

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**EL REMEDIO APLICABLE FRENTE A LA RESOLUCIÓN  
UNILATERAL DEL CONTRATO CHINCHERO: ESTUDIOS  
SOBRE EL PROBLEMA DE UNA CLÁUSULA PATOLÓGICA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL**

**AUTOR**

**CARMEN ELVIRA ESCALANTE SALAZAR**

**ASESOR**

**EDUARDO EMMANUEL BUENDIA DE LOS SANTOS**

**JUNIO, 2019**

Gracias a Dios por su infinita bondad que me permite cumplir un reto tan anhelado, gracias a mi madre adorada porque ambas nos amamos entrañablemente; éste esfuerzo se lo dedico a ella, a mi padre que desde el cielo contempla feliz este logro; y, a mis hijos que iluminan mi vida con la dicha de tenerlos a mi lado y crecer juntos día a día.



## RESUMEN

La tesis: “El remedio aplicable frente a la resolución unilateral del Contrato Chinchero: Estudios sobre el problema de una cláusula patológica”. Tema justificado en derecho civil, para aplicar correctamente los remedios “resolución por incumplimiento”, “receso o desistimiento contractual”, “condición meramente potestativa”; y principios de interpretación del contrato. Problema: análisis de la cláusula por la que el concedente resuelve unilateralmente el Contrato Chinchero. Objetivos: identificar la naturaleza jurídica de cláusula recesal y remedios aplicables a una cláusula patológica que ataca la validez y vigencia del contrato. Hipótesis planteadas, en *primer lugar* desconocimiento de operadores del derecho sobre el correcto uso del receso contractual; y, en *segundo lugar* uso de remedios contractuales para el tratamiento de una cláusula patológica que afecta un contrato válidamente celebrado. Se emplea el método exegético, dogmático y funcional. Resultados: la naturaleza jurídica de la cláusula que resolvió unilateralmente el Contrato Chinchero: “Por razones de interés público debidamente fundadas, el concedente puede resolver unilateralmente el contrato en cualquier momento” (cláusula 15.5.1); corresponde a una de receso convencional por “justa causa”, que adolece de patología porque la redacción de justa causa en estricto contempla el supuesto de una condición meramente potestativa, ya que el hecho concreto - supuesto condicional extintivo unilateral del contrato, está a cargo del arbitrio exclusivo del Concedente; quien por decisión personalísima, criterio discrecional y libre albedrío; decide en el momento que lo desee sin justificación, motivación y probanza adecuada el término del contrato, lo que conlleva un ejercicio arbitrario y abusivo de la parte que está en mejor posición contractual. Concluimos con el tratamiento de la cláusula patológica que al contener una condición meramente potestativa; de acuerdo con la doctrina italiana, alemana y española; así como parte de doctrina nacional, debe tenerse por “no puesta”; en mérito del principio de conservación; en aplicación conjuntiva con la buena fe objetiva contractual, fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica; manteniéndose la validez y eficacia del contrato.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EN MATERIA CIVIL</b> .....	5
1.1 Noción Preliminares .....	5
1.2. Definición de la resolución por incumplimiento.....	7
1.3 Naturaleza Jurídica de la resolución. ....	15
1.3.1 Teoría de la naturaleza preventiva de la resolución .....	16
1.3.2 Teoría de la condición resolutoria implícita de la resolución .....	17
1.3.3 Teoría de la falta de causa de la resolución .....	18
1.3.4 Teoría del mecanismo funcional de la resolución.....	18
1.3.5. Teoría ecléctica de la resolución .....	19
1.3.6 Teoría de la reparación de la resolución .....	19
1.3.7 Teoría de la sanción de la resolución .....	20
1.4. Presupuestos de la resolución por incumplimiento. ....	21
1.4.1. Existencia de un contrato recíproco .....	21
1.4.2. Incumplimiento de una de las partes .....	22
1.4.3. Legitimación para accionar la resolución como remedio.....	23
1.4.4. Importancia o gravedad del incumplimiento .....	23
1.5 Efectos de la resolución por incumplimiento. ....	24
1.6 Tipos de resolución por incumplimiento.....	28
1.6.1. Resolución judicial o arbitral.....	30
1.6.2. Resolución por intimación o autoridad del acreedor.....	33
1.6.3. Resolución por cláusula expresa .....	39
1.6.4. Resolución por vencimiento del término esencial .....	47
1.7. Sobre la eficacia del remedio: resolución por incumplimiento. ....	51
1.8. Conclusiones del Capítulo I .....	57
<b>CAPÍTULO II: RECESO O DESISTIMIENTO CONTRACTUAL EN MATERIA CIVIL</b> .....	59
2.1 Noción Preliminares. ....	59
2.2. Definición del receso o desistimiento contractual. ....	61
2.3. Naturaleza Jurídica del receso o desistimiento. ....	68
2.4. Clasificación del receso o desistimiento contractual. ....	69

2.4.1. Receso o desistimiento convencional.....	72
2.4.2. Receso o desistimiento legal.....	73
2.4.3. El Receso o desistimiento <i>ad nutum</i> (sin justa causa) y con justa causa..	77
2.4.4. Receso o desistimiento y el preaviso.....	86
2.5. Diferencia entre el receso o desistimiento y la resolución por incumplimiento. ....	87
2.6. Regulación del receso o desistimiento en el Código Civil de 1984.....	89
2.7. Sobre la eficacia del remedio: receso o desistimiento contractual.....	99
<b>CAPÍTULO III: DE LA CLAUSULA PATOLÓGICA EN EL CONTRATO</b>	
<b>CHINCHERO</b> .....	106
3.1. Nociones preliminares.....	106
3.2. De la naturaleza y objeto del Contrato Chinchero.....	109
3.3. De la caducidad. ....	111
3.4. De la cláusula patológica en el Contrato Chinchero .....	115
3.5. De la condición .....	118
3.6. Sobre el interés público .....	132
3.7. De los principios de interpretación del contrato. ....	138
3.8 De la fuerza vinculante del contrato .....	141
3.9 De la autonomía privada .....	144
3.10 De la Buena Fe.....	146
3.11. De nuestra posición.....	151
3.12. Conclusiones del Capítulo III .....	156
<b>CONCLUSIONES FINALES</b> .....	158
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	161

#### **ANEXO 1**

**Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC) suscrito el 04 de julio del 2014.**

#### **ANEXO 2**

**Adenda N° 01 del 03 de febrero del 2017, del Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC).**

#### **ANEXO 3**

**Impresos notas periodísticas de la resolución Contrato Chinchero**

## INTRODUCCIÓN

La tesis se denomina: **“El remedio aplicable frente a la resolución unilateral del Contrato Chinchero: Estudios sobre el problema de una cláusula patológica”** tema de connotaciones jurídicas que repercuten a nivel social, económico, político y jurídico en nuestro país. Siendo el acto de contratar un hecho jurídico innato de toda persona humana y jurídica; al ser connatural a nuestra existencia y supervivencia. Nos avocaremos al análisis y tratamiento de instituciones jurídicas insertas dentro del Contrato Chinchero como son la resolución por incumplimiento, resolución unilateral por interés público, receso o desistimiento contractual, caducidad convencional; condición meramente potestativa como elemento accidental del contrato; el tratamiento de una cláusula patológica y sus efectos en relación a la eficacia o ineficacia de la relación jurídica, y los criterios de interpretación del contrato válidamente celebrado vinculado a la terminación unilateral y extinción del contrato.

Analizaremos la figura jurídica del contrato, como una de las instituciones más importantes del Derecho Civil, que apareció en la antigüedad antes del Derecho romano y es una herencia transmitida de la familia jurídica del *civil law*; hasta la actualidad. Institución contractual concebida como el instrumento jurídico a través del cual las partes negocian con equivalencia económica las prestaciones de sus respectivos intereses para lograr el desarrollo de la economía y la paz social; son el medio óptimo e idóneo para celebrar transacciones económicas entre particulares; y, entre estos y el Estado; en diversos campos, sectores; y a través de diversas modalidades como las alianzas de la actividad privada y el Estado; que son los contratos de concesión en la modalidad de Asociaciones Público Privadas, en adelante (APP), cuyos fines entre otros, son la construcción pública de infraestructura y servicios públicos.

El tratamiento y análisis de los contratos entre particulares y el Estado nos conducirá a diversos principios, entre ellos la buena fe, fuerza vinculante del contrato, autonomía de la voluntad y conservación del contrato; que van a definir y valorar la esencia de un contrato justo y equitativo a través de la voluntad consensuada para el cumplimiento del contrato por la promesa de la palabra empeñada por cada una de las partes de la relación contractual; pero también la interpretación de los derechos potestativos concedidos por el legislador a cualquiera de ellas; las que tienen plena actuación y aplicación en el ámbito de la contratación entre particulares, así como también con el Estado. Sin embargo, abordaremos la especial regulación de los contratos celebrados por el Estado con los particulares los que primordialmente se rigen por el principio del “interés público” entendido como el objeto y causa de la contratación estatal. Actualmente el Estado concentra la mayor capacidad de contratación por la múltiple gama de servicios que demanda; por ende, celebra el mayor número de contratos con el sector privado, a través de personas naturales, empresas, consorcios, etc.; siendo su móvil y objetivo principal la satisfacción del “interés público”. Pero en la práctica y casuística, es posible que los contratos que celebra el Estado con los particulares sean pasibles de eventual extinción contractual en aplicación de cláusulas de resolución por incumplimiento, receso o desistimiento contractual; caducidad convencional y por razones de interés público; entre otras formas de resolución negocial de derecho, las que tendrán plena eficacia en la medida que hayan sido previamente conocidas y debatidas por la contraparte, que se respete el derecho de igualdad, y su ejercicio no sea abusivo y arbitrario por el uso de la mejor posición que ostenta una de ellas en perjuicio de la otra. El Estado en sus diversas formas de contratación; persigue el cumplimiento de su objetivo principal, cual es la satisfacción del “interés público”, concepto que implica y es sinónimo de

servicio público, necesidad pública, bienes públicos, urgencia pública, infraestructura pública; al contribuir con la satisfacción de las diversas necesidades de una comunidad determinada. En tal sentido, el Estado celebra contratos con particulares y el “interés público” es base, causa y piedra angular para que el Estado solucione diversos tipos de necesidades públicas; a diferencia de los contratos celebrados entre particulares; que no gozan del principio del interés público.

En materia de contratos, el Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1356 señala: “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”; se privilegia la voluntad de los contratantes como elemento primordial y característico de la relación contractual sinalagmática patrimonial. Consideramos que esta disposición debe ser aplicada por extensión a contratos celebrados entre el Estado y particulares. Y, si en éstos contratos tiene connotación especial el principio del “interés público” frente a la “autonomía de las partes”; ello no impide que el Estado (en posición dominante) respete y mantenga la voluntad plasmada en el contrato, siempre y cuando el “interés público” no se vea comprometido o lesionado. La presencia del Estado como parte contractual implica formalismos previos y rigurosos para llegar a formalizar y perfeccionar el contrato, y en el ínterin de su funcionalidad y ejecución, se aplican las instituciones tradicionales establecidas en el Código Civil; no existiendo diferencia en su aplicación.

Este preámbulo sirve para ingresar al análisis del “Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC)”, en adelante (Contrato Chinchero); celebrado el 04 de julio del 2014 y posterior Adenda N° 01 del 03 de febrero del 2017; por el Estado (Concedente) representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante (MTC); y Kuntur Wasi S.A. (Concesionario); contrato atípico en la modalidad cofinanciada por cuarenta años de duración; con el objeto de diseñar, financiar, construir, operar y mantener la obra pública de infraestructura; siendo su finalidad el mejoramiento y calidad de los servicios, incrementando la Infraestructura Aeroportuaria del Perú.

Sin embargo, con posterioridad se produjeron cuestionamientos de público conocimiento y diversa índole; y el 13 de julio del 2017 el MTC emitió un comunicado oficial, informando a la opinión pública su decisión, de resolver unilateralmente el Contrato Chinchero; afirmando que la concesionaria Kuntur Wasi “se negó a llegar a un entendimiento del mutuo disenso acordado”; y pese haberse agotado todos los recursos el Contrato Chinchero se extinguió antes de haber iniciado su ejecución. El sustento para su extinción fue la aplicación de la Cláusula Décimo Quinta sobre Caducidad de la Concesión, numeral 15.5.1.: “Por razones de interés público debidamente fundadas, el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos” (Contrato Chinchero).

Esta reciente experiencia de resolución unilateral del Contrato Chinchero, colisiona con los intereses de la agenda país, del objetivo nacional de ingresar a formar parte de la “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”(OCDE), que tiene entre sus principales pilares la incorporación de estándares y buenas prácticas de políticas públicas de sus países miembros; así como mejorar la economía y el bienestar social de sus habitantes; sin embargo, eventos como los suscitados en el Contrato Chinchero; revelan que estas pautas y recomendaciones de políticas públicas emitidas por (OCDE) como el fortalecimiento de los Contratos APP; no se viene cumpliendo a cabalidad en nuestro país por diversos motivos; entre ellos, el que será materia de tratamiento en la presente investigación, la resolución unilateral invocada por el Estado peruano para extinguir el Contrato Chinchero.

Cabe precisar que OCDE presentó recientemente una síntesis del Volumen 2 sobre “Estudio multidimensional del Perú”, realizando un análisis detallado de nuestra realidad y problemática; cuyo resultado proporcionó recomendaciones en tres áreas fundamentales para un desarrollo sostenible e inclusivo: (i) el fomento de la productividad y la diversificación económica, (ii) la mejora de la conectividad en transporte y (iii) la promoción del empleo formal. El análisis que nos interesa por vincularse directamente a la investigación es el que textualmente señala: “aumentar la inversión privada y pública, así como crear conexiones más eficientes con el sector privado”, cuya perspectiva general es trazar objetivos para el Perú y lograr una economía con mayor bienestar e ingreso a los ciudadanos; ésta visión-objetivo sin duda puede llevarse a cabo a través de contratos eficientes que celebre el Estado.

Como se puede apreciar, el ingreso del Perú a ser miembro del OCDE implica que el Estado asuma y lidere políticas públicas en el marco de los contratos y específicamente en la Contratación Estatal a través de la modalidad de los Contratos APP, y dentro de la relación contractual del “contrato recíproco” se respete la voluntad de las partes plasmada en el contrato, las reglas de buena fe objetiva contractual, vinculación del contrato, autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, conservación del contrato, solidaridad, la jurisprudencia vinculante a ser emitida por el máximo intérprete de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional; todo ello en justicia e igualdad; a fin que los contratos se cumplan respetando la dignidad de las personas, así como a las instituciones y empresas; permitiendo que el “interés público” causa primordial del objeto de contratación del Estado pueda satisfacer a la población.

La cláusula por la cual se termina y extingue el Contrato Chinchero, corresponde a una de receso o desistimiento convencional por justa causa; sin embargo, se ha desnaturalizado al contener una condición meramente potestativa, cuyo evento condicional futuro no se ha llegado a concretar a fin que dé lugar a la resolución del Contrato Chinchero, por ende no ha sido posible acceder a su probanza, motivación y fundamentación sobre el riesgo inminente de afectación o que haya sido concretamente afectado el “interés público”; porque su invocación obedece únicamente a la voluntad, discrecionalidad y arbitrio exclusivo de una parte contractual; deviniendo por ende en injusta su invocación y ejecución. La citada cláusula patológica tiene contenido amplio, genérico, nebuloso, capcioso e inexistente porque no permite identificar cuál es el hecho concreto a realizarse o desencadenarse en el futuro que afecte el interés público invocado por el Concedente; consecuentemente de imposible cumplimiento presente y futuro.

La “condición” como elemento accidental del contrato tiene diversas categorías como la suspensiva y resolutive; las cuales tienen plena eficacia contractual cuando efectivamente se ha producido el hecho condicional futuro; sin embargo la categoría de la “condición meramente potestativa”; es sancionada con nulidad por diversos ordenamientos foráneos, doctrina que consideramos también debe ser aplicada en nuestro ordenamiento, pese a que no existe regulación expresa en el Código Civil peruano de 1984; ello en virtud a que la citada categoría condicional es de imposible cumplimiento; no requiere de acción real o producción de un hecho concreto sobreviniente, no es posible probarla, solo basta invocarla; por lo que el consenso jurídico nacional y extranjero la considera como “no puesta” al estar condicionada a la mera decisión exclusiva de una parte contractual, cuya voluntad es arbitraria, abusiva e irracional.

Ahora, sobre ¿Cuáles son los remedios aplicables frente a la cláusula que padece una patología para resolver unilateralmente el Contrato Chinchero?; antes de considerar los remedios que pueden contrarrestarla; se debe interpretar el contrato que adolece de una cláusula patológica, pero que en general el contrato es válido porque contiene los elementos



y requisitos establecidos por ley; así tenemos al principio que lidera la interpretación contractual porque abarca la totalidad de aspectos éticos, morales, solidarios, justos, igualitarios; que es la buena fe objetiva contractual, seguido de la autonomía de la voluntad, fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica y conservación del contrato. Si el “Contrato Chinchero” adolece de una cláusula patológica por las consideraciones expuestas; el principio de buena fe objetiva contractual no le brinda eficacia, y ésta se coliga y aplica conjuntamente con el de fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica, para permitir válidamente la aplicación del principio de conservación del contrato, y tener la citada cláusula patológica como “no puesta”; extornándola del contrato y manteniéndose la vigencia del contrato de Concesión porque la causa estructural y genética del citado contrato ha sido el “interés público” de satisfacer una necesidad de infraestructura aeroportuaria que se mantiene latente hasta la actualidad. En tal sentido, el remedio de ineficacia de la cláusula patológica y aplicación del principio de conservación del contrato; permiten que el ordenamiento jurídico ingrese en salvaguarda del efecto positivo y vigencia del contrato sobre la causa y objeto existente aún para que se cumpla; en vez del efecto negativo representado por la cláusula patológica para su extinción.

La presente investigación pretende brindar elementos jurídicos certeros que serán de utilidad para el adecuado uso de las instituciones jurídicas de “resolución por incumplimiento”, “receso o desistimiento contractual”; “condición meramente potestativa”, así como la interpretación del contrato a través de los principios relevantes de buena fe objetiva contractual, autonomía de la voluntad, fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica y conservación del contrato.

Luego del análisis realizado, concluimos que la citada cláusula adolece de patología; y le corresponde el tratamiento de una condición meramente potestativa, al haberse estipulado que la vigencia y continuidad del vínculo contractual se encuentra exclusivamente al arbitrio y discrecionalidad de una de las partes contractuales, en este caso el Concedente; cuya única y exclusiva voluntad es la que decide en qué momento se va resolver unilateralmente y por ende extinguir el contrato, y no estar supeditado al cumplimiento de una condición futura debidamente identificada y que sea factible de probanza, justificación y motivación para terminar y extinguir el contrato.

# CAPÍTULO I:

## RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EN MATERIA CIVIL

Sumario: 1.1 Nociones Preliminares. – 1.2. Definición de la resolución por incumplimiento. –1.3. Naturaleza Jurídica de la resolución. 1.3.1. Teoría de la naturaleza preventiva de la resolución – 1.3.2. Teoría de la condición implícita de la resolución.- 1.3.3. Teoría de la falta de causa de la condición.- 1.3.4. Teoría del mecanismo funcional de la resolución.- 1.3.5. Teoría ecléctica de la resolución.-1.4. Presupuestos de la resolución. –1.4.1. Existencia de un contrato recíproco.-1.4.2. Incumplimiento de una de las partes.- 1.4.3. Legitimación para accionar la resolución como remedio.- 1.4.4. Importancia o gravedad del incumplimiento.- 1.5. Efectos de la resolución. – 1.5.1. Efecto Liberatorio. – 1.5.2. Efecto Reintegrativo. – 1.5.3. Efecto Resarcitorio. – 1.6. Tipos o modos de resolución. – 1.6.1. Resolución judicial o arbitral. –1.6.2. Resolución por intimación o autoridad del acreedor. – 1.6.3. Resolución por cláusula resolutoria expresa. – 1.6.4. Resolución por vencimiento del término esencial. — 1.7. Sobre la eficacia del remedio: resolución por incumplimiento.-

### 1.1 Nociones Preliminares

El instituto de la resolución contractual constituye derecho potestativo otorgado por el legislador, se encuentra en el artículo 1371 de la norma sustantiva civil: “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”. Ha sido diseñado como mecanismo de autorregulación entre las partes. Lo que analizaremos en el presente capítulo es la vertiente de la resolución por incumplimiento; el cual sobrevenido autoriza a la parte cumplidora y fiel del contrato, el poder subjetivo de analizar el derecho que mejor le conviene; entre ellos se encuentra la opción de la resolución del contrato que va extinguir los efectos de la relaciones correspectivas; ya sea por vía judicial-arbitral o vía resolución de pleno derecho; lo que dependerá de los supuestos del negocio jurídico.

La institución jurídica de la resolución por incumplimiento, tiene un protagonista por excelencia que es el titular del derecho potestativo; denominado “parte fiel”; que es aludido por la doctrina frente a la contraparte denominada “parte infiel”. Siendo que en el primero de los nombrados recae el poder intrínseco y discrecional para decidir su extinción.

La resolución por incumplimiento está orientada, pues, a que, mediante la actuación destinada a privar de eficacia a la relación jurídica obligacional nacida del contrato recíproco, cese el deber de una de las partes, quien se va a denominar por hipérbole “la parte fiel”, de ejecutar la prestación a su cargo en virtud de la inexecución de la prestación a cargo de la otra parte, a quien se va llamar también hiperbólicamente “la parte infiel”, por causa distinta de la imposibilidad (De la Puente 2017:91).

La institución jurídica de la resolución por incumplimiento, tiene protagonismo solo después de haber sobrevenido incumplimiento en cualquiera de sus formas y por cualquier parte contractual del negocio jurídico sinalagmático y oneroso; es un remedio que libera a las dos partes obligadas por el contrato, tiene un efecto preventivo, reintegrativo y resarcitorio; evita que la parte fiel del contrato acreciente más el perjuicio económico irrogado por el incumplimiento de la contraparte; en tal sentido también se libera de cumplir la acreencia a su cargo por el incumplimiento de la otra.

Se regula en nuestro ordenamiento civil, artículo 1402: “El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones” (Código Civil del Perú). La celebración del contrato recíproco es fuente creadora de obligaciones entre las partes; haciendo a su vez recíprocamente exigibles las mutuas prestaciones.

Nos enfocaremos en la resolución por incumplimiento; mecanismo de autorregulación entre las partes contractuales otorgado por el legislador; como medida preventiva en una economía de mercado que brinda seguridad al patrimonio comprometido por un contrato válidamente celebrado; en tanto política legislativa a título de derecho potestativo en favor de los sujetos contractuales sea bilateral, plurilateral, patrimonial; llamado contrato del cual nacen obligaciones recíprocas y correspectivas. Así, en el desarrollo de la funcionalidad contractual, sobrevienen el incumplimiento relevante, grave; ante ello el legislador ofrece y brinda a la parte afectada el remedio de resolución, vía judicial-arbitral; y negocial o legal en favor de la parte afectada; quien se convierte en legítimo titular del derecho potestativo para accionar o impugnar la relación jurídica patrimonial a través de la resolución en cualquiera de sus formas; con la consecuente extinción definitiva de los efectos del contrato.

Debemos señalar que esta tutela de impugnación vía resolución por incumplimiento no es la única prerrogativa que ostenta el acreedor; es una segunda opción, porque la primera opción es procurarse se cumpla la prestación, y, pese al no cumplimiento incurrido por la contraparte, mantenga el interés en el cumplimiento de la prestación; así sea, reiteramos, en forma extemporánea. En tal sentido, el legislador faculta al titular del derecho patrimonial conforme lo previsto en su numeral 1219 de la norma sustantiva, el empleo de medidas legales a fin de procurarse el cumplimiento de su acreencia insatisfecha.

Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
- 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2 (Código Civil del Perú).

Es posible accionar la resolución en la vía judicial-arbitral o negocial de derecho es necesario que se verifique la existencia de un contrato recíproco de contenido patrimonial, que el incumplimiento sea de gravedad o relevancia, porque el legislador no aprueba el incumplimiento que no sea relevante o considerable; por lo que no cabe accionar el remedio de la resolución en cualquiera de sus formas, cuando la acreencia impaga o insatisfecha sea insignificante o de poca importancia.

La norma establece tres supuestos a fin de poder accionar el remedio contractual de resolución; incumplimiento por alguno de los sujetos del contrato bilateral, correspectivo y oneroso, así como también en dos supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación y excesiva onerosidad de una o más prestaciones. Siendo la consecuencia de accionar la resolución por incumplimiento, que se extinguen los efectos del contrato sinalagmático; ya que no es atacado directamente el contrato, el mismo que mantiene su histórica connotación contractual. Es decir que el contrato se mantiene válido; sin embargo por sobrevenir el incumplimiento éste –el contrato- se torna ineficaz; remedio que no afecta la validez del contrato; sin embargo los efectos del contrato funcional son extinguidos por la resolución.

Habiendo descrito en forma general los supuestos para accionar el remedio de resolución por incumplimiento, en los tipos o modos existentes: judicial-arbitral, vía intimación-autoridad de su acreedor, cláusula resolutoria expresa y vencimiento del plazo esencial; no obstante el último modo o tipo: vencimiento del plazo esencial; no está regulado y legislado en el ordenamiento civil peruano, ello no impide sea pactado en el contrato por las partes; en base a libertad y autonomía que gozan los sujetos; con el requisito de pactar acorde a la normatividad legal respetando el carácter imperativo establecido en ella .

Nuestro ordenamiento nacional asume como fuente legislativa en materia contractual el *Código Civile Italiano de 1942*; y en similar a Italia, también contamos con el remedio de resolución vía judicial-arbitral y legal o de pleno derecho. En tal virtud, el vencimiento del plazo esencial puede ser invocado en los contratos, en caso éste haya sido expresamente pactado por libre autonomía. Así se expresa en el numeral 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (Código Civil del Perú). Estando a lo señalado, por voluntad consensuada lícita y posible, es permisible contratar bajo los presupuestos del plazo esencial en nuestro país.

## **1.2. Definición de la resolución por incumplimiento.**

La resolución es una institución jurídica creada por el legislador para tutelar el desarrollo de las relaciones jurídicas patrimoniales; constituye el remedio en favor de la parte fiel y cumplidora del negocio jurídico. Éste remedio constituye derecho potestativo para cumplir la prestación o resolverla. Su titular tiene potestad de acceder a la primera opción en caso se mantenga el interés en el cumplimiento a destiempo o cuando el plazo para su cumplimiento haya caducado; cumpliendo requisitos y presupuestos de ley para legitimar eficazmente su accionar.

El legislador ha establecido las condiciones y presupuestos para acceder al remedio resolución, en los tipos judicial-arbitral y negocial o de derecho; cuando las partes establecen mecanismos de autorregulación directos; y la parte afectada sin necesidad de recurrir al Juez o al Árbitro ejecuta directamente la resolución por incumplimiento; por lo que constituye un mecanismo célere en la solución de controversias patrimoniales.

Es preciso señalar que nuestro ordenamiento en lo referente a la resolución y sus efectos ha tenido como fuente de inspiración al *Código Civile Italiano de 1942*; siendo ello así, nos vamos a remitir a fuentes de doctrina italiana, que se ocupan del estudio e interpretación del espíritu del legislador; a fin de contrastarla con la establecida en nuestra legislación.

La resolución por incumplimiento, al igual que en el ordenamiento civil italiano, en nuestra legislación en materia de contratos también constituye un remedio, ahondamos sobre este

concepto; que es concebido como instrumento eficaz; la medicina o remedio óptimo y capaz de solucionar la situación patológica sobrevenida o acontecida en el *interín* funcional de la relación jurídica patrimonial, es decir, en la funcionalidad del contrato. Este remedio podemos considerarlo como política de orden público diseñado por el legislador para hacer frente a los desmanes o disturbios que sobrevienen en las relaciones patrimoniales personales particulares entre dos o más personas (contrato recíproco o contrato plurilateral). Existen supuestos de afectación de una de las partes que obedecen a incumplimiento de la contraparte, imposibilidad de prestación esperada y excesiva onerosidad de prestación; constituyéndose en titular del derecho potestativo resolutorio únicamente la parte fiel cumplió la obligación a su cargo, teniendo la potestad de optar por cualquiera de los tipos o modos señalados del remedio resolutorio.

La resolución por incumplimiento disuelve, extingue, quiebra los efectos del contrato válidamente celebrado entre las partes; la consecuencia de este remedio es que el contrato se torna en ineficaz entre las partes vinculadas contractualmente. Sin embargo su regulación es genérica, porque es regulada en único.

Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe (Código Civil del Perú).

Como se puede apreciar las consecuencias de ambas instituciones citadas son reguladas de manera general; y, a su vez, acompañado en el mismo artículo de los efectos de la rescisión; lo que no consideramos adecuado a una política normativa clara; teniendo en consideración que existen varios tipos de resolución: la judicial y la extrajudicial; que tienen diferentes presupuestos y efectos; por lo que era recomendable que el legislador les brinde un tratamiento particular e independiente de acuerdo a cada modo o tipo de resolución por incumplimiento.

Esta única articulación de los efectos de la resolución por incumplimiento; genera dificultad y complejidad en su aplicación, ejecución e interpretación; respecto de los efectos entre las partes y terceros de buena fe; así como en los contratos con prestaciones automáticas o instantáneas y prestaciones periódicas y continuadas; en el extremo del efecto restitutorio o reintegrativo de la resolución. De igual forma se confunde con el remedio negocial de derecho denominado receso o desistimiento contractual.

En efecto, la principal consecuencia de resolución por incumplimiento es la extinción de los efectos del contrato en su totalidad, entendido como unidad de la relación jurídica patrimonial contenida en el acuerdo. Éste se resuelve por haberse adoptado la resolución por incumplimiento integral e irrevocable; lo que permite señalar que ante la desaparición de la causa objeto del contrato, que estuvo presente al momento de la celebración del contrato o convención; y teniendo presente que la reciprocidad de las prestaciones está vigente si la causa está latente; que produce el equilibrio contractual y paralelismo económico entre ellas. Y esta reciprocidad puede quebrarse por el incumplimiento de una o varias prestaciones que son de cargo de cualquier sujeto contractual que forma la relación; supuesto concreto objetivo de hecho que revela la ruptura del vínculo obligacional; y de concretarse, por el ejercicio exclusivo del derecho potestativo de la parte fiel del contrato para accionar en

defensa de su interés patrimonial insatisfecho es que se desencadena la resolución a pedido de la parte afectada con el incumplimiento.

Existen diversos tipos de resolución por incumplimiento, cada modo o tipo con sus singularidades y peculiaridades; no son iguales ni uniformes, tampoco requieren los mismos presupuestos en todos los casos; porque los contratos no son idénticos, cada contrato es connatural a las necesidades de los contratantes; la naturaleza y complejidad de los contratos depende del consenso, voluntad y acuerdo entre las partes, obedece a sus intereses personales; ante esta situación, es importante tener en cuenta el factor tiempo que es el que finalmente decide cuando ha caducado el tiempo de cumplir la obligación, este es un tema áspero porque nos brinda supuestos de incumplimiento parcial, incumplimiento definitivo, retardo en el cumplimiento o cumplimiento parcial, incumplimiento permanente porque se prolonga en el tiempo, lo cual deberá ser valorado al recurrir en tutela efectiva de daños por cualquier tipo de incumplimiento que revista gravedad.

En cualquiera de los escenarios: sea incumplimiento total, parcial, y grave; está latente el daño patrimonial ocasionado a uno de los sujetos que están vinculados por la celebración del contrato; y de acuerdo al supuesto de forma del incumplimiento se van a producir igualmente diferentes niveles del daño a la parte fiel del contrato; lo que genera en la víctima varias opciones que son eminentemente decisiones subjetivas por personalísimas, la víctima del incumplimiento es la única que va tomar la opción que más le convenga. Por lo que el titular del derecho potestativo; puede accionar en caso lo desee y convenga por la ejecución de la obligación o prestación así sea en forma tardía o extemporánea, puede accionar resolución contractual por incumplimiento; y en uno u otro caso la restitución y resarcimiento por daños.

La resolución opera en los contratos bilaterales, plurilaterales, por causa sobreviniente a un contrato válidamente celebrado, por causas que no estuvieron presentes al momento de su celebración.

La vida de un contrato bilateral está ligada a la relación que origina (“sinalagma funcional”), en el sentido de que algunas circunstancias privarán de eficacia al negocio aunque se manifiesten con posterioridad a su celebración. Con el estudio de estas circunstancias, o supuestos completaremos aquel capítulo de la parte general relativo a la patología del negocio. Junto a la nulidad del contrato, a la ineficacia relativa, a la anulabilidad y a la rescindibilidad, debemos situar la resolución del contrato. La resolución se distingue de las demás figuras, a cuyo lado se encuentra, porque no afecta el acto en sí, sino a sus consecuencias, o sea, a las obligaciones que del mismo nacen; repercute no en el negocio en sí, sino en la relación de él generada. Así se explica, por ejemplo, por qué, una vez incumplido el contrato por una de las partes, la otra puede pedir, además de la resolución, el correspondiente resarcimiento por la “culpa contractual” de la primera; y es que a causa del incumplimiento, puede pretenderse ese resarcimiento además de la resolución del contrato, porque el acto en sí es plenamente válido, debiendo exigirse las obligaciones derivadas del mismo (Trabucchi 1967:210).

La resolución tiene tratamiento especial; debe diferenciarse del tratamiento: nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato, el incumplimiento resulta ser un suceso que genera un derecho potestativo en la parte afectada de la relación bilateral, sinalagmática de contrato recíproco; en principio puede accionar coactivamente el cumplimiento de la obligación, o si lo desea puede resolver el contrato: Pero entre una y otra opción existen singularidades que la doctrina las conoce como el *ius variandi*; tal es el caso, que si el titular del derecho acciona la ejecución de la prestación en el *interin* de ese proceso puede cambiar su pretensión a una de resolución de contrato; en cambio sí tuvo la opción de accionar la resolución del contrato,

ya no podrá variar su pretensión a una de cumplimiento de la obligación o prestación; no obstante puede accionar los daños.

El contrato no crea otro contrato, ni modifica otro contrato, ni extingue otro contrato, sino lo que crea, modifica y extingue es una relación jurídica patrimonial, o sea la obligación, que, en el caso de la modificación y la extinción, bien puede haber nacido de un contrato o bien de cualquier otro supuesto jurídico apto para generar obligaciones, siempre, desde luego, que la ley permita esta modificación o extinción (De La Puente 2017:55).

Si el contrato es fuente y creación de obligaciones, nada impide que el contrato también regule, modifique o extinga las mismas. Así: “La resolución designa, en general, la extinción del contrato por un evento que impide la relación; así, la resolución puede ser definida, sin más, como la disolución de la relación contractual” (Bianca 2007:754). En esta definición no encontramos el término “incumplimiento”; sin embargo su presencia está implícita en el término evento; ya que éste, es ocasionado por el incumplimiento; y verificado que sea como sostiene el autor disuelve definitivamente la relación contractual.

El incumplimiento contractual es causa sobreviniente para la extinción de los efectos del contrato; sin embargo la decisión de resolver obedece estrictamente a la voluntad del titular de la acreencia incumplida. Este poder inherente, late intrínsecamente en la voluntad del titular de ese derecho potestativo; quien deberá valorar sobre las dos opciones que le concede el legislador sobre su acreencia insatisfecha; puede si lo desea ejercer los medios legales forzar el cumplimiento de la contra parte, o, accionar el derecho potestativo de resolución; con la consecuente extinción definitiva del vínculo funcional entre las partes

La resolución por incumplimiento constituye un medio en defensa de los intereses del acreedor que si cumple y honra su obligación; mecanismo remedial de tutela en favor del acreedor, que le permite resolver y extinguir la relación funcional originada por la celebración del contrato válido; no atenta contra el contrato en sí mismo. En efecto, el contrato como negocio jurídico patrimonial se mantiene vigente e históricamente contendrá lo consensuado por las partes; sin embargo, éste es interrumpido por la aparición del incumplimiento de la parte infiel; que perturba la corresponsividad y funcionalidad de las prestaciones sinalagmáticas de las partes integrantes del contrato recíproco o plurilateral; y en consecuencia, lo que se destruye y extingue es la funcionalidad del contrato, las obligaciones allí contenidas. Nótese, que el autor sostiene que la resolución se basa en funcionalidad sobre relación contractual; y la institución remedio de resolución va tener como efecto la extinción definitiva de la funcionalidad de las obligaciones a futuro.

El remedio resolución por incumplimiento aplicado a la funcionalidad de las obligaciones contractuales; es un mecanismo que ataca al fenómeno sobreviniente dentro de la corresponsividad y sinalagma que las partes deben honrar en el *interin* del contrato válidamente celebrado; sin embargo, este remedio no es el único; existen otros remedios en las figuras de nulidad, anulabilidad, rescindibilidad e ineficacia; las que no deben confundirse con la resolución por incumplimiento; porque sus presupuestos son diferentes; ya que son originados por hechos o elementos intrínsecos, coetáneos o anteriores a la celebración del contrato, supuesto diferente acontecido en la resolución originada por un evento extraño, exógeno a la relación contractual; y, que aparece con posterioridad a su celebración.

Diferente mecanismo constituye la institución jurídica de nulidad, existente en forma coetánea al momento de celebrar el contrato, que es alegada por quien tenga interés, y también por el Ministerio Público. El legislador ha previsto el remedio de nulidad; que incluso puede ser declarada por el Juez cuando es manifiesta; por disposición del artículo 220 de la

norma: “La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación” (Código Civil del Perú). En este caso el remedio de la nulidad no puede ser ejecutado directamente por la parte afectada como mecanismo de autorregulación; debiendo apersonarse en vía de acción al órgano jurisdiccional para buscar tutela efectiva de intereses; caso contrario de la resolución, la que es factible de ser accionada a nivel judicial y extrajudicial.

El remedio resolución; es sobreviniente a la relación funcional patrimonial dentro de un contrato válidamente celebrado. Siendo necesario remitirnos al tratamiento jurídico que tiene el contrato en nuestra norma sustantiva civil. El artículo 1351 de la norma civil: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Código Civil del Perú). Norma muy parecida al artículo 140 que define el acto jurídico; siendo la principal diferencia entre ellas la patrimonialidad que rige en el ámbito de los contratos.

Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (Código Civil del Perú).

En efecto el acto jurídico es una institución jurídica más amplia que la institución del negocio jurídico; siendo ésta concebida como el género, al contener diversas instituciones del derecho civil; dentro de ellas, el contrato; y otros actos jurídicos como el matrimonio; que no tiene connotaciones económicas, por ende considerado como un acto jurídico y no contrato.

Siendo la diferencia relevante entre el artículo 140 y 1351 del Código Civil peruano de 1984 sobre consenso de voluntades, en principio la connotación patrimonial del contrato; a diferencia del acto jurídico que no necesariamente la tiene para su existencia.

El contenido del artículo 1351 es igual al de la primera parte del numeral 140, que define al acto jurídico, de donde existiría redundancia, si se tiene en cuenta que el contrato es una especie de aquel. Empero y en descargo de lo expuesto, el contrato se limita a relaciones jurídicas patrimoniales, mientras que el acto jurídico comprende también las extrapatrimoniales (Schreiber 2011:84).

El término resolución proviene de “*solvere*” que significa destruir, extinguir la obligación futura de la relación patrimonial nacida de la fuente del contrato sinalagmático, al quebrarse la reciprocidad de las obligaciones; tornándose en disfuncional, porque una de ellas no honra la prestación en perjuicio de la otra.

Las circunstancias, los hechos o los comportamientos que dan lugar a la resolución se toman en consideración por la ley porque *alteran las relaciones entre los contratantes*, tales como se habían constituido inicialmente, o bien *perturban el normal desenvolvimiento* (ejecución) *del contrato*, de modo que éste no puede continuar vinculando las partes en el modo originario por cuanto ha venido a *modificarse* o –lisa y llanamente– *ha venido a faltar la composición de intereses* de la que el mencionado contrato constituía expresión (Messineo 2007:708).

Existen diversos hechos y supuestos por los que los contratos no llegan a concretarse conforme a lo pactado en el contrato válidamente celebrado, y una de las causas puede ser el incumplimiento. Conforme a lo señalado por Messineo, esta causa de incumplimiento ocasiona una alteración en el equilibrio funcional del contrato; ocasionando que las partes ya



no se encuentren en la misma situación que lo estaban al celebrar el contrato; y, éste acontecimiento sobrevenido del incumplimiento impide que se mantengan vinculadas contractualmente; ya que ambas se verán perjudicadas económicamente.

Abordamos incumplimiento contractual que tiene relación directa con incumplimiento de obligación; nos enfocamos en resolución por falta de cumplimiento, que es una causal general por la que se extingue la relación funcional de un contrato sinalagmático, pero sabemos que ella no es la única causa, ya que existen diversos acontecimientos o como llama la doctrina diversas vicisitudes que impiden que el contrato válidamente celebrado se llegue a culminar honrando las obligaciones y prestaciones pactadas por las partes, entre ellas pueden ser la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad.

Por la estrecha conexión entre el incumplimiento de la obligación e incumplimiento del contrato se suele examinar normalmente el incumplimiento de las obligaciones dentro del ámbito de la falta de ejecución del contrato; el incumplimiento es una de las causas (junto con la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad) de resolución del contrato (Alpa 2015:258).

Nuestro ordenamiento, contiene normas que favorecen al acreedor diligente, de la parte fiel del contrato, concediéndole potestad de resolver el contrato al sobrevenir el incumplimiento; mediante una gama de tipos o modos de resolución que pueden ser la judicial-arbitral o la negocial o de pleno derecho. Así el artículo 1428 regula la resolución judicial-arbitral; y, el artículo 1429 y 1430 de la citada norma sustantiva regulan los tipos de resolución negocial de derecho. Para que opere este mecanismo remedial se requiere la existencia del incumplimiento objetivo, relevante e injustificado de la obligación a su cargo por cualquier sujeto de la relación vinculado mediante el contrato nacido válidamente. Por ende, el incumplimiento es causa de ruptura, disolución y extinción de la relación funcional. No obstante, cabe señalar que el derecho potestativo de la resolución; se encuentra en el arbitrio discrecional exclusivo del acreedor insatisfecho y diligente de la relación jurídica patrimonial; teniendo la opción de extinguir definitivamente la relación funcional nacida del contrato; o, en su caso accionar para la ejecución de la prestación así sea a destiempo o cuando haya caducado el plazo para la que la contraparte honre su obligación; solo si persiste su interés en la prestación.

Elemento primordial de este remedio contractual es tutelar el interés del acreedor, y su base fundamental; la correspectividad del vínculo recíproco creado por la fuente del contrato bilateral o plurilateral oneroso. La resolución por incumplimiento, está supeditada a la aparición de un hecho sobrevenido, es una condición, evento extraño al contrato válidamente celebrado; y luego de aparecida esa condición que origina el nacimiento de la resolución, resulta ser que el término al cual las partes se obligaron a cumplir ya caducó; y la consecuencia es que ésta resolución opera sobre los efectos del contrato; dejando a éste plenamente valido como suceso y acuerdo de voluntades. Asimismo, la resolución impide que se logren los efectos en el futuro de negocios cuya ejecución se pactó en forma continuada; así como se dejen sin efecto los producidos en los negocios jurídicos automáticos o llamados de ejecución instantánea.

El nacimiento de la resolución contractual se debe entre otros sucesos a la falta de cumplimiento de uno de los sujetos de la relación válidamente nacida del contrato recíproco y sinalagmático. En el supuesto de incumplimiento en general, que está implícita en toda relación jurídica patrimonial a través del contrato, si es objetivo, grave y relevante; el acreedor insatisfecho en su acreencia puede recurrir en tutela mediante resolución judicial o resolución por intimación o autoridad de acreedor; sin embargo, también las partes pueden definir la resolución en cláusula resolutoria expresa; la que consideramos un pacto entre las partes; y

en caso sobrevenga el incumplimiento en la prestación que la corresponde a cada parte se accionara la resolución del contrato preestablecida en la cláusula resolutoria expresa como mecanismo resolutivo negocial que opera de pleno derecho una vez cumplidos los requisitos para su plena eficacia .

Se resuelven los contratos con prestaciones correlativas por incumplimiento de los deberes que originan, o por imposibilidad de la prestación o de la continuidad de la ejecución del contrato. En el propio contrato puede preverse expresamente la eventual falta de cumplimiento y disponerse para entonces pautas especiales que refuercen lo ordenado legalmente, las que tendrán los alcances que la norma otorga, o constituirán supuesto de aplicación de otras instituciones (como el pacto comisorio) con régimen singular. La resolución presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado. Delante de un incumplimiento, o más propiamente de un incumplimiento grave de obligación fundamental, de un contrato de prestaciones correlativas por parte de cualquiera de los contratantes, se abre para el otro la alternativa que nítidamente plantean los distintos ordenamientos: “pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (art.1456° C.C. colombiano; art.780° C.C.; art. 1428° C.C. peruano). La pretensión resolutoria por incumplimiento va, pues, sobreentendida en el contrato de prestaciones correlativas. La resolución es una medida definitivamente liberatoria del contratante cumplido, en tanto que la excepción de contrato no cumplido es una medida defensiva provisional (“legítima defensa contractual”), que le evita el riesgo de perder la propia prestación y mantiene el equilibrio de la relación. Una y otra corresponden al arbitrio del acreedor, quien, según las circunstancias y sus intereses, tomará la opción, a su mayor conveniencia, corriendo naturalmente el riesgo de exceso o desacierto en el ejercicio de su pretensión o de su defensa. Otra cosa es la indemnización del daño, medida de carácter eminentemente reparador o resarcitorio, y no punitivo, y que bien puede bastarle provisionalmente al acreedor (Hinestrosa 2016: 51).

El autor Hinestrosa pone énfasis en la facultad discrecional de la parte que ostenta el derecho potestativo de la resolución por incumplimiento contractual, la que puede optar por la resolución como medida de naturaleza liberatoria o ejercer las acciones legales que coercitivamente procuren se concrete la prestación insatisfecha así como el pago de daños, medida de naturaleza reparadora o resarcitoria.

El contrato es acuerdo de partes, por el cual nacen obligaciones recíprocas, sinalagmáticas que constituyen la causa del contrato. En ejercicio de su libertad contractual deliberada lícitamente con el otro sujeto integrante de la relación, los que se obligan al cumplimiento recíproco de prestaciones de contenido patrimonial; entendiéndose que deben actuar y comportarse de acuerdo al principio de la buena fe objetiva que abarca cuestiones éticas y morales; que se deben respetar en el *iter* funcional a través de la solidaridad, lealtad, confianza; permitiendo que cada parte cumpla el objetivo y prestación de la otra parte.

El contrato válidamente celebrado entre las partes constituye un suceso histórico que no va desaparecer al sobrevenir el incumplimiento objetivo por cualquiera de las partes. El acuerdo consensuado y plasmado en el contrato se mantendrá incólume. Lo que se produce con el incumplimiento es la ruptura y extinción de relación funcional.

La resolución entonces, no puede incidir sobre el acuerdo de voluntades válida y efectivamente concertado y por lo tanto no puede entenderse que en virtud de la resolución tal acuerdo no se produjo. En forma bastante clara y elocuente Dell’Aquila grafica esta explicación de la siguiente forma: “Ahora bien si hay una cosa que no puede hacer, según los teólogos, ni el Padre Eterno, es precisamente esto: que un acaecimiento realmente acaecido, no se haya producido. Cuando se diga entonces que se desliga o se resuelve “el contrato” no se quiere decir que se resuelve el acaecimiento ocurrido, sino la situación jurídica o la relación que de ello ha surgido”. Nótese cómo el autor citado pone de manifiesto que el acuerdo de voluntades una vez producido es un hecho incontrovertible

salvo que exista un vicio o defecto que haya dañado el acuerdo mismo de voluntades, en cuyo caso no estamos en presencia de la institución que estudiamos (Forno 1987:86).

En efecto, lo que ocasiona la ruptura y el quiebre del contrato, es el hecho exógeno de la aparición del incumplimiento, dando lugar a la resolución; destrucción del vínculo obligacional que consistía en el cumplimiento por cada una de las partes de la prestación comprometida, dentro de un contrato recíproco en el cual se producen prestaciones sinalagmáticas; a través de la interdependencia funcional de las partes vinculadas por el contrato; a fin de cumplir con satisfacer el interés correspectivo; una en beneficio de la otra. Lo que no quiere decir que el contrato se destruye y disuelve; por el contrario; el contrato constituye una creación histórica que siempre va existir; porque su celebración como negocio jurídico tuvo plena validez y eficacia; en tal sentido, no puede reputarse al incumplimiento injustificado incurrido por una de las partes como vicio o defecto que dañe el acuerdo de voluntades contenido en el contrato; debemos señalar que el contrato nació y fue celebrado válidamente, originando y creando vínculos obligacionales patrimoniales en favor de las partes; así el incumplimiento destruye al vínculo obligacional pero no el contrato.

Sobre lo señalado, existen muchas críticas sobre la redacción del artículo 1371: “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración” (Código Civil del Perú). Definición nada clara, porque como hemos señalado el contrato se mantiene intacto como construcción histórica y jurídica; por el contrario, lo que se deja sin efecto en el negocio jurídico es el mantenimiento de la relación funcional; impidiendo que se mantenga la relación a futuro del cumplimiento de obligaciones.

La resolución por incumplimiento, es considerada como el remedio ante la patología sobrevinida en la conducta de una de las partes de la relación funcional correspectiva del contrato.

La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga para oponerse a la continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevinientes que alteran el nexo de correspectividad entra las prestaciones generadas de un contrato con prestaciones correspectivas (o contrato sinalagmático). El contrato es válido y eficaz, pero en un momento sobreviniente presenta una disfunción-es decir un defecto funcional sobrevinido, una incapacidad o inidoneidad sobrevinida para funcionar- que autoriza la extinción del contrato y, por consiguiente, comporta su ineficacia retroactiva entre las partes. El desequilibrio sobrevinido del nexo de reciprocidad (o *sinallagma*) puede generarse por incumplimiento de una parte, por imposibilidad sobrevinida y por la excesiva onerosidad de la prestación debida a eventos extraordinarios e imprevisibles (Morales 2011:265).

Morales, señala que existen varios supuestos que van a producir la ruptura y extinción del nexo de causalidad, a través de la falta de cumplimiento de los sujetos celebrantes del contrato, así como de supuestos de imposibilidad sobrevinida o excesiva onerosidad de la prestación. Se mantiene válido pero, la disfuncionalidad sobrevinida es la causa que impide la continuidad de los efectos del contrato. De otro lado, sobre la ineficacia retroactiva; y el efecto reintegrativo de la resolución debe procederse a la reintegración o restitución de las prestaciones efectuadas, sin embargo, hay excepciones a esta regla, cuando resulta imposible la restitución; en los contratos de ejecución continuada o periódica.

La forma natural y ordinaria de extinción del contrato normalmente se produce cuando ambas partes en ejercicio del principio de la buena fe objetiva contractual cumplen el respectivo rol que se les asignó mediante contrato válidamente celebrado, cumpliendo la

obligación o prestación comprometida; por actos de confianza, solidaridad, lealtad en favor de la contraparte.

El efecto normal de toda obligación se produce cuando el deudor, voluntaria y espontáneamente, ejecuta la prestación satisfaciendo el interés del acreedor y consecuentemente la obligación se extingue. Por el contrario, el incumplimiento indica la falta o la inexacta ejecución de la prestación por parte del deudor (Morales 2011: 259).

Sin embargo, no todos los contratos se desarrollan a cabalidad en cumplimiento de las cláusulas insertas en el negocio jurídico, ello se debe a múltiples motivos, entre ellos el más común es que sobrevenga el incumplimiento en cualquiera de las partes, que es causa y origen de la ruptura y extinción de la relación funcional. Siendo el efecto inmediato de la resolución la ineficacia retroactiva entre las partes; así también el efecto liberatorio; por lo que el acreedor titular del interés insatisfecho queda dispensado legalmente de cumplir la obligación comprometida; constituyendo esta a su vez el fundamento de la naturaleza preventiva de la resolución por incumplimiento.

Concluimos este punto, señalando que la resolución por incumplimiento es una institución jurídica de derecho remedial que se encuentra reconocida en nuestra legislación; en tutela del derecho crediticio y concedido a título de derecho potestativo en favor de la parte cumplidora y diligente del contrato correspondiente. Constituye el remedio adecuado y eficaz para disolver y extinguir los efectos de la relación obligacional originados por un contrato válidamente celebrado, al sobrevenir en el *interin* de la funcionalidad del negocio jurídico; el incumplimiento objetivo grave, relevante e injustificado incurrido por cualquiera de las partes; que afecta la concreción del interés patrimonial, acreencia insatisfecha de la parte fiel del contrato; perjudicándose con la conducta de la contraparte que revela ausencia de buena fe y de solidaridad con el objeto del contrato.

Esta situación, hace que la parte perjudicada pueda optar por accionar el derecho potestativo de la resolución contractual por incumplimiento; y producida que ésta sea por cualquiera de las modalidades existentes, vía judicial-arbitral o negocial de pleno derecho; se extingue definitiva e irrevocablemente los efectos del vínculo obligacional patrimonial, produciéndose efectos liberatorios, restitutorios y resarcitorios.

### **1.3 Naturaleza Jurídica de la resolución.**

Consideramos que la resolución por incumplimiento, obedece a una tutela jurídica de los intereses comprometidos a través de un contrato recíproco; por lo que la legislación concede el *derecho potestativo* en favor de la parte legitimada, que ha sido lesionada en su interés insatisfecho, por faltar al cumplimiento de las obligaciones de su contraparte; que ocasiona quiebre o ruptura de la interdependencia sinalagmática consensuadas con la celebración del contrato.

Ahondaremos en análisis, para establecer ¿cuál es la naturaleza jurídica de la resolución?, recurriendo a doctrinarios nacionales e internacionales; a fin de establecer los elementos requeridos para comprender eficientemente la institución jurídica de resolución por incumplimiento.

Le corresponde a la resolución la naturaleza jurídica de acción constitutiva, el ejercicio del derecho de impugnación, que en la vía judicial-arbitral (contenciosa) o extra contenciosa por intimación-autoridad del acreedor y cláusula resolutoria expresa; considerados éstos últimos

mecanismos de autorregulación privada que van a generar un estatus jurídico que antes las partes no tenían. Con la resolución en cualquiera de sus formas se ocasiona extinción de la relación sinalagmática en cuanto a la producción de sus efectos a futuro. Su naturaleza es inherente a la constitución de un estado diferente, de la que primigeniamente fue pactada y vinculada por el contrato recíproco; con efectos diferentes de otros medios de impugnación como las declarativas y de condena. La naturaleza jurídica de la resolución corresponde al derecho de impugnación, que en vía judicial y extrajudicial tiene carácter constitutivo.

Existen diversas Teorías en la doctrina sobre la resolución; que se ocupan de establecer su naturaleza jurídica, citaremos algunas: Teoría de la naturaleza preventiva de la resolución, Teoría de condición resolutoria implícita de la resolución, Teoría de falta de causa de la resolución, Teoría del mecanismo funcional de la resolución, Teoría ecléctica de la resolución, Teoría de la reparación de la resolución; y, Teoría de la sanción de la resolución.

### **1.3.1 Teoría de la naturaleza preventiva de la resolución**

Debemos señalar que su de naturaleza preventiva, se encuentra ubicada dentro del derecho de impugnación, cuyos inicios lo encontramos en Italia, y que se hizo conocer por el autor italiano Carnelutti; así como en Alemania a través de la escuela germánica "*Eingriffsrechte*" con el término del derecho de agresión.

La naturaleza preventiva constituye categoría del derecho subjetivo; porque ese poder intrínseco y dentro del mismo esa facultad es atribuida a un determinado sujeto dentro del contrato válidamente celebrado; en el cual las partes se han obligado al intercambio de prestaciones y obligaciones correspectivas. En el desarrollo de la funcionalidad contractual nace y se origina el derecho de resolución por incumplimiento condicionada a un evento exógeno y extraño al contrato a través de un hecho sobrevenido denominado incumplimiento.

Existen posiciones que le irrogan a la resolución por incumplimiento, una naturaleza preventiva.

La resolución es una medida preventiva porque previene la posibilidad de que el contratante fiel, además de la injuria del incumplimiento, soporte que la prestación que haya ejecutado permanezca en el patrimonio del contratante que ha incurrido en el incumplimiento. Si, por el contrario, el contratante diligente no ha cumplido todavía previene, al resolver la relación contractual el cumplimiento de lo que le corresponde sin esperar con certeza la satisfacción de su interés. Ocurre con frecuencia que el deudor se encuentra en una situación de insolvencia. Gino Gorla, a quien Dell's Aquila cita, explica que aquí el derecho se sitúa desde el punto de vista práctico de la experiencia de los hechos humanos, que enseña como el incumplimiento del deudor es debido en la mayoría de los casos a imposibilidad práctica o dificultad de cumplir, y no a mala voluntad. Quien no cumple en el plazo convenido es difícil que, aunque se emplee la fuerza se encuentre en la condición de cumplir exactamente. Opinamos que esta es la verdadera naturaleza jurídica de la resolución; una medida preventiva que ampara al acreedor diligente (Forno 1987:83-84).

La resolución por incumplimiento es una acción constitutiva, toda vez que si el titular de la misma decide ejercitarla como un derecho de impugnación, va generar y hacer nacer inmediatamente un estado o hecho jurídico que antes no existía; cual es la extinción de la relación del contrato recíproco, se va extinguir la funcionalidad de la relación contractual.

En efecto, conforme lo señala Forno, si la parte diligente no hubiera todavía honrado la obligación comprometida, por la celebración del contrato, de producirse el evento sobrevenido del incumplimiento por la contraparte, el titular previene, resolviendo la relación contractual y dejando de asumir la prestación a la que se encontraba obligado. Este derecho de impugnación constituye una garantía de protección en favor del acreedor fiel y diligente ante la aparición del incumplimiento; porque no es necesaria una rigurosa calificación de como se ha producido el incumplimiento, ya sea culposo o doloso, lo que interesa para el derecho de impugnación es la concreta y objetiva aparición del incumplimiento de considerable relevancia, que le permitirá desvincularse de la obligación a su cargo a fin de no tener mayores perjuicios que el incumplimiento generado por la contraparte.

El legislador concede el derecho potestativo, a través de sus diversos tipos y formas en favor del interés tutelado del acreedor diligente de la relación jurídica contractual para lograr su liberación de la relación correspectiva; evitando mayor perjuicio económico. Es decir le concede la gracia de incumplir su obligación en favor del otro sujeto que no honró el cumplimiento de la prestación en su favor.

La resolución por incumplimiento es de naturaleza preventiva puesto que el ordenamiento jurídico concede al acreedor el derecho subjetivo (facultad), denominado por la doctrina alemana derecho de agresión y por la italiana derecho de impugnación, de desligarse del vínculo contractual en caso de incumplimiento del otro contratante, evitando que se torne imposible la recuperación de la prestación que él ha ejecutado frente a su cocontratante deudor, o si todavía no ha cumplido, previene, al resolver el contrato, que se le obligue a cumplir sin tener la certeza que el deudor cumplirá la que le concierne (Torres 2016:573).

La norma autoriza al acreedor titular de la acreencia insatisfecha a prevenir la obligación a su cargo que todavía no ha cumplido, esto con el fin de evitarle mayores perjuicios como por ejemplo que se torne imposible la devolución de lo entregado a la contraparte. El acreedor fiel se libera de las obligaciones contraídas por el contrato válido; que lo vinculaba en reciprocidad. Las obligaciones de las partes se van a extinguir; sin embargo, nacerá la obligación a cargo de la parte que ha incumplido el contrato, del pago de daños originados por incumplimiento.

### **1.3.2 Teoría de la condición resolutoria implícita de la resolución**

Actualmente no es asumida por la doctrina nacional porque se confunde con el elemento accidental del contrato que es la condición en sus diferentes modalidades.

Según esta teoría, ahora en abandono la resolución puede ser construida como una condición resolutoria implícitamente puesta por las partes en el contrato. El evento futuro en que consiste la obligación será el incumplimiento de uno de los contratantes. Es decir, la resolución se funda en la *presunta intención de las partes* que en caso de incumplimiento culposo por una de ellas, la otra se reserva el derecho de reclamar la resolución (Torres 2016:567).

No avala el consenso de las partes para la creación de condiciones implícitas en el contrato que en el momento que no se cumpla con la obligación ya se tiene conocimiento que se activará la resolución por incumplimiento.

Esta teoría confunde los elementos de la resolución por incumplimiento con la condición como elemento accidental del contrato. Asimismo, dentro de las categorías existentes de la

condición tenemos la condición suspensiva, resolutoria, potestativa y meramente potestativa, las que requieren para su ejercicio la existencia de singulares requisitos.

Respecto a la naturaleza resolutoria de la resolución; ésta implica que los sujetos vinculados por el contrato ya han definido vía expresa cláusula especial el evento de eventual y futura resolución por incumplimiento ocasionando la ruptura y extinción de la relación funcional sinalagmática.

### **1.3.3 Teoría de la falta de causa de la resolución**

Sobre la Teoría de la falta de causa originada en el incumplimiento de una de las partes que no cumple la obligación a su cargo.

El fundamento de la resolución es la sobreviniente falta de causa de la obligación en vista de que la contraparte no cumple. Para Henri CAPITANT y los causalistas, la resolución es la aplicación de la teoría de la causa. LEÓN BARANDIARAN, refiriéndose al art. 1341 del Código Civil de 1936 que consagró la condición resolutoria implícita, dice que debe abandonarse el concepto artificioso de suponer que la resolución deriva de la supuesta voluntad de la partes; “lo cual no puede estimarse más como un valor histórico, al constatarse por qué motivos la ley *commisoria* romana llegó a convertirse dentro del *droit coutumier*, en una regla legal. ¿Qué mejor justificación intrínseca de la figura, que la que resulta de considerar que en esta clase de contratos, con mutuas prestaciones recíprocas, cada obligación es causa de la otra? (Torres 2016:569).

La teoría de la falta de causa, tiene muchos seguidores; teniendo en consideración que la causa constituye presupuesto y requisito necesario para la celebración del contrato correspondiente; sin embargo, se debe tener en consideración que la causa siempre va estar en movimiento, es dinámica; porque la relación funcional de las partes vinculadas por el contrato se desarrolla hasta que se cumplan las obligaciones, por lo que no puede concebirse la causa en posición estática.

### **1.3.4 Teoría del mecanismo funcional de la resolución**

Esta teoría se apoya en el mantenimiento del equilibrio contractual de las partes, y su ruptura funcional en la anomalía que corresponde al ejercicio de cualquiera de los sujetos que conforman el contrato.

El fundamento de la resolución se encuentra en el mecanismo funcional de los contratos con prestaciones correspondientes (recíprocas); la resolución se sustenta en una anomalía funcional del contrato. En tales contratos, cada una de las partes se obliga, y deberá cumplir, en vista de la prestación que la otra parte promete; el sobrevenido incumplimiento de uno de los contratantes repercute inmediatamente sobre la reciprocidad contractual, comprometiendo la funcionalidad del contrato; y se entiende como consecuencia que el otro contratante está facultado para disolver el contrato y, de este modo, liberarse de efectuar la prestación que le concierne frente al contratante incumpliente (Torres 2016:572).

La base de esta teoría se encuentra en el mantenimiento del equilibrio funcional del contrato; contraviene la teoría de la sanción. El mecanismo resolutorio por incumplimiento de la obligación por cualquiera de las partes no colisiona ni atenta contra el contrato en sí mismo y plenamente válido; este derecho ataca a los efectos o funcionalidad del negocio; impide que

estos efectos se concreten en el futuro en el caso de los contratos de ejecución continuada, así como también en los contratos de ejecución instantánea. En mérito al derecho potestativo que deriva de la ley, y tiene diferentes modalidades o tipos se va resolver el contrato ante la presencia del incumplimiento sobreviniente; siendo estos tipos judicial y la extrajudicial; pudiendo el titular de la acreencia insatisfecha tener la opción de la resolución vía judicial en caso de no haber pactado una cláusula específica; y la negocial o de pleno derecho en caso de haberla pactado.

### 1.3.5. Teoría ecléctica de la resolución

De acuerdo a la Teoría ecléctica las prestaciones están interconectadas entre ellas; si una parte falla, inmediatamente desaparece la causa del contrato.

Grasso dice que buscar el fundamento de la resolución es inútil porque su razón es obvia; ¿por qué jamás se puede autorizar al vendedor del caballo, quien ha matado y comido al caballo, a proceder contra el comprador para que le pague el precio? La resolución, por ser obvia, desalienta hacer investigaciones demasiado refinadas sobre su fundamento. Sacco ha propuesto que la resolución se fundamentaría en el error del acreedor, quien si hubiese previsto el incumplimiento no hubiese estipulado el contrato. Agrega que el art. 1455 del Código civil italiano asume un rol de primerísimo plano, porque la resolución solamente es concedida si el incumplimiento es de una gravedad tal que si el acreedor lo hubiera previsto no habría celebrado el contrato (Torres 2016: 573).

Al señalar el autor que la resolución es obvia, entendemos que se concibe a este mecanismo de impugnación como una acción personal creada en favor del acreedor diligente para la tutela de su derecho patrimonial, el que a su vez puede ser materia de transmisión a heredero, legatario, cesionario del contrato, tercero subrogado; salvo la existencia de pluralidad de titulares del crédito.

La acción de resolución como derecho de impugnación tiene el propósito promover y dar movimiento a la acción del acreedor insatisfecho, vía judicial-arbitral o negocial-pleno derecho; éstas constituyen acciones de ejercicio del derecho privado de la resolución; como mecanismos directos de la propia parte afectada que no requiere acudir al Juez para accionar la resolución judicial mediante una sentencia constitutiva.

Con relación a la acción de resolución relevante, grave, este tema es delicado porque debemos afrontar la posición de las partes vinculadas por el contrato que contenga cláusula resolutoria expresa; en la que se puede colisionar con la voluntad consensuada y objetiva de las partes respecto a lo que ellos consideran grave y relevante; allí existe la libertad consensual; que puede darse supuestos de obligaciones digamos pequeñas que no revelan objetivamente relevancia o gravedad; sin embargo, si ellos lo han decidido; se debe respetar que el incumplimiento de ellas ocasiona la extinción de la relación funcional nacida del contrato.

### 1.3.6. Teoría de la reparación de la resolución

El fundamento de esta teoría consiste en que la resolución sirve para reparar los perjuicios ocasionados, también lo libera ejecutar la prestación que le corresponde o de recuperar lo pagado por no corresponderle tal obligación ante el incumplimiento de la contraparte.

Se sostiene que el fundamento de la resolución es la *reparación del perjuicio* causado al acreedor con el incumplimiento de la prestación por parte del deudor; al liberar al acreedor de



ejecutar su prestación, o permitir recuperarla si ya la ha efectuado, la resolución se presenta como un modo eficaz de reparación, además a esa reparación se puede agregar la indemnización de daños causados con la inexecución de la prestación del deudor (Torres 2016:572).

En efecto la reparación es una de las funciones que cumple al accionarse la resolución por incumplimiento, toda vez que el sujeto que no ha honrado la obligación que le corresponde debe restituirla así como indemnizar.

Esta teoría se asimila a la de responsabilidad contractual; según la doctrina francesa a diferencia de la doctrina italiana que arguye la noción objetiva del remedio contractual de la resolución por incumplimiento.

La teoría de la reparación considera que la resolución es una forma de reparar el perjuicio que causa al acreedor el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. A esta teoría puede asimilarse la que ve en la resolución la aplicación de la teoría de la responsabilidad contractual. Estas posiciones doctrinarias son defendidas por aquellos autores, principalmente franceses, que sostienen la necesidad de carácter culpable que debe revestir el incumplimiento que da origen a la resolución, a diferencia de la doctrina italiana moderna que propugna una noción objetiva del instituto (Forno 1987: 81).

Forno, no comparte la naturaleza de reparación de la resolución por incumplimiento; argumentando que al producirse la resolución también el deudor incumpliente se ve liberado de su obligación; al que incluso le corresponde la restitución de la prestación ya efectuada. Señala que la teoría de la reparación ha sido defendida por los hermanos Mazeaud, quienes consideraron que liberar o dispensar al acreedor del cumplimiento de su obligación; y, permitirle recuperar su prestación, hace que se revele como el remedio de mayor eficacia que el cumplimiento por equivalente en el caso de estar frente al deudor insolvente; pudiendo accionar indemnización.

### **1.3.7 Teoría de la sanción de la resolución**

Auletta, es el que atribuye el carácter sancionador a la resolución por incumplimiento, relacionando la titularidad del autor con la titularidad del derecho.

Se afirma que la resolución es una sanción impuesta al contratante que no ejecuta su prestación condenándolo a perder el derecho a la contraprestación y al pago de daños. En opinión de Auletta, el acreedor está suficientemente tutelado con el resarcimiento del daño. La resolución, con la consiguiente disolución de la obligación y la restitución de la prestación ejecutada, es un remedio ulterior que se agrega al resarcimiento; es, en suma, un *quid pluris* dirigido a sancionar al contratante incumpliente, a diferencia del resarcimiento que tiene solo una función reparadora (Torres 2016: 571).

Se refiere a que tanto acreedor como deudor pueden ostentar indistintamente la condición de titular del derecho potestativo, lo que se origina por el incumplimiento en cualquiera de las partes contractuales. Ello dependerá del cumplimiento o incumplimiento de la obligación a su cargo.

Esta teoría es propugnada principalmente por Auletta y Josserand. Consiste en la idea de que la resolución por incumplimiento constituye una medida de naturaleza sancionatoria impuesta por el ordenamiento jurídico, que determina que el contratante que no cumple su prestación pierde el derecho a la contraprestación (Forno1987:79-80).

El autor no comparte esta posición, ya que enfoca el fenómeno resolutorio parcialmente; considerando, pues el deudor únicamente no pierde con la resolución, si bien éste no ha satisfecho la prestación en favor de la contraparte, también el acreedor que acciona mediante resolución se ve perjudicado al perder el derecho a exigir su prestación.

#### **1.4. Presupuestos de la resolución por incumplimiento.**

La figura jurídica de resolución constituye mecanismo remedial de naturaleza impugnatoria, es autorizada por nuestro ordenamiento jurídico civil en su artículo 1371: “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración” (Código Civil del Perú). Derecho acción concedido por el legislador en favor de la parte fiel de la relación patrimonial; frente a la contraparte que no ha sido fiel incumplió la prestación que le correspondía o lo hizo en forma *parcial, tardía o defectuosa*.

Evidentemente, se requiere que la parte fiel de la relación sinalagmática no haya incurrido falta de cumplimiento de la obligación prestación que le correspondía; es decir debe ostentar la condición y legitimidad de sujeto diligente y cumplidor; porque si sucediera lo contrario, dicho supuesto no le concede el derecho de accionar la resolución, estando a que no puede invocar o basar su acción en su propio incumplimiento. En tal sentido, en la norma descrita se encuentran los presupuestos para poder accionar la resolución como medio de impugnación.

Desde la antigüedad, y actualmente con la globalización, las sociedades necesitan celebrar contratos, porque contratar es connatural a toda persona humana y por ende a toda persona jurídica; los contratos devienen en instrumentos jurídicos necesarios a fin de cumplir los objetivos trazados y continuar con el desarrollo de la economía. Los contratos en el futuro, seguirán cumpliendo roles importantes para continuar con el desarrollo económico. En tal sentido el legislador ha estimado conveniente la creación de instituciones jurídicas como la resolución por incumplimiento; como política legislativa para fortalecer los contratos en una economía de mercado, siendo el contenido económico de los contratos relevante para el crecimiento de la economía.

Así la legislación contractual del negocio jurídico; se ocupa del contrato en general, de su estructura, eficacia y presupuestos, a los que se debe recurrir en caso se produzca la ruptura de la funcionalidad de las prestaciones sinalagmáticas. En la doctrina no existe uniformidad sobre los presupuestos para accionar la resolución por incumplimiento ya sea vía judicial-arbitral, negocial o legal; sin embargo los principales presupuestos de resolución contractual son: a) contrato recíproco válidamente celebrado; b) incumplimiento de una de las partes; c) legitimación para accionar la resolución como remedio; y d) importancia o gravedad del incumplimiento.

##### **1.4.1. Existencia de un contrato recíproco**

Para que exista resolución por incumplimiento debe existir un contrato recíproco válidamente celebrado; y cuando en la relación funcional se ve atacado por la presencia de un hecho ajeno al contrato, ajeno al pacto como es el incumplimiento relevante de una de las partes; se produce el quiebre de las prestaciones sinalagmáticas; de las que derivan eventualmente sus efectos *liberatorios, restitutorios y resarcitorios*. El contrato es definido por el artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”; por ende

los contratos son fuente principal de creación de prestaciones y obligaciones, para modificarlas y para extinguir los efectos derivados del contrato.

Toda relación jurídica patrimonial produce efectos originados por el contrato recíproco válidamente celebrado; a través de prestaciones correspondientes entre las partes que integran esta relación funcional, negocial contractual; siendo que el desarrollo de éste se mantiene y avanza para cumplir las prestaciones convenidas por las partes, y el contrato se desarrolla con normalidad en la medida que exista equilibrio funcional económico; que se trasluce en el hecho concreto que cada parte cumpla la prestación que le corresponde en favor de la contraparte; sin embargo, esto no siempre sucede; y, se presentan diversos problemas a través de una gama de hechos que impiden la consecución de la relación jurídica patrimonial, entre ellas; y, la que interesa a la presente investigación es el hecho sobreviniente denominado “incumplimiento” sobrevinido en la etapa funcional de la vida del contrato recíproco oneroso.

#### 1.4.2. Incumplimiento de una de las partes

Al sobrevenir en forma objetiva y relevante el incumplimiento; como hecho ajeno y externo al contrato, es el presupuesto que avala a la parte cumplidora pero afectada; para accionar el derecho potestativo de la resolución contractual.

Una tesis desarrollada y acreditada en la doctrina, asume que el incumplimiento es elemento constitutivo de la *fattispecie* que da lugar a la resolución, y deduce de ello que el demandante de la resolución debe probar el incumplimiento. Este proceso lógico no es convincente. Es opinión común que la *fattispecie* que da lugar al deber de cumplir está constituida por el contrato, y por las circunstancias que hacen líquida y exigible la prestación. Probando la *fattispecie*, el acreedor tiene derecho a obtener una sentencia condenatoria. La ley, que permite sustituir en juicio la demanda de cumplimiento con la demanda de resolución, ha vinculado ambos derechos con una única *fattispecie*, y no ha condicionado la mutación de la demanda a la asunción de una nueva carga probatoria. Si así no fuera, el juez llamado por un demandante que pide en vía principal la resolución, y secundariamente la condena del incumplimiento, pero no prueba el incumplimiento, debería absolver de la resolución al demandado, porque no resulta el incumplimiento, y condenarlo al cumplimiento, porque no resulta que él haya cumplido. En vía lógica, tanto el juicio que versa sobre el incumplimiento, cuanto el juicio relativo a la resolución, sirven para hacer declarar que el deudor no ha cumplido; los ulteriores pronunciamientos son consecuencia de este último, que permanece igual a sí mismo, al margen de los corolarios que de él extraiga el demandante. A veces los jueces adoptan al pie de la letra una máxima jurisprudencial inspirada en la enseñanza que aquí rechazamos. Pero parece que luego entendieran por “hecho constitutivo del incumplimiento” la obligación que se asume como no incumplida, mientras el demandado no pruebe el cumplimiento. Naturalmente, y tal ocurre en un juicio de cumplimiento, tocará a quien ha recibido la prestación probar su disconformidad con respecto a la prestación debida. Parece ser pacífico que no es necesaria la prueba de la imputabilidad del incumplimiento, ni la prueba de la culpa: la prueba liberatoria corresponde, de ser el caso, al demandado (Sacco 2004:947-948).

En efecto, el contrato válidamente celebrado es fuente de prestaciones y obligaciones entre las partes vinculadas contractualmente; a cada una de ellas le corresponde una específica obligación que puede ser de dar, de hacer, o de no hacer. El contrato se desarrolla con normalidad, en tanto las partes cumplan con la o las obligaciones a las que se comprometieron; y en caso sobrevenga el hecho exógeno del incumplimiento; el legislador concede autorización a la parte que no ha incurrido en incumplimiento, el optar, en caso lo desee por la resolución del contrato; según dispone el artículo 1428 del Código Civil del Perú.

### 1.4.3. Legitimación para accionar la resolución como remedio

La legitimación para accionar la resolución por incumplimiento como remedio, está referida a que la parte que se considera titular de la acreencia insatisfecha no ha generado el incumplimiento así como tampoco lo ha impedido. Por lo que no debe estar incurso en incumplimiento atribuible a su persona.

Así también, se presentan supuestos cuando se ha contratado en favor de un tercero.

Puede resolver el contrato o pedir judicialmente la resolución, el contratante que ha sufrido los efectos del incumplimiento. Pero hay que entender que una vez que la resolución ha sido promovida y obtenida por el legitimado, cualquiera puede invocar los efectos de la misma. El problema es simple cuando los sujetos del contrato coinciden con los sujetos de las relaciones nacidas del contrato. Cierta dificultad nace, en cambio, cuando el contrato opera en favor de un tercero. El favorecido no tendrá interés en pedir la resolución, porque el interés en la liberación pertenece al estipulante. Pero el estipulante no puede pedir (sin el consentimiento del favorecido) una resolución, que comprometería los intereses, ahora irrevocable, del favorecido (Sacco 2004:946).

En estos casos, lo que se produce es la figura de la repetición, por la cual el legislador autoriza al tercero legitimado a que accione con relación al tercero que llegó a ser titular del derecho a través de la parte contractual que no cumplió su obligación a fin de repetir el pago.

### 1.4.4. Importancia o gravedad del incumplimiento

Este presupuesto de la gravedad, o escasa importancia lamentablemente no ha sido regulado en nuestro sistema normativo; no obstante tener la fuente de inspiración del *Código Civile Italiano de 1942* en cuya expresa legislación requiere que el incumplimiento tenga importancia o revista gravedad; de lo contrario no procede la acción de resolución por incumplimiento.

En este punto se presentan problemas y observaciones con relación al cumplimiento parcial, tardío y defectuoso.

En lo que toca al cumplimiento tardío, Díez-Picazo, comentando algunas sentencias del Tribunal Supremo español, dice que de ellas parece desprenderse la idea de que el retraso en el cumplimiento justifica la resolución: a) cuando determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio, y b) cuando determina en el otro contratante un interés atendible en la resolución. Respecto de la primera hipótesis, este autor considera que se trata de supuestos en los que el plazo es esencial en sentido propio o en sentido impropio. Con relación a la segunda hipótesis, piensa que : si el demandado, aunque con retraso, ha ejecutado su prestación y ésta ha sido aceptada por el actor, no procede la acción resolutoria; que si el demandado está cumpliendo, pero realiza actos de cumplimiento retrasadamente, para que pueda ejercitarse la acción resolutoria es necesaria la mora; y que si el demandado no ha ejecutado en lo absoluto la prestación y el plazo ha vencido, puede demandarse la resolución, sin necesidad de constitución en mora (De la Puente 2017:100).

Nuestro ordenamiento civil establece en su artículo 1428: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación” (Código Civil del Perú). Respecto a la “falta de cumplimiento” debe comprenderse “incumplimiento absoluto” e “incumplimiento relativo”; y si el último de los nombrados se encuentra dentro del

supuesto de “falta de cumplimiento” es necesario remitirnos al artículo 1220: “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación” (Código Civil del Perú). De ello se infiere que existe pago cuando la prestación se ha ejecutada *íntegramente*; entonces debemos inferir que los supuestos de *incumplimiento absoluto* e *incumplimiento relativo* se encuentran inmersos en los presupuestos de hecho para accionar la resolución por incumplimiento contractual a fin de ejercitar este mecanismo remedial.

La fuente legislativa de inspiración sobre resolución por incumplimiento, es el *Código Civile Italiano de 1942*, previsto en su artículo 1455 dice: “El contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra” (Código Civil italiano). Si bien es cierto nuestra legislación no regula el incumplimiento de escasa importancia a diferencia de la norma italiana; sí existen parámetros de cumplimiento absoluto y relativo. Así, lo expresa el ordenamiento civil en su artículo 1220: “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación” (Código Civil del Perú); concluyendo que sí procede la acción de resolución por incumplimiento en los supuestos de falta de prestación absoluta y relativa que sean relevantes en importancia.

Existen además supuestos de cumplimiento *parcial*, *tardío* y *defectuoso*; en tal sentido, a fin de establecer el criterio que debe tener en cuenta el juzgador en el ámbito de la resolución judicial-arbitral; existen posiciones subjetivas y objetivas a considerarse para finalmente arribar al incumplimiento contractual. Al respecto, la doctrina actual unánimemente reconoce la vertiente objetiva del incumplimiento; no existiendo posibilidad alguna que prospere la posición subjetiva; previa a la opción de la resolución por incumplimiento contractual.

Según Mirabelli, para fijar el criterio de evaluación se contraponen en doctrina una posición subjetiva y una posición objetiva. “Según la primera, dice, para establecer si el incumplimiento es suficientemente grave para justificar la resolución, debe recurrirse a la presumible voluntad de las partes; de acuerdo con la segunda, se debe tomar en cuenta la interdependencia funcional entre las prestaciones y la turbación que el incumplimiento ha causado. Parece indudable que el criterio subjetivo no tiene fundamento, ya que la voluntad de las partes, si bien relevante, está vuelta a la actuación del contenido del contrato, así que la eventualidad de la falta de ejecución queda fuera de las previsiones. Solo en base a una evaluación de la función del contrato puede afirmarse, por ello, si el incumplimiento sea tal que justifique la resolución, por deficiente actuación de la función misma: el criterio a adoptar es, en consecuencia, esencialmente objetivo”. Mosset se inclina igualmente por el criterio objetivo, que prescinde de la voluntad inexpresada de las partes y de toda imputación moral, y juzga, tomando como base el tipo de contrato en cuestión, si la interdependencia funcional entre las prestaciones recíprocas se ha visto perturbada por el incumplimiento hasta el extremo de disminuir el interés del acreedor (De la Puente 2017:101).

Cabe señalar que en casos de ejecución parcial, tardía o defectuosa de la obligación; que incurre cualquiera de los sujetos vinculados por el acuerdo recíproco y sinalagmático, sí procede la resolución del contrato por incumplimiento; sin embargo, existen excepciones; que se presentan en los supuestos de ejecución parcial, tardía o defectuosa de la obligación; que no procede la resolución por incumplimiento; en presupuesto de escasa relevancia, magnitud o gravedad; casos en los cuales no prosperará la resolución por incumplimiento.

### **1.5. Efectos de la resolución por incumplimiento**

El incumplimiento hace nacer la posibilidad de extinción definitiva de la relación funcional entre las partes sujetas por un contrato recíproco válidamente celebrado. Esta resolución tiene inherente su naturaleza jurídica preventiva y efecto liberatorio del vínculo jurídico patrimonial entre las partes; a consecuencia de ello, las cosas deben retornar al estado anterior en que se hallaban cuando se produjo el incumplimiento. Se produce la disolución *ex tunc*, entendida como retroceso, porque cada una de las partes de la relación funcional debe restituirse recíprocamente lo que han recibido de la contraparte en el ínterin del nexo o relación sinalagmática.

No existe uniformidad en la doctrina acerca del tratamiento de los efectos de la resolución; sin embargo, en doctrina mayoritaria se ha establecido como consecuencias de la resolución, los efectos retroactivo, liberatorio, reintegrativo, y resarcitorio; que se encuentran contenidos en forma amplia y general en el artículo 1372 de la norma sustantiva civil, toda vez que no ha previsto efectos específicos de la resolución en cada una de sus formas o modos de extinción de la relación funcional patrimonial del contrato recíproco; por lo que, se debe tener cuidado de su conocimiento integral y particular de los mismos, para su correcta uso y aplicación.

Debemos señalar que la resolución por incumplimiento es una institución jurídica regulada en nuestro ordenamiento civil. Los numerales 1371, 1428, 1429 y 1430 establecen las formas o modos de extinción del nexo o relación contractual; a través de la resolución judicial-arbitral, intimidación-autoridad del acreedor, cláusula resolutoria expresa; y vencimiento del plazo esencial; ésta última forma reconocida en otras legislaciones; y constituye un modo de resolución legal. En nuestro ordenamiento civil aún no ha sido incorporada; no obstante, en mérito a la libertad contractual; ésta forma o modo de resolución legal puede ser pactada en los contratos recíprocos o sinalagmáticos.

Por lo que, existen varias formas o modalidades en que puede operar la resolución por incumplimiento; sea judicial-arbitral, negocial o de pleno derecho; la primera es decidida por el Juez o Árbitro; y las siguientes como mecanismos de autorregulación privada entre las partes, previa verificación de requisitos establecidos en la ley; las negociales operan de pleno derecho. A su vez, la parte afectada puede recurrir mediante impugnación al Juez para que verifique su validez; correspondiendo en todos los casos la indemnización si la hubiere.

El ordenamiento civil peruano se ocupa del tratamiento de dos instituciones jurídicas que son la rescisión y la resolución; en cuanto a sus efectos.

Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe (Código Civil del Perú).

La fuente de inspiración proviene del *Código Civile Italiano de 1942*, que establece los efectos de la resolución.

Artículo 1458.- La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo en el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, con

respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas.

La resolución, aun cuando hubiere sido pactada expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por terceros, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de resolución (Messineo 2007: 839).

Es importante revisar los antecedentes de extinción del contrato por incumplimiento, remitiéndonos a los canonistas.

En todo sistema fundado en la libertad de los contratos, si alguien vende un caballo, pero al final lo mata y se lo come, se evitará forzar al comprador al pago del precio. La completa y sistemática elaboración de tal remedio no se debió a los romanos, sino a los canonistas, por la preocupación de éstos en reprimir el abuso cometido por el deudor que no cumplía. Dado que deseaban considerar todo aspecto éticamente relevante de la conducta de las partes, los canonistas prefirieron evitar el vínculo automático entre la *faltispecie* del incumplimiento y la resolución, confiar el remedio al poder del juez. La institución fue adoptada, conforme a este sentido, en el Código Napoleónico, pero en el BGB la sanción quedó desligada de la mediación judicial, y con ello, terminó asimilándose a la solución inglesa (Sacco 2004:941).

El efecto de la resolución por incumplimiento, aparece como un hecho exógeno posterior a su celebración válida; hecho objetivo, injustificado y concreto de incumplimiento de obligación de dar, hacer o no hacer; y el derecho potestativo de resolver el contrato se presenta y nace al incurrir en incumplimiento cualquiera de los sujetos vinculados por el acuerdo recíproco, al fallar a su deber de fidelidad y solidaridad. El momento oportuno de accionar de la parte cumplidora del contrato se produce cuando ha pasado el término y ha caducado el plazo para honrar la obligación insatisfecha. El titular del derecho de resolución puede optar por extinguir los efectos del contrato, quedando sepultada la posibilidad que se pueda cumplir la obligación a destiempo, es decir en el futuro.

Para que una relación de intercambio se encuentre bajo el ámbito del Derecho de Contratos la relación de intercambio debe cumplir una serie de requisitos impuestos por el Estado. En otras palabras, al Estado no le interesa proteger todas las relaciones de intercambio, solo aquellas que reúnen los requisitos establecidos (Barchi 2016:116).

Lo que produce la resolución por incumplimiento es el quiebre la funcionalidad correspondiente creada por el contrato válido; éste mecanismo resolutorio no deja sin efecto un contrato válido, por la aparición del incumplimiento que torna imposible concretar el acuerdo pactado de acuerdo a los intereses de las partes; sino lo que extingue son los efectos de la relación funcional correspondiente. Barchi, señala que cuando se produce la “resolución de un contrato”, no debemos entender que se extingue el contrato, ya que según el citado autor, éste con el tiempo se agota.

La resolución por incumplimiento, ha sido ampliamente tratada por Forno, quien se ocupa de los efectos liberatorios, reintegrativos y resarcitorios de la resolución, al cual nos remitimos textualmente como sigue:

**1.5.1 Efecto Liberatorio:** la resolución produce la extinción del vínculo creado por el contrato. Si con anterioridad al momento en que la resolución se verifica no ha habido principio de ejecución del contrato, no existe mayor problema; las partes se ven liberadas de la obligación de ejecutar sus prestaciones. Este efecto está legislativamente consagrado por el artículo 1371 del Código Civil y no presenta mayor complejidad.

**1.5.2 Efecto Reintegrativo:** es aquel por cuya virtud las prestaciones ya ejecutadas se reincorporan nuevamente al patrimonio de quien las efectuó en mérito al contrato resuelto.

Como podrá fácilmente deducirse, los alcances y efectos de este aspecto reintegrativo dependerán, por un lado de que se admita o no la retroactividad de la resolución y por otro de que se le asigne o no la eficacia real. La retroactividad del efecto resolutorio determina que las partes se reintegren o restituyan aquello que han recibido por razón de la relación contractual que se extingue. Si no se admite la retroactividad se priva a la resolución del efecto reintegrativo ya que si ésta solo afecta el porvenir, las prestaciones ejecutadas con anterioridad a su advenimiento quedan firmes. Esto –qué duda cabe- produciría un enriquecimiento indebido y quitaría a la institución su naturaleza de medida preventiva y su propia razón de ser toda vez que aquel que padece el incumplimiento haya ejecutado sus prestaciones en todo o en parte. La restitución debe comprender los frutos e intereses que haya producido el bien objeto de la prestación desde el momento en que se entregó hasta que se produce su restitución. Este criterio de retroactividad, que entendemos debe explicarse como regla general, admite una importante excepción que se encuentra reservada a los contratos de ejecución continuada o periódica, en los que el límite de la retroactividad está determinada por las prestaciones y contraprestaciones ya ejecutadas al momento en que la resolución se produce.

**1.5.3 Efecto Resarcitorio:** es el tercero de los efectos de la resolución por incumplimiento. No obstante, es un efecto necesario por cuanto puede o no derivarse, según las circunstancias. Nuestro Código Civil, con buen criterio, consagra expresamente este efecto al regular los diversos mecanismos resolutorios. Sólo se omite, inexplicablemente, en el artículo 1430 que regula la resolución por cláusula expresa. Esta omisión no significa que el efecto resarcitorio no se produzca en la hipótesis contemplada por este artículo. Generalmente se acepta que son tres los presupuestos o elementos que deben concurrir para que parezca la obligación resarcitoria a saber: acción o conducta antijurídica, imputabilidad y daño cierto. Se agrega un cuarto elemento pero que constituye básicamente un factor de conexión entre la acción antijurídica y el daño. Este elemento es la relación de causalidad (Forno 1987:88-93).

Según Forno, el tratamiento de la resolución y sus efectos incide en la relación funcional más no contra el contrato en sí mismo. Posición contraria a otros sectores de la doctrina que estiman por el contrario; que es el contrato el que se resuelve y que las obligaciones se extinguen al extinguirse el contrato. Asimismo, se adhiere a la tesis dominante del efecto *reintegrativo* o *restitutorio* de la resolución, y comparte el pensamiento de Miquel, quien concibe como efecto natural de ruptura contractual, que los hechos y las cosas se retrotraigan a la celebración del contrato; siendo esta concepción la de mayor dominio en la doctrina; también desarrollada por Halperin, Ramella, Sánchez Meda, Melich-Orsini, Dell'Aquila, Mirabello y Sacco entre otros (1987:85-89).

En doctrina se ha establecido posición es sobre el efecto liberatorio y reintegrativo que produce la resolución dentro de una relación patrimonial sinalagmática. Por este efecto se produce una ineficacia retroactiva entre las partes por el que la situación jurídica de los contratantes retrocede en el tiempo, puntualizando que este retroceso no resuelve el negocio jurídico; por el contrario se resuelve los efectos de la relación contractual, restituyéndose las prestaciones correspondientes de las partes acordadas dentro del contrato. Debemos precisar que esta restitución no opera en el ámbito de contratos continuados; y no perjudica derecho de terceros que hayan adquirido de alguna de las partes contractuales con anterioridad a la sobreviniente resolución por incumplimiento, siempre y cuando hayan actuado de buena fe.

Analizada la consecuencia de la ruptura funcional del contrato sinalagmático, entre ellos *liberatorio*, *reintegrativo* y *restitutorio*; que van a producir consecuencias en la relación patrimonial originada por el contrato recíproco y sinalagmático; al sobrevenir en forma exógena al negocio jurídico el incumplimiento que impide que se mantenga el equilibrio funcional y económico entre las partes; interesa al campo del incumplimiento que éste sea objetivo, relevante e injustificado; ya que no se exige imputabilidad del deudor; sino que se revele



originando la frustración del objeto del contrato; es decir, imposibilidad injustificada del cumplimiento de la prestación de considerable importancia; ocasionada por una de las partes del acto jurídico contractual.

## 1.6. Tipos de resolución por incumplimiento

Habíamos señalado que la resolución por incumplimiento es un remedio del que puede hacer uso la parte cumplidora del contrato recíproco, sinalagmático; a fin de prevenir un mayor perjuicio económico sobre la parte que cumple su obligación; produciéndose la liberación de la o las obligaciones a su cargo, la reintegración de sus derechos y el resarcimiento económico por el daño producido por la contraparte.

Nuestro ordenamiento sustantivo civil regula tres tipos o modalidades de resolución: judicial-arbitral (artículo 1428), intimación (artículo 1429), y cláusula expresa (artículo 1430). También podemos referirnos al vencimiento del plazo esencial, el cual no se encuentra aún previsto en nuestra legislación; sin embargo, las partes pueden contratar bajo sus presupuestos y requisitos; en mérito a su libre y lícito consenso.

En doctrina italiana se conocen tres tipos de remedios contractuales que intrínsecamente contienen a los diversos tipos y modos de resolución por incumplimiento como el remedio *negocial*, remedio *judicial* (procesal) y remedio *legal*.

Un primer criterio se refiere al modo de su activación: *negocial*, *judicial* (procesal) o bien *legal*. Algunos remedios pueden activarse mediante una iniciativa de la parte, que consiste en una manifestación de la voluntad *negocial* (...) Es el caso, aún, de la intimación a cumplir, o de la declaración de valerse de la cláusula resolutoria expresa, con la cual la parte puede determinar la resolución del contrato. Otros remedios presuponen también una iniciativa de la parte: pero en la forma de acción *judicial*, porque su actuación tiene como lugar necesario el proceso, y como medio necesario la acción del juez. Es el caso de las *resoluciones judiciales* por incumplimiento (...). En todos estos casos, la cancelación de los efectos contractuales se determina con el pronunciamiento *judicial*: al que se atribuye por ello naturaleza constitutiva. Finalmente, otros remedios operan *ipso jure*: la cancelación de los efectos contractuales se produce automáticamente, por la verificación de las circunstancias a las que la ley vincula. Piénsese en la resolución “de derecho” por vencimiento del plazo esencial (...). También en relación a estos remedios puede tenerse pronunciamiento del juez: pero será un pronunciamiento declarativo, de mera declaración, en cuanto dirigido simplemente a determinar que la cancelación de los efectos contractuales se ha producido, por haberse verificado los presupuestos a los que la ley la vincula (Roppo 2009:669-670).

Así, con la clasificación de los tipos o formas del derecho de impugnación vía resolución por incumplimiento, denominados remedios *negociales* que pueden ser *judicial* y *extrajudicial*; debemos ocuparnos de su tratamiento, subsumiéndolos dentro de los presupuestos de nuestro ordenamiento civil.

Doctrina nacional, respecto a los tipos de resolución afirma: “La resolución es el remedio que significa la disolución de la relación contractual, la que puede ser imputable a una de las partes, o se puede deber a un evento extraño a ellas, conocido también como causa no imputable. El remedio resolutorio se encuentra recogido a través del artículo 1428 del Código Civil peruano” (Buendía 2016:52).

En tal ámbito, los remedios se pueden clasificar en remedios generales de tutela del crédito y los remedios específicos que buscan la tutela del contrato. Dentro del primer grupo, por un lado, el remedio general para proteger el crédito es el resarcimiento del daño. Por otro lado, el remedio general es la acción de cumplimiento mediante la cual el acreedor puede obtener la condena del deudor para cumplir. Debemos agregar que los remedios generales para la tutela del crédito son aquellos que protegen contra el incumplimiento cualquier posición creditoria con prescindencia de su fuente (Buendía 2016:47).

Según Buendía, la resolución en general está basada en la Ética a Nicómaco, a través del juicio de justicia correctiva, activada en el momento que la operación económica de los contratos, el sinalagma funcional se ve afectado por el desequilibrio patrimonial. Afirmar: el legislador ha decretado remedios de naturaleza general y particular; el *primero* establecido en el numeral 1219 de la norma civil, autorizando al titular de la acreencia: (i) el ejercicio de medidas legales pertinentes y establecidas en la norma; (ii) la ejecución forzada por el propio acreedor; (iii) la ejecución forzada por un tercero; y (iv) la tutela resarcitoria; como mecanismo que regulariza la patología contractual sobrevenida; levantando todo tipo de retardo permitiendo la satisfacción del interés crediticio. El *segundo*, de efecto resolutorio porque disuelve el contrato a fin que la parte afectada se libere del incumplimiento a través de los modos, tipos y formas establecidos en la norma sustantiva: (i) resolución por incumplimiento; (ii) judicial-arbitral; (iii) cláusula resolutoria expresa; y (iv) vencimiento del plazo esencial (2016:72).

El Código Civil peruano establece dos formas o modos de resolución, judicial y extra judicial. En la primera forma de resolución encontramos al remedio judicial-arbitral que destruye y extingue los efectos de la relación de funcionalidad nacida del contrato válidamente pactado, mediante la emisión de sentencia constitutiva judicial o arbitral; y en la segunda forma a los remedios negociales de derecho, ejercidos directamente por el acreedor insatisfecho como mecanismo de autorregulación de las partes, en la que no es necesario acudir ante el órgano jurisdiccional; toda vez la propia parte afectada puede resolver y destruir los efectos del contrato recíproco en forma automática; previa verificación y cumplimiento de requisitos establecidos en la ley; para resolución por intimación y cláusula expresa.

Sobre la diferencia en las formas o tipos de resolución; una se denomina resolución automática de pleno derecho, y otra la resolución judicial que es constitutiva. Constituye la resolución automática de derecho un mecanismo de autorregulación entre las partes; obedece a cuestiones privadas; tiene mayor celeridad en su ejecución porque depende del criterio discrecional de las partes; a diferencia de la judicial que solo producirá los efectos resolutorios con la sentencia constitutiva; siempre y cuando el Juez o el Arbitro avale y apruebe las consideraciones de la parte afectada que recurre en tutela.

Respecto a los tipos de resolución, en el artículo del profesor Barchi: “La importancia de hacer cumplir los contratos: remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito”; identificamos a los *remedios específicos* entre los cuales se encuentra la resolución; como opción de tutela de crédito en favor del acreedor.

Ante las diversas hipótesis de lesión del derecho de crédito el Derecho de Contratos otorga al acreedor, ciertos “remedios”. A través de ellos, se pretende brindar seguridad para el intercambio de bienes y servicios en el mercado. Frente a la lesión del derecho de crédito el acreedor puede recurrir a los remedios que el ordenamiento jurídico le brinda. Los remedios frente a la lesión del derecho de crédito o los medios de tutela del crédito “son un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta o defectuosa o existe la

posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción puedan producirse. Se trata de una reacción del ordenamiento jurídico frente a una serie de actos de contravención del derecho” [...]. Los remedios pueden ser “remedios generales de tutela del crédito” y “remedios específicos de tutela del contrato”. Los “remedios generales” son aquellos que tutelan contra la violación de cualquier situación creditoria sin importar su fuente, en el Código Civil se encuentran regulados en el artículo 1219°. Los “remedios específicos” son los remedios que tutelan la parte contractual en los contratos con prestaciones recíprocas y están regulados en el Código Civil en la parte relativa a los contratos (Barchi 2016:121-122).

El citado autor, al referirse a los “remedios específicos” señala en primer lugar la resolución, excepción por incumplimiento y excepción por caducidad del plazo; de las citadas, nos interesa resolución por falta de cumplimiento. Considera que la importancia de los contratos radica en la función primordial del Derecho de contratos; ya que proporciona un conjunto de reglas que garantizan su cumplimiento; con el objetivo de asegurar el derecho de los contratantes que se cumpla la realización de sus deseos en lo pactado en el contrato, coadyuvando al tráfico de bienes y servicios (de derechos) transmitiéndose el intercambio de las manos que menos valoren a manos que valoren más; porque así lo pagaron.

Nuestro ordenamiento tiene similar tratamiento que el brindado a la resolución por incumplimiento en el derecho italiano; y ello es así, porque se ha inspirado en la fuente legislativa del *Código Civile Italiano de 1942*.

A continuación procederemos al estudio y análisis de diversos tipos y formas de resolución existentes en nuestra legislación sustantiva: resolución judicial-arbitral, intimación, cláusula expresa y vencimiento del plazo esencial; la que aún no se encuentra legislada en nuestro país; sin embargo, puede ser pactada en los contratos en ejercicio del libre consenso voluntario lícito de los sujetos vinculados por el contrato.

### **1.6.1. Resolución judicial o arbitral**

La resolución judicial o arbitral es una forma de resolución que se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo civil, no es un mecanismo de autorregulación ni de derecho pleno, ya que la resolución que extingue los efectos del contrato, en esta modalidad deberá ser emitida mediante sentencia constitutiva o laudo arbitral.

“Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación” (Código Civil del Perú).

Resolver el contrato se produce por dos opciones alternativas: la resolución judicial y la resolución negocial o de derecho. Sobre la resolución judicial dice: “La resolución judicial se actúa mediante la *sentencia* del juez. Esta implica un *proceso* abierto por la *demanda* del legitimado: lo alude claramente el art.1453, que habla de “juicio” y “demanda” ” (Roppo 2009:881). Infiriéndose que la resolución judicial se obtiene dentro de un proceso judicial en el cual es protagonista principal el Juez, quien administra justicia y procederá a resolver de acuerdo al aporte del demandante; valorando los hechos y la magnitud de la gravedad del incumplimiento que se demanda respecto a una parte contractual; para finalmente decidir en sentencia constitutiva; si efectivamente es fundada la demanda invocada.

Es fuente legislativa de inspiración de este tipo de *resolución judicial* la disposición legal contenida en su artículo 1453 del *Código Civile Italiano, de 1942*.

Artículo 1453.- *Posibilidad de resolver del contrato por incumplimiento*. En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su prestación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento de daños. La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiera demandado la resolución. Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación (Messineo 2007:838).

Son normas muy parecidas, donde en común se advierte que el titular del crédito o la parte fiel de la relación negocial, en primer término goza del derecho a que se cumpla su prestación, porque aún mantiene el interés en su cumplimiento así sea a destiempo; caso contrario accionar la resolución judicial.

En doctrina contractual de Italia, a la cual pertenecemos por tradición; a diferencia de la resolución judicial, se contrapone la resolución automática o de derecho, que en nuestra legislación se denomina intimación-autoridad del acreedor y cláusula resolutoria expresa.

Se ha desarrollado la hipótesis en la cual el contratante se dirige al juez para solicitar la resolución. Esta es la resolución pronunciada por el juez y, por lo tanto judicial. Sin embargo, hay casos en los cuales no es necesario recurrir a un tribunal para resolver el contrato: en algunas hipótesis determinadas la resolución opera automáticamente (o de derecho). Se trata de tres casos en los cuales hay: cláusula resolutoria plazo esencial, desconfianza para cumplir (Alpa 2015:267).

En efecto, la resolución judicial determina la legitimidad, titularidad y por ende el beneficio en favor del acreedor diligente de la prestación incumplida o no ejecutada; es decir, el insatisfecho; no gozando de este derecho el deudor de la prestación no cumplida, ya que no puede invocar su propia culpa; y que sea premiado liberándose con la extinción de la obligación no cumplida.

Este tipo de resolución, constituye el ejercicio del derecho potestativo concedido por el legislador en favor del acreedor; parte fiel y cumplidora del contrato, otorgándole el ejercicio discrecional en caso lo desee, de iniciar la demanda de su pretensión contra la parte infiel e incumplidora del contrato, que se va ventilar mediante un proceso a cargo del juez o del árbitro; con ocasión del incumplimiento sobrevenido en el ínterin de la funcionalidad del contrato recíproco.

Esta modalidad de resolución se origina por la decisión de acreedor de finalizar, cesar, frustrar y por ende extinguir los efectos del contrato; entendemos, porque ya no le resulta útil su cumplimiento o ha perdido el interés en su obtención; mecanismo que opera después de haber descartado las prerrogativas de emplear las medidas legales autorizadas por la ley en su favor para procurarse y lograr la satisfacción de su crédito. En tal sentido, nos encontramos en el supuesto que el acreedor lesionado en su crédito ha realizado la opción para él más conveniente; la cual es desligarse o desvincularse definitivamente de la relación patológica originada por el desequilibrio sinalagmático de una de las partes.

Este accionar de la resolución judicial o arbitral no afecta la estructura del contrato recíproco; toda vez que el incumplimiento es sobrevenido con posterioridad a su celebración; una de

las partes no cumple el acuerdo al que se comprometió y ello afecta a la contraparte; origina la ruptura del equilibrio que existió en la formación y celebración del contrato.

Los presupuestos de resolución por incumplimiento en sus diversas formas son la existencia del contrato recíproco, incumplimiento de prestación de trascendencia y considerable gravedad, inexistencia en el accionar del acreedor de abuso del derecho; en concordancia con el artículo II del Título Preliminar de la norma sustantiva: “La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda” (Código Civil del Perú).

El mecanismo resolutivo de incumplimiento judicial, no exige la presencia de mala fe del deudor, tampoco la presencia del dolo en el accionar del deudor, el incumplimiento debe ser de naturaleza objetiva, no requiriéndose imputación de culpabilidad, tampoco que esté constituido en mora. No está contemplado en este modo o tipo de remedio los presupuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o del propio acreedor.

Así interpuesta y admitida la demanda de resolución por incumplimiento judicial o arbitral, notificada la parte emplazada se encuentra impedida de cumplir con la prestación demandada. Los hechos jurídicos pasibles de ser demandados son el incumplimiento total, tardío, defectuoso o parcial del contrato; que se subsuman dentro del incumplimiento grave y objetivo; siendo irrelevante la culpa, dolo, caso fortuito o hecho de terceros.

Debemos precisar, en caso el titular de la acreencia acreedor haya optado el camino de extinción de la funcionalidad del contrato, por resolución judicial; ésta voluntad de resolver es la que va decidir la sentencia resolutoria; ya que el acreedor dentro del proceso no podrá variar su pretensión a una de cumplimiento de la pretensión; y por el lado del órgano jurisdiccional; el Juez, no puede modificar la pretensión resolutoria demandada; salvo los casos de abuso de derecho como por ejemplo que se pretenda resolver un contrato sobre un “incumplimiento” que no es grave o de importancia; por lo que verificando el Juez la importancia y consideración del incumplimiento; debe pronunciarse en sentencia.

Al sobrevenir el incumplimiento dentro de la funcionalidad del contrato, el acreedor titular de la obligación; al verse perjudicado, tiene la opción de proceder a la ejecución forzada, o de ejercer el derecho potestativo de la resolución; derecho exclusivo del titular de la acreencia; no correspondiendo el mismo derecho al deudor por constituirse en la parte infiel fruto de la obligación impaga; porque sería incongruente que este derecho sea otorgado al deudor que no cumplió la obligación pactada; y que pese a ello por acto propio le sea concedido el ejercicio para extinguir y desvincularse de una obligación que el mismo ha incumplido.

Es decir, se puede accionar la resolución judicial o arbitral; cuando haya sobrevenido el incumplimiento sin imputación de culpa, dolo, caso fortuito o fuerza mayor, debe ser un incumplimiento objetivo relevante y de trascendencia. Sus presupuestos son: la existencia de un contrato sinalagmático, del acreedor insatisfecho con su acreencia, y que se encuentre legitimado para accionar ante el órgano jurisdiccional, es decir que no haya incurrido en incumplimiento de la obligación a su cargo.

En tal sentido en este tipo de resolución judicial- arbitral, le corresponde al Juez o Árbitro decidir si cumple los requisitos y presupuestos para expedir mediante sentencia constitutiva resolución de acuerdo a su prudente arbitrio.

## 1.6.2. Resolución por intimación o autoridad del acreedor

Esta modalidad de derecho potestativo permite la extinción de los efectos del contrato, pertenece al grupo de resolución negocial o de pleno derecho, al conferir al titular el derecho de ejercer mecanismos de autorregulación directa, extrajudicial frente al deudor de la relación contractual.

“Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios” (Código Civil del Perú).

Abundando en mayores elementos que nos permitan diferenciar la resolución judicial de la resolución negocial por intimación-autoridad del acreedor, segunda opción de remedio extintivo contractual.

Se le contrapone a la resolución de derecho, que no es determinada por sentencia porque se actúa *fuera de un proceso*. Esta opera en tres situaciones: cuando la víctima dirige al incumplidor una intimación a cumplir, y no obstante está el incumplimiento persiste; cuando en el contrato existe una cláusula resolutoria expresa, y el incumplimiento corresponde a la previsión de ésta; cuando el incumplimiento consiste en el retardo por inobservancia de un plazo esencial (Roppo 2009: 881).

La opción resolución contractual por incumplimiento negocial o vía extrajudicial, se torna en un mecanismo de celeridad, en ésta modalidad las partes adoptan mecanismos de autorregulación privado; evitando las demoras acontecidas vía resolución judicial.

El remedio por intimidación es considerado un mecanismo resolutorio de derecho que opera de pleno derecho en forma automáticamente; previo al cumplimiento de requisitos para su eficacia, como la obligación de remisión de la carta notarial brindando al emplazado incumplidor no menos de quince días de plazo la oportunidad del cumplimiento de la prestación a su cargo. Sin embargo, consideramos que este mecanismo remedial de extinción de los efectos del contrato, no ha tenido el auge e impacto suficiente en nuestra legislación. Constituye una fórmula eficaz para el acreedor diligente, respecto a su esperanza que se cumpla en un “plazo extraordinario” la prestación incumplida dentro del “plazo ordinario”.

Este tipo de resolución, en comparación con la resolución judicial o arbitral; revela grandes diferencias y ventajas en el período de tiempo en que se va solucionar la coyuntura del incumplimiento. En la resolución judicial o arbitral; las partes deben someter su controversia ante un tercero: Juez o Arbitro; supuestos que conllevan a tener que afrontar vicisitudes y largos trámites procesales engorrosos; los cuales por lo general, salvo escasas excepciones requieren del transcurso de meses o tal vez años; antes de obtener el pronunciamiento vía sentencia judicial o laudo arbitral, que por cierto, no brindan la seguridad necesaria; si la pretensión demandada sea finalmente amparada.

Teniendo en cuenta la argumentación expuesta, asumimos que el plazo otorgado en no menor de quince días, o mayor plazo en caso así sea emplazado (nunca menor); constituye el acto jurídico unilateral del derecho potestativo del acreedor; sobre el que no cabe revocación o retracto; que permite a las partes a través del “plazo extraordinario” renacer y recobrar la vigencia del “plazo ordinario” que ya había caducado; en tal virtud, puede conseguir de forma rápida el cumplimiento de la prestación incumplida; y, en caso se mantenga la actitud del deudor, también obtener en forma rápida la resolución del contrato.

Otra diferencia, es que en el mecanismo resolutivo de intimación, existe la esperanza o posibilidad que la prestación se cumpla dentro del plazo extraordinario concedido por el acreedor diligente. Contrario al artículo 1428 de la norma civil en su última parte: “(...) A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación” (Código Civil del Perú).

La forma resolutiva por intimación, contiene un acto unilateral y extrajudicial del acreedor titular del derecho potestativo; asimismo como el apercibimiento de resolución negocial o de derecho.

*Otro modo* de resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte-al que puede recurrirse en lugar de la demanda judicial de resolución, mientras dure el estado de incumplimiento —está constituido por un acto *unilateral* y *extrajudicial*, a saber, por la *intimación* (escrita) hecha a la parte *incumpliente* 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 resuelto (art.1454 primero y segundo incisos) (resolución por autoridad del acreedor) (Messineo 2007:723).

En lo que respecta al apercibimiento contenido en el acto unilateral del acreedor de la prestación insatisfecha, se requiere que sea formulado con claridad y precisión; que se entienda con extrema facilidad que su reiterado incumplimiento; generará automáticamente la resolución del contrato; y, de no procederse en la forma descrita, será sancionada con su ineficacia.

La fuente legislativa de inspiración del tipo de *resolución por intimación o autoridad del acreedor* es el artículo 1454 del *Código Civile Italiano, de 1942*.

Artículo 1454.- *Intimación al cumplimiento*.- Ante el incumplimiento de una de las partes, la otra puede intimarla, por escrito, para que cumpla dentro de un plazo razonable, con la declaración de que si dicho plazo se vence inútilmente, el contrato se tendrá, sin más, por resuelto. El plazo no puede ser inferior a quince días, salvo pacto distinto de las partes, o salvo que por la naturaleza del contrato, o según los usos, resulte razonable un plazo menor. Transcurrido el plazo sin que el contrato sea cumplido, éste queda resuelto de pleno derecho (Messineo 2007:838).

También podemos remitirnos al parágrafo 326 del Código Civil Alemán (BGB).

Parágrafo 326.- Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra parte puede señalarle un plazo prudencial para la efectución de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o a desistir del contrato (Código Civil Alemán).

Nótese que en el parágrafo 326 del BGB se consigna el término “desistir” vinculado al instituto jurídico del receso o desistimiento contractual unilateral. Es así que tanto la resolución por incumplimiento como el receso o desistimiento contractual unilateral se confunden; no obstante el “desistimiento” constituye un acto unilateral que permite al titular de este derecho proveniente de la ley o del convenio-contrato hacer uso de este mecanismo resolutivo unilateral extrajudicial.

En el marco nacional es bien definido el mecanismo resolutivo de resolución por intimación o autoridad del acreedor.

Si la parte fiel elige, en la primera opción, la vía extrajudicial deberá requerir a la parte infiel para que satisfaga su prestación y, sólo si ésta no lo hiciera dentro del plazo señalado, se resolverá extrajudicialmente el contrato. Debe tenerse presente que la elección de esta vía determina que la parte fiel pierda la posibilidad de solicitar, dentro del indicado plazo, la resolución del contrato. Vencido el plazo sin que la parte infiel satisfaga su prestación, el contrato quedará automáticamente resuelto, de tal manera que la parte fiel no podrá ya solicitar la ejecución. En síntesis, si la parte fiel opta por la vía judicial y, dentro de esta opción, elige la resolución del contrato, la parte infiel queda impedida de ejecutar su prestación. En cambio, si la parte fiel opta por la vía extrajudicial, la parte infiel podrá ejecutar su prestación dentro del plazo que se le conceda, pero con la espada de Damocles de resolverse automáticamente el contrato si no lo hiciera. Se trata, pues, de un *quid pro quo* (De La Puente 2017:125).

Es importante, que la misiva extrajudicial a través de la carta de intimación al deudor puntualice claramente en que consiste el cumplimiento de la obligación de forma clara y concreta, así como deberá concederle el plazo de quince días, nunca inferior para que cumpla con la obligación, señalando expresamente que si no honra su obligación el contrato se resolverá automáticamente de pleno derecho.

Se trata aquel de un mecanismo de resolución extrajudicial que no requiere de estipulación previa. Consiste en que ante el incumplimiento de un contratante, la parte perjudicada puede intimarlo para que cumpla, señalándose al efecto un determinado plazo pero advirtiéndolo al efectuar la intimación que el contrato queda resuelto si al término de dicho plazo el deudor persiste en el incumplimiento. Si el deudor no satisface la prestación dentro del plazo concedido, como efecto directo e inmediato, se produce, sin más requisito, la resolución de la relación contractual (Forno 1987:122).

Según Forno, constituye mecanismo alternativo opcional a la vía de resolución judicial, en la vía judicial; así como a la vía negocial de derecho o directa la intimación, cláusula expresa y vencimiento de plazo esencial; las que integran gamas alternativas para las diferentes situaciones que pudieran presentarse en el *interín* de la relación negocial, todas encaminadas a la obtención del mismo resultado, extinguir futuros efectos de la relación funcional.

El mecanismo resolutorio por intimación del acreedor surte efecto en el contrato recíproco incumplido, en el supuesto que los sujetos contractuales no hayan estipulado en el contrato recíproco cláusula resolutoria expresa, y consecuente resolución de sus efectos funcionales. En ese caso, tiene campo de acción la resolución por intimación; mecanismo establecido en la ley, en el cual las partes no lo han establecido en el contrato, pero está en la exclusiva decisión unilateral del acreedor de la parte insatisfecha de la relación contractual a que lo ejerza contra el deudor.

Si las partes han pactado expresamente la cláusula resolutoria, entonces el acreedor se servirá de ella cuando se presente el incumplimiento de la obligación que tuvieron en miras al estipularla. Si el pacto comisorio no se ha incluido en el programa contractual y se produce el incumplimiento de una obligación no sometida a un plazo que pueda considerarse esencial para la parte perjudicada, sólo quedan como alternativas demandar la resolución en la vía judicial o poner en movimiento el mecanismo extrajudicial de resolución por autoridad del acreedor. Se optará por la primera solución si el acreedor ha perdido ya todo interés en la pretensión y un cumplimiento a esas alturas podrá perjudicarlo antes que beneficiarlo; aprovechará para agregar a su demanda el resarcimiento de los daños y perjuicios. Se optará por la segunda vía si lo que desea el acreedor es el cumplimiento o la resolución pero en un breve término para evitar los graves perjuicios que aún no experimenta y que una demora en obtener cualquiera de las dos finalidades (cumplimiento



o resolución) podría ocasionarle. Finalmente si el plazo en el que debía ejecutarse la prestación era esencial y determinante para celebrar el contrato, el acreedor puede permitir que la relación contractual se resuelva cuando al vencimiento de tal plazo no se ejecuta la prestación debida, pues el cumplimiento tardío no produciría la satisfacción de su interés (Forno 1987: 122-123).

El autor sostiene que el remedio contractual vía intimación-autoridad del acreedor constituye una alternativa en favor de la parte perjudicada, en tal sentido si lo decide a través de un acto de voluntad unilateral puede accionar la resolución vía intimación, la que no es necesaria haberla pactado en el contrato recíproco y sinalagmático porque se encuentra en la ley como política de tutela al crédito y al acreedor diligente. Es un mecanismo célere, y una de las opciones de las que goza el acreedor, toda vez que también tiene la opción de procurar la obligación insatisfecha así sea a destiempo, cuando ya ha caducado el plazo para la prestación a tiempo, pero sin embargo mantiene el interés en su acreencia.

Sobre los elementos del requerimiento vía intimación, el *primer elemento* lo constituye el otorgamiento del plazo imperativo no menor de quince días.

El requerimiento de cumplimiento dentro de un plazo prefijado. Desde la perspectiva del derecho comparado italiano, el plazo para el cumplimiento se da dentro de un plazo “razonable”. Cabe resaltar que en el Perú, dicho plazo no puede ser menor a los 15 días, por ser dicho plazo fijado mediante una norma imperativa. En virtud a lo antes afirmado, la autonomía privada no puede pactar un plazo menor al establecido en el Código Civil peruano. Por el contrario, debemos resaltar que en el derecho italiano se deja a salvo la posibilidad de que el contrato mismo indique un plazo distinto. Esto se puede apreciar de la lectura del artículo 1454 del *Código* señala que por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte conveniente un plazo menor de 15 días (Buendía 2016:62).

Compartimos su posición respecto a que el plazo del requerimiento al cumplimiento de la obligación no puede ser menor de quince días; toda vez que reducirlo a criterio discrecional de titular del crédito irrogaría atentar contra norma expresa de orden público previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

De otro lado, el espíritu del legislador ha sido proporcionar un mecanismo rápido y eficaz para que el acreedor diligente, en caso lo considere pertinente, y actuando de acuerdo a principios y reglas de la buena fe conceda a la parte infiel el plazo no menor de quince días; sin perjuicio que pudiera ser mayor, según la naturaleza y complejidad de la prestación a ejecutar.

El plazo no menor a quince días resulta razonable, teniendo en consideración su “excepcionalidad” toda vez, que en el plazo ordinario, el deudor no cumplió con satisfacer la prestación a su cargo; siendo ello así, constituye potestad exclusiva del acreedor, a título de acto jurídico unilateral, no resolver el contrato y efectuar el trámite previo de la intimación; argumentándose sobre ello, que al optar por la concesión adicional evidencia su interés en el cumplimiento de la pretensión; caso contrario recurriría a la resolución por vía judicial o arbitral.

Asimismo, sobre el *segundo elemento* del requerimiento vía intimación; que transcurrido el plazo concedido no se llega a honrar la obligación el contrato se considera resuelto.

En lo que respecta al segundo elemento de la intimación es (ii): la declaración del transcurso del plazo. Una vez que se compruebe el transcurso del lapso concedido sin que la actuación del deudor, el contrato se considerara resuelto. De acuerdo a lo expresado por Roppo, el

rigor es justificado: el destinatario de la intimación debe saber que no ha recibido un genérico estímulo, sino un acto capaz de provocar la destrucción del contrato-si persistiera en el incumplimiento-. Por esto no existe la intimación a cumplir si el intimante se limita a declarar que vencido el plazo asignado, accionará para la resolución (se entiende judicial). En el derecho peruano, no se puede pactar en contra de los 15 días, debido a que se trata de una norma imperativa y, además se carece al menos del segundo párrafo del artículo 1454 del *Código* (Buendía 2016: 62-63).

Lo señalado se relaciona directamente con el contenido del requerimiento a honrar la obligación contractual de la parte fiel a la contraparte; en este punto se requiere que el titular de la obligación incumplida, la parte infiel actué de acuerdo a reglas de buena fe objetiva. Para la validez y eficacia de la carta notarial intimidatoria se requiere el cumplimiento de 03 elementos; *primero* el pedido del cumplimiento de la prestación incumplida en forma precisa que no dé lugar a dudas o al cumplimiento defectuoso de la obligación; *segundo* el establecimiento del plazo, que según nuestro marco normativo no puede ser inferior a quince días; y *tercero*, el apercibimiento que en caso no se cumpla con la prestación, procederá automáticamente y de pleno derecho la destrucción de efectos de la relación negocial.

Si la carta intimante del acreedor diligente, no contenga los elementos señalados; ésta deviene en ineficaz, y no opera los efectos de la intimación; manteniéndose la vigencia de la relación jurídica nacida del contrato recíproco válidamente celebrado.

Sin embargo, es posible subsanar dichas irregularidades mediante la renovación de la carta de intimidación en forma eficaz, concediendo un prudente, conveniente y racional plazo a fin de lograr el cumplimiento de prestación insatisfecha conforme al marco legal del artículo 1429 de la norma civil; mínimo 15 días; y, en caso el acreedor ya no tenga interés del cumplimiento de la prestación insatisfecha, tiene opción a recurrir vía judicial-arbitral a solicitar la extinción de los efectos del contrato; así como indemnización por daños. Y, al igual que en el supuesto de resolución judicial- arbitral, el sujeto contractual infiel tiene como única opción para evitar se resuelva el contrato, honrar cumpliendo y ejecutando la obligación a su cargo en ese período, antes que tenga el conocimiento del petitorio en la demanda judicial-arbitral vía su válida notificación.

Conviene analizar brevemente del concepto de la institución jurídica de mora; regulada por nuestro ordenamiento civil.

Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

- 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2.- 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.
- 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor (Código Civil del Perú).

En doctrina nacional no existe consenso pleno al respecto, y ampliando el tratamiento sobre determinada vertiente doctrinal respecto a la constitución en mora.

(...) la constitución en mora es, en realidad, 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. Todo esto hace pensar que 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 con ese lapso, pues sería abusivo no dejar al deudor el tiempo materialmente necesario para el cumplimiento (De La Puente 2017:110).

De acuerdo a lo previsto por el citado numeral 1333: “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación (...)” (Código Civil del Perú). Nuestro sistema exige como requisito previo a la constitución en mora su interpelación, concediéndole conveniente y racional lapso prudente de tiempo, entre el requerimiento y la resolución vía intimación; a fin que la parte infiel pueda cumplir la obligación insatisfecha, caso contrario significaría un ejercicio abusivo y arbitrario el no conceder al deudor el plazo mínimo para cumplir la obligación.

Con relación a la mora, la norma prevista en el numeral 1429 del Código sustantivo, expresamente no lo establece; tácitamente el deudor debe encontrarse o haberse constituido en mora; para que proceda a realizar el requerimiento vía intimación.

De La Puente, señala reparos sobre la regulación del numeral 1335: “En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá” (Código Civil del Perú). Siendo la interpretación ante el hecho que cualquiera de los sujetos contractuales honre y cumpla su prestación, la contraparte queda automáticamente en mora; deviniendo en inútil la carta de intimación del acreedor al deudor.

Para el citado autor, se recortaría el derecho a la parte infiel en caso no sea compelida o interpelada mediante un prudente plazo concedido para cumplir la prestación a su cargo; en el hipotético caso que no honre la prestación estará constituida en mora. Solo después del trámite de la constitución en mora, la parte fiel de la relación contractual puede remitir carta intimidatoria por resolución del contrato vía negocial o de pleno derecho.

Lo expuesto implica se le otorgue al deudor un nuevo requerimiento con nuevo plazo en este caso no menor de quince días; argumento del cual la doctrina nacional no mantiene un criterio uniforme y claro sobre la constitución en mora y posterior extinción de la relación funcional vía intimación-autoridad del acreedor.

En tal sentido, consideramos que el resolutivo de intimación, regulado por el numeral 1429 de la norma sustantiva; constituye remedio negocial directo de autorregulación, eficaz otorgado por el legislador en favor del acreedor diligente a título de derecho potestativo; a fin que, de considerarlo conveniente, opte por resolver la relación funcional de pleno derecho vía intimación. Y para su plena eficacia resulta necesaria la existencia del contrato sinalagmático, existencia de la parte infiel de la relación, existencia de la contraprestación incumplida, carta notarial de intimación concediendo plazo mínimo de quince días para el cumplimiento, apercibimiento intimante que debe ser expreso, claro y preciso, dejando preparado el camino en caso no se cumpla con el requerimiento contenido en la carta notarial, el negocio quedará resuelto automáticamente de pleno derecho.

Asimismo, éste remedio negocial de resolución extrajudicial intimación-autoridad del acreedor, constituye un mecanismo particularmente eficaz de solución de conflicto contractual, que brinda eficacia y celeridad a la parte perjudicada, resultando potencialmente beneficiosa, antes que recurrir a la vía judicial o arbitral, por la existencia en dicha sede judicial de considerable carga procesal; que para conseguir sentencia ejecutoriada que cause estado;

y se pueda ejecutar, deberían transcurrir aproximadamente más de tres años; por lo que en costo-beneficio reiteramos resulta adecuado abordar la solución de la relación patológica entre las partes por intermedio del mecanismo remedial de resolución extrajudicial vía intimación-autoridad del acreedor.

### 1.6.3. Resolución por cláusula expresa

Esta modalidad de derecho potestativo permite la extinción de los efectos del contrato, también pertenece al grupo de resolución negocial o de pleno derecho, al conferir a su titular el derecho de ejercer mecanismos de autorregulación directa, extrajudicial frente al deudor de la relación contractual.

“Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria” (Código Civil del Perú).

Resolución en modalidad de cláusula expresa, pertenece al grupo de la resolución negocial de pleno derecho; concebida también como mecanismo eficaz y eficiente de tutela de la parte afectada en la relación negocial; derecho potestativo, que en el caso de ser optado por el acreedor fiel del negocio jurídico, cumpliendo los presupuestos establecidos en la ley; extingue los efectos del contrato vía extrajudicial por incumplir la cláusula resolutoria expresa, también denominada “pacto comisorio” Siendo la cláusula especial o resolutoria la base sobre la que gira el mantenimiento o ruptura del contrato vía este mecanismo resolutorio. En efecto, su eventual incumplimiento en tiempo y modo, concede al titular de la acreencia, el derecho potestativo, entendido como el poder de accionar de pleno derecho la resolución del contrato extrajudicialmente; cumpliendo el requisito de poner en conocimiento de la parte infiel de la relación negocial, la decisión de ejecutar la cláusula de resolución expresa convenida entre los sujetos contratantes; y cuando esta declaración llega al conocimiento de la parte infiel, de pleno derecho opera la resolución automática del contrato; comunicación y declaración irrevocable para el acreedor y recepticia para el deudor.

La fuente de inspiración del legislador peruano del modo cláusula resolutoria expresa, la encontramos en el numeral 1456 del *Código Civile Italiano de 1942*.

Artículo 1456.- Cláusula resolutoria expresa.-Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la resolución se produce de pleno derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que pretende valerse de la cláusula resolutoria (Messineo 2007:839).

Al respecto, sobre este tipo o modo remedio de extinción negocial del contrato.

Un tercer *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* (especialmente relativas al tiempo y al modo del cumplimiento) *establecidas entre las partes* (art.1456, primer inciso) (Messineo 2007:725).

Esta modalidad de resolución de derecho ha sido recogida por el artículo 1430 de nuestro ordenamiento civil: “Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria” (Código Civil del Perú).

Este mecanismo resolutivo negocial de derecho, estuvo inspirado en el numeral 1456 del *Código Civile Italiano* de 1942; cuyo principal elemento es el “pacto comisorio” o convenio reconocido por la ley que debe contener dos presupuestos para su plena eficacia, en caso sea accionado por la parte fiel del contrato: la existencia del incumplimiento objetivo y concreto que clara, específicamente y sin lugar a dudas haya sido previamente pactado en cláusula especial inserta a título de “pacto comisorio; y comunicación de la parte fiel -titular de la acreencia insatisfecha y titular del derecho potestativo de la resolución por incumplimiento- a la parte infiel del contrato – al deudor que no cumplió con honrar la obligación a la que se había comprometido – comunicando su decisión de ejecutar la resolución por cláusula expresa; y solo después de tal acto el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

Importante, en este punto es marcar la diferencia de este mecanismo remedial resolutorio de derecho, frente a los mecanismos también remediales resolutorios vía judicial-arbitral y por intimidación-autoridad del acreedor; las cuales operan ante la presencia de incumplimientos en “términos generales” contenidos en el contrato que podemos denominar “incumplimientos tácitos”; a diferencia del mecanismo cláusula resolutoria expresa, el cual opera ante el incumplimiento en “término especial o esencial” que podemos denominar “incumplimiento expreso”; el que figura en el pacto inserto dentro del contrato, conocido por la doctrina nacional y extranjera como “pacto comisorio” cuyo origen se remonta a la época del Derecho Romano; y, que en principio fue utilizado en el contrato de compra venta.

Otra diferencia que debemos establecer es la característica del “pacto comisorio” que constituye en cláusula expresa, *elemento accidental* de relación negocial; diferente a los mecanismos resolutivos previstos en los artículos 1428 y 1429 de la norma civil, considerado *elemento natural* de la relación negocial, que por cierto se encuentra en todos los contratos recíprocos o sinalagmáticos; el cual permite en los supuestos de los artículos mencionados accionar la resolución en general; en caso sea esa la opción por el acreedor insatisfecho; sin que se le exija el presupuesto de que se encuentre pactada previamente, al ser connatural en todo contrato por imperio de las citadas en el artículo 1428 y 1429 de la norma sustantiva; no obstante la salvedad que las partes expresamente hayan renunciado a este derecho potestativo.

Lo que contrariamente, no sucede en el resolutivo remedial previsto en el 1430 de la norma sustantiva, cuya cláusula especial o resolutoria denominada “pacto comisorio” tiene la característica de elemento accidental del contrato; es decir su existencia ha sido expresamente pactada por los sujetos de la relación negocial y conlleva según lo allí establecido, que al sobrevenir el incumplimiento; se activa el ejercicio de este remedio haciendo que opere de pleno derecho y en forma automática la relación funcional nacida del contrato válidamente celebrado entre las partes.

Con relación al momento en que se produce u opera la resolución vía cláusula resolutoria expresa, es importante tener presente la importancia de la *condictio juris* a fin que se torne en eficaz; declaración resolutoria que es aparejada a la sentencia.

Es necesario precisar los efectos de la cláusula resolutoria. Sostiene Barbero, comentando el artículo 1456 del Código civil italiano, que “el incumplimiento, como tal, no despliega por sí el efecto resolutorio, sino que deja subsistir siempre la facultad de opción, en la otra parte, entre el cumplimiento y la resolución, facultad que sólo desaparece con la efectiva elección hecha por medio de la declaración de servirse de la cláusula”, agregando que el

efecto resolutorio está propiamente ligado a esa *declaración*, que sustituye a la *sentencia*, pero no constituye *condición*, sino más bien una *condictio juris* de la eficacia de la cláusula. (..) Surge la duda al leer este comentario, si el incumplimiento, como tal, no produce la resolución, sino que ésta solo existe por razón de la declaración, o sí, por el contrario, el incumplimiento origina la resolución prevista en la cláusula, pero que ella es ineficaz en tanto no se produzca la declaración, que es la que concede efectos a la resolución (De La Puente 2017: 142).

La resolución de este tipo tiene como presupuesto el incumplimiento del “pacto comisorio” inserto en la cláusula consensuada entre las partes; de la cual una de ellas, la parte infiel no cumple con la prestación a la que se obligó de acuerdo a su libre consentimiento. No obstante, el mero incumplimiento no hace operar automáticamente la resolución de derecho, ya que deviene en ineficaz; aquí viene el presupuesto- requisito que va otorgar eficacia a fin que surta efectos de derecho, la declaración mediante carta expresa y clara de la intención del acreedor de resolver la funcionalidad originada por el contrato válidamente celebrado.

El tipo resolución vía cláusula resolutoria expresa, es ampliamente tratada en doctrina Italiana.

Con la cláusula resolutoria expresa, eventualmente insertada en el contrato, se conviene que este se resolverá si una determinada obligación contractual resultara incumplida (art.1456). A diferencia de la intimación a cumplir, que reposa totalmente en la *voluntad unilateral* de la víctima del incumplimiento, aquí el mecanismo resolutorio se funda en la *acorde previsión de las partes* (Roppo 2009:884).

En efecto, esa es la diferencia existente entre la resolución en modo cláusula expresa, según nuestra normativa civil contenida en el artículo 1430 y resolución en modo intimación prevista en el artículo 1429 de la norma citada; sin embargo, constituye el derecho potestativo de la parte fiel de la relación negocial, a quien la ley le concede dicha potestad en ejercitar y decidir sobre ambos tipos o modos resolutivos, en caso de haber optado por la elección de extinción de la relación funcional sinalagmática nacida del contrato.

Con relación a la connotación e importancia del incumplimiento sea éste relevante o intrascendente.

El *incumplimiento* previsto por la cláusula resuelve el contrato solo si es *injustificado*, según la regla común. En cambio, no se precisa que tenga la entidad (la no escasa importancia) requerida en general por el art.1455. El sentido fuerte de la cláusula resolutoria expresa es precisamente este: excluye el examen minucioso del juez sobre el grado de importancia del incumplimiento, porque la *correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes*, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución (Roppo 2009:885).

En doctrina no existe consenso sobre la escasa importancia del no cumplimiento contractual, que las partes hayan pactado mediante el pacto comisorio, considerándose que el juez no puede pronunciarse respecto a la resolución sustentada en escasa importancia de la obligación.

Las posiciones están divididas, afirmándose que no cualquier incumplimiento justifica ejecutar el pacto comisorio, y para ello es necesario que el incumplimiento alcance cierta importancia y relevancia.

Sobre esta disyuntiva, en doctrina nacional existen pronunciamientos en favor de la resolución de pleno derecho en respeto a la autonomía de las partes.

Pienso que es necesario hacer un distingo. Si las partes determinan con toda precisión cuál es la pretensión, por insignificante que ésta sea, cuya inejecución absoluta o relativa da lugar a la resolución de pleno derecho, no cabe que el juez pueda impedir la resolución so pretexto de que el incumplimiento es de escasa importancia en relación con el objeto del contrato. Considero que si las partes, conscientes de la trascendencia grande o pequeña de la prestación, han pactado que su inejecución absoluta o relativa es causal de la resolución de la relación obligacional, este pacto debe respetarse en todos sus extremos. Por ejemplo, si en un contrato de arrendamiento se conviene que el arrendatario se obliga a renovar anualmente el seguro que cubre el bien arrendado y que cualquier retraso en el pago de la prima de renovación, por insignificante que sea, producirá la resolución del contrato, el arrendador puede valerse del pacto comisorio para que el contrato quede resuelto de pleno derecho si ocurre algún retraso en el pago de la prima. En cambio, si las partes se han limitado a convenir que el incumplimiento de una determinada prestación, establecida con toda precisión da lugar a la resolución de pleno derecho, sin hacer referencia a que el incumplimiento sea absoluto relativo, y ocurre que tal prestación es ejecutada casi en su totalidad, siendo lo que falta de muy escasa importancia, sería justificado que el juez impidiera la resolución de pleno derecho. Por ejemplo, si en un contrato de suministro de 100 uniformes se estipula que todas las prendas deben llevar colocados sus correspondientes botones, determinando el incumplimiento de esta obligación la resolución del contrato, la falta de algunos botones en una sola de las prendas puede justificar que el juez deje sin efecto la resolución y obligue al suministrante a colocar los botones faltantes. La diferencia entre uno y otro caso radica en que en el primero las partes concedieron expresamente importancia al cumplimiento total de la prestación, lo que no ha ocurrido en el segundo (De La Puente 2017:146-147).

Sobre lo reseñado por el citado autor con dos ejemplos; nos adherimos a su posición de considerar que en el primer caso no se atenta contra la buena fe, que debe existir en todo contrato; siendo correcto que se resuelva el contrato de pleno derecho, en caso se verificara el retraso, por insignificante que sea, respecto al pago de la prima del seguro, ya que ello constituía el “pacto comisorio”; caso contrario a lo que sucede con el segundo caso, en el cual no se estaría cumpliendo las reglas de la buena fe, al pretender resolver el contrato tan solo porque faltan algunos botones en un solo uniforme; es decir, incumplimiento de escasa importancia que además no había sido previsto por los sujetos de la relación contractual; siendo justo que el contrato se mantenga ya que era mínimo-una sola prenda-por lo que la buena fe apoya a la conservación del contrato.

De lo que se concluye, que en todo contrato recíproco, sinalagmático; se debe respetar el “pacto” el “convenio especial” que revela y evidencia que cualquiera sea la magnitud y trascendencia de la obligación incumplida; si ambas partes así lo establecieron en ejercicio de su libre voluntad; se debe dar cumplimiento al pacto; aplicando la buena fe objetiva contractual y evitando todo ejercicio abusivo que colisione con el artículo II del Título Preliminar de la norma sustantiva.

Sobre el momento que se produce la resolución de pleno derecho en esta modalidad de resolución vía cláusula expresa; sostenemos que ésta se concreta en el preciso momento de la comunicación a la parte infiel de la relación contractual; porque el solo “incumplimiento” no hace eficaz a esta resolución; es necesaria la comunicación al deudor porque ella hace eficaz la resolución del contrato.

El incumplimiento no determina automáticamente la resolución, sino que activa un poder de elección de la víctima (aquí ciertamente, a diferencia de lo que debe considerarse en

relación a la intimación a cumplir): si la víctima desea la resolución, tiene la carga de declarar al incumplidor “que pretende valerse de la cláusula resolutoria”, y solo por efecto de tal declaración “la resolución se verifica de derecho” (art.1456); a falta de declaración, el contrato no se resuelve (Roppo 2009:885).

En efecto, el solo incumplimiento no resuelve de pleno derecho vía modo cláusula resolutoria expresa, ya que tal supuesto corresponde a la resolución de hecho, que se torna insuficiente a ser considerada resolución de derecho; por ser irrelevante para producir efectos; en consecuencia, para su eficacia y que operen sus efectos se requiere la resolución de derecho; que se va producir en el momento que el titular de la acreencia insatisfecha opte por accionar el derecho potestativo de la resolución; por ende, previamente le corresponderá levantar la carga de comunicar a la parte infiel del contrato su decisión de valerse del pacto especial, “pacto comisorio” contenido en el contrato, ocasionado por el incumplimiento incurrido por la contraparte; siendo que, una vez declarada su decisión al incumplidor, con la comunicación, en ese momento se produce la resolución de pleno derecho; *ipso jure* teniendo en consideración la naturaleza recepticia de la comunicación al deudor incumplidor.

Sobre la naturaleza de la declaración o comunicación a la parte infiel del contrato, de hacer efectiva la resolución, en doctrina se afirma: “La declaración de valerse de la cláusula es un negocio unilateral. Es recepticia, de manera que la resolución se produce cuando el destinatario la recibe. No es formal, de manera que puede resultar por implícito, de *hechos concluyentes*: por ejemplo del requerimiento extrajudicial o de la demanda judicial dirigida a repetir lo prestado en base al contrato” (Roppo 2009:886). En tal efecto, una vez emitida la declaración la parte fiel del contrato no puede revocarla, así como una vez recepcionada por la parte infiel del contrato, ésta se encuentra impedida de dar cumplimiento a la prestación insatisfecha.

Con relación al plazo que tiene la parte fiel de la relación comercial, a fin de comunicar al sujeto infiel del contrato, la decisión de extinguir la relación funcional nacida del contrato, la norma no ha establecido plazo perentorio o de obligatorio cumplimiento.

No está previsto un plazo dentro del cual la parte legitimada deba hacer la declaración, y esto puede perpetuar por mucho tiempo una *incertidumbre sobre la suerte de la relación*, que penaliza a la parte incumplidora. La jurisprudencia lo remedia: *permite al incumplidor cumplir*, salvando la relación, hasta que la otra parte no haya declarado valerse de la cláusula. De este modo la situación se reequilibra: producido el incumplimiento, una parte tiene el poder de resolver el contrato; pero hasta que no lo haga, la otra tiene el poder de impedir la resolución (Roppo 2009:886).

En efecto, nada impide que la parte infiel cumpla la prestación a su cargo, incluso fuera del plazo primigeniamente pactado, ello siempre y cuando el acreedor insatisfecho no le haya comunicado su decisión de hacer efectiva la resolución. Es por ello, que ante esta liberalidad por falta de regulación en el plazo para cumplir la obligación; el autor señala que la situación se reequilibra.

Sobre los supuestos de resolución de derecho, una de ellas es el modo resolución por cláusula expresa.

Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en caso una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas; en este caso, la resolución opera de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que desea valerse de la cláusula resolutoria (art.1456c.c). La parte que se vale de la cláusula resolutoria ejercita



un derecho potestativo. La cláusula resolutoria no es considerada vejatoria por la jurisprudencia (Alpa 2015:267).

Como se puede apreciar el concepto de este modo de resolución de derecho es concebido en forma uniforme por los doctrinarios italianos Roppo y Alpa, con las singularidades que para el primero constituye un negocio unilateral; y, para el segundo, el ejercicio de un derecho potestativo.

Se entiende que éste mecanismo remedial de la relación negocial, tiene como fundamento el brindar garantía y celeridad a las transacciones, evitando la demora en la solución de los inconvenientes que se presente en el ínterin funcional del contrato; en caso lleguen a la vía judicial porque allí no existen garantías acordadas para la obtención de soluciones expeditivas.

La contundencia de este mecanismo resolutorio es rápido y eficaz por operar extrajudicialmente, en forma automática operando de pleno derecho la cláusula expresa; también es verdad, que la parte infiel de la relación negocial contra quien ha operado la resolución por el incumplimiento incurrido; puede recurrir ante los Tribunales e impugnar esta resolución negocial de derecho. Aquí, es menester señalar que la sentencia que eventualmente se emita será de carácter eminentemente declarativo. La doctrina sostiene que no tiene carácter constitutivo; sin embargo existen reservas a tener en cuenta; en la medida de los casos en los que el Juez verifique que la resolución automática-pleno derecho es eficaz porque cumplió los requisitos exigidos por ley para su validez. Pero ¿qué pasaría en caso no se haya cumplido con tales requisitos? Es evidente que la impugnada resolución por cláusula resolutoria expresa no sería eficaz, por ende no surtiría efecto, y el contrato mantendría su vigencia.

Sobre la equivalencia del pacto comisorio frente a la cláusula resolutoria expresa; y sus alcances.

(...), el pacto comisorio es una cláusula (entendida en el sentido de estipulación) del contrato recíproco en virtud de la cual se conviene que el contrato queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo. Empero, la resolución es ineficaz (no produce efecto) en tanto la parte fiel no pone en conocimiento de la infiel que desea hacer efectiva la resolución, caso en el cual ésta opera de pleno derecho. En otras palabras, como dice MICCIO, la cláusula cuyo incumplimiento resuelve el contrato no opera *ipso jure*, pero queda a *disposición* del acreedor valerse de ella o no a su placer, aunque, como veremos más adelante, esta opinión de MICCIO hay que tomarla con ciertas reservas (De La Puente 2017:141).

El autor señala sobre la naturaleza jurídica y efectos del pacto comisorio, que al igual que en la doctrina italiana, debe ser concebida como un pacto tipificado por la ley; cláusula resolutoria que constituye un elemento accidental del contrato, toda vez que para su existencia previamente debe pactarse concretamente, y para la producción de sus efectos se requieren dos presupuestos: el concreto incumplimiento recogido en el pacto y la comunicación de la contraparte de querer valerse de la resolución.

La resolución de derecho vía modo resolución por cláusula expresa; no es la única alternativa de negocio unilateral o ejercicio del derecho potestativo del que goza el acreedor; como ya se ha mencionado, la parte fiel del contrato ante el evento “incumplimiento” tiene la posibilidad de accionar de dos formas: en primer lugar, si mantiene el interés que se cumpla la prestación insatisfecha acciona la ejecución de su cumplimiento; y, en segundo lugar: puede resolver el contrato cumpliendo con los requisitos ya señalados para su eficacia.

La naturaleza jurídica de la cláusula resolutoria es diferente a la condición resolutoria; toda vez que esta última es incierta y futura, lo que no sucede con la cláusula expresa que constituye un “pacto especial y cierto entre las partes, que en forma correspectiva desde el inicio del contrato se viene ejecutando porque existe el cumplimiento recíproco de las partes de las obligaciones a su cargo. En la condición resolutoria, por el contrario, el supuesto es diferente, el contrato se viene cumpliendo de acuerdo al convenio de las partes sin desequilibrio alguno, pero ante la aparición o presencia de esta condición es que de pleno derecho el contrato se resuelve en forma automática; no existe carga a las partes porque la cesación del contrato es inmediata; en cambio, en la cláusula resolutoria expresa, el acreedor del negocio es el que en principio, debe elegir si va resolver el contrato, y solo después de haber realizado esa elección, debe comunicar al deudor su intención de resolver; y es en el momento de la recepción o conocimiento por el deudor, de esta decisión que se produce la resolución automática o de pleno derecho.

En la resolución vía *cláusula resolutoria expresa*, es importante la declaración unilateral de la voluntad, sobre su decisión de resolver el contrato por incumplimiento; comunicación que es meramente recepticia, en tanto no requiere aceptación del deudor para su plena eficacia; a diferencia de la *condición resolutoria*; ya que en esta última al producirse la “*condición*” automáticamente opera la extinción de los efectos de la relación negocial.

La cláusula resolutoria no opera de pleno derecho, por el solo incumplimiento de la prestación establecida con toda precisión, sino que requiere ser invocada por el contratante acreedor de dicha prestación; el deudor no podrá valerse de dicha cláusula para liberarse de la obligación de ejecutar su prestación. Es la parte contratante fiel la que frente al incumplimiento de la otra parte, puede optar por el cumplimiento o por la resolución; en este caso no tiene necesidad de recurrir al juez, sino comunicar a la parte infiel que se vale de la cláusula resolutoria. Dicha comunicación es una declaración de voluntad unilateral “meramente recepticia que obra *per se*”, por cuanto no requiere la aceptación del deudor para que produzca el efecto: resolución del contrato. Una vez que la declaración del acreedor llega al domicilio del contratante deudor se presume que la conoce (art. 1374 del CC), a partir de ese momento no puede revocarla, y desde ese momento el contrato queda resuelto, por lo que el deudor no podrá ya pretender cumplir ni el acreedor pretender exigir el cumplimiento de la prestación adeudada, puesto que el contrato ya se ha deshecho (Torres 2016: 610- 611).

Es decisión del acreedor de la prestación insatisfecha accionar la resolución del contrato a través de la cláusula resolutoria, sin embargo, también puede optar por la vía contenciosa y accionar demanda judicial de cumplimiento de la obligación así sea en destiempo, en caso mantenga el interés en la acreencia.

Cabe señalar que la fuente legislativa de “condición resolutoria” la encontramos en el 1353 del *Código Civile Italiano de 1942*, que dispone:

Artículo 1353.- Contrato Condicional.- Las partes pueden subordinar la eficacia o la resolución del contrato o de un pacto específico a un acacimiento futuro e incierto (Messineo 2007:823).

El citado dispositivo legal corresponde a la regulación del llamado contrato condicional. Por lo que recapitulando, sobre el modo de resolución por cláusula resolutoria expresa, podemos concluir que es utilizada en los contratos recíprocos, sinalagmáticos; en que el legislador ha concedido exclusivamente en favor de la parte fiel de la relación contractual, la opción de extinguir si lo desea los efectos de la relación funcional nacida del contrato; y. en caso desestime la opción de ejecución forzada del contrato; diferente situación tiene la parte infiel;

quien no goza de este derecho potestativo, no tiene poder alguno sobre la cláusula resolutoria, que no sea el cabal cumplimiento de la obligación o prestación contraída.

Sin embargo, este mecanismo no opera automáticamente y de pleno derecho, por el solo incumplimiento de la prestación; así lo dispone el artículo 1430: “Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria” (Código Civil del Perú). De acuerdo a la norma citada, el legislador ha establecido un mandato imperativo a la parte fiel de la relación negocial; y, es que en caso quiera valerse de la cláusula resolutoria se requiere previamente comunicar a su contraparte que se valdrá de la citada cláusula o pacto comisorio.

En relación con la comunicación remitida a la contraparte infiel del contrato, ésta debe cumplir con poner en su conocimiento sobre la extinción de la relación funcional que obedece a la falta de cumplimiento de lo pactado en la cláusula expresa o pacto comisorio; siendo que la simple recepción de la misiva hace operar la resolución de pleno derecho. Este requisito o carga está regulado por el segundo párrafo del numeral 1430 del Código Civil sustantivo, cuya función es de equilibrio en favor de las partes.

En sede nacional se ha analizado a la resolución en su modo resolutorio negocial por cláusula resolutoria expresa.

A diferencia de otras figuras, la cláusula resolutoria expresa es, por lo tanto, un específico pacto que está destinado a modificar el mecanismo, por regla general, aplicable a los casos de incumplimiento: la resolución judicial. Dicho en otras palabras, verificado el incumplimiento pactado en la cláusula, no se tendrá que acudir a la vía judicial para resolver el contrato, sino que dicho contrato quedara resuelto por la propia voluntad de las partes que previeron dicha situación en virtud a su autonomía negocial (Buendía 2016:64).

Debemos agregar, que el resolutorio cláusula expresa, se regula el incumplimiento ocasionado por cualquiera de las partes, respecto de la cláusula especial y expresa; previamente pactada por las partes, genera la resolución del contrato; pero este incumplimiento en sí mismo, es irrelevante e intrascendente para surtir efectos entre las partes y terceros; ya que para su eficacia requiere la presencia del poder a título de derecho potestativo exclusivo del acreedor de la parte fiel del negocio; y si este derecho no es activado, el contrato se mantendrá vigente en la relación correspectiva entre las partes; sin perjuicio de ello, en caso el acreedor no opte por este poder, puede accionar en vía judicial-arbitral o el modo intimación-autoridad del acreedor, es decir tiene la libertad de recurrir por diferentes vías para la obtención de la resolución; así como también, pese al evento del incumplimiento, el acreedor se mantenga interesado en el cumplimiento de la prestación fuera del plazo establecido por la parte infiel del contrato.

Es necesario precisar, quien decide la resolución del contrato por este modo única y exclusivamente es el acreedor titular de la acreencia u obligación insatisfecha; si bien las partes pactaron en cláusula especial el momento y los presupuestos de la resolución; si una de las partes incurrió en dicho supuesto; existe incumplimiento, pero el contrato como realidad histórica mantiene su vigencia; verificado el incumplimiento se activa el remedio de resolución vía cláusula resolutoria expresa en caso sea esa la opción del acreedor; y con la comunicación al deudor recién se produce y opera de derecho la extinción de efectos de la relación obligacional correspectiva; y, entendida la voluntad del acreedor en la doctrina como

un *negocio jurídico unilateral recepticio*; el deudor no tiene el derecho o facultad para resolver el contrato sustentado en su propio incumplimiento.

El mecanismo resolutivo vía cláusula expresa no se concreta por la sola concurrencia del incumplimiento, se requiere para surtir efectos la acción del acreedor de manifestar y comunicar al deudor su deseo de resolver; y, es recién con la comunicación que se activa este mecanismo para resolver de pleno derecho el contrato. No obstante, el acreedor tiene diferentes opciones para llegar a satisfacer su acreencia, la ejecución forzada o la resolución.

El conocimiento del deudor, se produce en el momento que la comunicación es recepcionada por su destinatario, salvo pruebe encontrarse sin culpa, sobre la imposibilidad de su conocimiento, según lo prevé el artículo 1374 de la norma civil.

Artículo 1374.- Conocimiento y contratación entre ausentes.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo (Código Civil del Perú).

Sobre este modo resolutivo de pleno derecho: “En síntesis, la cláusula resolutoria expresa da lugar a un remedio extraordinario en virtud del cual los contratantes con prestaciones correspectivas, en caso se verifique la causal incumplimiento previsto en la cláusula, la contraparte, puede obtener la resolución de la relación contractual prescindiendo de la vía ordinaria y mediante un simple acto de declaración de voluntad” (Buendía 2016:65).

En tal sentido, la resolución vía cláusula expresa es un remedio contractual eficaz de la relación obligacional, que concede el derecho potestativo en favor exclusivo del acreedor insatisfecho en la relación obligacional correspectiva funcional; para que accione con el propósito de conseguir la ejecución forzada de la prestación, porque aún mantiene la decisión que así sea; o también, accionar vía la resolución negocial, de pleno derecho, cumpliendo los requisitos establecidos en la norma, y comunicando a su contraparte su voluntad de ejecutar el contrato por la cláusula expresa.

#### **1.6.4. Resolución por vencimiento del término esencial**

Esta modalidad de derecho potestativo permite la extinción de los efectos del contrato, también pertenece al grupo de resolución negocial o de pleno derecho, al conferir a su titular el derecho de ejercer mecanismos de autorregulación directa, extrajudicial frente al deudor de la relación contractual. En nuestro país aún no ha sido recogida en el ordenamiento civil.

La resolución por vencimiento del plazo esencial, está previsto en el artículo 1457 del *Código Civile Italiano de 1942*.

Artículo 1457.- Plazo esencial para una de las partes.- Si el término fijado para la prestación de una de las partes debe considerarse esencial en interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso en contrario, si pretende exigir su ejecución, no obstante el vencimiento del plazo, debe dar noticia a la otra parte dentro de tres días. En caso contrario, el contrato se entiende resuelto de pleno de derecho, aun cuando no se hubiera pactado expresamente la resolución (Messineo 2007: 839).

El mecanismo resolución por vencimiento del plazo esencial, no se encuentra previsto ni regulado en la norma sustantiva civil; su naturaleza es catalogada como remedio de resolución legal o de derecho que opera *ipso jure*, es decir automáticamente; cumpliendo el requisito previo de aviso a la contraparte sobre la intención de titular de la acreencia insatisfecha de resolver el contrato; sin recurrir vía resolución judicial-arbitral. En esta modalidad de resolución se pone especial énfasis en el término en que debe ejecutarse la prestación; ya que el “término” es considerado esencial en el cumplimiento de la acreencia; que las partes han consensuado la importancia del vencimiento del plazo para cumplir la prestación; por la naturaleza y connotaciones especiales del contrato.

Según la doctrina, en especial la italiana, se establece que el acreedor tiene la responsabilidad en caso su pretensión no sea resolver el contrato al vencimiento del plazo esencial; de poner en conocimiento del deudor esta decisión, y la ley fija el plazo de tres días luego de vencido el término esencial, para comunicar al deudor su intención; y de no mediar esta comunicación en el indicado plazo, se tiene por resuelto en forma automática el contrato. Lo contrario sería desnaturalizar la modalidad de esta resolución y se confundiría con el resolutivo vía cláusula expresa.

El tipo de resolución por vencimiento del plazo esencial, es automático, opera de pleno derecho al vencimiento del plazo establecido por las partes para cumplir con la prestación; el plazo es definitivo e importante al interés de la parte que espera la prestación. Sin embargo, es posible que no prospere la resolución si el titular de la acreencia insatisfecha conserve aún el interés respecto al cumplimiento de la prestación así sea a destiempo y comunica a la contraparte dentro de los tres días que requiere se cumpla la acreencia o prestación; conforme así establece el artículo 1457 del *Código Civile Italiano de 1942*; se entiende que vencido el plazo esencial estipulado por las partes, el contrato queda suspendido por el breve termino de tres días; y el futuro del mismo se encuentra en la exclusiva voluntad del titular de la acreencia insatisfecha; siendo que en el citado plazo el deudor no puede cumplir la prestación insatisfecha; deberá esperar la comunicación del acreedor que está permitido a cumplirla en forma tardía.

Según Roppo, el criterio de esencialidad del plazo tiene dos planos objetivo y subjetivo.

El criterio de esencialidad debe ser definido primeramente en un plano *objetivo*: el plazo esencial, *si luego del vencimiento la prestación ya no tendría utilidad para el acreedor*. Por ejemplo, el partido político, que ha reservado el salón de convenciones para la manifestación de cierre de campaña electoral, a llevarse a cabo el último día de esta, no sabría qué hacer con el salón un día después, con la campaña cerrada: el que su no puesta a disposición en el día y en la hora establecida resuelve automáticamente el contrato. Es claro que en la calificación de esencialidad inciden mucho las *circunstancias del caso concreto*: la naturaleza de la prestación, el empleo al que el acreedor la destina (en la medida en la que este no sea un motivo irrelevante: 16.11), etc. Sin embargo, se dice que el criterio de la esencialidad puede ser también *subjetivo*: es decir vinculado a la previsión de las partes, que califiquen ellas mismas el plazo de la prestación como esencial, o establezcan que su infructuoso vencimiento resolverá automáticamente el contrato. Se precisa que la previsión debe ser clara y unívoca: no bastarían fórmulas como “perentoriamente”, “improrrogablemente”, “dentro y no más allá”. En realidad parece difícil pensar que el plazo “*subjetivamente*” esencial sea algo distinto de una *cláusula resolutoria expresa* (Roppo 2009: 887).

Para el autor existen dos criterios sobre el tratamiento del resolutivo por vencimiento del plazo esencial, uno es el *plano objetivo* que tiene que ver con la utilidad del plazo de cumplimiento de la obligación o prestación; y, el *plano subjetivo* que se encuentra a disposición de las partes contractuales. No obstante estos criterios, el resolutivo en modo vencimiento

del plazo esencial es automático e irreversible; se activa siempre y cuando transcurran el plazo de tres días; tiempo reducido, dentro del cual el titular de la acreencia insatisfecha puede en caso lo desee comunicar a la contraparte el interés que se cumpla la prestación. También el autor señala otro perfil; de este mecanismo, se activa cuando el incumplimiento reúna dos condiciones: sea injustificado y de importancia o relevancia considerable; deviniendo automáticamente resolutorio.

Así, la resolución vía vencimiento del plazo esencial constituye el mecanismo remedial negocial de derecho, al operar *ipso jure*, de forma automática; depende de la voluntad y criterio discrecional del acreedor, en ejercicio del derecho potestativo otorgado por el legislador. En tal sentido en la referida modalidad de resolución no se requiere llevar su derecho ante el Juez; ya que esta forma conlleva el mecanismo remedial de derecho, en el que directamente el acreedor está legitimado para conseguir con su silencio en caso así lo desee. Sin embargo, la parte afectada eventualmente podrá recurrir a impugnar, solo en el aspecto que no considera la prestación como esencial.

Este mecanismo negocial de derecho, se encuentra a cargo del acreedor al que no se ha satisfecho el interés en su acreencia; pero también puede darse el caso que pese y no obstante haber caducado el plazo del cumplimiento de obligación esencial, éste mantenga el interés por el cumplimiento de la misma en tiempo extemporáneo al pactado contractualmente.

La resolución por vencimiento del término esencial es un mecanismo extrajudicial, un derecho potestativo otorgado por la ley en favor del acreedor insatisfecho. En efecto el que decide resolver es una de las partes vinculadas por el contrato, es rápido y si decide resolver éste opera automáticamente con el transcurso del término en que debía cumplirse la obligación.

La resolución opera automáticamente de pleno derecho; no es necesario acudir vía tutela ante el Juez para que resuelva; porque es un mecanismo negocial privado; sin embargo, cabe con posterioridad recurrir al Juez, a fin que verifique o ratifique si efectivamente el plazo era esencial o no; por lo que su pronunciamiento tiene naturaleza declarativa y no constitutiva, de verificarse en favor del peticionante cabe indemnización por daños.

No obstante ello, antes que transcurran los tres días de acaecido el vencimiento del plazo esencial luego de haberse producido el incumplimiento; en el brevísimo período aludido, la suerte del contrato está suspendida, y allí solo opera la voluntad del acreedor insatisfecho; su decisión y por ende su derecho de optar por el mecanismo resolutorio, de acuerdo al primer inciso del artículo 1457 del citado Código italiano, no siendo únicamente carga, sino un poder. Precisa que al deudor está prohibido por tres días honrar a destiempo tardíamente la prestación; ya que podría eventualmente realizar la prestación tardía; siempre que le haya sido comunicado por parte del acreedor tal decisión; noticia que debe producirse dentro del término perentorio de tres días sin posibilidad que dicho plazo sea extendido, respecto de su voluntad de aceptar el cumplimiento a destiempo.

En caso el acreedor no comunique al deudor en el plazo de tres días su intención del cumplimiento de obligación extemporáneamente al tiempo pactado contractualmente, automáticamente se resuelve el contrato; por haber caducado el plazo de suspensión de tres días del contrato; que tenía como prerrogativa y derecho el acreedor para impedir la resolución automática de pleno derecho.

En la resolución vía vencimiento del plazo esencial -el término- tiene relevancia peculiar; y si éste no se cumple, cae en incumplimiento definitivo, operando de pleno derecho la resolución del contrato: No obstante ello, se evita accionar la resolución si dentro del breve plazo de tres días, el acreedor comunica a la contraparte que mantiene interés en el cumplimiento de la obligación, así sea en forma tardía, porque cambio de forma de pensar; o sobrevino algún hecho exógeno que le haga mantener la intención del cumplimiento de la obligación en forma extemporánea.

El art. 1457 cód. civ. Disciplina el caso de la falta de cumplimiento a la expiración del término esencial (en interés de la contraparte), ya considerada atrás por otros aspectos. Allí, teniendo presente la relevancia peculiar del término, el incumplimiento se considera definitivo desde un principio, y da suficiente razón para resolver el contrato; de donde se sigue entre otras cosas, que el efecto resolutorio se produce inmediatamente, con prescindencia de cualquiera intimación del interesado y más aún, de su declaración de querer valerse de la resolución: no hay necesidad alguna de un acto de tal orden, por lo menos en principio, porque habiendo expirado inútilmente el término esencial, no se puede suponer interés del contratante en el cumplimiento tardío. Esto siempre que se trate efectivamente de un término esencial; de suerte que el análisis de la materia debe dirigirse ahora a la puntualización de ese carácter (del término), que podrá resultar de pacto expreso de las partes, como también de la naturaleza y del objeto del contrato. Inclusive, puede darse el caso de que el contratante interesado decida insistir en el cumplimiento, en vista de una razón sobrevenida o porque cambió de pensar, y a su protección provee el art.1457 cit. estableciendo que, salvo pactos o usos contrarios, la parte puede exigir siempre el cumplimiento con posterioridad a la expiración del término de cumplimiento (pero ella debe comunicar a la otra parte dicha intención dentro del plazo brevísimo de tres días) (C.C. col. Art. 1984) (Scognamiglio 1996:273).

En este modo de resolución se brinda relevancia al término, tan peculiar que su incumplimiento genera automáticamente la resolución del contrato de pleno derecho; ya que sería contradictorio que el acreedor esté interesado o le satisfaga a su acreencia el cumplimiento tardío. Ahora el término esencial puede haberse pactado expresamente o inferirse por la naturaleza y objeto del contrato. No obstante su vencimiento por plazo esencial e importancia del convenio; pueden resultar por diversos motivos que el acreedor se encuentre en el supuesto de encontrarse en la actitud de pretender el cumplimiento de la obligación insatisfecha, pese haber precluido el plazo esencial pactado para su cumplimiento; si ello es así, la norma le impone la obligación al acreedor que comunicar tal decisión al deudor en el plazo perentorio de tres días del vencimiento pactado como esencial; caso contrario la relación funcional se resuelve inmediatamente.

Como ya se ha mencionado, en nuestro ordenamiento nacional no se encuentra aún prevista la resolución en modo vencimiento del plazo esencial, a diferencia de Italia que sí está regulado en su artículo 1457 del *Código Civile Italiano de 1942*; sin embargo, esta figura resolutoria debiera ser incorporada en nuestro ordenamiento civil, ya que éste mecanismo legal o de derecho contiene efectos que operan *ipso jure* o automáticamente, cumpliendo lo presupuestos previstos en la norma.

Forno, señala haber presentado una recomendación para las modificaciones del Código Civil; contando la Comisión con el proyecto a incorporarse en el artículo 1430-A.

Artículo 1430-A.- Si el plazo fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del plazo, debe dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, la relación jurídica obligacional creada por el contrato

queda resuelta de pleno derecho aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución. La esencialidad no se presume (Forno 2004:981).

Según comentarios de Forno, el legislador nacional prepara el Código Civil del Siglo XXI, y anecdóticamente hace notar que la propuesta de inclusión de resolución vía vencimiento del plazo esencial, está inspirada por el artículo 1457 del *Código Civile Italiano de 1942*, es decir un Código con más de medio centenario de vida; no obstante ello, consideramos que resultaría beneficiosa la incorporación de dicho mecanismo remedial de derecho negocial en nuestro sistema de regulación contractual.

En caso ingrese a nuestro ordenamiento legal la resolución vía vencimiento del plazo esencial, le correspondería la tipología de remedio legal *ipso jure*, al operar automáticamente como resolución negocial de derecho.

Es recomendable la incorporación en nuestra normativa del mecanismo remedial de derecho denominado “resolución por vencimiento del plazo esencial”. De igual forma, consideramos que su ausencia normativa no constituye impedimento a fin que los sujetos contractuales hagan uso de este modo o forma resolutive, teniendo el mayor cuidado en la elaboración del contrato utilizando los presupuestos establecidos en el artículo 1457 del *Código Civile Italiano de 1942*; en ejercicio del consenso de los integrantes de la relación funcional nacida del contrato.

Se sostiene sobre este mecanismo resolutive: “El plazo esencial es connatural a la prestación de cargo del deudor. Resulta así que el cumplimiento de la prestación será esencial cuando en el contrato se pacte o se deduzca que existe un plazo que es inherente a la prestación. Cualquier incumplimiento que afecte dicho periodo de tiempo supondrá un estado patológico del ligamen contractual” (Buendía 2016:67-68). Así el autor pone énfasis en establecer ¿cuándo un término es esencial?, siendo la respuesta brindada a través de dos supuestos; *objetivo*, cuando depende de la naturaleza jurídica del tiempo de utilidad de la prestación; y *subjetivo*, cuando la esencialidad del plazo ha sido pactada en el contrato expresa o tácitamente.

Este mecanismo negocial tiene estrecha relación entre el tiempo e interés; ello lo identifica; - el vencimiento del plazo esencial-, constituye una negociación contractual que las partes han deliberado y consensuado sobre la importancia del tiempo en el cumplimiento de la prestación o acreencia; pactándose que el transcurso del plazo esencial sin honrarse la prestación y sin comunicación del acreedor; se extingue el vínculo; al operar de pleno derecho el negocio.

### **1.7. Sobre la eficacia del remedio: resolución por incumplimiento.**

La eficacia como remedio no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento civil; sin embargo, nos remitiremos a la institución jurídica donde puede eventualmente ser aplicada la “eficacia”; que es el contrato recíproco y sinalagmático. Así, dispone el artículo 1351: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Código Civil del Perú). La fuente de inspiración es el artículo 1321 del *Código Civile Italiano de 1942*; siendo muy parecidas ambas en su redacción.

Artículo 1321. Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas (Messineo 207: 817).



El contrato, acto jurídico patrimonial entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica onerosa; existiendo dos momentos importantes para la formación y nacimiento del contrato; *el subjetivo*, constituye el primero, en esta etapa las partes van a expresar libremente y sin coacción alguna sus voluntades hasta llegar a un consenso que la ley denomina “acuerdo”; allí ambas partes se prometen recíprocamente el cumplimiento de prestaciones y obligaciones; las que se van a cumplir o ejecutar en el *interin* de la funcionalidad del contrato; *el objetivo*, es el siguiente momento en la formación del contrato- en esta parte el contrato constituye un mecanismo de autorregulación; porque los cocontratantes están en la obligación de cumplir las prestaciones pactadas y comprometidas derivadas de sus declaración de voluntad expresadas en la primera etapa del contrato.

Lo óptimo debiera ser que los contratos produzcan los efectos conforme a lo pactado y prometido en el contrato; sin embargo, ello no siempre suele suceder en los negocios jurídicos; y, si los contratos no cumplen sus efectos es porque han aparecido irregularidades, vicisitudes y diferentes hechos que impiden la eficacia del contrato, tornando al acuerdo en ineficaz; a través de la gama de hechos que la doctrina de la ineficacia presenta.

También se identifica a la eficacia como una cualidad del contrato, cuando éste cumple con todos los requisitos para su válida celebración; y nos encontramos con un contrato eficaz que surte plenos efectos entre las partes. Sin embargo, otro supuesto es la figura jurídica del contrato ineficaz, en el cual el contrato no produce los efectos; conforme a lo pactado al recíprocamente prometerse el cumplimiento de prestaciones conforme a sus intereses tutelados por la ley.

Los efectos del contrato producen cambios o modificaciones de la realidad y posición de los sujetos vinculados por el pacto; así *primer momento* celebración del contrato, *ámbito subjetivo* no contaban con los derechos y obligaciones; que se han prometido ejecutar en el futuro, y en el *segundo momento objetivo* del contrato; las promesas realizadas y expresadas van desde la modificación de derechos, transferencia de derechos y obligaciones, extinción de derechos y obligaciones ya sea total o parcialmente. Todo nace de la voluntad consensuada de los contratantes.

La ineficacia es una figura autónoma; ésta se presenta en la parte inicial del contrato, sin embargo es posible que se presente posteriormente, sus defectos son funcionales y deben ser separados de la invalidez.

La ineficacia en sentido estricto. Eficacia suspendida. Ineficacia definitiva. Inoponibilidad. Según una opinión ampliamente difundida, es preciso distinguir la invalidez de la ineficacia en sentido estricto. Esta se presenta, como ya hemos tenido oportunidad de destacarlo, cuandoquiera que el contrato válidamente celebrado no produce todavía sus efectos, y también cuando los efectos regularmente producidos decaen posteriormente (Scognamiglio 1996: 252).

El contrato por la ineficacia va perder sus efectos, se convierte en inútil; también se produce un estado de suspensión de los efectos cuando depende del cumplimiento de algún hecho o condición que va depender de su cumplimiento o no para que el contrato se torne en eficaz.

La eficacia de los contratos se verifica en la normalidad de la funcionalidad contractual; en cumplimiento del llamado reglamento contractual, sobre el que las partes se han sometido mediante celebración del contrato. Pero existen también casos de anormalidad funcional en los contratos; y, es allí donde se habla de ineficacia, irregularidad defectos. También, se habla de generalidad de los contratos; que al contener vacíos considerables el contrato no se

desarrolla en forma óptima; y no obstante la vinculación de las partes, produce efectos que a la larga van a desencadenar resultados alterados o no deseados por los contratantes; apareciendo la lesión como figura jurídica de tutela del ordenamiento contractual.

En ese sentido, consideramos sencillo explicar que la ineficacia en sentido estricto consiste en la falta inicial, o a partir de un momento posterior, de los solos efectos finales del contrato (que en todo caso es válido). Así se delinea esta figura (de ineficacia) como un tipo autónomo, cuyo fundamento, como ya lo advertimos, radica en un defecto funcional del contrato, de acuerdo con las disposiciones de las partes o en razón de una norma legal (Scognamiglio 1996: 252-253).

El desarrollo de los contratos opuesto a un contrato eficaz, evidencia la presencia de hechos turbios, irregulares, defectuosos y por demás confusos; y, es el supuesto del contrato ineficaz; que en doctrina se estudia como un contrato patológico, porque adolece de alguna patología, que es sancionada con la ineficacia contractual.

Esta ineficacia contractual originada por una gama de defectos y hechos irregulares que hacen imposible el cumplimiento del contrato conforme a lo consensuado por las partes; ha originado la creación de remedios contractuales para afrontar la patología y brindar el remedio necesario; y que los sujetos vinculados por el contrato en caso se cumplan con los requisitos puedan liberarse del vínculo originado por el contrato o la reposición de discusión de los efectos del contrato.

Sobre los remedios contractuales Roppo, señala que en el último siglo existen dos tendencias, una restringe los remedios contractuales y endurece el vínculo; expresada en la *teoría de la declaración* reservada a la tutela de las confianzas; la otra tendencia la extensión de los remedios- ablanda el vínculo; vinculada a dos factores: por un lado: *el principio de buena fe contractual* en la formación del contrato y la buena fe en la ejecución del contrato; en esta última existe mayor amplitud en la liberación del vínculo a contratantes afectados, así se han desarrollado teorías y reglas de responsabilidad por incumplimiento, que apoyan y comprenden a los deudores, y nuevos remedios de cancelación por diversos hechos sobrevenidos; y, políticas en favor de los contratantes débiles (2009: 668). Así, los remedios contractuales constituyen mecanismos ofrecidos por el legislador para contrarrestar y solucionar los defectos y hechos patológicos que puedan presentarse en la ejecución de los contratos; permitiéndose la liberación de las partes del vínculo contractual a través de la resolución por incumplimiento, la revisión o el mantenimiento o adecuación de los efectos contractuales.

En tal sentido, la resolución por incumplimiento judicial o negocial de pleno derecho; el receso o desistimiento contractual negocial extrajudicial; constituyen remedios contractuales otorgados por el legislador en favor de una o ambas partes vinculadas por un contrato; con el objetivo de asumir hechos sobrevenientes que son extraños a la formación intrínseca del contrato.

Así, de acuerdo a Roppo, todos los remedios van a reaccionar frente a defecto o defectos del contrato, que repercuten en los efectos del vínculo contractual. Individualiza los tipos o modos de los remedios en cuatro clasificaciones: *por el modo de activación*: remedio negocial, remedio judicial y remedio legal, *por la naturaleza del defecto*: remedios que afectan el interés de la parte y remedios que afectan el interés general, *por el momento en que el defecto se manifiesta*: remedios contra defectos originarios y remedios contra defectos sobrevenidos; y *por la incidencia en el contrato*: remedios extintivos (de destrucción) y remedios de mantenimiento (de adecuación) (2009:669-671).

Existen remedios a ser aplicados en la etapa de la funcionalidad de los contratos, al momento de sobrevenir hechos exógenos a los pactados por las partes vinculadas del contrato. También existen remedios a ser utilizados contra defectos que sobrevienen a posteriori de celebrar el contrato, los cuales no existían en el momento de su formación, estos hechos defectuosos e irregulares obstruyen y perturban la funcionalidad correspondiente del contrato, surgiendo el remedio para hacer frente a esta patología sobreviniente que afecta la relación funcional del contrato y no al contrato mismo, como es la resolución por incumplimiento que extingue los efectos del contrato.

Pueden existir casos que por la naturaleza del contrato, no extinguen o destruyen los efectos del contrato; y se mantiene el mismo corrigiéndose los defectos o hechos irregulares que podían lograr la ruptura de la funcionalidad del contrato. A ellos se les denomina remedios no extintivos o también llamados de mantenimiento o adecuación; porque van a lograr la conservación del contrato; cuya función es aportar los elementos requeridos para subsanar o levantar los defectos acaecidos en el contrato y sea salvado o recuperado adecuadamente.

Así al producirse defectos-patologías dentro de la relación contractual, si es en alguna cláusula, la legislación y doctrina dominante prefiere que el contrato se mantenga eficaz, que produzca efectos; en aplicación del principio de conservación del contrato; si hay duda en el contrato o alguna de sus cláusulas deberá ser interpretado en favor de su vigencia, que produzca efectos y no en sentido contrario, es decir su ineficacia.

El principio de conservación del contrato está previsto en el artículo 1367 del *Código Civile Italiano de 1942*.

Artículo 1367.- Conservación del contrato.-En caso de duda, el contrato o las cláusulas específicas deben interpretarse en el sentido que les permita tener algún efecto, y no en aquel sentido con el cual no tendrían ninguno (Messineo 2007:825).

Respecto al remedio “resolución por incumplimiento” nuestro ordenamiento civil contempla la resolución judicial o arbitral del artículo 1428, resolución por intimación del artículo 1429 y resolución por cláusula expresa del artículo 1430.

Debemos tener presente la diferencia que existe entre la nulidad, anulabilidad e ineficacia.

Si bien el término “*ineficacia*” se emplea *también* para indicar a la *invalidéz*, aquí debe ser tomado en su significado técnico que es notablemente distinto de las dos formas de invalidez (nulidad y anulabilidad). La ineficacia es distinta de la invalidez, así como la eficacia es diferente de la validez. Pero el contrato inválido es necesariamente *también* ineficaz. Se llama ineficaz al contrato cuando, *aun no siendo inválido*, no es apto para producir efectos a causa de la presencia de un *obstáculo extrínseco*. Tal ineficacia puede ser transitoria (otros la llaman *eficacia suspendida*) como ocurre con el contrato sujeto a un término inicial, antes que dicho término venza; o a una condición suspensiva, antes que dicha condición se cumpla (Messineo 2007: 702-703).

Citaremos un ejemplo de ineficacia, que puede atacar al derecho potestativo de resolución por incumplimiento; señalando que en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la norma la resolución por incumplimiento resulta eficaz; se logrará la extinción de los efectos del contrato; y, en el supuesto que no se cumplan los requisitos establecidos por la norma, la resolución se tornará ineficaz; manteniéndose la vigencia contractual.

El caso de una persona que celebró un contrato de compra venta de una casa, habiéndose pactado cláusulas de cumplimiento periódico, sin embargo, el deudor no cumple con tres cuotas de pago, ante tal hecho, el acreedor le remite carta notarial en la que le comunica que si no cumple con el pago de las tres cuotas vencidas en el plazo de quince días de haber sido notificado; le interpondrá demanda judicial de resolución de contrato por incumplimiento de pago.

Este ejemplo se subsume en la figura legal del artículo 1428 que corresponde a la resolución judicial-arbitral y no a la figura del artículo 1429 que corresponde a la resolución por intimación; que opera de pleno derecho siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la norma, cual es remitir carta notarial al deudor requiriéndole en forma clara y precisa que cumpla con el pago de las tres cuotas vencidas otorgándole un plazo no menor de quince días, y precisándole igualmente que si no cumple en dicho plazo resolverá el contrato por incumplimiento de pleno derecho; supuesto que no se ha producido en este caso, porque el acreedor ha cursado carta comunicando que en caso se mantenga el incumplimiento interpondrá demanda judicial de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

En caso el acreedor pretenda resolver el contrato de acuerdo al supuesto contenido en el artículo 1429 de la norma civil, ésta deviene en ineficaz porque no se cumplen con los presupuestos allí establecidos; toda vez que la carta notarial cursada por el acreedor, señala expresamente que accionará la resolución en la vía judicial y no la resolución negocial de pleno derecho.

Asimismo, sería ineficaz el remedio de la resolución de derecho vía intimación; en caso el acreedor opte por éste mecanismo extrajudicial; porque requirió al deudor mediante carta notarial a fin que cumpla su obligación; otorgándole el plazo de diez días, siendo el requerimiento de pago ineficaz por el no cumplimiento de norma imperativa prevista por el artículo 1429 del Código Civil que señala el plazo mínimo de quince días; deviniendo en ineficaz la resolución por intimidación y autoridad del acreedor, la cual no surtirá efectos, manteniéndose la vigencia del contrato del contrato de venta.

Así, hemos tratado el remedio contractual de la “resolución por incumplimiento” mecanismo otorgado por la ley para solucionar las patologías que pudieran eventualmente presentarse en los contratos recíprocos. Siendo estos remedios de impugnación: la resolución judicial-arbitral, resolución por intimación, resolución por cláusula expresa y resolución por vencimiento del plazo esencial. En todos los mecanismos citados se pretende remediar la patología del incumplimiento de la parte infiel del contrato, con la liberación del vínculo contractual y la indemnización de daños y perjuicios.

### **De nuestra posición:**

La institución contractual de resolución por incumplimiento no es aplicable al Contrato Chinchero, al no haber sobrevenido el hecho exógeno del incumplimiento relevante por cualquiera de las partes vinculadas por el contrato.

El Contrato Chinchero terminó y se extinguió por haberse ejecutado directamente la resolución unilateral del contrato por exclusiva voluntad del Concedente, sustentada en razones de interés público debidamente fundadas.

Las figuras contractuales de resolución por incumplimiento, receso o desistimiento en sus diferentes categorías, caducidad y revocación; constituyen mecanismos o remedios resolutivos que derivan de la institución jurídica “resolución” porque sus efectos son la terminación, extinción y ruptura de la relación jurídica funcional nacida de un contrato válidamente celebrado.

Si hubiera tenido principio de ejecución el Contrato Chinchero; y, una de las partes que conforma la relación contractual hubiere incurrido en incumplimiento objetivo relevante de la prestación a su cargo; sí se hubiera aplicado la figura de resolución por incumplimiento; y dependiendo del tipo o modo de resolución pactada, judicial- arbitral o resolución negocial de derecho por intimación y cláusula expresa; cualquiera de las partes que ha cumplido fielmente la prestación a su cargo; y no es retribuida por incumplimiento, puede resolver el contrato frente a la parte contractual que ha incurrido en incumplimiento relevante.

Es usual la confusión existente entre la resolución por incumplimiento y el receso o desistimiento contractual, mucho más cuando se alude a la resolución unilateral por decisión unilateral del Concedente, ésta última se encuentra bajo los parámetros del receso o desistimiento contractual que es una figura más amplia que la resolución, al abarcar mayores presupuestos; a diferencia de la resolución, que en estricto que solo se presenta cuando aparece el incumplimiento, cuya ejecución puede ser judicial-arbitral o resolución negocial directa de derecho como mecanismo privado de autorregulación de intereses. Siendo diferente el caso del receso o desistimiento contractual que opera únicamente a nivel extra judicial, como mecanismo de resolución directa y negocial de derecho.

Si bien es cierto la institución contractual de resolución por incumplimiento no es aplicable al “Contrato Chinchero”, al no haber sobrevenido el hecho exógeno del incumplimiento relevante por cualquiera de las partes; la institución aplicable es la del receso o desistimiento contractual por “justa causa”; sin embargo, carece de eficacia contractual porque la citada cláusula tiene el presupuesto de una condición meramente potestativa, en consecuencia, ineficaz, al no surtir efectos entre las partes. Y sin perjuicio que la doctrina la sanciona con nulidad, en base a los criterios interpretativos del contrato como la buena fe objetiva contractual, fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica y principio de conservación del contrato, debe excluirse y tenerse por “no puesta” la cláusula patológica y mantenerse la vigencia del Contrato Chinchero.

## 1.8. Conclusiones del Capítulo I

1.- La resolución por incumplimiento; constituye un derecho potestativo que se acciona a través del remedio judicial-arbitral, negocial o de derecho respecto del contrato recíproco sinalagmático, concedido por el legislador a cualquiera de las partes vinculadas funcional, bilateral o plurilateral y correspectivo patrimonial; constituye política legislativa, otorgada a la parte fiel o afectada de la relación contractual, quien tiene la opción de resolver el contrato, extinguiendo definitivamente sus efectos con la obligación de indemnizar a la parte afectada.

2.- La resolución tiene naturaleza jurídica preventiva, denominada derecho de impugnación, constituye la tutela sustantiva y procesal que garantiza la acreencia de la parte fiel del contrato recíproco-bilateral, que cautela su interés insatisfecho producto de la relación funcional. En doctrina se le asignan diversas naturalezas entre la que tiene mayor acogida y prevalece hasta la actualidad, es su naturaleza preventiva; considerándola útil porque impide a la parte fiel de la relación que agrave o perjudique más su situación económica, evitando y liberándola de cumplir la prestación y ejecución pendiente a su cargo; al tener pleno conocimiento del incumplimiento de la otra parte; y por ende tutelando que perjudique su economía en demasía y superflua al revelarse objetivamente la conducta de la parte infiel.

3.- El derecho potestativo de la resolución por incumplimiento vía judicial-arbitral, negocial o de derecho, no es la única opción que ostenta la parte fiel perjudicada dentro de la funcionalidad del contrato; que en primera opción ostenta el derecho potestativo para exigir el cumplimiento de la acreencia insatisfecha; así sea fuera del término pactado contractualmente, en caso le siga interesando, y lograr el cumplimiento de la prestación.

4.- Para el ejercicio del remedio de la resolución por incumplimiento, es requisito esencial que la parte fiel y afectada dentro del negocio jurídico contractual recíproco y sinalagmático; no haya incurrido en incumplimiento de la obligación que le correspondía, es decir, debe mantener la condición de parte fiel de la relación contractual; caso contrario, significaría amparar la concesión del derecho potestativo sin que le corresponda; siendo además contradictorio fundar el ejercicio de este derecho remedial de impugnación, negocial o de derecho en el propio incumplimiento.

5.- Los presupuestos esenciales para concretar el remedio de resolución por incumplimiento son: existencia del contrato recíproco, gravedad o importancia del incumplimiento objetivo, no pudiendo ser insignificante; incurrido por cualquiera de los sujetos vinculados por el contrato recíproco y legitimación del sujeto fiel para accionar. Este remedio se puede llevar a cabo en las prestaciones recíprocas simultáneas, no simultáneas; y en las prestaciones en que a la parte fiel le corresponde el cumplimiento de la obligación en primer lugar.

6.- En nuestra legislación tenemos dos tipos o clases de remedio resolutivo; el judicial-arbitral, y los negociales o de derecho: intimación y cláusula expresa. Y por fuente italiana el remedio del vencimiento del plazo esencial, de categoría legal o de derecho, porque opera *ipso jure* o automáticamente; mecanismo que no se encuentra legislado en nuestra norma sustantiva, no obstante ello, nada impide que sea utilizado por los sujetos vinculados contractualmente por ejercicio pleno de la voluntad consensuada sin atentar contra la norma imperativa.

7.- Efecto principal de resolución es que se extinga definitivamente correspectividad funcional nacida del contrato recíproco y sinalagmático; conllevando la disolución *ex tunc*,

restitución recíproca de lo que cada una de las partes ha recibido en el ínterin del nexo o relación sinalagmática. Y, los efectos derivados son el *liberatorio*; por el que las partes se desvinculan de las prestaciones a su cargo; el *reintegrativo*: por el cual se reincorporan nuevamente a la esfera de dominio de patrimonio de las partes, que pudieran haber efectuado en favor del patrimonio de la otra parte por el mérito del contrato resuelto; la retroactividad en caso sea posible por la naturaleza de las prestaciones; así como el *resarcitorio*; aplicado a todos los tipos de resolución como contraprestación por el daño irrogado a causa del incumplimiento.

8.- La gama de tipos y modos de resolución previstos en la norma sustantiva civil; constituyen remedios que pueden solucionar relaciones patológicas sobrevenidas en el ínterin de la funcionalidad de los contratos sinalagmáticos, por la aparición del incumplimiento. Estos remedios se activan con el uso de cualquiera de los tipos o formas legales señaladas, cuando elija dicha opción el titular de la acreencia, previo cumplimiento de requisitos previstos en la norma que otorgarán plena eficacia.

9.- En supuestos que produzcan defectos, vicios e irregularidades en el contenido de una cláusula de resolución; la doctrina de interpretación de los contratos avala la adopción de principios que mantienen la eficacia del contrato, antes de ser despojado de efectos. El principio de conservación del contrato establece de acuerdo a lo previsto en el artículo 1457 del *Código Civile Italiano de 1942*, que en caso de duda, el contrato o las cláusulas singulares deben interpretarse *en el sentido en que puedan tener algún efecto* y no en aquel según el cual no tendrían ninguno; por ende activarse el remedio de mantenimiento o conservación del contrato.

10.- La figura contractual de “resolución por incumplimiento” no es aplicable al Contrato Chinchero, al no haber sobrevenido el hecho exógeno de incumplimiento en la ejecución del Contrato de Concesión.

11.- El término resolución contractual es confundido con el de “receso o desistimiento contractual”, no obstante este último es el que abarca a la resolución por incumplimiento; estando a que sus presupuestos son más amplios a diferencia de la resolución por incumplimiento relevante que contempla únicamente el no honrar la prestación comprometida por cualquiera de las partes.

## CAPÍTULO II:

# RECESO O DESISTIMIENTO CONTRACTUAL EN MATERIA CIVIL

Sumario: 2.1 Nociones Preliminares.-2.2. Definición. – 2.3. Naturaleza jurídica del receso o desistimiento contractual.- 2.4. Clasificación del Receso o desistimiento.- 2.4.1. Receso o desistimiento convencional. - 2.4.2. Receso o desistimiento legal. – 2.4.2.1. Receso o desistimiento legal de liberación. – 2.4.2.2. Receso o desistimiento legal de auto tutela. – 2.4.2.3. Receso o desistimiento legal de arrepentimiento. – 2.4.3. Receso o desistimiento *ad nutum* y con justa causa. – 2.4.4. Receso o desistimiento y el preaviso. - 2.5. Diferencia entre el Receso o desistimiento y la resolución. – 2.6. De la regulación del Receso o desistimiento en el Código Civil peruano. – 2.7. Sobre la eficacia del remedio: Receso o desistimiento contractual. – 2.8. Conclusiones Finales del Capítulo II.

### 2.1. Nociones Preliminares.

El receso o desistimiento contractual también conocido en doctrina como separación, es una institución jurídica de resolución negocial; prevista en nuestra norma sustantiva en el artículo 1365 que dispone: “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú). Esta figura legal corresponde al receso ordinario extrajudicial en favor de cualquiera de los sujetos que forman parte del vínculo contractual en los contratos duraderos o continuados sin plazo convencional o legal; al que se pone fin por aviso notarial con no menor de treinta días de anticipación; comunicación de naturaleza recepticia, ya que con el solo conocimiento del recesado se consuma la disolución, desvinculación o separación de una de las partes del contrato, no siendo necesaria respuesta alguna de la contraparte; transcurrido el citado período el vínculo queda resuelto de pleno derecho. Este derecho es potestativo porque proviene de la ley; constituye una institución legal usada para desvincularse de las consecuencias de la relación funcional del contrato válidamente celebrado; en relaciones corresponsivas y sinalagmáticas bilaterales, de duración y ejecución continuada, periódica o duradera que no hayan fijado término; su aplicación y ejecución permite resolver unilateralmente el contrato, disolviendo y extinguiendo la relación jurídica patrimonial vía receso o desistimiento convencional o legal. Constituye un mecanismo célere extrajudicial que permite la autorregulación de los intereses particulares por los titulares de las acreencias de acuerdo a sus intereses.



El receso o desistimiento es un derecho potestativo en la modalidad de resolución unilateral negocial que extingue los efectos del contrato. Esta figura ha sido escasamente tratada en el ordenamiento peruano, a diferencia de la resolución y rescisión. Este instituto contractual puede usarse para retirarse, separarse y desvincularse de la relación funcional creada por el contrato válido; ejecutando este derecho que nace de la ley, o por convenio; así como en determinados contratos nominados en los cuales el legislador ha brindado a determinada parte hacer uso y ejercicio de este mecanismo; así también al sobrevienen hechos, causas extrañas y exógenas en el ínterin de la funcionalidad contractual.

También es aplicado en contratos de ejecución instantánea o en los que no tengan plazo de duración y término; contratos típicos, atípicos consensuales, sinalagmáticos, onerosos, gratuitos, conmutativos, formales, reales, que concedan a una o ambas partes el derecho potestativo vía receso o desistimiento legal o convencional; el receso legal establecido en la norma y para determinados contratos; y el receso convencional otorgado por la voluntad consensuada de los sujetos que forman el contrato, al insertar la cláusula de receso o desistimiento contractual.

Es conocido en la doctrina como “*la separación unilateral*”, que es materia del derecho potestativo de una de las partes contractuales; la misma que nace de dos formas: por ley (separación legal) o cláusula de receso contenida en el contrato (separación convencional) correspondiendo este derecho únicamente a las partes de la relación vincula por el contrato.

Separación unilateral es una modalidad admitida por la ley; es considerada un instrumento excepcional y de especiales connotaciones; autorizada por el legislador, al permitir se insertada en el contrato mediante cláusula de receso en favor de una parte o de ambas; siendo oneroso el receso o separación convencional como remedio del vínculo nacido del contrato.

El receso o desistimiento contractual constituye un mecanismo de autorregulación extrajudicial en la vía convencional, que nace del contrato mismo en la cláusula de receso al momento de su celebración; allí las partes tienen la libertad para establecer condiciones y mecanismos privados en favor de sus respectivos intereses; con relación a la regulación de este derecho potestativo.

Este instituto contractual de derecho negocial, es autorizado por el legislador en respuesta a los objetivos de relaciones flexibles del contrato. El receso o desistimiento contractual, en una de sus formas es regulado en nuestro ordenamiento civil por el artículo 1365: “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú).

El receso convencional puede ser acordado por los sujetos de la relación contractual correspondiente, así lo dispone el artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (Código Civil del Perú). En tal sentido, este mecanismo nace del consenso de voluntad de los sujetos relacionados por el contrato, al insertar la cláusula de receso, constituyéndose éste en derecho potestativo ejercido libremente por cualquiera de los sujetos ya sea con justa causa o sin justa causa; que conlleve indefectiblemente vía extra judicial a la disolución y extinción irrevocable de los efectos del contrato. Independientemente del tipo de contrato, puede aplicarse en contratos cuya ejecución es instantánea, periódica o duradera; en el primero, al producirse el receso, los efectos jurídicos son retroactivos corren desde la

celebración del contrato (*ex tunc*) salvo disposición o pacto expreso en contrario; en el segundo, los efectos jurídicos se producen hacia el futuro, a partir del momento que se produce el receso o desistimiento (*ex nunc*) por lo que, en este caso, no cabe restitución de las prestaciones ya ejecutadas; salvo pacto en contrario. Se pueden presentar supuestos de indemnización por daños.

En doctrina nacional, sobre el receso o desistimiento: “Se trata de un acto jurídico con efectos extintivos que se encuentra dentro de la categoría de los “negocios jurídicos de segundo grado” puesto que opera sobre otro negocio jurídico pre existente” (Barchi 2003: 303). En efecto, este derecho surte sus efectos sobre un contrato que suponemos es válido, eficaz y potencialmente ejecutable; que va extinguirse por voluntad unilateral de un sujeto contractual; en tal sentido si no existe un contrato principal no puede aplicarse o pactarse el receso o desistimiento contractual.

Si el receso o desistimiento es un poder - derecho potestativo que nace de la ley o por consenso de los sujetos de la relación contractual; su ejercicio es libre, irrevocable; persigue la finalización, disolución y extinción de los efectos del contrato; cabe entonces explorar su significado “derecho potestativo”.

Se entiende por derechos potestativos aquellas facultades del sujeto que contienen algún poder para la producción de efectos jurídicos y otorgan a su titular la posibilidad de producir, mediante la propia actividad y por declaración unilateral, un efecto de derecho. Estos derechos obtienen, pues, satisfacción merced al titular mismo y no suponen desarrollo alguno de poder dirigido sobre ajenas voluntades, es decir, acción (Oertmann 1933:363).

Doctrinariamente existe diferencia en el tratamiento dogmático del receso o desistimiento, en Italia se le atribuye el término facultad; en Perú, se le atribuye el término derecho potestativo derivado del vocablo “poder”, siendo que este último determina la producción de un resultado con efectos jurídicos conocidos como la extinción irrevocable de los efectos negociales del contrato, solo se requiere la decisión del titular del derecho y se producen los efectos jurídicos; en cambio el término “facultad” no es uno sino oscilante, sobre el que se afirma: “(...) la categoría de la facultad, cuya ubicación sistemática es más bien oscilante: a veces es considerada como elemento interno del derecho subjetivo, otras veces se contrapone a este último, y otras veces se propone unida con la figura del poder o disuelta en ella”( Irti 2003:117).

El receso o desistimiento contractual conocido también como separación, constituye un remedio negocial que puede ser usado las partes vinculada por contrato válidamente formado y existente; en contratos cuya ejecución es instantánea, contratos de duración y contratos cuya ejecución es continuada o periódica; a través de éste mecanismo remedial otorgado por el legislador de acuerdo al tipo o clase del receso o desistimiento se disuelve el contrato, con la consecuente liberación de las partes del vínculo contractual. Se utiliza este mecanismo en caso haya sido pactado en el contrato que correspondería al desistimiento convencional; en cuyo caso no es necesario recurrir al órgano jurisdiccional, por lo que se torna en un mecanismo célere por decisión propia de las partes que permite desvincularse y separarse del contrato; así como también puede darse vía el receso de desistimiento legal; en los contratos nominados-típicos en los que el legislador ha concedido tal derecho a una o ambas partes; conforme lo veremos al abordar la clasificación y categorías existentes de las diversas formas y tipos de receso o desistimiento contractual.

## **2.2. Definición del receso o desistimiento contractual.**

El receso o desistimiento contractual constituye el derecho potestativo que gozan las partes vinculadas por el contrato, su origen nace de la ley o convenio; para desvincularse de los efectos del contrato, extinguiéndolo en forma definitiva e irrevocable.

Existen en la doctrina muchas clasificaciones para el estudio del receso o desistimiento, en forma preliminar señalamos que este derecho potestativo puede ser *ordinario o extraordinario*, el *primero* aplicado a los contratos de plazo indeterminado con el fin de evitar la perpetuidad de los mismos, en salvaguarda de la libertad contractual e intercambio de bienes y servicios ; y el *segundo* aplicado a los contratos de plazo determinado; siendo requisito la existencia de justa causa, justificado motivo o causa grave; que hace imposible que la parte pueda cumplir y honrar la prestación a su cargo, porque le dificulta continuar con la relación; por ende no llega a cumplirse el plazo fijado en el contrato, debiendo extinguirse anticipadamente.

El receso o desistimiento es aplicable a los contratos válidamente celebrados, eficaces y potencialmente ejecutables; definido como el derecho potestativo que nace de la ley o el convenio. Nuestro ordenamiento sustantivo civil regula la libertad contractual en el artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (Código Civil del Perú). Tal precepto constituye el reconocimiento a la autonomía y libertad de contratar; y con relación al receso o desistimiento contractual ordinario, éste es reconocido en el artículo 1365: “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú). El espíritu del legislador, ha sido evitar la existencia de contratos perpetuos, cuya duración y permanencia es ilimitada en vínculos contractuales, con el propósito de contribuir a la circulación y tráfico comercial del mercado y los bienes.

El receso o desistimiento ordinario sin justa causa; es concebido como el derecho potestativo –poder- que el legislador otorga a cualquiera de las partes que conforman el vínculo contractual, para finalizar, disolver y extinguir un contrato de plazo indeterminado que se encuentra en etapa de inicio o de ejecución sucesiva o periódica; con el fin de evitar la duración de los contratos más allá del límite razonable, evitando la perpetuidad del negocio jurídico, por ende las relaciones perpetuas que atenten contra la libertad personal y eviten la circulación y tráfico de los bienes en general; sin embargo, como veremos más adelante, también el receso o desistimiento puede ser aplicado a los contratos nominados, innominados; típicos y atípicos.

El receso o desistimiento es la facultad de una de las partes de la relación negocial para disolver el contrato.

El contrato puede, sin embargo, permitir a una de las partes o a ambas partes la facultad de disolverlo mediante el desistimiento unilateral (art. 1.373), derogando el principio en virtud del cual el contrato no puede disolverse más que por mutuo disenso (art. 1372-1). Este es un acto unilateral de una parte que no exige, precisamente porque es un acto unilateral, la aceptación de la otra parte: basta que se ponga en su conocimiento; produce el efecto de disolver el contrato, según la regla propia de los actos unilaterales (art. 1.334), en el momento mismo que se comunica. Naturalmente, si el contrato del que se desiste tiene forma escrita *ad substantiam*, la declaración de desistimiento también debe asumir esta forma. La jurisprudencia subordina la validez de la cláusula por la que se introduce la facultad de desistimiento a una condición muy rigurosa: “el derecho de desistir ex art. 1.373 C.C., por su naturaleza de excepción al principio general de la irrevocabilidad de los compromisos

negociales, no puede ser desvinculado de un término concreto o, al menos determinable, en ausencia del cual la eficacia del contrato quedaría indefinidamente subordinada al arbitrio de la parte que goza de tal derecho, con la consecuente irrealizabilidad de las finalidades perseguidas en el mismo contrato (Galgano 1992:151-152).

Por este mecanismo contractual, las partes gozan de facultad para desvincularse y retirarse del contrato vía el desistimiento unilateral que es diferente a la disolución por mutuo disenso; el receso es de naturaleza recepticia; al tener eficacia con la simple comunicación; se afirma que este mecanismo resolutivo negocial extrajudicial constituye la excepción a la irrevocabilidad del válido contrato.

En los vínculos contractuales de duración indeterminada, se admite el receso o desistimiento contractual ordinario, ya que constituye principio de orden público; el legislador no admite la contratación perpetua. Por ende, las partes pueden pactar el receso convencional en contratos innominados o atípicos con justa causa o no; no obstante el los contratos en general el legislador otorga la potestad del receso ordinario a cualquiera de los sujetos vinculados por el contrato.

La clasificación general del receso o desistimiento contractual es ordinario o extraordinario. Esta clasificación no es general para todos los contratos, se origina por ley o convenio de partes. Así en el supuesto del receso ordinario, éste derecho potestativo puede ser ejercido por cualquiera de las partes de la relación contractual, es autorizado por ley; por lo que no se requiere de justificación; está inspirada en política de orden público, porque nuestro ordenamiento civil se opone a la existencia de vínculos contractuales perpetuos; que duren demasiado tiempo, incluso se prolonguen por más años que la vida de una persona. Ante esta situación el legislador peruano recoge de la doctrina el remedio de resolución negocial del receso o desistimiento ordinario.

Ambos remedios: resolución por incumplimiento y receso o desistimiento contractual son objeto de confusión respecto al ámbito de su aplicación, dichas instituciones jurídicas producen la disolución y extinción de la funcionalidad de la relación contractual; los que también se diferencian de la nulidad y anulabilidad que producen la extinción del contrato por causa de invalidez, originado en la formación y nacimiento del contrato.

La clasificación del receso o desistimiento contractual por justa causa; puede contener la resolución por incumplimiento; en el supuesto que la relevancia y gravedad del incumplimiento sea usado como justa causa en los contratos nominados para ejercer el desistimiento; así como en los innominados siempre y cuando las partes hayan establecido la cláusula de receso por justo motivo, subsumiéndose el incumplimiento de relevancia o gravedad a fin de desvincularse directamente del contrato, toda vez que el receso o desistimiento es un mecanismo de resolución negocial que se acciona a nivel extra judicial; por lo que es célere.

En el derecho de contratos, las obligaciones se extinguen por su cumplimiento, así como también pueden extinguirse por resolución de contrato o desistimiento contractual; en supuestos de incumplimiento grave y relevante de las prestaciones u obligaciones a las que se comprometieron por el vínculo contractual.

Así, la doctrina afirma que el receso o desistimiento contractual como un poder arbitrario.

El poder de desistimiento ordinario, convencional o legal, es un poder arbitrario que la parte puede ejercer libremente sin que sea necesario dar una justificación, en el respeto claro está, del principio de la buena fe.

Del desistimiento ordinario se debe diferenciar el desistimiento por justa causa, que constituye propiamente, un remedio extrajudicial de resolución del contrato por incumplimiento. El desistimiento por justa causa está previsto legalmente para el contrato de trabajo subordinado en donde tiene su regulación específica (art.2119 C.C.; Ley 604 del 15 de junio de 1966; art.18 Estatuto Laboral), y en otros contratos (por ej., en el mandato, arts. 1723 y 1725 C.C.). El desistimiento por justa causa no hace parte de la forma de resolución por intimación, pero está sujeto a los principios sobre la resolución por incumplimiento (v, n.º 119), al exigir también la gravedad del incumplimiento (Bianca 2007:764-765).

La resolución negocial debe entenderse como extinción funcional del vínculo nacido del contrato por acto de autonomía de voluntad consensuada. La resolución unilateral también se conocida como desistimiento o revocación de una de las partes del contrato, como por ejemplo el contrato de poder, locación de servicios, mandato, contrato de obra.

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes por el principio vinculante; debiéndose cumplir los acuerdos allí pactados, sin posibilidad de ser revocados; sin embargo, por autonomía privada, las partes pueden estipular contractualmente desvincularse por el poder del derecho potestativo del receso o desistimiento convencional.

El receso o desistimiento contractual se origina en la ley o el convenio privado; éstos supuestos autorizan el ejercicio del remedio resolutivo negocial de derecho; como mecanismo de autorregulación extrajudicial de las partes vinculadas por un contrato válidamente celebrado, ante la eventualidad que sobrevengan hechos exógenos, que puede también contener el incumplimiento grave o relevante.

En los contratos de ejecución sucesiva o periódica se pueden comprender los contratos de construcción (con los propios medios y bajo el propio riesgo) y de obra, que generalmente se caracterizan como contratos con prestaciones prolongadas. En estos contratos la ley otorga un poder legal de desistimiento al comitente, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la prestación, con obligación del reembolso de los gastos y salvo el derecho a la indemnización del constructor por la ganancia dejada de percibir (arts.1671 y 2227 C.C.) (Bianca 2007: 763).

El derecho potestativo de separación del comitente en el Contrato de obra, es un ejemplo típico de desistimiento o receso legal, porque se encuentra establecido en la norma, en el cual el comitente no necesita de justa causa; simplemente exteriorizar su voluntad de renuncia o retiro del vínculo contractual, con el requisito del previo pago a la contraparte de lo que hubiera obtenido de ganancia en caso no se produzca el receso. A diferencia del receso o desistimiento por justa causa previsto en el caso del contrato de Locación de Servicios que si requiere probar el motivo y siempre y cuando no se perjudique la contraparte.

La multa penitencial equivale al precio que debe pagar una de las partes del contrato por desvincularse del mismo sin justa causa.

Para poder ejercer el poder de desistimiento (o de revocación) se puede prever una prestación a cargo de quien desiste, llamada multa penitencial. En este caso la revocación tiene efecto solo después de la ejecución de la prestación prevista (art. 1373 3 C.C.). La multa penitencial no es una cláusula penal pues el acto de desistimiento no constituye ni presupone un incumplimiento por parte de quien desiste, es solo el ejercicio de su derecho. La multa penitencial es, más bien, el precio por el desistimiento (Bianca 2007: 765).

En efecto, si el poder de receso o desistimiento ha sido previamente acordado por los sujetos del vínculo contractual, en la modalidad “sin justa causa” debe tener en contraprestación el pago equivalente a determinado o determinable precio, caso contrario sería un desistimiento gratuito. El pago por el retiro que es lo que la doctrina denomina “multa penitencial”; surtiendo efecto el receso una vez abonado el precio por el desistimiento; caso contrario es ineficaz, no produce efectos; manteniéndose la vigencia del contrato.

Se dice: “El desistimiento unilateral es un poder (*ius poenitendi*) de cada una de las partes; es el medio para *disolver* la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de ellas, sin necesidad de demanda judicial ni de juicio; basta que el que se desiste *comunique* a la contraparte su decisión. Es, por lo tanto un caso de derecho potestativo que, ejercitado, actúa *extrajudicialmente*” (Messineo 2007:784). En efecto, como señala el autor el receso o desistimiento deviene en un mecanismo eficaz de autorregulación entre las partes contractuales, el hecho de no recurrir ante el juez vía proceso judicial lo convierte en instrumento celeré en favor de cada una de las partes.

Así también: “El efecto del desistimiento es el de recaer *directamente* sobre la relación obligatoria *acelerando su fin* y liberando de ella al que desiste y a la contraparte, sin afectar al contrato, que se supone válido y eficaz, y que se supone susceptible de ejecución. Es ésta la *función propia* del desistimiento unilateral por el que, una vez ejercitado, cada una de las partes adquiere libertad de acción” (Messineo 2007:785). Afirma con relación al desistimiento que se refieren pocas reglas, que está previsto y disciplinado de muchas formas, es legal cuando su fuente es la ley y convencional cuando hay pacto. En este caso la redacción y preparación de la cláusula debe obligatoriamente ser suscrita por la contraparte; así como la dación de arras a fin que pueda ser válidamente ejecutada.

Según Messineo, la institución jurídica del desistimiento tiene carácter excepcional, estando a que deroga el principio que el contrato no puede disolverse salvo voluntad concordante expresa y deliberada de los sujetos contractuales, y porque según lo previsto en el artículo 1341 se configura al desistimiento como el poder concedido en vista de particulares situaciones (2007:785). En efecto este poder de separación, desistimiento o revocación se presenta en contratos cuya ejecución es continuada o periódica; así como en contratos de duración indeterminada; en los que se puede hacer uso de este poder.

El tratamiento del receso o desistimiento contractual, nos remite a revisar las condiciones generales de contratación insertas en el *Código Civile Italiano de 1942*.

Artículo 1341.- *Condiciones generales de contratación*.- Las condiciones generales de contratación predisuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro, si al momento de la celebración del contrato el segundo las conoció, o habría debido conocerlas, empleando la diligencia ordinaria.

En ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, en favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para desistir (*recedere*) del contrato o para suspender su ejecución, o que establezcan a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial (Messineo 2007: 820).

La norma citada establece que solo tienen efecto la ejecución de cláusulas especiales predisuestas en el contrato, si la parte vinculada a ellas, las ha conocido o debido conocerlas

con la diligencia ordinaria, éstas deben ser aprobadas específicamente; como por ejemplo cláusulas de receso o desistimiento; y en caso no se cumpla el supuesto de la norma descrita, no tienen eficacia. Esta norma la podemos encontrar en el artículo 1398 de nuestra norma sustantiva civil.

Para gozar del derecho potestativo del receso o desistimiento unilateral, éste debe ser atribuido en el contrato, por ley, y la retribución por el desistimiento, así lo establece el artículo 1373 del *Código Civile Italiano de 1942*.

Artículo 1373.- Desistimiento unilateral.- Si a una de las partes se le hubiere atribuido la facultad de desistimiento del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución. En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento, ésta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado. En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario (Messineo 2007: 826).

Del texto de la norma citada; se advierten diversos supuestos del desistimiento unilateral, el *primero* la facultad del desistimiento unilateral atribuida por el contrato siempre y cuando no haya tenido principio de ejecución, el *segundo* para los contratos ya iniciados por ejecución periódica o continuada, en los cuales no operan los efectos a las prestaciones ya realizadas o que se encuentren en curso de ejecución, y el *tercero* el desistimiento unilateral tendrá efecto si previamente se ha cumplido con el pago de la retribución por el desistimiento.

El receso o desistimiento es establecido por ley o por convenio contractual en favor de una o ambas partes.

La resolución puede ser voluntaria o legal. Es voluntaria cuando las partes en virtud de un nuevo consentimiento (*contrarius consensus* o mutuo disenso; *est potius distractus quam novus contractus*, dicen las fuentes romanas) ponen fin a los efectos de la relación obligatoria existente entre ellos. Ya se dijo al definir el contrato que el consentimiento contractual puede dirigirse a “extinguir” una relación jurídica patrimonial (art. 1.321), y el artículo 1.372 afirma, asimismo, que el contrato se extingue por mutuo disenso. A veces el mismo contrato establece un derecho de *recesso* o *ius poenitendi*, a favor de alguna o de las dos partes contratantes. En este caso el contrato se resuelve una vez que se ha emitido una manifestación unilateral de voluntad en tal sentido. Habíamos visto ya que el *ius poenitendi* se relaciona con el pago de una suma prevista en la “cláusula penal” o con la entrega de una “arras” (*multa poenitentialis*), en el primer caso y *arra poenitentialis*, en el segundo. Otras veces es la ley la que concede el derecho de *recesso* unilateral: así por ejemplo, en el contrato de mandato (pero se precisa en este caso una justa causa, conforme al art. 1.727), en el contrato de concesión (*contratto di appalto*; artículo 1.671), en el contrato de obra (art.2.227) y en el contrato de sociedad (art. 2.285: *nemo invitus in sociate manere debet*). En los contratos de duración indeterminada se admite normalmente la extinción de la relación por desistimiento unilateral, y por ejemplo, el art.2.118, para el contrato de trabajo (Trabucchi 1967:210-211).

Para el autor, las relaciones duraderas, salvo fijación de término, deben mantenerse inmutables hasta el momento en que las partes expresen su intención en no continuarla, es decir el desistimiento. En tal sentido diferencia la resolución voluntaria por mutuo disenso por nuevo consentimiento de los sujetos del contrato; de la resolución legal que es aplicada y ejercida generalmente para contratos bilaterales; cuyas causas de resolución obedecen al sobrevenir el incumplimiento relevante y objetivo, imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad; ya que en dichos supuestos se rompe el vínculo de reciprocidad a la

contraprestación; y esta situación es la que concede el derecho a la parte perjudicada a desligarse del vínculo contractual; no obstante la validez del contrato creadora de fuente de obligaciones pero que en eventuales casos es incumplida.

El mutuo disenso constituye un acuerdo entre las partes que tiene el efecto de extinguir el contrato.

El acuerdo de las partes que extingue, con eficacia retroactiva, un contrato celebrado toma el nombre de mutuo disenso, noción que se puede definir, entonces, como la disolución consensual del contrato. El mutuo disenso es expresión de la autonomía contractual, pues el poder de crear actos dispositivos de la propia esfera jurídica comporta también el poder de disolver tales actos, en el respeto del derecho ajeno. La posibilidad de que el acuerdo de las partes tenga por objeto la extinción de una relación contractual precedente hace parte, además, de la misma definición normativa de contrato (art. 1321 C.C.: acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial); y al dictar el principio del carácter vinculante del contrato, la ley reafirma que el contrato puede ser deshecho por el “mutuo consenso” de las partes (art. 1372 I C.C.). El mutuo disenso es diferente de los contratos restitutorios, por medio de los cuales las partes, sin resolver el contrato originario, tienden a desarrollar una vicisitud contractual inversa (ej., pacto de retroventa). Con el mutuo disenso cada una de las partes pierde la ventaja que se deriva de contrato originario, de donde se explica la necesidad de que el acto esté autorizado a la luz del contrato originario (cuando existen las condiciones que imponen tal control; ej., contrato estipulado en nombre de un menor, etc.). El mutuo disenso exige la misma forma del contrato revocado, pues tiene por objeto una vicisitud de la misma naturaleza y de la misma importancia (Bianca 2007:757-758).

Según Bianca, la extinción o disolución del vínculo jurídico contractual por *mutuo disenso* no causa perjuicio al derecho de terceros causahabientes; así como también a los titulares de acreencias al cumplir su ejecución sobre bienes que como consecuencia de la disolución del contrato, vuelven al poder de la contraparte. Por lo que afirma que el mutuo disenso goza del régimen del contrato inicial; por lo que se debe diferenciar el mutuo disenso del receso o desistimiento contractual, ya que sus presupuestos son distintos, el mutuo disenso constituye un nuevo acuerdo de las partes, lo que no sucede con el receso que se va ejecutar sobre el mismo contrato que no ha sido modificado (Bianca 2007:757-758).

En doctrina nacional, el receso o desistimiento es un acto unilateral, cuyo titular del derecho potestativo tiene la facultad de elegir ejecutar o no ejecutar el contrato.

El receso es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone dejarlo sin efecto. El receso es, en algunas legislaciones, una de las causas admitidas por la ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes (...) El receso es materia de un derecho potestativo atribuido por ley (receso legal) o por cláusula del contrato (receso convencional), a ambas partes, o bien, a solo una de ellas. A la otra parte le corresponde una situación de sujeción, es decir, que solo le queda tolerar el ejercicio del receso, no se requiere su aceptación. En tal sentido el titular del derecho potestativo de receso tiene la facultad de elegir entre ejecutar el contrato o no ejecutarlo (...) Los recesos legales son previstos por la disciplina de diversos contratos y tienen una lógica o función distinta entre ellos que permiten su agrupación en varias categorías: recesos de liberación, recesos de autotutela y recesos de arrepentimiento (Barchi 2003: 293).

Barchi, reconoce la existencia del receso o desistimiento unilateral en nuestro ordenamiento civil; como derecho potestativo que es atribuido por la norma o por convenio de las partes en favor de una o ambas partes. Atribuye al titular de este poder el ejecutar o no ejecutar el



contrato; asimismo reconoce la existencia de diferentes categorías de este derecho que sirve para extinguir los contratos.

### 2.3. Naturaleza Jurídica del receso o desistimiento

El receso o desistimiento, tiene la naturaleza jurídica de un derecho potestativo ejercido libremente por el titular del acto unilateral, cuyo origen es legal y convencional, *ad nutum* (sin justa causa), o con causa justa que al ser ejercido indefectiblemente en vía extra judicial extingue irrevocablemente de la funcionalidad contractual. De acuerdo al contrato que trate, ya sea de ejecución instantánea o duradera; en el *primero* las consecuencias jurídicas son retroactivas desde la celebración del vínculo contractual (*ex tunc*) salvo pacto en contrario; y en el *segundo*, la extinción de las consecuencias jurídicas son hacia el futuro, desde el momento que se produce el receso (*ex nunc*) y no hay restitución de prestaciones ejecutadas; salvo expresa decisión en contrario.

Sobre los tipos o modalidades del receso o desistimiento contractual, en doctrina nacional.

El receso *ad nutum* es el acto jurídico unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone, sin necesidad de expresar una causa, su disolución. El ejercicio del receso supone la terminación anticipada del contrato. Se trata de un acto jurídico con efectos extintivos que se encuentra dentro de la categoría de los “negocios jurídicos de segundo grado” puesto que opera sobre otro negocio pre existente. El receso no tiene efectos retroactivos de tal manera que no afecta las prestaciones ya ejecutadas (Barchi 2003: 203).

De este concepto, entendemos que la naturaleza jurídica del receso o desistimiento en cualquiera de sus modalidades es extintiva, irrevocable; respecto de la funcionalidad del vínculo nacido del contrato.

Es un poder que nace de la ley o del convenio entre las partes; su ejercicio es libre, cuando se ejercita es irrevocable; y persigue la finalización y extinción del contrato. El desistimiento tiene naturaleza legal o convencional, legal porque nace de la norma, y convencional cuando nace del pacto contractual.

El receso o desistimiento es libre y discrecional; a diferencia de los institutos de rescisión y la resolución, toda vez que es ejercida por el libre albedrío y voluntad del titular del derecho potestativo; no requiriéndose la rogatoria ante otra instancia; a ello obedece que en los contratos nominados, típicos o atípicos al pactarse la cláusula de desistimiento en cualquiera de sus modalidades, de producirse controversias éstas se dirimen en el fuero arbitral; no llegando las consecuencias, eficacias, ineficacias y todo lo que pudiera generarse, ante el Poder Judicial, en tal sentido, no se cuenta con antecedentes jurisdiccionales sobre esta institución. No obstante, consideramos que existiría la vía de acción a la parte afectada para recurrir ante el órgano jurisdiccional.

El receso o desistimiento es un derecho potestativo que nace de la ley o el contrato, poder subjetivo amplio que afecta el futuro del contrato, porque suspende, frustra y extingue la ejecución del contrato mediante una declaración de voluntad unilateral *ad nutum* o con justa causa. Opera sobre contratos de plena vigencia, extinguiendo los efectos propios de dicha relación obligatoria y constituye un modo de extinción de las relaciones obligatorias.

Es un derecho discrecional, de libre albedrío por el cual se extingue el contrato de plena vigencia, debiendo comunicar tal decisión expresamente a la otra parte, derecho personal no transmisible a terceros. Este mecanismo contractual tiene aplicación en fase inicial y fase de ejecución del vínculo funcional; tiene eficacia y surte efecto pleno si se establece la cláusula

de desistimiento *ad nutum* o por justa causa; no existiendo mayor problema respecto al primer supuesto, el ejercicio del desistimiento por una o ambas partes para desvincularse del pacto sin condición alguna, es decir no constituye requisito alguno en el desistimiento *ad nutum* acreditación o alegación de por medio para su eficacia.

La institución de contratos denominada receso o desistimiento es tratada en Italia como “separación” voluntad unilateral concedida por el legislador a uno o ambos sujetos contractuales que gozan del derecho a disolver la funcionalidad del contrato. La separación constituye derecho potestativo atribuido por ley - separación legal- o mediante cláusula recesal del *contrato* -separación convencional- Este derecho potestativo es atribuido dependiendo del modo o forma de la separación en favor de ambos sujetos contractuales o de uno de ellos; es recepticio produciendo sus efectos cuando es comunicado a la contraparte.

La forma puede ser vinculada, si así lo establece la fuente atributiva del derecho (norma de ley, o cláusula contractual, la cual, por ejemplo, disponga que la separación se deba comunicar a través de un telegrama, o correo certificado). En ausencia del vínculo formal expreso, es necesaria la *misma forma requerida para el contrato del cual se separa*: la diferencia respecto al mutuo disenso está en la estructura unilateral de la separación, que impone una mayor certeza en tutela de quien no participa en el acto, aunque sufra sus efectos (Roppo 2009: 506).

El autor señala que es necesaria la comunicación, lo que se conoce como el aviso o preaviso de parte del titular del receso o desistimiento a la contraparte; esto constituye una formalidad que tiene que ver con la eficacia del receso, pese a que la desvinculación y retiro del contrato depende del titular según sea el caso en caso opte por ejercitarlo; diferente a la institución jurídica del mutuo disenso que es la formación de un nuevo acuerdo de extinguir el contrato mediante el consenso de los sujetos del contrato e incluso modificarlo.

## 2.4. Clasificación del receso o desistimiento contractual

En nuestro ordenamiento legal no se ha brindado un trato unitario e uniforme del receso o desistimiento; por el contrario, existen muchas clasificaciones que responden a diversas funciones, criterios y tipos de receso en supuestos particulares de contratos nominados y contratos en general, a los que la norma concede este derecho potestativo en favor de una o ambas partes.

Así tenemos la separación convencional; puede ejecutarse en vínculos contractuales de modalidad ejecución instantánea, de duración o ejecución periódica-continuada. La separación legal establecida por la norma; que comprende a las categorías de separación de liberación, autotutela y de arrepentimiento.

El tiempo es un aspecto importante a ser valorado en el receso o desistimiento, y expresa que se puede estar liberado de cualquier límite de tiempo, o bien estar sometido a un plazo: final.

Frente a la separación ejercitada sin el respeto de los límites de tiempo variadamente impuestos para su correcto ejercicio, puede proyectarse una alternativa: ¿la separación es *ineficaz* de manera que la relación contractual prosigue? ¿O la separación (aunque inoportuna, o no preavisada) disuelve la relación, salvo que exponga al que se separa a *responsabilidad* por los daños? Probablemente la solución pueda variar, en relación a los diversos supuestos de hecho (Roppo 2009:506).

Estas interrogantes no son fáciles de contestar porque existe una gama de clasificaciones y tipos de receso o desistimiento, en las que se cruzan las legales con las convencionales; pero lo que sí debe quedar establecido es que la ley garantiza el resarcimiento del ejercicio abusivo por parte del titular de esta institución jurídica; ya que éste no se libera del pago de indemnización por daños, en caso los hubiera generado en cualquiera de los supuestos y tipos de receso.

Una de las consecuencias del receso o desistimiento es su irrevocabilidad, es decir ejercitado que sea el receso y habiéndose producido sus efectos extintivos del contrato a través de la comunicación al destinatario, éste se torna en irrevocable. Resulta necesario antes de entrar al estudio de los tipos de receso o desistimiento existentes en nuestro ordenamiento, abordar los contratos que pueden ser materia de acción y extinción funcional.

Existen dos categorías contractuales que se distinguen: los de ejecución continuada y de ejecución periódica.

A los contratos de ejecución instantánea se contraponen los contratos de duración, en los cuales, *al menos una de las prestaciones no se agota en una operación o en un efecto instantáneo*. A su vez, aquellos se distinguen, en dos categorías: contratos de ejecución continuada y periódica. En los contratos de ejecución continuada la prestación *se actúa en el tiempo, sin solución de continuidad*. Por ejemplo: la locación, para la prestación del locador; el leasing, para la prestación del concedente; el depósito, para la prestación del depositario; el seguro, para la prestación del asegurador; el suministro de gas, agua, energía eléctrica, en el cual el suministrante está obligado a distribuir un flujo constante de materia suministrada; en general, los contratos con prestación de no hacer (no enajenar, no realizar actividades competenciales). En los contratos de ejecución periódica, la prestación *se actúa con erogaciones de bienes o actividades repetidas en intervalos de tiempo*. Por ejemplo: las rentas mensuales debidas por el conductor; la remuneración periódica debida por el empleador; los suministros periódicamente debidos por el suministrante; los servicios de mantenimiento de maquinarias o instalaciones, a realizarse cada 6 meses, o de limpieza de locales, a efectuarse en días alternos (Roppo 2009: 507 -508).

De lo expuesto por el autor, resaltamos la modalidad *ejecución continuada*; allí la prestación se actúa en el transcurso del tiempo, sin solución de continuidad; como es el caso de la locación, prestación del locador; leasing, prestación del concedente; el depósito, seguro, para la prestación del asegurador; el suministro; y en la modalidad *ejecución periódica*, allí la prestación se actúa mediante erogaciones de bienes y servicios que se repiten cada intervalos de tiempo; como en las rentas mensuales, remuneración periódica; suministros periódicos debidos del suministrante; servicios de mantenimiento de maquinarias o instalaciones; contratos en los que se puede llegar a ejecutar el derecho potestativo del receso o desistimiento.

De acuerdo a la jurisprudencia se afirma que el inicio de la ejecución impide la separación aunque aún no se haya consumado el plazo eventualmente previsto para su ejercicio; y se precisa que los actos de ejecución que impiden la separación son solo aquellos posteriores a la celebración del contrato, mientras no lo impidan actos anteriores o contextuales (como la dación de arras o adelantos). El importante señalar que en el momento en que el titular del derecho de separación incumple, no puede más separarse si la contraparte ha pedido la resolución del contrato; puede aún hacerlo, si la contraparte ha solicitado el cumplimiento. Sin embargo, dicho régimen puede ser derogable, en caso las partes establezcan que es válido que la separación se pueda ejecutar después de que el contrato ha tenido un inicio de ejecución.

Existen diversas clasificaciones del receso o desistimiento; en ordinario y extraordinario, sin embargo, no son las únicas, esta problemática por falta de su uniformización se produce doctrinariamente es diversas legislaciones foráneas, y en legislación nacional. Como tendremos la oportunidad de analizar con mayor detalle, existen contratos típicos en los que gozando una de las partes del derecho potestativo del receso o desistimiento extraordinario, - nos referimos a contratos que tienen fecha de término-; y que debiera alegarse “*justa causa*” en caso optar por desvincularse del contrato; sin embargo, se concede el receso o desistimiento *ad nutum*, es decir “sin justa causa” para desvincularse del contrato y extinguirlo definitivamente.

Podemos citar ejemplos, el Contrato de Obra previsto en nuestra norma sustantiva en el artículo 1786: “El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida” (Código Civil del Perú). El citado contrato se celebra a plazo determinado; sin embargo, no se aplican los supuestos del desistimiento extraordinario por recesar o desistir el contrato antes del término de su finalización; el legislador obvia la justa causa y la decreta como un receso o desistimiento legal extraordinario *ad nutum* (sin causa justa); ejercida por exclusiva voluntad del comitente.

Así también en el Contrato de Locación de Servicios, regulado en el artículo 1769: “El locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente. Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados” (Código Civil del Perú). Este supuesto contractual regula el receso o desistimiento extraordinario de un contrato de duración determinada, ya que alude: “antes del vencimiento del plazo estipulado”; otorgando la potestad exclusiva del receso o desistimiento al locador; quien debe sustentar su decisión en “justo motivo” o “justa causa”, adicionándose la condición o presupuesto que no cause perjuicios al comitente o locatario; coligiéndose que en este contrato el legislador ha regulado el receso por “justa causa”; la que no se requiere como presupuesto o condición en el Contrato de Obra.

En base a los ejemplos señalados sobre receso o desistimiento contractual, en los Contratos de Obra y Locación de Servicios a plazo determinado, se aprecia que contienen diferentes requisitos y presupuestos para ejercitar el derecho al receso o desistimiento; es decir, dicha institución contractual no es uniforme en el tratamiento de tal derecho potestativo.

Sostenemos que la principal clasificación corresponde a la fuente *legal y convencional*; la *primera* otorgada imperativamente por ley y la *segunda* por expreso consenso y voluntad de los sujetos vinculados por el contrato; también existe la clasificación de *ordinario y extraordinario*; el *primero* para contratos indeterminados y el *segundo* para contratos con plazo determinado; asimismo, la clasificación conocida como *ad nutum* (sin justa causa) y por justa causa; y, por último la clasificación *con preaviso y sin preaviso*.

Estas son las razones que nos permiten sostener que en el Perú; la institución jurídica del receso o desistimiento no cuenta con técnicas claras de desarrollo legislativo que permitan identificarlas con facilidad; contrario a lo que sucede con la resolución por incumplimiento; debiendo remitirnos a legislación comparada, para el mejor tratamiento y conocimiento del espíritu del legislador en la incorporación del citado derecho potestativo en nuestra regulación civil. En tal sentido, adelantando alguna conclusión sobre el uso y aplicación de esta figura contractual, sostenemos que no es fácil ubicación, identificación, regulación, tratamiento y aplicación; al generarse dudas e inexactitudes en su aplicación y ejercicio al confundirse frecuentemente con el remedio de la resolución por incumplimiento.

### 2.4.1. Receso o desistimiento convencional

La figura jurídica del receso o desistimiento convencional en nuestro ordenamiento, ha recibido la inspiración de la codificación italiana; así debemos remitirnos al *Código Civile Italiano de 1942* que regula la figura del desistimiento o receso contractual.

Artículo 1373.- Desistimiento unilateral.- Si a una de las partes se le hubiere atribuido la facultad de desistimiento del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución. En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento, ésta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado. En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario (Messineo 2007: 826).

El desistimiento o receso legal es otorgado por la ley en determinados contratos nominados; y el receso o desistimiento convencional, nace por el consenso de las partes en cláusula de receso contractual; para tener efecto deben ser aprobadas por escrito; asimismo, el desistimiento unilateral puede ser ejercitado antes que éste haya tenido principio de ejecución; salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, en que puede ser ejercida; sin embargo, el receso o desistimiento no tendrá efecto sobre las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución; salvo pacto en contrario; y que éste puede ser gratuito u oneroso.

Para Roppo, el receso o desistimiento convencional, se va ejecutar en diferentes tipos de contratos, ejecución instantánea, de duración: que tiene un *primer supuesto* el contrato ya tiene principio de ejecución; acto que comprende una valoración luego de haber aprovechado los beneficios o no beneficios del período de vigencia y ejecución del contrato; sin embargo, ya no le resulta ventajoso seguir manteniendo el vínculo contractual; y un *segundo supuesto* en el cual la separación *no* tiene efecto y *no* es posible en contratos de prestaciones ejecutadas o se encuentren en curso de ejecución; ya que en estos casos no es retroactiva, se sustenta porque la parte que decide separarse hasta el momento en que lo hace tenía satisfacción en las prestaciones realizadas; y esta decisión de separarse solo va operar para el *futuro del contrato*; a mayor abundamiento el legislador en este remedio negocial ha decretado la no retroactividad y por ende la insensibilidad en la separación de las prestaciones ya ejecutadas; dicho razonamiento no plantea problemas de magnitud, siendo ejemplo de ello: las rentas ya pagadas son adquiridos por el locador; las intervenciones de mantenimiento mensual ya realizados permanecen eficazmente realizadas en base al contrato, y deben pagarse. De igual forma tampoco existiría problemas en las prestaciones “en curso de ejecución” como el caso en que la separación se produce en el momento que se están realizando los trabajos de mantenimiento; en dicho supuesto, el remedio de la separación no impide el cumplimiento ni su eficacia, por lo que solo va regir para el futuro (2009:511).

El receso o desistimiento contractual puede nacer del acuerdo de las partes vinculadas por el contrato, que corresponde a la clasificación del receso convencional.

La separación convencional es aquella *no prevista por la ley, pero autorizada por la cláusula de un contrato*. La libertad de las partes de pactar cláusulas de separación está reconocida en vía general por el art. 1373. Del mismo modo el art. 1373 dicta una disciplina de la separación convencional, diferenciándola según la categoría de contratos a los cuales se aplica: contratos de ejecución instantánea (...); o bien contratos de duración (...). Esta disciplina tiene naturaleza solo positiva: el art. 1373 deja a “salvo todo pacto en contrario”, permitiendo a las partes someter la separación a reglas convencionales, divergente de las legales. A mayor razón las partes pueden moderarla libremente sobre los puntos no tocados por el régimen

legal: eligiendo si atribuirla a una sola de estas, o a ambas; si vincularla a formas o plazos, o no; si subordinarla a requisitos, condiciones, justificaciones, o consentir su ejercicio inmotivado (Roppo 2009:508).

Nuestra regulación establece que es válido y lícito pactar cláusulas de receso o desistimiento contractual en la modalidad ejecución continuada o periódica que permitan la separación o desvinculación definitiva del contrato sin validar la irretroactividad en las prestaciones ya ejecutadas y gozadas antes de la separación; sin colisionar con normas imperativas, y de igual forma colisionar con el orden público, moral y buenas costumbres.

Se considera la multa penitencial como una prestación o pago previo por el desistimiento convencional; distinto a las arras confirmatorias; que es el pacto por el cual se entrega generalmente determinada suma de dinero en favor del otro sujeto en el momento de la celebración del vínculo contractual; y, si se honra el contrato conforme a lo pactado las arras son devueltas o imputadas a la prestación; caso contrario, si no se cumple el pacto, la contraparte puede separarse y desistirse manteniendo en su poder las recibidas. Y en caso la parte que no cumple el contrato es quien recibió las arras, la otra parte puede separarse y pedir el doble de las arras.

Para Bianca, en vínculos contractuales de ejecución sucesiva o periódica el receso constituye el poder que permite válidamente interrumpir la relación contractual; el cual es conferido a una o ambas partes contractuales por cláusula de receso o atribuido por la ley (2007: 761). Cabe precisar que el receso o desistimiento contractual legal o convencional puede darse tanto en contratos instantáneos como en contratos de duración sucesiva o periódica y en contratos indeterminados; basta el otorgamiento del derecho-poder de receso concedido por el legislador o creado por convenio contractual, para su ejercicio, de acuerdo al arbitrio y libre voluntad de la parte que lo ostente; consiguiendo la desvinculación y extinción de los efectos del contrato válidamente celebrado.

Según el ordenamiento italiano previsto en el artículo 1373 del *Código Civil Italiano de 1942*, el receso o desistimiento convencional puede aplicarse en las modalidades de los contratos instantáneos y de ejecución continuada o periódica; estableciendo pautas generales que no son obligatorias a tenor de lo señalado en su último párrafo de “salvo cualquier pacto en contrario”. También se regula respecto al receso o desistimiento convencional oneroso, que en caso de pactarse retribución por el mismo, adquiere eficacia el receso cuando se haya cumplido con el pago; con tal disposición por defecto se supone que existe también el receso o desistimiento convencional gratuito.

#### **2.4.2. Receso o desistimiento legal.**

El desistimiento o receso legal es otorgado por ley en determinados contratos nominados; sin embargo, también puede ser convencional, por acuerdo entre las partes; para surtir efecto debe constar expresamente en cláusula de receso. El desistimiento unilateral puede ser ejercitado en tanto el vínculo no tenga principio en su ejecución; salvo los casos de ejecución continuada y periódica, en que si puede ser ejercitado; sin embargo, es importante resaltar que éste derecho no surte efecto sobre prestaciones ejecutadas y las que se encuentran en plena ejecución; salvo pacto en contrario; este remedio puede ser gratuito u oneroso.

El receso o desistimiento legal, es el derecho potestativo o poder jurídico otorgado por el legislador a determinados sujetos contractuales en determinados contratos nominados; quienes ostentan la titularidad de ejercitarlo en su favor previo cumplimiento de los requisitos

establecidos en la norma. El ejercicio del derecho de receso o desistimiento legal ocasionará irrevocablemente la extinción de los efectos de la relación funcional del contrato, que no genera ningún tipo de contraprestación por indemnización.

El receso o desistimiento legal es un remedio previsto en la ley, en tutela de una o ambas partes vinculadas por el contrato, derecho que podemos encontrarlo en diversos contratos nominados o típicos. Con relación a su tratamiento normativo doctrinario, la primera parte del artículo 1373 del *Código Civile Italiano de 1942* se ocupa del desistimiento convencional, y dispone: “Si a una de las partes se le hubiere atribuido la facultad de desistimiento del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución” (Código Civil italiano). Se discute si esta norma es también aplicable a la separación legal, sobre ello entendemos que las disposiciones y reglas de la separación convencional no deben contradecir las reglas de separación o desistimiento legal.

Existe otra disyuntiva, si consideramos que el desistimiento o separación legal es imperativo, y que por el consenso de los sujetos vinculados al contrato, se brinde preeminencia a sus intereses particulares que difieren de lo prescrito por la norma; sobre ello no existe posición uniforme. En tal sentido esta institución es pasible de ser analizada concretamente caso por caso.

El derecho potestativo del receso o desistimiento legal; tiene diversas modalidades, que abarcan las categorías de separación de liberación, autotutela y arrepentimiento.

#### **2.4.2.1. Receso o desistimiento legal de liberación.**

El receso o desistimiento de liberación, constituye una forma de clasificación del derecho potestativo; que goza una o ambas partes de la relación contractual para liberarse del vínculo obligacional; en ejercicio de su criterio discrecional porque le perjudica sus intereses o por causa sobrevenida que origina un desequilibrio entre las partes.

Esta categoría de separación legal de liberación es otorgada por la ley, por cuestiones de política legislativa, en favor de una o ambas partes, este remedio lo encontramos en diversos contratos nominados o típicos.

El receso o desistimiento legal de liberación, está regulado en el artículo 1365: “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú).

En el receso o desistimiento legal de liberación es importante detenernos en la figura del pre aviso, sobre ella se afirma: “una de las consecuencias más importantes de la aplicación de la buena fe al desistimiento unilateral en los contratos duraderos por tiempo indeterminado es la de la exigencia de que éste se ejercite respetando un plazo previo, es decir, dando un preaviso, a fin de evitar los perjuicios que una ruptura brusca puede suponer al otro contratante” (Klein 1997: 181-182). En efecto, el desistimiento legal, constituye una política legislativa brindada por el legislador en una economía de mercado que rompe con el esquema de los contratos a perpetuidad; así como facilitar el tráfico de bienes en aplicación de los principios de solidaridad cuya base es la no concentración de bienes y servicio en manos de personas por largo tiempo. Y el pre aviso es una condición o requisito obligatorio para que el receso o desistimiento surta efectos, caso contrario; en caso no se proceda con el pre aviso

se torna en ineficaz el receso o desistimiento para desvincularse contractualmente; manteniéndose la vigencia y validez del contrato.

Las separaciones de liberación, se aplican a los contratos en los que no se ha pactado su término y son de larga duración.

Llamamos separaciones de liberación a los derechos dados a la parte para consentirle *sustraerse de un vínculo contractual que en caso contrario pesaría de manera intolerable sobre su libertad*; como sucede, típicamente con los contratos de duración a tiempo indeterminado. Si la parte de un tal contrato no tuviera la facultad de separarse, estaría sujeta a un vínculo del cual no se vería el fin; su libertad estaría excesivamente comprendida. La separación legal es dada a las partes de los siguientes contratos de duración, cuando sean a tiempo indeterminado (e indeterminable): suministro (art.1569); locación (art 15962); alquiler de bienes productivos (art 1616); agencia (art.17052); depósito (art. 17711); comodato (art.1810); cuenta corriente (art.18331); depósito bancario (art 1834); apertura de crédito (art. 18453); operaciones bancarias en cuenta corriente (art. 1855); trabajo subordinado (art. 2118: pero aquí inciden fuertemente las leyes especiales posteriores al código, que limitan la separación del empleador). En la misma *ratio* de liberación se inspira la separación legal de un contrato a tiempo determinado, pero muy largo: si el seguro tiene duración mayor de 10 años, después del décimo año se puede separar (art. 18991) (Roppo 2009:513).

En las separaciones legales de liberación, quien va a separarse está obligado a dar el preaviso, el plazo está indicado de manera puntual, así el artículo 1365 de nuestra norma sustantiva establece claramente que la parte que va ejercer el derecho potestativo de receso, debe comunicar mediante aviso previo notarial con anticipación no menor de treinta días a su contraparte; y luego de haber transcurrido dicho plazo recién es resuelto el contrato de pleno derecho. Esta disposición legal constituye norma imperativa, por lo que el plazo no puede ser menor, caso contrario resultaría ineficaz el remedio.

#### **2.4.2.2. Receso o desistimiento legal de autotutela**

El receso o desistimiento legal de autotutela, constituye derecho potestativo del que goza una o ambas partes vinculadas por un contrato, funciona como garantía ante la eventualidad de hechos sobrevinientes que generen el desequilibrio y falta de equidad en la relación pactada, es una protección a sus intereses.

El receso o desistimiento legal de autotutela es atribuida por ley con el propósito de extinguir la obligación contraída cuando no es posible ejecutarla por causas que no son imputables a ellas, ya sea por transcurso del tiempo y el deudor no sea responsable del retardo, por especial naturaleza de la obligación no resulta relevante su cumplimiento y ejecución; o porque el titular de la acreencia ha perdido interés en que sea honrada la obligación por inútil.

En algunos casos la ley da a la parte la facultad de separación, para permitirle *reaccionar contra eventos sobrevinidos que amenazan sus intereses contractuales*; la liberación del vínculo es el medio con el cual la parte se tutela; y dado que la liberación deriva automáticamente a la iniciativa de la parte, definimos estas separaciones como separaciones de autotutela. Es coherente con esta *ratio* que las separaciones de autotutela (a diferencia de las de liberación) no sean remitidas a la pura valoración del que se separa, sino que sean ejercitadas solo en presencia de determinados presupuestos, fuera de los cuales estarían injustificadas. Cuando esté así justificado, la separación no está obviamente precluida por el hecho de que el contrato sea a tiempo determinado, con plazo aun no vencido. (...) Ello sucede, en particular, cuando se hayan dado arras confirmatorias: *suma de dinero o cantidad de cosas fungibles, entregada por una parte a la otra a la celebración del contrato*. Si el contrato es regularmente cumplido, las arras “deben ser *restituidas o imputadas* a la prestación debida” (art. 1385i). Pero las arras



desarrollan su función típica en caso de incumplimiento, vinculándose a separaciones de autotutela. Si quien no ha cumplido es quien las ha dado, la otra parte puede *separarse del contrato y conservar las arras*; si el que no cumple es la parte que ha recibido las arras, la otra puede *separarse del contrato y pretender el doble de las arras* (art.13852) (Roppo 2009:514).

En el desistimiento o receso de autotutela podemos encontrar casos especiales; contratos nominados; y, elegir como opción el remedio de la resolución por incumplimiento en lugar del receso o desistimiento contractual. Es decir, la parte que ha sufrido el incumplimiento grave o relevante tiene la opción de solicitar indemnización de daños y perjuicios; toda vez que si ejerce la separación como mecanismo de autotutela; no tendría acceso a solicitar el resarcimiento de los daños.

El receso o desistimiento contractual, en la modalidad de autotutela; opera bajo supuestos de justa causa, justificado motivo o graves motivos; que abarcan el incumplimiento de la contraparte, como hechos objetivos no imputables. La separación de autotutela se puede ejercer al sobrevenir hechos que modifican el escenario de la prestación de las obligaciones pactadas en el contrato oneroso, recíproco y sinalagmático. En tales casos una o ambas partes se encuentran ante presupuestos diferentes a lo pactado; situación que les perjudica, y de continuar la relación funcional se generarían mayores pérdidas y perjuicios, ante tal dilema surge el mecanismo de la separación de autotutela.

Este mecanismo resolutivo legal de autotutela está regulado por el artículo 1316 del Código Civil.

Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere (Código Civil del Perú).

El receso o desistimiento legal de autotutela resulta efectivo para solucionar los problemas sobrevinientes respecto a la funcionalidad del contrato, siendo potestad del acreedor extinguir el contrato porque ha perdido el interés en que se honre la obligación por inútil, o potestad del deudor para desvincularse y retirarse del vínculo nacido del contrato al sobrevenir hechos de imposibilidad de cumplir total o parcialmente la obligación contraída.

Otro supuesto de receso o desistimiento legal de autotutela, se encuentra en el contrato con pacto de arras penales previsto en el artículo 1478: “Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras” (Código Civil del Perú). La citada norma concede el derecho potestativo del receso o desistimiento de autotutela en favor del acreedor cuando quien entregó las arras no honra el compromiso por causal imputable a su persona; y tiene potestad de conservar las arras y retirarse y desistirse del contrato. Y en el caso que quien recibió las arras no cumpla con lo pactado, la contraparte tiene la potestad de apartarse del contrato dejándolo sin efecto; así como exigir se doblen las arras.

### 2.4.2.3. Receso o desistimiento legal de arrepentimiento

Este tipo de receso o desistimiento legal es autorizado por el legislador, en favor de una de las partes sin sujeción a ninguna condición o presupuesto; derecho potestativo que le permite retirarse, desvincularse y separarse del pacto contraído, a fin que en la etapa de funcionalidad del contrato nuevamente analice, valore sobre el mantenimiento del vínculo contractual, y en caso de arrepentirse, la ley lo faculta a desistirse del contrato; liberándose de la prestación a su cargo porque no desea continuar o porque ya no le resulta útil.

Este mecanismo resolutivo negocial del receso o desistimiento contractual lo encontramos en la legislación italiana; en el contrato de obra, entre otros contratos nominados. Esta modalidad de separación de arrepentimiento concedida por el legislador a una parte contractual; también puede ser pactada expresamente por los sujetos vinculados por el contrato recíproco y sinalagmático.

Constituye política legislativa en el ámbito contractual, que el legislador conceda y brinde especial protección a los sujetos vinculados contractualmente en determinados contratos nominados; el derecho de arrepentirse y tener la capacidad de liberarse del vínculo. Se brinda este derecho potestativo por considerarse oportuno y conveniente a sus intereses cambiar de postura contractual y por ello desistir del contrato, este mecanismo con frecuencia es usado en el contrato de obra, y mandato.

Este tipo de receso o desistimiento es inmotivado y generalmente oneroso, ya que quien se separa y desvincula del contrato tiene la obligación de indemnizar a la contraparte. Es usado en los contratos cuya duración es indeterminada; que no tienen plazo de término o culminación; que producen efectos indefinidamente, hasta que sobrevenga una causa que genere la cesación de sus efectos.

El *ius variandi* se torna en una figura especial, no son muy frecuentes los casos porque es atribuido por ley; existe gran variedad de separaciones legales, sin embargo los casos de hechos legales del *ius variandi* son pocos, podemos citar el derecho potestativo del comitente en el contrato de obra, que está autorizado por ley para variar unilateralmente el proyecto, y por ende el contrato, el poder del empleador de variar y modificar las funciones del dependiente, respecto al contrato laboral que previamente suscribieron; así también los poderes.

### 2.4.3. El Receso o desistimiento *ad nutum* (sin justa causa) y con justa causa

Nuestro ordenamiento civil también ha regulado la vertiente del receso o desistimiento con justa causa; que es una clasificación doctrinaria realizada por la jurista alemana Michel Klein.

En el Derecho alemán, como hemos visto, se ha elaborado el concepto de la *ausserordentliche Kündigung*-desistimiento extraordinario-, que en general-salvando las matizaciones hechas en su lugar-, es el que tiene como fundamento la sobreveniencia de un hecho que recibe la denominación de «causa relevante» (*wichtiger Grund*), y que podríamos equiparar, al menos parcialmente, a la justa causa, tal como la definiremos más adelante. Suele afirmarse que esta facultad coincide con la resolución (*Rücktritt*) del contrato, por lo que se refiere al presupuesto de su nacimiento: ambas figuras han de basarse en circunstancias que hagan imposible la continuación del vínculo contractual; si bien en la resolución éstas son más

restringidas que en el desistimiento, ya que la primera debe fundamentarse en la imposibilidad o retraso imputables a la otra parte, y el segundo, en una causa justa, concepto que, como veremos, es bastante más amplio que el anterior (Klein 1997:38-39).

El desistimiento por justa causa, nace de la ley o por convenio de las partes a través de una cláusula de receso que contenga en forma clara y expresa que una de las partes o ambas ejercerán el derecho potestativo del receso o desistimiento, sin que este pacto irroge en la relación un desequilibrio contractual colisionando con la igualdad de partes. Sin embargo, también puede darse el caso que una o ambas partes del contrato por decisión unilateral terminan y extinguen la relación contractual sin expresión de justa causa o *ad nutum*, antes de la fecha de terminación del contrato; lo que implica el pago de multa penitencial que comprenda determinada cantidad de dinero a título de indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte contra quien se ejerce el receso o desistimiento, monto que debe cubrir lo que hubiera ganado ésta si el contrato se mantuviera vigente y en ejecución hasta el momento que opera el desistimiento ya sea por justa causa o *ad nutum*.

Este derecho al receso o desistimiento es la excepción a la regla del principio de fuerza vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*), entre las partes. Dicha potestad tiene su fuente de inspiración en el *Código Civile Italiano de 1942*, y en el *Bürgerliches Gesetzbuch BGB de 1896*, en ambas regulaciones civiles se regula el derecho potestativo al receso o desistimiento *ad nutum* o por justa causa.

En nuestra legislación, ejemplo del derecho potestativo al receso o desistimiento por justa causa, es el contrato de Locación de Servicios, en el cual se concede al locador el poder de terminación y extinción del contrato por justo motivo lo que equivale en doctrina a la “justa causa”.

“Artículo 1769.- El locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente. Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados” (Código Civil del Perú).

Y el contrato de Obra, que constituye una categoría de desistimiento extraordinario *ad nutum*, que no requiere de “justa causa” para terminar y extinguir el contrato, se denomina o conoce en doctrina como receso o desistimiento extraordinario porque la relación jurídica va ser terminada o extinguida antes de la fecha pactada para su finalización; a diferencia del Contrato de Locación de Servicios; que constituye una categoría del receso o desistimiento por “justa causa” con el requisito de no causar perjuicios al comitente.

“Artículo 1786.- El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida” (Código Civil del Perú).

Esta figura del receso o desistimiento en sus diversas categorías no es uniforme en su regulación y aplicación, tal como lo hemos demostrado al analizar el contrato de Locación de Servicios y el contrato de Obra, en el cual, para el primer caso se requiere de “justa causa” y para el segundo caso no se requiere de “justa causa”, entendemos que el legislador peruano ha recibido como fuente de inspiración la regulación del *Código Civile Italiano de 1942* como la del *Código Civil Alemán de 1896*; con algunas peculiaridades de esencia eminentemente peruana.

Con relación a la diferencia entre la resolución y el receso o desistimiento; nos remitimos a lo señalado por Michel Klein, quien considera una figura más amplia al receso o desistimiento frente a la resolución que es más restringida. El Código Civil del Perú, dispone a tenor del artículo 1371 que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. A diferencia del receso o desistimiento contractual que en cualquiera de sus categorías llámese ordinario, extraordinario, *ad nutum*, o con justa causa; los supuestos de su aplicación no se reducen únicamente al incumplimiento por una de las partes contractuales que deja sin efecto la relación jurídica hacia el futuro (*ex tunc*) sin embargo, se retrotrae al nacimiento del contrato para dejar sin efecto todas las prestaciones realizadas salvo que se afecte el derecho de terceros que hayan intervenido de buena fe; por el contrario, en el receso o desistimiento contractual, sus efectos operan hacia el futuro (*ex nunc*) y todas las prestaciones ya realizadas hasta ese momento se mantienen eficaces e incólumes entre las partes; pero el ámbito de acción para la aplicación de este remedio contractual es más amplio que la resolución, abarca otro tipo de hechos como una causa sobreviniente que pone en riesgo a la parte que no puede mantener la vigencia del contrato y que constituye “justa causa”, se puede usar en contratos nominados cuya potestad de beneficio de este derecho es otorgada por el legislador sin expresión de causa alguna, así como en los contratos innominados cuando las partes han decidido introducir la cláusula de receso con justa causa o sin ella.

Lo expuesto evidencia que los institutos contractuales que permiten terminar y extinguir el contrato antes de la fecha de su vencimiento, son la resolución por incumplimiento y el receso o desistimiento contractual; sin embargo estas figuras no son las únicas, el contrato puede terminarse anticipadamente por el cumplimiento de un hecho u obligación condicional, éste elemento accidental del contrato presenta diversas categorías como la suspensiva, resolutoria, potestativa y mixta; que son válidas según nuestro ordenamiento jurídico para tal propósito, con excepción de la *condición meramente potestativa*, la cual es sancionada por los ordenamientos civiles modernos de Alemania, Francia, Italia y España; con la nulidad. Sin perjuicio como se verá más adelante de la aplicación del principio de conservación del contrato; en respuesta al criterio brindado por el legislador que acude en auxilio en favor de la eficacia del contrato; repotenciándose su utilidad entre las partes que lo celebraron, porque el negocio jurídico cumple con los elementos base del contrato; y, sobre todo se mantiene el objeto-causa motivo principal del contrato.

Igualmente se pretende reconocer en la condición suspensiva y resolutoria el derecho potestativo de receso o desistimiento contractual, pretendiendo sostener que el cumplimiento de la condición es lo que brinda la forma y nacimiento del derecho a receso, lo que no es así, ya que el Bürgerliches Gesetzbuch - BGB de 1896 tiene prevista a la facultad de revocar y modificar el contrato antes de su vencimiento con la figura contractual de la llamada denuncia que se encuentra legislada en el §313 y §314 del citado BGB.

#### § 313 Alteración de la base del negocio

(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido de la base del contrato, resultan ser falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia.

§ 314 Denuncia de relaciones obligatorias continuadas por motivo relevante

(1) Cada parte contratante puede denunciar las relaciones obligatorias continuadas por un motivo relevante sin observar un plazo de denuncia. Concorre un motivo relevante si a la parte que denuncia no se le puede exigir la continuación de la relación contractual hasta la finalización pactada o hasta el transcurso de un plazo de denuncia, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y con ponderación de intereses de ambas partes.

(2) Si el motivo relevante consiste en la violación de un deber contractual, la denuncia solo es admisible después del transcurso infructuoso de un plazo fijado para la subsanación o tras una intimación infructuosa. El §323, apartado 2, se aplica por analogía.

(3) El legitimado sólo puede denunciar dentro de un plazo razonable desde que ha tenido conocimiento del motivo relevante de la denuncia.

(4) La legitimación para exigir resarcimiento del daño no queda excluida con la denuncia.

De las disposiciones contenidas en el Código Civil Alemán queda desvirtuado la posición de algunos doctrinarios que pretenden conceder a la condición potestativa la naturaleza jurídica del derecho de receso o desistimiento contractual.

Ambas modalidades de receso o desistimiento contractual son realizados cumpliendo el requisito de la notificación a la otra parte; el receso o desistimiento *ad nutum* no requiere expresión de causa o motivo, a diferencia del receso o desistimiento con justa causa, que si requiere de motivo de justificación para desvincularse del contrato; sin embargo ambas formas permiten desvincularse y separarse del vínculo contractual; y se resuelve de pleno derecho; salvo la existencia de pacto previo en contrario .

El desistimiento *ad nutum*, denominado sin justa causa, es: “una excepción al dogma de la irrevocabilidad del contrato (...) que alude a la prohibición de que una de las partes se desligue arbitrariamente, por su sola voluntad, de la relación contractual” (Klein 1997:19). Sin embargo para Klein, ello supondría entender que el receso o desistimiento unilateral al ser una excepción a este principio, devendría admitirla como arbitrio o condición meramente potestativa, siendo disconforme con esta posición por absolutista y restrictiva.

Los caracteres del receso o desistimiento, se reflejan en la distinción del desistimiento *ad nutum* y con justa causa.

La clasificación más acertada por lo que se refiere a los caracteres que ofrece el desistimiento en el Ordenamiento español es la que distingue entre desistimiento *ad nutum* y desistimiento con justa causa: La existencia de este último en nuestro Derecho es confirmada mediante el examen en diversos contratos (mandato, depósito, comodato, sociedad) en los que se alude a la posibilidad de desligarse del vínculo contractual con justa causa, facultad que en esos casos difiere de la resolución del contrato (Klein 1997:375).

Sobre la diferencia entre el receso *ad nutum* y por justa causa; debemos enfatizar que, si bien en el receso *ad nutum* (sin justa causa); la parte que ejercita este derecho no tiene la obligación de acreditar el justo motivo o justa causa, su ejercicio y uso debe ser prudente y moderado; ya que al ser su naturaleza de libre albedrío; se debe evitar su uso excesivo e irracional; por ende, utilizarse respetando la buena fe; evitando perjuicios indebidos y enriquecimientos injustos.

Con relación al receso o desistimiento con justa causa; el autor remite su aplicación a los contratos de mandato, depósito, comodato y sociedad entre otros; de acuerdo a los requisitos, presupuestos y características de cada contrato nominado; para su desvinculación contractual. Sin embargo, cabe la aplicación del receso o desistimiento convencional con justa causa como mecanismo de autotutela en protección de eventos posteriores y sucesivos al *interin* funcional del contrato; así como la aparición de la “causa relevante” entendida como un evento importante sobrevenido que justifica a los sujetos a retirarse y separarse de los efectos funcionales del contrato, dejando inalterables las prestaciones realizadas y que se encuentran satisfechas hasta el momento en que se ejerce el receso o desistimiento; operando la extinción del contrato (*ex nunc*); para el futuro salvo acuerdo en contrario.

Los presupuestos del receso o desistimiento por justa causa difieren de las causales de la resolución, la cual aparece al sobrevenir el incumplimiento de cualquiera de las partes, y en caso no desee continuar con la relación contractual puede extinguirla; siendo sus presupuestos diferentes al receso.

La diferencia entre el desistimiento y resolución ha sido estudiada en el ámbito del desistimiento con justa causa, para señalar que éste se presenta en la relación funcional por eventos o causas que casi nunca coinciden con los presupuestos de la resolución por incumplimiento.

Muchos autores haciendo un esfuerzo sistematizador con la finalidad de limitar ambas figuras, han señalado que la justa causa no coincide prácticamente nunca con el incumplimiento contractual que justifica la resolución. Así por ejemplo, Sangiorgi defiende la autonomía de estos dos presupuestos; para este autor, la justa causa tiene la función de permitir la disolución del contrato por motivos no previstos en otras normas (lo que desde su punto de vista excluye, fundamentalmente, el incumplimiento imputable): se trata, en general, de circunstancias relativas a situaciones personales de las partes, o eventos relativos al objeto contractual. Considera que de otra manera se produciría una inútil duplicidad de instrumentos- desistimiento y resolución-, y para demostrar su postura, señala que en muchos de los preceptos en los que se concede un desistimiento por justa causa, ello se hace salvando las normas generales sobre resolución contractual. Solo en determinados supuestos se producen excepciones en el sentido de que la justa causa es también comprensiva de las circunstancias que justifican la resolución: así ocurre en los diversos contratos unilaterales, donde esta última figura queda excluida por ser un remedio exclusivo de las relaciones sinalagmáticas, y en aquellos casos en que el legislador ha querido favorecer especialmente al acreedor, otorgándole, en lugar de la resolución, el derecho de desistimiento, cuyo ejercicio es muy rápido y sencillo (Klein 1997: 45-46).

El receso o desistimiento *ad nutum* denominado sin justa causa, contiene el ejercicio de la función de arrepentimiento. En el Perú el legislador ha otorgado el receso en su función de arrepentimiento, en el Contrato de Arrendamiento, Contrato de Comodato, Contrato de Obra, Contrato de Suministro y Contrato de Depósito entre otros.

Así el Contrato de Obra ha sido diseñado para eventualmente ejecutar el receso en la función de arrepentimiento *ad nutum* en favor del comitente de la obra; siendo extraordinario porque se aplica a contratos que tienen plazo y fecha de culminación; no es necesaria la sustentación de “justa causa” sino que es ejercido por el libre albedrío del titular de este derecho potestativo, en exclusiva decisión autónoma. Tiene contenido económico, porque implica onerosidad a fin de dejar indemne al recesado; caso contrario se incurriría en un ejercicio arbitrario de este derecho.

El receso o desistimiento contractual puede ser ordinario o extraordinario; ello depende que requiera de la existencia de causa relevante o no; en tal sentido nos encontramos en el

supuesto del *desistimiento ordinario* cuando no se requiere invocar causa alguna para su ejercicio; es aplicado a las relaciones contractuales que no tienen fecha de término; su regulación está prevista en el artículo 1365: “ En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú). Y el supuesto del *desistimiento extraordinario* cuando requiere existencia de justa causa. Este remedio negocial resolutorio tiene fuente legal o convencional. En caso de cumplirse los presupuestos y requisitos para su ejercicio como la notificación a la contraparte, produce el efecto de resolver de pleno derecho el contrato sin que tenga que indemnizar por el ejercicio de éste derecho potestativo, salvo pacto contrario expreso de las partes.

El desistimiento ordinario, constituye una de las formas más usuales para la extinción de los efectos derivados del contrato duradero sin plazo de culminación.

Ha sido mérito de los autores alemanes la formulación de una distinción que aún sigue siendo la más empleada, y que ha trascendido, incluso, a la doctrina italiana. Para la doctrina alemana la “*Kündigung*”, que es la figura que más se acerca a nuestro concepto de desistimiento, es un acto de configuración jurídica de ejercicio unilateral, cuya función es extinguir la relación obligatoria; pero sobre todo es un instrumento típico de los contratos de carácter duradero. En efecto, los autores suelen estudiar este derecho en relación con este tipo de contratos, y se sostiene incluso que es una principal forma de extinción. Es – fundamento – con referencia a este ámbito donde se ha realizado la clasificación más usual del desistimiento, distinguiendo entre el ordinario y el extraordinario (Klein 1997: 26-27).

El desistimiento ordinario; a decir de Klein, es el modo normal de extinción de los contratos, al no existir anomalía en su desarrollo; es utilizado en los contratos duraderos que carezcan de fecha de término; indeterminados, para evitar su perpetuidad; no es necesario para su ejercicio alegar justa causa; debiéndose respetar el plazo del preaviso (1997:27).

El artículo 1365 del Código Civil, consagra el desistimiento *ad nutum*, es decir no se requiere alegar “justa causa” se aplica en forma general a los contratos nominados e innominados; típicos o atípicos; es la institución por excelencia aplicable a los contratos de ejecución prolongada, duraderos e indeterminados; sin plazo de finalización o conclusión; establecido por el legislador o convencionalmente para evitar la perpetuidad de los contratos y de sus relaciones personales, que eventualmente podrían atentar contra la libertad de las personas; teniendo en consideración además que por seguridad jurídica los contratos deben tener un tiempo razonable de duración, no pudiendo ser mayores a la edad y proyecto de vida de las personas; así como también en salvaguarda de la libertad contractual y del tráfico y circulación de los bienes.

El desistimiento ordinario es una de las clasificaciones del recesso o desistimiento; que se ejecuta por el acto jurídico de libre albedrío; ejercido unilateral y voluntariamente en vía extra judicial; modalidad atípica y eficaz de terminación del contrato; para los supuestos de relaciones contractuales sin plazo convencional o legal. Cualquiera de los agentes puede invocarla, requiriéndose la previa comunicación a la contraparte; opera con efectos (*ex nunc*), es decir, la extinción de los efectos jurídicos rigen en adelante a partir de la producción del recesso o desistimiento; las partes se dan por satisfechas respecto de las prestaciones ya honradas; salvo pacto en contrario.

En nuestra legislación sustantiva, el desistimiento ordinario no se encuentra regulado expresamente, debemos identificarlo en contratos nominados–típicos, atípicos a plazo

indeterminado, de tracto sucesivo, a fin de evitar su perpetuidad y garantizar la libertad del tráfico en la circulación de los bienes en la relación obligacional.

El desistimiento ordinario aplicado principalmente en los contratos duraderos o indeterminados; se produce generalmente porque en el ínterin de la ejecución contractual aparece la “causa relevante” que es el presupuesto por excelencia; entendida como circunstancia sobrevenida que valida y autoriza a los sujetos contractuales a separarse de la funcionalidad del contrato, dejando inalterables las prestaciones realizadas y que se encuentran honradas hasta el momento que se ejerce el receso o desistimiento; operando sus efectos hacia el futuro (*ex nunc*); salvo acuerdo expreso en contrario. Su carácter es irrenunciable, por lo que no se puede exigir el mantenimiento del contrato incluso en periodo de preaviso. Esta “causa relevante” nos permite afirmar que el receso o desistimiento debe contener una conducta de buena fe por quien la realiza para evitar su ejercicio abusivo y el pago de indemnizaciones; constituyendo éste una más amplia que la resolución; por ende, es la mejor aplicable a los contratos duraderos e indeterminables, teniendo en consideración sus efectos (*ex nunc*); a diferencia de los efectos (*ex tunc*) de la resolución.

El receso o desistimiento ordinario llamado “*ad nutum*” en el Perú ha tenido inspiración de la fuente italiana, así nos remitimos a la figura del *receso* o desistimiento previsto por 1373 del *Código Civile Italiano de 1942*.

Artículo 1373.- Desistimiento unilateral.- Si a una de las partes se le hubiere atribuido la facultad de desistimiento del contrato, tal facultad podrá ser ejercida mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución. En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento, esta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado. En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario (Messineo 2007: 826).

La norma citada, en el primer párrafo contiene la figura del receso o desistimiento legal convencional, antes de que el contrato tenga principios de ejecución, precisando que en Italia es reconocido como “facultad” a diferencia de nuestro país, que es conceptualizada como derecho potestativo, el mismo que abarca a la facultad.

En el segundo párrafo, se regula la aplicación de este derecho potestativo en contratos cuya ejecución es continuada o periódica; el que no surtirá efectos cuando las prestaciones ya se hayan ejecutado; es decir que no tendría efectos retroactivos (*ex tunc*) dándose por satisfechas las partes de lo mutuamente recibido hasta el momento en que se produce el receso o desistimiento; siendo su efecto (*ex nunc*) es decir hacia el futuro; que es la misma regla por cierto aplicada en nuestra legislación .

Y la última parte, se ocupa de la retribución del desistimiento, en caso sea onerosa y haya sido pactada.

Con relación al desistimiento extraordinario, éste ocasiona la cesación del vínculo contractual antes de su culminación, debiendo basarse en “justa causa” entendida como la causa sobrevenida que impide continuar el contrato.

Que la clasificación más usual del desistimiento distingue al desistimiento ordinario y el extraordinario. “El primero se clasifica como *ordinario* porque constituye el modo “normal” de extinción de los contratos, pues no supone anomalía alguna en su desarrollo; su ámbito de aplicación se limita las relaciones contractuales duraderas que carezcan de término final,



es decir por tiempo indeterminado, a fin de evitar su perpetuidad, y se caracteriza en términos generales, por no requerir la alegación de una justa causa, pero si el respeto de un plazo de preaviso. El desistimiento *extraordinario* en cambio, se denomina así porque provoca la cesación del contrato antes del momento en que por regla general tenía que haberse producido; ha de basarse en un motivo importante, en una “justa causa”, es decir en una circunstancia sobrevenida que impide la continuación del contrato; por esta razón, el desistimiento se ejercita aquí sin necesidad de preaviso, y por tanto tiene eficacia inmediata. No solo es una figura que extingue *ante tempus* –siempre por razones que lo justifican- las relaciones contractuales con término final, que constituyen su ámbito de aplicación principal, sino que también se admite, evidentemente en los contratos por tiempo indefinido pero esta vez, como decía, de inmediato, sin que tenga que transcurrir el preaviso (Klein 1997: 27-28).

En tal sentido, podemos señalar que el receso o desistimiento extraordinario es una clasificación que *generalmente* debe contener la existencia y acreditación de “justa causa” a fin que se torne eficaz la extinción de los efectos del contrato; antes de su fecha de vencimiento o término, originada por causa o causas sobrevinientes, que desencadenan y ocasionan la ruptura, cesación, disolución o extinción del negocio jurídico; con anticipación al pacto de finalización. Sin embargo, precisamos que no es absolutamente obligatoria la existencia de “justa causa” para ejercer el receso o desistimiento extraordinario, remitiéndonos al Contrato de Obra, que pese a establecerse como un contrato a plazo determinado; es pasible de ser recesado o desistido sin invocación de “justa causa”; procediendo en su defecto el desistimiento extraordinario *ad nutum* o también llamado sin justa causa.

En nuestro ordenamiento civil se regula el derecho potestativo extraordinario del receso o desistimiento sin “justa causa”, “motivo justificado” “causa relevante” o “causa grave”; así como también se regula la aplicación de éste mecanismo resolutivo extraordinario en contratos típicos sin la concurrencia de “justa causa”.

Por ello, debemos señalar en *primer término*, que el receso o desistimiento extraordinario; es utilizado primordialmente en los contratos a plazo determinado, este constituye su espectro principal de aplicación; sin embargo, en *segundo término* también es aplicado a contratos indeterminados, sin plazo de término o finalización; en este último, a diferencia del desistimiento ordinario; no es requisito que transcurra el tiempo del preaviso, se ejecuta y adquiere eficacia con la comunicación y recepción de la contraparte de la voluntad del titular del receso o desistimiento; y el contrato queda irrevocablemente extinguido.

Entendemos que la aplicación y ejercicio del receso o desistimiento extraordinario no es absoluto ni uniforme; sus presupuestos y requisitos son diferentes, dependiendo del tipo de contrato; toda vez que se asumía que éste tipo resolutivo fue diseñado para extinguir contratos con plazo determinado de finalización, por sobrevenir la justa causa; sin embargo, también puede ser utilizado en contratos indeterminados, donde no existe fecha de término o conclusión – contratos duraderos – indefinidos; supuesto, en el cual es necesario el preaviso, en calidad de comunicación recepticia; por lo que es intrascendente el transcurso del tiempo.

Cabe señalar que el receso o desistimiento extraordinario se ejerce con la aparición de la causa relevante, llamada “justa causa”; que activa el derecho potestativo de su titular, quien por decisión unilateral, de libre albedrío; en pleno ejercicio facultado por el legislador, ejecuta este mecanismo de extinción contractual, en los contratos con plazo de término; siendo estos supuestos de *causa* sobrevenida; o imposibilidad sobrevenida diferentes al incumplimiento contractual. Por lo que, la *causa* es el elemento primordial para el tratamiento de este derecho

potestativo; que ocasiona la separación y retiro de la funcionalidad recíproca del vínculo creado por el contrato –*ante tempus*- en los de plazo determinado e indeterminado.

Los supuestos de aplicación del desistimiento extraordinario son diferentes, ya que en éste no es necesario enviar el preaviso, o carta notarial con la anticipación requerida para el desistimiento ordinario “no menos de treinta días” o de acuerdo al plazo pactado por las partes. En efecto, dada la trascendencia de la “justa causa”, “motivo justificado” “causa relevante” o “causa grave”; su eficacia es inmediata porque se ejecuta extrajudicialmente. Se produce ante la presencia de circunstancias –causas- sobrevenidas que imposibilitan, cesan y frustran la continuación del contrato; es decir se produce la extinción –*ante tempus*- del contrato; siempre y cuando la causa sobrevenida la justifiquen.

El receso o desistimiento es considerado remedio exclusivo contractual de aplicación en las relaciones sinalagmáticas, en casos que el legislador ha querido favorecer especialmente al acreedor, otorgándole, en lugar de la resolución, el derecho de desistimiento, cuyo ejercicio es muy rápido y sencillo; no obstante, cabe precisar que el receso contiene a la resolución por incumplimiento.

Respecto a que el desistimiento es un poder (...) en la modalidad *ad nutum*; que no requiere justificación alguna; ejecutada dentro de los parámetros del respeto al principio de la buena fe. Según Puig Brutau, aunque el derecho subjetivo signifique la concesión de un poder jurídico a una persona, es necesario que dicho poder sea ejercido acorde a la buena fe. Este principio de no causar daño, de fidelidad y solidaridad con la contraparte. La “buena fe” según el citado autor, tiene dos sentidos subjetivo y objetivo. El primero, *sentido subjetivo*, intención o creencia de las personas –estado psicológico valorado por el ámbito jurídico y llegar a determinar cuál ha sido la verdadera intención del sujeto; y el *sentido objetivo*, juzga la conducta del sujeto en base a reglas de rectitud y honestidad, utilizando criterios de valoración objetiva determinando si alcanza el nivel exigible que sea *standard* prototipo de conducta, amparado objetivamente en reglas de honradez en el intercambio de relaciones sociales por el comercio (1982: 415-416).

En doctrina nacional, el receso *ad nutum* no requiere ser justificado por ende su uso no está condicionado a causa o condición, puede ser ejercido en cualquier momento.

El derecho de receso puede ser ejecutado libremente (*ad nutum*) o bien subordinado a la subsistencia de una justa causa. En el caso del receso *ad nutum* la parte en cuyo favor es atribuido el derecho de receso, puede ejercerlo en cualquier momento y sin necesidad de justificar el receso. El receso por justa causa, en cambio, solo se dará si se presentan determinadas circunstancias justificativas previstas especialmente por la ley o cuando esta remita a la apreciación del juez si el hecho alegado constituye justa causa (Barchi 2003: 293).

Sobre el receso o desistimiento *ad nutum*; consideramos que su ejercicio y aplicación debe sujetarse a la buena fe objetiva del titular de este derecho resolutorio; con el fin de evitar el ejercicio abusivo de este derecho, controversias respecto a la ineficacia en su aplicación; y pago por daños.

En nuestra normativa civil, el legislador ha concedido el derecho potestativo del receso o desistimiento legal *ad nutum* en determinados contratos nominados.

Nuestro Código Civil admite casos de receso inmotivado (*ad nutum*) en los artículos 1365, 1736 y 1808. Asimismo, a propósito de las arras de retractación (artículo 1480). No obstante, nuestro Código Civil no emplea el término receso. El lenguaje no es homogéneo, se habla de denuncia, desistimiento unilateral, resolución unilateral o de retractación (en las

arras de retractación), pero se alude con dichas expresiones al mismo fenómeno: la extinción o terminación de la relación contractual ya constituida, como consecuencia de la voluntad de una de las partes. Una cuestión distinta es si, fuera de esos casos, es válido conforme al Código Civil, el acuerdo en virtud del cual se atribuye a una de las partes la facultad de retirarse de un contrato ya concluido. En otras palabras, si es válido el receso convencional *ad nutum* (Barchi 2003: 293-294).

Según el autor, no existe una regulación expresa sobre el receso o desistimiento en contraposición con la normativa que regula la resolución en sus modalidades prescritas; se admite el receso *ad nutum* y con justa causa. Con relación al receso convencional *ad nutum*, éste debe concordarse con lo previsto en el artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (Código Civil del Perú). Considera asimismo, que las “arras de retractación” no han debido limitarse a contratos preparatorios; sino a los demás tipos de contrato.

Y respecto al receso por justa causa sostiene: “El receso por justa causa, en cambio, solo se dará si se presentan determinadas circunstancias justificativas previstas específicamente por la ley o cuando ésta remita a la apreciación del juez si el hecho alegado constituye justa causa” (Barchi 2003: 293). Esta modalidad requiere de justificación; ha sido autorizado por el legislador mediante norma expresa e imperativa que rige en determinados tipos de contratos nominados; sin embargo, por voluntad y autonomía, las partes pueden pactar el receso o desistimiento por justa causa. En el Perú, los contratos nominados en los que el legislador ha concedido el receso o desistimiento por justa causa son entre otros el comodato, la prestación de servicios y el depósito.

El receso o desistimiento extraordinario por justa causa, se presenta cuando sobreviene una justificación importante que impide la consecución de la funcionalidad del contrato, es inmediata porque no requiere del pre aviso.

El desistimiento extraordinario, en cambio, se denomina así porque provoca la cesación del contrato antes del momento en que por regla general tenía que haberse producido, ha de basarse en un motivo importante, en una “justa causa”, es decir, en una circunstancia sobrevenida que impide la continuación del contrato; por esta razón, el desistimiento se ejercita aquí sin necesidad de preaviso, y por tanto tiene eficacia inmediata. No solo es una figura que extingue *ante tempus* –siempre por razones que lo justifican- las relaciones contractuales con término final, que constituyen su ámbito de aplicación principal, sino que también se admite, evidentemente, en los contratos por tiempo indefinido, pero esta vez como decía de inmediato, sin que tenga que transcurrir el preaviso (Klein1997: 28).

Resulta confusa la diferenciación del receso o desistimiento por justa causa en los contratos a plazo determinado e indeterminado; ya que en ambos no se requiere el requisito del preaviso; por motivo que se encuentran sustentados en justa causa; sin embargo es importante señalar que esta justa causa debe ser justificada, lo contrario significaría un ejercicio arbitrario del derecho que genera la ineficacia del receso o desistimiento, así como la indemnización de daños y perjuicios por el detrimento que pueda ocasionar a la contraparte.

#### **2.4.4. Receso o desistimiento y el preaviso**

Las connotaciones del receso o desistimiento contractual con preaviso o sin preaviso a la otra parte, para eficacia del resolutorio, son materia de interpretación en la doctrina. Así según Klein, el preaviso debe efectuarse por la existencia de causa o razón realmente grave que

impide la continuación del vínculo contractual, inclusive durante el breve periodo se eximirá al contratante de su observancia si desea desistir. El incumplimiento injustificado de preaviso solo irroga indemnización por daños (excepcionalmente ineficacia del acto); el preaviso no puede tratarse como un elemento que pueda revelar diferencias estructurales en el desistimiento en virtud de su concurrencia o falta de ella, sino más bien circunstanciales (1997:30). En tal sentido el preaviso no tiene la connotación de esencial para la eficacia del desistimiento.

Si el preaviso no es un elemento esencial del receso o consentimiento; toda vez que su propósito se basa en criterios de conducta contractual del titular que tiene el poder del receso o desistimiento; éste funciona en aras de equidad y buena fe; con el fin de evitar graves perjuicios a la contraparte. No obstante, si el preaviso se encuentra pactado, así como requerido por la norma; debe cumplirse su realización. Es decir el preaviso tiene un carácter coyuntural; necesidad de respetarlo, así como su duración.

Pactado el preaviso entre los sujetos de la relación, solo causa grave puede eximir de la obligación del preaviso; y en todo caso puede dar lugar a indemnización por daños ocasionados; éste incumplimiento no penetra el ámbito de su eficacia; pero excepcionalmente podría generar la ineficacia del acto de receso o desistimiento.

En nuestro ordenamiento civil el artículo 1365 del Código Civil, establece el requisito del aviso previo a ser enviado por Notario con anticipación mínima de treinta días; por lo que, si no se cumple con tal requisito el receso o la separación se torna ineficaz. Pero este supuesto se aplica para el receso o desistimiento ordinario y no el extraordinario en el que cual no es necesario el preaviso.

Sobre el preaviso, se afirma que éste como acto de notificación ha dejado de tener un sentido especial.

Etimológicamente, la expresión “preaviso” significa el acto de avisar, de dar noticia antes; en definitiva, notificar algo con el debido plazo de antelación. De modo que, según esta definición, no se trata de una declaración de voluntad con carácter autónomo, ni se prejuzga qué tipo de acto se notifica; así, aunque se utiliza fundamentalmente en relación con la extinción del contrato mediante desistimiento, también es frecuente que deba observarse en la denuncia obstativa de prórroga del contrato (Klein 1997: 182-183).

Para Klein, se confunde el preaviso con el propio acto extintivo del receso o desistimiento; cuando el objeto de éste es la idea del plazo, sobre la “antelación con la que hay que realizar la notificación de la voluntad extintiva”, pero reduciendo la expresión simplemente a la palabra “preaviso” omitiendo por sobreentenderlo, “el plazo”; por lo que se ha definido el período del preaviso al lapso de tiempo transcurrido entre la notificación a la contraparte de la intención de desligarse, retirarse y apartarse del vínculo contractual y el momento de ruptura (1997:184-185).

## **2.5. Diferencia entre el receso o desistimiento y la resolución por incumplimiento**

Existen diferencias entre el derecho potestativo de resolución y el receso o desistimiento contractual en cualquiera de sus modalidades; en doctrina señalan que el receso abarca a la resolución por incumplimiento de acuerdo a la gravedad del caso en concreto; en el ámbito

de su producción o ejecución son diferentes los tratamientos, respecto de la resolución por incumplimiento judicial-arbitral con el receso o desistimiento contractual; toda vez que el primero somete el problema en cuestión ante el Juez o Árbitro; en cambio el segundo, es un mecanismo extrajudicial; autorregulado por las partes vinculadas por el contrato, y cualquiera que goce del derecho potestativo del receso, va accionar directamente sin tener que recurrir a un tercero llamado Juez o Árbitro.

Por esta razón, en el ámbito de los contratos duraderos la figura de la resolución queda desplazada casi sin excepción por la del desistimiento por “causa relevante”, tanto en los casos en que este se ha previsto legalmente como en aquellos supuestos en los que, sin haber previsión legal expresa, concurren las mismas circunstancias que fundamentalmente esta última (incumplimiento, etc.). Pero la jurisprudencia ha llegado aún más lejos, pues ha extraído a partir del reconocimiento legal de esta figura del desistimiento por “causa relevante” un principio general según el cual se admite dicha forma de extinción en todos los contratos duraderos, con carácter irrenunciable. Esto significa, fundamentalmente, que el desistimiento tiene una mayor operatividad en este ámbito de las relaciones contractuales duraderas que la que tendría la resolución, debido al carácter abierto del concepto de “causa relevante. Como ha señalado la jurisprudencia, se está ante un evento de este tipo cuando no cabe exigir de uno de los contratantes la continuación del contrato, ni siquiera durante el periodo de preaviso-, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y valorando los intereses de ambas partes. La exigibilidad o no de la continuación del vínculo, y por tanto, la determinación del grado de gravedad exigible en la justa causa, ha de decidirse en virtud de la naturaleza de la relación contractual y de la entidad y duración de las prestaciones que corresponden a los dos contratantes. Es evidente que la aparición de este “motivo” solo puede evaluarse, en la práctica, en cada caso particular. De cualquier forma, parece que se admite aquí el juego de elementos personales, tales como la colaboración entre las partes, la confianza, y en general, se concede una mayor trascendencia a todas las obligaciones derivadas de la buena fe, como concurrencia de la mayor duración temporal – por regla general- de la relación obligatoria. Quedan englobados por este concepto los motivos que justifican la resolución (incumplimiento voluntario, imposibilidad sobrevenida imputable, mora, etc.), pero a causa de las específicas características de este tipo de contratos, cabe un elenco mayor de causas que el que corresponde a aquella (al menos la legalmente prevista). Así, además de los mencionados elementos personales han de tenerse en cuenta las consecuencias de tipo económico que puede tener el motivo en cuestión, y sus efectos sobre las equivalencias de las prestaciones (Klein 1997: 41-42).

Existen diferencias entre receso o desistimiento y resolución por incumplimiento, dado que la resolución *ex lege* se invoca o ejerce judicialmente; y el receso o desistimiento absorbe los supuestos de resolución por incumplimiento extrajudicial.

Podemos identificar diferencias entre receso o desistimiento y resolución por incumplimiento: la resolución se aplicada en contratos con obligaciones sinalagmáticas; y constituye el remedio que, con carácter potestativo otorga la ley a la parte fiel de la relación contractual reciproca para resolverla una vez sobrevenido el incumplimiento de cualquiera de las partes; extinguiendo definitivamente los efectos del contrato válidamente celebrado; la resolución se acciona judicial-arbitral, extrajudicial, negocial o legal. En cambio, el desistimiento o receso opera únicamente extrajudicial.

La resolución por incumplimiento deviene en esencialmente causal, de tal manera que no será posible su ejercicio si no sobrevienen las condiciones prescritas por la ley y el contrato, mientras el receso o desistimiento opera por la simple voluntad y discrecionalidad del titular del derecho potestativo ya sea *ad nutum* o por justa causa; coincide el hecho de ser declaración unilateral de uno de los sujetos del vínculo contractual, que produce la extinción de los efectos de una relación válida.

El desistimiento contractual tiene efectos *ex nunc*, aplicado en contratos de duración; aparece ante circunstancias sobrevenidas, y permite al titular de este derecho extinguir los efectos del contrato; sin embargo, las prestaciones realizadas hasta ese momento satisfacen a las partes; en consecuencia la extinción solo tiene efectos para el futuro. Esta es la razón por la que en los contratos a plazo indeterminado, duraderos se aplica el receso o desistimiento en vez de la resolución.

En el receso o desistimiento extraordinario rige el principio por excelencia de “causa relevante” y en los contratos duraderos (receso o desistimiento ordinario) se admite con carácter irrenunciable el desistimiento. No se permite la continuidad de la relación funcional en el período del preaviso.

## **2.6. Regulación del receso o desistimiento en el Código Civil de 1984**

En nuestro ordenamiento civil, el derecho potestativo del receso o desistimiento existe al igual que la resolución por incumplimiento; ambas son susceptibles de confusión; toda vez que no existe regulación expresa sobre el receso o desistimiento *ad nutum*, por justa causa, ordinario, extraordinario, con pre aviso, sin pre aviso; por lo cual este derecho potestativo de resolución negocial extrajudicial debe ser ubicado e interpretado en determinados artículos que lo regulan de forma general y en particular en los contratos nominados; éste derecho existe pero no es muy claro; en tanto su aplicación requiere de minucioso estudio para evitar su declaración de ineficacia.

El receso o desistimiento contractual está previsto en su forma ordinaria (artículo 1365), legal convencional ya sea *ad nutum* (sin expresión de causa) o por justa causa; en diversos contratos nominados como el contrato de obra (artículo 1786), contrato de locación de servicios (artículo 1769), contrato de arrendamiento (artículo 1703), contrato con pacto de arras de retractación (artículo 1480), contrato de comodato (artículo 1736) en el supuesto del comodante que solicita la devolución anticipada del bien; contrato de comodato (artículo 1737) en el supuesto de comodato de duración indeterminada; contrato de mandato con representación (artículo 1808), contrato de depósito voluntario (artículo 1814) contrato de depósito a plazo indeterminado (artículo 1832) y contrato de depósito (artículo 1833) en el supuesto del depositario que por justo motivo antes del plazo señalado restituye el bien; entre otros. En todos ellos el legislador ha concedido el derecho potestativo del receso o desistimiento contractual; a fin de resolver definitivamente los efectos de la relación funcional del contrato válidamente celebrado en la vía extrajudicial, por lo que está investido de un mecanismo célere.

En tal sentido procederemos a ocuparnos de los contratos nominados regulados en nuestra legislación civil sustantiva, para conocer los presupuestos y condiciones del derecho potestativo del receso o desistimiento contractual existentes.

### **a) Contrato de Obra**

El Contrato de Obra, está previsto en el artículo 1786: “El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida” (Código Civil del Perú).

Se concede al comitente el derecho potestativo del receso o desistimiento *ad nutum* en el contrato de obra, no se trata de contrato pactado a plazo indeterminado, consideramos que es un derecho potestativo extraordinario; y *ad nutum* porque el comitente para recesar, no debe sustentar “justa causa” y procede de acuerdo a su libre albedrío, y exclusiva decisión autónoma, obviamente con obligación de indemnizar al contratista por los trabajos realizados y el monto de la ganancia hasta el momento del receso.

Podemos identificar el receso o desistimiento contractual en su función de arrepentimiento del comitente; sin embargo, consideramos que es posible pactar en el contrato de obra el receso o desistimiento por justa causa.

El Contrato de Obra es un contrato típico - nominado, en que el legislador ha previsto el receso o desistimiento legal *ad nutum*, derecho potestativo exclusivo del comitente; que lo activa o no de acuerdo a su voluntad y libre albedrío; sin consensuar esta separación con la contraparte; ya que la comunicación de tal decisión es recepticia; es decir no cabe oposición a tal decisión; la cual puede basarse en distintos supuestos; entre los que podemos señalar: la obra no le es útil o necesaria, para evitar la ruina, su fortuna se vio comprometida repentinamente u otros sucesos imprevistos. El ejercicio del receso o desistimiento no va generar perjuicio económico al contratista al quedar totalmente indemne.

El receso o desistimiento no debe confundirse con la resolución; si bien es cierto pueden ser similares; puntualizamos que la resolución es absorbida por el receso o desistimiento por justa causa al ser más extensa. En efecto, la base primordial para que se ejecute la resolución lo constituye eminentemente el incumplimiento o retraso de la contraparte o por imposibilidad de la prestación; siendo su ejercicio limitado; sin embargo, el receso o desistimiento resulta más eficaz y rápido en su ejecución para disolver y desvincularse por extinción de los efectos de la relación negocial extrajudicialmente.

En el Contrato de Obra se reconoce el poder legal del desistimiento al comitente.

En los contratos de ejecución sucesiva o periódica se pueden comprender los contratos de construcción (con los propios medios y bajo el propio riesgo) y de obra, que generalmente se caracterizan como contratos con prestaciones prolongadas. En estos casos la ley otorga un poder legal de desistimiento al comitente, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la prestación, con la obligación del reembolso de los gastos y salvo el derecho a la indemnización del constructor por la ganancia dejada de percibir (Bianca 2007: 763).

En el Perú, diversos autores se han ocupado del receso o desistimiento, al analizar el Contrato de Obra.

Este artículo consagra una figura que es excepcional respecto a la regla general que existe en la contratación. En efecto confiere al comitente un derecho o facultad unilateral de arrepentimiento y está basado en la necesidad de evitarle cargas que no podría o no quisiera soportar. Como apunta Ruiz Peña, la realización de la obra solo interesa al comitente y puede por lo tanto desistirse de ella, con tal de dejar indemne al contratista. Ejemplos de la aplicación de este precepto serían cuando un cambio de circunstancias hagan más gravosa la prestación al comitente; o si la recepción del bien u obra es inútil, etc. Lo que debemos resaltar es que, a) este derecho, por su misma naturaleza es de interpretación estricta; b) no requiere que el comitente fundamente su decisión de separación; y c) el comitente estará obligado a pagarle al contratista los gastos que ha realizado (honorarios, sueldos, jornales, etc.), el importe de los materiales preparados y desde luego, una cantidad razonable por lucro cesante, esto es, lo que podría haber ganado si se hubiese concluido la obra. Es

evidente que el ejercicio de tal facultad contenida en este precepto, dado su carácter excepcional, no puede suponer un perjuicio para el contratista (Arias-Schreiber 2011: 478).

El citado autor describe la naturaleza del Contrato de Obra, identificándolo con la concesión del derecho de receso o desistimiento *ad nutum* o sin justa causa, en el sentido que el comitente tiene el derecho a ejercer su libre albedrío para recesar el contrato de obra por móviles personales, sin que tenga necesidad de probarlos o justificarlos, basta su limpia voluntad; la que siempre a nuestro entender deberá ir acompañada de los principios o reglas que inspiran la buena fe.

Con relación a la indemnización por receso o desistimiento en el Contrato de Obra.

De acuerdo con el artículo 1786 del Código Civil el comitente que ejerce el receso debe indemnizar al contratista por los gastos incurridos, los servicios prestados y por la ganancia dejada de percibir. De acuerdo con la doctrina “tal indemnización, previendo sea el daño emergente (trabajos ejecutados y gastos) sea el lucro cesante (ganancia dejada de percibir), asume consecuencias que se sobreponen a aquellas de la resolución por incumplimiento (Barchi 2008: 319).

Derechos potestativos; son los que atribuyen a una persona la potestad de producir, mediante su declaración de voluntad, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, con eficacia respecto a otro y otros sujetos de derecho. Éstos no están propiamente en la situación de obligados, como en el caso de los derechos de crédito, sino que se hallan sometidos a tener que admitir los efectos que se produzcan (Puig Brutau 1981: 405).

Por lo expuesto, consideramos que el Contrato de Obra, corresponde a la figura del receso o desistimiento legal *ad nutum*, por el cual el legislador concede exclusivamente al comitente el derecho potestativo de desistimiento, de acuerdo a su libre albedrío, ejercicio para extinguir el contrato por su simple voluntad por la existencia de diversos supuestos entre ellos: la obra no le es útil o necesaria, para evitar la ruina, su fortuna se vio comprometida repentinamente u otros sucesos imprevistos. El ejercicio del desistimiento no va generar perjuicio económico al contratista al quedar totalmente indemne.

## **b) Contrato de Locación de Servicios**

El contrato de locación de servicios, se encuentra previsto en el artículo 1769: “El locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente. Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados” (Código Civil del Perú).

El contrato locación de servicios, concede al locador el derecho de receso o desistimiento extraordinario por justa causa; se le conoce como extraordinario porque el contrato tiene plazo determinado, fecha de finalización; y la condición es que sea por justa causa; ya que el locador para recesar o desistirse; debe contar con un justa causa o motivo, siempre y cuando no irroque perjuicio al comitente o locatario; en tal sentido es un receso o desistimiento diferente al *ad nutum* porque no es de acuerdo a su libre albedrío ni exclusiva decisión autónoma sino que obedece a un justo motivo el que debe ser acreditado y que no cause perjuicio al locatario.

Se le conoce en doctrina al contrato de locación de servicios; como el receso o desistimiento extraordinario por *justa causa*, en favor del locador; porque la ley le otorga el derecho potestativo de extinguir la locación de servicios previo al vencimiento del plazo estipulado,



siempre que no irroque perjuicio al comitente. La norma indica que el locador tiene el derecho al reembolso por los gastos efectuados y retribución de los servicios prestados.

Por principio de autonomía privada las partes regulan y acuerdan sobre el plazo del contrato; sin embargo, hay excepciones, entre ellas el derecho de desistimiento en favor del locador, y previo al vencimiento del contrato, exclusivamente el locador puede poner fin a la prestación pactada en favor del comitente, al sobrevenir en la funcionalidad del contrato el “justo motivo” que le impide continuar prestando los servicios; claro está, siempre que no cause perjuicio a la contraparte.

La locación de servicios es un contrato nominado, oneroso, bilateral perfecto, sinalagmático, y se afirma: “es la que se caracteriza por la obligación de prestar un servicio o trabajo personal a otra persona, la que debe pagar en retribución a este servicio un precio cierto y en dinero. El que presta el servicio se llama locador y el que paga el precio locatario” (Agliano 1981: 154). En este contrato de locación de servicios, quien decide el fenecimiento del contrato es por excelencia el locador, al haberle otorgado el legislador el derecho potestativo del desistimiento en su favor, y siendo su voluntad de naturaleza irrevocable; es el único que decide la continuación o extinción de los efectos del contrato; en tanto, deviene en meramente recepticia la intervención del comitente o locatario.

En la locación de servicios el legislador ha favorecido al locador con el desistimiento por justa causa, cuya ejecución es extrajudicial por ende de rápida tramitación. En tal sentido, no cabe confusión alguna con la institución jurídica de la resolución por incumplimiento, que en los contratos sinalagmáticos; favorece especialmente al acreedor, por incumplimiento del deudor; no obstante esta diferencia, cabe señalar que el desistimiento es el remedio más eficiente para solucionar la imposibilidad de continuar el contrato por causa sobrevenida; y como tal es desistimiento absorbe los supuestos de resolución extrajudicial.

El desistimiento en el contrato de locación de servicios a plazo determinado, va conducir a la disolución y extinción de los efectos funcionales del contrato, suele confundirse con el remedio de la resolución; también derecho potestativo de extinción, que supedita su acción a una causa sobreviniente; por excelencia el incumplimiento imputable de carácter grave, imposibilidad sobrevenida de prestación, excesiva onerosidad de ésta relación con la contraprestación, producida a su vez por causas sobrevenidas de carácter extraordinario e imprevisible. La resolución puede ser judicial, y la sentencia es constitutiva.

Sin embargo, el receso o desistimiento – por justa causa, goza de rasgos esenciales o especiales y se encuentran en diferentes contratos nominados con diferentes peculiaridades y formas del receso o desistimiento. En Italia la regla general del desistimiento o receso está prevista en el artículo 1.373 del *Código Civile Italiano de 1942*, en cuya redacción no se encuentra presente la “justa causa”. Lo mismo sucede en nuestro ordenamiento civil, que ha regulado las diferentes modalidades del desistimiento o receso en diversos contratos nominados, en los que por políticas legislativas, se ha concedido el derecho potestativo resolutorio negocial a determinada parte del contrato. El ejercicio de esta figura legal es extrajudicial, como mecanismo de autorregulación entre las partes; sus efectos son a futuro; y por regla general se ejercen en los contratos que no tienen fecha de término, pero también en los de ejecución instantánea o con fecha de término como es el caso del contrato de locación de servicios.

En el Perú, el contrato de locación de servicios está sujeto a duración; no es indefinido; habiendo el legislador concedido de derecho potestativo del receso por justa causa.

Debido a la peculiar naturaleza de la locación de servicios y concretamente, al hecho de que en este contrato únicamente el locador compromete su actividad, este precepto va más allá de la regla general en virtud de la cual en los contratos indefinidos cualquiera de las partes puede ponerle término mediante aviso notarial y transcurrido el plazo-que debe ser no menor de 30 días- el contrato queda resuelto de pleno derecho (artículo 1365 del Código Civil) (Arias-Schreiber 2011: 453).

Sin embargo, en el contrato de Locación de Servicios, el legislador concede al locador el derecho potestativo del receso o desistimiento, que consideramos extraordinario porque se trata de un contrato que tiene plazo de duración determinado, lo especial es que se requiere una justa causa, la que debe ser probada y no debe causar perjuicio al comitente, quien de producirse la separación rápida y radical del locador le puede ocasionar perjuicios y puede reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

### **c) Contrato de Arrendamiento de duración indeterminada**

El contrato de arrendamiento, se encuentra previsto en el artículo 1703: “Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante” (Código Civil del Perú).

En el contrato de arrendamiento de duración indeterminada ya no existe aviso judicial.

Conforme al nuevo Código Procesal Civil, ya no existe el aviso judicial. El aviso extrajudicial al otro contratante pone fin a los arrendamientos de duración indeterminada. Los arrendamientos serán de este tipo cuando: -las partes así lo hubieran convenido de acuerdo a lo establecido en el artículo 1687 del Código Civil- - vencido el plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada, el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado (artículo 1700). El aviso extrajudicial puede realizarse mediante cualquier documento. Una carta simple, por ejemplo, será suficiente, siempre que vaya en cargo. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, es conveniente que se efectúe por carta notarial (Arias-Schreiber 2011: 346).

El artículo 1703 contempla el contrato de Arrendamiento indeterminado; supuesto en el que puede aplicarse el desistimiento legal ordinario *ad nutum* o sin justa causa; en su función de liberación; que el legislador otorga en favor de ambas partes de la relación contractual con el propósito de desvincularse disolviendo y extinguiendo los efectos de la relación negocial.

Sobre el receso o desistimiento legal ordinario *ad nutum* el derecho español lo distingue del desistimiento con justa causa.

La clasificación más acertada por lo que se refiere a los caracteres que ofrece el desistimiento en el Ordenamiento español es la que distingue entre desistimiento *ad nutum* y desistimiento con justa causa. La existencia de este último en nuestro Derecho es confirmada mediante el examen de diversos contratos (mandato, depósito, comodato, sociedad) en los que se alude a la posibilidad de desligarse del vínculo contractual con justa causa, facultad que en esos casos difiere de la resolución del contrato (Klein 1997: 375).

Para Klein, conocidas las figuras del desistimiento *ad nutum* o sin justa causa, se verifica que no existe un tipo legal único o uniforme de los citados, por el contrario; existe una diversidad de tipos, modelos, fundamentos, presupuestos de ejercicios y efectos. Ello se obtiene de la peculiar y singular naturaleza del contrato que se trate. No siendo regla de cumplimiento que se aplique los mismos presupuestos y fórmulas de forma automática ya sea en contratos cuya

ejecución sea instantánea, prolongada y duradera (1997: 375-376). Sin embargo, no funciona así; y lo comprobamos al analizar los contratos nominados en nuestro ordenamiento civil; en los que no existe uniformidad en los presupuestos al presentar diferentes características y requisitos; no se aplicándose las mismas reglas en uno y otro caso pese a corresponder al grupo del receso *ad nutum* o sin justa causa.

#### d) Contrato con pacto de arras

El contrato con pacto de arras de retractación; está previsto en el artículo 1480: “La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos” (Código Civil del Perú).

El contrato con pacto de arras implica la existencia del receso o desistimiento convencional, ya que si bien es cierto el artículo 1480 señala que sólo es válida para el caso de los contratos preparatorios; no debe existir dicha restricción, porque se debe contraponer a lo previsto en el artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (Código Civil del Perú). Y, en ejercicio del consenso de voluntades; los sujetos de la relación pueden insertar cláusulas y mecanismos de autotutela en cualquier contrato típico o atípico; lo que constituiría por voluntad de las partes el nacimiento del derecho potestativo convencional del receso o desistimiento extraordinario por justa causa, con la garantía de las arras como mecanismo de seguridad jurídica contractual de ambas partes.

Nuestro ordenamiento civil clasifica las arras en tres tipos: arras *confirmatorias*, arras de *retractación* y arras *penales*. Las *arras confirmatorias* son utilizadas con el objeto de brindar mayor seguridad y confianza en la celebración del contrato, no aplicándose en éstas el receso o desistimiento. Las *arras penales* presentan dos supuestos: el primero cuando el contratante fiel obtiene a su favor las arras confirmatorias; y el segundo caso, cuando el contratante infiel tiene la obligación de proceder a devolver las arras dobladas; en caso de no cumplir lo pactado; y constituyen una subespecie de las arras confirmatorias.

Se afirma que al estipularse un pacto arral de retractación dentro de un contrato preparatorio, la parte que se arrepiente de celebrar el contrato definitivo no actúa de manera contraria al contrato, sino que se ajusta a sus términos (por eso no se habla en propiedad, de incumplimiento sino simplemente de retractación o desistimiento).

En este sentido, la institución arral en comentario tiene una ventaja relevante para la parte que se desiste, en comparación con su símil confirmatoria: como no hay incumplimiento del contrato, no hay lugar a una acción por daños y perjuicios.

El derecho de retractarse no es resolución del vínculo obligacional, pues esta solo procede cuando ha mediado incumplimiento de la otra parte, situación imposible de acontecer, dado que precisamente la otra parte se conduce de manera fiel al contrato, vale decir, no hay incumplimiento atribuible de su parte (Aldea 2010:609).

Consideramos que el pacto de arras garantiza a la parte que está en riesgo de eventual incumplimiento de valerse del receso o desistimiento, como un mecanismo extrajudicial, ya que es directo en calidad de mecanismo directo de voluntad de la parte que puede ejercerlo.

Según Bianca, el pacto de arras penitenciales sirve para eventual contraprestación por el desistimiento o revocación. Y existe diferencia entre la multa penitencial y las arras confirmatorias; las primeras equivalen a un monto determinado o determinable por los sujetos relacionados por el derecho a desistir del contrato; en cambio las *arras penitenciales* constituyen la prestación a cargo de quien desiste; por ello es la forma e interpretación de la

cláusula la que definirá y catalogará si estamos ante arras penitenciales o confirmatorias. Si ambas partes contractuales gozan del derecho potestativo del desistimiento serán consideradas arras penitenciales; y en caso no exista este derecho para ambas partes será considerada como multa penitencial. Concibe a las *arras penitenciales*, pacto dentro del contrato; a título desistimiento o revocación, el que por regla general se ejecuta cuando no existe inicio de ejecución (2007:765-766).

#### **e) Contrato de comodato con devolución anticipada del bien**

El contrato de comodato, está previsto en el artículo 1736: “Si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitarle su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso” (Código Civil del Perú).

El comodato es un contrato que goza del derecho al receso o desistimiento por una de las partes, el comodante en la modalidad de desistimiento extraordinario, cuando sobreviene urgencia imprevista.

El comodato supone dentro del Código vigente, la obligación que asume una persona de entregar a otra algún bien no consumible a título de liberalidad, y por tanto para que sea utilizado sin contraprestación alguna y devuelto en la oportunidad que corresponda. Esta definición se aleja del concepto tradicional, dado que el Código vigente ya no considera al comodato como un contrato real, todo lo cual se explica con mayor detenimiento al examinar la parte relativa a su naturaleza jurídica y en el comentario del artículo 1728 del Código Civil (Arias-Schreiber 2011: 402).

La definición del contrato típico de comodato, se encuentra en el artículo 1728: “Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva” (Código Civil del Perú).

El comodato es fundamentalmente un contrato de duración continuada, ya que la permanencia de bien en poder del comodatario no va sufrir, en principio intervalos, es decir que la ejecución de dicha presentación se realizará sin solución de continuidad.

Siendo de duración continuada, ella podrá haberse pactado de manera determinada, es decir a plazo fijo, o para un uso específico.

En materia de Derecho de Obligaciones y Contratos, es sabido que los plazos se establecen con el propósito de cumplirse, vale decir que el cumplimiento de los mismos es obligatorio para las partes que intervienen en la celebración del acto.

Así de acuerdo a lo establecido por el inciso 3) del artículo 1735 del Código Civil, es obligación del comodante no solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato (Castillo 2010:61).

La norma prevista en el artículo 1736 constituye una modalidad de receso o desistimiento contractual por justa causa, se requiere que el comodante tenga urgencia imprevista, o la existencia del peligro del bien otorgado en comodato, en tal sentido para la eficacia de este remedio se debe cumplir los requisitos y supuestos señalado por la norma, caso contrario será sancionado con la ineficacia del remedio del receso o desistimiento.

#### **f) Contrato de comodato de duración indeterminada**

El contrato de comodato, se encuentra previsto en el artículo 1737: “Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite” (Código Civil del Perú).

En el contrato de comodato se otorga el derecho potestativo del receso o desistimiento *ad nutum* o sin justa causa en favor del comodante, el que tiene el libre albedrío de desvincularse del contrato para extinguir los efectos del mismo. Siendo la comunicación de tal decisión al comodatario meramente recepticia. Ello en el supuesto que el contrato sea de duración indeterminada.

Esta modalidad del receso o desistimiento tiene razón de ser en la modalidad (sin justa causa) porque entra en la clasificación del desistimiento ordinario que no requiere el justo motivo.

Así, el comodato podría ser pactado a duración determinable, vale decir, duración referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha, como podría ser el caso de un contrato sujeto a plazo resolutorio cuyo momento exacto de ocurrencia se desconoce (como sería el supuesto en que se haya colocado como término final del comodato a la muerte del comodato o del comodatario).

Asimismo, el comodato también podría ser un contrato que se celebre a duración indeterminada, vale decir el caso en el cual se hubiese señalado el término inicial del contrato, mas no el final del mismo (Castillo 2010:63).

En el contrato materia de comentario, el legislador ha favorecido al comodante con el derecho potestativo del receso o desistimiento contractual, estimamos porque el contrato no ha se ha celebrado a plazo determinado, siendo que es política y espíritu del legislador no consentir los contratos perpetuos, en tal sentido se concede este derecho sin justa causa, requiriéndose solo el libre albedrío y decisión del comodante.

### **g) Contrato de mandato con representación**

El contrato de mandato con representación, está previsto en el artículo 1808: “En el mandato con representación, la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato” (Código Civil del Perú).

El contrato de mandato con representación reúne las figuras de revocación y renuncia; es un contrato en el cual cada una de las partes goza de un derecho potestativo de receso o desistimiento, que eventualmente pueden hacer valer en su favor y tutela de sus intereses.

En el mandato encontramos dos tipos de desistimiento unilateral: el que se concede al mandante, que la ley denomina “revocación”, y el que corresponde al mandatario, al que se designa con el término “renuncia”. En efecto, la revocación del mandato por parte del mandante ha sido calificada, a pesar de la equívoca terminología empleada en los artículos 1.732 y ss., como un supuesto de desistimiento unilateral *ad nutum*. En su ejercicio, el mandante se encuentra en una posición de gran libertad, cuyo fundamento se cifra en el interés prevalente que le reconoce el legislador en la relación contractual (Klein 1997: 114).

El artículo 1801 de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo regula la extinción del mandato.

Artículo 1801.- El mandato se extingue por:

- 1.- Ejecución total del mandato.
- 2.- Vencimiento del plazo del contrato.

3.- Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario (Código Civil del Perú).

Se establece una forma atípica de extinción del mandato; por el receso o desistimiento *ad nutum* o sin justa causa en favor del mandante; y por receso o desistimiento *ad nutum* o sin justa causa al poder en favor del mandatario.

Existe disconformidad en considerar la extinción del poder como revocatoria, al considerarse que el término no se refiere a una revocación en sentido estricto; por el contrario es usado para los actos cuyo objetivo es extinguir otros actos unilaterales.

(...) la revocación consiste en una declaración de voluntad, acto jurídico unilateral, por el que se deja sin efecto otro cuya existencia o subsistencia depende de aquella misma voluntad. Con más precisión, se ha calificado la revocación como un reflejo del *ius poenitendi* es decir, de una facultad de retractar o retirar una voluntad ya manifiesta y eficaz; se caracteriza por ser un negocio unilateral, que debe provenir del autor del propio acto que se quiere retirar, es ejercitable extrajudicialmente, no suele estar condicionado a causas o circunstancias sobrevenidas, pero, sobre todo, está reservado a desplegar su eficacia frente a otros negocios unilaterales y, por regla general, queda excluido de los contratos (Klein 1997:115-116).

Al respecto, existe controversia en relación al término revocación del mandante y renuncia del mandatario; posición que no compartimos al considerar que el contrato de mandato con representación previsto por el artículo 1808 del Código Civil peruano de 1984 contiene las figuras del receso o desistimiento *ad nutum* o también llamada sin justa causa en favor del mandante para entender la llamada “revocación” y la figura del receso o desistimiento *ad nutum* o sin justa causa en favor del mandatario para entender la llamada “renuncia”. Además no podría ser valorado este derecho como el de “revocación” porque en su generalidad es aplicado a los actos jurídicos unilaterales como es el caso de la donación, el testamento; y no en los contratos como el de mandato.

A diferencia de la revocatoria, la renuncia del mandatario no es receptiva, así se advierte del artículo 154: “El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa” (Código Civil del Perú).

Según Klein, la figura del receso o desistimiento no debe confundirse con la nulidad, anulabilidad, rescisión, acción redhibitoria; las que pueden presentarse en la celebración del contrato. Asimismo, el contrato de mandato contiene como una de sus formas de extinción el receso o desistimiento *ad nutum* o sin justa causa ya sea por revocación del mandante o por renuncia del mandatario. De otro lado, no debe interpretarse erróneamente el término sin justa causa en el desistimiento del mandato, más aún, cuando éste es oneroso, porque la naturaleza del receso o desistimiento es libre, se presenta en contratos a plazo determinado o plazo duradero e indeterminado; porque no es impedimento el tipo de la modalidad del mandato que se haya celebrado, así como a su onerosidad o gratuidad; estando a que la naturaleza jurídica de libertad en la configuración y nacimiento del receso o desistimiento no implica la producción del daño a la otra parte; ello sin perjuicio que su ejercicio implica dejar indemne el derecho de la parte contra quien se aplica este derecho (1997: 118).

## **h) Contrato de depósito voluntario**

El contrato de depósito voluntario, está previsto en el artículo 1814: “Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante” (Código Civil del Perú).

El contrato de depósito voluntario contiene la figura del desistimiento legal extraordinario *ad nutum* o sin justa causa en su función de autotutela.

En este contrato de depósito voluntario, el legislador ha concedido el derecho potestativo de receso o desistimiento contractual en favor del depositante, puede ser el contrato que hayan celebrado a plazo determinado o indeterminado, no hay precisiones al respecto. Sin embargo resulta claro establecer que se trata del receso en la modalidad “sin justa causa” o como se conoce en la doctrina “*ad nutum*”.

El presupuesto para ejercer este derecho al receso es la simple y libre decisión del depositante, la norma no exige ningún requisito, por lo que la comunicación será meramente recepticia, y con el recibimiento de la misiva el contrato queda definitivamente extinguido por desvinculación de las partes.

#### **i) Contrato de depósito a plazo indeterminado**

El contrato de depósito a plazo indeterminado, está previsto en el artículo 1832: “Si en el contrato no se hubiere fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que le avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba” (Código Civil del Perú).

En este supuesto, la norma por el contrario concede el derecho potestativo del receso de desistimiento contractual en favor del depositario, en los casos que no se haya establecido plazo de devolución, no obstante ello existe la carga para el depositario, cual es dar aviso al depositante con prudente anticipación, a fin que pueda recibirlo y entendemos poner a buen recaudo el bien, coligiéndose que debe ser el tiempo necesario para encontrar al sustituto del depositario.

Como se advierte, el legislador brinda este derecho al depositario como garantía a que no se mantenga sujeto al contrato de depósito por tiempo indeterminado y por ello le sobrevengan perjuicios respecto a los costes del mantenimiento y cuidado del bien. En tal sentido es política del legislador establecer en favor del depositario este derecho potestativo que si bien es cierto no se le exige la justa causa o justo motivo, si requiere dar al aviso al depositante con la debida anticipación.

#### **j) Contrato de depósito con devolución antes del plazo señalado**

El contrato de depósito con devolución, está previsto en el artículo 1833: “El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si este se niega a recibirlo, debe consignarlo” (Código Civil del Perú).

En esta modalidad del contrato de depósito a plazo determinado, el legislador ha concedido el derecho al receso o desistimiento contractual en favor del depositario, sin embargo es en la modalidad de “justa causa”, la misma que requiere ser probada y comunicada al depositante.

Pueden presentarse problemas en la ejecución de este derecho potestativo como la negación del depositante en recibir el bien entregado en depósito; supuesto que ha sido previsto por la norma en comento; siendo la solución brindada en favor del depositario, que en caso no sea recibido el bien por el depositante, tiene la opción de consignarlo.

En esta vicisitud se presenta el problema de la consignación que entendemos el depositario tendría que recurrir al órgano jurisdiccional para realizar la consignación, lo que difiere con la naturaleza del receso o desistimiento contractual que es extrajudicial, como mecanismo de resolución negocial y directa del titular del derecho al receso o desistimiento para desvincularse del contrato de depósito definitivamente. Hecho que no está aclarado por la doctrina y deberá ser materia de mayor análisis al respecto.

## **2.7. Sobre la eficacia del remedio: receso o desistimiento contractual.**

La eficacia del receso o desistimiento contractual se produce cuando se han cumplido los presupuestos exigidos en la norma o en el contrato por acuerdo de las partes; siendo el efecto la disolución y extinción definitiva de los efectos del contrato sin obligación de indemnización a la contraparte y en la vía extrajudicial.

Por lo que cabe realizar la siguiente pregunta:

¿Cuáles son los presupuestos para la eficacia del receso o desistimiento contractual?

Constituye presupuesto general y especial para la eficacia del receso o desistimiento contractual poner en conocimiento de la contraparte a través del aviso por carta notarial con anticipación mínima de treinta días; transcurrido el plazo el contrato queda resuelto automáticamente, es decir de pleno derecho. Así el ordenamiento ha previsto en el artículo 1365 del Código Civil el requisito de aviso previo por conducto notarial; y en caso no se cumpla con dicho presupuesto, el receso o desistimiento contractual se torna ineficaz, manteniéndose la vigencia y funcionalidad del contrato.

En la ejecución de la institución jurídica del receso o desistimiento contractual como remedio otorgado por el legislador, se pueden presentar diferentes patologías en su ejecución, como el incumplimiento de los requisitos; presupuestos en casos concretos y que son exigidos por la norma; en esos casos el remedio se torna ineficaz, en consecuencia no surte los efectos para disolver y extinguir los efectos del contrato; manteniéndose vigente el contrato.

El negocio jurídico del contrato guarda estrecha relación con la eficacia del contrato

La extinción del contrato indica, en general, pérdida definitiva de eficacia del contrato. Las dos figuras fundamentales de la extinción del contrato son la anulabilidad y la resolución. La anulación extingue el contrato por causa de invalidez, mientras que la resolución extingue el contrato por un evento impeditivo de la relación. De manera más precisa, la anulación golpea al contrato jurídicamente irregular, mientras que la resolución disuelve la relación contractual por un evento incompatible con su desarrollo (desistimiento, incumplimiento, imposibilidad sobrevenida, etc.) (Bianca 2007:753).

La eficacia es el mecanismo típico del receso o desistimiento para procurar la extinción definitiva de los efectos del contrato, remedio diferente al de la resolución por incumplimiento; por lo que no deben ser confundidos.



Según Bianca, el término extinción contractual, no deber ser confundido con extinción sobre sus efectos particulares; la pérdida definitiva de la eficacia contractual, establece que el contrato ya no tiene capacidad de producir efectos jurídicos; el contrato se cancela pero no el sentido de hecho histórico, sigue siendo una realidad y se mantiene el contenido estipulado por las partes; pero se encuentra privado de valor dispositivo, privado de eficacia jurídica (2007: 753).

Nuestro ordenamiento civil, contiene norma parecida; es verdad que no señala expresamente: “ los contratos tienen fuerza de ley” no obstante, se encuentra implícita su fuerza obligatoria; y el efecto de la obligación contenida en el contrato es constreñir a la parte infiel de la relación funcional a fin que cumpla la prestación en favor del acreedor diligente; es decir, las partes deben cumplir y ceñirse estrictamente a lo pactado; asimismo, en caso de modificación o extinción debe hacerse en la misma forma que su constitución; salvo por ley o acuerdo comercial las partes se reserven el derecho de la revocación respetando el orden público así como las buenas costumbres.

Existiendo obligatoriedad en el cumplimiento de los contratos; éstos deberán negociarse, celebrarse, ejecutarse e interpretarse en base a reglas de la buena fe objetiva contractual y común intención de las partes.

Brindaremos un ejemplo del remedio receso o desistimiento contractual; que puede tornarse ineficaz y frustrarse la extinción del contrato. Caso del contrato de obra, que en el *interin* de su ejecución el comitente decide hacer uso del derecho potestativo del receso o desistimiento contractual y desvincularse, separarse del contrato, para lo cual cursa la comunicación vía notarial al contratista; sin embargo, no cumple con indemnizarlo por los trabajos realizados, los gastos soportados y los materiales preparados; en este supuesto, el remedio del receso o desistimiento se torna en ineficaz porque no se ha cumplido con uno de los requisitos para que adquiera eficacia el receso o desistimiento, que es el previo pago; en tal sentido al ser ineficaz el remedio utilizado el contrato de obra se mantiene vigente.

### **De nuestra posición:**

El Contrato Chinchero tiene inserta una cláusula de receso o desistimiento contractual convencional por justa causa, que señala: “Por razones de interés público debidamente fundadas, el concedente puede resolver unilateralmente el contrato en cualquier momento”. Sin embargo, la cláusula así redactada ha sido desnaturalizada al merecer el tratamiento de una condición meramente potestativa, que es sancionada con nulidad.

La categoría de receso o desistimiento contractual convencional por justa causa inserta en el “Contrato Chinchero” no resulta eficaz porque la cláusula no establece cuál es la razón fundada de interés público que debe concretarse para que el Concedente pueda resolver unilateralmente el contrato en cualquier momento, si no se especifica la razón; entonces no existe causa de receso o desistimiento; siendo ineficaz su contenido para resolver el contrato unilateralmente, ergo se mantiene la vigencia del contrato.

Si la cláusula de receso convencional no contiene la razón concreta del interés público fundado que debe concretarse o producirse en el futuro para resolver unilateralmente el contrato; entonces esta se constituye en una cláusula patológica, ya que su contenido y estructura se subsumen dentro de una *condición meramente potestativa*; al no haberse establecido válidamente la producción de un hecho concreto como justa causa que condicione la vigencia del contrato.

Se considera que es una cláusula patológica; porque está vacía de contenido; la vigencia y continuidad del contrato no depende de causa justa alguna, sino de la mera voluntad unilateral exclusiva del Concedente, al poder resolver y extinguir el contrato en cualquier momento y cuando lo desee, lo que constituye un ejercicio abusivo y arbitrario de una de las partes del contrato que colisiona con los principios de buena fe objetiva contractual, autonomía de las partes, fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica.

Esta aparente justa causa al estar vacía de contenido, irrealizable, al no contener un hecho concreto condicional a futuro resulta imposible de motivar, justificar y probar la causa o razón del interés público debidamente fundado; ya que el término “interés público” es muy amplio y genérico, siendo que en todo caso, debió ser claro y expresamente identificado tal supuesto de interés público debidamente fundado; y si ello no ha sucedido así, se convierte en una cláusula patológica; que resulta ineficaz para que el Concedente en forma unilateral termine y extinga el Contrato Chinchero.

Respecto a la cláusula de receso o desistimiento contractual por justa causa que como se ha señalado se ha convertido en una cláusula que adolece de patología, esta ha sido insertada al Contrato Chinchero por el Concedente antes de la celebración del contrato, cláusula redactada en beneficio exclusivo de la parte que la ha introducido y que ostenta una mejor posición contractual frente a la parte más débil que es el Concesionario; lo que debe tenerse presente para valorar si el Concedente ha actuado de buena fe al introducir la citada cláusula que en tales términos le favorece íntegramente porque su ejecución depende de su mera potestad y arbitrio discrecional de voluntad e interés con relación a la continuidad y vigencia del Contrato por razones de interés público debidamente fundadas.

Se alude al receso o desistimiento contractual extraordinario por justa causa en el Contrato Chinchero, porque es un Contrato de Concesión a duración determinada, celebrado a cuarenta (40) años; en tal caso no cabe el receso o desistimiento ordinario; que está reservado para todo tipo de contratos nominados o innominados que no tengan fecha de terminación, ni se haya establecido fecha de conclusión; caso en que sí podría accionarse el receso o desistimiento legal ordinario. Sin embargo, su contenido ha sido desnaturalizado por justamente no contener e identificar cuál es la justa causa del interés debidamente fundado que podría concretarse; y al estar vacía de contenido es considerada como una cláusula patológica.

La citada cláusula patológica contiene la fórmula de una “condición meramente potestativa”, esto lo sostenemos por la dudosa, controvertida y arbitraria decisión del Concedente, que puede hacer uso de la misma para resolver unilateralmente el contrato en el momento que se le antoje, de acuerdo a su libre criterio discrecional, antojadizo y abusivo proceder. Es como recesar o desistir porque simplemente se le antojó hacerlo; porque quiere extinguir el Contrato de Concesión sin justificación alguna.

El tratamiento de este tipo de cláusula patológica, pese a que diferentes ordenamientos extranjeros lo sancionan con nulidad; son auxiliados por el ordenamiento civil con la interpretación del contrato a través de sus diversos principios, los que son liderados por el de buena fe objetiva contractual, fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica para dar ingreso al principio de conservación del contrato; que brindará un efecto positivo al contrato de Concesión, extornando la cláusula de receso o desistimiento contractual por justa causa por patológica, teniéndola por “no puesta” y manteniéndose la vigencia del Contrato Chinchero al estar latente la causa y objeto del mismo que es el interés público en cubrir una deficiencia aeroportuaria en favor de la población nacional que requiere de dicho servicio.

Este tipo de cláusula de receso o desistimiento para resolver unilateralmente los Contratos de Concesión celebrados por el Estado peruano suelen ser llamados “cláusulas de caducidad” en el ámbito del Derecho Administrativo, las que se han extendido en su aplicación a los Contratos celebrados por la Administración Pública.



## Conclusiones del Capítulo II

1.- El receso o desistimiento contractual es un remedio negocial extrajudicial, utilizado para resolver la relación funcional de un contrato válidamente celebrado, cumpliendo las formalidades y requisitos del contrato a recesar; a través del cual una o ambas pueden extinguir los efectos del contrato por desistimiento unilateral; no se exige la aceptación de la contraparte porque es recepticia; solo su conocimiento para la plena eficacia. Esta institución jurídica de remedio negocial extrajudicial constituye mecanismo célere y eficaz para disolver la relación funcional creada por el contrato válido.

2.- El receso o desistimiento contractual, es el derecho potestativo que pertenece al grupo de la resolución negocial; opera en contratos cuya ejecución es continuada o periódica, no tienen plazo de culminación, para su eficacia se requiere comunicar a la otra parte mediante aviso notarial con no menor de treinta días de anticipación; transcurrido el mismo queda resuelto de pleno derecho; y, en caso no se lleve a cabo el requisito del aviso notarial el remedio del receso o desistimiento contractual es ineficaz, no surte efectos, manteniéndose la vigencia del contrato.

3.- El receso o desistimiento contractual está previsto en nuestro ordenamiento sustantivo civil, en su forma ordinaria-legal convencional ya sea *ad nutum* (sin expresión de causa) o por justa causa; se encuentra en diversos contratos nominados como el contrato de obra, locación de servicios, arrendamiento, contrato con pacto de arras de retractación, comodato (devolución anticipada del bien); comodato (duración indeterminada); mandato con representación, depósito voluntario, depósito a plazo indeterminado y depósito (por justo antes del plazo). En todos ellos el legislador ha concedido el derecho potestativo del receso o desistimiento contractual; a fin de resolver definitivamente los efectos de la relación funcional del contrato válidamente celebrado en la vía extrajudicial, por lo que está investido de un mecanismo célere.

4.- En la clasificación del receso o desistimiento contractual extraordinario generalmente se requiere de “justa causa”, “motivo justificado”, “causa relevante” o “causa grave”; sin embargo, no es regla única, porque el Contrato de Obra, típico a plazo determinado; uno de los sujetos contractuales “el comitente” puede usar el “receso legal” “*ad nutum*” o sin justa causa”; a título de derecho potestativo, y separarse-desistirse del contrato, no obstante la ejecución de obra ya se encuentre iniciada; no se requiere “justa causa”, “motivo justificado” “causa relevante” o “causa grave”; sino solo la decisión y arbitrio del comitente; previo reconocimiento al recesado de los gastos incurridos por materiales y monto que hubiere perdido por no concluir la obra.

5.- El receso o desistimiento contractual convencional nace del pacto o acuerdo voluntario de las partes vinculadas por el contrato, sin atentar normas legales imperativas. Es creada en cláusula de receso, y su ejercicio constituye decisión unilateral libre del titular de éste derecho potestativo ya sea *ad nutum* o por justa causa, que conlleva vía resolución negocial extrajudicial a la disolución y extinción irrevocable de los efectos del contrato.

6.- Los efectos del receso o desistimiento contractual dependen del tipo de contrato, en su modalidad ejecución instantánea o duradera; en el *primero*, los efectos del receso son retroactivos desde la celebración del vínculo contractual (*ex tunc*) salvo el pacto en contra; y en el *segundo*, los efectos del receso se producen hacia el futuro, a partir del momento en que se produce el receso o desistimiento (*ex nunc*) por lo que, en éste último, no cabe restitución de las prestaciones ya ejecutadas; salvo expresa decisión en contrario; eventualmente se

presentan casos de indemnización por daños; de haberse producido perjuicios por el ejercicio irregular del titular del derecho potestativo o casos de enriquecimiento injusto.

7.- La diferencia entre resolución y receso o desistimiento contractual; es la presencia sobrevenida del incumplimiento en la resolución; que no es requerido necesariamente en el receso o desistimiento contractual. El receso o desistimiento contractual es una categoría mucho más amplia que la resolución por incumplimiento, al abarcar supuestos de resolución por sobrevenida imposibilidad de la prestación. El receso se ejecuta a nivel extra judicial y no genera indemnización.

8.- El receso o desistimiento contractual en cualquiera de sus formas no afecta la validez del contrato; sino sus efectos; al invocarse este derecho potestativo de resolución negocial extrajudicial; el contrato ya no va producir efectos y se torna ineficaz. El derecho potestativo de separación no afecta al contrato como acto; sino afecta la relación funcional de los efectos del contrato.

9.- El receso o desistimiento contractual constituye remedio negocial eficaz, medicina óptima que soluciona la patológica sobrevenida o acontecida en el *interín* funcional de la relación jurídica patrimonial. Esta institución jurídica constituye política legislativa de orden público que permite solucionar por autorregulación de las partes las vicisitudes que se presentan antes del inicio o con posterioridad a la ejecución del contrato.

10.- La institución del receso o desistimiento contractual por justa causa, es una clasificación que nace en Alemania, donde es conocida como “denuncia”; figura contractual que es confundida con la resolución por incumplimiento así como también con la condición meramente potestativa que concede la potestad unilateral de terminación y extinción del contrato antes de la fecha de su vencimiento a una de las partes.

11.- Con relación a la “justa causa” su fuente proviene de la ley o del convenio entre las partes, su ejercicio debe ir en concordancia con la buena fe desde el momento de su preparación, celebración y ejecución tanto en los contratos nominados e innominados.

12.- El receso o desistimiento contractual por “justa causa” debe ser motivado, justificado y probado; bajo sanción de nulidad por afectación a la buena fe de las partes contratantes que impone deberes y reglas de moralidad, ética, solidaridad, justicia y equidad a fin de evitar abusos y ejercicio arbitrario indebido de posición dominante por una de las partes contractuales.

13.- En el caso “Contrato Chinchero” el receso o desistimiento contractual por justa causa no se aplicó correctamente porque no ha existido la asunción de una obligación o hecho que acredite justa causa, por el contrario dicho contrato se ha terminado y extinguido por una cláusula patológica que contenía una condición meramente potestativa, entendida como la voluntad exclusiva de mero arbitrio discrecional de la parte que introdujo la cláusula pre establecida en el contrato, en este caso el Concedente.

14.- Si el “Contrato Chinchero” adolecía de una cláusula patológica al haberse desnaturalizado el receso o desistimiento por “justa causa” por contener una “condición meramente potestativa”; debió interpretarse en primer lugar de acuerdo al principio de buena fe objetiva contractual, de suma importancia y que es transversal y líder de todos los principios que interpretan al contrato; que no brinda eficacia a la citada cláusula, el que se coliga y aplica conjuntamente con el de fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica, para permitir válidamente la aplicación del principio de conservación del contrato, y tener la cláusula patológica de receso o desistimiento contractual como “no puesta”; extornándola

del contrato en general, manteniéndose la vigencia del “Contrato Chinchero” porque la causa-objeto estructural -genética del mismo ha sido el “interés público” de satisfacer una necesidad de infraestructura aeroportuaria que se mantiene latente hasta la actualidad.



## CAPITULO III

### DE LA CLAUSULA PATOLÓGICA EN EL CONTRATO CHINCHERO

Sumario: 3.1 Nociones Preliminares. – 3.2. – De la naturaleza jurídica del Contrato Chinchero. – 3.3. – De la caducidad. – 3.4. – De la cláusula patológica Chinchero. – 3.5. – De la condición. – 3.6. – Del interés público. – 3.7.– De los principios de interpretación del contrato. – 7. – De la fuerza vinculante del contrato. – 3.9. – De la autonomía privada o autonomía de la voluntad. – 3.10. – de la Buena Fe. – 3.11. – De la posición adoptada. –3.12. – Conclusiones del capítulo III.

#### 3.1. Nociones preliminares

Analizaremos el “Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC)”, en adelante (Contrato Chinchero), celebrado el 04 de julio del 2014, en re el Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; en adelante (MTC) en condición de concedente, y la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A., en adelante (Kuntur Wasi) en condición de Concesionario; contrato que fue materia de Adenda N° 01 del 03 de febrero del 2017.

El tema en discusión: “El remedio aplicable frente a la resolución unilateral del Contrato Chinchero: Estudios sobre el problema de una cláusula patológica. Para ello, hemos desarrollado en el primer capítulo, el estudio y tratamiento de la institución jurídica de la resolución por incumplimiento; en el segundo capítulo el receso o desistimiento; con el propósito de diferenciar ambas instituciones jurídicas, y los presupuestos para que puedan ejercitarse. Habiendo señalado que la resolución por incumplimiento en cualquiera de sus tipos tienen aplicación y surten efectos después de haberse celebrado un contrato válidamente, en la fase de funcionalidad del contrato recíproco o sinalagmático; ante la aparición de un hecho exógeno que es el incumplimiento objetivo e injustificado ocasionado por uno de los sujetos o partes vinculados por un contrato; supuesto que legitima al acreedor o parte del negocio; a ejercer el derecho potestativo de la resolución. En caso opte por esta figura resolutoria que va extinguir definitivamente la relación funcional nacida de una relación patrimonial; puede invocar la resolución vía judicial-arbitral, o la resolución vía negocial o de derecho, a través de la resolución por intimación, por cláusula resolutoria expresa y vencimiento del plazo esencial (cuyo pacto es factible pese a no estar únicamente regulado en nuestro ordenamiento civil).

En el capítulo segundo, hemos tratado la institución jurídica del receso o desistimiento contractual; que constituye también un derecho potestativo de resolución negocial de pleno derecho; cuyos matices son diferentes a la resolución por incumplimiento contractual; por ésta, el legislador concede a la parte titular del derecho de receso o desistimiento vía fuente legal ordinaria e imperativa o vía convencional al insertar la cláusula de receso; que permite

extinguir en forma irrevocable los efectos del contrato válidamente celebrado; debiendo ser ejercido por la parte legitimada, cumpliendo previamente los requisitos para su eficacia, produciéndose la resolución negocial, sin obligación de indemnizar a la contraparte.

La resolución y el receso o desistimiento contractual, son remedios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional; ambos son confundidos con frecuencia como mecanismos resolutivos negociales en ámbito extrajudicial. Éstos pueden ser utilizados según las características y circunstancias del contrato celebrado y lo acordado especialmente por los sujetos de la relación; y, en ambos casos, generalmente van a ser utilizados en la etapa o fase de la funcionalidad de los contratos.

Los presupuestos de la resolución por incumplimiento y receso o desistimiento contractual son diferentes; en *primer lugar*, nos encontramos en el escenario de la resolución por incumplimiento contractual; cuando sobreviene la figura del incumplimiento objetivo y relevante de la prestación; este hecho hace que el acreedor o parte fiel del contrato pueda optar; según el derecho que le convenga, accionar la ejecución forzada de la prestación insatisfecha o resolver el contrato por incumplimiento incurrido; en *segundo lugar*, el receso o desistimiento; es el derecho potestativo otorgado por el legislador o por convenio en favor de uno o más sujetos de la relación contractual; en los contratos nominados, innominados, sin fecha de culminación o indeterminados; así tenemos que nuestra legislación ha determinado expresamente para algunos contratos nominados la figura del receso o desistimiento en favor de una o ambas partes; e igualmente, puede ser decretada por acuerdo entre las partes contratantes; cuando han consensuado el derecho potestativo del receso o desistimiento contractual por fuente convencional e inserta en una cláusula de receso; desvinculándose del mismo sin derecho al pago de indemnización a la contraparte.

Tanto la resolución por incumplimiento como el receso o desistimiento tienen su ámbito de aplicación dentro de la relación contractual; en la fase o *interin* de su funcionalidad; son aplicados en negocios jurídicos, cuya celebración permite el nacimiento de obligaciones. Por ende, los contratos son connaturales en la vida de las personas naturales y jurídicas; así como herramientas necesarias para el desarrollo de las sociedades y de los Estados.

El hombre, si desea contratar, (porque si no lo quiere no contrata), expresa su voluntad con libertad, la dirige hacia donde él quiere, para la consecución de sus propósitos y finalidades personales. Y en tanto encuentra una voluntad coincidente que es su réplica y contrapartida-también expresada ésta con libertad plena- se ha concertado el contrato. Muestra, en definitiva, de dos libertades que coinciden en una declaración común, y de las cuales ha nacido un vínculo tan fuerte que las ha anudado como la ley misma. Tremenda virtualidad de la libertad, que puede costreñirse o cercenarse a sí misma (Casiello 1997:123).

Nuestro ordenamiento civil, regula el contrato en su artículo 1351: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Código Civil del Perú). Institución contractual de naturaleza patrimonial, que se encuentra inmersa dentro del género del acto jurídico; en tanto considerada como especie. Así el acto jurídico está previsto en el artículo 140 del Código Civil.

Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (Código Civil del Perú).



El acto jurídico comprende a los contratos; por ende los contratos son actos jurídicos de contenido patrimonial; que tienen valor y eficacia de cumplirse los requisitos señalados por el artículo 140 de la norma sustantiva. Y en el supuesto que no se cumplan dichos requisitos para su validez; el contrato es inválido e ineficaz.

El acto jurídico que constituye el género de todas las relaciones jurídicas sean de contenido patrimonial o no, está regulado en nuestro ordenamiento sustantivo en su artículo 140.

El artículo 140 del CC establece normas de producción que son “reglas del ordenamiento, es decir, que prevén y disciplinan un particular modo de incluir reglas de derecho, al acto de autorreglamentación de los privados”. “Cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos, que la ley prevé como necesarios, porque tal tipo de acto puede *valer* como fuente de autodisciplina, nosotros decimos que aquél acto es *válido*: o, que es *en sí idóneo* para producir sus específicos efectos jurídicos”. El acto debe corresponder al modelo establecido por la norma legal (Morales 2006:527).

Para Morales, validez equivale a regularidad del contrato. Instituto que es concebido válido cuando cumple con las prescripciones legales. Y la eficacia del contrato permite que el contrato cumpla sus efectos. Advierte la existencia de diversas nociones sobre la validez del contrato, pero ellas no se condicen con la eficacia del negocio que es diferente. La validez corresponde a otras instituciones jurídicas entre ellas la anulabilidad; diferente al supuesto de ineficacia que abarca la idoneidad y funcionalidad de los efectos del contrato (2006:528).

Así podemos señalar que la *eficacia* y su antónimo *ineficacia* poseen diversos significados; porque existen diversos criterios para su tratamiento, diversos tipos de contratos; toda vez que los contratos no son iguales ni únicos; son considerados irrepetibles, y como tal gozan de singularidades, peculiaridades inherentes a cada relación patrimonial; consecuentemente, se regulan diversas formas de eficacias e ineficacias; conocidas como imperfecciones, irregularidades, deficiencias, etc.

Sobre las “ineficacias” existen diversas formas de patologías contractuales; que convierten al acto o negocio jurídico en “ineficaz” teniendo como presupuestos la: rescisión, resolución, receso o desistimiento, revocación, oponibilidad, imposibilidad de la prestación, hecho de tercero, excesiva onerosidad de la prestación, caso fortuito y fuerza mayor; entre otros. El presente trabajo se circunscribe al ámbito o espectro de la resolución y receso o desistimiento contractual; así como patologías que convierten las relaciones contractuales originadas por un contrato válido, en ineficaces funcionalmente.

Eficacia versa sobre la funcionalidad contractual y sus efectos y no sobre la validez y sus consecuencias.

Pero no todo contrato válido es eficaz. El caso típico es un contrato celebrado bajo una cláusula de condición suspensiva. El contrato es válido pero es ineficaz provisionalmente hasta que se produzca el hecho futuro e incierto previsto por las partes. Otro ejemplo es el contrato válido pero ineficaz provisionalmente hasta su ratificación. Si un copropietario arrienda un bien sin la participación de los otros copropietarios, el contrato es válido pero ineficaz porque el propietario que arrendó unilateralmente carece de legitimación, pero los otros copropietarios pueden ratificarlo. La eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). “La eficacia indica la productividad de los efectos jurídicos. El contrato es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos. En general el efecto jurídico es una mutación jurídica, es decir el cambio de una situación de derecho (Morales 2006:528).

Quedando establecido que la ineficacia tiene aplicación sobre la funcionalidad del contrato válidamente celebrado. Así la *eficacia* siempre se va pronunciar sobre la existencia y validez del contrato; autonomía de la voluntad, orden jurídico y los efectos que coinciden con la intención del objetivo de las partes.

Para nosotros, el contrato es un supuesto de hecho característico, por el reconocimiento que el orden jurídico le da a la autonomía de los particulares por medio de él. Como instrumento de disciplina de los intereses individuales, y que se realiza en la medida en que el derecho atribuye a sus expresiones un valor y una eficacia adecuada a su función. Y esta afirmación encuentra pleno respaldo en un análisis correcto de los efectos contractuales, que forzosamente tienen que destacar la distinción entre el efecto fundamental, consistente en la propia existencia del contrato como autorregulación de los intereses particulares, que sirve para identificarlo entre los demás hechos jurídicos; y los llamados efectos finales, que se realizan en las nuevas situaciones jurídicas que crea la función pretendida por las partes (Scognamiglio 1996:190).

Y sobre la *ineficacia* Scognamiglio, afirma que existen diversas formas de presentación; su importancia radica en ausencia de los efectos del contrato, como acto de autorregulación particular; deviene en simple falta de plenitud del presupuesto de hecho; que no produce efectos (1996:226).

Expuesto el contenido de la eficacia e ineficacia en la relación funcional nacida del contrato válidamente celebrado, ingresamos al tema central de la presente investigación que constituye el estudio, análisis y el tratamiento de la cláusula patológica inserta en el Contrato Chinchero; ejercida por el Concedente para *decidir en forma unilateral* sobre el fin del contrato; teniendo como sustento razones formales de interés público fundadas, en aplicación de una cláusula de receso o desistimiento del Contrato Chinchero, cuando en la realidad de los hechos no se ha probado ni fundado la causa que se alegaba para su extinción.

### **3.2. De la naturaleza y objeto del Contrato Chinchero**

Consideramos la naturaleza jurídica del Contrato Chinchero una de contrato atípico e innominado al no encontrarse regulado por el Código Civil ni por norma unitaria independiente y expresa. Es un contrato muy parecido al Contrato de Obra, el cual sí es contrato nominado por estar regulado en la norma sustantiva; al cual el legislador le ha concedido el derecho potestativo del receso o desistimiento contractual *ad nutum* (lo que equivale a sin justa causa).

El “Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC)” fue celebrado el 04 de julio del 2014, entre el Estado (MTC) en condición de Concedente, y (Kuntur Wasi), en condición de Concesionario; contrato objeto de la Adenda N° 01 del 03 de febrero del 2017. El mismo contrato señala que es uno de concesión; y allí regula su naturaleza jurídica como expresa y literalmente se señala a continuación:

#### **2.1. Naturaleza jurídica**

2.1.1. La Concesión materia del presente Contrato se otorga como parte del proceso emprendido por el Estado de la República del Perú, representado por el CONCEDENTE, para la transferencia de actividades productivas, al sector privado. Este proceso tiene por objeto mejorar la calidad de los servicios e incrementar el alcance de la Infraestructura Aeroportuaria en el país, a fin de coadyuvar al desarrollo del comercio exterior, del turismo y de la integración regional.

#### **2.2. Objeto**

2.2.1. Por el presente Contrato, el CONCEDENTE otorga en Concesión al CONCESIONARIO, el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del AICC (Aeropuerto o AICC, denominación o acrónimo referido al nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco).

2.2.2. Las principales actividades y prestaciones que forman parte de la Concesión y por lo tanto son objeto de los derechos y obligaciones de las partes en virtud del presente Contrato, son las siguientes:

a) La entrega, transferencia, uso y reversión de los Bienes de la Concesión, conforme lo regulado en la Cláusula Quinta del presente contrato.

b) Diseño, financiamiento y construcción de Obras, y adquisición de equipamiento, según se detalla en las Cláusulas Octava y Novena del presente contrato.

c) El mantenimiento de los Bienes de la Concesión, según los términos de la Cláusula Sexta del presente contrato d) La operación de la Concesión conforme a las condiciones de la Cláusula Séptima del presente Contrato (Contrato Chinchero).

Con posterioridad al primigenio contrato celebrado 04 de julio del 2014, se firma la Adenda N° 1 del 03 de febrero del 2017; pese a ello no se llegó a iniciar la ejecución del contrato. Cuestionamientos de diversa índole fueron alegadas por ambas partes contratantes; finalmente el concedente MTC, por voluntad unilateral resolvió el Contrato Chinchero. Las razones para tal decisión fueron de interés público debidamente fundamentado, en aplicación de la cláusula 15.5 que disponía literalmente:

15.5.1. Por *razones de interés público debidamente fundadas*, el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos (Contrato Chinchero).

Por lo expuesto, el Contrato Chinchero tiene naturaleza jurídica de un contrato atípico, innominado, que si bien es cierto tiene formación en el ámbito administrativo, no es ajeno al Derecho Civil; ya que al no tener regulación propia, le son aplicables los principios de interpretación del Contrato.

El Contrato Chinchero es un contrato de Concesión, su modalidad cofinanciada, siendo el objetivo del mismo diseñar, financiar, construir, operar así como el mantenimiento de la obra pública, explotación, uso y disfrute de la infraestructura concesionada por el plazo de cuarenta (40) años salvo su resolución anticipada o prorroga. Se caracteriza por ser un contrato de *unitario*, responde por causa única, pese su multiplicidad de actividades.

La historia demuestra que la figura del contrato, en general, poseía una mayor estabilidad en el Antiguo Régimen que en el sistema que inauguró la Revolución Francesa. El respeto por los pactos, el cumplimiento de la palabra que obliga tanto a nobles como a los ciudadanos comunes (no obstante algunas desviaciones), era la regla común que todas las personas debían observar según un conocido principio: *pacta sunt servanda* (Cassagne 2017:355).

Lo señalado por el autor en la actualidad se ve reflejado en nuestra regulación contractual; existiendo primacía de ésta regulación en favor del Estado sobre los particulares, lo que colisiona con la seguridad jurídica. Ejemplo de ello, son los contratos de concesión, cuya fuente y origen de celebración es la existencia del “interés público”, el cual es considerado uno de los principales principios que rigen la contratación estatal. Sin embargo, consideramos que si la causa y objeto de contratar del Estado es el interés público, éste no puede ser usado sin racionalidad para en cualquier momento extinguir los efectos del contrato de concesión válidamente celebrado.

### 3.3. De la caducidad.

Resulta necesario detenernos en el tratamiento de la caducidad porque su término aparece inserto en el Contrato Chinchero, en efecto, en la página ciento seis (106) del Contrato Chinchero, figuran las causales de caducidad.

Cláusula Décimo Quinta – Caducidad de la Concesión

15.1. Término por Vencimiento del Contrato. 15.2. Término por Mutuo Acuerdo. 15.3. Término por Incumplimiento del Concesionario. 15.4. Término por Incumplimiento del Concedente. 15.5. *Término por Decisión Unilateral del Concedente.* y 15.6. Término por Fuerza Mayor o Caso Fortuito (Contrato Chinchero).

El Contrato Chinchero contiene una serie de supuestos de Caducidad; entre los cuales figura: Caducidad por Término por Decisión Unilateral del Concedente; lo que constituye una facultad del derecho administrativo en favor del Concedente; que entendemos supondría que el Concesionario no haya cumplido las obligaciones generadas por el contrato o por la existencia de grave riesgo que no permita cumplirse los fines del interés público, que es la causa objetiva por la cual las partes suscribieron válidamente el contrato.

El término caducidad es una facultad delegada exclusivamente en favor del Concedente en el Contrato Chinchero, a diferencia de la vertiente conceptual tradicional de caducidad por el transcurso del tiempo establecida en el artículo 2003: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente” (Código Civil del Perú).

A fin de vincular la caducidad a la extinción de la relación jurídica nos remitimos al Contrato Chinchero, el mismo que ha insertado en el numeral 15.5. Término por Decisión Unilateral del Concedente; estipulando expresamente: “15.5.1. Por razones de interés público debidamente fundadas, el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos” (Contrato Chinchero). Advirtiéndose que esta facultad de caducidad es otorgada por el derecho administrativo como acto de autoridad al Estado, figurando la misma como facultad exclusiva del Concedente en el citado contrato celebrados por el Estado y un particular.

En la referida cláusula observamos que el uso del vocablo “caducidad” es asumido como una revocación, separación que finaliza la relación jurídica y sus efectos como la acontecida en el Contrato Chinchero. En el que se han establecido causales: supuestos jurídicos y supuestos de hecho que no constituyen en la realidad hechos verdaderamente acontecidos para disolver definitivamente el contrato, y respecto a la caducidad que ésta haya operado por el transcurso del tiempo, sino por cuestiones diferentes que allí se indican y que pertenecen a vertiente diferente de la caducidad como acto de autoridad del Concedente para extinguir un contrato.

En el citado contrato se establecen en las cláusulas de caducidad supuestos de extinción del contrato que constituyen el poder de modificación del Estado en los contratos celebrados con los particulares.

Otra de las diferencias fundamentales estriba en la potestad que el ordenamiento puede atribuir, de un modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos, poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (v.gr., obras públicas) y a condición que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y

que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato. Ahora bien, el *ius variandi* puede relacionarse con dos principios fundamentales del contrato administrativo: a) el de la *lex contractus*, aplicable al derecho administrativo con las peculiaridades de esta disciplina, y b) el principio de inalterabilidad del contrato que tiende a preservar la igualdad de los terceros de cara a los beneficios públicos (Cassagne 2017:386).

Es conocida la facultad o poder de modificación del Estado en los contratos que celebra con los particulares, pero serán justas y lícitas tales decisiones cuando en verdad sobrevengan y se presenten como hechos exógenos que van a impedir el objetivo y fin propuesto en el contrato válidamente celebrado. Pero no, en supuestos arbitrarios eminentemente subjetivos que obedecen a supuestos ajenos a las condiciones en las cuales ambas partes han celebrado el contrato; como por ejemplo, diferente administración que asume un contrato celebrado por la anterior gestión; estos hechos no justifican en forma alguna que el Estado ejerza el poder de modificar e incluso extinguir los contratos celebrados con objeto y fin de cumplir determinado interés público, como en el caso del Contrato Chinchero; porque se hace uso de una cláusula de caducidad meramente formal, la que no ha sido probada en forma alguna, violándose la buena fe contractual objetiva que debe regir en todo tipo de contrato.

Así, en la Cláusula 15.8. del Contrato Chinchero se establecen las consecuencias de la caducidad.

15.8.1 La Caducidad de la Concesión produce la obligación del Concesionario de devolver el Área de la Concesión que conforma el Aeropuerto así como a entregar los demás bienes de la Concesión al Concedente, conforme a los términos de la Cláusula Quinta.

Para tales efectos, en caso se produzca la caducidad durante la ejecución de Obras, tanto de la Etapa de Ejecución de Obras como de la Etapa de Operación, las Obras parcialmente ejecutadas formaran parte de los Bienes de la Concesión.

De producirse la caducidad en la Etapa de Operación, el Concesionario deberá entregar el Aeropuerto en condiciones operativas, es decir, en condiciones que permitan la continuidad en la prestación de los servicios cumpliendo con los Requisitos Técnicos Mínimos, salvo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

15.8.2 Al término del plazo de la Concesión, el Inventario Final deberá quedar concluido.

15.8.3 Producida la Caducidad de la Concesión, la actividad del Concesionario cesa y se extingue su derecho de operar la Infraestructura Aeroportuaria, derecho que es reasumido por el Concedente, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos que corresponden a los Acreedores Permitidos según lo establecido en la Cláusula Décima del presente Contrato.

15.8.4 En caso el Ositran tenga que hacer uso de lo dispuesto en el literal h) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N°26917, los gastos en que incurra el Ositran para tal fin serán de cuenta de la Parte que generó la caducidad de la Concesión y en el supuesto de terminación por vencimiento de plazo los gastos serán asumidos por el Concedente.

15.8.5 Asimismo, se extinguen todos los contratos a los que se refiere el Numeral 13.3 de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, salvo aquellos que expresamente el Concedente haya decidido mantener en vigencia y asumido la posición contractual del Concesionario.

13.3 Cláusulas en Contratos

13.3.1 En todos los contratos que el Concesionario celebre con sus socios, terceros y personal, deberá incluir cláusulas que contemplen:

- a) La resolución de los respectivos contratos por la Caducidad de la Concesión.
- b) Que el plazo de vigencia no exceda del plazo de la Concesión.
- c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el Concedente, el Ositran y sus funcionarios.

En ningún caso el Concesionario se exime de responsabilidad alguna frente al Concedente, por actos derivados de la ejecución de contratos suscritos con terceros que pudiesen tener incidencia sobre la Concesión.

15.8.6 Producida la Caducidad de la Concesión, el Concedente o el Nuevo Concesionario que éste designe, se harán cargo de la Operación del Aeropuerto, correspondiéndole al Ositran efectuar la liquidación final conforme a los términos de la presente Cláusula.

15.8.7 En los casos que la Caducidad de la Concesión se encuentre sometida a un proceso arbitral, conforme a las reglas de la Cláusula Décimo Sexta, los efectos de la misma se producirán luego de la emisión del laudo arbitral correspondiente (Contrato Chinchero).

Sobre la caducidad como poder del Estado peruano para el receso o desistimiento de un contrato válidamente celebrado y extinguir sus efectos, la doctrina señala que no existe regla expresa para su tratamiento.

Como una rémora de la teoría de los actos de autoridad, el derecho administrativo incorporó originariamente esta causal de extinción, propia del acto administrativo unilateral, a las concesiones de servicio público y de obra pública. En realidad se trata de un medio típico medio de resolución o resolución unilateral que dispone la Administración frente al incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario, con el fin de preservar el servicio público o la explotación de una obra pública, según sea el caso (Cassagne 2017:491).

El citado autor, al realizar el tratamiento de las Contrataciones del Estado en Argentina, pone énfasis en lo que la doctrina del mencionado país sostiene. En efecto ante el incumplimiento de una obligación esencial de parte del concesionario no es usual ni se tiene por costumbre aplicar inmediatamente la cláusula de caducidad; por el contrario, en primer término van a intimar al deudor para que cumpla su obligación concediéndole un término prudencial; porque ante la existencia del incumplimiento la resolución no opera de pleno derecho, se procura *prima facie* el cumplimiento del contrato de concesión.

Del contenido de la Cláusula 15.8. se verifica los efectos en el supuesto de producirse la caducidad del Contrato Chinchero, la generación de obligaciones por parte del Concesionario, entre otros proceder a la devolución del Área de la Concesión que conforma el Aeropuerto, entrega de bienes al Concedente. Y, se dice textualmente en el numeral 15.8.3: “Producida la Caducidad de la Concesión, la actividad del Concesionario cesa y se extingue su derecho de operar la Infraestructura Aeroportuaria, derecho que es reasumido por el Concedente, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos que corresponden a los Acreedores Permitidos según lo establecido en la Cláusula Décima del presente Contrato” (Contrato Chinchero). Entendiéndose a la caducidad como una figura similar a la receso o desistimiento contractual.

La institución jurídica de la caducidad en su vertiente del transcurso del tiempo que produce el vencimiento del plazo extingue el derecho sólo si no se ha planteado la exigibilidad de la pretensión durante su vigencia.

Como se sabe, el plazo cualquiera sea su naturaleza, está indeliblemente vinculado al transcurso del tiempo. Cuando el plazo es el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad se constituye como una modalidad del acto jurídico y determina una limitación puesta por las partes a la eficacia de acto jurídico que ha dado origen, y sustenta, a la relación jurídica. Si el plazo es resolutorio o extintivo, a su vencimiento resuelve o extingue el acto jurídico que sustenta la relación jurídica, extinguiendo, como consecuencia, el derecho emergido del acto e integrado a la relación jurídica. Si el plazo lo establece la ley como plazo de caducidad, su efecto es el mismo, esto es, resuelve o extingue la relación jurídica sustentada en el acto jurídico que la ha originado, el que pierde ya su virtualidad jurídica, pues el plazo, como es de caducidad, está referido a la existencia de un derecho que requiere, para hacer efectiva su pretensión, del ejercicio de la acción dentro de la vigencia

del plazo. Como acabamos de ver, tanto el plazo resolutorio como el plazo de caducidad son extintivos de derechos. Pero, al contrario de lo que ocurre con el plazo de caducidad, el plazo resolutorio opera *ex nunc*, es decir, a partir de su vencimiento y el derecho se extingue como consecuencia de la extinción de la relación jurídica; mientras que, en la caducidad, el plazo opera *ex tunc*, es decir, como si no se hubiera originado el derecho, pues se extinguió por no haberse ejercitado la acción antes del vencimiento del plazo establecido, pudiéndose o no modificar la relación jurídica. En el plazo resolutorio el solo transcurso del tiempo extingue la relación jurídica, háyase o no ejercitado el derecho o la acción. En la caducidad-lo subrayamos-, el transcurso del tiempo que produce el vencimiento del plazo extingue el derecho sólo si no se ha planteado la exigibilidad de la pretensión durante su vigencia (Vidal 2002:234).

Según Vidal, reconoce la vinculación entre el plazo y el tiempo; se pronuncia también sobre el plazo resolutorio y sobre el plazo extintivo; el primero resuelve y el segundo extingue; por lo que nos remite a la norma prevista en el artículo 2003: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente” (Código Civil del Perú). Por ello incide en que la característica principal de la caducidad es que el derecho de acción, o la pretensión deben ejercitarse en el período de vigencia previsto en la norma; no hacerlo en el plazo predeterminado impide su ejercicio y el titular pierde sus derechos por falta de vigencia por el tiempo; deviniendo en extemporáneo (2002:237-238).

El fundamento de la caducidad afirma, obedece al *orden público*, al ser conveniente porque existe el interés social de liquidar y solucionar diversas situaciones pendientes de arreglo favoreciendo su solución en base a seguridad jurídica.

Plantear el fundamento de la caducidad nos lleva, necesariamente, a considerarlo con el de la prescripción extintiva. Al estudiar el de ésta hemos señalado que su fundamento es el orden público, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución, sustentándose por tanto, en la seguridad jurídica, habiendo señalado también, como Augusto Ferrero, que si bien la idea del orden público la inspira, no es su norma reguladora. Tratándose de la caducidad, el orden público está más acentuado que en la prescripción extintiva, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto por la ley para todos y cada uno de los casos en que se origina un derecho susceptible de caducidad. En el instituto de la caducidad, más que en el de la prescripción extintiva, se aprecia, pues, el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica, haciéndolo prontamente. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, Josseland ha escrito que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica, libres de toda aleación (Vidal 2002: 241-242).

Lo señalado sobre la caducidad y su estrecha vinculación con el plazo prescriptorio y los fundamentos de seguridad jurídica y orden público, son usados como instrumento de extinción de una relación jurídica por el transcurso del tiempo. Sin embargo, en el Contrato Chinchero la caducidad tiene semejanza con la resolución por incumplimiento; obedece a causales previamente acordadas por las partes y expresamente establecidas en el contrato; las que difieren del concepto tradicional previsto en la norma sustantiva para la caducidad por el transcurso del tiempo.

Sobre diferente vertiente, de caducidad en relación al término y extinción de relaciones jurídicas (contratos) ante la producción de un hecho jurídico por ejemplo de incumplimiento que va generar el fin de los efectos del contrato.

La caducidad tiene, pues, el rigor que le es característica esencial, aun cuando pueda no originarse sólo en la ley. La doctrina es dominante al considerar que la caducidad puede tener como fuente el convenio en virtud de la delegación que el Derecho Objetivo otorga a los particulares para regular sus propios intereses, y sin que tal delegación afecte el fundamento de orden público que la sustenta, pues este mismo fundamento se vincula a la naturaleza del derecho subjetivo que nace de la relación jurídica y que lo hace depender de un plazo prefijado por imperativo de la ley o por el acto jurídico que resume la regulación que establecen los propios interesados (Vidal 2002: 242).

Así, para el autor una relación jurídica es susceptible de extinción por diversas causas o circunstancias, una de ellas la “caducidad” que puede estar condicionada al cumplimiento e incumplimiento de determinadas obligaciones esenciales, según la especial naturaleza del vínculo, hecho o acto jurídico que lo originó; no obstante, la extinción que genera la caducidad de la relación jurídica es generada por un hecho jurídico pre establecido por las partes y no por decisión eminentemente discrecional, arbitraria y antojadiza de una de las partes, porque ello atenta contra principios de igualdad y seguridad jurídica.

Resulta importante diferenciar el ámbito de la caducidad convencional que extingue el contrato; de la caducidad establecida en la norma sustantiva civil; que está constituida por la predeterminación del tiempo y plazo de caducidad para la pérdida del derecho y de la acción; de la caducidad convencional de la relación jurídica, como es el caso de los Contratos; que se generan o producen por incurrir en las causales predeterminadas por las partes consensualmente; este fundamento, es el que nos permite diferenciar la caducidad establecida en el Código Civil con relación al tratamiento del tiempo y período para la extinción de derechos; de la caducidad convencional para extinguir y terminar vínculos contractuales, como el Contrato Chinchero.

### **3.4. De la cláusula patológica en el Contrato Chinchero**

El MTC, emitió un comunicado con fecha 13 de julio del 2017, informando a la opinión pública haber resuelto oficialmente el Contrato Chinchero con la concesionaria Kuntur Wasi, sobre construcción del Aeropuerto Chinchero en Cusco. El MTC señaló que resolvió el contrato por decisión unilateral; toda vez que la empresa concesionaria “se negó a llegar a un entendimiento del mutuo disenso acordado”. Y, que habiendo agotado todos los recursos posibles para sacar adelante el proceso, el Estado irrevocable decidió resolver el Contrato Chinchero basado en razones de interés público.

El Contrato de Concesión Chinchero, contiene la cláusula sobre Caducidad; en la página (111) ciento once, punto 15.5. sobre Término por Decisión Unilateral del Concedente, que señala textualmente:

15.5.1. *Por razones de interés público debidamente fundadas*, el Concedente tiene la facultad de *resolver* el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos.

15.5.2. La mencionada notificación al Concesionario deberá además estar suscrita por el organismo del Estado de la República del Perú competente para atender tal problema de interés público.

15.5.3. El Concedente pagará al Concesionario un monto equivalente al de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión que corresponda al momento en que se produzca la Caducidad.

15.5.4. El importe que corresponda pagar por este concepto se realizará según procedimiento indicado en el Numeral 15.4.3.



15.5.5. Adicionalmente, el Concedente devolverá al Concesionario la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión y de fiel Cumplimiento de Construcción de Obras de ser el caso (Contrato Chinchero).

Del análisis, consideramos que su naturaleza jurídica corresponde al derecho potestativo de receso o desistimiento convencional por “justa causa”. Así en el Contrato Chinchero; se otorgó en favor del Concedente, el Estado; el derecho potestativo de desvincularse de la Concesión; estipulándose: “el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación; por razones de interés público debidamente fundadas” (Contrato Chinchero).

Sin embargo, es confusa la redacción de la cláusula de caducidad; se distorsionan los presupuestos del remedio de resolución por incumplimiento, receso o desistimiento y caducidad; además el contenido de la citada cláusula corresponde a la de una condición meramente potestativa; la que está prohibida por el ordenamiento y la doctrina; debiendo ser tratada como una cláusula patológica.

La citada cláusula otorga en favor del Concedente la exclusiva decisión sobre el mantenimiento o fenecimiento del Contrato Chinchero; en el momento que lo decida, aduciendo en el caso materia de análisis cuestiones de interés público; según afirman debidamente fundadas; y en este extremo la confusión se origina por el uso del término “resolver” que induce a resolución; que tiene la consecuencia de resolver definitivamente los efectos del contrato recíproco; en este caso el Contrato de Concesión; sin embargo, no existe el hecho sobreviniente del incumplimiento grave y relevante de parte de la Concesionaria para que pueda operar y surtir efectos la extinción del contrato. Siendo que la notificación previa de la resolución unilateral sería insuficiente a fin de otorgar eficacia al remedio resolutorio. Toda vez que uno de los presupuestos para su eficacia antes que la comunicación es la existencia del incumplimiento; pero existencia del motivo acreditado y no el formalismo de su simple enunciado; y si bien es cierto ha sido invocado por el titular del derecho potestativo (El Estado) no se ha acreditado suficientemente la causa del receso o desistimiento contractual.

Con relación a la extinción del Contrato Chinchero por el remedio del receso o desistimiento contractual; debemos señalar que la cláusula no se encuentra redactada conforme a los presupuestos del receso convencional por justa causa; toda vez que la justa causa no ha sido motivada, por ende no es racional y coherente su invocación; ya que por el contrario esta “justa causa” se encuentra absorbida por la “*condición meramente potestativa*” en la siguiente interpretación: “por causas de interés público debidamente fundadas en cualquier momento yo Concedente resuelvo el contrato”. Así expuesta, la cláusula no puede subsumirse al remedio del receso o desistimiento contractual.

Respecto a nuestra posición, la controvertida cláusula de receso o desistimiento contractual contiene una condición meramente potestativa en favor del Concedente; al utilizar como presupuesto de resolución negocial extintiva de pleno derecho el término: “por causas de interés público debidamente fundadas en cualquier momento yo Concedente resuelvo el contrato”. En efecto, lo reseñado condicional al contrato a una vigencia que depende exclusivamente de una cláusula que contiene una condición meramente potestativa, coloca a su titular en una posición dominante - al Concedente en perjuicio del Concesionario-; que no goza de ningún derecho o facultad para hacer frente a una condición arbitraria y abusiva de la parte más fuerte. Contrato en el cual no se ha pactado hecho jurídico concreto alguno como causa - base para resolver el vínculo correspondiente. Sin embargo el Concedente resuelve

unilateralmente aduciendo interés público; lo que constituye un ejercicio abusivo y arbitrario de una de las partes contractuales; porque así como ésta redactada la citada cláusula, uno de los sujetos -la parte más débil; al nacimiento y celebración válida del contrato ya se encontraría en una posición de riesgo contractual inminente, sometido no a causas exógenas y sobrevinientes en el *interim* de la funcionalidad del contrato; sino a la mera potestad arbitraria de una de las partes; que no necesita de una condición o evento futuro; sino, tan solo la mera decisión de la voluntad arbitraria de la parte más fuerte; a quien se atribuyó el derecho potestativo del receso o desistimiento; por ello el contenido de la cláusula de receso está viciado, siendo irregular su presupuesto.

La cláusula de receso o desistimiento contractual estipula en favor del Concedente; resolver el Contrato Chinchero en cualquier momento, siempre y cuando “existan razones de interés público debidamente fundadas”. Con relación a extinción de contratos de concesión por causa de interés público, existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, citando los considerando sobre una de ellas, que declaró fundada la Acción de Amparo; que literalmente señalaba:

Que es un concepto indeterminado; sin embargo, su contenido no puede ser librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración; que es un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias. Así, el interés público no es un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad, sino que se trata de un concepto cuyo contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas; por lo que la conceptualización del interés público en cada caso concreto justifica y sustenta el poder de resolución unilateral de que goza el Estado y constituye un límite a la arbitrariedad (Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 4288-2004-AA/TC).

No resulta eficaz la resolución unilateral del Contrato Chinchero vía el remedio del receso o desistimiento contractual sustentado en “razones de interés público debidamente fundadas”; ya que en realidad no se han cumplido los presupuestos para que la resolución unilateral sea eficaz; no se han acreditado las razones de hecho jurídico de interés público concreto que colisione con el fin y objeto del contrato de concesión válidamente celebrado.

Por el contrario, al tener la condición de “meramente potestativa”; ésta se tiene por no puesta al contener un supuesto genérico, confuso, distorsionado, contradictorio, no real y menos concreto al no existir nada que probar, fundamentar y motivar para que opere la resolución unilateral. Así diseñada la cláusula, en caso lo decida el titular del derecho potestativo si o si va proceder a la extinción del contrato; porque para ello solo basta la exteriorización de su arbitraria y abusiva voluntad según la citada cláusula.

En tal sentido, la citada cláusula adolece de patología por no tener un enunciado de hecho posible y fáctico y menos un posible hecho futuro que produzca efectos jurídicos; considerándose en la doctrina que una cláusula patológica con tal argumento no surte efectos; y por el principio de conservación; ante cualquier duda, defecto del contrato se prefiere mantener la vigencia y conservación del mismo antes que su extinción; sustrayéndose la cláusula patológica en favor del mantenimiento del contrato, intención común de los sujetos; y con arreglo a principios y reglas de buena fe objetiva, seguridad jurídica; que tiene como objeto satisfacer el “interés público” que es sinónimo de “utilidad pública”, “necesidad pública”, “servicio público”, como fue el sustento del nacimiento del Contrato de Concesión; lograr y conseguir la construcción del Aeropuerto Chinchero por ser necesaria para la población.

En el Contrato de Concesión, la Administración, por el *ius imperium* conserva potestades, entre ellos extinguir unilateralmente vía resolución por incumplimiento, receso o desistimiento contractual, mutuo acuerdo, caducidad o revocación. Sin embargo estos mecanismos y remedios contractuales deben pactarse de acuerdo a la buena fe, respetando la intención de ambas partes sobre el objeto del negocio, que se llegue a cumplir el principio del interés público que rige en todos los contratos de la Administración Pública; y que el “interés público” no sea usado por la parte dominante y en mejor posición del contrato para colisionar con la contraparte sin causa o motivo justificado para extinguir el contrato.

### 3.5. De la condición

La condición meramente potestativa no se encuentra expresamente regulada en el Código Civil del Perú; habiéndose sancionado con nulidad a la condición suspensiva.

Invalidación del acto por condiciones impropias

“Artículo 171.- La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas” (Código Civil del Perú).

Nulidad del acto jurídico sujeto a voluntad del deudor

“Artículo 172.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (Código Civil del Perú).

La condición es una modalidad del acto jurídico, elemento accidental del contrato a título de “condición”, pactada y aceptada por las partes a fin de ser insertada en una cláusula condicional en cualquiera de sus diversas categorías; estableciendo a cargo de una de las partes una obligación futura o un hecho jurídico futuro, que tiene relación con el objeto y causa del contrato; y con la concreción de la cláusula condicional se mantendrá la funcionalidad del negocio jurídico, o su resolución o terminación por el advenimiento o cumplimiento de la condición.

Sobre el elemento condición, se afirma: “La condición puede ser-además de suspensiva, resolutoria, propia e impropia- potestativa, causal y mixta; distinción sustentada, como dice LEÓN BARANDIARAN, “en la causa eficiente que determine la verificación (o la no verificación) del hecho condicional”” (Barandiarán Hart 2010:569).

Así la condición suspensiva y resolutoria son válidas y se aplican a los contratos cuando las partes la han pactado y deliberado actuando de acuerdo a los principios y reglas de la buena fe objetiva, respetando el derecho del otro en solidaridad y justicia; estos principios éticos y morales no permiten que ninguna de las partes se aproveche de su mejor status y posición contractual frente a la debilidad de la contraparte. También se establece la validez de la condición propia, impropia, potestativa, causal y mixta; siempre que sea lícita, no atente contra el orden público y las buenas costumbres; y verificado el hecho condicional pactado o el hecho jurídico acontecido, produce sus efectos, pudiendo ser la terminación o extinción del contrato en caso sea resolutorio.

Sin embargo, la categoría de la *condición meramente potestativa* no permite la obtención de efectos válidos en el contrato bilateral y sinalagmático, diversos sistemas como el Italiano, Francés, Alemán y Español lo sancionan con nulidad; y en aplicación del “principio de conservación” se repotencia la utilidad del negocio jurídico antes que su inutilidad; obviando la cláusula meramente potestativa, teniéndose por no puesta; manteniéndose la eficacia de la relación

jurídica nacida del contrato. Resultado de la interpretación causalista del contrato, que para conservar el contrato ha tenido que analizar el ámbito económico y patrimonial contenido en la causa del negocio jurídico.

El ordenamiento peruano no ha regulado expresamente la condición meramente potestativa, sin embargo, es aplicado doctrinariamente en base a fuentes normativas provenientes de los ordenamientos civiles alemán, italiano, francés y español.

Si la condición meramente potestativa ha sido pre establecida en el contrato por una de las partes sin que se haya deliberado para su inclusión con la otra parte; si el ejercicio y ejecución de la condición citada se encuentra exclusivamente a cargo de la parte que la introdujo al contrato, irrogándose exclusivamente tal potestad y dominio; sin que la contraparte no pueda argüir absolutamente nada, porque se encuentra atada de manos, su posición contractual es débil en relación al mejor poder que ostenta la otra parte; a quien solo le queda el conocimiento por la notificación recepticia del cumplimiento de la condición; dicha condición es patológica por ende sancionada con nulidad.

El ámbito de acción y dominio de la condición meramente potestativa (Caso Chinchero) es eminentemente de exclusiva voluntad de la parte que introdujo unilateralmente dicha condición; decisión discrecional irracional, arbitraria por ende injusta por abusiva; ésta categoría condicional como elemento accidental del contrato no es aceptado por una parte de la doctrina; que señalan su colisión con diversos principios y cuya interpretación se realiza en favor de la buena fe, fuerza vinculante del contrato (*pacta sunt servanda*), seguridad jurídica y conservación del contrato.

La condición potestativa será inadmisibles cuando esté supeditada a la voluntad absoluta del deudor. Si así fuera, sujetaría a su propio albedrío la decisión de cumplir, o no, la obligación. No es posible admitir que una misma persona se obligue y desobligue al mismo tiempo (*nulla promissio potest consistere quae ex voluntates promittentis status capitit*), por su sola determinación; pues de lo contrario no se podría hablar en estricto-como opina BORDA de obligación, siendo tan solo la máscara de una obligación ficticia (FERRARA) (Barandiarán Hart 2010:570).

Como dice LEÓN BARANDIARÁN, para que la condición potestativa *a parti debitoris* pueda anular el negocio jurídico debe ser absolutamente y no simplemente potestativa; quiere decir esto que el hecho puesto como condición esté sometido exclusivamente a la voluntad del deudor (...). Si la condición es simplemente potestativa de parte del deudor, pero no absolutamente (“como si dijese que me obligo a donarte una cosa “si me curo del vicio de la embriaguez”), el acto es válido (Barandiarán Hart 2010:570).

Sin embargo, otra parte de la doctrina señala la aplicación válida de la condición potestativa; a la cual no le brindan el reconocimiento de elemento accidental del contrato, sino del derecho potestativo de receso o desistimiento contractual; por el que se ha brindado a una de las partes el derecho a resolver el contrato anticipadamente, antes de la fecha de su culminación.

Recordemos la institución de resolución por incumplimiento, en la que las partes vinculadas por un contrato sinalagmático, gozan del remedio de la terminación o extinción del contrato, derecho que es connatural, poder y tutela cuya fuente viene de la ley para garantizar el crédito y acreencia insatisfecha en favor del acreedor fiel y diligente. Tal remedio que constituye derecho potestativo no es necesario pactarlo porque se encuentra en la ley; teniendo su titular la opción de previamente deliberar las acciones legales a desarrollar, a fin de utilizar los

mecanismos legales que franquea la ley para exigir su cumplimiento o terminar y extinguir definitivamente el negocio jurídico resolviendo el contrato por incumplimiento; precisando que en ambos supuestos podrá accionar indemnización de daños y perjuicios.

El análisis de la condición en su categoría de meramente potestativa, implica la existencia de un contrato válido, así el contrato es una institución consustancial en la vida de toda persona, de suma importancia en todas las sociedades del mundo; desde que apareció la especie humana, en sus diferentes etapas: antigüedad, presente así como lo será en el futuro, fuente principal de obligaciones; su tratamiento merece importancia en el ámbito nacional e internacional debido a la globalización mundial; toda vez que a diario se producen innumerables transacciones mercantiles. En tal sentido el acto de contratar deviene en herramienta primordial-necesaria para sobrevivir, relacionarnos, cubrir necesidades de todo tipo y fomentar una economía social de mercado, modelo económico adoptado por nuestro país conforme al artículo 58 de la Constitución Política del Estado Peruano.

Nuestro país pertenece a la familia jurídica del *civil law* que nace de la tradición del derecho romano-germánico extendida a los Estados democráticos-liberales de Europa Continental; sin embargo, la familia jurídica del *common law* que nace en Inglaterra y se extiende a los Estados Unidos de América; está acercándose y posicionándose en el Perú; por la globalización de la economía y la contratación entre países que no provienen de la misma familia jurídica; siendo así, actualmente estamos en una etapa de fusión de ambas regulaciones; reconociendo que en la actualidad en gran mayoría se contrata bajo la modalidad contractual del *common law*.

Las características de ambas regulaciones son diferentes; el *civil law* se caracteriza por su codificación, los contratos son puntuales y consolidados, contienen los elementos básicos de todo contrato; no se consignan todos los supuestos que las partes o sus abogados podrían imaginarse lleguen a suceder en el *iter* del contrato; y, si algo sucede que no se haya pactado se recurre a la norma civil que dará la solución; a diferencia de los contratos confeccionados en el sistema del *common law*; cuya redacción es demasiado extensa, pretendiendo establecer todos los supuestos que pueden darse en la funcionalidad del contrato sinalagmático.

A propósito de la condición meramente potestativa, que se relaciona y es confundida con el derecho al receso o desistimiento contractual; ya no podemos concebir a la fuerza vinculatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*) como un principio contractual de carácter absoluto: el panorama es que los contratos en forma general se llegan a culminar cuando las partes cumplen con las prestaciones recíprocas a las que se comprometieron; pero existe un auge, que algunos denominan la excepción a la regla; que es la terminación anticipada del contrato a través de la institución del receso o desistimiento contractual; cuya fuente es la ley o el contrato; si es convencional, las partes han incluido la cláusula de receso por justa causa o sin ella. Dicha institución contractual de mecanismo remedial es relacionada por algunos doctrinarios con el análisis económico del derecho; ya que el titular de este derecho potestativo unilateral del contrato, permite el ahorro de los costos de transacción, evitando acudir al órgano jurisdiccional o fuero arbitral para que un tercero asuma competencia en la controversia suscitada entre las partes; y, decida si efectivamente el contrato se resuelve o no; ahorrando el tiempo que ello implica, así como la falta de seguridad y predictibilidad respecto a que su pretensión finalmente sea amparada. Lo que no sucede con el receso o desistimiento contractual, que opera extrajudicialmente como mecanismo privado directo de autorregulación; a través del cual la parte legitimada que ostenta el poder y derecho potestativo de receso termina y se desvincula definitivamente del contrato resolviéndolo de derecho - *ipso jure* el contrato; y en tiempo celeré ya está contratando con el reemplazo del

recesado o desistido para satisfacer sus exigencias contractuales y mantener la fluidez del tráfico contractual de bienes y servicios en una economía social de mercado.

Las modernas legislaciones civiles como la francesa, alemana, italiana, española, gozan del derecho al receso o desistimiento contractual, con respeto de la autonomía de la libertad de las partes, seguridad jurídica y buena fe.

Hemos identificado nuestro marco legal de comparación, sobre el análisis de la figura jurídica de la terminación o extinción del contrato por decisión unilateral de una de las partes, así una vertiente de este tipo de terminación contractual se encuentra en el artículo 1372 del Código sustantivo nacional.

“Artículo 1372.-La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe” (Código Civil del Perú).

Así el ámbito que vamos analizar del artículo 1372 de la norma sustantiva, es el que comprende a la resolución por incumplimiento, que puede ser judicial o privada como ejercicio de la autonomía privada y mecanismo de solución directa por parte del acreedor de la obligación insatisfecha.

Pero esta vertiente para terminar o extinguir una relación contractual nacida de un contrato bilateral o sinalagmático válido no es el único, existe normativa en el Código Civil del Perú que regula la institución contractual del receso o desistimiento *ad nutum* por la que se pone término a los contratos continuados.

“Artículo 1365.- En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú).

La norma del artículo que antecede se ocupa del receso o desistimiento *ad nutum* o sin expresión de causa, que concede a cualquiera de las partes contractuales el poder a título de derecho potestativo de poner término y extinguir el contrato; los móviles son variados, van desde señalar que el legislador no consiente la perpetuidad de los contratos, como la libertad a ejercer su autonomía de la voluntad por ambas partes respecto del contrato válidamente celebrado; así como también a contribuir a acelerar el intercambio de bienes, productos y servicios en nuestra economía social de mercado.

El legislador no ha establecido condiciones relevantes para ejercer el derecho de receso o desistimiento contractual *ad nutum*, ordinario o sin expresión de causa relevante; en este caso las partes tienen la libertad de desvincularse actuando y respetando el principio y las reglas de la buena fe, para su eficacia, y en algunas legislaciones como la nuestra, el requisito de obligatorio cumplimiento, respecto al aviso previo a remitirse por la vía notarial con una anticipación no menor de 30 días a la contraparte.

Sin embargo, nuestro ordenamiento también ha regulado la vertiente del receso o desistimiento con justa causa; que es una clasificación doctrinaria realizada por la jurista alemana Michel Klein.

En el Derecho alemán, como hemos visto, se ha elaborado el concepto de la *ausserordentliche Kündigung*-desistimiento extraordinario-, que en general-salvando las matizaciones hechas en su lugar-, es el que tiene como fundamento la sobrevenida de un hecho que recibe la denominación de «causa relevante» (*wichtiger Grund*), y que podríamos equiparar, al menos parcialmente, a la justa causa, tal como la definiremos más adelante. Suele afirmarse que esta facultad coincide con la resolución (*Rücktritt*) del contrato, por lo que se refiere al presupuesto de su nacimiento: ambas figuras han de basarse en circunstancias que hagan imposible la continuación del vínculo contractual; si bien en la resolución éstas son más restringidas que en el desistimiento, ya que la primera debe fundamentarse en la imposibilidad o retraso imputables a la otra parte, y el segundo, en una causa justa, concepto que, como veremos, es bastante más amplio que el anterior (Klein 1997:38-39).

El desistimiento por justa causa, nace de la ley o por convenio de las partes a través de una cláusula de receso que contenga en forma clara y expresa que una de las partes o ambas ejercerán el derecho potestativo del receso o desistimiento, sin que este pacto irroque en la relación un desequilibrio contractual colisionando con la igualdad de partes. Sin embargo, también puede darse el caso que una o ambas partes del contrato por decisión unilateral terminan y extinguen la relación contractual sin expresión de justa causa o *ad nutum*, antes de la fecha de terminación del contrato; lo que implica el pago de multa penitencial que comprenda determinada cantidad de dinero a título de indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte contra quien se ejerce el receso o desistimiento, monto que debe cubrir lo que hubiera ganado ésta si el contrato se mantuviera vigente y en ejecución hasta el momento que opera el desistimiento ya sea por justa causa o *ad nutum*.

Este derecho al receso o desistimiento es la excepción a la regla del principio de fuerza vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*), entre las partes. Dicha potestad tiene su fuente de inspiración en el *Código Civile Italiano de 1942*, y en el *Bürgerliches Gesetzbuch BGB de 1896*, en ambas regulaciones civiles se regula el derecho potestativo al receso o desistimiento *ad nutum* o por justa causa.

En nuestra legislación, ejemplo del derecho potestativo al receso o desistimiento por justa causa, es el contrato de Locación de Servicios, en el cual se concede al locador el poder de terminación y extinción del contrato por justo motivo lo que equivale en doctrina a la “justa causa”.

“Artículo 1769.- El locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente. Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados” (Código Civil del Perú).

Y el contrato de Obra, que constituye una categoría de desistimiento extraordinario *ad nutum*, que no requiere de “justa causa” para terminar y extinguir el contrato, se denomina o conoce en doctrina como receso o desistimiento extraordinario porque la relación jurídica va ser terminada o extinguida antes de la fecha pactada para su finalización; a diferencia del Contrato de Locación de Servicios; que constituye una categoría del receso o desistimiento por “justa causa” con el requisito de no causar perjuicios al comitente.

“Artículo 1786.- El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida” (Código Civil del Perú).

Esta figura del receso o desistimiento en sus diversas categorías no es uniforme en su regulación y aplicación, tal como lo hemos demostrado al analizar el contrato de Locación de Servicios y el contrato de Obra, en el cual, para el primer caso se requiere de “justa causa”

y para el segundo caso no se requiere de “justa causa”, entendemos que el legislador peruano ha recibido como fuente de inspiración la regulación del *Código Civile Italiano de 1942* como la del *Código Civil Alemán de 1896*; con algunas peculiaridades de esencia eminentemente peruana.

Con relación a la diferencia entre la resolución y el receso o desistimiento; nos remitimos a lo señalado por Michel Klein, quien considera una figura más amplia al receso o desistimiento frente a la resolución que es más restringida. El Código Civil del Perú, dispone a tenor del artículo 1371 que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. A diferencia del receso o desistimiento contractual que en cualquiera de sus categorías llámese ordinario, extraordinario, *ad nutm*, o con justa causa; los supuestos de su aplicación no se reducen únicamente al incumplimiento por una de las partes contractuales que deja sin efecto la relación jurídica hacia el futuro (*ex tunc*) sin embargo, se retrotrae al nacimiento del contrato para dejar sin efecto todas las prestaciones realizadas salvo que se afecte el derecho de terceros que hayan intervenido de buena fe; por el contrario, en el receso o desistimiento contractual, sus efectos operan hacia el futuro (*ex nunc*) y todas las prestaciones ya realizadas hasta ese momento se mantienen eficaces e incólumes entre las partes; pero el ámbito de acción para la aplicación de este remedio contractual es más amplio que la resolución, abarca otro tipo de hechos como una causa sobreviniente que pone en riesgo a la parte que no puede mantener la vigencia del contrato y que constituye “justa causa”, se puede usar en contratos nominados cuya potestad de beneficio de este derecho es otorgada por el legislador sin expresión de causa alguna, así como en los contratos innominados cuando las partes han decidido introducir la cláusula de receso con justa causa o sin ella.

Lo expuesto evidencia que los institutos contractuales que permiten terminar y extinguir el contrato antes de la fecha de su vencimiento, son la resolución por incumplimiento y el receso o desistimiento contractual; sin embargo estas figuras no son las únicas, el contrato puede terminarse anticipadamente por el cumplimiento de un hecho u obligación condicional, éste elemento accidental del contrato presenta diversas categorías como la suspensiva, resolutoria, potestativa y mixta; que son válidas según nuestro ordenamiento jurídico para tal propósito, con excepción de la *condición meramente potestativa*, la cual es sancionada por los ordenamientos civiles modernos de Alemania, Italia, Francia y España; con la nulidad. Sin perjuicio como se verá más adelante de la aplicación del principio de conservación del contrato; en respuesta al criterio brindado por el legislador que acude en auxilio en favor de la eficacia del contrato; repotenciándose su utilidad entre las partes que lo celebraron, porque el negocio jurídico cumple con los elementos base del contrato; y, sobre todo se mantiene el objeto-causa motivo principal del contrato.

La condición como elemento accidental del contrato constituye el acontecimiento a producirse en el futuro, suceso incierto; que va constituir fuente para el nacimiento o extinción de un derecho u obligación. La condición es introducida y debatida por las partes, por lo que su redacción debe ser expresa, clara y precisa.

La categoría de la *condición meramente potestativa*, depende de la mera voluntad de una de las partes de la relación jurídica contractual; de la voluntad exclusiva del acreedor o del deudor, que no requiere apoyo de otro hecho concurrente. Se estilaban el uso de las frases: “En caso de”, “Si yo quiero”, “cuando”, “en caso de”; “siempre que”; “bajo condición” entre otros.

Lo que identifica el reconocimiento de la cláusula condicional meramente potestativa es que un derecho o deber esté subordinado y dependa de la exclusiva y mera voluntad de una de



las partes del contrato; que en concreto no contiene un hecho o derecho incierto a producirse en el futuro; sino que es una condición exprosamente creada y formalizada en una cláusula condicional por la parte a quien se encuentra a cargo.

Para el análisis en derecho comparado de la *condición meramente potestativa* debemos remitirnos a la codificación italiana que ha sido la fuente de inspiración directa del legislador peruano para su regulación e incorporación en nuestra norma sustantiva. En el Código Civil del Perú, expresamente no se encuentra el término *condición meramente potestativa*, figurando solamente: “condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”.

Invalidación del acto por condiciones impropias

“Artículo 171.- La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas” (Código Civil del Perú).

Nulidad del acto jurídico sujeto a voluntad del deudor

“Artículo 172.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (Código Civil del Perú).

El *Código Civile Italiano de 1942*, regula el contrato sometido a una condición en sus diversas categorías, utilizando los términos: contrato condicional, condición suspensiva, resolutoria, ilícita o imposible y condición meramente potestativa

Condiciones ilícitas o imposibles

“Artículo 1354.- Es nulo el contrato al que se impone una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a normas imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres. La condición imposible vuelve nulo el contrato si es suspensiva; si es resolutoria se tiene por no puesta” (Código Civile Italiano de 1942).

Condición meramente potestativa

“Artículo 1355.- Es nula la enajenación de un derecho o la asunción de un deber que estén subordinadas a una condición suspensiva que las haga depender de la mera voluntad del enajenante o del deudor respectivamente” (Código Civile Italiano de 1942).

De los efectos del contrato

“Artículo 1372. 1<sup>er</sup>. Párrafo. Eficacia del Contrato.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto, sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley” (Código Civile Italiano de 1942).

Integración del contrato

“Artículo 1374.- El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto se ha expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de ésta, según los usos y la equidad” (Código Civile Italiano de 1942).

Ejecución de buena fe

“Artículo 1375.- El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe” (Código Civile Italiano de 1942).

De la regulación en el *Código Civile Italiano de 1942*, se advierte que su ordenamiento concede a la condición validez como elemento accidental del contrato para suspender y resolver el contrato al concretarse en el futuro el hecho condicional, obligación o deber que no contravenga normas imperativas, orden público y buenas costumbres. Dicha condición debe

ser jurídicamente posible, ya que si se torna imposible es sancionada con nulidad si es suspensiva y en caso se trate de condición resolutoria se tiene por no puesta.

En el *Código Civil Italiano de 1942*, el artículo 1355 señala que es nula la enajenación de un derecho o asumir un deber que esté subordinado a una condición suspensiva, que depende de la exclusiva y mera voluntad del enajenante o deudor. Nótese que la regulación italiana no introduce en el articulado “De la condición en el contrato” el término “condición resolutoria meramente potestativa”; solo hace alusión a la condición suspensiva, sin tampoco señalar su característica de meramente potestativa. Estos supuestos también se repiten en nuestra normativa sustantiva civil peruana, que no regula expresamente a la condición resolutoria meramente potestativa.

Esta problemática se repite en la mayoría de regulaciones civiles modernas, dando lugar a posiciones doctrinarias de algunos juristas que conceden a la condición potestativa e incluso la meramente potestativa el rango contractual del receso o desistimiento contractual por causal sobreviniente sujeta a condición; siempre y cuando haya sido previamente pactada por las partes.

Posición que no compartimos, ya que la condición meramente potestativa como categoría condicional del contrato se gesta y concreta en el arbitrio exclusivo eminentemente subjetivo de una de las partes, que colisiona con el principio y regla de la buena fe objetiva contractual que constituyen lineamientos de conducta lícita, ética y moral de acuerdo a las buenas costumbres, por ende se impide que el ordenamiento jurídico valide la condición meramente potestativa inserta dentro de una cláusula contractual.

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes en Italia, su eficacia está garantizada, y son integrados no solo de acuerdo a lo expresado en el contrato, sino a sus consecuencias derivadas según los usos y la equidad; debiéndose ejecutar con arreglo a la buena fe.

El Código Civil Alemán - Bürgerliches Gesetzbuch - BGB de 1896, regula la condición suspensiva y resolutoria en el §158, así como en el §162 regula el impedimento o provocación del cumplimiento de la condición.

“§ 158 Condición suspensiva y resolutoria

(1) Si un negocio jurídico se celebra bajo una condición suspensiva, la eficacia que depende de la condición tiene lugar cuando la condición se cumple.

(2) Si un negocio jurídico se celebra bajo una condición resolutoria, la eficacia del negocio jurídico finaliza con el cumplimiento de la condición; en ese momento queda restablecida la situación jurídica anterior” (Código Civil Alemán de 1896).

“§ 162 Impedimento o provocación del cumplimiento de la condición

(1) Si la parte a quien perjudica el cumplimiento de la condición impide de forma contraria a la buena fe su cumplimiento, se tiene por cumplida la condición.

(2) Si la parte a quien beneficia el cumplimiento de la condición lo provoca de forma contraria a la buena fe, el cumplimiento se tiene por no cumplido” (Código Civil Alemán de 1896).

El Derecho alemán solo alude a la condición suspensiva y a la resolutoria, no regula la condición meramente potestativa, sin embargo consideramos que tácita o implícitamente se encuentra regulada en el apartado 2 del § 162 del Bürgerliches Gesetzbuch - BGB de 1896; que señala si la parte a quien beneficia el cumplimiento de la condición lo provoca de forma contraria a la buena fe, el cumplimiento se tiene por no cumplido; enunciado que reconoce

suma importancia al principio de la buena fe objetiva en la regulación de los contratos. El legislador alemán sanciona con ineficacia al ejercicio con mala fe teniéndose por no cumplida la condición.

Lo rescatable de la regulación del Bürgerliches Gesetzbuch - BGB de 1896, que podemos aplicar doctrinariamente en nuestro país así como en los Tribunales del justica, arbitral y a través de mecanismos de autorregulación directa en casos de controversia a propósito de la interpretación de cláusulas patológicas que contienen como presupuesto de cláusulas de receso o desistimiento contractual enunciados que corresponden en estricto a condición meramente potestativa, se tendrá la gama de soluciones brindadas por el derecho italiano como el derecho alemán, las que en conjunto apuestan por garantizar la actuación de las partes contractuales de acuerdo con el principio del buena fe, de la fuerza vinculante de los contratos y por ende la conservación del contrato.

El Código Español, a mi entender ha diseñado una mejor técnica legislativa respecto al tratamiento de la condición resolutoria.

“Artículo 1111.- Cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula” (Código Civil Español).

“Artículo 1113.- Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución” (Código Civil Español).

“Artículo 1115.- Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código” (Código Civil Español).

“Artículo 1237.- Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público” (Código Civil Español).

“Artículo 1256.- La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (Código Civil Español).

La legislación española es muy clara en sancionar con nulidad las obligaciones que dependan exclusivamente de la voluntad del deudor, igualmente sanciona con nulidad el cumplimiento de obligación condicional a cargo exclusivo de la voluntad del deudor. Las partes no pueden pactar contra la ley, la moral y el orden público; y los contratos no son dejados al arbitrio de uno de los contratantes.

Al artículo 1256 del Código Civil español abarca todas las categorías de obligaciones y de condiciones, comprendiéndose a la condición suspensiva, resolutoria, puras, mixtas, potestativas y meramente potestativas; toda vez que el cumplimiento del contrato puede estar supeditado al cumplimiento de la obligación o cumplimiento de la condición en cualquiera de sus categorías; las que gozan de valor con excepción a la condición meramente potestativa que obedece y está supeditada al arbitrio de una de las partes que inserto en el contrato la cláusula condicional.

El Code France, al respecto señala:

“Artículo 1174.- Cualquier obligación será nula cuando hubiese sido contraída bajo una condición potestativa por parte del obligado” (Code Civil France).

Las modalidades son los elementos accidentales de una obligación que alteran o modifican sus efectos propios o normales, sea en cuanto a su nacimiento, ejercicio o extinción. Están contenidas en cláusulas o estipulaciones que las partes o una de ellas introducen al negocio jurídico – contrato - para la modificación de sus efectos respecto a su existencia, exigibilidad como a su terminación anticipada o extinción.

Así, la terminación del contrato por decisión unilateral de una de las partes, constituye una excepción a la regla; estamos casi siempre acostumbrados a la fuerza vinculante del contrato (*pacta sunt servanda*); se hace difícil comprender que una de las partes de la relación jurídica contractual pueda en forma privada, directa, extrajudicialmente terminar y extinguir el vínculo nacido del contrato válido recíproco y sinalagmático antes de la fecha de su vencimiento. Evidentemente esta situación y coyuntura actual en la interpretación de los contratos constituye un enfrentamiento de dos principios contractuales la fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*) y el principio de la libertad o autonomía privada, por la que se pone en práctica y vigor mecanismos directos privados de autorregulación que permiten la cesación de la relación jurídica como la máxima expresión de la autonomía privada a través del uso del instituto contractual del receso o desistimiento ya sea por justa causa o sin ella; cuya fuente se origina en la ley o en el contrato.

En nuestro país no existe una regulación expresa y amplia sobre el receso o desistimiento contractual, en sus diversas modalidades; sin embargo, podemos encontrarla en el artículo 1365 y en algunos contratos nominados como el de Locación de Servicio y de Obra entre otros. Este derecho potestativo es concedido a cualquiera de las partes en los contratos de duración indefinida, allí no se requiere de la justa causa, pero sí del preaviso.

Para el ejercicio de este mecanismo de derecho privado de autorregulación directo, se debe actuar con buena fe a fin de evitar el abuso del derecho y la desigualdad entre las partes; porque se trata de la cesación de relaciones jurídicas nacidas del contrato, donde una de las partes ha perdido la confianza, principal fundamento del negocio jurídico por el transcurso del tiempo u otros móviles viéndose dañada la relación; en tal sentido en los contratos de larga duración o indefinidos, la parte que ya no mantiene confianza frente a la otra, o por otros móviles está facultada para comunicar mediante el preaviso la terminación, desvinculación y extinción definitiva del contrato.

El receso o desistimiento contractual es ejercido por una de las partes porque es un derecho unilateral, este debe ejecutarse con buena fe, lealtad, razonabilidad, coherencia, solidaridad, igualdad evitando el abuso. El accionar con buena fe por la parte que va desistir del contrato, es un aspecto fundamental que se va tener en cuenta al momento de realizar un control de legalidad del accionar del recedente, toda vez que no puede ser ejercido este derecho potestativo con abuso del derecho, pretendiendo un enriquecimiento sin causa o utilizando cláusulas que contienen una condición meramente potestativa; cuya interpretación es tenerla por no puesta.

La condición en algunos contratos es elemento accidental, por acuerdo y voluntad de los sujetos, puede ser insertada como cláusula especial o accidental en el contrato, lo que evidentemente le brinda una connotación particular, estando a los efectos que pueda producir la “condición” en el acto jurídico celebrado entre las partes, ya sea ampliar las condiciones contractuales inicialmente pactadas, modificarlas o extinguir anticipadamente el negocio jurídico.

Existen las condiciones: *suspensiva* y *resolutoria*; cuyos efectos eventualmente pueden desencadenar cambios radicales en la relación funcional obligacional nacida del contrato.

La condición es suspensiva cuando hace depender la eficacia del contrato del hecho de que se verifique un evento. Antes de verificarse la condición suspensiva el contrato no produce sus efectos, es decir que es ineficaz, de tal modo que las partes no se ven comprometidas a realizar el programa contractual. La ineficacia del contrato, por lo demás, es provisional, pues ella excluye el compromiso derivado del contrato pero no su vinculatoriedad, y así las partes quedan sujetas a la relación contractual y pueden liberarse solamente en los modos ordinarios de disolución del contrato. Mientras la condición se verifica, las partes no tienen el derecho de ejecución del contrato y los derechos que de él se derivan no se pueden ejercitar, y en consecuencia tales derechos no están sometidos a los términos de prescripción. El adquirente bajo condición suspensiva tiene, de todas formas, una expectativa jurídica tutelada. La condición resolutoria, por el contrario no suspende los efectos del contrato, este es eficaz provisionalmente y hace efectivo también el compromiso de las partes, todo mientras no se verifique la condición que haga perder eficacia al contrato. El carácter suspensivo o resolutorio de la condición debe resultar de la interpretación del contrato; a este propósito no existen presunciones, sino que es necesario tener presente que en el lenguaje común la expresión “con la condición” designa una reserva suspensiva a la que se subordina la proposición principal (Bianca 2007:563).

Según Bianca, la condición es suspensiva cuando hace depender la eficacia del contrato al verificarse el evento, mientras éste no se produzca el contrato no surte ni produce efectos; es un contrato ineficaz, no existen prestaciones entre las partes; si bien se puede concebir provisionalidad, no existen vínculos contractuales estrictamente. Contrario a la condición resolutoria, la que no suspende los efectos del contrato, es eficaz provisionalmente y hace efectivo también el compromiso de las partes, pero al verificarse la condición resolutoria se pierde la eficacia al contrato. Por ello se afirma que, el carácter suspensivo o resolutorio de la condición debe resultar de la interpretación del contrato; a este propósito no existen presunciones, sino que es necesario tener presente que en el lenguaje común la expresión “con la condición” designa una reserva suspensiva a la que se subordina la proposición principal (2007:563).

La condición potestativa, es la que se establece como elemento accidental en el negocio jurídico en favor de uno de los sujetos, siendo un hecho voluntario de la parte que tiene a cargo el cumplimiento o incumplimiento de la condición.

La condición se dice potestativa cuando el evento establecido como condición consiste en el hecho voluntario de una de las partes. La previsión del hecho voluntario de una parte como objeto de la condición significa que, respecto del contrato, la parte es jurídicamente libre de realizarlo o no realizarlo. La condición potestativa sirve para tutelar el interés preeminente de una parte en decidir sobre una acción propia y en subordinar a tal decisión la suerte del contrato. La condición potestativa no contrasta con la obligación, a la que se ve sujeto el contratante mientras está pendiente la condición, de no impedir que ella se verifique, pues ya desde la previsión del contrato la libertad de escoger de la parte con miras a la realización o no del hecho expresa un interés preeminente respecto del interés de la contraparte. Es necesario, además, poner de presente que la condición potestativa *tutela el interés de la parte en decidir sobre una acción propia* y no el interés en decidir con miras al contrato. Si la parte puede decidir directamente con miras al contrato se debe hablar de condición meramente potestativa; la diferencia entre condición potestativa y condición meramente potestativa se ve, a menudo, en la indiferencia o no para el sujeto de realizar u omitir el acto, o en la seriedad de los motivos que pueden justificar la escogencia de la parte entre la verificación o la no verificación de la condición. Se trata, por lo demás, de criterios que no

explican el porqué de la diferenciación, de tal forma que un mayor crédito se le puede dar a la idea según la cual debería prestarse atención a la presencia de un interés merecedor de la tutela jurídica en cabeza de la parte de la que depende la verificación de la condición (Bianca 2007:569-570).

Para Bianca, en la condición potestativa, resulta necesaria la existencia de un control sobre las razones de la condición que se revela arbitrariamente reductivo respecto de la esfera de autonomía del sujeto y extraño a la previsión legislativa, la cual indica claramente que la noción de *condición meramente potestativa* es aquella en la que la comprobación de la condición está a cargo de simple voluntad de la parte. Si tal verificación no depende de la manifestación de la voluntad sino de una acción, estaremos por fuera de la hipótesis normativa, y la justificación de la diferenciación la da justamente el hecho de que aquí la parte se reserva una libertad de escogencia con miras a su acción que prevalece respecto al interés de la contraparte (2007:570).

La condición meramente potestativa pactada en un contrato en la categoría resolutoria genera la resolución del negocio jurídico por la simple y mera manifestación de voluntad de la parte cuya condición está a su cargo; atribuyéndosele un poder directo sobre la eficacia o ineficacia del contrato. Es decir, la suerte y futuro de la funcionalidad del contrato no depende de hechos u obligaciones futuras que se lleguen a concretar a fin que se cumpla la cláusula condicional; sino depende de la exclusiva voluntad de una de las partes, quien expresando su simple voluntad y mero albedrío discrecional continuará con la vigencia del contrato, o también si lo desea sin tener que probar el cumplimiento de hecho u obligación alguna dará por terminada y resuelta la relación funcional nacida del contrato.

Con base a la interpretación del contrato es necesario verificar si este se celebró y si la parte, mediante la condición, se reservó un derecho de opción o si, por el contrario, la condición certifica simplemente que la parte no tiene la intención de asumir un compromiso contractual serio. Por ello la condición suspensiva se diferencia de la condición resolutoria en presupuestos y efectos. Pondremos énfasis en la *condición meramente potestativa* que es la que se referencia y vincula con el Contrato Chinchero; debiendo señalar que el ordenamiento civil peruano sanciona con nulidad introducir cláusulas en el negocio jurídico que contengan *condiciones meramente potestativas*, porque están subordinadas a la voluntad y mera decisión de una de las partes, lo que colisiona con los principios de buena fe objetiva, fuerza vinculatoria del contrato (*pacta sunt servanda*) y seguridad jurídica entre otros. El ordenamiento jurídico nacional así como la doctrina mundial no acepta cláusulas que contengan una *condición meramente potestativa*, porque en estricto su contenido reviste falacia y formalidad; la obligación futura, el hecho futuro es imposible comprobar, están diseñadas y confeccionadas con frases que no necesitan de acción u omisión futura; no existe objetivamente un esfuerzo o sacrificio por la parte que tiene a cargo dicha condición, o en todo caso si los realiza o deja de hacerlo es indiferente para los fines de la condición meramente potestativa porque de dichas conductas no depende su ejercicio, éste únicamente depende de la voluntad, ánimo, criterio discrecional y mero arbitrio para decidir si ejecuta la cláusula o no; es típico el uso de las frases: “si quiero” o “si me pareciera”, “si me asomase a la ventana”, las que no son consideradas válidas por el ordenamiento civil; así el código civil italiano sanciona la *condición meramente potestativa*; con la nulidad, y sin perjuicio de otros factores rescata el contenido del contrato con la aplicación del principio de conservación del contrato, a fin de repotenciar y dotarlo de utilidad; y señalan también que en caso de duda sobre el contenido de alguna cláusula dudosa o vejatoria debe ser interpretada en el sentido de tener algún efecto a no tenerlo; conforme a la disposición contenida en el artículo 1367 del *Código Civile Italiano de 1942*.

La condición suspensiva meramente potestativa, hace nulo el contrato, y consiste en el simple arbitrio de una de las partes como por ejemplo: te vendo mi casa a condición de que decida venderla. Es evidente la nulidad del contrato por contener cláusulas: “quiero si querré”, “por ahora no quiero”.

Es nulo, por el contrario, el contrato sujeto a condición suspensiva meramente potestativa, es decir, la que consiste en el simple arbitrio de una de las partes (art. 1355): te vendo mi casa a condición de que decida venderla. La razón de la nulidad del contrato es aquí evidente: declarar “quiero si querré” equivale a declarar “por ahora no quiero”; falta, pues, la voluntad actual de adquirir un derecho o de asumir una obligación. La otra parte, si un contrato como este fuese válido quedaría a merced del arbitrio de su contratante (lo cual puede suceder también, pero en forma de oferta irrevocable o de pacto de opción). En cambio, cuando se trata de condición (no meramente) potestativa, hay una voluntad actual, aunque condicionada, de adquirir el derecho o de asumir la obligación: sé que, si me dedico al comercio, aquel contrato de arrendamiento adquirirá eficacia y que no cumpliré si, en lugar de ejecutar el contrato ya perfecto, tomo en arrendamiento otro negocio. Así, el evento establecido como condición mixta puede ser la conclusión de un contrato posterior, como en el caso del préstamo hipotecario subordinado a la condición de que el prestatario asegure el bien hipotecado por el riesgo de incendio, derrumbamiento, etc.; o como en el caso de la venta o del *leasing* de automóviles acompañado de pólizas de seguro en interés del vendedor oferente o en interés del comprador o concesionario o bien de ambos. Es nula, en virtud del art. 1.355 la condición suspensiva meramente potestativa, pero no la resolutoria, que la jurisprudencia ha tenido ocasión de juzgar válida; pero realmente no se trata sino de la previsión contractual de una amplia facultad de desistimiento, posible también cuando la contraparte haya iniciado la ejecución del contrato, derogando el artículo 1.373-1, que nada hace suponer que sea norma inderogable (Galgano 1992: 158-159).

De acuerdo a Galgano, es imposible la condición que consiste en un evento irrealizable o irrealizable en absoluto (si los marcianos aterrizan sobre la tierra) o no realizable en concreto (cuando se establece como condición un evento que no podrá llegar a verificarse, como el retorno de una nave que se sabe naufragada y semejantes). En tal caso, a diferencia de condición ilícita, se debe distinguir: la condición imposible suspensiva hace nulo el contrato: la condición imposible resolutoria se considera como no puesta (art. 1.354-2). En la primera hipótesis, estamos en presencia de un contrato destinado a no tener nunca eficacia y, por ello, nulo; en la segunda hipótesis, por el contrario, el contrato está destinado a no perder nunca la eficacia y, por ello, se considera como no sujeto a condición (1992: 159).

Al respecto, nos queda señalar que de acuerdo a las características que debe tener cualquier tipo de condición, ésta debe ser lícita y posible; no afectar los conceptos de orden público y buenas costumbres; y, si la cláusula que contiene la condición no responde a características de licitud y posibilidad; se convierte en nula; sin embargo, la doctrina establece la no sanción de nulidad al contrato íntegramente; sino únicamente a la cláusula condicional.

En doctrina nacional se señala que existen diversos tipos de condiciones, y que en nuestra legislación contractual no se ha definido claramente lo que se entiende por condición.

El vocablo *condición* se utiliza en el lenguaje jurídico con muy variados sentidos, como demuestra Larenz. A veces se habla de condiciones como el conjunto de disposiciones de un negocio; en otras ocasiones llamándose condiciones a ciertos requisitos; hay también quien usa la palabra *condición* como sinónimo de una situación ante algo o derecho que se ostenta (tiene, se dice, condición de accionista), etc. El Código, sin embargo, no define lo que entiende, por condición, aunque de las normas, que la regulan sin duda se desprende que no se trata de ninguna de las acepciones enumeradas. Tradicionalmente se ha enseñado como condición la determinación accesoria de la voluntad que hace supeditar el nacimiento o extinción de los efectos de un negocio a un cierto acontecimiento futuro e incierto. Tal

definición, empero, no puede sernos del todo satisfactoria según las normas legales que gobiernan la figura. En lo que atañe a la accesoriedad, ya hemos puntualizado que no es rigurosamente acertado admitirla como única característica, pues como dice Enneccerus “la declaración de voluntad condicionada es un todo inseparable, que no puede descomponerse en una determinación principal y una determinación accesoría”. De todos modos, distinguir si efectivamente las condiciones son autolimitaciones de voluntad o determinaciones no esenciales es, como apunta De Barros, una sutileza doctrinaria sin alcances prácticos (Lohmann 1986:219).

El autor interpreta los tipos de condiciones existentes en relación al negocio jurídico; sobre la pendencia y los efectos típicos, voluntarios, o de resolución; es decir que mientras no se cumpla la pendencia de la condición, no surtirá efecto la condición. Sobre la condición potestativa se afirma que ésta depende de la arbitrariedad de una de las partes de la relación, a quien no le hace y cuesta esfuerzo alguno su ejecución; y lo hace si lo quiere y si no lo quiere no lo hace.

Son condiciones potestativas aquellas que dependen arbitrariamente de la voluntad de uno de los polos de la relación que crea el negocio, o que no les cuesten sacrificio alguno. En realidad no hay condiciones potestativas puras, pues como señala Valverde, la voluntad humana puede verse influida en la práctica por una serie de elementos externos que la limitan. Ahora bien, siguiendo en el campo de las condiciones potestativas, la doctrina reconoce matices de intensidad que el artículo 172 recoge velada, pero no por ello insuficientemente. En efecto, de la lectura del artículo notamos que alude a condiciones suspensivas cuya realización dependa “de la exclusiva voluntad”. Es decir, según el significado del Diccionario, solamente, simplemente, sin mezcla de otra cosa, de la voluntad del enajenante o deudor; que no quede al libre arbitrio y decisión exclusiva de su voluntad, pues eso sería lo mismo que condicionar los efectos del negocio a una nueva declaración de voluntad o en un hecho que le es indiferente realizar u omitir, o sea que no le cuesta sacrificio alguno. Puede ocurrir, no obstante, que la voluntad venga vinculada a otras circunstancias, no estrictamente casuales. Entre ambos supuestos de condiciones potestativas existe una infinidad de variantes y grados, de modo tal que serán las circunstancias de cada supuesto o caso las que hagan concluir al juzgador si el cumplimiento del evento está o no subordinado de modo absoluto y exclusivo de la voluntad del obligado (Lohmann 1986:235).

Nuestra norma sustantiva, regula la condición suspensiva en el artículo 172: “Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (Código Civil del Perú). Al respecto, según Lohmann, el legislador ha concebido este artículo sólo teniendo en mente la condición suspensiva. En tal sentido, debemos sujetarnos a la redacción impuesta, que no ha realizado el tratamiento respecto a la condición potestativa y meramente potestativa; cuando su realización o no realización tiene efectos resolutorios (1986:235 -236). Esta decisión legal no es compartida de modo unánime, y concretamente el artículo 1115 del Código Civil español y 1174 del francés, sí han abordado a la condición potestativa resolutoria; estimando que ya no se trata propiamente de una condición, sino de un pacto de retiro o de resolución como en el caso de la retroventa.

Habiendo analizado la categoría de la condición y dentro de ella a la condición meramente potestativa, así como las connotaciones actuales del ejercicio del derecho potestativo del receso o desistimiento contractual, vamos a involucrar estos conceptos y su aplicación en la cláusula patológica del Contrato Chinchero.

El Contrato Chinchero, en su cláusula décima quinta, sobre la caducidad de la Concesión; señala que el contrato podrá declararse terminado, (...) por el numeral 15.5. *Término por Decisión Unilateral del Concedente:*



“15.5.1. Por **razones de interés público debidamente fundadas**, el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos” (Contrato Chinchero).

Hemos señalado que el Contrato Chinchero es un contrato de Concesión en la modalidad de Asociación Público Privada (APP), de prestaciones recíprocas, tracto sucesivo y ejecución continuada; de naturaleza unitaria; válidamente celebrado entre el Estado y una empresa particular, al que consideramos deben ser aplicadas las normas que corresponden a un “contrato tradicional”, en base a lo previsto en su cláusula décimo sexta del Contrato Chinchero, respecto a controversias y ley aplicable que textualmente lo establece en los numerales 16.1 y 16.6.21 (b).

16.1. Leyes aplicables. El contrato se registrará e interpretará de acuerdo a las Leyes Aplicables. Por tanto el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se registrarán por dicha legislación, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer”

16.6.21 (b). (...) El Tribunal Arbitral puede suplir, a su discreción, cualquier diferencia o laguna existente en la legislación o en el Contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho y los Convenios, Convenciones y/o Tratados de los que la República del Perú, sea signatario (Contrato Chinchero).

Es necesario señalar que la causa-objeto del Contrato Chinchero fue la existencia de una necesidad de “interés público” construir y operar un Aeropuerto en el Cusco, el Estado analizó la causa de interés público en una coyuntura que venía de larga data, decidiendo por solucionar el déficit de Infraestructura y Servicios Aeroportuarios a través de una Concesión por Asociación Pública Privada (APP); toda vez que el Estado no podía hacer frente a un proyecto de gran envergadura, que no solo consistía en Obra sino también en el servicio y mantenimiento, por lo que su explotación por cuarenta años debía ser adjudicada a un tercero que cumpla los requerimientos establecidos en el proceso de adjudicación; ganando finalmente la empresa Kuntur Wasi.

### **3.6. Sobre el interés público**

Resulta importante tratar el tema del interés público, ya que debemos equiparar el concepto e importancia del mismo con las razones o causas que justificaron la resolución unilateral por decisión del Concedente para resolver unilateralmente el Contrato Chinchero.

El interés público es uno de los principios relevantes de la Administración Pública, la piedra angular para la toma de sus decisiones.

El interés público de tal modo, es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el derecho administrativo es el derecho de la administración pública, para reemplazarla por la más exacta y general, a nuestro juicio, de que el derecho administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de la actividad administrativa (Escola 1989:236).

En el caso del Contrato Chinchero, el interés público que fue la causa principal para celebrar el Contrato de Concesión; fue el mejoramiento, respecto a la calidad de servicios, incremento de Infraestructura Aeroportuaria en el Perú, a fin de mejorar el desarrollo del comercio exterior, turismo e integración nacional e internacional. Siendo el objeto del contrato diseñar, financiar, construir, operar y mantener el Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco.

Como podemos apreciar Contrato Chinchero ha sido celebrado de una parte por la Administración Pública representada por el Estado; y, de otra parte por una empresa particular, contrato de concesión eficaz por reunir los requisitos y formalidades establecidas para este tipo de contratos. El que es denominado por parte de la doctrina nacional como contrato administrativo; porque el Estado representa a la Administración Pública; y es una de las partes de la relación contractual; sin embargo en la ejecución del citado contrato se aplican las instituciones jurídicas que regulan el contrato de acuerdo a las normas contenidas en nuestro ordenamiento civil.

Siendo el Estado el ente que goza del *ius imperium*, tiene permitido la producción de actos jurídicos administrativos, reglamentos, y modificaciones contractuales; sin embargo, deben ser emitidos respetando el principio de legalidad que rige la Administración Pública a fin que se logren y satisfagan primordialmente las necesidades del interés público.

En dicha orientación, al celebrarse el Contrato Chinchero debía existir como hasta la actualidad existe inminente necesidad de *interés público* traducido en el mejoramiento de calidad de servicios e incremento de la Infraestructura Aeroportuaria en el Perú, con el propósito del desarrollo del comercio exterior, turismo nacional como internacional; para lo cual existía la necesidad de diseñar, financiar, construir, operar y concesionar el mantenimiento y explotación del Aeropuerto Internacional de Chinchero.

Configurándose el principio de legalidad, ya que el móvil, causa y finalidad del Contrato Chinchero, estuvo enmarcado al logro del interés público, objeto del contrato. En tal sentido existió la debida motivación que se requería para que el Contrato de Concesión estuviera enmarcado dentro de los fines de interés público, que el objeto del contrato exigía.

Sin embargo, nuestra posición sobre el tratamiento del Contrato Chinchero corresponde a un contrato tradicional innominado, siendo la Concesión en la modalidad de Asociación Público Privada (APP), un contrato principal atípico con prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada; de naturaleza unitaria que responde a una causa única, sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide su objeto; conforme a lo previsto en la cláusula segunda del citado contrato.

Posición confirmada por la cláusula décimo sexta del Contrato Chinchero, sobre solución de controversias, respecto a la ley aplicable que textualmente en los numerales 16.1 y 16.6.21 (b). señala:

16.1. Leyes aplicables. El contrato se registrará e interpretará de acuerdo a las Leyes Aplicables. Por tanto el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se registrarán por dicha legislación, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer  
16.6.21 (b). (...) El Tribunal Arbitral puede suplir, a su discreción, cualquier diferencia o laguna existente en la legislación o en el Contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho y los Convenios, Convenciones y/o Tratados de los que la República del Perú, sea signatario (Contrato Chinchero).

Respecto a finalidades del interés público, propias de la Administración Pública, a fin de para cumplir los roles del Estado; respecto de las necesidades de la población y su calidad de vida.

La idea del interés público y de su inefable influencia, ya se puso de resalto cuando, a redefinir el derecho administrativo, se hizo hincapié en que sus principios y normas, su dinámica regulatoria y ordenadora, tienen como objetivo que se logren y satisfagan las finalidades del interés público hacia las que debe tender toda la actividad administrativa, en su muy variado conjunto. Dijimos entonces que esta afirmación del sentido teleológico del derecho administrativo, que facilita su reformulación y la mejor comprensión de sus

excepcionales singularidades, da lugar a que se entienda que si este derecho realmente constriñe y limita, lo hace para posibilitar, a través de la existencia del interés público, nuestro propio interés particular, nuestras libertades y derechos, protegidos por ese mismo sistema jurídico, así establecido. La noción conceptual de la administración pública aparece, también, influida de manera decisiva por la idea de interés público, al punto que si esta se concibe como una de las funciones del Estado, que se lleva a cabo bajo ciertas características y condiciones, no es menos cierto que esa actividad tiene como fin inexcusable que se alcancen y satisfagan necesidades y exigencias de interés público, cuyo logro pretendido es el que justifica el actuar administrativo, lo hace procedente y lo legitima, según el derecho reglado (Escola 1989:235-236).

Para el autor el derecho administrativo actualmente está redefinido y se basa en el principio del interés público; el cual posibilita la existencia del propio interés particular. Así la noción de la administración pública actualmente también recibe la influencia del interés público; concebida como una de las funciones del Estado; que existe y funciona para cumplir las necesidades del interés público en favor de la comunidad.

Sobre el interés público como principio elemental de Administración Pública, es importante señalar que el Contrato Chinchero contenía una causa primordial de interés público, esa fue su razón de ser del contrato, objeto que no se ha llegado a concretar.

La presencia inexcusable del interés público obliga a que todo servicio público deba ser prestado de una manera que efectivamente llene las necesidades que se tienen que alcanzar, y a que la administración pública deba contar y poder ejercer todos los medios, expresos o implícitos, necesarios para asegurar que se obtenga aquel resultado. La obligatoriedad, considerada como uno de los elementos característicos de todo servicio público, debe entenderse como el deber que pesa sobre quien tiene a su cargo la ejecución del mismo, de prestarlo en las condiciones establecidas, cada vez que le sea requerido por cualquier usuario. En virtud de esa obligatoriedad, quien lo cumple –ya sea la administración pública directamente, ya sea un concesionario- no puede elegir o discernir entre los posibles usuarios, a su arbitrio, ni rehusar en todo o en parte la ejecución del servicio de que se trate, salvo la existencia de cauces legales o no convencionales que lo justificaran. Es que si el servicio público no se brinda a quien lo necesita y se ha puesto en las condiciones requeridas para utilizarlo, se trasgrede la razón y el fundamento de interés público que dio lugar a su creación y organización. Es por ello que la negativa, la omisión o la reticencia en la prestación del servicio público constituye una falta gravísima, de la que serán responsables, en los servicios prestados directamente por la administración pública, los funcionarios y empleados públicos que hayan dado lugar a la misma, pudiendo llegarse, en el caso de servicios públicos concedidos a la caducidad o extinción de la concesión (Escola 1989:118-119).

Si para el autor interés público, es elemento constitutivo en la configuración de la noción conceptual de la administración pública; en tal sentido cuando se trata de contratos, el objeto y fin del contrato debe ser conseguir la satisfacción del interés público latente en determinado sector de la población o a nivel general. Y remitiéndonos al contrato materia de análisis, no existe motivación y acreditación alguna para que el Concedente resuelva por decisión exclusiva y unilateral el Contrato Chinchero, en base a interés público fundamentado, en aplicación de la cláusula 15.5 del citado Contrato.

Según Escola, la gran influencia del concepto de interés público es verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, es la base y fundamento real; permite que se supere la afirmación que sostiene ser el derecho administrativo el derecho de la administración pública (1989:236).

Entendemos que el interés público tiene muchos significados entre ellos el de necesidad pública, servicio público, utilidad pública; y todo lo que implica beneficio para una determinada comunidad o sector; por lo que, en efecto constituye el móvil principal de toda Administración; para lograr mayores beneficios y bienestar. En base a ello, estimamos que la construcción y funcionamiento del Aeropuerto Chinchero también constituía una obra de interés público. Sin embargo, utilizando la cuestionada cláusula que contenía una condición meramente potestativa se ha resuelto unilateralmente el Contrato Chinchero, lo que evidentemente colisiona con el interés público de un gran sector de la población al verse impedidos de aligerar los vuelos y todas las mejoras a nivel del turismo que iba a significar para el país; es por esta razón que no resulta coherente y apropiado que se haya utilizado justamente el concepto del interés público para la extinción de los efectos del citado contrato.

Así, también: “El interés público no es más que un querer mayoritario orientado a la obtención de valores pretendidos, esto es, una mayoría de intereses individuales coincidentes, que es interés porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria, y que es público porque se asigna a toda la comunidad, como resultado de esa mayoría coincidente” (Escola 1989:240). Estando a lo señalado, y contrastando el concepto del interés público con lo suscitado en el Contrato Chinchero; entendemos que fue válidamente celebrado por satisfacer una necesidad de interés público, que es la construcción y concesión del Aeropuerto Chinchero; el cual se frustró por decisión unilateral del Concedente, toda vez, que sin motivación alguna y apoyándose en frases formales sobre interés público inserta en una cláusula de receso o separación; resolvió unilateralmente el citado contrato.

Recordemos que el Contrato Chinchero se resolvió por decisión exclusiva y unilateral basada en interés público debidamente fundamentado, de acuerdo a su cláusula de receso o desistimiento contractual.

15.5.1. Por razones de interés público debidamente fundadas, el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos (Contrato Chinchero).

Se utiliza como argumento de resolución; la formalidad “razones de interés público debidamente fundadas”, sobre ella, debemos manifestar en *primer lugar* que el Concedente frustra la Concesión sobre razones de “interés público”; y luego de realizado el análisis del concepto interés público; no queda más que señalar que la Administración Pública ha resuelto unilateralmente el citado contrato colisionado con un principio fundamental que regula el accionar de legalidad del Estado, entendiendo que causa-objeto celebración del contrato fue la necesidad de atender un requerimiento de *interés público*; en tal sentido, no puede extinguirse el contrato sin motivación o justificación racional; ya que el interés público fue la causa de su celebración y desconocer este hecho genera responsabilidad en los representantes del Estado. En *segundo lugar* el Contrato Chinchero es celebrado entre el Estado y una empresa particular; el contrato ya se encontraba confeccionado y no había sido consultado a la cocontratante sobre su contenido, no obstante ello, actuando de buena fe acepta el contrato, en el que se otorga exclusivamente al Concedente facultad de resolución cuando lo decida y por causas de interés público debidamente fundadas; otorgándole a la citada la naturaleza jurídica que corresponde a una de receso o desistimiento contractual por justa causa; cláusula no consensuada sino impuesta por la Administración Pública en base a su posición dominante; sin embargo, al contenido de la cláusula de receso o desistimiento contractual sin justa causa,

le corresponde el tratamiento de una condición meramente potestativa en favor del Concedente siendo la decisión de separarse o desistirse del contrato el mero arbitrio y criterio discrecional del titular del derecho de receso, lo que implica una arbitrariedad por falta de motivación así como el ejercicio abusivo de una parte contractual en perjuicio de la otra; cuya sanción es su ineficacia al considerarla no puesta, en *tercer lugar* al ejecutarse la cláusula de receso o desistimiento contractual por el Concedente se causa estado por el *ius imperium* del Estado; sin embargo, esta cláusula deberá interpretarse conforme a la voluntad consensuada de los contratantes y de la buena fe objetiva que rige como regla de conducta y lealtad, fidelidad, cooperación, solidaridad que debe existir entre los sujetos contractuales teniendo consideración que en su lugar una parte diligente y estándar en la celebración de un contrato de la naturaleza del celebrado no habría actuado de esta manera.

Lo señalado obliga ahondar en el término tantas veces repetido interés público; y nos remitimos a contratos del Estado en base al interés público.

Los contratos que la entidad pública celebra como titular de una función pública, en cambio, se caracterizan por la relevancia directa del interés público del que la entidad es portadora. La relevancia directa del interés público se manifiesta principalmente en la formación del contrato en cuanto la entidad pública debe desplegar su actividad comercial en las formas y en los modos previstos en la ley, y por lo general su compromiso queda condicionado a la aprobación de los órganos de control. De lo cual se sigue, entre otras cosas, que la aprobación de los órganos de recontrol constituye condición legal de eficacia del contrato y que, sin embargo, las partes a la espera de ella permanecen vinculadas. Y de ahí se sigue también que la anulación de los actos por medio de los cuales se forma, se manifiesta y se controla la voluntad de la entidad se traduce en la anulabilidad del contrato, que solamente puede hacerse valer por la propia entidad (Bianca 2007:66-67).

En efecto, los contratos celebrados por administración pública son pasibles de control y de recontrol por los órganos competentes encargados de verificar la legalidad y competencia; en tanto que las obligaciones y compromisos quedan condicionados a su respectiva aprobación; y en caso de no haberse cumplido uno de los principios fundamentales en el ámbito público que es la legalidad, la propia entidad puede declarar la nulidad del contrato. Rasgo característico de la mejor posición en la que se encuentra el ente estatal, habida cuenta que si es declarada la nulidad del contrato, ello va en perjuicio del particular que por cierto no ha tenido participación alguna en los actos preparatorios y formalismos precedentes a la celebración del contrato; toda vez que son actos eminentemente de responsabilidad del ente que va representar al Estado y que requieren de una cadena de actos administrativos concatenados para finalmente autorizar y aprobar la voluntad del Estado y que se plasme en el contrato.

El interés público es relevante e importante como mecanismo de poder y autotutela de la Administración; así en los contratos que el Estado celebra como el contrato de obra; en supuestos de fraude o incumplimiento el Estado puede resolver el contrato. Definitivamente es un presupuesto distinto al acontecido en el Contrato Chinchero, en el que no se ha producido fraude o incumplimiento grave. Sobre el principio del interés público y sus efectos en la comunidad.

Si bien es cierto que de todo contrato, aun los de derecho privado, derivan efectos hacia la comunidad, no es menos cierto que en el caso de los contratos de la Administración ese interés ya no es algo vago, impreciso, externo al contrato, sino una nota incorporada expresamente a uno de sus elementos esenciales (el objeto), en tanto y en cuanto el fin del contrato es satisfacer una necesidad o interés público. Esa nota típica debe ser tomada en cuenta por el derecho para armonizar los derechos y obligaciones de las partes, de forma tal que éstos actúen instrumentalmente para el logro de aquel fin primordial. El contrato

no pierde su característica de inmutabilidad (ley para las partes), pero ella se matiza y relativiza por la intersección del interés público como un valor predominante (Granillo 1990:86-87).

Definitivamente la primacía del interés general se encuentra en mejor posición que el interés particular, este principio se traduce en las consecuencias prácticas que son las desigualdades jurídicas entre las partes, en las que el Estado representado por la Administración Pública tiene una mejor posición respecto de los particulares al punto que gozan del derecho de modificar, recesar o desistirse entenderíamos por justa causa y de resolver el contrato en decisiones que causan estado al no ser consultadas al cocontratante; que si son ejercitadas en forma arbitraria producirán el resquebrajamiento del principio de la igualdad que debe existir entre los agentes contractuales.

En los contratos de Administración, existe una posición de superioridad jurídica del Estado sobre el privado, y no existe igualdad de partes.

En los contratos de la Administración se concreta la presencia de un interés superior al puro interés de las partes, interés del que es titular la comunidad, que lo ejerce a través de la Administración. La presencia de este interés superior se traduce en una posición de superioridad jurídica por parte de la Administración, en cuanto ejecutora de él. Pero esa subordinación del contratista no es absoluta, sino que se aplica exclusivamente a aquellos aspectos del contrato en que está en juego el interés público, que no es otra cosa que la vieja (pero decantada) *raison d'Etat*. En síntesis, se trata de una subordinación jurídica cuya vigencia se limita a aquellos casos en que debe primar el logro del fin del contrato, pero que será notoriamente improcedente en otros ámbitos de la relación contractual, como el vinculado a la ecuación económico-financiera. Se ha considerado que esa superioridad jurídica es el fundamento de la facultad de la Administración de: a) adaptar el contrato a las cambiantes necesidades públicas; b) ante el incumplimiento o la mora, ejecutar el contrato en forma directa y unilateral, por sí o por medio de un tercero, y c) dejar sin efecto el contrato directa y unilateralmente en caso de incumplimiento o cuando las necesidades públicas lo exijan (Granillo 1990:87).

Según el autor, esa posición superior del Estado no puede ser absoluta, se pone en ejercicio cuando esté en juego el interés público, solo es ese supuesto se podría adaptar el contrato a las cambiantes necesidades públicas; por el incumplimiento o la mora, se permite ejecutar el contrato en forma directa y unilateral, por sí o por medio de un tercero, de igual forma puede dejar sin efecto directa y unilateralmente en casos de incumplimiento o cuando las necesidades públicas lo exijan. De los supuestos aludidos se advierte que existiría una justificación razonable y motivada para el accionar del Estado en defensa del interés público que es principio fundamental en la creación de actos administrativos; así como en la ejecución contractual; sin embargo esos presupuestos no han existido en el Contrato Chinchero.

Sobre la invocación histórica del interés público para restringir derechos.

Históricamente, la noción de “interés público” era invocada de manera frecuente como un argumento para que el Estado pudiera restringir derechos. Se decía, en ese sentido, que “tal derecho había sido limitado por razones de interés público”. Este modo de utilizar la expresión “interés público” iba asociada a su identificación con “interés estatal”. Incluso se establecía que determinados órganos del Estado se hallaban encargados de velar por la protección del interés público (Gonzales 2001: 7).

El concepto de interés público se usaba por el Estado para restringir derechos, pero ello ha cambiado en la actualidad; así según Gonzáles, posee un sentido diferente, porque creció la

noción de lo público y no solamente comprende a lo estatal sino también a lo no estatal, incluyendo a la sociedad civil y la participación ciudadana (2001:7).

Respecto a lo señalado por el autor, lo ideal y que debe ser aplicado en la práctica es que el interés público no debe colisionar con ejercicio de derechos particulares; porque finalmente los derechos de los particulares son tutelados por el Estado. Sin embargo, seguimos presenciando acciones de parte de la Administración Pública que colisionan con el contrato civil tradicional, al no respetarse los principios del dogma sobre autonomía privada, respeto a la voluntad consensuada de los sujetos contractuales, consentimiento y buena fe objetiva como actuación de ambas partes.

### **3.7. De los principios de interpretación del contrato.**

Antes de entrar al tratamiento de los principios que interpretan el contrato, resulta necesario detenernos para analizar el concepto y visión del contrato en sí mismo. Así: “el contrato como acuerdo de voluntades internas y voluntades declaradas con la causa como motivo determinante de la voluntad subjetiva que representa el motivo típico de cada contrato y el contrato como acto de autorregulación de intereses patrimoniales con la causa como función económico social” (Morales 2006:267). Siendo lo relevante que la causa es sinónimo de interés del negocio jurídico, móvil de la relación sinalagmática; con fuerza para vincular a las mediante el contrato

Ya hemos señalado que el contrato constituye una institución jurídica tratada dogmáticamente por todas las legislaciones del mundo, es un instrumento legal importante en la vida de las personas naturales y jurídicas; tiene estrecha relación con la realidad socio económica.

Para entender la causa del contrato y diferenciarla del tipo es importante tener en cuenta la teoría de la norma jurídica con la realidad. El hecho concreto o extrajurídico, el hecho jurídico hipotético, el hecho jurídico concreto, el hecho jurídico hipotético y el efecto jurídico concreto son conceptos que se ubican en niveles diferentes. El tipo es el modelo de organización de intereses que se ubica tanto en el hecho jurídico hipotético como en el efecto jurídico hipotético. (...), el hecho concreto puede ser relevante o irrelevante para el ordenamiento jurídico. El hecho jurídico hipotético es el hecho previsto hipotéticamente, o, es el hecho jurídico probable. El hecho jurídico concreto es el hecho concreto incorporado o subsumido en el hecho jurídico hipotético. El efecto jurídico hipotético es la consecuencia jurídica que es aplicable al hecho jurídico concreto. Y el efecto jurídico concreto es el resultado de la aplicación del efecto jurídico hipotético al hecho jurídico concreto (Morales 2006:261).

De acuerdo a lo señalado por el autor la causa del contrato no es lo mismo que el tipo del contrato, causa significa interés específico, concreto y relevante del negocio jurídico en su conjunto y no en forma particular. No cabe referirse a causa del contrato como el interés particular de cada una de las partes; sino interés en su conjunto; como objetivo global del contrato.

El contrato debe ser analizado hipotéticamente y concretamente según los conceptos de hecho concreto, hecho jurídico hipotético, hecho jurídico concreto, efecto jurídico hipotético y efecto jurídico concreto. Por eso se dice con razón que la estructura del contrato es parte de la teoría estática de los hechos jurídicos y la función es parte de la teoría dinámica de las situaciones jurídicas subjetivas y de las relaciones jurídicas. Ambos planos se dan de manera sucesiva. En primer lugar se forma el negocio jurídico y el contrato

con sus elementos y requisitos, y en segundo lugar, se producen los efectos jurídicos (Morales 2006:261).

El contrato tiene fases la estática y la dinámica; la estática la encontramos en la estructura del contrato, con la concurrencia de los elementos y requisitos establecidos por ley para su existencia y nacimiento válido en derecho; y la dinámica la encontramos en la función que va cumplir el contrato; el conocimiento y verificación de la causa concreta; la que se entiende como función y justificación.

La interpretación que debe realizarse de los contratos es la causalista, que implica su función económica, que ha sido previamente diseñada a nivel genético constituyendo por ende la causa y razón de la celebración del contrato.

La interpretación causalista es un criterio interpretativo que indica que las expresiones comprendidas en el negocio que tengan varios significados, deben ser entendidas en aquel que sea más conveniente o corresponda mejor a la naturaleza del negocio. Ese criterio es causalista porque se dirige a investigar el significado del negocio en coherencia con la causa concreta del mismo. Más aún, éste criterio se comprende mejor a través del significado de los términos según la economía del negocio y su contexto (Morales 2010:560).

El contrato para su vigencia debe contener una causa con función económica individual y concreta; entendida por el ordenamiento jurídico y recíprocamente por las partes integrantes de la relación del negocio jurídico.

Siendo el contrato un acuerdo consensuado de voluntades produce efectos jurídicos patrimoniales, en el que expresa autonomía privada de voluntad consensuada de los sujetos contratantes, por ende la fuerza vinculante respecto de las obligaciones allí contenidas.

Entonces, la interpretación tiene otra modalidad que consiste en la técnica de tener en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, la causa concreta. La falta de claridad del significado de comportamientos, declaraciones y documentos se soluciona con la averiguación de la finalidad concreta del negocio que expresa la totalidad de sentido del negocio jurídico singularmente considerado. Es decir será necesario averiguar la causa entendida como elemento del negocio y síntesis unitaria del concreto equilibrio de intereses. Este tipo de interpretación se concreta en una operación circular en la cual los comportamientos, declaraciones y documentos se explican concretamente mediante el conocimiento de la causa del negocio. En efecto, la multiplicidad de significados de los comportamientos, declaraciones y documentos se clarifican conociendo la economía particular del negocio objetivada en la finalidad concreta del mismo (Morales 2010:560-561).

De acuerdo a ello, el artículo 1362: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Código Civil del Perú). Cabe señalar que la interpretación del contrato adquiere relevancia para lograr establecer cuál es la verdadera común intención de las partes exteriorizada en la declaración objetiva plasmada en el contrato, he allí la importancia de conocer los principios que nos permiten interpretar el contrato.

La presuposición es la situación de hecho, pasada, presente o futura, común a ambas partes, no incierta, de carácter objetivo que las partes tuvieron presente durante la formación del negocio aun cuando no hubieran hecho expresa referencia a ella. Es una hipótesis de defecto de previsión y explica el fundamento práctico de la operación económica concreta (costos y beneficios) implícitamente colocado como base del negocio.



Es una circunstancia externa que, sin ser prevista como condición del negocio, constituye un presupuesto objetivo general (condición de mercado y de la vida socioeconómico cultural que incide sobre la economía del negocio concreto) y específico (circunstancia particular sobre la calidad de las partes que subordina las situaciones jurídicas subjetivas y las relaciones jurídicas) (Morales 2010:561- 562).

Sobre la interpretación objetiva, ésta se concreta con el acuerdo de las partes; la voluntad exteriorizada en el contrato.

La ley es la que nos indica el camino a seguir, que consiste en averiguar la común intención de las partes. Ahora bien, me parece claro que la común intención, al significar un punto de encuentro o combinación de dos voluntades distintas, no coincide necesariamente ni con una ni con otra, ni con la suma de ambas, sino con algo que está fuera de cada una de ellas. En definitiva, el encuentro no puede ocurrir más que en el exterior de ambos sujetos y, por consiguiente, en un plano objetivo; de otro modo se daría una completa anulación de la voluntad de un sujeto en la del otro. Dos voluntades, para encontrarse deben exteriorizarse y, por tanto objetivarse; el acuerdo es el resultado de esta exteriorización (Ferri 1969:184).

Compartimos la posición de Ferri y remitiéndonos a nuestro ordenamiento, consideramos que el ordenamiento sustantivo civil, ha optado por la interpretación objetiva del contrato (artículo 168), para establecer la denominada común intención de las partes de acuerdo a las reglas y principio de buena fe; así como la interpretación sistemática (artículo 169) y la interpretación finalista (artículo 170); interpretaciones que eventualmente pueden desarrollarse en el artículo 1362 del citado Código.

El principio de conservación de contrato es ampliamente tratado por la doctrina y constituye un elemento de gran apoyo para analizar las eventuales patologías que se pueden presentar en el ínterin de la funcionalidad de los contratos.

La ley prefiere que el contrato sea eficaz, antes que despojarlo de efectos: de aquí el criterio de conservación, por el cual “En la duda, el contrato o las cláusulas singulares deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno” (art. 1367). Así por ejemplo, cuando el texto ambiguo soporta tanto un significado por el cual el objeto del contrato sería imposible o ilícito, como otro por el cual sería posible y lícito, este segundo prevalece porque salva el contrato de la nulidad; si, entendida en un cierto modo, la cláusula que describe la prestación de A daría lugar a error esencial de B sobre el objeto del contrato, debe preferirse la diversa interpretación que excluye el error de B, causa de anulación. Queda firme, que la interpretación conservativa no debe ser desmentida por la efectiva voluntad de las partes, de otro modo determinada, y debe ser compatible con el texto (ambiguo) del contrato (Roppo 2009:447).

Así, Roppo, afirma que este criterio puede ser aplicado a las cláusulas singulares. Sin embargo, se puede presentar el caso que la eficacia de una cláusula ambigua (por ejemplo, una condición) determine la ineficacia del contrato al cual accede, mientras que si la cláusula fuera neutralizada el resto del contrato viviría: en tal caso se prefiere la interpretación que mata la cláusula, salvando el contrato. Esto conlleva a que el principio de conservación tenga el alcance general de criterio que obliga a elegir el significado con efectos mayores contra el significado con efectos menores, así se establece en el artículo 1367, y opera solo cuando la alternativa es entre algún efecto y efecto cero (2009:447).

La interpretación objetiva del contrato tiene como principal premisa la conservación del contrato.

Las normas en la que se concreta la interpretación objetiva del contrato son los arts. 1367 y ss. Ellos, como se ha dicho presuponen la existencia de dudas o de ambigüedades y ofrecen varios medios aptos para salvar unas y otras; si no hay dudas o ambigüedades, *no son aplicables*. Aquí ya no está en juego la voluntad contractual (es decir, la intención) en concreto (...), sino, como ya se había observado a propósito de los correspondientes artículos del Código de 1865, la voluntad contractual *in abstracto*; en realidad, uno ya no se refiere a lo que *determinados* contratos pensaron y quisieron, sino a lo que puede ser la *presumible* voluntad de las partes (sean quienes fueren), habida cuenta del *id quod plerumque accidit*. También por esta razón los arts. 1367 y ss., tienen carácter subsidiario respecto de los artículos que preceden (Messineo 2007:547-548).

El principio de conservación del contrato, es aplicado al ámbito del negocio jurídico de los contratos; cuando las cláusulas singulares deban ser interpretadas para obtener un efecto útil; y no al contrario que tengan un efecto inútil; así como también para excluir cláusulas que conlleven a la nulidad o ineficacia del contrato.

En doctrina nacional, sobre el principio de conservación en la interpretación de los contratos

Desde antiguo, la regla *magis valeat quam pereat* anuncia que se prefiere la conservación del negocio, siquiera con efectos restringidos e incluso derivados de voluntad probable, que la nulidad o la ineficacia. Así, el Derecho asume y da por sentado que el agente negocial ha querido declarar su voluntad en el ánimo y con la idea de lograr un efecto práctico que, desde luego, lleva parejos determinados efectos jurídicos. Según este principio, y como también es lógico que nadie se obliga porque sí, sin razón, sin querer nada, el intérprete debe juzgar los términos de la declaración de modo tal que revelen una intención y un sentido que puedan revestir utilidad y efecto social o económico para el declarante, o para el destinatario de la declaración, o eventualmente un tercero (Lohmann 1986:197).

Es conocido que este principio no puede llevarse a extremos absurdos, aunque así se entienda de la declaración. Como se aprecia existen una gama de criterios para la interpretación de los contratos, los que deberán ser utilizados por el intérprete llámese Juez, Arbitro o por mecanismos de autorregulación negocial por las partes; de acuerdo al problema suscitado en cada contrato en particular.

### **3.8 . De la fuerza vinculante del contrato**

El contrato constituye fuente de obligaciones que nace por dogma de la voluntad consensuada de las partes unidas por la relación funcional nacida del contrato; quedando vinculadas y ligadas las partes por el negocio. Sobre el dogma-autonomía se considera principio rector de la concepción tradicional del contrato, basada en tres elementos: Libre conclusión-celebración del contrato (auto-decisión), libertad sobre determinación del contrato (auto-regulación) y fuerza vinculante del contrato (auto-obligarse).

3.- *Fuerza vinculante del contrato (auto-obligarse)*.- He aquí el tercero de los principios en que se traduce la autonomía de la voluntad. El contrato se celebra con libertad; y se fija su contenido con libertad. Surgido así, aparece dotado de fuerza normativa vinculante. Lo pactado, es decir, lo recíprocamente auto-regulado, pasa a ser regulación, respecto que vincula a los contratantes, a sus herederos y causahabientes. La voluntad, entonces, deja de ser libre en la esfera del contrato, o bien solo goza de aquella libertad que se le reconozca dentro de la regulación contractual. Podría decirse que hay una antítesis entre la libertad con que se elabora el contrato y la exclusión o limitación de libertad que se produce como resultado, de donde se seguiría que la fuerza obligatoria de aquel dejaría de estar regida por el dogma de la autonomía de la voluntad. Pero la concepción tradicional, o no advierte la antítesis, o la evita, al considerar que la fuerza obligatoria del contrato es fruto del uso que

se ha hecho de la libertad. Obligarse es, en el contrato, auto-obligarse. Hay que estar no a algo impuesto desde afuera, sino a algo querido desde adentro. La vida del contrato viene a ser una inalterable subsistencia de lo querido. Ya deja de ser relevante si se sigue queriendo o no; se ha convertido en precepto el mantenimiento de lo pactado. Se inmoviliza o, dicho de otro modo, se objetiva lo que en un determinado momento se quiso. La autonomía no traduce aquí la idea del poder (actual) de la voluntad; pero sí la de la sumisión al poder libremente constituido. La vida social general, dentro del Estado, y la vida social particular, encerrada en cada contrato, se desenvuelven y explican de un modo análogo. Para que los deberes no sean una opresión y los derechos no signifiquen una dominación, se considera que unos y otros –la total relación intersubjetiva nacida del contrato– descansen siempre sobre un fondo de libertad, de autodeterminación. La fuerza obligatoria del contrato no es, consiguientemente, heterónoma respecto de la voluntad, sino autónoma. Radica en ella misma (Hernández 1983:228-230).

Según Hernández, subsiste la general función del contrato, como instrumento más fecundo al servicio de la convivencia social. Afirma que el contrato reposa sobre el *dogma-autonomía de la voluntad* y el *dogma -uniformidad del concepto contrato*. Sostiene existencia de paralelismo entre la ley y el contrato; las que con base en la voluntad vienen a consagrar la libertad y la igualdad; y es del Derecho el que se encarga de tutelar estas libertades dentro de un plano de igualdad; afirmando que la libertad civil más importante es la contractual (1983:227).

Sobre la obligatoriedad de los contratos, nuestra norma sustantiva establece en el artículo 1361: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla” (Código Civil del Perú). Lo prescrito en la citada norma constituye principio de obligatoriedad de los contratos o llamada fuerza vinculante, que ante existencia y problemas de interpretación sobre voluntad exteriorizada de los sujetos se debe cumplir la finalidad del contrato que siempre tendrá un contenido patrimonial por la contraprestación de las obligaciones.

Si, pues se acepta que el contrato nace con libertad y que su contenido es expresión de ella, el mismo aparece dotado, *para las partes*, de una fuerza comparable a la de la ley. Por ello se puede afirmar, con toda verdad, que lo pactado –o sea, lo autorregulado-*pasa a ser regulación*. “Podría decirse- expresa HERNANDEZ GIL- que hay una antítesis entre la libertad con que se elabora el contrato y la exclusión o limitación de la libertad que se produce como resultado”. Y ello no significa algo impuesto desde afuera, sino *querido desde adentro*-la fuerza obligatoria no es *heterónoma* respecto de la voluntad, sino *autónoma*- y ello con permanencia, desde que la *vida del contrato* “viene a ser una inalterable subsistencia de lo querido”, siendo irrelevante si se sigue queriendo o no, en tanto el mantener lo pactado se ha convertido en un precepto que involucra a las partes (Rezzónico: 233).

Sobre la obligación de cumplir los contratos “*Stare pactis*”, es el fundamento del principio de la fuerza vinculante del contrato, que implica que las partes luego del acto de autonomía privada respecto de la promesa a realizar o no; cumplan el contenido de las obligaciones pactadas; entendida como ley entre las partes.

Ahora bien; los contratos, una vez pactados, deben cumplirse. Hay un lazo indivisible que lleva a ello, porque el contrato es fuente de obligaciones. Éstas comportan un vínculo inmaterial que nos constriñe a cumplir; es el *stato di pressione psicologica, di assoggettamento* del deudor – según palabras de PACCHIONI – y correlativo del *stato di fiducia giuridica del acceador*. Sin embargo, la obligación derivada del contrato aparece y corporizada en célebres máximas: la más conocida nos viene de LOYSEL y traza una analogía entre la atadura de los bueyes y la de los contratantes y dice: “Se ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres

por las palabras y tanto vale una simple promesa o convención como las estipulaciones del derecho romano (...) (Rezzónico: 237).

Esta fuerza de ley de los contratos celebrados entre las partes, lleva implícita la actuación de las partes de acuerdo a los principios, reglas y directivas de la buena fe objetiva; la que es muy amplia porque abarca el campo ético, moral, económico y social, es la razón que el principio de la buena fe lidere la solución de las controversias que se producen en la funcionalidad y ejecución de los contratos; principio que se relaciona con el principio de fuerza vinculante del contrato.

La fuerza del vínculo contractual es considerable, pero ella vincula únicamente las partes del contrato. A) *Fuerza del vínculo obligatorio*. 1) Principio: *Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para aquellos que lo han celebrado*, Esta fórmula sacramental del art. 1134, §1, del C.C. no significa que el contrato tenga la misma fuerza que la ley (lo cual sería absurdo puesto que él obtiene su autoridad de su conformidad con la ley: “legalmente formado”), sino que las obligaciones contractuales producen efectos tan enérgicos como las obligaciones legales y contractuales (por ejemplo, una deuda nacida de la responsabilidad civil). La imposibilidad de desvincularse unilateralmente del contrato es el precio que debe pagarse por la autonomía de la voluntad; *solamente un nuevo contrato, legalmente formado, puede modificar el contrato inicial o ponerle fin anticipadamente* (art. 1134 § 2, de C.C.) (Dupichot 1984:39).

El principio de fuerza vinculante del contrato no es absoluto, es la regla general de todos los contratos, que las partes actúen de buena fe para cumplir con la palabra empeñada, y comparándola con el rol del buen padre de familia, de la persona diligente; cumplan a cabalidad sus compromisos contractuales; sin embargo éste principio no es absoluto, existe la excepción a la regla: el derecho potestativo de receso o desistimiento contractual; instituto remedial reconocido en diversos ordenamiento civiles como el italiano, alemán, francés y español entre otros; tiene fuente en la ley por ende goza de validez y legalidad, así también tiene fuente en el convenio nacido de la voluntad conjunta de las partes; las que previo acuerdo deliberativo la introducen al contrato mediante una cláusula de receso que puede tener la modalidad o categoría de receso o desistimiento contractual *ad nutum* o con “justa causa”; debiéndose éste derecho potestativo prepararse, celebrarse y ejecutarse de acuerdo a los principios que inspiran la buena fe objetiva de las partes, y los principios de autonomía de las partes, seguridad jurídica; que contienen implícitamente los principios de igualdad, equidad, solidaridad; para la interpretación del negocio jurídico nacido del contrato.

Por el modelo de economía social de mercado establecido en la Constitución Política del Estado Peruano, el ente estatal goza de capacidad para contratar en igualdad de condiciones con el sector privado; a través de los denominados contratos privados de la Administración; significando que el Estado debe dirigir sus actos en igualdad de condiciones con el ente privado, sin utilizar mejores posiciones de dominio por su condición frente a la parte más débil de la relación sinalagmática.

Respecto a la facultad unilateral de resolver el contrato antes de su fecha de término, por el receso o desistimiento contractual, institución del derecho civil que se aplica en las modernas legislaciones civiles, cuando las partes han deliberado y aceptado previamente introducidas mediante cláusula de receso *ad nutum* o con “justa causa” en los contratos, es importante que dicha figura legal sea ejercida con buena fe, entendida como el respeto al derecho e igualdad de la otra parte, el cumplimiento de la palabra empeñada respecto del cumplimiento de las obligaciones a las que se han comprometido, evitando abusos por la posición dominante que tenga una de ellas en la relación contractual, a fin que no exista quiebre del equilibrio

económico en la relación. Cabe señalar que los Contratos de Concesión son de larga duración su fecha máxima de vigencia es de cuarenta años, por lo que el principio de seguridad jurídica adquiere relevancia al estar involucradas empresas de connotación internacional, en tal sentido éstos contratos deben ser pactados, celebrados y ejecutados con respeto a todos los principios de interpretación del contrato, evitando la introducción de cláusulas vejatorias, leoninas, abusivas y que dependan de la voluntad exclusiva del Concedente; a fin de mantener el prestigio a nivel internacional, que refleje que en el Perú se respetan los contratos y existe seguridad jurídica para las partes, que el contrato se va ejecutar con arreglo a las reglas y directivas del principio de la buena fe objetiva del contrato, que se relaciona con otros principios como la fuerza vinculante de los contratos, seguridad jurídica y eventualmente la aplicación del principio de conservación del contrato para dar solución a la existencia de cláusulas dudosas, confusas, ininteligibles, diseñadas en favor de una sola de las partes de la relación, lo que genera una desigualdad y falta de equidad y justicia; estos supuestos son sancionados por el ordenamiento jurídico.

### 3.9 . De la autonomía privada

El principio de la autonomía privada es fundamental para el nacimiento de la relación jurídica sinalagmática del contrato; ya que es la consolidación de la manifestación de voluntad interna de dos o más partes que se exteriorizan en la declaración objetiva plasmada en el contrato.

Es el principio fundamental para generar el negocio jurídico, su existencia es el núcleo base del nacimiento de relaciones negociales. Este principio por esencia va ligado a los conceptos de libertad y voluntad.

El consentimiento de las partes constituye en la práctica el único elemento de fondo necesario para la existencia del contrato. Sin embargo, no se consiente “sin bases”. El consentimiento tiene sus soportes (un objeto y una causa) y sus finalidades no deben entrar en conflicto con los juicios del cuerpo social. Ciertas “cualidades” del consentimiento también son requeridas y estas se dirigen básicamente a la voluntad interna de las partes y a su capacidad jurídica en el momento del intercambio de voluntades (Dupichot 1984:19).

El autor considera elemento de fondo el consentimiento de las partes para el nacimiento de la obligación, sin embargo su sola existencia no es suficiente para la celebración del contrato porque se requiere elementos y requisitos para su validez como es el objeto y la causa.

Observaciones: Con frecuencia es posible revocar unilateralmente al contrato, cuando esta resolución no constituye un verdadero menoscabo de la voluntad inicial de las partes y, por tanto, a la fuerza obligatoria del contrato. Ello ocurre así, especialmente, con la resolución de los contratos de duración indeterminada o con la extinción de un contrato concluido *intuitu personae*. Es igualmente el caso de los diversos contratos especiales que conceden a cada una de las partes un derecho de resolución anticipada (que puede ejercerse en cualquier momento, siempre que no exista abuso, cfr. art. 1869 del C.C. o ciertos términos previstos inicialmente) o que reserva esta prerrogativa a una sola de las partes (por ejemplo, ya sea porque se ha previsto en el contrato, como el propietario que recupera la propiedad a que hace alusión los arts. 1761 y 1762 del C.C.; ya sea porque una ley de orden público así lo ha previsto y solo en provecho del arrendatario, art. 17, párrafo 2, de la ley 22 de junio de 1982) (Dupichot 1984:40).

El receso o desistimiento es la exteriorización de las partes del principio de autonomía de las partes, la que debe ejecutarse de la mano del principio de la buena fe y de la seguridad jurídica. Es usual que en los contratos celebrados por la Administración existan cláusulas que

conceden al Estado facultades a título de derechos potestativo de receso, desistimiento contractual o revocación; ello es válido porque el ordenamiento jurídico lo permite por el principio del interés público que rige a la Administración, siempre y cuando se hayan gestado de acuerdo a la buena y no se tornen leoninas y abusivas aprovechando la posición de dominio y poder de una de las partes, como el Estado. Si no se respetan estas reglas contractuales serán sancionadas con nulidad o tenerse por no puestas en aplicación del principio de conservación del contrato.

Sobre la libertad y su estrecha relación con la voluntad de las partes.

La libertad es el sustento o fundamento de la voluntad. La autonomía que goza la persona en la esfera de las relaciones jurídicas encuentra en ella su fuente generadora. La llamada “autonomía de la voluntad” es una realidad básica y fundamental de lo jurídico, un principio de derecho. El acto, producto de una decisión libre y actuado por la voluntad y las demás potencias o energías de la persona, se exterioriza en el mundo. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se concreta jurídicamente en la validez, el poder vinculante y en la calidad preceptiva de los actos que se sustentan, en última instancia, en la libertad (Fernández 2000: 243).

Fernández, comparte la posición de Sastre y Díez Picazo y Guillon; quienes opinan que no pueden sostener que la voluntad sea “autónoma”, porque ello está reservado a la “libertad”. Alude que la libertad es condición fundamental indispensable de la acción. La libertad es la que permite obrar, actuar de acuerdo a nuestro ámbito subjetivo (2000: 248).

Sobre la libertad como mera decisión en potencia a nivel de primera instancia; y, la conversión de dicha decisión en acto como segunda instancia; constituyen a decir del autor la “libertad hecha acción”.

Es importante distinguir, no obstante que la libertad es una, dos instancias o momentos en la misma. La primera, es aquella que se instala en el centro existencial del ser humano y que es pura potencial decisión o elección ante la infinitud de posibilidades existenciales que le ofrece el mundo y su relación con los demás seres. Es ésta la libertad que no está sujeta a ningún condicionamiento. En una segunda instancia, la libertad, que tiene vocación de realizarse, se exterioriza a fin de alcanzar la realización o concreción de las decisiones que se ha propuesto, que se ha proyectado. Para llevar adelante su elección, el ser humano se vale de su envoltura psicosomática, de su cuerpo y de su *psique*, de los “otros” así como de los objetos mundanales. Todos ellos aparecen como instrumentos para la realización de las decisiones libres del ser humano. En síntesis, el primer tramo de la libertad es una potencia constitutiva en cuanto mera decisión o elección y, el segundo, es la conversión de dicha potencia en acto. El acto es la expresión de la libertad ontológica. Es la libertad hecha acción (Fernández 2000:247).

Para Fernández, lo único que es autónomo es la “libertad”, la voluntad es un medio que se realiza por el acto, uno o más fines de la libertad, la libertad es incondicionada a diferencia de la voluntad (como uno de los elementos de la psique) que sí está condicionada y que libertad y acto convergen en el mismo proceso, una unidad. El ejercicio por el que partes determinan libremente las condiciones y términos del contrato consentido y celebrado; y esta autonomía también tiene límites; puede ser restringida (2000:247).

Sobre el principio de seguridad jurídica, su importancia radica en la confianza y fidelidad que debe existir entre las partes respecto del cumplimiento de las cláusulas pactadas, lo que brinda tranquilidad al sistema socio económico cuando se trata de contratos celebrado por la Administración Pública.

Es indudable que en la base misma de la organización jurídica está latente la idea de seguridad. La vida en sociedad requiere del *orden* como regulación y la *previsibilidad* de las decisiones; por ello se afirma que el derecho debe ser calculable. El poder *prever*-lo que lleva las connotaciones de *precaer, impedir, evitar, informar*- comporta un ingrediente fundamental de ese orden y el contrato es una pieza clave en esa actitud (Rezzónico: 363).

El principio de seguridad jurídica es relevante para el análisis del “Contrato Chinchero” ya que ha sido válidamente celebrado por el Estado y una empresa privada, contiene los elementos y requisitos que le dotan de plena vigencia contractual, sin embargo al citado contrato se inserta una cláusula de receso o desistimiento por “justa causa” que no cumple los requisitos para su eficacia porque su contenido corresponde a una “condición meramente potestativa”, por ende una “cláusula patológica. Allí el ordenamiento jurídico ingresa a brindar seguridad jurídica al contrato celebrado en forma conjunta con la buena fe objetiva contractual y el principio de conservación del contrato; para salvaguardar el efecto positivo del mismo, que mantiene su causa y objeto existente aún que es concretar un “interés público” respecto a la deficiencia de infraestructura aeroportuaria; y que el contrato se cumpla; a diferencia del efecto negativo representado por la cláusula patológica; cuya ejecución va permitir la terminación y extinción del contrato para que no cumpla su objeto-causa-fin.

El principio de seguridad jurídica también tiene relevancia con el cumplimiento de las normas contractuales nacionales a nivel interno y externo, ya que es la vitrina que exhibe el cumplimiento de las normas contractuales frente al mundo globalizado.

### 3.10. De la Buena Fe

Buena fe ha sido catalogada como regla, principio que debe estar presente en el nacimiento del contrato, es decir en los actos preparatorios, así como también en su celebración y en la ejecución de los efectos del contrato, los doctrinarios se ocupan de buena fe subjetiva y buena fe objetiva; para efectos de la presente investigación; ahondaremos en la *buena fe objetiva* que es la aplicada en todo el *interin* de los contratos.

Si partimos de la base de que el juez no es el único a quien corresponde la tarea hermenéutica (§48), debemos admitir que son las partes quienes deben interpretar lo convenido para poder ejecutarlo o bien disentir sobre el significado del acuerdo. Es en este sentido que SCOGNAMIGLIO advierte, con razón, que el Juez solo podrá hacer aplicación de las normas sobre interpretación *si el caso le es sometido a su decisión, y sólo en esa hipótesis*. Mientras ello no suceda, son las partes las que cuentan a los efectos de determinar el significado del contrato concluido, y todo ese obrar humano debe estar guiado por el principio de la buena fe (Rezzónico: 532).

La buena fe es considerada un principio, elemento importante para celebración, e interpretación de los contratos; e incluso en la etapa de su ejecución, usada desde la antigüedad como *bona fides*; tiene eficacia como principio integrador de eficacia contractual. La buena fe tiene que ver con la moral, ética, solidaridad, lealtad en la vida jurídica contractual.

Concordamos con el Rezzónico, cuando afirma que las partes son las llamadas a valorar el contrato celebrado entre las partes de acuerdo al principio de la buena fe contractual objetiva, entendiendo que las partes deben ser solidarias entre sí para cumplir las prestaciones a las que se comprometieron en forma voluntaria.

Remitiéndonos al “Contrato Chinchero”, entendemos que las partes han actuado de buena fe en la etapa precontractual y celebración del contrato; no obstante, cabe señalar que el Estado Concedente en dicho contrato ha insertado de manera unilateral la Cláusula de receso o desistimiento por “justa causa”, sobre la cual la empresa privada confiando en la buena fe del Estado no mostró ningún reparo al respecto. Sin embargo, resulta evidente que por diferentes móviles distintos al de las causales de receso o desistimiento por justa causa ejecutaron de derecho la citada cláusula que contenía una “condición meramente potestativa, ya que nunca se iba a concretar tal condición, porque no se necesita ningún acontecimiento futuro por no haberse previsto ello, salvo la mera decisión unilateral del Concedente, es decir su arbitrio discrecional, sin mayor esfuerzo, como decir: “resuelvo porque se me antoja y quiero resolver” para lo cual encubrieron tal condición con el “interés público debidamente fundamentado” y en verdad no fue en modo alguno fundamentado. Estas consideraciones explican el principio de interpretación de buena contractual de una de las partes.

En este caso el “Contrato Chinchero” ha sometido su competencia al fuero especial arbitral y no judicial, caso como señala Rezzónico, no se tendrá la posibilidad que sea valorado por el Juez, sin embargo si va ser valorado por el fuero arbitral, donde se van a aplicar en forma primordial el accionar de buena fe de las partes vinculadas por el contrato válidamente celebrado, así como analizar que la cláusula ex profesamente creada en favor de una de las partes con desconocimiento de la contraparte no le surte efecto y es aplicada en favor de la parte contraria.

En todo momento –sobre todo tratándose de negocios- debe respetarse el juego limpio, y ese *franc jeu o fair play* se impone a las dos partes; son deberes recíprocos. El autor de la declaración debe evitar inducir a error a la otra parte por medio de una expresión que no permita percibir su verdadero contenido. Y, a su vez, el receptor tiene el deber de efectuar una interpretación *leal* que evite toda sorpresa a través, por ejemplo, de modificaciones al tenor original que le fue propuesto (Rezzónico: 533).

El principio de la buena fe objetiva en los contratos es crucial desde el inicio de la formación del contrato, teniendo en consideración que ésta lidera todos los campos de acción de la persona humana, el ético, moral, social y económico los que son necesarios respetar para la funcionalidad de los contratos de acuerdo a la causa de interés pactada en el negocio jurídico.

Ahora, en los contratos celebrados por el Estado, se elaboran los contratos anticipadamente de manera unilateral por la Administración, y es allí donde el ente estatal debe tener el mayor cuidado en la introducción de cláusulas vejatorias, leoninas y abusivas; lo que se logra obrando y actuando de buena fe. Siendo que el ordenamiento civil sanciona con nulidad las disposiciones contractuales que contengan una condición meramente potestativa.

Bien dice MIRABELLI, que *quien cumple contrariando la buena fe cumple mal*. Ese deber encuentra particular aplicación en los contratos que tienen un *vínculo de cooperación recíproco*, como los contratos sinalagmáticos. Es frecuente relacionar los deberes de cumplimiento con la idea de cuidados según el estándar *del buen padre de familia e incluso de la diligencia*; sin embargo, estos deberes pueden resultar sobrepasados en la materialización del acuerdo, lo que obliga a una consideración particularizada de cada caso para verificar si la especie no requería una mayor actividad u otro tipo de comportamiento (Rezzónico: 528).

En efecto los contratos deben cumplirse de acuerdo a la buena fe, y quien no actúe de esta forma está contrariando al ordenamiento legal que así lo establece. Alude el autor en comparar la actuación estándar de un buen padre de familia y la diligencia digamos ordinaria, sin embargo, ello no siempre sucede así. En el caso materia de análisis del “Contrato Chinchero”, nos encontramos en diferente supuesto, ya que existe claramente dos partes



contractuales en diferente posición, siendo que el Estado Concedente, definitivamente no ha actuado según el estándar de un ben padre de familia o con la diligencia debida, por el contrario, ha actuado aprovechando de la posición dominante que le concede ser Concedente en representación del Estado, parte que ha elaborado previamente en forma unilateral la confección de una cláusula patológica que no requiere de ningún elemento, requisito ni condición para terminar y resolver el contrato, salvo su exclusiva voluntad o decisión unilateral; que en efecto, le ha permitido resolver y extinguir el contrato en el momento que lo decida; acción que no brinda el amparo del principio de la buena fe, fuerza vinculatoria del contrato y seguridad jurídica.

(...) existe consenso en la doctrina respecto a que la buena fe es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es, sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. Quizá por eso RIPERT, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que “la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo (De La Puente 2000: 275-276).

De La Puente, afirma que la buena fe se ha desarrollado en dos partes: buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La primera, referida a la intención con la que obran los sujetos o su creencia, llamada “buena fe-creencia”. Y con relación a buena fe objetiva, ésta se presenta y actúa a través de “regla de conducta”, la que va delinear la actuación prudente y diligente de los sujetos vinculados por el contrato; a la que llaman “buena fe-lealtad” (2000:278).

Es importante el tema de la Buena fe objetiva, toda vez que se aplica en la etapa de ejecución de contratos, su esencia y contenido ha sido extraído del ámbito social, moral para convertirlo en una regla de derecho en todos los momentos que se vincule al contrato; así lo regula el artículo 1362: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Código Civil del Perú). De La Puente, uno de los doctrinarios nacionales que ha tratado ampliamente la Buena fe en sus dos vertientes; sostiene que éste instituto es principio regla, conducta; inherente y consustancial en la vida de toda persona, por tanto es fundamental su tratamiento e interpretación objetiva desde la etapa de tratativa y negociación pre contractual, como en etapa de celebración y ejecución; aunado a ello, puede también definir la extinción de contratos si es invocada y probada por alguna de las partes vinculadas mediante contrato.

Como antecedente, la anterior norma sustantiva civil establecía en el artículo 1328: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Código Civil de 1936). Más adelante, nuestros legisladores se inspiraron en el *Código Civile Italiano de 1942* que regula al contrato y su interpretación a través del artículo 1362: “Al interpretar el contrato se debe analizar cuál ha sido la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar su comportamiento integral, incluso aquél que es posterior a la celebración del contrato” (Código Civil Italiano). Y, finalmente nuestro actual Código Civil establece en su artículo 1366: “El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe” (Código Civil del Perú).

Sobre la obligatoriedad del contrato y la interpretación del mismo se dispone en el artículo 1361: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla” (Código Civil del Perú). Y nuestro ordenamiento civil prevé en el artículo 1362: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Código Civil del Perú). Así, por lo señalado nuestro ordenamiento contractual está diseñado conforme a los principios de interpretación contractual regulados por el ordenamiento italiano.

Para mejor comprensión sobre la fuente normativa italiana, nos remitimos al precedente del *Código Civile Italiano de 1942*, para luego desarrollar la interpretación del contrato de acuerdo a la buena fe.

La regla sobre la común intención de las partes tiene como precedente directo al Código Civil italiano de 1865, en cuyo art. 1131 se disponía que: “En los contratos se debe establecer cuál ha sido la intención de las partes contratantes, sin limitarse al sentido literal de las palabras”. Es evidente que el legislador de 1865 sugiere al intérprete ignorar el sentido literal, es decir, aquel sentido que no se manifiesta en virtud de la aplicación de un principio de lógica interna a la operación negocial-según el cual la específica expresión se resolvería en el, y tomaría significado del, complejo reglamento contractual-, sino en virtud del significado de cada palabra del texto contractual, al interior del cual cada específica expresión se mantiene como unidad propia, en un aislamiento semántico que anuncia, con seguridad, equívocos y problemas con respecto a los efectos del negocio- y por lo tanto, equívocos y problemas del contrato en el plano operativo-; de aquí la crisis del contrato como instrumento creador de riqueza, es decir, la crisis del contrato como operación económica (Grondona 2004: 760).

Para el autor, el legislador peruano ha puesto acento en el artículo 1361 del Código Civil, sobre la obligatoriedad del contrato en “lo que se haya expresado en el” esto puede generar problemas al estar supeditada su interpretación al significado intrínseco, es decir a la literalidad de las palabras insertas en el contrato, remitiendo a un segundo lugar el sentido del contrato entendido como operación económica y los efectos del mismo; lo que evidencia un “extremo subjetivismo en la redacción de la norma”. Sin embargo, afirma que este problema de técnica en la redacción legislativa se ve superada a través de la interpretación con arreglo a la buena fe prevista en el artículo 1362 del nuestro ordenamiento; en similar a la norma contenida en el artículo 1366 del *Código Civile Italiano*.

En supuestos de contradicción sobre conocimiento de común intención, debe aplicarse la interpretación razonable con referencia a la economía de mercado.

Considerando de manera conjunta los artículos citados, se aprecia que dichas reglas mantienen firme el primado de la autonomía de las partes, es decir, de la libertad de los contratantes en la determinación del contenido del vínculo contractual: en ese sentido, en efecto, el criterio interpretativo principal es la búsqueda de la común intención de las partes. En caso de dificultad para conocer la común intención-es decir, en el caso que una de las partes, en un momento posterior a la celebración, oponga una interpretación de una cláusula contractual distinta/opuesta a la interpretación de la contraparte-el criterio a aplicar será el de la interpretación razonable, concretizada por la referencia a la economía del contrato-es decir, a la operación económica-y por la confianza recíproca de las partes, establecida en el texto contractual del cual resulta la regulación pactada de la operación (Grondona 2004:791).

Para Grondona, el criterio de aplicación se realiza en base a la interpretación razonable, basada en la operación económica, en la confianza de las partes que emerge del texto del contrato. Así también, precisa que Principios Unidroit y Principios de la Comisión presidida por LANDO, consideran relevante la razonabilidad interpretativa, no en abstracto; sino razonabilidad de acuerdo al contrato en particular, a los contratantes identificados y caracterizados dentro de una determinada comunidad empresarial-profesional-económica (2004:791).

Grondona afirma, que la confianza y la razonabilidad son criterios usados por los Principios Unidroit y los Principios Lando como regla de buena fe objetiva; y no considerada buena fe objetiva con función de reequilibrio, ni integradora para fines de solidaridad social o económica; correspondiéndole una buena fe con función del límite al abuso del contratante en particular, por estar fundada en el mismo pacto que está llamada a regular (2004:792).

En sede nacional abordan el estudio sobre la interpretación de los actos jurídicos entendido dentro de esta categoría general a los contratos como integrante del género.

Ante todo, debe tenerse presente que la interpretación es la operación que realiza el aplicador de la ley, el intérprete y las propias partes, sobre el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual. (...). No debe escapar de la operación de un intérprete, como supuesto previo a la aplicación de reglas de interpretación que, en principio, interpretar el contrato quiere decir buscar el significado de aquello que las partes han pactado, lo que puede ser entendido en términos subjetivos u objetivos. Si, por ejemplo, se adopta una concepción del negocio jurídico en términos clásicos, en donde éste no es sino una declaración de voluntad o, tratándose del contrato, un mero acuerdo de voluntades, donde la ley solo cumple la función de canalizar los efectos jurídicos de la voluntad de los sujetos, se corre el riesgo de creer que la interpretación del negocio debe estar destinada a tratar de indagar y descubrir la intención, de las partes, esto es, su voluntad subjetiva representada por el interno querer de éstas (Fernández 2000:802- 803).

Según Fernández, autores que siguen la Teoría Francesa del siglo XIX de herencia “canonista” sostenían que la labor de interpretación del contrato en realidad consistía en la indagación de la intención de las partes, función psicológica a fin de arribar a su verdadera voluntad; a la que denominaron “concepción subjetiva”. Sin embargo los contemporáneos autores se basan en la “concepción objetiva” en la que se pretende llegar a encontrar la común intención de las partes; ámbito y valor objetivo del contrato en el cual se contrastan tanto las declaraciones como las conductas desarrollada por los sujetos vinculados por el contrato (2004: 803).

Según la Teoría preceptiva del negocio jurídico, actualmente el ordenamiento jurídico en materia contractual debe ampliar la protección de intereses socialmente razonables, con el fin de tutelar negocios atípicos que puedan concretar intereses privados, socialmente relevantes.

Se reconoce en los particulares el poder de autorregulación de sus intereses, los cuales serán calificados como dignos de tutela por el Ordenamiento Jurídico bajo criterios de juridicidad que necesariamente tengan en cuenta el valor de utilidad social de aquellos. Pero como bien se ha señalado en términos contemporáneos, la protección del Ordenamiento Jurídico no debe guiarse solamente bajo criterios de utilidad social, sino que, preceptivamente hablando, los criterios de juridicidad se entienden hoy ampliados hacia la protección de intereses socialmente razonables, permitiendo la tutela de negocios atípicos e innominados orientados a la consecución de intereses puramente privados, pero socialmente relevantes (Fernández 2002: 19-20).

El Código Civil, sigue la concepción *objetiva* a fin de analizar la denominada “intención común de los sujetos”; sin perjuicio, que existen distintas teorías que pueden adoptarse sobre el tratamiento del acto jurídico como voluntarista, normativista o preceptiva. Estableciéndose a través de los artículos 168, 169, 170 y 1362 de la norma sustantiva civil criterios y pautas de interpretación del acto jurídico y del contrato; tales son las reglas de interpretación sobre voluntad declarada y común intención, en concordancia con la buena fe, así como la interpretación sistemática y funcional.

En conclusión, la buena fe es una regla - principio interpretativo del contrato; también constituye base para su integración, sobre su contenido y por ende su ejecución; tal como prescribe el artículo 1362: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Código Civil del Perú). Por lo que debe entenderse por buena fe, el *cumplimiento de un deber de lealtad, fidelidad y seriedad frente a la contraparte* no de forma subjetiva sino *objetiva* de acuerdo a la relación jurídica contraída, este deber es imperativo por ende normativo; cuya consecuencia es limitar el accionar de los agentes contractuales; así como también la buena fe objetiva tiene aplicación para integrar y completar el contrato; para el cumplimiento y ejecución del contrato pactado, tal y como lo hubieran realizado personas correctas según el estándar de persona diligente y honesta.

### 3.11. De nuestra posición

El Contrato Chinchero, en su cláusula décima quinta, sobre la caducidad de la Concesión; señala que el contrato podrá declararse terminado, (...) por el numeral 15.5. *Término por Decisión Unilateral del Concedente:*

“15.5.1. Por **razones de interés público debidamente fundadas**, el Concedente tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos” (Contrato Chinchero).

Hemos señalado que el Contrato Chinchero es un contrato de Concesión en la modalidad de Asociación Público Privada (APP), de prestaciones recíprocas, tracto sucesivo y ejecución continuada; de naturaleza unitaria; válidamente celebrado entre el Estado y una empresa particular, al que consideramos deben ser aplicadas las normas que corresponden a un “contrato tradicional”, en base a lo previsto en su cláusula décimo sexta del Contrato Chinchero, respecto a controversias y ley aplicable que textualmente lo establece en los numerales 16.1 y 16.6.21 (b).

16.1. Leyes aplicables. El contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes Aplicables. Por tanto el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por dicha legislación, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer”

16.6.21 (b). (...) El Tribunal Arbitral puede suplir, a su discreción, cualquier diferencia o laguna existente en la legislación o en el Contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho y los Convenios, Convenciones y/o Tratados de los que la República del Perú, sea signatario (Contrato Chinchero).

Es necesario señalar que la causa-objeto del Contrato Chinchero fue la existencia de una necesidad de “interés público” construir y operar un Aeropuerto en el Cusco, el Estado analizó esta causa de interés público la citada coyuntura que venía de larga data, optando por el tratamiento del déficit en Infraestructura y Servicios Aeroportuarios a través de una Concesión por Asociación Pública Privada (APP); toda vez que el Estado no podía hacer

frente a un proyecto de gran envergadura, que no solo consistía en Obra sino también en el servicio y mantenimiento, por lo que su explotación por cuarenta años debía ser adjudicada a un tercero que cumpla los requerimientos establecidos en el proceso de adjudicación; ganando finalmente la empresa Kuntur Wasi.

Respecto al interés público que intrínsecamente se encuentra latente en el Contrato Chinchero, entendido como la necesidad y utilidad pública de construir el Aeropuerto Chinchero, nos vamos a compenetrar en el significado del interés público.

El interés público de tal modo, es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el derecho administrativo es el derecho de la administración pública, para reemplazarla por la más exacta y general, a nuestro juicio, de que el derecho administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de la actividad administrativa (Escola 1989:236).

En efecto, la causa-objeto de la celebración del Contrato Chinchero fue una necesidad de interés público, la cual se plasmó en el consenso de voluntades de las partes contractuales a través de un contrato válidamente celebrado por la Administración Pública representada por el Estado; y, de otra por una empresa particular, al confluir válidamente elementos del contrato: consentimiento, objeto y formalidad. Cumpliéndose el principio de legalidad, es decir, que el Estado motive su decisión de contratar por la existencia del móvil, objeto, causa y finalidad del interés público como base fundamental para la celebración del Contrato Chinchero; existiendo por tanto la justa, racional y proporcional motivación requerida para la validez del negocio jurídico; enmarcado, dentro de los fines que el interés público, objeto del contrato.

Sin embargo la redacción de la citada cláusula es confusa y contradictoria en si misma; por ende calificada de patológica; ya que confunde y distorsiona la institución jurídica de resolución por incumplimiento, receso o desistimiento contractual, y condición meramente potestativa; afectándose la funcionalidad y vigencia contractual del contrato de concesión válidamente celebrado.

La citada cláusula patológica otorga en favor del Concedente exclusiva facultad de resolver el Contrato Chinchero; cuando lo desee, aduciendo interés público debidamente fundado; la confusión se origina por el término “resolver” que induce a la existencia de resolución por incumplimiento; con la consecuente terminación anticipada resolviendo definitivamente el Contrato Chinchero; sin embargo, no existe el hecho jurídico sobreviniente del incumplimiento grave y relevante de parte de la Concesionaria para que pueda operar y surtir efectos la extinción del contrato. Siendo que la notificación previa de la resolución unilateral no resulta suficiente a fin de otorgar eficacia a la resolución del contrato. Uno de los prepuestos para su eficacia antes que la comunicación es la existencia del “incumplimiento” grave y relevante; lo que no ha sido invocado por el titular del derecho potestativo del receso o desistimiento contractual.

Con relación a la extinción del Contrato Chinchero en ejercicio del receso o desistimiento contractual; debemos señalar que la cláusula resolutoria que la contiene no ha sido redactada conforme a los presupuestos del receso convencional por justa causa; al no existir motivación racional, así como tampoco puede probarse su ejecución. Por lo que no es justa e igualitaria su invocación; por el contrario la “justa causa” alegada por el Concedente se encuentra absorbida por su redacción en la categoría de una “condición meramente potestativa” en los siguientes términos: “por causas de interés público debidamente fundadas en cualquier momento yo Concedente resuelvo el contrato”. La citada cláusula ha sido confeccionada

para ser invocada y ejercida por la voluntad exclusiva del Concedente, a su mero arbitrio, en tal sentido es sancionada con nulidad; pero al verificarse los elementos del contrato de acuerdo a la interpretación causalista el negocio se mantiene congruente porque el objeto-causa del contrato por las cuales las partes celebraron el contrato se mantiene vigente y tiene una función concreta; por lo que su tenor ha desnaturalizado el remedio del receso o desistimiento contractual.

Nuestra posición, sobre la cláusula patológica es que ella contiene una condición meramente potestativa en favor del Concedente y no una de receso o desistimiento contractual; al utilizar como condición de resolución negocial extintiva de pleno derecho el término: “por causas de interés público debidamente fundadas en cualquier momento yo Concedente resuelvo el contrato”. En efecto, lo reseñado convierte a dicha cláusula en una condición meramente potestativa, porque coloca en una posición dominante al Concedente en perjuicio del Concesionario; quien no goza de derecho alguno o facultad para hacer frente a una decisión arbitraria y abusiva de la parte más fuerte; que sin tener ninguna obligación o hecho futuro que concretarse como causa para resolver el contrato, por decisión de su exclusiva voluntad, a la suerte de su mero arbitrio va decidir la extinción del contrato, aludiendo el término “interés público” que es muy amplio, incierto y que no debe ser usado como obligación o hecho condicional para la terminación anticipada del contrato. Constituyendo dicha cláusula patológica ejercicio abusivo y arbitrario de una de las partes contractuales; a quien se ha irrogado el poder de hacer uso de una condición meramente potestativa, así como ésta redactada la citada cláusula.

Es pertinente señalar que desde la celebración del Contrato Chinchero, el Concesionario – parte más débil del vínculo contractual; ya se encontraba en una posición de riesgo inminente, sometido no a causas exógenas y sobrevinientes en el *interin* de la funcionalidad del contrato; sino a la mera potestad arbitraria y de mala fe de la parte que ostenta mayor poder en la relación que es el Concedente. Y ello porque según la cláusula patológica no se requiere el cumplimiento de una obligación o deber futuro para que opere el receso o desistimiento contractual por justa causa, sino la mera y exclusiva voluntad unilateral del Concedente, ejerciendo acciones que colisionan con la buena fe, fuerza vinculatoria de los contratos y seguridad jurídica. Así, por auxilio del ordenamiento jurídico; la doctrina explica la exclusión de la citada cláusula patológica teniéndose por no puesta; y manteniéndose la vigencia y funcionalidad del Contrato Chinchero. Si según el Contrato, las partes se han sometido a dicha cláusula y su ejecución directa en calidad de mecanismo negocial para la terminación y extinción del citado Contrato, su ejecución ya ha causado estado entre las partes; ello no impide que exista un control de legalidad ante las instancias competentes por el reclamo de la parte perjudicada, estimando que la interpretación contractual respecto a la cláusula patológica que ha extinguido el contrato, vaya por los causes de la interpretación de los principios de la buena fe objetiva, fuerza vinculante de los contratos, seguridad jurídica y conservación del contrato, los que liderados por el principio de buena fe pueden ser aplicados en forma conjunta al caso del Contrato Chincheros, ya que la amplitud del principio de buena fe lo permite.

En tal contexto de la presente investigación, las preguntas que nos formulamos fueron:

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la cláusula por la cual se resolvió unilateralmente el Contrato Chinchero?
2. ¿Cuáles son los remedios aplicables frente a la cláusula que padece una patología para resolver unilateralmente el Contrato Chinchero?

Antes de responder debemos precisar los siguientes puntos:

a) El Concedente frustra, resuelve y extingue por voluntad y decisión unilateral el contrato por razones de “interés público”; al hacerlo colisiona con el principio fundamental que rige los actos jurídicos de la Administración Pública, que igualmente es el “interés público” en el entendido que la causa-objeto de la celebración del contrato tuvo como base la necesidad de atender un requerimiento de interés público; en tal sentido, no puede resolverse el contrato sin motivación o justificación racional; ya que el interés público ha sido la causa de celebración del contrato y desconocer este hecho genera responsabilidad en los representantes del Estado por la adopción de decisiones arbitrarias y abusivas que colisionan con la igualdad que debe existir en los contratantes.

b) El Contrato Chinchero celebrado entre el Estado y una empresa particular; ya se encontraba confeccionado y no había sido consultado a la cocontratante sobre su contenido, no obstante ello, actuando de buena fe acepta el contrato, que otorga exclusivamente al Concedente la decisión de resolver el contrato por causas de interés público debidamente fundamentadas; cláusula cuya naturaleza jurídica en principio correspondería a una de receso o desistimiento legal contractual por “justa causa”.

c) Al contenido de la cláusula de receso o desistimiento legal contractual por “justa causa”, debe darse el tratamiento que corresponde a una “condición meramente potestativa” en favor exclusivo del Concedente porque el derecho potestativo de separarse o desistirse del contrato obedece al mero arbitrio y criterio discrecional del titular del derecho de receso, lo que implica una arbitrariedad por falta de motivación así como el ejercicio abusivo de una parte contractual en perjuicio de la otra; cláusula patológica que conlleva a su ineficacia.

d) Al ejecutarse la cláusula de receso o desistimiento legal contractual por “justa causa” viciada por patológica se causa estado por el *ius imperium* del Estado; sin embargo, al considerarse en tal condición; debe ser interpretada de acuerdo a los principios que rigen para los contratos: *buena fe objetiva* (regla de conducta y deber de lealtad, fidelidad, responsabilidad, solidaridad; en la ejecución del contrato celebrado), fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica y conservación del contrato.

Las respuestas a las que arribamos son:

### **1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la cláusula por la cual se resolvió unilateralmente el Contrato Chinchero?**

La naturaleza jurídica de la cláusula por la que se resolvió unilateralmente el “Contrato Chinchero” corresponde a una de receso o desistimiento convencional por justa causa; sin embargo, su contenido y redacción se subsume en la de una condición meramente potestativa, cuyo evento condicional futuro no se ha llegado a concretar para resolver válidamente el contrato, por ende no ha sido posible acceder a su probanza, motivación y fundamentación sobre el riesgo inminente de afectación o que haya sido concretamente afectado el “interés público”; porque su invocación obedece únicamente a la voluntad, discrecionalidad y arbitrio exclusivo de una parte contractual; deviniendo en injusta su invocación y ejecución.

La cláusula patológica es de contenido amplio, genérico e inexistente porque no permite identificar cuál es el hecho concreto a realizarse o desencadenarse en el futuro que afecte el

interés público invocado por el Concedente; consecuentemente de imposible cumplimiento presente y futuro.

La cláusula de receso o desistimiento contractual por justa causa adolece de patología, debiéndosele brindar el tratamiento jurídico que corresponde a una “condición meramente potestativa”, al haberse condicionado la vigencia y continuidad del contrato a una decisión personalísima de arbitrio y criterio discrecional de una sola de las partes; que genera el ejercicio contractual abusivo y arbitrario, que colisiona con la buena fe objetiva contractual, fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica.

La categoría de “condición meramente potestativa” es sancionada con nulidad por diversos ordenamientos extranjeros como el alemán, italiano, francés y español, doctrina que debe aplicarse en nuestro ordenamiento, pese a no existir regulación expresa en el Código Civil peruano de 1984; toda vez que la citada cláusula condicional es de imposible cumplimiento; no requiere de acción real o producción de un hecho concreto sobreviniente, no es posible probarla, solo basta invocarla; por lo que el consenso jurídico nacional y extranjero la considera como “no puesta” al estar condicionada a la mera decisión exclusiva de una parte contractual, cuya voluntad es arbitraria, abusiva e irracional.

## **2. ¿Cuáles son los remedios aplicables frente a la cláusula que padece una patología para resolver unilateralmente el Contrato Chinchero?**

Los remedios aplicables a la cláusula que padece una patología para resolver unilateralmente el Contrato Chinchero; son la ineficacia de la cláusula patológica que no surte efectos entre las partes; y la aplicación de los principios de interpretación del contrato, en primer lugar de la buena fe objetiva contractual, que lidera y abarca la totalidad de aspectos éticos, morales, solidarios, justos e igualitarios; así como la autonomía de la voluntad, fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica y conservación del contrato.

La cláusula patológica contenida en el “Contrato Chinchero” debe ser tratada e interpretada de acuerdo al principio de buena fe objetiva contractual, que no brinda eficacia ni reconoce el contenido de la patología que subsume a una condición meramente potestativa; principio que se entrelaza y coliga con el de fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica, para la aplicación del principio de conservación del contrato, y tener a la citada cláusula patológica como “no puesta”; extornándola del contrato y manteniéndose la vigencia del contrato de Concesión porque la causa estructural y genética del citado contrato ha sido el “interés público” de satisfacer una necesidad de infraestructura aeroportuaria que se mantiene latente hasta la actualidad.

El remedio de ineficacia de la cláusula patológica y aplicación del principio de conservación del contrato; permiten que el ordenamiento jurídico preste el auxilio para salvar el efecto positivo y vigencia del contrato sobre la causa y objeto existente aún para que se cumpla el interés público objeto del contrato; en vez del efecto negativo representado por la cláusula patológica para la extinción del contrato.



### 3.12. Conclusiones del Capítulo III

1.- La condición suspensiva es sancionada por nuestro ordenamiento legal, así está previsto en el artículo 172: “Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (Código Civil del Perú), alude a la condición suspensiva; y no, a la condición meramente potestativa; por lo que existe un vacío con relación al tratamiento de las demás condiciones, debiéndose recurrir a doctrina y jurisprudencia. En el caso de la condición meramente potestativa, se sanciona teniéndose por no puesta; ineficaz la cláusula, manteniéndose la vigencia del contrato.

2.- Elemento accidental del contrato es la condición, es suspensiva, cuando se pacta que la eficacia del contrato depende de la verificación de un evento, y mientras no se verifique el contrato no produce sus efectos, es ineficaz; es resolutoria cuando se verifica la condición; que hace perder la eficacia contractual; por ende, en caso no se produce la condición, el contrato se mantiene vigente con eficacia funcional.

3.- La condición potestativa, evidencia un hecho que es atribuido y depende de la voluntad exclusiva de uno de los sujetos de la relación funcional. Dentro de la condición potestativa, encontramos a la condición meramente potestativa, por la cual una de las partes contractuales decide a su libre albedrío y discrecionalidad el futuro del contrato, ésta es sancionada con la nulidad, sin embargo cuando dicha condición solo se encuentra en una cláusula puede tenerse como “no puesta”, en aplicación del principio de conservación del contrato; conjuntamente con el principio de buena fe contractual, vinculación del contrato y seguridad jurídica.

4.- El interés público, es un principio que rige en el ámbito administrativo, en especial en los contratos celebrados por la Administración Pública, contiene muchos significados: necesidad pública, servicio público, utilidad pública; y todo lo que implica beneficio a determinada comunidad o sector de la población.

5.- La causa-objeto del “Contrato Chinchero” fue por necesidad de interés público, contrato válidamente celebrado por la Administración Pública representada por el Estado; y la empresa particular “Kuntur Wasi”, en aras del principio de legalidad, el Estado motivó su decisión de contratar por interés público, ante la necesidad de cubrir la deficiencia aeroportuaria en beneficio de la población nacional, por ende un contrato válidamente celebrado.

6.- La cláusula que permitió resolver unilateralmente el “Contrato Chinchero” tiene la naturaleza jurídica de una de receso o desistimiento contractual convencional con “justa causa” que padece de una patología al contener una condición meramente potestativa, al estipularse que la continuidad del vínculo contractual se encuentra únicamente a cargo del Concedente.

7.- A la cláusula de receso o revocación: “por razones de interés público debidamente fundadas” corresponde brindarle el tratamiento de una condición meramente potestativa, al no tener una concreta y justificada motivación. Siendo su contenido abstracto, oscuro, confuso, sin apariencia de legalidad y seguridad jurídica para las partes contractuales; por el contrario obedece al exclusivo albedrío y discrecionalidad del Concedente. Lo que se ha consignado es inexistente, genérica y de imposible cumplimiento en el presente y futuro; por ende ineficaz por patológica; siendo el remedio tenerse por no puesta e ineficaz su ejecución;

manteniéndose y conservándose válidamente el contrato, en aras de la buena fe, y el “interés público” cuyo objeto y causa es la construcción del Aeropuerto Chinchero.

8.- La cláusula recesal o de caducidad contractual que extinguió el Contrato Chinchero por exclusiva decisión unilateral del Concedente; por razones de interés público debidamente fundadas, contiene la redacción de un elemento accidental del contrato, la condición meramente potestativa, supeditada y subordinada a la arbitraria voluntad del Concedente; su contenido no expresa una condición o hecho jurídico concreto, pasible de ser probado y motivado. Y, por el principio de conservación del contrato debe tenerse por no puesta; en concordancia al principio de buena fe objetiva, y seguridad jurídica.



## CONCLUSIONES FINALES

1.- La resolución por incumplimiento constituye el derecho potestativo en favor de cualquiera de los sujetos de la relación contractual bilateral, patrimonial; y ante aparición del incumplimiento que revista gravedad o relevancia, pueden hacer uso de este remedio judicial-arbitral, negocial o legal. Es el remedio otorgado por el legislador a la parte fiel de la relación funcional del contrato; que ante la presencia de la patología del incumplimiento, puede disolver el contrato. Constituye un medio de defensa de naturaleza preventiva que quiebra y extingue la relación contractual, al privar de funcionalidad el contrato, no obstante éste se mantiene su validez como acto.

2.- La resolución por incumplimiento constituye mecanismo remedial cuya naturaleza es impugnatoria, negocial o legal autorizada por el legislador en el artículo 1371: “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración” (Código Civil del Perú). Este derecho de acción es concedido por el legislador en favor de la parte fiel de la relación patrimonial; frente a la contraparte infiel que incumplió honrar la obligación asumida o que lo hizo en forma parcial, tardía o defectuosa. Evidentemente, se requiere que la parte fiel de la relación sinalagmática no haya incurrido en incumplimiento; es decir que haya sido infiel como la contraparte; porque ello no le concede el derecho de accionar la resolución, estando a que no puede invocar o basar su acción en su propio incumplimiento. En tal sentido, en la norma descrita se encuentran los presupuestos para poder accionar la resolución como medio de impugnación.

3.- Nuestro ordenamiento sustantivo, regula tres modalidades: resolución judicial-arbitral artículo 1428, intimación artículo 1429 y cláusula expresa artículo 1430. La resolución por vencimiento del plazo esencial, aún no está prevista en nuestra legislación; sin embargo, las partes pueden contratar bajo sus presupuestos y requisitos conocidos por doctrina.

4.- La tutela vía resolución por incumplimiento vía impugnación, negocial o de derecho; no es la única prerrogativa que ostenta el acreedor; es la segunda opción, porque la primera opción es procurarse la ejecución de la obligación pese al incumplimiento incurrido por la contraparte en caso mantenga el interés que se cumpla la obligación asumida; en tal caso, el legislador le brinda ese derecho por el artículo 1219 de la norma sustantiva, a fin de emplear las medidas legales que le procuren el cumplimiento de su acreencia insatisfecha.

5.- El remedio de resolución por incumplimiento extingue definitivamente la relación funcional creada entre las partes a través de un contrato válido y recíproco; siendo inherente el efecto liberatorio del vínculo jurídico patrimonial entre las partes; debiendo las prestaciones retornar al estado anterior en que se hallaban cuando se produjo la celebración del contrato. La disolución es (*ex tunc*), entendida como el proceso por el cual cada una de los sujetos deben restituirse las prestaciones recibidas de su contraparte en el ínterin del nexo o relación funcional sinalagmática.

6.- El receso o desistimiento contractual es una institución jurídica de resolución negocial o de derecho; cuya fuente puede ser legal y convencional; la primera expresamente establecida para determinados contratos nominados de duración indeterminada; y la segunda porque nace de la voluntad consensuada en la celebración del contrato, mediante una cláusula de receso contractual.

7.- El receso o desistimiento contractual legal no se encuentra regulado expresamente en nuestra norma sustantiva, sin embargo, podemos ubicar al receso o desistimiento ordinario en el artículo 1365: “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho” (Código Civil del Perú). Mecanismo célere extrajudicial; que permite la autorregulación por cualquiera de los sujetos de la relación contractual que la ejerza; cumpliendo el requisito de la comunicación mediante carta o preaviso a la otra parte; de naturaleza es recepticia, porque no se requiere de respuesta de la otra parte por ser unilateral; por lo que el conocimiento del recesado consuma la disolución y extinción definitiva de los efectos del contrato sin obligación de indemnizar.

8.- El receso o desistimiento contractual, resolución negocial o de derecho unilateral que extingue definitivamente el contrato; es ejercida libremente por el titular del derecho potestativo ya sea *ad nutum* o por “justa causa” de acuerdo al contrato que lo contenga, sea de *ejecución instantánea* o *duradera*; en el *primero*, de producirse el receso, opera en forma retroactiva, desde que fue celebrado el contrato (*ex tunc*) salvo pacto en contrario; y en el *segundo*, opera hacia el futuro, a partir del momento en que se produce el receso o desistimiento (*ex nunc*) por lo que, en este caso, no cabe restitución de las prestaciones ya ejecutadas; salvo decisión expresa en contrario.

9.-La naturaleza jurídica de la cláusula por la cual se resolvió unilateralmente el “Contrato Chinchero” es la de receso o desistimiento contractual convencional por “justa causa”; sin embargo está viciada con nulidad porque su redacción contiene una condición meramente potestativa.

10.- En el “Contrato Chinchero” se insertó unilateralmente por parte del Concedente que representa al Estado; y, por ende representa a la parte dominante que se encuentra en mejor posición contractual una cláusula de receso o desistimiento contractual por “justa causa”; que no contiene los presupuestos y requisitos de tal figura que es primordialmente establecer en forma motivada y clara cuál es la causa justa que va producir el término y extinción del contrato.

11.- La citada cláusula de receso por “justa causa” ejecutada directamente por el Concedente no es tal y corresponde a la categoría de una “*condición meramente potestativa*” en la siguiente interpretación: “por causa de interés público debidamente fundadas en cualquier momento yo Concedente resuelvo el contrato porque así lo quiero y así va ser”. Cláusula confeccionada ex profesamente para ser invocada y ejercida en cualquier momento por voluntad exclusiva del Concedente, a su mero arbitrio que colisiona con el actuar de buena fe contractual.

12.- Ante la existencia de la cláusula patológica en el “Contrato Chinchero”, ésta debe ser interpretada de acuerdo a los principios que rigen los contratos: en primer lugar la buena fe objetiva contractual (como regla de conducta, deber de lealtad, fidelidad, responsabilidad, solidaridad; en la ejecución del contrato celebrado) fuerza vinculante del contrato, seguridad jurídica y conservación del contrato.

13.- El principio que lidera la interpretación contractual del “Contrato Chinchero” es el principio de la buena fe objetiva contractual, que no brinda eficacia, se coliga y aplica conjuntamente con el de fuerza vinculante del contrato y seguridad jurídica, para permitir

válidamente la aplicación del principio de conservación del contrato, y tenerse por “no puesta” a la cláusula patológica; extornándola del contrato en general, manteniéndose la vigencia del contrato de Concesión porque la causa estructural y genética del citado contrato ha sido el “interés público” de satisfacer una necesidad de infraestructura aeroportuaria que se mantiene latente hasta la actualidad. En tal sentido, el remedio de ineficacia de la cláusula patológica y de la aplicación del principio de conservación del contrato permite que el ordenamiento jurídico ingrese en salvaguarda del efecto positivo del contrato sobre la causa y objeto existente aún en el mismo a fin que se cumpla; en vez del efecto negativo representado por la cláusula patológica.



## BIBLIOGRAFÍA

ANIBAL ALTERINI, Atilio, DE LOS MOZOS, José Luis y ALBERTO SOTO, Carlos  
2000 *Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Lima: Palestra Editores

ALBALADEJO, Manuel  
1985 -1997 *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

ALPA, Guido  
2015 *El Contrato en General. Principios y Problemas*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max  
1987 *Exégesis* Tomo I, II y III Segunda Edición Lima: Studium

BARCHI, Luciano  
2011 *Algunas consideraciones sobre la compraventa de bien ajeno a partir de la jurisprudencia. In F. Osterling Parodi, Libro homenaje a Vidal Ramírez*. Lima: Indemsa.

BATTISTA FERRI, Giovanni  
2002 *El Negocio Jurídico*. Lima: Ara Editores E.I.R.L.

BETTI, Emilio  
1969 *Teoría General de las Obligaciones (Vol. 1)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

BETTI, Emilio  
2000 *Teoría General del Negocio Jurídico*. (A. M. Pérez, Trans.) Granada: Comares.

BIANCA, Massimo  
2007 *El Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CÁMARA, Sergio  
2016 *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*. Navarra: Editorial Aranzadi SA.

CASTRO y BRAVO, Federico  
1987 *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. España: Editorial Civitas.

CARRANZA, César  
2015 *El contrato lesivo y la presunción de aprovechamiento de la necesidad*. Lima: Grijley.

CASSAGNE, Juan  
2017 *Derecho Administrativo* .Tomo II. Segunda Edición. Lima: Editorial Palestra Editores.

CÓDIGO CIVIL

2010 *Comentan 209 Especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*. Tercera edición (Tomo I) Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

DE BUEN LOZANO, Néstor

1986 *La Decadencia del Contrato*. Segunda Edición. México: Editorial: Porrúa

DE CUEVILLAS, Ignacio, DE CASTRO GARCIA, Jaime, GONZALES GARCÍA-MIER, Rocío

1997 *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*. Quinta Edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.)

DE LA PUENTE, Manuel

1983 *Estudios del contrato privado*. Tomo II. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

DE LA PUENTE, Manuel y Jorge MUÑIZ

1987 *Temas de Derecho Contractual*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

DE LA PUENTE, Manuel

2007 *El contrato en general: Comentarios a la sección primera del libro IV del Código Civil (Vol. 1)*. Lima: Palestra.

DUPICHOT, Jacques

1984 *Derecho de las Obligaciones*. Bogotá: Temis

JORGE ESCOLA, Héctor

1989 *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma

FORNO FLORES, Hugo

1987 *Resolución por incumplimiento, En temas de Derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco Editores.

GABRIELLI, Enrico

2013 *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

GARCIA, Diego

2014 *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ, Esther

2018 *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.U.

HERNANDEZ GIL, Antonio

1983 *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Ceura

- IRTI, Natalio  
2003 *Introducción al Estudio del Derecho Privado*. Lima: Editora jurídica Grijley.
- KLEIN, Michele  
1997 *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- DIEZ-PICAZO, Luis  
2007 *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.
- FLUME, Werner  
1998 *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. (J. M. Calle, Trans.) Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- GALGANO, Francesco  
1992 *El negocio jurídico*. (P. B. Albentosa, Trans.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón  
2004 *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano*. Segunda Edición. Lima: Ara Editores E.I.R.L.
- FERRI, Luigi  
1969 *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GRONDONA, Mauro  
2004 *Estudios sobre el contrato en general. La "común intención de las partes" y el principio de buena fe en la interpretación del contrato: Un panorama de la autonomía privada*" Segunda Edición. Lima: Ara Editores E.I.R.L.
- LARENZ, Karl  
1956 *Base del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- LINARES, Mario  
2006 *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos*. Lima: Grijley.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan  
1986 *El negocio jurídico*. Lima: Librería Studium Editores
- MEILAN, José  
2008 *La estructura de los contratos públicos*. España: Iustel.
- MÉLICH ORSINI, José  
2000 *Contratación Contemporánea. El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato*. Lima: Palestra Editores.



- MESSINEO, Francesco  
2007 *Doctrina General del Contrato*. Lima: Ara Editores.
- MORALES, Rómulo, Leysser LEÓN y Nélvor CARRETEROS  
2004 *Lecciones sobre el contrato: curso de derecho civil*. Lima: Grijley.
- MORALES, Rómulo  
2006 *Estudios sobre la Teoría General del Contrato*. Lima: Grijley.
- MORALES, Rómulo  
2011 *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista Editores.
- PALAZÓN, María  
2014 *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*. España: Thomson Reuters Aranzadi.
- PARICIO, Javier  
2008 *Contrato la formación de un concepto*. Thomson Civitas
- PORTALIS, Jean Etienne  
1997 *Discurso preliminar al Código Civil francés*. España: Editorial Civitas.
- RENGIFO GARCIA  
2017 *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Colombia: Legis Editoris S.A. Segunda Edición.
- REZZÓNICO, Juan  
1999 *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ROGEL VIDE, Carlos  
2010 *Favor debitoris –análisis crítico-* Argentina: Editorial Zavalía.
- ROPPO, Vincenzo y Eugenia ARIANO  
2009 *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TORRES, Aníbal  
2016 *Teoría General del Contrato*. Tomo II. Lima: Pacífico Editores
- SCOGNAMIGLIO, Renato  
1996 *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SOTO COAGUILA, Carlos  
2016 *Incumplimiento Contractual*. Acciones del acreedor contra el deudor. Lima: Editorial Gráfica Lumbre

STOLFI, GIUSEPPE

1959 *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

TRABUCCHI, Alberto

1967 *Instituciones de Derecho Civil II*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

VIDAL, Fernando

2013 *El Acto Jurídico (Novena ed.)*. Lima: Gaceta Jurídica.

ZIMMERMANN, Reinhard

2008 *El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones. (Un análisis desde la historia y el Derecho comparado)*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.

Tesis:

MORALES HERVÍAS, Rómulo

2010 *Las Patologías y los remedios del contrato*. Tesis para optar el grado de doctor en derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

