

**La intimación en mora como requisito para resolver una relación obligatoria, ¿se extiende a la cláusula resolutoria expresa? (comentario a la Cas. N° 1423-2003-Lima).**

**Roxana Jiménez Vargas-Machuca**

Jueza Titular Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima  
Profesora de Derecho Procesal Civil en la UPC, de Teoría General de la Prueba en la Maestría de Derecho Procesal en la Universidad San Martín de Porres y de Derecho Civil en la Academia de la Magistratura

*El presente comentario se ha elaborado con base en la Casación N° 1423-2003-LIMA, de fecha 12 de octubre de 2004, que abordó los temas de la resolución extrajudicial de la relación obligacional por autoridad del acreedor y la resolución en razón del ejercicio de una cláusula resolutoria expresa, regulados en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil.*

**Sumario:**

- 1. Fundamentos de la CAS. N° 1423-2003 LIMA**
- 2. Precisiones previas.**
- 3. Comentario y crítica.**

**1. Fundamentos de la CAS. N° 1423-2003 LIMA**

**Primero.-** *Que, como se desprende de autos el recurrente interpuso demanda de desalojo por ocupación precaria dirigiendo su pretensión contra Víctor Durán Nieva, argumentando que al haber quedado resuelto el contrato denominado “Precontrato de Promoción de Venta” corriente a fojas seis, por haberse ejercitado la facultad contenida en la cláusula séptima del mencionado acuerdo contractual mediante cartas de fojas nueve y diez, el emplazado ocupa el inmueble materia de litis precariamente, razón por la cual solicita la restitución.*

**Segundo.-** *Que el emplazado al absolver el traslado de la demanda, negó todos los extremos de la acción incoada sosteniendo que el contrato indicado no puede ser resuelto ya que para que opere la resolución ésta debe ser declarada judicialmente además de que las aludidas cartas resolutorias no fueron cursadas por el actor sino por el abogado de la empresa Contratistas Monroy Sociedad de Responsabilidad Limitada, debiendo tenerse en cuenta que el precontrato acotado es solo un documento privado sin eficacia jurídica para la pretensión que se discute.*

**Tercero.-** *Que tramitada la causa con arreglo a ley, el a quo mediante sentencia de fojas ciento cincuentitrés, amparó la pretensión demandada esgrimiendo entre otros fundamentos de su decisión que el título que legitimaba al demandado como poseedor del bien sublitis feneció al haber quedado resuelto de pleno derecho el precontrato de promoción de venta*

*del inmueble que dio origen a su posesión legítima, es estricta aplicación por parte del demandante de su cláusula séptima toda vez que el emplazado incumplió con el pago de las letras de cambio en las fechas pactadas no obstante haber sido requerido notarialmente, por lo que se encuentra incurso en los alcances del artículo 911 del Código Civil teniendo la calidad de ocupante precario respecto al inmueble materia de la demanda.*

**Cuarto.-** *Que la Sala de vista al absolver el grado revocó la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda arribando a la conclusión de que con lo actuado en autos y expuesto por las partes, el demandado no tiene condición de precario del bien sub iudice porque ha ingresado a la posesión del inmueble en base a un título que lo hace poseedor legítimo y de buena fe cuyo título no puede ser objetado en tanto no provenga de una resolución judicial, que así lo declare, siendo evidente que en este proceso no puede discutirse la validez y situación del demandado, quien alega derecho de propiedad y validez del título con que posee el predio.*

**Quinto.-** *Que en ese orden, analizando el agravio denunciado debe precisarse que de acuerdo al artículo 1353 del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a una norma legal de carácter imperativo; y, en tal sentido, el artículo 1430 del cuerpo legal citado prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión; y que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, previsión que también se encuentra contenida en el artículo 1429 del mismo Código que establece que la parte perjudicada con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga su prestación caso contrario el contrato queda resuelto de pleno derecho.*

**Sexto.-** *Que las citadas normas establecen con carácter imperativo que la resolución convenida de pleno derecho opera solo cuando a la parte deudora se le comunica de dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de tal decisión mediante notificación válida, puesto que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objetivo se estará ante una resolución unilateral, contraria a la propia naturaleza de los contratos, colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad pues continuará actuando en la creencia de que el contrato aún se encuentra vigente.*

**Sétimo.-** *Que en el presente caso, de la cláusula séptima del contrato sub examine se lee “en caso de incumplimiento por parte del adquirente o dejara de pagar hasta tres letras consecutivas, la vendedora se reservará el derecho de rescisión automáticamente del contrato”.*

**Octavo.-** *Que, bajo este contexto, se arriba a la conclusión de que la referida cláusula guarda concordancia con el texto expreso de los artículos 1429 y 1439 del Código Civil, siendo que la parte actora cumplió con las disposiciones de las referidas normas pues cursó carta notarial requiriendo al demandado el pago de las cuotas vencidas, solicitando y*

*concediéndole un plazo para que cumpla con la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato toda vez que esta opción resolutoria ya había sido pactada en el contrato indicado conforme al artículo 1430 del Código Civil, circunstancia que se advierte de los documentos de fojas siete a diez, misivas que no fueron contestadas por el emplazado, con lo que reconocía el derecho del recurrente de decidirse por la resolución de pleno derecho, quedando expedito para solicitar judicialmente la entrega del inmueble.*

**Noveno.-** *Que siendo así, resulta evidente que el título que ostentaba antes el demandado para poseer el inmueble sub-litis, ha fenecido, deviniendo entonces su posesión en precaria de acuerdo a lo previsto en el artículo 911 del Código Civil, en tal virtud, la casación sustentada en la inaplicación de los artículos 1429 y 1430 del Código Civil resulta amparable.*

**DECISIÓN:** *Estando a las consideraciones precedentes (...) Declararon FUNDADO el recurso de casación de fojas (...), en consecuencia CASARON la sentencia de vista (...); Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia apelada (...).*

## 2. Precisiones previas.

Previamente a ingresar al análisis correspondiente, resulta pertinente precisar lo relativo a algunos términos jurídicos empleados por la Resolución bajo comentario -y que en mi opinión son erróneos-, los mismos que aparentemente venían siendo utilizados de ese modo desde las instancias inferiores, así como por las propias partes; ello, por cuanto considero que el lenguaje jurídico ha de ser unívoco a fin de no incurrir en imprecisiones y/o confusiones a lo largo del desarrollo del problema.

- El demandado, señor Durán, celebró un contrato con la empresa Contratistas Monroy. Este contrato fue denominado “precontrato de promoción de venta”, pero por los hechos expuestos y en aplicación del principio de primacía de la realidad, se trata de un contrato definitivo de compraventa de inmueble (el señor Durán pasó a ocupar el bien y se obligó al pago del precio, siendo precisamente el incumplimiento de la prestación a su cargo lo que ha originado esta controversia).

Es de señalar que resulta común que tanto las partes como inclusive algunos magistrados incurran en el error de denominar “precontrato”, “contrato preparatorio”, “promesa de contrato”, “contrato de promesa” o “contrato preliminar” a contratos que no tienen esa naturaleza, es decir, que no son contratos preparatorios (que tienen como prestación una conducta de hacer, que será la celebración futura del contrato definitivo, y que se encuentran regulados en nuestro CC en los arts. 1414 y ss.), sino que son contratos definitivos (de compraventa, de arrendamiento, de comodato, de prestación de servicios, etc.).

En el presente caso, la verdadera naturaleza del contrato es de compraventa, lo que explica la prestación de dar un bien y a cambio recibir el pago de un precio. Establecer esto es importante, dado que el incumplimiento en el pago de un precio no es posible en un contrato preparatorio.

- El demandado aduce que *al ser el contrato un simple documento privado carece de eficacia jurídica*, lo que es erróneo por cuanto la compraventa es un contrato consensual que no requiere formalidad (la ley ni siquiera le asigna una formalidad *ad probationem*), por lo que surte sus efectos jurídicos propios; además, no debe confundirse el contrato con el documento que lo contiene. Ello es trascendente para el caso también, dado que de no haber surtido efectos el negocio jurídico, ninguna de las partes habría incurrido en incumplimiento.
- La cláusula séptima del contrato denomina “rescisión” a lo que se entiende debe decir “resolución”, siendo un mero error en la denominación (al igual que en la terminología de “precontrato”); lo que prima es la naturaleza de las cosas y no el nombre que se les asigna. Con esta aclaración se pretende evitar que se confundan los efectos de cada una de esas figuras, que son disímiles en cuanto a su concepto, supuestos de hecho y alcances.
- Es erróneo confundir “resolución unilateral” con la “comunicación defectuosa de la resolución.” (como lo hace la Resolución en comento, al señalar que la resolución unilateral es la que se lleva a cabo cuando se resuelve un contrato sin comunicar a la otra parte), por cuanto la resolución unilateral es la que efectúa una parte sin motivo o causa –o sin indicación del motivo, en caso éste existiera- (por ejemplo, el caso del pacto de retroventa –art. 1586-). Y éste no es el caso presente, por cuanto aquí se trata de estudiar precisamente una causal de resolución clara y precisa.
- Finalmente, no es propio decir que se resuelve un contrato (pues el contrato es un acuerdo de voluntades que da nacimiento a una relación obligacional), sino lo que es objeto de resolución es la relación jurídica creada por éste.

### 3. Comentario y crítica.

***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.***

***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.***

Discrepo con la posición que se infiere de la resolución en comento, relativa a la intimación en mora previa al ejercicio de la facultad contenida en la cláusula resolutoria expresa pactada por las partes, por considerarla no solo inútil, sino ajena a la finalidad y naturaleza de ambas figuras y, sobre todo, perjudicial para el desenvolvimiento eficiente del intercambio de bienes y servicios, que constituye la razón de ser del Derecho de obligaciones.

Coincido en que, en este caso, la relación jurídica obligacional fue resuelta. Empero, en el referido caso bajo análisis no ha habido, a mi criterio, aplicación de la cláusula resolutoria expresa por parte del acreedor.

En este caso existía una cláusula resolutoria expresa (séptima), la misma que podía ejercerse ante el incumplimiento de la prestación establecida, es decir, el vendedor/acreedor tenía habilitado el derecho a decidir que se resuelva la relación obligacional ante el incumplimiento del deudor del pago de 3 letras (*“en caso de incumplimiento por parte del adquirente o dejara de pagar hasta tres letras consecutivas, la vendedora se reservará el derecho de rescisión automáticamente del contrato”*). Este incumplimiento, establecido con precisión por las partes en el contrato, ocurrió, de modo que con la sola comunicación al deudor en ese sentido, la resolución se produciría de pleno derecho.

Esta cláusula -que las partes pactaron en uso de su autonomía privada- tiene como característica la de la especificidad, lo que se plasmó en lo relativo a las tres letras consecutivas (lo cual va en armonía sistemática con el artículo 1561 CC, que trata sobre el derecho del acreedor de resolver el contrato de compraventa o dar las cuotas restantes por vencidas en caso no se paguen 3 cuotas sucesivas), y se encontraba al alcance del acreedor, quien en mérito de ella podía poner fin al contrato de inmediato en cuanto verificase fácticamente el incumplimiento de su deudor.

Sobre este punto, debo señalar que las tendencias actuales respecto de la cláusula resolutoria expresa –que, en lo particular, suscribo-, se orientan a que el art. 1430 es una norma especial que sale fuera del supuesto general del incumplimiento, tanto en cuanto a la intimación en mora a la resolución por autoridad del acreedor, supuestos ambos que tienen como base ***el interés del acreedor en la prestación*** y, por ende, en la conservación de la

relación jurídica (al menos temporalmente, en la procura de la prestación a cargo del deudor). En cambio, el supuesto de la cláusula resolutoria expresa precisamente no tiene como eje ni base el interés en mantener la relación ante el incumplimiento, sino, por el contrario, se fundamenta en la situación de desinterés del acreedor en continuar dentro de ella en caso su deudor incumpla prestaciones específicas, por lo que esta cláusula gira en torno a la resolución automática (una vez comunicada al deudor) en cuanto ocurra el incumplimiento establecido por las partes en pacto expreso y en base a la autonomía privada.

Así, por acuerdo expreso de las partes, que la han pactado (el art. 1430 no es norma de aplicación supletoria, sino es una norma que faculta a que las partes acuerden de manera expresa sobre una situación concreta, dotando de una solución práctica y eficiente a casos de incumplimientos específicos que de producirse eliminen el interés del acreedor en continuar con la relación, y lo liberen de ella; por ello la cláusula contractual ha de pactarse de manera específica y clara), y cuyo sustento es el interés del acreedor, quien ante el incumplimiento del deudor no desea ya conservar la relación ni quiere la prestación, sino que prefiere separarse de la relación jurídica de manera definitiva.

Este aspecto (el interés del acreedor) va en armonía con el fundamento del derecho de resolución por incumplimiento voluntario, el cual es suscrito y adoptado por el legislador nacional en la propia Exposición de Motivos del CC: “La resolución no es una sanción a cargo del incumplimiento, sino un medio para liberar a la parte no incumpliente, y para restituirle la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que le ha faltado.”

En esto la cláusula resolutoria expresa se asimila de manera sistemática, lógica y consistente al supuesto normativo de la mora automática –por la que no será necesario ya constituir en mora al deudor, pues de suyo viene conjuntamente con el incumplimiento-, especialmente al leer con atención el artículo 1333, inciso 2, del CC (*“No es necesaria la intimación para que la mora exista 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.”*). Aquí se aprecia que el interés del acreedor desaparece ante un incumplimiento determinado, lo que se ha establecido en la propia cláusula resolutoria expresa, por lo tanto la cláusula resolutoria expresa que pactan las partes está indicando claramente que la prestación cumplida en un determinado momento y forma fue el motivo determinante para contraer la obligación.

El sentido de esto es tan obvio que de no entender esta figura de esta manera, se podría concluir que no habría necesidad alguna de pactar tal cláusula, pudiendo siempre las partes acudir al art. 1429, que vendría a ser, en los hechos, lo mismo que intimar en mora al deudor para luego resolver

“de pleno derecho” el contrato en base al incumplimiento, haya sido éste especificado por las partes o no.

En suma, una interpretación del art. 1430 en el sentido de que es necesario intimar en mora primero para luego hacer uso de la cláusula resolutoria expresa, torna en inútil al art. 1430, puesto que exactamente lo mismo se obtiene del art. 1429, por lo que sobraría el art. 1430.

Respecto del artículo 1429, se ha dicho que

*“se debe destacar que la inclusión de dicho plazo supone que el contratante cumplidor no ha visto completamente comprometido su interés en el cumplimiento debido por la verificación del incumplimiento de su contraparte, lo que ha sido visto por algún sector doctrinal nacional, no sin muy buenas razones, como el defecto de la institución, puesto que el acreedor no cuenta con un instrumento de resolución extrajudicial, que no requiera de estipulación previa, para el caso en que ya no tenga en absoluto interés en el cumplimiento sino más bien en la inmediata y directa resolución de la relación contractual (FORNO FLORES). En tal sentido, se ha dicho, que el mecanismo de resolución analizado es bastante peculiar porque parece conjugar en un solo procedimiento dos alternativas incompatibles; se trata por una parte, de la exigencia de cumplimiento que constituye nada menos que el ejercicio del derecho de crédito, es decir, la pretensión de la ejecución de la prestación; y por otro lado, de la resolución, esto es, la destrucción de la relación contractual y por ende la extinción del referido derecho de crédito, en suma, su no ejecución (FORNO FLORES). Se conjugan dos intereses contrapuestos: el interés satisfactivo y el interés liberatorio en momentos sucedáneos, hecho que se encuentra previsto y determinado por el contratante que utiliza este mecanismo. La explicación más lógica se encuentra en que el plazo que se impone es una suerte de puente entre ambos momentos, que reflejan intereses contrapuestos, porque el vencimiento del plazo marca el instante, anticipado en el contenido de la intimación, en que decae el interés en la ejecución de la prestación para dar paso al interés del acreedor en la liberación (FORNO FLORES).”<sup>1</sup>*

En los dos casos (art. 1429 y art. 1430) se necesita comunicación al deudor. Pero, reitero, en el primero, esta comunicación solo anuncia la posibilidad de una resolución y da un plazo, orientado a convertir el incumplimiento en una resolución de pleno derecho. En el segundo la tiene por realizada: el contrato terminó. Es por ello que la norma (art. 1430) establece la necesidad de establecer en el contrato con exactitud y precisión la prestación o

---

<sup>1</sup> PALACIOS MARTÍNEZ, ERIC, y PACHAS BUSTILLO, Jorge Luis. Resolución de Pleno derecho. Comentario al artículo 1429 del Código Civil. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. T. VII. Lima, Gaceta Jurídica editores, primera edición noviembre 2004, p. 519.

prestaciones cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución de pleno derecho.

En otras palabras, por medio de esta cláusula las partes han establecido por acuerdo mutuo que determinado incumplimiento constituirá un incumplimiento jurídico. Ante él el acreedor tendrá habilitada la vía directa para resolver la relación obligatoria sin necesidad de dar más pasos que los establecidos en el propio art. 1430.

Así, exigir al acreedor que, ante el incumplimiento de su deudor, pida primero el cumplimiento de la prestación (la cual ya no le interesa y que por lo demás lo había dicho previamente en el propio contrato, en la cláusula resolutoria expresa) a su deudor para poder inmediatamente después resolver la relación entre ambos, constituye una desnaturalización tanto de la figura y finalidad de la cláusula resolutoria expresa, como una distorsión nada saludable del propio principio –ya obsoleto y duramente cuestionado, por lo demás- del *favor debitoris*. En un símil figurativo, vendría a ser como establecer una suerte de “barrera burocrática” inútil y desprovista de racionalidad a la facultad de poner fin al contrato ante la conducta infiel del contratante que incumple, lo cual resulta ineficiente y perjudicial al tráfico de bienes y servicios, además de recargar al Poder Judicial con controversias que solo favorecen al incumplidor.

En síntesis, para ejercer la atribución de la cláusula resolutoria expresa (art. 1430), en mi opinión, no se requiere intimación previa u otorgar un plazo de gracia o dar un pre-aviso, porque para el acreedor es un incumplimiento definitivo que frustra su interés.

Esta posición, que se aprecia no es compartida por la Sala Suprema, tampoco lo es por parte de la doctrina nacional, particularmente por el recordado maestro Manuel de la Puente y Lavalle, quien señala lo siguiente:

*“Cita ALVAREZ VIGARAY una sentencia del Tribunal Supremo de España que se pronuncia en el sentido que en el pacto comisorio expreso no es preciso colocar en mora al deudor. RIPERT Y BOULANGER mencionan un fallo de la Corte de Casación de Francia en el mismo sentido.*

*Sin embargo, esta posición no es compartida por la mayoría de la doctrina [Guillermo A. Borda, Jorge Mosset Iturraspe, Jorge Lavalle Cobo] que considera, justificadamente, que el supuesto de funcionamiento del pacto comisorio es que la parte infiel haya incumplido la prestación prevista en éste. Como la intimación en mora, cuando ésta no es automática, es lo que da valor jurídico al incumplimiento, lo que lo hace nacer para la vida del Derecho, el incumplimiento precisado en el pacto comisorio no cobraría realidad,*



*sino por medio de la constitución en mora a la parte infiel, que es lo que la colocaría en condición de incumplidora.”<sup>2</sup>*

Asimismo,

*“...para que el deudor quede constituido en mora (entiéndase, incumplimiento contractual) es preciso un retardo en la ejecución de la obligación, sin duda un retardo que le sea imputable, y adicionalmente, la intimación judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor, salvo en los referidos casos de mora automática excluidos por el artículo 1333 del Código.*

*En tal sentido, la cláusula resolutoria expresa es aplicable solo en los casos en que se presenta una situación jurídica de incumplimiento de parte del deudor, vale decir, luego de que el acreedor le ha exigido el cumplimiento de determinada obligación que aquél no ejecutó.”<sup>3</sup>*

Como he venido explicando a lo largo del presente comentario, discrepo – muy respetuosamente- del citado criterio, que considera que la intimación en mora habilita la facultad de resolver la relación obligacional en base a la cláusula resolutoria expresa.

En el presente caso no se hizo uso de la facultad del artículo 1430, sino que se optó por la resolución extrajudicial (por autoridad del acreedor, alternativa otorgada por la ley –art. 1429-), remitiendo el acreedor una carta notarial al deudor -ante el incumplimiento de éste- en la que le requirió que cumpla dentro del plazo de ley con el pago de las cuotas vencidas, bajo apercibimiento de resolverse el contrato (fundamento octavo de la sentencia). Es decir, se optó por el requerimiento y al no darse éste, el contrato quedó resuelto.

De esta manera, considerando el concepto de la cláusula resolutoria expresa y la no necesidad de intimación en mora para “habilitarla”, es consecuente concluir que ante el incumplimiento (el delineado en la cláusula resolutoria o cualquier otro incumplimiento), la remisión por parte del acreedor al deudor de una carta notarial al deudor en la que le otorga un plazo (que se asumió no inferior a 15 días ante la falta de datos de la sentencia) para que cumpla, bajo apercibimiento de resolver el contrato, significa que optó por la alternativa normativa del art. 1429.

---

<sup>2</sup> DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El Contrato en General. T. II. Lima, Palestra Editores, 2001, p. 457.

<sup>3</sup> DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel, y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. Cláusula Resolutoria Expresa y Condición Resolutoria. En: Colección Derecho Patrimonial. T. I: Incumplimiento Contractual y Tutela del Acreedor. Consejo Editorial: Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Eduardo Barboza Beraún, Luciano Barchi Velaochaga, Alfredo Bullard González, Carolina de Trazegnies Thorne, Roxana Jiménez Vargas-Machuca, Carlos Alberto Soto Coaguila. Lima, Girjley, 2007, pp. 24-25.

Por ello, se concluye que el acreedor podía haber hecho uso de la cláusula resolutoria expresa, pero como conservaba interés en la prestación, eligió requerir al deudor para que cumpla con ella, lo que es contrario al ejercicio de la cláusula resolutoria expresa, que, como se ha señalado, está diseñada por el legislador con la finalidad de centrarse en la falta de interés del acreedor en la prestación y su deseo e interés expreso de apartarse del contrato definitiva e irrevocablemente.

Es así que, en el caso bajo análisis, el acreedor –quien conservaba el interés en la prestación a recibir- descartó la fórmula del art. 1430 y empleó la norma supletoria en el CC, consagrada en el art. 1429. Ahora bien, dado que el deudor, a pesar del plazo de gracia final dado en mérito del art. 1429, no cumplió (o mejor dicho, persistió en el incumplimiento), el contrato se resolvió de pleno derecho al término de ese plazo último, todo ello en concordancia con el art. 1429.