos 9:301 de los *Principles of European Contract Law* (PECL); 7.3.1 (1) de los Principios de Unidroit (Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales) y III: 3:502 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Por otro lado, hay un gran dilema en la doctrina sobre si es necesario adecuar los conceptos a la legislación o la legislación a los conceptos. Francesco Santoro-Passarelli²⁰⁷ afirmó que lo decisivo no son los argumentos de la pura lógica, sino los argumentos ofrecidos por el derecho positivo; es decir, según la lógica del sistema legislativo. Pensamos lo contrario: la legislación debe adecuarse a los conceptos, y lo demostraremos con el estudio del derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento no tiene una recepción clara en las codificaciones civiles porque se lo confunde con los derechos de la resolución, de la rescisión o de la revocación. De ahí que existe una heterogeneidad en el lenguaje legislativo, en el doctrinal y en el jurisprudencial²⁰⁸.

En Sudamérica, este derecho se analiza muy fragmentariamente. Así, por ejemplo, en Colombia, un sector doctrinario ha definido al desistimiento como la terminación unilateral, entendida como un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro a una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, y, normalmente, sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero, por lo general, con la obligación de respetar un plazo de preaviso²⁰⁹. En Chile, un sector doctrinario lo denomina *ruptura unilateral*, entendida como la facultad de cualquiera de las partes para poner término al contrato, y romper así con el carácter judicial de la resolución, lo que ha sido considerado tradicionalmente una condición esencial de esta ineficacia²¹⁰. En Perú, el derecho de desistimiento se ha analizado como el acto jurídico unilateral

²⁰⁷ Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Nona edizione, Ristampa, (Nápoles: Jovene, 1997), 241.

²⁰⁸ Nelson Alberto Cimmino, *Il recesso unilaterale dal contratto*, (Padua: Cedam, 2000), 4.

²⁰⁹ Ranfer Molina Morales, "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*". *Revista de Derecho Privado*, N.º 10, (2006): 135.

²¹⁰ Carlos Pizarro Wilson, "La ruptura unilateral del contrato". En: AA.VV., *La terminación del contrato*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 410.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

en virtud del cual una parte del contrato dispone, sin necesidad de expresar una causa, su disolución²¹¹.

Nuestro propósito es conocer realmente el concepto del derecho de desistimiento que debe tratarse entre los supuestos de ineficacia sobrevenida de la teoría general del contrato²¹².

Desistimiento del contrato por incumplimiento

El desistimiento por incumplimiento no requiere la intervención del juez o del árbitro. Esta modalidad abarca dos supuestos: 1) la denominada *resolución por intimación* (en realidad, desistimiento por intimación) y 2) la *resolución por cláusula expresa* (en realidad, desistimiento por cláusula expresa); ambas, previstas en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil peruano de 1984 (en adelante, CCp), y los cuales son el reflejo de los artículos 1454 y 1456 del Código Civil italiano de 1942 (en adelante, *Codice*), respectivamente.

La resolución por incumplimiento opera en el caso de que alguno de los contratantes no cumpla sus obligaciones. Asimismo, la resolución consiste en un derecho potestativo destinado a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de su celebración.

Sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el ordenamiento jurídico, en la medida en que acarreará la pérdida de eficacia de la relación contractual.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico es absolutamente formalista cuando se trata de la extinción del contrato, razón por la cual la parte que quiere resolver el contrato deberá seguirlo al pie de la letra, y, en caso de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será ineficaz, por cuanto no producirá los efectos extintivos del contrato.

El desistimiento es la extinción del contrato que se determina por efecto de la voluntad del acreedor. En el ámbito del desistimiento, se puede identificar el *desistimiento negocial* —es decir, la extinción del contrato decidida por el sujeto en ejercicio de su autonomía negocial— y el *desistimiento por justa causa o por*

²¹¹ Luciano Barchi Velaochaga, "Algunas consideraciones sobre el recesso en el Código Civil peruano: A propósito del artículo 1786". *Advocatus*, N.º 19, (2008): 303-5.

²¹² Michele Klein, *El desistimiento unilateral del contrato* (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 24.

incumplimiento—que constituye el ejercicio de un poder de autotutela del sujeto, la cual, a su vez, constituye un remedio para la hipótesis de que la continuación de la relación o la inexecución del contrato se tornan intolerables²¹³—. De ahí que el ejercicio del desistimiento no es un ejercicio válido o inválido, sino que es eficaz o ineficaz por cuanto el ejercicio de los derechos se desarrolla en el momento de la ejecución del contrato, y no en el momento de la celebración del contrato, por razones externas a la validez del contrato.

En el caso de la cláusula resolutoria expresa (en realidad, desistimiento por cláusula expresa), un sector de la doctrina considera que la cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución: si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes genéricamente indicadas, se la entiende como *cláusula de estilo*, y se tiene por no puesta²¹⁴, y para efectos de la cláusula será irrelevante la mayor o menor gravedad del incumplimiento²¹⁵. Concordantemente con esta posición, se asevera que el incumplimiento deducido en la cláusula resolutoria debe ser un evento determinado. Por ello, no basta una genérica referencia a la inobservancia del contrato, sino que la cláusula resolutoria debe especificar el incumplimiento en relación con la particular o las particulares obligaciones contractuales. El incumplimiento puede ser ulteriormente especificado en relación con las particulares modalidades de la prestación²¹⁶. Para la aplicación de esta forma de resolución, debe subsistir el incumplimiento previsto en la cláusula y que el incumplimiento sea imputable a la contraparte²¹⁷.

Así las cosas, la cláusula resolutoria expresa parece hacer innecesaria la interpelación, pues anteladamente las partes han integrado el contrato con una cláusula especial, y en la cual declaran que si una de ellas no ejecuta con la prestación determinada a su cargo, el contrato quedará extinguido automáticamente,

²¹³ C. Massimo Bianca, *Derecho Civil III. El contrato*, Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 754-55.

²¹⁴ Rodolfo Sacco, "La resolución por incumplimiento", En: AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Selección, traducción y notas de Leysser L. León, (Lima: Ara Editores, 2004), 963-964.

²¹⁵ *Ibid.*, 964.

²¹⁶ Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, 314.

²¹⁷ *Ibid.*, 315.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

de pleno derecho. Claro está, luego de cumplirse el trámite respectivo, el cual consiste en notificar al deudor que incurrió en una causal de incumplimiento, y, por lo tanto, se le comunica que el contrato se ha extinguido de pleno derecho.

Se debe señalar que la cláusula resolutoria expresa es, precisamente, una estipulación que debería hallarse contenida en el texto del contrato, y a través de la cual se contemple, de manera expresa, la posibilidad de que en caso de incumplimiento, el contratante perjudicado recurra a este mecanismo. El Código Civil francés de 2016 indica que la cláusula resolutoria designará los compromisos cuyo incumplimiento conllevará la resolución del contrato, y la cual estará supeditada a un requerimiento infructuoso, salvo que se hubiere convenido que resultaría del mero hecho del incumplimiento. El requerimiento hará constar de forma manifiesta la cláusula resolutoria (artículo 1225).

En tal sentido, si no se hubiese previsto la existencia de este mecanismo, simplemente, las partes no podrían recurrir a él.

Esta situación excepcional se presenta al no caber duda de que el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa es el más severo en materia extintiva, teniendo en consideración que no basta con que la ley lo haya contemplado, sino que las partes deben pactarlo, habida cuenta de que faculta a una extinción extremadamente rápida del contrato.

La cláusula resolutoria expresa debe contener, en detalle, cuáles son las prestaciones que, en la eventualidad de incumplirse, podrían dar lugar a que la parte afectada resuelva el contrato extrajudicialmente y sin que exista posibilidad de que el deudor cumpla la prestación. De este modo, y en concordancia con lo expresado, una doctrina considera que si las partes han hecho expresa y precisa referencia a la obligación cuya inobservancia da derecho a resolver, no debe tomarse en cuenta la magnitud que el incumplimiento reviste. Si la cláusula alude genéricamente a todas las obligaciones sin individualización alguna, solo podrá resolverse cuando el incumplimiento de que se trate no sea de escasa importancia. Y esta solución se justifica por cuanto las partes, al individualizar la obligación, le dan especial y particular importancia destacándola de las demás²¹⁸. La doctrina indica con claridad qué requisitos debe cumplir una cláusula resolutoria expresa: “Vale la pena recordar que la resolución derivada de cláusula resolutoria

²¹⁸ Hugo Forno Flórez, “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho contractual* (Lima: Cultural Cuzco Editores, 1987), 117-118.

expresa, no es otra cosa que el efecto que nace de un caso litigioso complejo, estando integrada por tres elementos: la manifestación de la voluntad contenida en la cláusula; el incumplimiento previsto y realizado; y la declaración de querer valerse de la cláusula. La figura no será perfecta en tanto falte uno de ellos, y si es verdad que una figura jurídica imperfecta también puede producir algún efecto, no lo es menos que no alcanzará toda su plenitud efectiva mientras no esté completa²¹⁹. Una doctrina peruana señala cómo debe aplicarse la cláusula resolutoria expresa: “[...] para que se produzca la resolución contemplada en el indicado artículo 1430 [CCp] se exigen dos requisitos: el incumplimiento de determinada prestación a cargo de una de las partes. Establecida con toda precisión en la cláusula resolutoria expresa; y la comunicación de la parte interesada poniendo en conocimiento del incumpliente su deseo de valerse de esta cláusula. Por lo tanto, esta última comunicación es indispensable 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 CCp²²⁰. Una doctrina argentina —comentando el artículo 1086 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014 (en adelante, CCyCN)— señala que “las partes pueden establecer el mecanismo resolutorio que deseen, pudiendo preveer que no se requiera notificación alguna, funcionando de modo automático, similar a una condición resolutoria. En ausencia de previsión contractual acerca del mecanismo resolutorio²²¹”.

En cambio, la resolución por intimación debe cumplir con los demás presupuestos de la resolución: gravedad del incumplimiento, imputabilidad de la inejecución al deudor e imposibilidad de censurar el comportamiento de quien formula la intimación²²².

²¹⁹ Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción de la 1ª edición italiana por José J. Pintó Ruiz (Barcelona: Dux, Ediciones y Publicaciones, 1956), 221.

²²⁰ Manuel De la Puente y Lavallo. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*. Segunda reimpression de la segunda edición actualizada. Tomo II. (Lima: Palestra, 2007), 453.

²²¹ Carlos A. Hernández. “Cláusula resolutoria expresa”. En: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. Tomo VI. Arts. 1021 a 1279, 203-206. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015), 205.

²²² Sacco, *La resolución por incumplimiento*, 962.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

Un sector de la doctrina afirma que ese modo de resolución está constituido por un acto unilateral y extrajudicial; a saber, por la intimación (escrita) hecha a la parte incumplidora para que cumpla: intimación acompañada por la declaración (apercibimiento) de que, transcurrido el término (que se asignará al deudor) sin que se verifique el cumplimiento, el contrato se entenderá resuelto²²³. El Código Civil francés de 2016 otorga al acreedor el derecho a resolver el contrato por vía de notificación, pero previamente, requerir al deudor en mora que satisfaga su compromiso en un plazo razonable (primer párrafo del artículo 1226). La intimación deberá hacer constar de forma manifiesta que, a falta por parte del deudor de satisfacer su compromiso, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato (segundo párrafo del artículo 1226). Cuando el incumplimiento persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato y las razones que la motiven (tercer párrafo del artículo 1226).

Asimismo, un sector de la doctrina asevera que la resolución por intimación no requiere de un pacto porque lo confiere directamente la ley²²⁴. El plazo lo establece el acreedor con arreglo a su propio interés, pues dicho plazo indica cuándo se extingue su interés en el cumplimiento y cuándo surge en sustitución de este el interés en la liberación²²⁵. El requerimiento debe ser expreso y claro y contener la exigencia de la obligación incumplida²²⁶. El ordenamiento jurídico no confiere el derecho de resolución por intimación en caso de que se verifique cualquier incumplimiento, sino solo cuando se presente un cierto tipo de incumplimiento caracterizado por su relevancia²²⁷. Para determinar cuándo el incumplimiento de una de las partes es de tal entidad como para justificar la resolución, deben atenderse las reglas de la buena fe, considerando que el incumplimiento puede ser cualitativo, cuantitativo o temporal²²⁸, y si el incumplimiento ha originado un decaimiento del interés del contratante, considerando íntegramente la economía

²²³ Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, t. II, (Buenos Aires: Ejea, 1986), 346.

²²⁴ Hugo Forno Flórez, "Resolución por intimación" *Themis, Revista de Derecho*, N.º 38 (1998): 111.

²²⁵ Forno Flórez, "Resolución por intimación", 118.

²²⁶ Forno Flórez, "Resolución por incumplimiento", 124.

²²⁷ Forno Flórez, "Resolución por intimación", 113.

²²⁸ *Ibid.*, 114.

de la relación y las circunstancias del caso²²⁹. Para aplicar la resolución por intimación, el incumplimiento debe subsistir al momento de la intimación, mientras la gravedad debe ser valorada en el momento del vencimiento del término de intimación²³⁰.

Los dos tipos de desistimiento regulados en el Código Civil francés de 2016 permiten que el acreedor “pueda obtener de un modo más rápido y fácil la extinción de la resolución sin el deber de pedir al deudor su asentimiento [...] el acreedor resulta menos expuesto al poder de condicionamiento del deudor o, si lo queremos, dispone de un instrumento de presión más eficaz para utilizar en la negociación”²³¹.

Desistimiento del contrato en general

El desistimiento puede ser definido como la manifestación de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial de la relación jurídica original del contrato²³². Menos reciente es la tesis doctrinal, que ve en el desistimiento un acto jurídico no negocial, impugnabile por defecto de la capacidad de entender y de querer. Hoy prevalece la tesis que lo ve como un negocio jurídico unilateral, por lo cual se requiere la capacidad de disponer²³³.

El desistimiento es un poder de cesación unilateral y, al mismo tiempo, es un medio de extinción del contrato.

Específicamente, el desistimiento es un derecho potestativo²³⁴ que permite la extinción del vínculo contractual mediante un acto unilateral de autonomía privada²³⁵ o es el poder, mediante acto de voluntad unilateral extintivo de los

²²⁹ Ibid., 115.

²³⁰ Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, 310.

²³¹ Dellacasa. *La nuova résolution du contrat pour inexécution*, 1554.

²³² Federico, “Il recesso”. En: *Il contratto in generale*, Trattato di diritto privato dirigido por Mario Bessone, t. V, vol. XIII, Bajo la dirección Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, (Turín: Giappichelli Editore, 2002), 259.

²³³ Roselli, *Il recesso*, 280.

²³⁴ Cimmino, *Il recesso unilaterale dal contratto*, 10-11.

²³⁵ Emanuela Navarretta, “Attività giuridica”. En: Umberto Breccia; Luciano Bruscutiglia; Francesco Donato Busnelli; Francesca Giardina; Alberto Giusti; Maria Leonarda Loi; Emanuela Navarretta; Mauro Paladini; Dianora Poletti y Mario Zana, *Diritto privato, Parte Prima*, (Turín: Utet, 2003), 313-16.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos... •

efectos del contrato, de liberarse del vínculo que entre las partes tiene fuerza de ley²³⁶.

En efecto, el desistimiento es el negocio unilateral en el cual la parte de un contrato lo extingue. Es un instrumento normal y fisiológico de sistematización de los intereses contractuales. En efecto, la facultad de desistimiento está prevista en las normas legales de un gran número de contratos típicos, y en la normatividad del contrato en general se presenta como posibilidad a menudo ofrecida a la autonomía privada. El desistimiento tiene algunas características que la hacen diferente de otros derechos²³⁷.

Es un derecho potestativo de la parte, que está autorizada directamente por la ley (desistimiento legislativo) o por una cláusula de un contrato (desistimiento convencional). Ambas partes o una sola pueden ejercitar tal derecho. El acto de desistimiento es recepticio. Ello indica que la comunicación del desistimiento debe llegar al domicilio del destinatario. La formalidad del desistimiento depende de si lo prevé la ley o la cláusula. A falta de vínculo formal expreso, el desistimiento debe cumplir la misma formalidad para el contrato que se desiste. No cabe el desistimiento por un comportamiento concluyente. El ejercicio del desistimiento puede ser del todo libre o vinculado a un presupuesto de modo genérico (justa causa), o definido detalladamente.

El desistimiento puede producir un efecto automático o requerir el transcurso del plazo del aviso. Una vez ejercitado el desistimiento y habiendo llegado la comunicación, el desistimiento es irrevocable.

El desistimiento extingue un contrato vigente sin plazo o un plazo todavía no vencido. La declaración que excluye la renovación de un contrato después de su vencimiento o impide su prórroga no es un desistimiento. Lo común de ambas declaraciones es que impiden la prosecución de los efectos contractuales²³⁸.

²³⁶ Enrico Ravera, *Il recesso*, (Milán: Giuffrè Editore, 2004), 8.

²³⁷ Vincenzo Roppo, *Il contratto*. En *Trattato di diritto privato*, Dirigido por Giovanni Iudica e Paolo Zatti, (Milán: Giuffrè Editore, 2001), 541-542.

²³⁸ *Ibid.*, 650.

Este derecho se ejerce extrajudicialmente, lo cual lo convierte en un mecanismo especialmente apto para arbitrar la protección buscada con su concesión, por la rapidez que permite para obtener los efectos pertinentes²³⁹.

El desistimiento convencional puede aplicarse a los contratos de ejecución instantánea y duradera.

Hay tres tipos de desistimientos legislativos: los desistimientos 1) de liberación, 2) de autotutela y 3) de arrepentimiento.

El desistimiento legislativo es aplicable a los contratos de duración a tiempo indeterminado. Los desistimientos de liberación se ejercen para liberarse de un vínculo contractual al que sería intolerable permanecer vinculado perennemente, y así mellar la libertad de una de las partes de liberarse del vínculo contractual. Así como existe la libertad de celebrar contratos y de estipular cláusulas, también existe la libertad de desvincularse de los contratos²⁴⁰.

Los desistimientos de autotutela protegen contra eventos posteriores a la celebración del contrato que amenazan los intereses contractuales. La liberación del vínculo es el medio con el que la parte se protege. Las arras confirmatorias son un ejemplo concreto. Otra hipótesis es el desistimiento por “justa causa”, o “justificado motivo” o “graves motivos”²⁴¹.

Los desistimientos de arrepentimiento se ejercen por la parte que necesita una especial protección respecto al contrato ya celebrado. Los contratos negociados fuera de la sede de la empresa o a distancia son ejemplos de esta clase de desistimiento²⁴².

Como regla general, es recomendable ejercer el derecho justificadamente; es decir, la parte que quiere desistirse debe ejercer este derecho sin arbitrariedad. De ahí que el artículo 1362 del CCp exige que la ejecución del contrato se efectúe conforme a las reglas de la buena fe. El desistimiento debe ejercerse conforme a la buena fe, el cual es el parámetro valorativo del uso que, en concreto, la parte hace del derecho del desistimiento, en el interior de las situaciones tipificadas en el reglamento contractual o cuando ellas se contraponen a la razonable confianza

²³⁹ María Teresa Álvarez Moreno, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, (Madrid: Edersa, 2000), 399.

²⁴⁰ Rómulo Morales, *Patologías y remedios del contrato* (Lima: Jurista Editores, 2011), 298.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

creada por la contraparte en la ejecución del contrato²⁴³. Lo contrario comportará usar anormalmente el derecho. El abuso del derecho de desistimiento es una fuente de responsabilidad por incumplimiento contractual²⁴⁴.

El desistimiento *ordinario* pone fin a una relación de duración sin plazo y el desistimiento *extraordinario* reconoce a una parte el poder de extinguir el vínculo contractual²⁴⁵. El desistimiento ordinario se ejerce cuando el contrato es a tiempo indeterminado. Su justificación es evitar la perpetuidad de los vínculos obligatorios, salvaguardar la libertad de los particulares y la circulación de los bienes²⁴⁶.

El desistimiento extraordinario se ejerce cuando el contrato es a tiempo determinado. Un ejemplo lo tenemos en el § 314 del BGB. Cuando existe alguna causa importante para concluir una relación duradera, las partes deben tener el derecho a poder desistir (*Kündigungrecht*) del contrato. Se trata, según la doctrina y la jurisprudencia, de un desistimiento extraordinario; diferente, pues, del desistimiento ordinario. Para que tenga lugar el desistimiento extraordinario, se necesita que haya una causa importante (*wichtiger Grund*) que pueda justificar que se termine antes de tiempo el vínculo contractual²⁴⁷. Hay causa importante cuando a la parte que desiste no se le puede exigir la continuación de las relaciones contractuales —verdaderamente decisivo para desistir—, y se deben tener en cuenta, para ello, todas las circunstancias del caso concreto y valorar los intereses de ambos contratantes. Cuando la causa importante consiste en la lesión de un deber del contrato —uno de los supuestos más frecuentes—, el desistimiento solo es posible después de que haya concluido el plazo para desistir o cuando no haya tenido éxito la intimidación²⁴⁸. La otra parte del contrato, frente a la cual se quiere hacer uso del desistimiento, debe tener conocimiento de la causa de desistimiento. Por otra parte, quien quiera desistir lo debe hacer dentro de un plazo razonable,

.....
²⁴³ Ester Ferrara, "Il recesso". En: *Il nuovo contratto*, Obra dirigida por Pier Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Marella, Alessandro Somma y Cristina Costantini, (Bologna: Zanichelli Editore, 2007), 975.

²⁴⁴ *Ibid.*, 976.

²⁴⁵ Fabio Padovini, "Il recesso" en *I contratti in generale*, A cura di Enrico Gabrielli, Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, t. II (Turín: Utet, 1999), 1234.

²⁴⁶ Morales, Patologías y remedios del contrato, 299.

²⁴⁷ Klaus Jochen Albiez Dohrmann, "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *Anuario de Derecho Civil*, LV, III, (2002): 1196-97.

²⁴⁸ Albiez Dohrmann, *Un nuevo Derecho de obligaciones*, 1197.

pues de lo contrario falta el presupuesto principal de la causa para desistir; esto es, que no le sea exigible la continuación de las relaciones contractuales duraderas²⁴⁹.

Sobre el plano de la fuente, es necesario distinguir el desistimiento convencional, pactado en el contrato a favor de una o de ambas partes —y, por eso, deriva de la autonomía privada— del desistimiento legislativo, autorizado por el legislador en diferentes contextos y por diversas razones²⁵⁰.

Es necesario encontrar las características comunes y diferentes del derecho de desistimiento, porque no hay un derecho de desistimiento único. Tal tipo de derecho no cumple una sola función. De ahí que la doctrina debe cumplir una función de sistematización que coadyuve a la jurisprudencia y a los operadores jurídicos en el conocimiento de este derecho²⁵¹.

Desistimiento convencional

Las partes, mediante el contrato, pueden reconocer a una de ellas, o también a ambas, el derecho potestativo de desistimiento, cuyo ejercicio ocasiona la extinción unilateral del contrato²⁵².

En general, el desistimiento no puede ser ejercitado después que el contrato haya empezado a ejecutarse, salvo en dos casos.

El primer caso es cuando las partes pacten expresamente que puede ejercitarse el derecho de desistimiento sucesivamente al inicio de la ejecución del contrato²⁵³.

El segundo caso es que el desistimiento puede ser ejercitado sucesivamente al inicio de la ejecución del contrato en los contratos de ejecución continuada o periódica²⁵⁴.

El desistimiento en los contratos de ejecución continuada o periódica no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución²⁵⁵.

²⁴⁹ Ibid., 1198.

²⁵⁰ Morales, *Patologías y remedios del contrato*, 300.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid., 301.

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Ibid., 301.

²⁵⁵ Ibid.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

También es frecuente que el contrato reconozca el derecho de desistimiento siempre y cuando su ejercicio comporte la obligación de pago de un correspondiente (la llamada *multa penitencial*), cuya falta de cumplimiento impide la misma eficacia del desistimiento²⁵⁶.

Asimismo, las partes pueden acordar el pago inmediato del correspondiente del desistimiento al momento de la celebración del contrato (las llamadas *arras penitenciales*). En tal caso, quien se desiste pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de las que recibió.

El desistimiento convencional pactado en los contratos por adhesión y en las cláusulas contractuales generales a favor del predisponente tiene el carácter de vejatorio.

En el área de los contratos con los consumidores, se presume un desequilibrio de la previsión del desistimiento a favor del proveedor. También cabe que en estos contratos se limite el desistimiento a favor de los consumidores.

Alguna doctrina ha resaltado que el derecho de desistimiento es atribuido al consumidor imperativamente, lo cual comporta, a su vez, que tenga carácter irrenunciable²⁵⁷.

Desistimiento legislativo

Las hipótesis de desistimiento legislativo realizan diferentes funciones: las funciones 1) liberatoria, 2) de autotutela, 3) de arrepentimiento respecto del otro contratante y 4) de arrepentimiento de la operación económica.

El desistimiento permite a las partes de un contrato de duración estipulado a tiempo indeterminado liberarse de un compromiso que se prolongaría indefinidamente (función liberatoria), como lo estipula el artículo 1365 del CCp.

En otras normativas, el justificado motivo o la justa causa del desistimiento son condiciones imprescindibles para el ejercicio del derecho. En este caso, el desistimiento es un medio de impugnación del contrato o mejor instrumento de autotutela, porque satisface directamente su interés de desvincularse del contrato sin tener que recurrir al poder judicial o a un tribunal arbitral.

El desistimiento penitencial se aplica a dos hipótesis.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Álvarez Moreno, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, 401.

La primera hipótesis se refiere al posible repensamiento de un contratante respecto a un contrato de naturaleza fiduciaria. Se trata de un arrepentimiento respecto al otro contratante.

La segunda hipótesis del desistimiento penitencial se refiere a un verdadero arrepentimiento de la operación económica, justificado por la particular debilidad de uno de los contratantes (por ejemplo, el consumidor) y de las circunstancias de la contratación o del tipo de acto celebrado.

El *ius poenitendi* se configura como derecho de desistimiento legislativo reconocido al consumidor para particulares categorías o tipos de contratos. El desistimiento solo puede ser ejercitado dentro de un determinado periodo, que transcurre desde la celebración del contrato.

Este derecho de desistimiento se configura como una manifestación del propósito del consumidor de extinguir unilateralmente el contrato, con una simple declaración de voluntad que no requiere justificaciones o motivaciones. Solo tendrá que cumplir una carga de formalidad.

Este poder de manifestar el arrepentimiento de la operación económica halla fundamento y legitimidad en la debilidad del consumidor por dos razones.

La primera razón es “la agresión y la sorpresa”, a través de las nuevas formas de contratación que no permiten ponderar adecuadamente la conveniencia de la operación.

La segunda razón es la necesidad de ponderar ulteriormente las cláusulas que contienen tecnicismos que implican riesgos que debe comprometerse a asumir.

El artículo 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo Europeo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, establece que el consumidor tendrá derecho a renunciar (en realidad, derecho de desistimiento) a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información de acuerdo con las modalidades y las condiciones establecidas en la legislación nacional.

El artículo 5 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, contempla el derecho

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

a resolver (en realidad, derecho de desistimiento) el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes, o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.

El artículo 49 del Código de Defensa de Consumidor de Brasil de 1990 indica que el consumidor puede desistirse del contrato en el plazo de siete días, contados desde la suscripción o desde el acto de recepción del producto o el servicio, siempre y cuando la contratación de suministro de productos y servicios se realice fuera del establecimiento comercial; especialmente, por teléfono o a domicilio.

El artículo 6 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, contempla para el consumidor un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir (en realidad, derecho de desistimiento) el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos.

El numeral 1 del artículo 64 del Código de Consumo de Italia de 2005 establece que para los contratos y para las ofertas contractuales a distancia o negociados fuera de los locales comerciales, el consumidor tiene el derecho de desistimiento sin ninguna penalidad y sin especificar el motivo, dentro del plazo de diez días laborables.

Las legislaciones europea e iberoamericana de protección al consumidor que regulan el derecho de desistimiento a favor del consumidor nos demuestran, una vez más, la ausencia de estudios sistemáticos.

Hacia un desistimiento dentro del marco de la teoría general del contrato

El pacto de retroventa (artículo 1881 del Código Civil chileno) “importa una condición resolutoria del contrato de compraventa. El contrato está expuesto a desaparecer por el hecho futuro e incierto consistente en que el vendedor haga valer su opción de recobrar la cosa vendida”²⁵⁸. Por otro lado, el “mandato es un contrato de confianza y, por regla general, cede en exclusivo beneficio del mandante. Ambas circunstancias justifican que el mandante pueda ponerle unilateralmente fin, cuando crea convenirle. El art. 2165 [del Código Civil chileno]

²⁵⁸ Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I. Novena edición actualizada (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 81.

deja en claro que la revocación es una facultad discrecional del mandante: ‘puede revocar el mandato a su arbitrio’²⁵⁹. En Colombia, el “contrato de arrendamiento puede ser objeto de resolución o de terminación o ‘resiliación’. Lo primero, si celebrado el contrato, el arrendador aún no ha hecho entrega de la cosa arrendada al arrendatario (C.C., arts. 1983 y 1984); lo segundo, si el contrato ha comenzado a ejecutarse; es decir, si el arrendatario ha disfrutado la cosa arrendada”²⁶⁰. La “terminación del contrato por voluntad de una sola de las partes, está prevista en varias hipótesis respecto de contratos de tracto sucesivo (Art. 1615 CC [del Código Civil venezolano] – arrendamiento; Art. 1677 CC – sociedad; Art. 1704 CC – mandato; Art. 1731 CC – comodato; Art. 98 LOT – trabajo). En todos estos casos la disolución solo tiene efectos para el futuro, y nunca retroactivo”²⁶¹. Estos ejemplos de los códigos civiles sudamericanos demuestran el funcionamiento de los distintos tipos de desistimiento. A eso añadimos que el artículo 1077 del CcyCN regula confusamente tres categorías:

a) la rescisión unilateral es una causal extintiva, de fuente convencional o legal, ejercida por una de las partes, y que no requiere expresión de causa; b) la revocación se produce por imperio de la manifestación de voluntad de aquella parte en cuyo favor el legislador la consagró, para ser invocada, en ocasiones, de modo discrecional, y en otros casos, frente a ciertas causas determinadas, y c) finalmente, la resolución es ejercida por uno solo de los contratantes, quien invoca una cláusula del contrato o una causa legal²⁶².

Sin duda, visto lo anterior, las pluralidades de nombres para una categoría generan incertidumbre a la hora de desarrollar características claras de cada tipo de desistimiento.

Un desistimiento limitado es el contemplado en el párrafo único del artículo 473 del Código Civil de Brasil de 2002, el cual “suspende la eficacia del desistimiento [*resilição*] unilateral en las hipótesis en que una de las partes haya

²⁵⁹ Ibid., 171.

²⁶⁰ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. Derecho Civil. De las obligaciones. t. III. Décima edición. (Bogotá: Editorial Temis, 2015), 153.

²⁶¹ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, Curso de obligaciones. t. II. (Caracas: Universidad Católica San Andrés, 2013), 814.

²⁶² Carlos A. Hernández, “Extinción por declaración de una de las partes. En: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. t. VI. arts. 1021 a 1279 (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015), 169.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos... •

efectuado inversiones considerables para acreditar la estabilidad de la relación contractual²⁶³. Así, el desistimiento tiene límites razonables y justificables.

En consecuencia, la doctrina del desistimiento demuestra que la legislación debe adecuarse a los conceptos, y no a la inversa, para una mejor administración de justicia y un mejor entendimiento en la doctrina sudamericana. El desistimiento es la expresión de la libertad de desvincularse justificadamente de un contrato, y por ello es necesaria una sistematización por parte de la doctrina sudamericana.

Consideraciones finales

El desistimiento es un modelo que permite a una parte contractual declarar la extinción del contrato de un modo más rápido, económico y seguro²⁶⁴, como en el caso de los desistimientos por intimación y por cláusula expresa. En cambio, la resolución del contrato en el modelo francés permite otorgar un plazo de gracia para que el deudor ejecute su prestación: según las circunstancias, el juez podrá ordenar que se cumpla el contrato concediendo un plazo al deudor (artículo 1228 del Código Civil francés de 2016), a diferencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: ni el juez ni el árbitro podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato (numeral 3 del artículo 45); y ni el juez ni el árbitro podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato (numeral 3 del artículo 61). En Italia y en Perú, el deudor está impedido para ejecutar su prestación una vez presentada la demanda de resolución (tercer párrafo del artículo 1453 del *Codice*) o una vez notificada la demanda de resolución (segundo párrafo del artículo 1428 del Ccp). Sin duda, estos efectos de ejercitar la resolución judicial o arbitral han sido por influencia del derecho de desistimiento del BGB.

²⁶³ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Curso de direito civil: contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 6. Ed. rev., e atual. (Salvador: Ed. JusPodivm, 2016), 580.

²⁶⁴ Dellacasa. La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione, 1567.