

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La resolución contractual en casos de incumplimiento
recíproco**

María Emilia Vega Guillén

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Emilia Vega Guillén

Código: 00320201

Cédula de identidad: 0107131302

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO¹

THE CONTRACTUAL RESOLUTION IN CASES OF RECIPROCAL NON-PERFORMANCE

María Emilia Vega Guillén²
mevegag2002@gmail.com

RESUMEN

Con fundamento en el principio de ejecución de las obligaciones contractuales que proyectaron los contratantes, se advierte la figura de la resolución de contrato a modo de sanción tras incumplimiento. El Código civil ecuatoriano no ha previsto su categorización dentro de instituciones tales, como lo es el incumplimiento recíproco. Es decir, la inejecución de la prestación de una parte contractual tras haber sido frustrada por el incumplimiento de la otra. Evidentemente, conviene sostener la pertinencia de la resolución contractual tras ocurrencia de incumplimiento recíproco. Consentido aquello, corresponde identificar las circunstancias que llevaron al incumplimiento, de las que cabe la resolución contractual – el simple retardo en la ejecución de la obligación frente a la constitución en mora, y la suerte de obligación de un contratante en caso de incumplimiento no imputable a la otra parte – a fin de evaluarla mediante sustento jurídico-histórico y comparativo, e insertarla en casos de incumplimiento recíproco.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento recíproco, resolución contractual, condición resolutoria tácita, mora contractual, Derecho Civil.

ABSTRACT

Based on the principle of execution of the contractual obligations projected by the contracting parties, the figure of the termination of the contract is understood as a sanction after non-performance. The Ecuadorian Civil Code has not provided for its categorization within such institutions, such as reciprocal non-performance. That is to say, the non-performance of one contractual party after having been frustrated by the non-performance of the other. Evidently, it is appropriate to uphold the relevance of the contractual resolution after the occurrence of reciprocal non-performance. Once this has been agreed, it is necessary to identify the circumstances that led to the non-performance, of which contractual termination is possible - the simple delay in the performance of the obligation as opposed to the constitution in default, and the fate of the obligation of a contracting party in the event of non-performance not attributable to the other party - in order to evaluate it by means of legal-historical and comparative support, and to insert it in cases of reciprocal non-performance.

KEY WORDS

Reciprocal non-performance, contractual resolution, tacit resolutory condition, contractual default, civil law.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Luis S. Parraguez Ruiz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. DETERMINACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA ADAPTABLE A LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INEJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN EL INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO.- 5.1. EL ARTÍCULO 1505 DEL CÓDIGO CIVIL ADMITE LA LEGITIMACIÓN PARA RESOLVER LA RELACIÓN JURÍDICA SINALAGMÁTICA AL CONTRATANTE INCUMPLIDOR.- 5.2.-LA PRESCINDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA PARA ACCIONAR LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA.- 5.3. EL POSIBLE NEXO ENTRE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL Y LA EXCEPCIÓN DEL CONTRATO NO CUMPLIDO EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO – 5.4. EL ESCLARECIMIENTO DE LA NORMATIVA RESPECTO DE LA MORA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.- 6. EL INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO PERMITE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL SIN INDEMNIZACIÓN.- 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En todo contrato bilateral se genera una íntima dependencia entre sus obligaciones nacientes, de manera que todo cuanto ocurra con la obligación de una de las partes, repercute necesariamente en la de la otra³. En este sentido, si la ejecución de la obligación se realiza de una manera completa y en la época en que el acreedor tiene el derecho de exigirla, la deuda se extingue y el deudor queda libre⁴. Por el contrario, “el evento del incumplimiento (...) representa solo una parte o expresión singular de los efectos de las obligaciones en un campo de excepcionalidad”⁵, que se reduce a que el deudor no desplegó la conducta debida que inicialmente proyectaron las partes⁶.

Naturalmente, “puede suceder que esta ejecución se haya hecho imposible o que el deudor se haya simplemente retrasado en pagar”⁷; o a su vez que, “la finalidad del contrato haya visto perjudicada por aquel ‘incumplimiento positivo del contrato’⁸, hasta el punto de que, no quepa razonablemente esperar que la parte cumplidora continúe el

³ René Abeliuk M., *Las Obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial López Viancos, 1971), 326.

⁴ En un sentido lato, la *solutio* indica la ruptura del lazo de la obligación, y se aplica, por consiguiente, a toda causa de extinción (Paulo, L.54, D., de *solut.* XLVI, 3). En un sentido más restringido, designa la extinción de la obligación por la prestación de la cosa debida, es decir, el pago (Ulpiano, L. 176, D., de *verb. sign.*, L., 16).

⁵ Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 251.

⁶ Álvaro Vidal Olivares, R. “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista”. *Revista chilena de derecho*, 34 (2007), 41.

⁷ Eugène Petit, “*Tratado Elemental de Derecho romano*” (México, DF: Editorial Porrúa, 2014), 466-467.

⁸ Referido al interés de expectativa, que permite “situar al demandante en una posición tan buena como la que habría ocupado si el demandado hubiera cumplido” (traducción no oficial). L. L. Fuller, “The Reliance Interest in Contract Damages”, *The Yale Law Journal*, 46 (1936), 54.

contrato de buena fe (traducción no oficial)”⁹. Importa entonces, precisar cuáles son, en las relaciones del acreedor y del deudor, las circunstancias de inejecución de la obligación y conforme a qué instituciones jurídicas deben determinarse.

Efectivamente, “el uso de ‘incumplimiento de contrato’ sólo tiene sentido si de su existencia se derivan nuevas consecuencias jurídicas (traducción no oficial)”¹⁰. A este respecto, si el fenómeno del incumplimiento en general constituye una de las patologías jurídicas de más complejo tratamiento, la aplicación de la resolución contractual se torna numerosas veces aún más problemática¹¹, en casos de incumplimiento recíproco.

Si bien, el incumplimiento de la obligación contractual despliega mecanismos de tutela al contratante que ejecutó a cabalidad la prestación que contrajo libremente; frente a la situación patológica fundada en la inobservancia de la contraprestación; “no existe un precepto que regule explícitamente la situación del incumplimiento recíproco, esto es, una norma que decide si el contratante incumplidor puede solicitar la resolución del contrato contra aquel que tampoco ha acatado sus obligaciones propias”¹².

Inclusive, en la jurisprudencia internacional, se advierte la examinación superflua de los efectos jurídicos que derivan de la figura, “ante la petición concreta destinada a deshacer el vínculo obligacional que une a las partes, que dejó de cumplirse, sin que ninguno de los contratantes hubiere manifestado su intención de perseverar”¹³. Tal como dictaminó la Corte Suprema chilena, en el Caso Obando Aros Luis Ricardo c. Diócesis de Villarica - considerado como precursor del incumplimiento recíproco en Chile - conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural¹⁴. Esto, en lo referido al artículo 170, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil chileno; correspondiente al artículo 18, numeral 7a, del Código Civil ecuatoriano.

⁹Entonces, puede esta negarse a cumplir el contrato y, a su elección, reclamar daños y perjuicios por incumplimiento, es decir, el interés «positivo» en el cumplimiento, o rescindir el contrato. Ver, Heinrich Lehmann et. al, “Positive Vertragsverletzung”, *Juristen Zeitung*, 9 (1954).

¹⁰ Klaus Friedrich, “Der Vertragsbruch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 178 (1978), 481.

¹¹ Bruno Rodríguez-Rosado, *Resolución y Sinalagma Contractual* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013), 4.

¹² De lo que refiere el ordenamiento jurídico chileno, por ausencia de regulación, situación similar al ecuatoriano. Ramón Domínguez Águila, “El incumplimiento recíproco en un contrato bilateral, la resolución del contrato y la excepción de contrato no cumplido”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 248 (2020), 2.

¹³ Obando Aros Luis Ricardo con Diócesis de Villarrica, Corte Suprema, Casación Fondo, 20 de agosto de 2020, párr. 8.

¹⁴ Artículo 170, numeral 5, Ley Nro. 1552, Código de Procedimiento Civil, 30 de agosto de 1902, reformado por última vez 15 de septiembre de 2022, Ministerio de Justicia, CHL. Artículo 18, numeral 7a, Código Civil [C.C.], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015. Obando Aros Luis Ricardo c. Diócesis de Villarrica, párr. 8.

Es decir, si bien se afirma que el incumplimiento de ambos contratantes conlleva la extinción del vínculo mediante la resolución del mismo, es posible advertir la ausencia de consideración profunda en torno a los artículos 1462 y 1552 del Código Civil chileno, correspondientes al artículo 1505 y 1568 del Código civil ecuatoriano, que solo pudieron haber sido abordadas tras la conceptualización del incumplimiento recíproco¹⁵. En consecuencia, ¿hasta qué punto debe comprenderse la figura jurídica de la resolución contractual dentro del incumplimiento recíproco?

Para abordar el tratamiento de la figura, es preciso analizar dos cuestiones íntimamente ligadas a la resolución contractual: el simple retardo en la ejecución de la obligación frente a la constitución en mora entendida como incumplimiento calificado; y la suerte de la obligación de un contratante en caso de incumplimiento no imputable de la otra parte¹⁶. Esto, para en su momento, encontrar la institución jurídica determinante en la aplicación del incumplimiento recíproco, respecto del posible nexo entre la resolución contractual y la *exceptio adimpleti non contractus*¹⁷.

Con este objetivo, se describirá el estado actual de la discusión, marco normativo y teórico aplicable. En lo atinente a metodología de investigación, se tomará un enfoque jurídico-histórico¹⁸, en utilización de la doctrina civilista clásica y moderna; jurisprudencia nacional e internacional; y comparativa en referencia a la siguiente normativa: Código civil italiano, en su Capítulo XIV¹⁹; el Código civil alemán, BGB²⁰;

¹⁵ En lo referente a los artículos 1505 y 1568 del Código Civil ecuatoriano. Obando Aros Luis Ricardo c. Diócesis de Villarrica, párr. 8.

¹⁶ “Pues, se comprende que la imposibilidad, la mora o el incumplimiento positivo del contrato requieren una de situación concreta; junto con la frustración del cumplimiento basada en «hechos (actos, omisiones)», frente al derecho aún pendiente del acreedor a exigir el cumplimiento”. Klaus Friedrich, “Der Vertragsbruch”, 490.

¹⁷ Luis Parraguez Ruíz. *Régimen jurídico del contrato*. (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 702.

¹⁸ Luis Verdesoto Salgado, *Investigación científica en el área jurídica*, (Quito: Editorial Universitaria, 1967), 130.

¹⁹ En lo referente a “*della risoluzione per inadempimento*”, a partir del artículo 1453 y “*dell'impossibilità sopravvenuta*”, hasta su artículo 1466. *Codice civile*, n.º 291, aprobado por el Real Decreto n.º 262, de 16 de marzo de 1942, y modificado por el Decreto n.º 291, de 7 de diciembre de 2016.

²⁰ En el artículo 158, respecto de las condiciones suspensivas y subsiguientes; el artículo 309, respecto de las cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración; y artículo 142 y ss. conteniendo declaración y efectos de la resolución contractual. Código Civil Alemán BGB, de 02 de enero de 2002 (Boletín Oficial Federal [*Bundesgesetzblatt*] I pág. 42, 2909; 2003 I pág. 738), modificado por última vez por el artículo 1 de la Ley de 10 de agosto de 2021 (Boletín Oficial Federal I pág. 3515). Traducción proporcionada por Langenscheidt Übersetzungsservice, actualizada por Neil Mussett; ha sido revisada por Samson Übersetzungen GmbH, Dr. Carmen v. Schöning.

el Código civil austriaco, ABGB²¹; el Código civil peruano en el Título VI del Libro VII²²; el Código civil español²³; y el Código civil y comercial de la Nación Argentina²⁴.

2. Estado del Arte

En atención a la revisión de doctrina civilista moderna, se da espacio a la resolución como remedio contractual frente a los cuales el *excipiens* procura defenderse²⁵, “en caso de que se cuestione determinar si puede el demandante, que no cumplió sus obligaciones, impetrar la resolución del contrato frente al demandado que tampoco dio cumplimiento a las suyas”²⁶, atendiendo a la crítica a la sentencia caratulada Aravena con Lizarralde, por Alessandri-Rodríguez. En esta misma línea, argumenta Arias Bolívar, evitar una situación de bloqueo del contrato a la espera de que el incumplimiento contractual se enmarque en alguno de los supuestos, para que alguno de los contratantes pueda reclamar la resolución o la ejecución contractual²⁷.

Domínguez Águila recalca el “sin sentido de prolongar la situación de mutuo incumplimiento en un estado de hecho insostenible”²⁸, inclusive, si el incumplimiento de uno de los contratantes ha frustrado las expectativas del otro, impidiendo la ejecución de la prestación. Sin embargo, el mismo autor indica que en principio, “no contempla el caso en que ambos contratantes sean negligentes, por lo que, es justo y equitativo resolver el

²¹ En lo que concierne a las “disposiciones generales sobre los contratos y las transacciones a título oneroso” (traducción no oficial), respecto de “Allgemeine Bestimmungen über entgeltliche Verträge und Geschäfte”. Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB, Nr. 946/1811, de 01 de junio 1811, reformado por última vez el 31 de diciembre de 2020.

²² En atención al contrato con prestaciones recíprocas que deben cumplirse simultáneamente, desde su artículo 1426, y la imposibilidad parcial e incumplimiento de prestaciones plurilaterales autónomas, en su artículo 1434. Código civil peruano, promulgado el 25 de julio de 1984, reformado por última vez el 15 de agosto de 2024.

²³ En lo atinente a la facultad de resolver las obligaciones en su artículo 1124; la resolución de la venta según el artículo 1506 y la conceptualización “de las obligaciones puras y de las condicionales”, en la Sección I, en su Capítulo III. Código civil, «Gaceta de Madrid» num. 206, de 25 de julio de 1889, reformado por última vez el 01 de marzo de 2023.

²⁴ Respecto de la “extinción, modificación y adecuación del contrato”, en el Capítulo XIII del Título II, a partir de su artículo 1076. Código civil y comercial de la Nación, creado por el Decreto 191/2011, de 28 de febrero de 2011.

²⁵ Íñigo Andrés de la Maza-Gazmuri, “La excepción del contrato no cumplido. Algunas cuestiones relativas a su supuesto de hecho y consecuencias jurídicas”, *Revista Universitas* 139 (2019).

²⁶ Arturo Alessandri-Rodríguez, “Comentario a una sentencia de la Corte Suprema de 9.07.1931”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 42 (1931).

²⁷ Ángela Margarita Arias Bolívar, “La analogía en el incumplimiento recíproco de los contratos sinalagmáticos”, *Revista Jurídica Piélagus* 22 (2023).

²⁸ Ramón Domínguez Águila, “El incumplimiento recíproco en un contrato bilateral, la resolución del contrato y la excepción de contrato no cumplido”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 248 (2020), 2.

contrato si ambas partes son incumplidoras”²⁹. Se deja a las partes contractuales en una especie de limbo judicial, al designarse varios supuestos y solamente tres opciones de acción: la acción resolutoria, excepción del contrato no cumplido o el juzgamiento según el espíritu de la legislación.

Respecto de la inserción de la figura de la resolución contractual, en atención a Ramos, solo es procedente a discreción del contratante que no hubiera incurrido en incumplimiento. Es decir, ante el incumplimiento recíproco, ninguno de los contratantes podía hacer uso de alguna de tales opciones, a favor del contratante demandado, aunque incumplido, la excepción del contrato no cumplido³⁰. De igual manera, excluye la procedencia de la facultad resolutoria para la hipótesis del incumplimiento recíproco. Pues, basta constatar el incumplimiento de las obligaciones por el demandante para rechazar la demanda de resolución de contrato. Así lo indica Pizarro Wilson, “el incumplimiento recíproco de las obligaciones impide resolver el contrato (...) invocando la falta de un elemento de la acción resolutoria, cual es las calidades de acreedor diligente del demandante”³¹.

De ser el caso, solo queda buscar la formulación de pretensiones diferentes a las de la resolución o cumplimiento que permitieran una salida al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento, esperar la operancia de la prescripción, o que los contratantes resolvieran de mutuo acuerdo. Inclusive, lo indica Caprile Biermann, “si no procede la acción resolutoria: ¿hasta cuándo quedará en suspenso el contrato? Debiéramos responder hasta que una de las partes cumpla o se allane a hacerlo, caso en el cual desaparecería el obstáculo, eminentemente transitorio, que supone la excepción de inejecución. Si ello no ocurre dentro de los cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible”³².

3. Marco teórico

Se habrá advertido la frecuencia del tratamiento de las cuestiones referidas a la resolución de los contratos que ocupan la atención de la doctrina civilista, centrándose en argumentos a menudo contrapuestos, que han causado su concepción como piedra angular

²⁹ *Ibíd.*, 2.

³⁰ José Helvert Ramos, “Problemas Jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento”, *Revista Principia Iuris* 16 (2011), 89.

³¹ Íñigo Andrés de la Maza-Gazmuri, “La excepción del contrato no cumplido. Algunas cuestiones relativas a su supuesto de hecho y consecuencias jurídicas”, 9.

³² Bruno Caprile Biermann, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2012), 69.

del Derecho civil: “desde el principio de conservación del contrato, a la necesaria liberación de la parte perjudicada, desde el *favor debitoris* a la protección integral del crédito”³³. Resulta entonces, conveniente abordar la resolución contractual desde una perspectiva propia, en consideración de su validez dentro de instituciones modernas del Derecho civil, entre ellas, el incumplimiento recíproco.

A modo de ejemplificación: "la resolución es exigida por el proveedor por incumplimiento del cliente: si el proveedor no quiere seguir prestando un servicio a ese cliente, y considera que tiene el derecho de negarle en el futuro el servicio, no es concebible que él se siga organizando y actuando para la prestación del servicio"³⁴, frustrándose así el interés inicial de los contratantes.

Admitir que la parte incumplida demande la resolución parecería colisionar de frente con la disciplina del artículo 1505 del Código Civil; por lo que se ha optado por descartarla en favor de la excepción del contrato no cumplido; o sea que ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Así, en el supuesto de excepción del contrato no cumplido, permite legitimación del contratante incumplido para demandar la resolución del contrato, al no encontrarse en mora.

En fundamento de los comentarios jurisprudenciales de Alessandri Rodríguez, “los derechos que él otorga sólo competen al contratante que cumplió o está llano a cumplir sus obligaciones por cuyo motivo es improcedente la acción resolutoria cuando ninguno ha cumplido con las suyas”³⁵. Pues, por razones funcionales del vínculo (...) no cabe admitir que una de las partes se sitúe en una posición de ventaja gracias a su propio incumplimiento para exigir a la otra, que cumpla íntegramente sus obligaciones contractuales³⁶.

No obstante, cabe analizar los siguientes factores dentro del concepto de resolución contractual: el simple retraso en la ejecución, prescindiendo la constitución en mora para accionar la resolución, y la imposibilidad de ejecución por eventos fuera del control de las partes contractuales. Así, el criterio de Ospina Fernández, “para que el deudor sea responsable del incumplimiento de sus obligaciones y deba indemnizarle los

³³ *Ibíd.*, 69.

³⁴ Piraino, Fabrizio. *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*. En *El cumplimiento de la obligación*, 19-37. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

³⁵ Corte Suprema, 27 de enero de 1993, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 90, sec. 1ª, p. 14.

³⁶ Ver, E. Gómez Calle, “Los remedios ante incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil* LXV (2012).

perjuicios irrogados al acreedor o dé lugar a que este ejerza la acción resolutoria del contrato, es indispensable que aquel esté constituido en mora de cumplir"³⁷.

Según Leal Pérez, la mora se comprende como “el resultado culpable en el incumplimiento de las obligaciones (...) no todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone incumplimiento"³⁸. Si no se ha incurrido en ella, no se exige responsabilidad por caso fortuito; por lo que se da lugar a indemnización, solamente en caso de haberse constituido al deudor. Por lo tanto, queda en cuestión si “la mora, además de constituir una dilación del deudor en el cumplimiento de su prestación, también requiere que sea imputable a este”³⁹.

No obstante, Erbetta propone que, "un sector de la doctrina sostiene que en el sistema general de responsabilidad contractual la culpa no forma parte del supuesto de hecho del incumplimiento, lo que descartaría que sirva además como factor de imputación"⁴⁰. En consecuencia, se comprende la duda existente entre la culpabilidad de la mora, configuración y efectos de la misma, en casos de incumplimiento recíproco; a desarrollarse en los siguientes apartados.

4. Marco normativo

Es necesario resaltar las normas que permitirán esclarecer la inobservancia de la prestación contractual, por una parte, que genera repercusión en la obligación de la otra. Aun cuando se susciten eventos fuera del control del deudor, excluyendo la intención de perjudicar al acreedor; sin que este intente al primero para constituirlo en mora.

En este sentido, en caso de que ninguno de los contratantes esté en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o se allane a cumplir⁴¹, como lo establece el Código civil ecuatoriano, en su artículo 1568; pues “si ambos contratantes, han incumplido, ninguno de los dos está en mora, y (...) pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir”⁴². Sin embargo, se pone en discusión las condiciones de imposibilidad de cumplimiento por eventos fuera del control de las partes

³⁷ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. (Bogotá: Temis Editores, 2019). 578-579.

³⁸ Hildebrando Leal Pérez, *Manual de Contratos, Tomo I, Octava Edición*. (Bogotá: Leyer Editores, 2024). 180.

³⁹ *Ibíd*, 180.

⁴⁰ Andrés Erbetta, "La responsabilidad contractual en torno al artículo 1945 del Código Civil chileno (artículo 2003 Código Civil colombiano)." *Opinión Jurídica* 18 (2019): 109-134.

⁴¹ Código civil, R.O. 104, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

⁴² Gustavo Contreras Restrepo, *Código civil comentado* (Bogotá: Editorial Leyer, 2008), 1037.

contractuales, por acción u omisión imputable al deudor, mediando o no, la intención de perjudicar al acreedor.

De igual manera, el artículo 1574, inciso segundo, establece que “la mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”⁴³, en aparente contradicción con su artículo 1563, inciso segundo, “(...) el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora”⁴⁴. En principio, si la mora es causada por fuerza mayor o caso fortuito, no se debe indemnización de perjuicios; sin embargo, el segundo artículo establece que, si se ha constituido la mora, se podrá exigir responsabilidad por los efectos del caso fortuito. Esto, permite adentrarse en la funcionalidad de la condición resolutoria tácita en el concepto de incumplimiento recíproco. De la misma manera, se refleja la utilidad del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, en su artículo 64, numeral tercero, respecto de la constitución al deudor en mora como efecto de la citación.

5. Determinación de la figura jurídica adaptable a las circunstancias de la inejecución de la obligación en el incumplimiento recíproco

5.1 El artículo 1505 del Código civil admite legitimación para resolver la relación jurídica sinalagmática al contratante incumplidor

El artículo 1505 del Código civil, en su inciso primero, consagra la inclusión de la condición resolutoria tácita⁴⁵, consistente en la ocurrencia del supuesto de incumplimiento como evento futuro e incierto de la resolución de las obligaciones del contrato bilateral, creado *ad conditionem*⁴⁶. La jurisprudencia reconoce a la mal llamada

⁴³ Artículo 1574, Código civil, 2005.

⁴⁴ Artículo 1563, Código civil, 2005.

⁴⁵ “El artículo en mención habla de “envuelta”; pero este término -como ya se ha visto- designa, sobre todo, una acción de tipo físico. Ni las leyes ni los pensamientos pueden permitirse tener coberturas (quizá solo las de la impunidad) ni ser envueltos. Por eso hay impropiedad. Aquí lo correcto debió ser (y es) el uso de la palabra “incluida”, participio de “incluir”. Tr. Dicho de una cosa: Contener a otra, o llevarla implícita”. Se observa lo que en gramática se conoce como impropiedad; la palabra envolver significa cubrir un objeto parcial o totalmente, ciñéndolo a tela, papel u otra cosa análoga. En caso de no aceptarse la palabra “incluida” también se podría usar “sobrentendida”. Oswaldo Encalada Vásquez, entrevistado por María Emilia Vega Guillén, 23 de septiembre de 2024, transcripción: www.onedrive.com, (último acceso: 22/10/2024).

⁴⁶ Esta modalidad no tiene de ninguna manera por efecto el suspender la existencia de la obligación que nace inmediatamente, como si la estipulación fuera pura y simple, sino que las partes han querido que la obligación se extinguiera si la condición se realizaba. Eugène Petit, “*Tratado Elemental de Derecho romano*” (México, DF: Editorial Porrúa, 2014), 343.

‘condición resolutoria’⁴⁷, pues no requiere pactarse como generalmente sucede con el resto de las obligaciones (condicionales, suspensivas, modales y resolutorias ya aludidas donde la condición resolutoria es expresa) sino que es consecuencia propia del incumplimiento⁴⁸. En consecuencia, a pesar de la crítica de ubicación normativa de la condición resolutoria tácita, en esencia, radica en el incumplimiento como evento futuro e incierto dentro de un contrato bilateral.

El artículo 1505 del Código civil, en su inciso segundo, respecto de las consecuencias jurídicas de la condición resolutoria tácita, se reconoce “una simple facultad para cuyo ejercicio se requiere la producción previa del presupuesto legal, consistente en el incumplimiento contractual”⁴⁹, se deja al arbitrio del contratante cumplido, el ejercer la acción de resolución o de cumplimiento en contra del incumplido, lo que se traduce en una facultad; pues si se tratase de una verdadera condición, cualquiera de las partes la podría ejercer, si así quisiera⁵⁰. Inclusive, sería razonable afirmar que el *ius variandi*⁵¹ es impracticable, porque el hecho del advenimiento de la condición conlleva la resolución inmediata de las obligaciones, lo que impediría su ejecución. Ello significaría no sólo la inviabilidad de mutar la pretensión⁵².

Con esa disquisición, se tiene que la resolución, es “[...] una facultad del acreedor, y no de una auténtica condición, ya que no se produce automáticamente sino por voluntad del acreedor, y no puede ser apreciada de oficio por el juez. Es una facultad

⁴⁷ Como, por ejemplo, en el Código civil peruano, se centra específicamente en la condición resolutoria (en el caso, expresa): “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. Artículo 1430, Código civil peruano promulgado el 25 de julio de 1984, reformado por última vez el 15 de agosto de 2024. De igual manera, en el Código civil italiano, se nombra solamente la condición resolutoria, cuando se trata de la resolución expresa, en el Capítulo XIV. Artículo 1456, *Codice civile*, n.º 291, aprobado por el Real Decreto n.º 262, de 16 de marzo de 1942, y modificado por el Decreto n.º 291, de 7 de diciembre de 2016.

⁴⁸ Causa No. 17230-2018-10199, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 11 de julio de 2019, pág. 10.

⁴⁹ Luis Parraguez Ruíz, *Manual de Derecho civil ecuatoriano Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000), 201.

⁵⁰ Causa No. 17230-2018-10199, pág.10.

⁵¹ La redacción (asunto de sintaxis) cojea en el texto, puesto que deberían estar mejor dispuestos los vocablos. Y en la última línea me parece que falta la presencia del adjetivo “debidos”, y, también, como remate, la presencia del adjetivo-participio “ocasionados”. Es lo pertinente cuando se habla de asuntos legales, donde prevalecen derechos y obligaciones entre los contratantes. Y, para cerrar el círculo, usar las conjunciones distributivas como “ya...ya”, “bien...bien”, etc. Estas conjunciones presentan dos alternativas de sentido dentro del mismo texto u oración. Oswaldo Encalada Vásquez, entrevistado por María Emilia Vega Guillén, 23 de septiembre de 2024, transcripción: www.onedrive.com, (último acceso: 22/10/2024).

⁵² Ver, Diego García Vásquez, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014).

que en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactar, pues se encuentra implícita”⁵³. Se atribuye a un lapsus técnico respecto de la evolución histórica, la calificación de condición, consistente en la facultad como fundamento de la condición resolutoria.

No obstante, se ha comentado acerca de la inclusión de otras figuras, en lugar de la resolución contractual, que modificarían su entendimiento en el incumplimiento recíproco: “celebrado legítimamente un contrato, la parte obligada queda sujeta a su vencimiento, y no puede eximirse de él en manera alguna (...) si el contrato es de aquellos en virtud del cual ambos contrayentes quedan obligados a alguna cosa, no cumpliendo el uno por su parte, puede el otro reclamar la rescisión”⁵⁴. Efectivamente, se producen estas imprecisiones, “producto de ese error es la ubicación actual entre las obligaciones condicionales, cuando su emplazamiento correcto debió estar entre los modos de extinguirse las obligaciones”⁵⁵.

En consecuencia, en lo atinente al orden gramatical de la norma y lo considerando respecto de la naturaleza de la condición resolutoria tácita y la facultad entregada al contratante; nada indica respecto de que el contratante que demande la resolución debe ser cumplidor, pues solamente consigna ‘podrá el otro contratante, pedir a su arbitrio’; respecto de la condición ‘de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado’. Por lo tanto, el artículo 1505 del Código civil admite al contratante incumplidor legitimación para resolver la relación jurídica sinalagmática. Tampoco, en orden sintáctico, indica los requisitos para la configuración de ese incumplimiento.

5.2 La prescindencia de la constitución en mora para accionar la condición resolutoria tácita

La doctrina diferencia el simple retraso, es decir, la no ejecución en término de la prestación debida, de la mora como retardo al que se suma el elemento de la culpabilidad que tiñe especialmente ese retraso para que produzca determinadas consecuencias⁵⁶. Efectivamente, para la configuración del incumplimiento, se constata el aspecto temporal y culpable, sin constitución explícita del deudor en mora⁵⁷. Pues, en la

⁵³ Causa No. 17230-2018-10199, pág.10.

⁵⁴ Referido a los efectos de los contratos, se invoca la rescisión a modo de acuerdo entre las partes. Robert J Pothier, *Tratado de las obligaciones traducido por S.M.S.* (Barcelona: Imprenta Fidel Giró, Cortés, 1878), 153.

⁵⁵ Luis Parraguez Ruíz, *Manual de Derecho civil ecuatoriano Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, 201.

⁵⁶ Ver, Luis Moisset de Espanes, “Efectos del simple retardo”, *Revista Ius et Praxis* 15 (1990).

⁵⁷ Así lo consigna el Código civil argentino, respecto de los fines de la resolución, en la que “el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato: el cumplimiento estricto de la

mora “no se puede afirmar que el deudor no ha cumplido, sino que no ha cumplido todavía”⁵⁸; siendo exigible desde el mismo instante de su transformación en pura y simple. No ocurren empero las cosas de manera tan simple o generalizada, se depende de las diferentes modalidades de los actos de voluntad como la condición, el término y el modo. Se interpone así, entre el punto exacto de cumplimiento teórico y el de cumplimiento real, un lapso de tiempo; en el que el deudor se encuentra en retraso⁵⁹.

Contrariamente, se considera que, “el retardo por otra parte debe ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o dolo”⁶⁰; pues, en sus fines “no solamente la mora produce efectos jurídicos, sino que también el retardo no culpable – que técnicamente no es mora – genera casi siempre consecuencias que van a incidir en la relación jurídica”⁶¹. Es decir, “el término ‘incumplimiento’ denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos.”⁶²

El mero retraso produce efectos jurídicos, “sin que para ello sea necesaria la constitución en mora del deudor (...) la mora desaparece como especialidad en el tratamiento del retraso en el cumplimiento de las obligaciones”⁶³. Pues, “no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución”⁶⁴. Respecto de la indemnización de perjuicios hay retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, que importa violación del derecho del acreedor, cuando el deudor está en mora (...) advirtiendo desde luego que el simple retardo no impone, por sí solo, obligación de indemnizar perjuicios si el deudor no se encuentra constituido en mora⁶⁵. Es decir, el

prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar, el incumplimiento es intencional, el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor. Artículo 1084, Código civil y comercial de la Nación, creado por el Decreto 191/2011, de 28 de febrero de 2011.

⁵⁸ Rafael Coello Serrano, *Efectos de las obligaciones*, (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1947), 308.

⁵⁹ *Ibíd*, 308.

⁶⁰ Felipe Osterling Parodi. *Las obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. 219.

⁶¹ Luis Moisset de Espanes, “Efectos del simple retardo”, *Revista Ius et Praxis* 15 (1990).

⁶² Víctor Herrada Bazán, “Tiempo de cumplimiento, retraso y mora del deudor”, *Colección Jurídica General* (2011), 11.

⁶³ *Ibíd*, 11.

⁶⁴ Luis Diez-Picazo. *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*. Santiago de Chile: Anuario de Derecho Civil, 1969.

⁶⁵ Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53 (2014).

término incumplimiento implica cualquier desperfecto en la ejecución; que puede no incluir indemnización.

Pues, “basta la afirmación del acreedor de no haber sido satisfecho para imponerle al deudor la carga de probar su cumplimiento o de justificar su no cumplimiento, so pena de responder por la indemnización de los perjuicios sufridos por tal motivo por el acreedor”⁶⁶. En consecuencia, el artículo 1505 del Código civil, inclusive en incumplimiento recíproco, operaría sin necesidad de la constitución en mora, al consignar “envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.

5.3 El posible nexo entre la resolución contractual y la excepción del contrato no cumplido en casos de incumplimiento recíproco

Una vez diferenciada la mora del simple retraso, por los efectos especiales que ella trae al deudor, si este no es constituido en mora, “colocado en situación más grave con respecto al acreedor, porque a la mora va unido el elemento de culpabilidad; resulta importante averiguar cómo puede purgarse la mora y restituir al deudor a su primitivo estado sin mácula”⁶⁷. Esto, en cuanto al principio la mora purga la mora, se trata en realidad de la mora del deudor en contraposición con la mora de otro deudor, pues en los contratos bilaterales cada parte es deudor y acreedor simultáneamente.

Así como se estableció la prescindencia de la constitución en mora para accionar la condición resolutoria tácita, en el artículo 1505 del Código civil; esta se excepciona con el artículo 1568 del Código civil. No obstante, en casos de incumplimiento recíproco, se comprende que ninguna de las partes cumple su obligación correlativa, por lo que encaja la excepción del contrato no cumplido, a tomarse como regla general, en caso de que a ambas se les haya constituido en mora; sin embargo, contraviene en caso de simple retraso en la ejecución de la obligación. Queda el sinsentido que, “ninguno de los contratantes esté en mora, dejando se cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en tiempo y forma debidos”⁶⁸. Es decir, en casos de

⁶⁶ Fernando Hinestroza, “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado* 24 (2019).

⁶⁷ Rafael Coello Serrano, *Efectos de las obligaciones*, (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1947), 324.

⁶⁸ Que, tras un análisis semántico del artículo en cuestión, ha sido modificado por el Dr. Oswaldo Encalada Vásquez: “en una versión, más castiza, por el uso de los tiempos verbales en futuro del subjuntivo, un futuro condicionado (tiempo favorito de los buenos legisladores -los de antaño, los que conocían más y mejor la lengua-): Artículo 1568 del Código civil ecuatoriano [mora en los contratos bilaterales]. - En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes caerá en mora, dejando de cumplir con lo pactado, mientras el otro no cumpliera por su parte, o no se allanare a cumplirlo, en la forma y tiempo debidos. Oswaldo Encalada

incumplimiento recíproco, ni el artículo 1505, ni el artículo 1568 del Código civil, se refieren a la mora.

Sin embargo, en consecución del caso de que a ambas partes se les haya constituido en mora, han de comprenderse los elementos prácticos de la mora en cuanto a su constitución: cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor; generando una discusión respecto de su prelación.

“La polémica se circunscribe al caso de las obligaciones bajo término, en las cuales se discute si debe imperar la regla de los glosadores *dies interpellat pro homine* o si es preciso siempre la intimación del acreedor realizada formalmente”⁶⁹. Siendo lógica la cuestión de hecho, que corresponde a la intimación del acreedor; en tanto la constitución de la mora en el numeral primero y segundo, son *ipso iure*. De lo que se recalca que, “el solo hecho de no pagar el día de vencimiento del plazo, no constituye culpa, al no ser verificada”⁷⁰. No obstante, la cuestión se corta al encontrarse dentro de los efectos de la citación, “constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley”⁷¹; que va de la mano con la interpelación por parte del acreedor. Esto, contrario al artículo 1567, numeral primero del Código civil, siguiendo el criterio de que la constitución en mora es una cuestión más de hecho que de derecho⁷².

Efectivamente, el posible nexo entre la resolución contractual y la excepción del contrato no cumplido, corresponde a mantener la armonía entre las siguientes normas, en caso de incumplimiento recíproco: “podrá el otro contratante (...) de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”, respecto de la condición resolutoria tácita, y que “ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple o no se allana a cumplir”, incluyendo las formas de constitución en mora e interpelación al deudor.

Vásquez, entrevistado por María Emilia Vega Guillén, 23 de septiembre de 2024, transcripción: www.onedrive.com, (último acceso: 22/10/2024).

⁶⁹ Rafael Coello Serrano, *Efectos de las obligaciones*, (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1947), 315.

⁷⁰ *Ibíd.*, 315.

⁷¹ Código Orgánico General de Procesos, [COGEP], Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, última modificación 21 de agosto de 2018.

⁷² Rafael Coello Serrano, *Efectos de las obligaciones*, 323.

5.4 El esclarecimiento de la normativa respecto de la mora e indemnización de perjuicios en el Código civil ecuatoriano

La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios⁷³. Esto implica que el deudor está exento de responsabilidad y no se le puede exigir compensación, ya que no es responsable por eventos fuera de su control. Por otro lado, el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora⁷⁴.

Si el deudor aún no ha incurrido en mora, no se le exige responsabilidad por el caso fortuito, pero si se ha constituido en mora, entonces se podría exigir responsabilidad por efectos del caso fortuito. Si bien la mora habilita la resolución, la sentencia del 7 de diciembre de 1982 de la Corte Suprema de Colombia indica que el artículo 1568 precisa que ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no cumpla, pero no dice que el contratante en mora está inhabilitado para demandar la resolución; esto cabe salvo que se demanden perjuicios.

La constitución en mora significa que el acreedor tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación en la especie pactada y además la compensación de los daños y perjuicios moratorios; de ser el caso, se le faculta la posibilidad inclusive, por caso fortuito⁷⁵. Por lo tanto, queda resuelta la cuestión si la mora además de constituir una dilación del deudor en el cumplimiento de su prestación, también requiere que sea imputable a este⁷⁶.

La inobservancia de la prestación contractual, por una parte, genera repercusión en la obligación de la otra en la que pueden suceder eventos fuera del control del deudor, excluyendo la intención de perjudicar al acreedor. Inclusive, sin que éste intente al primero para constituirlo en mora, “si el impedimento se debe al hecho o culpa del deudor o de las personas por las que responde, no se satisface la exigencia de la exterioridad, porque se trataría de un impedimento perteneciente a su esfera de control”⁷⁷.

Para proceder con la clarificación de conceptos respecto del retardo empleado en la ejecución, debe incluirse la previa intimación de pago o el vencimiento de obligación a plazo, siendo adaptable a la resolución o el cumplimiento del contrato con

⁷³ Artículo 1574, inciso segundo del Código Civil, 2005.

⁷⁴ Artículo 1563, inciso tercero del Código Civil, 2005.

⁷⁵ Felipe Osterling Parodi, *Las obligaciones*, 1988.

⁷⁶ Hildebrando Leal Pérez, *Manual de Contratos Tomo I*, 180.

⁷⁷ Íñigo de la Maza-Gazmuri, “La exterioridad del caso fortuito y la esfera de control”, *Revista de Derecho Civil* 4, (2023).

indemnización de perjuicios. “Pero si no da derecho a la indemnización de perjuicios es justamente porque el deudor no está en mora (...) en el fondo el art. 1558 inc. 2º al hablar de mora no usa la expresión en un sentido técnico como el referido en el art. 1551, sino que la utiliza en el sentido vulgar de retardo o demora en el cumplimiento”⁷⁸.

En lo atinente a la excepción se “hizo la enfática salvedad de que la excepción de contrato no cumplido no tenía la finalidad de destruir el vínculo en casos de incumplimiento, sino de asegurar que en tal evento el contratante que se rehusara a la satisfacción de la obligación no entraría a un estado de mora”⁷⁹, y la figura que cabe la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsiste esa mora recíproca; y agrega de forma muy contundente: “así se desprende de la inteligencia y aplicación armónica de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil”⁸⁰, correspondientes al artículo 1505 y 1568 del Código civil ecuatoriano.

De este modo se concretarían los resultados de la discusión en el estudio respectivo de la mora simultánea de ambos contratantes. En este sentido, la indemnización requiere mora y, en atención al artículo 1568 del Código civil, como ‘ninguna de las partes se encuentra en mora, mientras el otro no cumpla’; queda negada la opción para la indemnización.

6. El incumplimiento recíproco permite la resolución contractual sin indemnización

Respecto de las circunstancias del incumplimiento recíproco, se comprende que no se requiere la constitución en mora para accionar la resolución contractual, basta con el simple retardo en la ejecución de la obligación; por lo que, no procede la indemnización al ser la mora requisito para ella, mientras el otro no cumpla. En este sentido, es factible resolver el contrato tras simple retardo en la ejecución de la obligación contractual, así como lo aplicado al artículo 1505 y 1568 del Código Civil ecuatoriano, pues cabe el análisis de qué figura jurídica se asemeja de mayor manera al incumplimiento recíproco. No obstante, es objeto de análisis la constitución en mora siempre que implique la culpa del deudor como aclaración del artículo 1574 inciso segundo del Código Civil en el que

⁷⁸ Campos Micin, Sebastián Nicolás “Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el Derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, 48 (2020), 235.

⁷⁹ Santiago Valderrama Henao, “El mutuo incumplimiento del contrato bilateral en Colombia: en largo camino en la jurisprudencia civil (1897 - 2020)”, *Anuario de Derecho Privado* 03, (2017).

⁸⁰ *Ibidem*, 356.

se establece que la mora haya sido causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

De esta manera el incumplimiento recíproco permite la resolución en casos de simple retardo sin incluir perjuicios; cuando ambos han cumplido ninguno está en mora, pero pueden pedir la resolución sin indemnización de perjuicios.⁸¹ “La excepción de contrato no cumplido enerva la acción de cumplimiento y/o de indemnización de perjuicios; pero no impide la acción resolutoria, especialmente si ambas partes han incumplido las obligaciones que el contrato les impone”⁸². A pesar de que el acreedor haya optado por la vía resolutoria entablando la demanda correspondiente, el demandado puede impedir la resolución mediante el cumplimiento de la obligación⁸³.

Sin embargo, no corresponde a la constitución en mora, la excepción del contrato no cumplido para retener el cumplimiento de obligaciones propias, entendidas dentro de un cumplimiento parcial; al darse ‘imperfectamente’, lo que sucede cuando no se paga en forma íntegra o cuando existe retraso o mora en el cumplimiento. Inclusive, se permite que, junto con la indemnización de la mora, podrá pedir el acreedor que se le autorice a hacer ejecutar la obligación por un tercero (solamente dentro de las obligaciones de hacer) a expensas del deudor y que se indemnicen los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, en atención al artículo 1569 del Código civil.

Pues, “el requisito de la gravedad del incumplimiento de la contraparte para el ejercicio de la excepción de incumplimiento debe ser leído como un incumplimiento serio, pero no igualable al que se exige para la resolución por incumplimiento contractual”⁸⁴, cuando medió incumplimiento de la actora y que el mismo frustró completamente las expectativas de la demandada⁸⁵.

Se parte del razonamiento previo para comprender “el carácter preventivo de la resolución, no represivo de la parte incumplidora que apuntamos al tratar el fundamento de tal remedio, debe tomarse en consideración para valorar la gravedad del

⁸¹ Ver, Bruno Caprile Biermann, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”.

⁸² Ramón Domínguez Águila, “El incumplimiento recíproco en un contrato bilateral, la resolución del contrato y la excepción de contrato no cumplido”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 248 (2020), 1.

⁸³ Ver, Luis Parraguez Ruíz, *Manual de Derecho civil ecuatoriano Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000).

⁸⁴ Íñigo Andrés de la Maza-Gazmuri, “La excepción del contrato no cumplido. Algunas cuestiones relativas a su supuesto de hecho y consecuencias jurídicas”, *Revista Universitas* 139 (2019), 18.

⁸⁵ Nicolás Larrea Fradejas, “Relevancia del incumplimiento contractual como habilitante de la acción resolutoria: aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano”, *Law Review* 3 (2016), 42.

incumplimiento”⁸⁶, es decir, la exigencia de una reiterada voluntad del deudor rebelde en el incumplimiento para atender al dato objetivo del incumplimiento siempre que conlleve la frustración del fin del contrato. Por consiguiente, si ninguno de los incumplimientos tiene la relevancia suficiente para dar lugar a la resolución o si ninguno ha llegado a existir; se ha considerado que, no se pueda decretar la resolución, por ser inciertas las imputaciones de las partes⁸⁷.

7. Conclusiones

Tras el cuestionamiento doctrinario referido a los artículos 1505 y 1568 del Código civil; se adopta como mayor criterio en el juzgamiento, la resolución contractual como figura adaptable al fenómeno del incumplimiento recíproco, del que se concluye que, es viable como sanción al incumplimiento de las partes, al no requerir la constitución en mora del deudor, de lo que no procede la indemnización.

Esto se constata al comprender que el simple retardo en la ejecución de la obligación no constituye mora, por lo que basta el incumplimiento para demandar la resolución; que cuando ambas partes han incumplido, ninguno se encuentra en mora, en atención al artículo 1568 del Código civil; y que la mora se entiende siempre culpable. Siendo así, de la inejecución de la prestación de una parte contractual tras haber sido frustrada por el incumplimiento de la otra, procede la resolución contractual, sin indemnización, a fin de evitar el bloqueo contractual. En suma, cuando ambos contratantes han incumplido, ninguno está en mora, pero pueden pedir la resolución sin indemnización de perjuicios.

De esta manera, se propone armonizar la aplicación del artículo 1505 y 1568 del Código civil: resulta factible resolver el contrato tras simple retardo en la ejecución de la obligación contractual, sin incluir perjuicios; o si no se ha incurrido en mora, no se exige responsabilidad por caso fortuito; por lo que se da lugar a indemnización, solamente en caso de haberse constituido al deudor.

Se parte del razonamiento previo para comprender el carácter preventivo de la resolución, no represivo de la parte incumplidora que apuntamos al tratar el fundamento de tal remedio - situación aplicable a la excepción del contrato no cumplido – pues, se

⁸⁶ Francisco Santana Navarro, “El préstamo simple o mutuo y su posible resolución por incumplimiento”, *Estudios Monográficos*, 1032.

⁸⁷ Ver, Bruno Caprile Biermann, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2012).

prescinde la constitución en mora para accionar la condición resolutoria tácita; de la que, ante incumplimiento de la parte contraria, cabe una acción resolutoria contrapuesta. Es decir, el mecanismo idóneo a considerar, incluyendo las limitaciones que caracterizan el incumplimiento.