

Universidad San Francisco de Quito USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La relevancia del incumplimiento contractual como
presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria

Nicolás Esteban Larrea Fradejas

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de
abogado

Director: Oswaldo Santos Dávalos

Quito, 13 de noviembre de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La relevancia del incumplimiento contractual como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria”

Nicolás Esteban Larrea

Msc. Oswaldo Santos
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Luis Parraguez
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Vladimir Villalba
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, noviembre del 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ
EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO: “La relevancia del incumplimiento contractual como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria”

ESTUDIANTE Nicolás Esteban Larrea Fradejas

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado

La condición resolutoria tácita es una de las instituciones más importantes de la teoría general del negocio jurídico y de la teoría general de las obligaciones. Sin embargo, son algunas las discusiones relativas a esa institución que, en mi opinión, no están del todo zanjadas todavía. Una de ellas, quizás la más importante, guarda relación con la relevancia del incumplimiento como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. Por eso estimo que el problema presentado por el estudiante es muy trascendente.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La trascendencia de la hipótesis planteada por el estudiante también es muy grande. Él considera que la relevancia del incumplimiento sí es un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. Si el foro y la jurisprudencia acogieran esa hipótesis, las consecuencias teóricas y prácticas serían de importancia. En el plano teórico, sería necesario dedicar mayor análisis a los tipos de incumplimiento para determinar en qué casos tal incumplimiento obligacional se consideraría relevante. En el plano práctico, los contratantes, ante el incumplimiento de su contraparte, seguramente tendrían menos incentivos para iniciar la acción resolutoria, ya que, de acogerse el planteamiento del estudiante, la probabilidad de éxito de la acción resolutoria sería menor, dejando todo lo demás igual.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los materiales bibliográficos utilizados por el estudiante son adecuados. Hizo un buen trabajo respaldando su posición con doctrina y jurisprudencia pertinentes.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

La argumentación es buena. El estudiante tiene conocimientos muy sólidos de las instituciones relacionadas con su investigación. Además, la redacción del trabajo es clara y fácil de entender.

Considero que, para la defensa oral, el estudiante debería tomar en consideración lo siguiente:

- Primero, si es cierto que en el artículo 1505 hay una laguna sobre el tipo de incumplimiento que deba ser colmada aplicando la última regla del artículo 18 del Código Civil.
- Segundo, en qué medida importa que el incumplimiento sea irrelevante bajo la premisa de que la acción sea abusiva. En mi opinión, si el ejercicio de la acción resolutoria constituye un abuso del derecho, la acción deberá ser rechazada independientemente de que el incumplimiento sea irrelevante.
- Tercero, si es cierto que el artículo 1578 del Código Civil, que se refiere a la interpretación según el efecto útil, constituye una manifestación del principio de conservación de los negocios jurídicos.
- Finalmente, bajo la premisa de que la hipótesis del estudiante sea cierta, debería explorar si, frente a una acción resolutoria derivada de un incumplimiento irrelevante, el juez tendría la posibilidad de ordenar de oficio el cumplimiento forzoso del contrato sin incurrir en una incongruencia por *extra petita*.

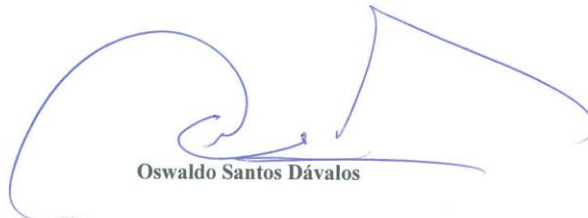
A pesar de que puedo no compartir todas sus conclusiones, el estudiante defiende su posición con solvencia. Su argumentación es consistente. Denota un alto grado de comprensión de la materia y una investigación muy diligente de su parte.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación

El estudiante ha cumplido adecuadamente con las distintas tareas que le han sido encomendadas a lo largo de la investigación.

Por todo lo expuesto, estimo que el estudiante está en condiciones de defender su trabajo de titulación ante un tribunal de grado.

Atentamente,



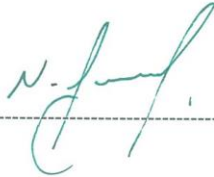
Oswaldo Santos Dávalos

© 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 a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----



Nombre: Nicolás Esteban Larrea Fradejas
Código: 00110880
C. C. 1717398059
Ciudad y fecha: Quito, 13 de noviembre de 2017

A mi padre, Esteban Larrea Serrano, no sólo esta obra, pero esta titulación. Para que en ella veas reflejado el sueño que hoy la vida te devuelve con el más profundo orgullo e ilusión.

Agradezco a mis padres, abuelos y hermanos, por ser el más grande ejemplo de trabajo y honestidad.

Agradezco a mis compañeros y futuros colegas, por las incansables discusiones que contribuyeron a mi formación.

Agradezco a la Universidad San Francisco de Quito, a su Colegio de Jurisprudencia y a todos mis profesores y amigos que hacen posible esta titulación.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene por objeto analizar si la relevancia del incumplimiento contractual constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. El artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano prescribe que, ante el incumplimiento de una de las partes de un contrato bilateral, el contratante cumplido podrá ejercer a su arbitrio la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso. En vista de que ambas acciones generan efectos jurídicos significativamente distintos, el problema jurídico que se plantea es si todo tipo de incumplimiento contractual habilita el ejercicio de la acción resolutoria o si es necesario que el incumplimiento sea relevante. A partir de este problema, el presente trabajo analiza los conceptos generales e instituciones jurídicas pertinentes, las diferentes corrientes doctrinarias que adoptan posturas contrapuestas y los diferentes elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano para sustentar cada tesis. Este análisis nos permite concluir que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen suficientes elementos para sostener que la relevancia del incumplimiento sí constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria.

ABSTRACT

This investigation paper has the purpose of analyzing if the relevance of the breach of contract is an enabler of the action of resolution. Article 1505 of the Ecuadorian Civil Code prescribes that, when occurs the breach of a bilateral contract from one of the parties, the party that has fulfilled his obligations is enabled to decide whether to exercise the action of resolution or the compliance action. Since both actions have significantly different legal effects, the legal problem that arises in this work is if any breach of contract enables the action of resolution or if is necessary for the breach of contract to be relevant. From this problem, this investigation paper analyzes the applicable general concepts and institutions, the opposing doctrines and all the different elements of the Ecuadorian legal system that help to support each thesis. This analysis allows us to defend that the relevance of the breach of contract constitutes a requisite for exercising the action of resolution.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: Conceptos generales e instituciones	2
1.1.- El incumplimiento	3
1.2.- Tipos de incumplimiento	6
1.3.- Condición resolutoria tácita.....	8
1.4.- Acción resolutoria.....	11
1.4.1.- Definición y presupuestos.....	11
1.4.2. Efectos generales de la acción resolutoria.....	14
1.5.- Acción de cumplimiento forzoso	16
CAPÍTULO II: Corrientes doctrinarias respecto de la relevancia del incumplimiento como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria	18
2.1.- Primera corriente doctrinaria: todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria	19
2.1.1.- Fundamento principal: falta de disposición expresa del Código Civil	20
2.1.2.- Fundamento secundario: normas del Código Civil respecto del pago efectivo	22
2.1.3.- La relevancia en el incumplimiento parcial o relativo.....	26
2.2.- Segunda corriente doctrinaria: únicamente el incumplimiento relevante habilita el ejercicio de la acción resolutoria.....	27
2.2.1.- Fundamentos para sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es esencial o relevante	28
2.2.2.- Criterios para determinar qué se debe entender por incumplimiento relevante	33
CAPÍTULO III: Análisis de los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano	40
3.1.- Elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permiten sostener que todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria	40
3.1.1.- Interpretación jurídica sobre la falta de disposición expresa del Código Civil	40
3.1.2.- Requisitos para que proceda la acción resolutoria.....	47
3.1.3.- Disposiciones del Código Civil ecuatoriano sobre el pago efectivo.....	49
3.2.- Elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permiten sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante.....	52

3.2.1.- La acción resolutoria como una medida de <i>ultima ratio</i>	53
3.2.2.- El principio de conservación del negocio jurídico.....	55
3.2.3.- El principio de la buena fe contractual y el abuso del derecho.....	58
3.2.4.- Las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).....	62
CONCLUSIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA	66
Legislación.....	66
Doctrina	66
Jurisprudencia	69
Instrumentos internacionales	69

INTRODUCCIÓN

Las relaciones jurídicas que se generan entre particulares son el instrumento más importante para el desarrollo de sus actividades económicas y sociales. A través de estas relaciones, las personas contraen obligaciones y adquieren derechos que les permiten alcanzar sus diferentes objetivos. Con el fin de otorgar seguridad y certeza en el desarrollo de estas relaciones, los ordenamientos jurídicos prevén normas y principios que las regulan y establecen limitaciones. Así, el Código Civil ecuatoriano contempla el régimen de las obligaciones y los contratos mediante el cual las personas cuentan con los elementos necesarios para establecer y desarrollar sus relaciones jurídicas en un marco de seguridad.

El instrumento más importante para establecer las relaciones jurídicas entre privados es el contrato bilateral. A través de él, los contratantes adquieren obligaciones recíprocas que generan contraprestaciones a ser cumplidas para alcanzar los fines de la contratación. Sin embargo, estas contraprestaciones no siempre se cumplen por ambos contratantes, por lo que, el Código Civil ecuatoriano ha previsto una solución frente al incumplimiento obligacional.

En este contexto, el artículo 1505 del cuerpo normativo citado prescribe:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios¹.

Esta norma contempla la institución de la condición resolutoria tácita que se incorpora en todo contrato bilateral sin necesidad de que los contratantes la hayan estipulado. De manera general, esta institución prescribe que, frente al incumplimiento de una de las partes en un contrato bilateral, la otra podrá elegir entre perseguir su cumplimiento forzoso o su resolución. Como analizaremos en el Capítulo I del presente trabajo, las diferentes acciones que la norma citada le otorga a uno de los contratantes frente al incumplimiento generan diferentes efectos. Perseguir el cumplimiento forzoso del contrato pretende compeler al deudor incumplido a satisfacer la prestación debida. Por otro lado, perseguir su resolución pretende la destrucción del vínculo jurídico entre el

¹ Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

deudor y el acreedor para así reestablecer la relación al momento anterior al de su nacimiento.

Precisamente del artículo citado surge el problema jurídico que se analiza en el presente trabajo y que se enmarca en tres preguntas fundamentales: [i] ¿Todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria? [ii] ¿La relevancia del incumplimiento constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria? [iii] ¿Qué criterio se debe utilizar para calificar la relevancia del incumplimiento?

Ante este problema jurídico existen dos grandes corrientes doctrinarias que se contraponen para ofrecer una solución. La primera de ellas defiende que todo tipo de incumplimiento, sin importar su relevancia, habilita el ejercicio de la acción resolutoria frente al incumplimiento del deudor. La segunda de ellas defiende que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria, sino únicamente aquel de carácter relevante. Esta segunda corriente, al defender la relevancia del incumplimiento como requisito para que proceda la acción resolutoria, ofrece diferentes criterios para definir qué se debe entender por incumplimiento relevante.

Ante el problema jurídico planteado, la hipótesis del presente trabajo de investigación es que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria y por tanto la relevancia del incumplimiento sí constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. Para verificar esta hipótesis, el presente trabajo se estructurará de la siguiente manera. En el Capítulo I expondremos los conceptos generales y las instituciones jurídicas que necesariamente se deben estudiar para situar el contexto del presente trabajo. En el Capítulo II expondremos los diferentes fundamentos utilizados por cada una de las corrientes doctrinarias mencionadas para defender su posición frente al problema jurídico planteado. En el Capítulo III realizaremos un análisis argumentativo que, basándose en los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, nos permitirá demostrar las fortalezas y debilidades de cada corriente. Esta estructura nos posibilitará, en las conclusiones de este trabajo, comprobar que en el caso ecuatoriano se verifica la hipótesis planteada para ofrecer una respuesta ante el problema jurídico expuesto.

CAPÍTULO I: Conceptos generales e instituciones

Damos inicio al presente trabajo exponiendo y desarrollando los conceptos e instituciones jurídicas que necesariamente deben tenerse presente para el objeto de

estudio. Sólo teniendo claro cuáles son estos, cómo se incorporan en el Código Civil ecuatoriano y cómo han sido interpretados por la doctrina, podremos entender el contexto en el que surge el problema jurídico planteado y posteriormente exponer las diferentes corrientes doctrinarias que han surgido para resolverlo. Por esta razón, en este capítulo analizaremos: [1.1] el incumplimiento, [1.2] sus diferentes tipos, [1.3] la institución de la condición resolutoria tácita, [1.4] la acción resolutoria con sus diferentes presupuestos y efectos, y [1.5] la acción de cumplimiento forzoso.

1.1.- El incumplimiento

El incumplimiento es una institución que se incorpora y se estudia en el Derecho civil dentro del capítulo sobre los efectos de las obligaciones. Sin embargo, el efecto propio, natural y esperado de las obligaciones no es el incumplimiento, sino el cumplimiento². Así lo pretenden las partes cuando se obligan y también lo reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano inspirado en el principio general del *pacta sunt servanda*³. El artículo 1561 del Código Civil prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁴. De ahí surge el aclamado aforismo jurídico que reza que el contrato es ley para las partes y constituye un principio fundamental a ser respetado en el ámbito contractual. En palabras de Fueyo Laneri:

La manera más propia y perfecta de extinguirse la obligación es precisamente por el cumplimiento, pago o *solutio*. Como efecto del cumplimiento se produce la extinción. Esta extinción, pues, no es de la esencia de la obligación, es sólo un efecto resultante del cumplimiento, como una consecuencia lógica – además de jurídica –, que es propia de dicho cumplimiento [cursivas en el original]⁵.

Resulta, por decir lo menos, lógico, que las obligaciones se contraen para que sus prestaciones sean cumplidas. Es así que Alessandri Rodríguez, con una sencillez

² Así lo ha sostenido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (hoy Corte Nacional de Justicia) en su fallo contenido en el Expediente de Casación No. 351 publicado en el Registro Oficial 471 de 11 de diciembre de 2001 al resolver: “El efecto esencial de las obligaciones del uno y del otro es la de cumplir las prestaciones prometidas de buena fe [...]. Lo normal es que cada uno de los deudores cumpla espontáneamente las obligaciones contraídas recíprocamente [...] ya que el tráfico jurídico se nutre de contratos eficaces, no de contratos nulos o incumplidos”.

³ El *pacta sunt servanda* constituye un principio general del derecho que sostiene que lo estipulado o pactado por las partes, cualquiera que sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido. Es decir, las partes se deben a lo pactado. *Vid.* Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Ed. Actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2012, P. 662.

⁴ *Vid.* Código Civil. Art. 1561. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁵ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 50.

admirable sostiene “lo normal y lo corriente de la vida jurídica, o mejor, lo que la ley supone como normal, es que el deudor cumpla voluntaria y espontáneamente con su obligación”⁶. Por lo tanto, no cabe duda de que el efecto propio y deseable de las obligaciones es el cumplimiento de sus prestaciones.

Ahora bien, el concepto y la institución que verdaderamente nos interesa analizar para efectos de este estudio es el incumplimiento. Para entenderlo de mejor manera es necesario acudir a la definición de Fueyo Laneri, quien sostiene que:

[E]l incumplimiento es aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle consecuencias de su conducta⁷.

La definición expuesta comprende varios elementos que merecen ser analizados con detenimiento. En primer lugar, el autor define acertadamente el incumplimiento como una “situación antijurídica” producto de la “actividad culpable del obligado”, pues de no ser así, este se vería facultado por el propio ordenamiento jurídico para justificar su incumplimiento alegando fuerza mayor o caso fortuito que le librarían de toda culpa⁸. Esta facultad excepcional del deudor para justificar su incumplimiento y librarse de responsabilidad únicamente procederá cuando el obligado no haya sido constituido en mora bajo alguno de los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico y que analizaremos en una sección posterior⁹.

⁶ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones: versiones taquigráficas de las cátedras de derecho civil*. Santiago de Chile: El Esfuerzo, 1976, p. 62. Citado en: Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, pp. 251 – 252.

⁷ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 256.

⁸ El Art. 30 del Código Civil ecuatoriano trata al caso fortuito y a la fuerza mayor como sinónimos y prescribe: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. *Vid.* Art. 1505. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005. Guillermo A. Borda sostiene que “fuerza mayor indicaría una fuerza irresistible, en tanto que caso fortuito señalaría un acontecimiento imprevisible. Pero los efectos serían iguales”. *Vid.* Guillermo A. Borda. *Manual de Obligaciones*. 7ma. Ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1846, p. 89. El inciso segundo del Art. 1563 del Código Civil ecuatoriano prescribe: “El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al deudor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”. *Vid.* Código Civil. Art. 1563. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁹ *Infra* 1.4.1.

En segundo lugar, la consecuencia inmediata producida por el incumplimiento, como bien lo precisa Fueyo Laneri, es una insatisfacción en la relación jurídica con respecto al tenor literal en que el obligado contrajo la obligación. Como se expondrá en la siguiente sección de este capítulo¹⁰, existen diferentes tipos de incumplimiento a los que Fueyo Laneri denomina como “hipótesis generales” y que son: el absoluto o propio, el impropio y el cumplimiento tardío¹¹. Otros autores como Valencia Zea sostienen que esta clasificación no es propia de la institución del incumplimiento sino de la mora del deudor¹². Sin embargo, por el momento basta afirmar que la consecuencia general e inmediata del incumplimiento, de cualquier tipo que este sea, es la insatisfacción en la relación jurídica a causa de una discordancia entre la conducta del obligado y lo que al tenor literal se acordó.

Finalmente, el último elemento de la definición que debe ser analizado es el efecto jurídico derivado del incumplimiento. Fueyo Laneri se refiere a él como la reacción del Derecho en contra del obligado culpable para imponerle consecuencias de su conducta. Dicha reacción, como se analizará más adelante, se encuentra prescrita en el artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano y constituye la institución que doctrinariamente se denomina “condición resolutoria tácita”¹³. Así, el principal efecto jurídico que se produce en los contratos bilaterales es que, verificado el incumplimiento, el acreedor cuenta con un derecho potestativo¹⁴ que le faculta para ejercer, a su arbitrio, la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso¹⁵.

Tanto la condición resolutoria tácita como la acción resolutoria y la de cumplimiento forzoso serán analizadas a continuación en este capítulo. Por el momento es suficiente con señalar que el incumplimiento desencadena efectos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico y que el más importante de ellos le otorga al acreedor un derecho

¹⁰ *Infra* 1.2.

¹¹ *Infra* 1.2. *Vid.* Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 252.

¹² *Vid.* Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, pp. 341 – 346.

¹³ *Infra* 1.3.

¹⁴ Un derecho potestativo es todo aquel que confiere al sujeto la facultad de provocar, si así lo quiere, determinado efecto jurídico. *Vid.* Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Ed. Actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2012, p. 305.

¹⁵ *Infra* 1.4. y 1.5.

potestativo que lo faculta para reaccionar ante la situación antijurídica por la que se ha visto afectado.

1.2.- Tipos de incumplimiento

Como se mencionó en la sección previa, la doctrina ha realizado una extensa clasificación de los tipos de incumplimiento. Para efectos de este trabajo no todos merecen ser analizados individualmente y a profundidad¹⁶. Sin embargo, sí será necesario hacer una breve exposición de los tipos de incumplimiento que Fueyo Laneri denomina como hipótesis generales y que se distinguen de la siguiente manera: el incumplimiento propio o absoluto, el incumplimiento impropio y el cumplimiento atrasado o tardío¹⁷.

El incumplimiento propio o absoluto, también denominado como “inejecución de la obligación”¹⁸, es el más alto grado posible de incumplimiento y se verifica cuando “el deudor infringe el deber de la prestación, frustrando por entero la legítima esperanza del acreedor”¹⁹. Canosa Torrado se refiere a este tipo de incumplimiento como “total”²⁰ y al respecto sostiene:

Hay incumplimiento total cuando el deudor se abstiene por completo de realizar una prestación de dar o de hacer (el vendedor no ejecuta la obra encomendada, etc.), o cuando el deudor actúa contraviniendo claramente una obligación de no hacer (el que habiéndose obligado a abrir un almacén dentro de cierto perímetro de la ciudad en determinado lapso de tiempo, viola su compromiso abriendo un nuevo establecimiento dentro del área en que no debe hacerlo antes del tiempo convenido) [el subrayado me pertenece]²¹.

Así, este tipo de incumplimiento resulta el de mayor transcendencia en cuanto a la insatisfacción de la relación jurídica, pues con él se verifica una completa abstención del deudor con respecto de la prestación que estaba obligado a cumplir.

El segundo tipo de incumplimiento, denominado impropio, es aquel que “equivale a dar o hacer malamente, [...] es insatisfactorio, imperfecto, insuficiente para entender

¹⁶ Sobre esta clasificación. *Vid.*: René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, pp. 923 – 929.

¹⁷ Esta clasificación tomada de: Fernando Fueyo Laneri. *Óp. Cit.*, p. 253. También fue expuesta en la obra: Nicolás Larrea y Mateo Wray. “Relevancia del incumplimiento contractual como habilitante de la acción resolutoria: aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review* III (2016), p. 40.

¹⁸ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 252.

¹⁹ *Id.*, p. 253,

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

cumplida la obligación y liberado el deudor”²². Abeliuk se refiere a este tipo como “incumplimiento parcial”²³ y señala que se verifica cuando la obligación se cumple de manera imperfecta, como cuando un deudor entrega un edificio que tiene defectos de construcción²⁴.

Finalmente, el tercer tipo no es propiamente un incumplimiento sino un cumplimiento pero atrasado o tardío. Se verifica cuando “no se ha satisfecho al acreedor en cuanto al tiempo, esto es, en la época oportuna, pues se ha cumplido [pero] con retraso”²⁵. Este tercer tipo parece estar estrechamente relacionado con la institución de la mora del deudor a la que nos referiremos más adelante.²⁶ Tan es así que Valencia Zea, por ejemplo, no lo considera propiamente un tipo de incumplimiento y más bien se refiere a él dentro de la clasificación de la mora del deudor²⁷. El autor distingue así entre la mora absoluta —que comparte el supuesto del incumplimiento absoluto— y la mora relativa, que comparte el supuesto del cumplimiento atrasado o tardío en la clasificación de Fueyo Laneri²⁸. Sin embargo, para efectos de este trabajo es suficiente con tener presente que la insatisfacción del acreedor a causa de este tercer tipo de incumplimiento se produce por el retraso del deudor en el cumplimiento de la prestación a la que se obligó.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no distingue de manera expresa los diferentes tipos de incumplimiento que han sido expuestos. Como se verá más adelante a detalle, el artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano se refiere únicamente al incumplimiento como el supuesto “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”²⁹. Por tanto, a primera vista dicho incumplimiento es capaz de desplegar los efectos previstos en la norma sin delimitar estos efectos atendiendo a un tipo específico.

La razón por la que resulta necesario tener presente esta distinción doctrinaria es que, como se verá en el capítulo siguiente de este trabajo, para ciertos autores los diferentes tipos de incumplimiento tienen una incidencia práctica al momento de determinar su

²² Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 253 – 254.

²³ René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 924.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 254.

²⁶ *Infra* 1.4.1.

²⁷ Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, pp. 341 – 342.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

relevancia y por tanto en los efectos que desencadena³⁰. Por ejemplo, para autores como Díez-Picazo, el tercer supuesto —de cumplimiento tardío— no siempre será equivalente a un incumplimiento como tal y, por tanto, no desplegará los efectos jurídicos previstos en el ordenamiento³¹. Sin embargo, estas disquisiciones forman parte del debate jurídico que gira en torno al problema jurídico planteado, materia de la cual nos ocuparemos exhaustivamente en el Capítulo II del presente trabajo.

1.3.- Condición resolutoria tácita

La condición resolutoria tácita es una institución de la Teoría general de las obligaciones que se encuentra regulada en el Código Civil ecuatoriano y es desarrollada por la doctrina en el estudio de las obligaciones condicionales. El análisis de su naturaleza y características ha sido motivo de capítulos enteros en los Tratados de Derecho civil y profundizar en ellas en esta sección implicaría desviar el objeto de este estudio. Sin embargo, no podemos prescindir de realizar una breve referencia a los aspectos que consideramos de mayor importancia para los objetivos planteados.

La condición resolutoria tácita se encuentra en el artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano que prescribe:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios³².

La norma citada es expresa en referirse a ella como una “condición resolutoria”. No obstante, como bien lo señala Abeliuk, más que una condición resolutoria entendida por esta como el hecho futuro e incierto del cual pende el nacimiento o la extinción de un derecho, constituye una “modalidad propia del incumplimiento del contrato bilateral”³³.

La doctrina ha sido unánime en sostener que la denominada condición resolutoria tácita no constituye una condición ni mucho menos de carácter resolutorio. Al igual que Abeliuk, reconocidos autores como Valencia Zea, Ospina Fernández, Parraguez Ruiz y Canosa Torrado concuerdan en que la condición resolutoria tácita no es propiamente una condición resolutoria si no un presupuesto previsto en la norma que otorga un derecho

³⁰ *Infra*. 2.1.3.

³¹ Luis Díez-Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. 1ra. Ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 18.

³² *Vid.* Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

³³ René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 643.

potestativo al acreedor cuando se verifica el presupuesto que es el incumplimiento. Sostienen —y así lo contempla la norma citada— que este derecho otorgado al acreedor le faculta para ejercer a su arbitrio la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso³⁴.

Para sostener que la condición resolutoria tácita no constituye propiamente una condición resolutoria, Valencia Zea señala tres razones. La primera, que la condición resolutoria tácita, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, requiere declaración judicial. La segunda, que es por naturaleza “tácita” y por tanto no requiere pactarse como sí ocurre con las demás condiciones. Finalmente, la tercera, que la norma del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita contempla expresamente un derecho autónomo de resolución judicial no sujeto a la verificación de un hecho futuro e incierto³⁵. Respecto de esta tercera razón el profesor colombiano Ospina Fernández concuerda afirmando:

Incurrió pues, en error nuestro Código al incluir el artículo 1546 [equivalente al Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano] en el tratado de las obligaciones condicionales y al emplear la antigua e inexacta denominación de *condición resolutoria tácita* para calificar la que, en verdad es una *acción resolutoria* de los contratos [texto agregado y cursivas en el original]³⁶.

En efecto, como señalan ambos autores, la condición resolutoria tácita no constituye una condición resolutoria como tal. Sin embargo, tampoco se la puede definir —como lo hace Ospina Fernández— como “una acción resolutoria de los contratos” por cuanto esto implicaría desconocer la acción de cumplimiento forzoso que también le es otorgada al acreedor.

Para comprender de mejor manera este error conceptual en el que incurrió el Código Civil ecuatoriano es necesario analizar el criterio expuesto por Parraguez, quien sostiene:

Debe atribuirse un lapsus técnico producido en el curso de su evolución histórica, la calificación de “*condición*” a este fenómeno que se explica de modo más simple y riguroso con la fórmula de la “*facultad*”. Producto de ese error es la ubicación del Art. 1532 [actual artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano] entre las obligaciones condicionales, cuando su emplazamiento correcto debió estar entre los modos de

³⁴ Vid. Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, pp. 72 – 73. Se debe mencionar que existe una disquisición doctrinaria en cuanto a la terminología utilizada para definir a la condición resolutoria tácita. Carlos Miguel Ibáñez sostiene que existen ciertos autores que la definen como un “derecho potestativo” y otros que la definen como una “facultad”. Cfr.. Carlos Miguel Ibáñez en su *Op. cit.* p. 64.

³⁵ Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 6da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1982, pp. 162 – 163. Citado en: Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 73.

³⁶ Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 6ta. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 487.

extinguirse las obligaciones, a falta de un Título destinado a la parte general de los contratos que habría sido el lugar ideal [texto agregado]³⁷.

Sobre las razones históricas de este “lapsus técnico” al que se refiere el autor citado, Valencia Zea señala que se deben a una incorrecta explicación de Pothier y los pensadores franceses que inspiraron la redacción del Código Civil francés de 1804 y que ha servido de modelo para ciertos códigos civiles latinoamericanos, entre ellos el ecuatoriano³⁸. Así, el primer aspecto que pretendemos esclarecer es que la condición resolutoria tácita constituye un derecho del acreedor que se le otorga ante la verificación del presupuesto del incumplimiento y no una condición resolutoria como su nombre lo indica.

El segundo aspecto que se debemos rescatar es que la condición resolutoria tácita no genera *ipso iure* la resolución del contrato bilateral o su cumplimiento forzoso³⁹. Como ya se señaló, el incumplimiento es el presupuesto que debe verificarse para que el acreedor pueda ejercer su derecho potestativo y, una vez verificado, el acreedor podrá elegir a su arbitrio o la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso. Cada una de estas acciones cuenta con presupuestos, características y efectos particulares que serán estudiados independientemente a continuación en este capítulo⁴⁰. Por el momento es suficiente señalar que ni la resolución ni el cumplimiento se generan *ipso iure* y que, como lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (hoy Corte Nacional de Justicia), ambas acciones no pueden ser ejercidas simultáneamente debido a la incompatibilidad de sus pretensiones⁴¹.

Finalmente, debemos realizar dos precisiones más respecto a la condición resolutoria tácita. La primera, que el derecho potestativo del acreedor frente al incumplimiento le es

³⁷ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 201.

³⁸ Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 72 – 73. Para profundizar en las razones históricas: Vid. Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 6da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1982, pp. 162 – 163.

³⁹ *Id.*, p. 285.

⁴⁰ *Infra* 1.4. y 1.5.

⁴¹ Así lo ha sostenido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) en Resolución No. 418-2000, Expediente de Casación 418, publicada en el Registro Oficial 226 de 18 de octubre de 2000. En la mencionada sentencia, la Sala resolvió: “Pedir precisamente la resolución del contrato y que se lo efectúe implica vicio de inatención en el razonamiento. Por lo tanto no cabe, como en la especie, exigir al mismo tiempo que se resuelva el contrato (lo que implica privarle de toda eficacia legal) y a la vez pedir su cumplimiento [...]; tampoco cabría exigir en parte la resolución y en parte el cumplimiento del contrato. Las dos tienen naturaleza completamente distinta e incompatible”.

otorgado por expreso mandato de la ley sin que tenga que ser pactada por las partes⁴². De ahí su denominación de “tácita” que la distingue de otras instituciones análogas como el pacto comisorio y la condición resolutoria ordinaria⁴³. La segunda, que la condición resolutoria tácita, como se desprende del tenor literal del artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano, va envuelta y por tanto opera únicamente en los contratos bilaterales⁴⁴. Así lo sostienen la mayoría de autores estudiados en esta sección con excepción de Luis Claro Solar, quien afirma que esta también opera —como se ha discutido en Francia— en los contratos unilaterales⁴⁵.

Al respecto creemos que en el sistema ecuatoriano una afirmación de esta naturaleza contravendría la disposición expresa del Código Civil que prescribe “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”⁴⁶. Por tanto, nos ratificamos en lo afirmado sin prescindir de mencionar que la doctrina no ha sido unánime al respecto.

1.4.- Acción resolutoria

1.4.1.- Definición y presupuestos

El término “resolución” en su acepción más amplia tiene su origen en el vocablo latino de *solvere* o *resolvere* que implica soltar, desligar o desatar⁴⁷. En el aspecto jurídico, este término se sitúa en ámbito contractual y hace referencia a la destrucción o disolución de un contrato con posterioridad a su formación⁴⁸. Como bien lo señala Valencia Zea, existen dos grandes tipos de resolución: la convencional y la legal⁴⁹. La primera es aquella por la cual los mismos contratantes renuncian al contrato y, la segunda es aquella que se

⁴² Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 71.

⁴³ Sobre el pacto comisorio y la condición resolutoria ordinaria. Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, pp. 205 – 208, y Vid. Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 6ta. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 486.

⁴⁴ Vid. Art. 1505. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁴⁵ René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 643.

⁴⁶ Vid. Código Civil. Art. 18 numeral 1. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁴⁷ Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 34.

⁴⁸ *Id.*, p. 36.

⁴⁹ Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, p. 154.

les impone a los contratantes por disposición expresa de la ley⁵⁰. Para efectos de este estudio dejaremos de lado la resolución convencional y nos centraremos únicamente en la legal.

Valencia Zea —en concordancia con las disposiciones del Código Civil ecuatoriano— señala que la resolución legal puede llevarse a cabo en tres supuestos. Primero, cuando se verifica un incumplimiento voluntario, es decir, no imputable al deudor y que ha sobrevenido por razones de fuerza mayor o caso fortuito⁵¹. Segundo, cuando se verifica la imposibilidad de cumplimiento del deudor por existir una excesiva onerosidad de la prestación⁵². Tercero, cuando se verifica el denominado “incumplimiento voluntario” o imputable a la culpa del deudor⁵³. En este último supuesto es en donde se enmarca nuestro estudio y, como hemos señalado, es el que se desprende del artículo 1505 del Código Civil.

Pues bien, una vez explicado el término “resolución” y sus presupuestos, debemos situarnos en el contexto de la acción resolutoria. No nos detendremos a profundizar en el estudio de sus antecedentes históricos y las teorías en torno a su fundamento⁵⁴, pues creemos preferible, para efectos de la verificación de nuestra hipótesis, enfocarnos en su definición, presupuestos y efectos.

Canosa Torrado señala que la acción resolutoria es “aquella que se dirige a resolver el contrato y de esta manera desligar al contratante diligente del vínculo jurídico que lo une al contratante negligente”⁵⁵. Desde esta perspectiva, la acción resolutoria tiene por objeto la ruptura del vínculo obligacional entre el deudor y el acreedor por la insatisfacción producida en este último tras la verificación del incumplimiento.

Luis Parraguez añade que la acción resolutoria “es aquella de que dispone el contratante que ha cumplido, o ha estado allanado a cumplir sus obligaciones, para demandar judicialmente la resolución del contrato en contra del contratante que está en

⁵⁰ Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, p. 154.

⁵¹ *Ibíd.* Vid. Código Civil. Arts. 1563, 1574 y 1606. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Id.*, p. 155.

⁵⁴ Sobre sus antecedentes históricos. Vid. Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, pp. 156 – 159. Sobre las teorías en torno a su fundamento. Vid. Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 298 – 306.

⁵⁵ Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 189.

mora de cumplir sus obligaciones”⁵⁶. Para este autor, para que proceda la acción resolutoria es imprescindible que se verifiquen cuatro presupuestos. El primero de ellos es que el contratante que la pretende ejercer debe haber cumplido con las obligaciones que le imponía el contrato que pretende resolver⁵⁷. El segundo es que el contratante demandado debe encontrarse en mora de cumplir sus obligaciones contractuales⁵⁸. El tercero es que el contrato que se pretende resolver sea susceptible de resolución⁵⁹. Finalmente, el cuarto presupuesto es que el incumplimiento sea relevante⁶⁰.

Por el cuarto presupuesto se desprende que el autor se adscribe a la corriente doctrinaria que defiende que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante. Los fundamentos de esta corriente doctrinaria serán analizados a detalle en el Capítulo II. Por el momento basta afirmar que la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (hoy Corte Nacional de Justicia) ha recogido y ratificado los tres primeros presupuestos señalados para el ejercicio de la acción resolutoria de la siguiente manera:

En los contratos bilaterales, va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, circunstancia en la cual el otro contratante, podrá pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del convenio, con indemnización de perjuicios; pero es evidente también, que esta condición resolutoria tácita supone que cada una de las partes debe cumplir aquello que se obligó para exigir de la otra el mantenimiento de la situación jurídica. Por esta razón es que, en esta clase de

⁵⁶ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 221.

⁵⁷ *Id.*, p. 228. Este presupuesto se desprende del Art. 1568 del Código Civil que prescribe: “En los contratos bilaterales 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”. *Vid.* Art. 1568. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁵⁸ Luis Parraguez Ruiz. *Op. cit.*, p. 228. El Art. 1567 numeral 1 del Código Civil prescribe que el deudor está en mora “cuando no haya cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”. *Vid.* Código Civil. Art. 1567 numeral 1. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁵⁹ Luis Parraguez Ruiz. *Op. cit.*, p. 228. El autor señala que existen contratos bilaterales, como el de arrendamiento y el de sociedad, que por su naturaleza no son susceptibles de resolución. El de sociedad, por ejemplo, se rige por las disposiciones específicas del Código Civil, Código de Comercio y Ley de Compañías. El Art. 1957 del Código Civil lo define como “un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Por constituir una persona jurídica distinta de los socios contratantes, Parraguez Ruiz sostiene que “las relaciones jurídicas trabadas entre quienes contrataron, pierden los caracteres comunes de la vinculación contractual ordinaria merced de la presencia autónoma de la persona jurídica que actúa por sobre los socios”. *Vid.* Luis Parraguez Ruiz, *Op. cit.* p. 239. Esto genera que existan disposiciones legales específicas en el ordenamiento jurídico que prevean los efectos del incumplimiento por parte de uno de los socios, como por ejemplo la “exclusión” de un socio por incumplimiento, sin que por tanto tenga cabida la “resolución” contemplada en el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano.

⁶⁰ Luis Parraguez Ruiz. *Op. cit.*, p. 228.

convenciones, 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 y el deudor está en mora; a) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la Ley exija requerimiento; b) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo y se ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, c) en los demás casos, cuando ha sido judicialmente reconvenida por el acreedor⁶¹ [Énfasis agregado].

Por lo tanto, no se evidencia del fallo citado —ni tampoco de otros fallos de cortes ecuatorianas— que la relevancia del incumplimiento constituye un presupuesto para que proceda la acción resolutoria.

1.4.2. Efectos generales de la acción resolutoria

Ya hemos mencionado con anterioridad que la resolución derivada de la condición resolutoria tácita —a diferencia de aquella de la condición resolutoria ordinaria— debe ser declarada judicialmente y por tanto no opera *ipso iure*⁶². Sin embargo, los efectos de la resolución siempre serán los mismos, independientemente del tipo de resolución de que se trate o de cómo se origine⁶³. Los efectos generales de la resolución se clasifican dentro de los siguientes dos grupos: el efecto entre las partes o *inter partes* y los efectos frente a terceros.

El efecto *inter partes* se encuentra previsto en el artículo 1503 del Código Civil ecuatoriano que prescribe “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición [...]”⁶⁴. Así, la resolución produce la desaparición del contrato y por consiguiente la extinción de los derechos y obligaciones que de este emanaron, viéndose las partes obligadas a restituirse recíprocamente las cosas que fueron objeto del contrato —con sus respectivos frutos— para así retornar al estado anterior al de su celebración⁶⁵. Al respecto Parraguez sostiene que “ambas partes deben restituir lo que recibieron en virtud del acto o contrato que se ha resuelto. Si se trata de una compraventa, el vendedor devolverá la parte del precio recibido y el comprador la cosa

⁶¹ Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia). Sala de los Civil y Mercantil. Serie 13. Gaceta Judicial No. 11 de 12 de febrero de 1981.

⁶² Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 285.

⁶³ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 213.

⁶⁴ Código Civil. Art. 1503. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁶⁵ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 213.

comprada”⁶⁶. Es por tanto un efecto de carácter retroactivo, siempre que la naturaleza del contrato así lo permita⁶⁷.

Hay casos en que los derechos de terceros se podrían ver afectados por la resolución. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando en un contrato de compraventa el deudor del precio —que adquiere en contraprestación un bien— lo ha enajenado o ha constituido sobre dicho bien un gravamen a favor de un tercero⁶⁸. Si esto ocurre y posteriormente se resuelve el contrato de compraventa, ¿cómo se satisface el derecho del vendedor a la *restitutio in integrum* si el bien que entregó como contraprestación se encuentra en poder de un tercero?

Ante esta interrogante el Código Civil ecuatoriano ofrece la siguiente solución atendiendo a la naturaleza del bien —si se trata de un mueble o de un inmueble— y a la buena o mala fe del tercero que lo adquiere⁶⁹. El artículo 1506 de la norma citada prescribe que, si el bien que se debe bajo condición resolutoria es de naturaleza mueble y este es enajenado a favor de un tercero adquirente de buena fe, entonces no habrá lugar a la reivindicación del bien como derecho de restitución⁷⁰. Por otro lado, el artículo 1507 de la misma norma prescribe que si el bien que se debe bajo condición es de naturaleza inmueble y, este ha sido enajenado o se ha constituido sobre el un gravamen a favor de un tercero, no podrá resolverse la enajenación o el gravamen y solicitarse la reivindicación en contra del tercero, salvo que este lo haya adquirido de mala fe⁷¹. Se desprende de la norma citada que la mala fe del adquirente se verificará cuando la

⁶⁶ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 214.

⁶⁷ Existen contratos bilaterales que por su naturaleza no permiten un efecto retroactivo. Parraguez cita como ejemplo los de tracto sucesivo que son aquellos en los que “las obligaciones de las partes, o de una de ellas al menos, consisten en prestaciones periódicas o continuas”. *Vid.* Luis Parraguez Ruiz, *Op. cit.* p. 239. Estos contratos, en palabras de Parraguez, contemplan prestaciones que ya han sido cumplidas continuamente y, por tanto, no admitirían el efecto propio de la resolución que es la *restitutio in integrum*. Como sería imposible aplicar una *restitutio in integrum* para prestaciones que ya han sido cumplidas, no se puede hablar propiamente de una “resolución”. Es por esto que los Arts. 1873 y 1879 del Código Civil que regulan el contrato de arrendamiento prescriben que habrá lugar a la “terminación”, que difiere de la “resolución” prevista en el Art. 1505 del Código Civil.

Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, pp. 240 – 242-.

⁶⁸ *Id.*, p. 215.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Vid.* Código Civil. Art. 1506. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁷¹ *Vid.* Código Civil. Art. 1507. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

condición constaba en el título del bien inmueble y que por tanto el adquirente debía conocer su existencia⁷².

1.5.- Acción de cumplimiento forzoso

La acción de cumplimiento forzoso, como hemos mencionado a lo largo de este capítulo, constituye la segunda opción que el acreedor puede ejercer frente al incumplimiento como consecuencia de su derecho potestativo. Canosa Torrado la define como “aquella que se dirige a compeler al deudor negligente a satisfacer la pretensión por él debida o, en su defecto y cuando esto no sea posible, a obligarlo a indemnizar los daños y perjuicios que la inejecución directa ha causado al acreedor”⁷³. El citado autor sostiene que el cumplimiento forzoso puede acarrear una ejecución directa o una ejecución indirecta⁷⁴. A la primera la define como “aquella que se dirige a conseguir del deudor la realización de la misma prestación que ha sido incumplida”⁷⁵. La segunda en cambio, “es aquella que se dirige a conseguir del deudor una indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios que la inejecución directa ha causado al acreedor”⁷⁶.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano los dos tipos de ejecución forzosa señalados no son excluyentes entre sí. Como se desprende del artículo 1505 del Código Civil, el acreedor podrá ejercer la acción de cumplimiento forzoso y además una acción de indemnización por los daños y perjuicios cuando estos se hubieren ocasionado⁷⁷. Tampoco se desprende de la norma citada un título o sección dedicada a regular la institución del cumplimiento forzoso. Sin embargo, como bien lo señala Fueyo Laneri, resulta imprescindible distinguir su modalidad atendiendo al tipo de prestación que se ha incumplido⁷⁸. Así, la doctrina ha distinguido entre la acción de cumplimiento forzoso cuando se trata de obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer⁷⁹. No es objeto de este estudio realizar un análisis exhaustivo de cada modalidad con sus

⁷² Sobre la calificación de la buena o mala fe del tercero. Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 216.

⁷³ Fernando Canosa Torrado. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003, p. 188.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Vid. Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁷⁸ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 269.

⁷⁹ Sobre esta clasificación. Vid. René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, pp. 929 – 936.

respectivos fundamentos y naturaleza, de lo cual se ocupan algunos autores⁸⁰. Sin embargo, sí merece una breve exposición de cada una.

El cumplimiento forzoso de las obligaciones de dar será posible siempre y cuando la cosa que se ha pactado transferir no haya sido destruida y el riesgo recaerá sobre el deudor o el acreedor dependiendo de si se trata de una cosa genérica o de un cuerpo cierto⁸¹.

Por otra parte, si el cumplimiento forzoso se pretende en una obligación de hacer y el deudor ha sido constituido en mora, el artículo 1569 del Código Civil ecuatoriano le otorga al acreedor la facultad para elegir entre una de las siguientes opciones: que se le autorice la ejecución de la prestación por parte de un tercero y a expensas del deudor que incumplió o, que el deudor indemnice al acreedor por los perjuicios generados por el incumplimiento⁸². Por tanto, en el caso de las obligaciones con prestaciones de hacer, el acreedor deberá elegir entre una ejecución directa realizada por un tercero o una ejecución indirecta a la que nos referimos anteriormente.

Finalmente, si se trata del cumplimiento forzoso de una obligación de no hacer, el artículo 1571 del Código Civil ecuatoriano prescribe que esta se llevará a cabo mediante la indemnización de perjuicios si es que no puede deshacerse lo hecho⁸³. El incumplimiento en una prestación de no hacer ocurrirá cuando el deudor que se obligó a no realizar determinada conducta, prometiendo una abstención, realiza lo prohibido⁸⁴. En este caso, la ejecución forzada se podrá llevar a cabo de dos formas. Primero, deshaciendo lo hecho por el deudor, siempre y cuando esto sea posible y “necesario para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato en atención del principio *pacta sunt servanda*”⁸⁵. El artículo 369 del Código Orgánico General de Procesos prescribe que el juzgador le otorgará un término al deudor para que deshaga lo hecho y señalará la suma de dinero que deberá este pagar por hacerlo sin perjuicio de pagar también los valores correspondientes a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados⁸⁶.

⁸⁰ Vid. Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 284 – 292.

⁸¹ René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, pp. 931 – 932.

⁸² Vid. Código Civil. Art. 1565. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁸³ Vid. Código Civil. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁸⁴ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 289.

⁸⁵ *Id.*, p. 290.

⁸⁶ Vid. Código Orgánico General de Procesos. Art. 369. Registro Oficial Suplemento No. 506 del 22 de mayo de 2015.

Segundo, cuando resulte imposible deshacer lo hecho por el deudor, la ejecución forzada se llevará a cabo otorgándole al acreedor una indemnización por los daños ocasionados⁸⁷. El artículo 369 del Código Orgánico General de Procesos prescribe que el deudor deberá consignar el valor que el juzgador determine en una audiencia que corresponde por esta indemnización⁸⁸. Así, la ejecución en esta segunda forma será de naturaleza indirecta y por tanto atenderá a un criterio de equidad como remedio frente a la imposibilidad de hacer prevalecer el principio *pacta sunt servanda*⁸⁹.

Finalmente, concluimos esta sección afirmando que la acción de cumplimiento forzoso —si bien puede ser elegida al arbitrio del acreedor— no siempre será posible. Esto ocurre a diferencia de la acción resolutoria que, como expusimos en la sección previa⁹⁰, siempre procederá cuando se cumplan los presupuestos que fueron estudiados. Sin embargo, precisamente al momento de determinar los presupuestos para que proceda la acción resolutoria es en donde surgen las preguntas en donde se enmarca el problema jurídico planteado. Para algunos, como Parraguez, la relevancia del incumplimiento constituye un presupuesto para que proceda la acción resolutoria. Por lo tanto, no todo tipo de incumplimiento es capaz de habilitar esta acción. Para otros, como veremos a continuación en el Capítulo II, todo tipo de incumplimiento —sin importar su tipo o su relevancia— habilitan el ejercicio de la acción resolutoria.

En el siguiente capítulo de este trabajo explicaremos cuáles son las disquisiciones doctrinarias respecto del problema jurídico planteado y cuáles son los fundamentos utilizados por cada corriente para adoptar sus respectivas posturas.

CAPÍTULO II: Corrientes doctrinarias respecto de la relevancia del incumplimiento como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria

Continuamos el presente trabajo exponiendo las dos corrientes doctrinarias que se contraponen ante el problema jurídico planteado. La primera de ellas defiende que todo

⁸⁷ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 290.

⁸⁸ *Vid.* Código Orgánico General de Procesos. Art. 369. Registro Oficial Suplemento No. 506 del 22 de mayo de 2015.

⁸⁹ Sobre la equidad como fundamento de la ejecución indirecta. *Vid.* Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 291.

⁹⁰ *Supra.* 1.4.1.

tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria. Por tanto, no se debe considerar a la relevancia del incumplimiento como un presupuesto. Por otra parte, la segunda corriente defiende que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquél que es relevante. Esta segunda corriente cuenta con diferentes criterios para calificar la relevancia del incumplimiento y, por tanto, determinar cuándo procede la acción resolutoria.

El presente Capítulo se estructura de la siguiente manera: [2.1] primero, analizaremos la primera corriente doctrinaria que defiende que todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria y, [2.2] segundo, analizaremos la segunda corriente doctrinaria que defiende que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante. En cada sección expondremos los diferentes fundamentos utilizados para sustentar cada corriente. Esto nos permitirá contar con todos los elementos doctrinarios suficientes para luego, en el Capítulo III, enfocar nuestro análisis argumentativo en los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.1.- Primera corriente doctrinaria: todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria

La primera corriente doctrinaria defiende que todo tipo de incumplimiento, sin importar su relevancia, habilita el ejercicio de la acción resolutoria. Para quienes la defienden basta que se verifiquen el incumplimiento tal como se encuentra señalado en el artículo 1505 del Código Civil para que el acreedor pueda ejercer a su arbitrio la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso. Adicionalmente, si el acreedor opta por la acción resolutoria, únicamente deberán verificarse los presupuestos previstos en la norma que en ningún momento distingue entre los tipos de incumplimiento o señala que debe tratarse de un incumplimiento relevante.

Esta corriente doctrinaria se encuentra sustentada por dos fundamentos: uno de carácter principal y otro de carácter secundario. [2.1.1] El fundamento principal consiste en la falta de disposición expresa del Código Civil respecto de los tipos de incumplimiento y del incumplimiento relevante. [2.1.2] El fundamento secundario consiste en las normas del Código Civil respecto del pago efectivo. Finalmente [2.1.3], dedicaremos una sección a exponer las posturas doctrinarias respecto de la relevancia del

incumplimiento parcial o relativo. A continuación nos referiremos a cada uno en su respectivo orden.

2.1.1.- Fundamento principal: falta de disposición expresa del Código Civil

Como hemos señalado a lo largo de este estudio, el artículo 1505 del Código Civil se refiere al incumplimiento como el supuesto “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”⁹¹. La verificación de este incumplimiento habilita al acreedor a ejercer la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso. Quienes se adscriben a esta corriente argumentan que el Código Civil —ni en su artículo 1505 ni en ningún otro artículo— distingue entre los diferentes tipos de incumplimiento o define el concepto de incumplimiento relevante. Por lo tanto, sostienen que no se puede limitar el derecho potestativo del acreedor, que le faculta para elegir cualquiera de las dos acciones previstas, introduciendo un concepto sobre el cuál el Código no hace referencia.

La falta de disposición del Código Civil respecto de los tipos de incumplimiento y su relevancia ha generado que reconocidos doctrinarios clásicos del Derecho civil ni siquiera hayan discutido en sus obras el problema jurídico planteado en el presente trabajo. Esto sucede con los chilenos Barros Errázuriz⁹² y Alessandri Rodríguez⁹³, los colombianos Ospina⁹⁴ y el ecuatoriano Larrea Holguín⁹⁵; todos quienes han estudiado a profundidad los respectivos códigos civiles de sus países que tienen sus orígenes en el Código Civil de Andrés Bello.

En palabras de Fueyo Laneri, la doctrina chilena clásica, a la que ha denominado como “la doctrina de la severidad y la estrictez”⁹⁶, históricamente ha utilizado como argumento para interpretar el Código Civil el adagio que reza “donde la ley no distingue, no es lícito al hombre distinguir”⁹⁷. A continuación afirma que de esta estrictez en la interpretación de las normas del Código se han valido los doctrinarios chilenos clásicos

⁹¹ Vid. Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁹² Vid. Alfredo Barros Errázuriz. *Curso de Derecho Civil – Trata de los Contratos y demás fuentes de las Obligaciones, Volumen III*. 4ta. ed. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932, pp. 161 – 162.

⁹³ Vid. Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga, Antonio Vodanovik. *Curso de Derecho Civil, Tomo III: De las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932.

⁹⁴ Vid. Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 7ma. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2001, pp. 483 – 484.

⁹⁵ Vid. Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador, Volumen XI, Las Obligaciones*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 135.

⁹⁶ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 311.

⁹⁷ *Ibíd.*

para, en muchas ocasiones, “fundar cuantas barbaridades sea dable imaginar”⁹⁸ y, amparándose en dicho argumento, sostener que la resolución de un contrato bilateral “procedería en todo caso, no importando la entidad, gravedad o transcendencia del incumplimiento”⁹⁹.

Quienes sí se han referido al problema jurídico planteado son los autores chileno más contemporáneos, aunque aún de la segunda mitad del Siglo XX, Ramón Meza Barros y Manuel Somarriva Undurraga. El primero, adscribiéndose a esta corriente doctrinaria analizada ha sostenido:

La Ley no ha distinguido y, por tanto, cualquier incumplimiento de las obligaciones que el contrato impone autoriza para pedir su resolución. No importa cuál sea la magnitud de la infracción, ni la importancia de la obligación violada [Subrayado me pertenece]¹⁰⁰.

Para el citado autor claramente existió una preocupación respecto del tipo de incumplimiento que debe verificarse para que el acreedor pueda ejercer la acción resolutoria en lugar de la acción de cumplimiento forzoso. Sin embargo, resuelve el problema jurídico planteado señalando que si la ley no ha distinguido entonces cualquier incumplimiento autoriza para pedir la resolución del contrato. En el mismo sentido se ha pronunciado Somarriva quien ha sostenido “trátase de un incumplimiento absoluto o parcial, la resolución es procedente”¹⁰¹.

El autor chileno contemporáneo Arturo Vidal Olivares sostiene que el presente fundamento adopta como “términos absolutos” los postulados del Código Civil y que la falta de disposición respecto de los tipos de incumplimiento se ven fortalecida por una máxima rigidez en la lectura e interpretación de sus normas¹⁰². Así, el referido autor sostiene que “pese a los términos absolutos del Código Civil, hoy es inaceptable sostener

⁹⁸ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 311.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Ramón Meza Barros. *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones*. 9na. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2001, p. 82.

¹⁰¹ Manuel Somarriva Undurraga. *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. 2da Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 14. Citado en: Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 311.

¹⁰² Álvaro Vidal Olivares. “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.” *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Carlos Pizarro Wilson *et al.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 471.

que cualquier incumplimiento, insignificante que sea, se considere apto para desencadenar el remedio de la resolución”¹⁰³.

La rigidez en la lectura e interpretación de las normas del Código a la que se refiere Vidal Olivares encuentra sustento en su artículo 18 numeral 1 al que nos referiremos detalladamente en el Capítulo III del presente trabajo¹⁰⁴. Este prescribe que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”¹⁰⁵. Para quienes se adscriben a esta corriente analizada, el sentido del artículo 1505 es claro al referirse al incumplimiento como todo supuesto “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”¹⁰⁶. Por tanto, no se puede desatender su tenor literal y sostener que el incumplimiento debe ser de un tipo específico para habilitar una determinada acción. Es por esto que Somarriva ha sostenido que “donde el artículo de la ley no hace distinciones, al intérprete no le es lícito distinguir”¹⁰⁷.

2.1.2.- Fundamento secundario: normas del Código Civil respecto del pago efectivo

El fundamento secundario para sustentar la corriente doctrinaria analizada se desprende de las normas del Código Civil sobre el pago efectivo. La razón para denominarlo como fundamento secundario es porque refuerza lo sostenido por el fundamento principal expuesto y ratifica la rigidez del Código para determinar el incumplimiento resolutorio.

Las normas sobre el pago efectivo se encuentran en el Título XIV del Código Civil que regula cómo y dónde debe hacerse el pago para que se verifique el cumplimiento de las obligaciones y así cumplir su efecto extintivo. Así, procedemos a exponer en qué consiste la institución del pago efectivo, cuáles son las reglas que se desprenden de los artículos del Código Civil y cómo estas reglas han servido como fundamento para la corriente doctrinaria analizada.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1583 numeral 2 del Código Civil y como lo sostiene Abeliuk, el pago efectivo es la forma normal del cumplimiento de las

¹⁰³ Álvaro Vidal Olivares. “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.” *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Carlos Pizarro Wilson *et al.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 471.

¹⁰⁴ *Supra*. 3.1.1.

¹⁰⁵ *Vid.* Código Civil. Art. 18 numeral 1. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁰⁶ *Vid.* Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁰⁷ Manuel Somarriva Undurraga. *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1939, p. 18.

obligaciones y constituye su principal modo de extinción¹⁰⁸. En palabras de Parraguez, se denomina al pago efectivo también como “solución” por cuanto “desliga o disuelve el vínculo jurídico que ataba al deudor con su acreedor”¹⁰⁹. Al respecto, agrega que la disolución de este vínculo o solución se produce en todos los modos de extinguir las obligaciones, por lo que interpreta que la equiparación del pago efectivo con el término solución se debe a que el legislador le ha querido dar una acepción más amplia que incluso conlleve a calificar al pago efectivo como sinónimo de extinción de las obligaciones¹¹⁰. Esta importancia que le ha querido dar el legislador al pago efectivo lo ratifica como el principal modo de extinción de las obligaciones.

A primera vista, el pago efectivo parecería limitarnos a su acepción más vulgar utilizada únicamente para referirse a la extinción de obligaciones con prestaciones de dar dinero¹¹¹. Sin embargo, el artículo 1584 del Código Civil prescribe que “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”¹¹². Esta definición, como bien lo señalan Parraguez y Abeliuk, no limita el pago efectivo a su acepción vulgar, sino por el contrario, comprende la ejecución de todas las prestaciones como son las de dar, hacer y no hacer¹¹³. Ratificando este criterio Ospina Fernández sostiene:

Se paga una obligación *de dar* cuando se hace tradición de la especie o del género objeto de la dación; paga su obligación *de hacer* el arrendador que le entrega al arrendatario la cosa arrendada y lo mantiene en el uso de ella; y está pagando el deudor de obligación *de no hacer* mientras se abstiene de ejecutar el hecho prohibido¹¹⁴.

Por consiguiente, el pago efectivo constituye el cumplimiento de la prestación que ha sido pactada por las partes, sin serlo exclusivamente para las prestaciones de dar en dinero.

El Parágrafo 1º del Título XIV del Código Civil, titulado “Del pago efectivo en general”, contiene el artículo 1585 que prescribe:

¹⁰⁸ Vid. Código Civil. Art. 1583 numeral 2. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005. Vid. René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 703.

¹⁰⁹ Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 24.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 23. Vid. René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 716.

¹¹² Vid. Código Civil. Art. 1584. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹¹³ Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Op. cit.*, p. 23. Vid. René Abeliuk *Op. cit.*, p. 716.

¹¹⁴ Vid. Código Civil. Art. 1684. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹¹⁴ Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 7ma. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 316.

El pago se hará, bajo todos los respetos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.
El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida¹¹⁵.

Complementariamente, el artículo 1607 del Código, dentro del Parágrafo 5° titulado “Cómo debe hacerse el pago”, prescribe:

El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban¹¹⁶.

Si bien únicamente la segunda regla citada se encuentra dentro del Parágrafo 5° sobre “Cómo debe hacerse el pago”, ambas regulan este aspecto y por tanto han sido estudiadas en una misma sección¹¹⁷.

Mazeaud, citado por Parraguez, sostiene que de las normas expuestas se desprenden las dos reglas siguientes: “1) el pago debe hacerse precisamente con la cosa o el hecho que se debe; y, 2) el pago es indivisible, de manera que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales”¹¹⁸. Según Parraguez, la primera regla no es más que una ratificación de lo prescrito por el artículo 1584 del Código Civil ecuatoriano que dispone que, “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”¹¹⁹, pues si el deudor realiza una prestación distinta a la debida, simplemente no se configurará el pago efectivo¹²⁰. Sin embargo, interpreta que la reiteración del artículo 1585 refleja la importancia que el legislador le ha querido dar a esta primera regla¹²¹.

La segunda regla refleja lo que varios autores denominan como el “principio de la indivisibilidad en el pago”¹²². Este principio sostiene que, salvo excepciones previstas en la ley o acuerdo en contrario de las partes, el pago efectivo, para cumplir con su efecto extintivo de las obligaciones, debe ser total¹²³. Sobre las excepciones a la indivisibilidad

¹¹⁵ Vid. Código Civil. Art. 1585. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹¹⁶ Vid. Código Civil. Art. 1607. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹¹⁷ Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 42.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ Vid. Código Civil. Art. 1684. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹²⁰ Luis Parraguez Ruiz. *Op. cit.*, p. 43.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Vid. René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 744. Vid. Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 7ma. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 341.

¹²³ *Id.*, p. 744.

del pago no profundizaremos en este estudio¹²⁴. Lo que sí interesa rescatar es que las dos reglas expuestas permiten afirmar que el cumplimiento de las prestaciones debe ser total y de conformidad con lo que al tenor literal se pactó para configurarse un pago efectivo. De lo contrario se verificará el incumplimiento y, este, al amparo del fundamento principal de esta corriente analizada, habilitará el ejercicio de la acción resolutoria.

Con fundamento en estas reglas del pago efectivo Fueyo Laneri alguna vez sostuvo, aunque posteriormente retractándose de esta postura, que “lo único que elimina la posibilidad de la acción resolutoria, haciéndola perecer, es el *pago íntegro*, que es indivisible”¹²⁵. A esto el citado autor añadió:

Tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia han sido tradicionalmente uniformes para estimar que el cumplimiento ha de seguir *las reglas literales del pago, debiendo ser, por tanto, exacto, íntegro y oportuno. Es luego indivisible: o se cumple o no se cumple* [cursivas en el texto original]¹²⁶.

Es decir, para Fueyo Laneri, todo pago que no se realice íntegramente o de manera total hace que se verifique el incumplimiento. En este aspecto no parece haber disquisición alguna. Incluso Vidal Olivares, quien se adscribe a la corriente doctrinaria contraria afirma que “si el pago no se efectúa bajo todo respecto según el tenor literal de la obligación, hay incumplimiento y éste producirá sus efectos. Es suficiente la discordancia entre el objeto ideal y el real para afirmar que el deudor ha incumplido”¹²⁷. Por tanto, para quienes se adscriben a esta corriente, las normas del pago efectivo sirven para determinar cuándo se verifica y cuándo no el incumplimiento. Se verifica cuando el pago no se realiza de conformidad con lo que se pactó al tenor literal.

Por lo expuesto, quienes se amparan en este fundamento para defender la corriente analizada sostienen que todo incumplimiento, por más insignificante que este sea, constituye tal y despliega los efectos de la condición resolutoria tácita. Esto les lleva a concluir que el Código Civil no hace distinción alguna sobre los tipos de incumplimiento y mucho menos considera que un incumplimiento de menor relevancia debe ser

¹²⁴ Existen excepciones a la indivisibilidad del pago. Por ejemplo, cuando el acreedor y el deudor aceptan una compensación como modo de extinguir la obligación o cuando el acreedor acepta pagos parciales. Sobre estas excepciones. *Vid.* René Abeliuk. *Op. cit.*, pp. 749 – 751.

¹²⁵ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 308.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Álvaro Vidal Olivares. “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.” *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Carlos Pizarro Wilson *et al.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 502.

considerado como uno capaz de limitar el derecho potestativo del acreedor a ejercer libremente y a su arbitrio la acción resolutoria.

2.1.3.- La relevancia en el incumplimiento parcial o relativo

Al analizar esta corriente doctrinaria surge la interrogante de si el incumplimiento parcial o relativo, que en palabras de Ibáñez es aquel que es “inexacto, imperfecto, insatisfactorio e insuficiente para extinguir la obligación y liberar al deudor”¹²⁸, faculta también al acreedor para ejercer la acción resolutoria. Al referirse a este supuesto de incumplimiento, el autor citado afirma que “implica una violación de los principios de identidad e integridad del pago”¹²⁹ a los que nos acabamos de referir en la sección previa. Por lo tanto, de su criterio se desprende que un incumplimiento, por más que sea parcial o relativo, contraviene las normas del pago efectivo y por tanto hace que se verifique un incumplimiento.

La doctrina no ha sido unánime respecto de si el incumplimiento parcial o relativo constituye ser lo suficientemente relevante como para habilitar la resolución del contrato bilateral. Mazeaud, por ejemplo, sostiene que un incumplimiento, aun cuando es parcial y no se ha realizado conforme con las reglas del pago efectivo, “es susceptible de llevar consigo un perjuicio bastante grave para justificar la resolución”¹³⁰. Con este criterio ha concordado Díez-Picazo, quien afirma que, si se está de acuerdo con que la resolución procede en todos los casos de incumplimiento por que el Código Civil no ha realizado distinción o no lo ha dispuesto expresamente, entonces “tanto el incumplimiento total como el parcial pueden fundar correctamente la acción resolutoria”¹³¹.

Apartándose del criterio de los autores expuestos, Valencia Zea sostiene que solamente un incumplimiento parcial, pero además de escasa importancia, no podrá dar paso a la resolución del contrato, pero que en todos los demás casos este derecho del acreedor sí procederá¹³². Con este criterio concuerda Ibáñez, quien sostiene que un incumplimiento parcial o relativo “afecta parcialmente la prestación, no obstante, lo cual

¹²⁸ Carlos, Ibáñez. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 173.

¹²⁹ *Id.*, p. 174.

¹³⁰ Henri Mazeaud y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen III*. Traducido por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 352.

¹³¹ Luis Díez-Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. 1ra. Ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 31.

¹³² Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, p. 163.

es siempre posible el cumplimiento, aun con las fallas indicadas”¹³³ y, por tanto, solamente en el supuesto de incumplimiento parcial el juez deberá analizar la relevancia para ver si procede o no la resolución¹³⁴.

Consecuentemente, se puede afirmar que respecto del incumplimiento parcial o relativo la doctrina se encuentra dividida en los dos siguientes segmentos. Primero, los que sostienen que el incumplimiento parcial o relativo es siempre incumplimiento, pues el Código Civil no hace distinción alguna y por tanto no cabe considerarlo de menor relevancia que el incumplimiento total. Segundo, los que sostienen que el incumplimiento parcial o relativo es incumplimiento, pero dotado de una menor relevancia que el incumplimiento total. Para este segundo segmento es importante que el incumplimiento parcial o relativo sí sea relevante para que proceda la acción resolutoria. En este sentido, se puede afirmar que este segundo segmento ya no se adscribe del todo a la presente corriente doctrinaria analizada, pues reconoce —aunque solo para el supuesto del incumplimiento parcial o relativo— que este debe ser lo suficientemente relevante como para que proceda la acción resolutoria. Esto nos permite introducir la siguiente sección del presente Capítulo.

2.2.- Segunda corriente doctrinaria: únicamente el incumplimiento relevante habilita el ejercicio de la acción resolutoria

La segunda corriente doctrinaria en torno al problema jurídico planteado defiende que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es esencial o relevante. Reconoce que el Código Civil no regula ni distingue los diferentes tipos de incumplimiento que hemos expuesto ni tampoco el concepto de incumplimiento esencial o relevante. Sin embargo, sostiene que existen otros fundamentos que permiten sostener su tesis.

Respecto de los fundamentos de esta corriente doctrinaria existen de dos tipos: [2.2.1] los que demuestran por qué no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es esencial o relevante y, [2.2.2] los que demuestran los criterios que deben utilizarse para determinar qué se debe entender por incumplimiento relevante. Los primeros ofrecen una solución directa al problema jurídico planteado mientras que los segundos pretenden resolver qué se debe entender por

¹³³ Carlos Miguel Ibáñez. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 174.

¹³⁴ *Id.*, p. 188.

incumplimiento relevante. A continuación nos referiremos a cada uno en su respectivo orden.

2.2.1.- Fundamentos para sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es esencial o relevante

Continuando con nuestro estudio hemos de mencionar que existen dos fundamentos doctrinarios para sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria. [2.2.1.1] El primero de ellos defiende que permitir el ejercicio de la acción resolutoria ante cualquier tipo de incumplimiento vulnera el principio de conservación del negocio jurídico. [2.2.1.2] Por otra parte, el segundo fundamento defiende que permitir el ejercicio de la acción resolutoria ante cualquier tipo de incumplimiento vulnera el principio de la buena fe contractual y afecta la confianza futura entre los contratantes. A continuación nos referimos a cada fundamento en su respectivo orden.

2.2.1.1.- Vulneración del principio de conservación del negocio jurídico

Este fundamento sostiene que permitir que todo tipo de incumplimiento habilite la resolución —sin importar su relevancia o gravedad— vulnera el principio de conservación del negocio jurídico y, por tanto, no puede aceptarse lo sostenido por la primera corriente doctrinaria analizada.

Respecto del principio de conservación del negocio jurídico, los Ospina afirman que “consiste en preferir un tratamiento para tales actos jurídicos que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia”¹³⁵. Este principio se encuentra recogido en el artículo 1578 del Código Civil ecuatoriano dentro del Título XIII sobre la interpretación de los contratos¹³⁶ y reza que frente a una cláusula que pueda surtir algún efecto debe preferirse esta en lugar de aquellas que no sean capaces de hacerlo. Su objetivo es que el negocio jurídico se conserve para que produzca sus efectos en lugar de que se destruya.

Entre los autores que utilizan este fundamento para adscribirse a la corriente doctrinaria analizada se encuentran principalmente los argentinos Ibáñez y Anteo Ramella. El primero sostiene:

¹³⁵ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 476.

¹³⁶ *Vid.* Código Civil. Art. 1578. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

Por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico que tiene su fundamento en las exigencias del tráfico jurídico que imponen la necesidad de garantizar cierta seguridad y estabilidad en las relaciones económico-jurídicas nacidas de los negocios, el incumplimiento tenue no debe ser causa de resolución del contrato [el subrayado me pertenece]¹³⁷.

Como bien lo señala el autor, el principio de conservación del negocio jurídico encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar estabilidad y seguridad en la relación contractual, lo que sin duda concuerda con el principio *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 1561 del Código Civil y al que ya nos hemos referido¹³⁸.

Sumándose también a este fundamento se ha expresado Ramella, quien sostiene:

El pretender ejercer el derecho de resolver el contrato cuando el incumplimiento carezca de importancia, implicaría el ejercicio abusivo de ese derecho, por contrariar los fines que la ley tuvo en miras la reconocerlo –el de preservar el sinalagma contractual– y por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres¹³⁹.

Para este autor, facultar al acreedor a resolver un contrato bilateral cuando se ha verificado un incumplimiento de escasa importancia resultaría contrario a múltiples aspectos reconocidos en el ordenamiento jurídico, entre ellos, el principio de conservación del negocio jurídico y el de la buena fe contractual, al que nos referiremos en la siguiente sección¹⁴⁰.

No sólo han sido autores argentinos los que han tenido en consideración este fundamento al analizar el tema de estudio. También se han referido a él el español Díez-Picazo¹⁴¹, el francés clásico Jossérand¹⁴² y el peruano Hugo Forno¹⁴³. Este último sostiene que la acción de cumplimiento forzoso debe ser principal y la de resolución subsidiaria, “pues el más elemental orden lógico de las ideas exige que el [acreedor] comience por su acción principal que es el pago y que en defecto de tal pago utilice la acción subsidiaria

¹³⁷ Carlos Miguel Ibáñez. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, pp. 181 – 182.

¹³⁸ *Supra* 1.1.

¹³⁹ Anteo Ramella. “La resolución del contrato: incumplimiento, imposibilidad”. *Contratos*. Félix A. Trigo *et al.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989, pp. 293 – 294.

¹⁴⁰ *Infra*. 3.2.2. *quod* 3.2.3.

¹⁴¹ *Vid.* Luis Díez-Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. 1ra. Ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 39.

¹⁴² *Vid.* Louis, Jossérand. *Teoría General de las Obligaciones, Tomo II, Volumen I*. Revisado y completado por: André Brun. Traducido por: Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 274.

¹⁴³ Hugo Forno. “Resolución por Incumplimiento”. *Temas de Derecho Contractual*. 1ra Ed. Lima: Cultural Cuzco, 1987, pp. 108 – 109.

de resolución”¹⁴⁴. Para Forno, el cumplimiento forzoso —que en el ejemplo del contrato de compraventa se satisface con el pago— constituye la principal opción por la que debe optar el acreedor para así preservar el negocio jurídico y que este surta los efectos para los que se celebró. Sin duda alguna, para el autor la resolución del contrato, como veremos en el Capítulo III del presente trabajo, constituye una medida de *ultima ratio* que solamente procederá cuando no sea posible el cumplimiento forzoso¹⁴⁵.

Así, parece ser que para el autor citado la resolución del contrato representa una alternativa subsidiaria en cuanto a que los efectos que dicha resolución producirían no permitirán que el negocio jurídico se conserve y más bien generan su destrucción.

Añade Forno que el fundamento del principio de conservación del negocio jurídico se ha visto reflejado en legislaciones como la española y mexicana que facultan al acreedor a demandar la resolución del contrato bilateral aún después de haber demandado el cumplimiento forzoso y sólo cuando dicho cumplimiento forzoso no haya sido posible¹⁴⁶. El inciso segundo del artículo 1124 del Código Civil español prescribe que frente al incumplimiento obligacional de una de las partes en un contrato bilateral:

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños ya bono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible¹⁴⁷.

En el mismo sentido se puede interpretar el artículo 1949 del Código Civil Federal mexicano que constituye una transcripción exacta de la norma española citada¹⁴⁸.

Si bien es cierto que de la norma citada se desprende que el acreedor frente al incumplimiento podrá elegir entre la acción de cumplimiento forzoso y la resolutoria, existe una evidente preferencia por el cumplimiento forzoso antes que la resolución. Para Forno, esta norma responde al principio de conservación del negocio jurídico por cuanto se debe preferir que el negocio jurídico surta efectos antes que se destruya mediante la resolución.

¹⁴⁴ Hugo Forno. “Resolución por Incumplimiento”. *Temas de Derecho Contractual*. 1ra Ed. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 108.

¹⁴⁵ *Infra*. 3.2.1.

¹⁴⁶ Hugo Forno. “Resolución por Incumplimiento”. *Temas de Derecho Contractual*. 1ra Ed. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 109. *Vid.* Art. 1124 del Código Civil español y Art. 1949 del Código Civil Federal mexicano.

¹⁴⁷ *Vid.* Código Civil español. Art. 1124. Expedido mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889 en el Boletín Oficial BOE-A-1889-4763.

¹⁴⁸ *Vid.* Código Civil Federal mexicano. Art. 1949. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2013.

En conclusión, para ciertos autores el principio de conservación del negocio jurídico que se encuentra incorporado en los ordenamientos jurídicos constituye una herramienta para sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria. Debemos anticipar que este argumento será desarrollado a profundidad en el Capítulo III del presente trabajo en el contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por el momento, es procedente continuar con el segundo fundamento de la corriente doctrinaria analizada.

2.2.1.2.- Vulneración del principio de buena fe contractual y afectación a la confianza futura de los contratantes

El primer fundamento sostiene que permitir que todo tipo de incumplimiento habilite la resolución —sin importar su relevancia o gravedad— vulneraría el principio de conservación del negocio jurídico y, por tanto, no puede aceptarse lo que sostiene la primera corriente doctrinaria a la que ya nos referimos.

El segundo fundamento es que permitir que todo tipo de incumplimiento habilite la resolución —sin importar su relevancia o gravedad— vulnera el principio de la buena fe contractual y por tanto generaría una afectación en la confianza futura de los contratantes.

El desarrollo doctrinario sobre el principio de la buena fe es extenso y forma parte de múltiples ámbitos del estudio del Derecho. Sin embargo, para efectos de nuestro estudio debemos señalar que para los contratos bilaterales este promulga que deben celebrarse y ejecutarse con entera lealtad y una intención recta y positiva de los contratantes para así alcanzar satisfactoriamente la finalidad social y privada a la que obedece su celebración¹⁴⁹. En palabras del profesor colombiano Gustavo Ordoqui, el principio de la buena fe contractual “es el alma de todo contrato [y constituye] el principio más importante al que se hallan sometidas las partes”¹⁵⁰. Como reconoce el citado autor, “a través de este principio se orienta la preparación, interpretación, integración, ejecución y extinción del contrato”¹⁵¹.

El artículo 1562 del Código Civil recoge expresamente este principio al prescribir que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo

¹⁴⁹ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 321.

¹⁵⁰ Gustavo Ordoqui. *Buena Fe Contractual*. 2da. Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 251.

¹⁵¹ *Ibíd.*

que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”¹⁵².

Entre los autores que defienden este fundamento se encuentran principalmente los argentinos Álvarez Vigaray y Carlos Ibáñez. El primero sostiene:

Para que dé lugar a la resolución el incumplimiento ha de revestir de cierta gravedad importancia, ya que sería contrario a la buena fe, que debe presidir el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, el que una parte solicitare una medida tan radical y rigurosa como la resolución del contrato por infracciones de la otra parte que desempeñen un papel muy secundario dentro de la totalidad de la economía de la relación obligatoria bilateral [el subrayado me pertenece]¹⁵³.

Como se desprende de la manifestación del autor, el principio de buena fe contractual constituye una máxima en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales y, por tanto, permitir la resolución de un contrato bilateral cuando el incumplimiento es de escasa importancia atentaría contra dicho principio.

Ibáñez, por su parte, sostiene que los contratantes deben siempre obrar con lealtad y probidad en la fase de ejecución del contrato y que, pretender destruir la relación contractual sobre la base de un incumplimiento de escasa relevancia violaría el principio de buena fe contractual¹⁵⁴.

Adscribiéndose también a este fundamento Valencia Zea sostiene que “la buena fe aconseja que cuando se ha ejecutado la parte más importante de la prestación, de modo que queda por ejecutar una parte insignificante o una obligación accesorio, el juez no debe decretar la resolución”¹⁵⁵. Señala el autor que la vulneración al principio de buena fe es precisamente lo que ha inspirado a las legislaciones como la italiana a introducir expresamente a la relevancia del incumplimiento como requisito para que proceda la acción resolutoria¹⁵⁶.

¹⁵² Vid. Código Civil. Art. 1562. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁵³ Rafael Álvarez Vigaray. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 168.

¹⁵⁴ Carlos Miguel Ibáñez. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 181.

¹⁵⁵ Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960, p. 162.

¹⁵⁶ Vid. *Il Codice Civile* italiano. Art. 1455. Aprobado por Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1962 y modificado por Decreto No. 291 de 7 de diciembre de 2016. Este prescribe: *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*. Valencia Zea en su *Op. cit.* lo traduce de la siguiente manera: Art. 1455.- “El contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la otra parte”.

Adicionalmente, es importante rescatar la postura adoptada por el español Anselmo Martínez, quien sostiene que permitir la resolución del contrato bilateral ante un incumplimiento de escasa relevancia no sólo vulneraría el principio de la buena fe contractual sino que además produciría una afectación a la confianza futura entre los contratantes que les privaría de volver a contratar¹⁵⁷. Precisamente esta afectación a la confianza futura entre los contratantes ha sido recogida por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que en su artículo 7.3.1. literal (d) prescribe que el acreedor estará facultado para solicitar la resolución del contrato cuando “el incumplimiento da a la parte perjudicada las razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro”¹⁵⁸.

En conclusión, podemos señalar que el principio de la buena contractual constituye un fundamento más para sostener que no todo tipo de incumplimiento es capaz de facultar al acreedor para resolver un contrato bilateral. Como analizaremos en el Capítulo III del presente trabajo, este fundamento encuentra asidero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y por tanto sirve para adscribirse a esta corriente. Por el momento procedemos a analizar los diferentes criterios a los que se remite la doctrina para responder la siguiente pregunta que forma parte del problema jurídico planteado: ¿qué se debe entender por incumplimiento relevante?

2.2.2.- Criterios para determinar qué se debe entender por incumplimiento relevante

Continuando con nuestro estudio debemos exponer qué criterios ha utilizado la doctrina para determinar el incumplimiento relevante capaz de habilitar el ejercicio de la acción resolutoria. Así, a continuación expondremos los siguientes tres criterios utilizados y sus respectivos fundamentos: [2.2.2.1] el que atiende a si la obligación incumplida es principal o accesorio, [2.2.2.2] el que atiende a si la obligación incumplida es un elemento de la esencia del contrato y, finalmente, [2.2.2.3] el que atiende a si el incumplimiento afectó la economía del contrato y frustró el fin práctico perseguido.

¹⁵⁷ Vid. Anselmo Martínez. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universidad de Islas Baleares, 2006, p. 309.

¹⁵⁸ Vid. Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Art. 7.3.1 (d). Madrid: La Ley, 2012.

2.2.2.1.- Primer criterio: atiende a si la obligación incumplida es principal o accesoria

El primer criterio que ha utilizado la doctrina para calificar la relevancia del incumplimiento atiende a si la obligación incumplida es de carácter principal o accesorio. Barros Errázuriz define las obligaciones principales y accesorias de la siguiente manera: “Principales son las que tienen vida propia y subsisten por sí mismas, independientemente de otra obligación. Accesorias son las que están subordinadas a otras y que se constituyen para seguridad de una obligación principal”¹⁵⁹. Si bien el Código Civil ecuatoriano no define de manera expresa los conceptos de obligación principal y accesoria, sí lo hace respecto del contrato principal y el contrato accesorio¹⁶⁰. De ambas definiciones se desprende que las obligaciones principales son aquellas que subsisten por sí mismas y las accesorias aquellas que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueden subsistir sin ella.

El principal impulsor de la utilización de este criterio —como bien lo reconocen Vidal Olivares¹⁶¹ y Fueyo Laneri¹⁶²— es René Abeliuk, quien sostiene:

No estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda dar lugar a la resolución. En primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en seguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc¹⁶³.

De lo sostenido por el autor se desprende que la característica esencial de los contratos bilaterales es la reciprocidad de las obligaciones principales, como por ejemplo, aquella entre el pago del precio y entrega de la cosa vendida en un contrato de compraventa. Si

¹⁵⁹ Alfredo Barros Errázuriz. *Curso de Derecho Civil – Trata de las Obligaciones en general, Volumen II*. 4ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 36.

¹⁶⁰ El artículo 1458 del Código Civil ecuatoriano prescribe: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”. *Vid.* Código Civil. Art. 1458. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁶¹ *Vid.* Álvaro Vidal Olivares. “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.” *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Carlos Pizarro Wilson *et al.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 504.

¹⁶² Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 312.

¹⁶³ René Abeliuk. *Las Obligaciones, Tomo I*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, p. 655.

una de estas contraprestaciones se incumple por uno de los contratantes entonces se afectaría la bilateralidad esencial del contrato, siendo procedente en estos casos demandar la resolución.

Por otra parte, si se pretende resolver un contrato bilateral por un incumplimiento en una obligación secundaria —a las que Abeliuk califica como “minucias”— entonces se destruiría el contrato bilateral cuando la bilateralidad esencial no se ha visto afectada.

Por su parte, el argentino Ibáñez profundiza aún más en este criterio y sostiene:

El incumplimiento resolutorio de una obligación accesoria constituye un incumplimiento parcial y, en principio, no tiene carácter resolutorio, por cuanto si la obligación principal ya ha sido cumplida, el interés del acreedor ha quedado en gran parte satisfecho [...]. No obstante, también el incumplimiento de obligaciones accesorias en determinados casos puede ser resolutorio, “*cuando es capaz de poner en peligro el cumplimiento de la obligación principal*”¹⁶⁴.

Para el citado autor el incumplimiento de una obligación accesoria constituye un incumplimiento parcial y por tanto no tiene carácter resolutorio. Sin embargo, añade citando a Luigi Mosco que el único supuesto en el que un incumplimiento de obligación accesoria tendría carácter resolutorio es cuando dicho incumplimiento sería capaz de poner en peligro el cumplimiento de la obligación principal¹⁶⁵. Para sustentar este argumento, Ibáñez se remite a lo prescrito por el artículo 1644 del ahora derogado Código Civil de la República Argentina, que permitía al encargado de realizar una obra resolver el contrato cuando quien se la encargó no le ha proporcionado en tiempo los materiales necesarios para llevarla a cabo¹⁶⁶.

En conclusión, cierto segmento de la doctrina se ha remitido a la clasificación de las obligaciones principales y accesorias para calificar la relevancia del incumplimiento y así determinar cuándo este incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria. Ahora procedemos a exponer el segundo criterio doctrinario utilizado.

¹⁶⁴ Carlos Miguel Ibáñez. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 191.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ El Art. 1644 del Código Civil de la República Argentina prescribía: “Puede también ser resuelto [el contrato bilateral de locación] porque el locatario o dueño de la obra no dio en tiempo los materiales prometidos, o porque no pagó las prestaciones convenidas”. Este artículo fue derogado por el ahora vigente Código Civil y Comercial de la Nación que fue aprobado mediante Ley No. 26.994 y promulgado mediante Decreto No. 1795/2014.

2.2.2.2.- Segundo criterio: atiende a si la obligación incumplida es un elemento de la esencia del contrato

El segundo criterio utilizado por la doctrina para calificar la relevancia del incumplimiento es aquel que atiende a si la obligación es un elemento de la esencia del contrato. Entre quienes se remiten a este criterio se encuentra Parraguez, quien señala que para los casos en los que la ley no prevé expresamente la facultad resolutoria “deberá tenerse en cuenta el rango de la obligación incumplida”¹⁶⁷. El citado autor sostiene que “tratándose de una obligación que constituye un elemento de la esencia del contrato, obviamente su incumplimiento facultará para demandar la resolución. Igual solución habría que considerar en el caso de obligaciones que son elemento de la naturaleza del contrato”¹⁶⁸.

En primer lugar debemos afirmar que los elementos de los contratos, por disposición del artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano, se clasifican entre los de su esencia, los de su naturaleza y los accidentales¹⁶⁹. Los de su esencia son aquellos sin los cuales el contrato surte efecto alguno o degenera en otro y, como bien lo señalan los Ospina, constituyen lo mínimo que las partes declaran para precisar el interés que pretenden jurídicamente alcanzar¹⁷⁰. Los de su naturaleza, en cambio, son aquellos que, aun sin ser esenciales y haberse pactado por las partes, se incorporan por el imperativo legal, como por ejemplo, la obligación del vendedor de sanear la evicción en el contrato de compraventa¹⁷¹.

Al analizar las obligaciones esenciales de un contrato bilateral se podría equipararlas con las obligaciones principales analizadas en la sección previa¹⁷². Así, una obligación principal como aquella de pagar el precio o la de entregar la cosa en un contrato de compraventa, constituye también un elemento de la esencia sin la cual el contrato no es capaz de surtir efecto alguno. Respecto de la equiparación de los elementos de la esencia del contrato con las obligaciones principales, la doctrina se ha manifestado en diferentes

¹⁶⁷ Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 234.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Vid.* Código Civil. Art. 1460. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁷⁰ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 36.

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² Esto no siempre ocurre por cuanto una obligación esencial podría ser principal en ciertos casos y en otros no. Por ejemplo, en el contrato de fianza, la obligación del fiador frente al acreedor es esencial pero la misma obligación es accesoria respecto de la obligación de pago del deudor.

sentidos. Mazeaud, por ejemplo, sostiene que una obligación principal necesariamente ha de ser un elemento de la esencia del contrato y, por tanto, no cabe distinción entre el criterio de la sección previa y el de esta sección¹⁷³. Sin embargo, otros autores como Díez-Picazo sostienen que las obligaciones esenciales del contrato no siempre serán equivalentes a las obligaciones principales, pues las obligaciones esenciales están determinadas por el interés que motivó a las partes a celebrar un determinado contrato independientemente de si son obligaciones principales o accesorias¹⁷⁴.

En nuestra opinión, los elementos de la esencia del contrato pueden, como en la mayoría de casos ocurre, coincidir y constituirse en obligaciones principales. Sin embargo, puede también suceder que una obligación accesoria constituya un elemento de la esencia del contrato, como en el caso del contrato de prenda que —si bien la obligación prendaria no es principal— bajo el criterio de Díez-Picazo sí constituye un elemento de la esencia por cuanto sin ella las partes no hubiesen tenido interés en contratar¹⁷⁵.

Precisamente esta inquietud es la que los autores como Ibáñez y Díez-Picazo resaltan cuando se refieren al plazo como un elemento que las partes han elevado al carácter de esencial sin necesariamente ser una obligación principal¹⁷⁶. El peruano Hugo Forno, por su parte, afirma que un plazo que ha sido acordado como esencial para las partes, determina el momento en el cual el interés del acreedor debe ser satisfecho y, por tanto, si se incumpliese con dicho plazo, se produciría un incumplimiento relevante capaz de habilitar la resolución¹⁷⁷. Es por esto que, aunque el criterio de la sección anterior puede ser tratado, en principio, de manera conjunta con el presente fundamento, hemos decidido tratarlo de manera separada.

¹⁷³ Vid. Henri Mazeaud y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen III*. Traducido por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 352.

¹⁷⁴ Vid. Luis Díez-Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. 1ra. Ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 46.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Vid. Carlos Miguel Ibáñez. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 173. Vid. Luis Díez-Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. 1ra. Ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, pp. 42 – 43.

¹⁷⁷ Hugo Forno. “Resolución por Incumplimiento”. *Temas de Derecho Contractual*. 1ra Ed. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 131.

2.2.2.3.- Tercer criterio: atiende a si el incumplimiento afectó la economía del contrato y frustró el fin práctico perseguido

El tercer y último criterio que ha utilizado la doctrina para calificar la relevancia del incumplimiento es el que atiende a la economía del contrato y la frustración del fin práctico perseguido. El argentino Rubén Stiglitz afirma que por economía del contrato debe entenderse:

[L]a operación económico-jurídica que las partes o cada una de ellas haya tenido en vista (a) como finalidad o propósito práctico jurídicamente tutelado, siempre y cuando (b) lo sea en situación de equilibrio, ya sea que éste provenga de las “fuerzas subjetivas” o de una reglamentación procedente “de afuera” del contrato”¹⁷⁸.

Por tanto, una afectación a la economía del contrato necesariamente implica una frustración de la finalidad práctica perseguida por las partes que las motivó a contratar. Cuando esta economía se ve afectada, entonces para el autor el incumplimiento es de carácter relevante y por tanto habilita el ejercicio de la acción resolutoria.

En cuanto al concepto de fin práctico, el argentino Ramella sostiene que constituye el motivo o la razón personal y determinante para las partes en la celebración del contrato y que este muchas veces trasciende o no se encuentra necesariamente reflejado en el acuerdo¹⁷⁹. Así, el citado autor expresa:

Este motivo, móvil o razón determinante, que por lo general es personal de cada una de las partes, al trascender al acto y ser materia del consentimiento se bilateraliza, adquiriendo la jerarquía de un elemento autónomo del contrato, que no debe ser confundido con el objeto. De ahí que su frustración debe autorizar la resolución del contrato, que no debe ser confundido con el objeto¹⁸⁰.

Para el autor, la frustración del fin práctico perseguido por las partes es el factor determinante para calificar la relevancia del incumplimiento y por tanto habilitar la resolución del contrato bilateral.

En concordancia con lo expuesto se ha pronunciado también el español Álvarez Vigaray, quien, recopilando los pronunciamientos de tribunales españoles, ha manifestado:

No procede la resolución cuando el incumplimiento consiste en el mero retraso o mora, pues el mero retardo en el pago no siempre implica que se haya frustrado el fin

¹⁷⁸ Rubén Stiglitz. *Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Parte General*. 3ra. Ed. Actualizada. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 86.

¹⁷⁹ Anteo Ramella. “La resolución del contrato: incumplimiento, imposibilidad”. *Contratos*. Félix A. Trigo *et al.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989, p. 279.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

práctico perseguido por el negocio jurídico ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución¹⁸¹.

De los autores citados se desprende que cuando fin práctico perseguido por las partes ha sido vulnerado —entendido este como un elemento autónomo y personal que los motivó a contratar— entonces se produce un impacto de tal relevancia en el interés del acreedor que el incumplimiento adquiere el carácter de relevante.

Por su parte, el autor chileno Álvaro Vidal Olivares también adopta este criterio y rechaza atender el carácter o la naturaleza de las obligaciones incumplidas. El mencionado autor afirma que “más que considerar la, o las, obligaciones incumplidas — si son o no principales o accesorias: de la esencia o accidentales— lo que verdaderamente importa es el incumplimiento en sí mismo y el impacto generado en el interés del acreedor”¹⁸².

En nuestra opinión, atender al criterio de la economía del contrato y el fin práctico perseguido por los contratantes implica necesariamente analizar lo más profundo de su esfera volitiva, dejando de lado la objetividad. Esto dificulta seriamente la tarea del juzgador quien será el llamado a calificar la relevancia del incumplimiento para determinar si la acción resolutoria es o no procedente.

Una mejor forma de atender al criterio analizado sin incurrir en las complejidades expuestas es aceptar lo propuesto por Rodríguez Grez, quien afirma que para calificar la relevancia del incumplimiento se debe únicamente probar “que la obligación incumplida es de tal entidad que sin ella las partes no habrían contratado”¹⁸³. Aun así, el acreedor que pretenda ejercer la acción resolutoria deberá probar que la obligación incumplida por el deudor era de tal relevancia que sin ella no hubiese contratado y, por tanto, la resolución se encuentra justificada. De esta manera se podrán evitar las complejidades que este criterio presenta en cuanto a la subjetividad.

¹⁸¹ Rafael Álvarez Vigaray. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 173.

¹⁸² Álvaro Vidal Olivares. “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.” *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Carlos Pizarro Wilson *et al.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 506.

¹⁸³ Pablo Rodríguez Grez. “Sobre la excepción del contrato no cumplido.” *Revista Actualidad Jurídica* 9 (2004), p. 122.

CAPÍTULO III: Análisis de los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano

Expuestas las corrientes doctrinarias existentes en torno al problema jurídico planteado, es momento de analizar todos los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que sirven para adoptar cada una de ellas. Esto nos permitirá, primero, concentrar nuestro estudio al caso ecuatoriano y, segundo, concluir este trabajo verificando si se cumple o no la hipótesis que hemos planteado.

Para cumplir con el objeto señalado, este Capítulo se estructurará de la siguiente manera. [3.1] Primero, expondremos qué elementos permiten sostener que todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria conforme con la primera corriente. [3.2] Segundo, conforme con la segunda corriente, expondremos qué elementos permiten sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante.

Con este antecedente debemos advertir que este Capítulo se enfocará en analizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano tal y como *es*, prescindiendo por ahora de cualquier análisis sobre cómo *debe ser*, lo que reservamos para las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo. También debemos advertir que, a diferencia de los Capítulos previos, en este se realizará un análisis argumentativo y crítico de los elementos que sustentan cada tesis, exponiendo así las que consideramos son las fortalezas y debilidades de cada una.

3.1.- Elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permiten sostener que todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria

Continuando con nuestro estudio, los elementos que analizaremos en su respectivo orden son los siguientes. Primero [3.1.1.], la interpretación jurídica sobre la falta de disposición expresa del Código Civil. Segundo [3.1.2.], los requisitos para que proceda la acción resolutoria. Tercero [3.1.3.], las disposiciones del Código Civil ecuatoriano sobre el pago efectivo.

3.1.1.- Interpretación jurídica sobre la falta de disposición expresa del Código Civil

El primer elemento del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite sostener que la relevancia del incumplimiento no constituye un presupuesto para que proceda la acción resolutoria es aquel que se ampara en la falta de disposición expresa del Código Civil.

Como sabemos, el artículo 1505 de este cuerpo normativo prescribe que el supuesto para que el acreedor pueda ejercer a su arbitrio la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso es que se verifique el incumplimiento del deudor¹⁸⁴. Sin embargo, la norma citada en ningún momento especifica qué tipo de incumplimiento debe verificarse o si este debe ser o no relevante. Tampoco lo hace ninguna otra disposición de este cuerpo normativo. Por lo tanto, para la primera tesis, si el propio Código no prescribe que el incumplimiento debe ser de algún tipo específico para habilitar el ejercicio la acción resolutoria, entonces todo tipo de incumplimiento lo habilita.

En cuanto a cómo debe interpretarse el artículo 1505 del Código Civil necesariamente hemos de acudir a las reglas de interpretación de su artículo 18. Este artículo contiene una serie de reglas sobre la interpretación judicial de la ley en casos de oscuridad o de ausencia de disposiciones normativas. Por lo tanto, ofrece a los intérpretes parámetros específicos sobre cómo deben ser interpretadas las normas del Código Civil ante diferentes hipótesis.

El encabezado del artículo 18 prescribe que “los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las siguientes reglas: [...]”¹⁸⁵. Consecuentemente, para que puedan aplicarse las reglas de interpretación a las que se refiere la norma citada, primero debe verificarse que existe oscuridad o falta de ley en la norma que se pretende interpretar.

Para quienes se adscriben a esta primera tesis analizada, el sentido del artículo 1505 del Código Civil puede parecer claro y no adolecer de oscuridad o falta de ley alguna. Se podría argumentar que el artículo 1505 expresamente se refiere al incumplimiento como el supuesto “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”¹⁸⁶, sin especificar qué tipo de incumplimiento debe verificarse o si este debe ser relevante. Por lo tanto, siguiendo esta línea de argumentación, no cabría la aplicación de las reglas de interpretación del artículo 18 por cuanto no se verifica la hipótesis de la norma.

En nuestro criterio, este argumento presenta los siguientes cuestionamientos. Si bien es cierto que no existe falta de ley en el artículo 1505 en cuanto a que debe verificarse un incumplimiento para que proceda el ejercicio de una de las acciones previstas para el acreedor, consideramos que sí existe oscuridad en la norma para señalar qué tipo de incumplimiento es el que debe verificarse. Como sabemos por el análisis realizado en el

¹⁸⁴ Vid. Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁸⁵ Vid. Código Civil. Art. 18. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁸⁶ Vid. Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

Capítulo I¹⁸⁷, existen diferentes tipos de incumplimiento de obligaciones reconocidos universalmente por la doctrina y por otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, sabemos que existe incumplimiento total cuando el deudor se abstiene por completo de realizar la prestación y, que existe cumplimiento tardío, cuando el deudor se ha retrasado en el cumplimiento de la prestación¹⁸⁸. Estos tipos de incumplimiento prevén hipótesis y efectos distintos, motivo por el cual se debe tener presente su distinción.

Al no distinguir el Código Civil estos tipos de incumplimiento, es indudable que existe oscuridad en la ley. No sólo por la falta de distinción del artículo 1505 sino porque ninguna otra norma del Código lo hace. Por lo tanto, es procedente aplicar las reglas de interpretación del artículo 18.

Aún si se acepta que es procedente aplicar las reglas de interpretación del artículo 18, quienes defienden esta primera tesis pueden sostener que la primera regla de interpretación favorece su postura. Esta regla contemplada en el numeral 1 del artículo citado prescribe que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”¹⁸⁹. Recoge así el adagio romano *in claris non fit interpretatio*¹⁹⁰ y, reza que, cuando el sentido de la ley es claro, no cabe una interpretación que pretenda desentender su tenor literal.

Quienes defienden la primera tesis pueden sostener el sentido del artículo 1505 es claro al referirse al incumplimiento como el supuesto “de cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”¹⁹¹. Para ellos, aun cuando pueda existir falta de disposición expresa del Código Civil respecto del tipo de incumplimiento que debe verificarse, el sentido de la norma es gramaticalmente claro al abarcar todos los supuestos en los que no se cumple por uno de los contratantes lo pactado. En esta línea de argumentación, no interesa el tipo de incumplimiento que se verifique, pues si no se cumple por uno de los contratantes lo pactado, es suficiente para desplegarse los efectos de la norma y que el acreedor pueda ejercer la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso a su arbitrio.

¹⁸⁷ *Infra.* 1.2.

¹⁸⁸ *Infra.* 1.2.

¹⁸⁹ *Vid.* Art. 18 numeral 1. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁹⁰ Carlos Ducci. *Interpretación jurídica*. 3ra Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 56.

¹⁹¹ *Vid.* Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

En nuestro criterio, este argumento tampoco puede ser aceptado por las siguientes razones. Como bien lo señala Carlos Ducci al analizar esta regla de interpretación, lo que se debe atender no es el sentido gramatical de la norma sino su sentido jurídico¹⁹². Para el autor, “la disposición puede ser gramaticalmente perfecta, de una claridad meridiana, y, sin embargo, su sentido jurídico puede ser oscuro, ambiguo o contradictorio”¹⁹³. Adscribiéndonos a lo señalado por el autor, creemos que no cabe duda de que la disposición del artículo 1505 es gramaticalmente clara al referirse al incumplimiento como el supuesto de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado¹⁹⁴. Sin embargo, al analizar su sentido jurídico, creemos que existe oscuridad o ambigüedad en la norma que no permite determinar qué tipo de incumplimiento es el que habilita una acción sustancialmente más perjudicial que la otra como es la acción resolutoria.

En vista de que la regla de interpretación del numeral 1 del artículo 18 no logra ofrecer una solución al problema planteado, es procedente continuar con el análisis de las demás reglas de interpretación. Así, el numeral 2 del artículo analizado prescribe que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”¹⁹⁵.

Quienes se adscriben a esta primera tesis podrían acogerse a esta segunda regla para sostener que las palabras del artículo 1505 del Código Civil deberán entenderse en su sentido natural y obvio según su uso general. Por sentido natural y obvio, los chilenos Alessandri, Somarriva y Vodanovic han señalado “es el que a las palabras da el Diccionario de la Academia Española”¹⁹⁶. Si analizamos la definición de incumplimiento del Diccionario de la Real Academia Española, esta se limita a señalarlo como “la falta de cumplimiento”¹⁹⁷. Es precisamente esta definición la que recoge el artículo 1505 del Código cuando prescribe que es el supuesto de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado¹⁹⁸. Por lo tanto, para quienes se adscriben a esta primera tesis, si el sentido

¹⁹² Carlos Ducci. *Interpretación jurídica*. 3ra Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 103.

¹⁹³ *Id.*, p. 101.

¹⁹⁴ *Vid.* Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁹⁵ *Vid.* Código Civil. Art. 18 numeral 2. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

¹⁹⁶ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo Primero*. 5ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur, 1990, p. 184.

¹⁹⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimotercera Edición. Madrid: Espasa Libros, 2014, p. 1229.

¹⁹⁸ *Vid.* Código Civil. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

natural y obvio de la palabra incumplimiento abarca todos los supuestos en los que no se cumple por uno de los contratantes lo pactado, entonces no cabe al intérprete realizar una distinción sobre los tipos de incumplimiento para cambiar los efectos de la norma. Menos aún si a través de esta distinción se pretende limitar el derecho potestativo del acreedor a ejercer a su arbitrio cualquiera de las acciones previstas en el artículo 1505.

En nuestro criterio, este argumento carece de sustento por cuanto no soluciona la oscuridad y ambigüedad de la norma respecto el tipo de incumplimiento que debe verificarse. No discutimos que la definición natural de la palabra incumplimiento abarca todos los supuestos en los que no se cumple por uno de los contratantes lo pactado. Sin embargo, precisamente esta generalidad de la definición es la que genera una ambigüedad que merece ser resuelta a través de otras reglas de interpretación también contempladas en el artículo 18.

Continuando con el análisis de las reglas de interpretación, quienes se adscriben a la primera tesis analizada podrían sostener que la regla del numeral 5 del artículo 18 ofrece una solución al problema planteado. Este numeral prescribe que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación procedentes”¹⁹⁹.

El primer apartado de esta regla de interpretación puede servir como fundamento para quienes defienden la primera tesis si es que afirman que no se puede tomar lo odioso de una disposición como pretexto para ampliar su interpretación. Sin embargo, no es que la falta de disposición del Código Civil resulte odiosa, sino que existe oscuridad en la norma que merece ser esclarecida por la importancia que este esclarecimiento supone para el desencadenamiento de sus efectos. En otras palabras, aceptar este argumento implicaría desconocer la trascendencia del problema jurídico planteado en el presente trabajo y desconocer que la acción resolutoria genera efectos jurídicos sustancialmente distintos que la acción de cumplimiento forzoso.

Adicionalmente, se debe considerar que el segundo apartado de la regla de interpretación analizada expresamente prescribe que “la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación

¹⁹⁹ Vid. Código Civil. Art. 18 numeral 5. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

precedentes”²⁰⁰. Si bien sostenemos que las reglas de interpretación de los numerales 1 y 2 no ofrecen una solución al problema planteado, aún no hemos mencionado la regla de interpretación del numeral 4. Esta prescribe que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”²⁰¹.

El segundo apartado de la regla citada invita a realizar una interpretación sistemática y análoga de las disposiciones del ordenamiento jurídico, entendidas por esta no sólo las demás normas del Código Civil sino también las de otras leyes del ordenamiento que versen sobre el mismo asunto. Respecto de este apartado, Alessandri, Somarriva y Vodanovic sostienen que la interpretación por analogía “es el procedimiento en virtud del cual se resuelve conforme a leyes que rigen casos semejantes o análogos”²⁰² y que procede en cualquiera de los siguientes casos: primero, cuando la ley que se interpreta no prevé en su letra o en su espíritu una solución —lo que hace que el pasaje de la norma sea oscuro— o, segundo, cuando la ley que se interpreta sí prevé una solución pero dicha solución no es clara²⁰³.

En nuestro criterio, creemos que el artículo 1505 del Código se encuadra de mejor manera en el segundo caso por cuanto no es clara en definir qué tipo de incumplimiento es el que debe verificarse para que proceda la acción resolutoria al arbitrio del acreedor. Por lo tanto, en aplicación de la regla de interpretación del numeral 4 citada, es procedente acudir a las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés)²⁰⁴ que constituye una norma del ordenamiento jurídico que sí prevé una solución al problema

²⁰⁰ Vid. Código Civil. Art. 18 numeral 5. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁰¹ Vid. Código Civil. Art. 18 numeral 5. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁰² Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo Primero*. 5ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur, 1990, p. 185.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés) es un instrumento internacional elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) que fue suscrito el 11 de abril de 1980 en la ciudad de Viena, Austria. Fue ratificada por el Estado ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo No. 2906-A y publicado en el Registro Oficial 837 de 20 de octubre de 1991. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 425 de la Constitución de la República y 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no sólo se incorpora al ordenamiento jurídico ecuatoriano y constituye una norma de obligatorio cumplimiento, sino que además está dotado de jerarquía superior a las leyes orgánicas y ordinarias.

planteado para casos análogos y a la cual nos referiremos al analizar la tesis contrapuesta²⁰⁵.

Finalmente, para concluir con el análisis de las reglas de interpretación del artículo 18 es procedente señalar que su numeral 7 prescribe que “a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”²⁰⁶. Esta regla puede ser aplicada al verificarse la hipótesis de falta de ley. Si bien para muchos no tendría cabida la aplicación de esta regla por sostener que no existe falta de ley, pues el artículo expresamente señala que se debe verificar un incumplimiento, nos ratificamos en sostener que existe oscuridad o falta de ley específicamente para determinar qué tipo de incumplimiento es el que debe verificarse. Al existir falta de ley para este asunto específico, bien podría aplicarse esta regla para recurrir a casos análogos y a principios del derecho universal siempre y cuando únicamente se remitan a llenar el asunto específico afectado por esta falta de ley.

Consecuentemente, bien podría recurrirse a las disposiciones sobre casos análogos y a los principios universales del derecho para ofrecer una solución a la oscuridad de la norma. Como veremos al analizar la tesis contraria²⁰⁷, existen principios universales del derecho que han sido reconocidos por el propio Código Civil y la jurisprudencia ecuatoriana que ofrecen una solución a la oscuridad presentada en la norma respecto al tipo de incumplimiento que debe verificarse para que proceda la acción resolutoria. También existen disposiciones sobre casos análogos en el propio Código que permiten sostener que la acción resolutoria es una medida de *ultima ratio* y que por tanto debe preferirse la acción de cumplimiento forzoso²⁰⁸.

Estos principios universales y las disposiciones sobre casos análogos ofrecen una solución al problema planteado siempre y cuando se tenga presente que solamente servirán para esclarecer la oscuridad presentada en cuanto al tipo de incumplimiento que debe verificarse. Todos estos elementos serán analizados en la siguiente sección de ese Capítulo donde se analice la tesis contraria²⁰⁹. Por el momento, en apego a la estructura prevista para este Capítulo, procedemos a analizar el segundo elemento que sustenta esta primera tesis.

²⁰⁵ *Infra.* 3.2.4.

²⁰⁶ *Vid.* Código Civil. Art. 18 numeral 5. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁰⁷ *Infra.* 3.2.

²⁰⁸ *Infra.* 3.2.4.

²⁰⁹ *Supra.* 3.2.

3.1.2.- Requisitos para que proceda la acción resolutoria

El segundo elemento del ordenamiento jurídico ecuatoriano que fortalece esta primera tesis analizada se remite a los requisitos para que proceda la acción resolutoria. Estos requisitos se desprenden de ciertas disposiciones del Código Civil y, además, han sido ratificados por la jurisprudencia ecuatoriana. Como sabemos por el análisis realizado en las secciones previas de este trabajo²¹⁰, las dos acciones que el acreedor puede ejercer cuando se ha verificado el incumplimiento de un contrato bilateral tienen diferentes requisitos y efectos. Entre aquellos requisitos de la acción resolutoria no se desprende que el incumplimiento deba ser de algún tipo específico o de carácter relevante, a pesar de que ciertos doctrinarios como Parraguez sostienen que sí²¹¹. Aunque los requisitos para que proceda la acción resolutoria ya fueron expuestos²¹², es necesario referirnos a ellos para demostrar las fortalezas y debilidades que este fundamento supone para la tesis analizada.

El primer requisito es aquel que se desprende del mismo artículo 1505 del Código e implica que el contrato que se pretende resolver debe ser bilateral. A este se le debe añadir que dicho contrato bilateral debe ser también susceptible de resolución²¹³.

El segundo requisito es que el deudor que incumplió haya sido constituido en mora²¹⁴. Se debe tener presente que la constitución en mora del deudor no es propiamente un requisito para que el acreedor pueda ejercer la acción resolutoria o de cumplimiento forzoso sino más bien un presupuesto para que se verifique el incumplimiento por parte del deudor. En palabras de Jossierand²¹⁵, la constitución en mora del deudor es una comprobación oficial y avalada por el ordenamiento jurídico de que el deudor no ha cumplido con su obligación ya sea porque el cumplimiento ha sido parcial o total o porque ha incurrido en cualquiera de las causales previstas en el Código Civil que, en el caso ecuatoriano, se desprenden de su artículo 1567²¹⁶. Así, la mora constituye un presupuesto tanto para el incumplimiento total como parcial, así como para el retardo en el

²¹⁰ *Supra.* 1.3. y 1.4.

²¹¹ Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones.* Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 228.

²¹² *Supra.* 1.4.1.

²¹³ *Supra.* 1.4.1.

²¹⁴ *Supra.* 1.4.1.

²¹⁵ Louis Jossierand. *Teoría General de las Obligaciones.* Santiago de Chile: Editorial Parlamento, 2008, p. 387.

²¹⁶ *Vid.* Código Civil. Art. 1567. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

cumplimiento o incumplimiento tardío, en todos los casos debiendo ser comprobado y declarada por la autoridad competente. En cuanto al tiempo, la mora opera desde el momento en que sus obligaciones se tornaron exigibles²¹⁷. Por tanto, el deudor no ha incumplido hasta que no haya sido constituido en mora y las acciones previstas para el acreedor no proceden si no se verifica dicho incumplimiento.

El tercer requisito está relacionado con el anterior e implica que el acreedor que pretende ejercer las acciones haya cumplido con sus obligaciones o se haya allanado a hacerlo²¹⁸. Se encuentra regulado de manera taxativa en el artículo 1568 del Código Civil que prescribe “[e]n los contratos bilaterales 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”²¹⁹. Este requisito tampoco se desprende del artículo 1505 del Código Civil y tampoco constituye propiamente un requisito para que proceda la acción resolutoria sino más bien un presupuesto para que el deudor que incumplió sea constituido en mora. Si el deudor no ha sido constituido en mora, no se habrá verificado el incumplimiento necesario para que el acreedor pueda ejercer las acciones previstas.

Todos estos requisitos que se encuentran previstos en el Código Civil han sido ratificados por la jurisprudencia ecuatoriana en diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia)²²⁰. Por ejemplo, como citamos en el Capítulo I²²¹, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte, en fallo del 12 de febrero de 1981, resolvió que para que se desplieguen los efectos de la condición resolutoria tácita: (i) debe tratarse de contratos bilaterales, (ii) debe haber sido constituido en mora el deudor y, (iii) el acreedor debe haber cumplido sus obligaciones o haberse allanado a cumplirlas²²². Esto implica que la Corte ha ratificado lo prescrito en el Código Civil sin incluir algún otro requisito para que proceda la acción resolutoria.

²¹⁷ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 544.

²¹⁸ *Supra*. 1.4.1.

²¹⁹ *Vid.* Código Civil. Art. 1568. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²²⁰ *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de los Civil y Mercantil. Serie 13. Gaceta Judicial No. 11 de 12 de febrero de 1981. *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No 74-2008 publicada en el Registro Oficial No. 487 del 12 de diciembre de 2008.

²²¹ *Supra*. 1.4.1.

²²² Corte Suprema de Justicia. Sala de los Civil y Mercantil. Serie 13. Gaceta Judicial No. 11 de 12 de febrero de 1981.

Con este antecedente, el fundamento analizado en esta sección para sustentar esta primera tesis el siguiente. Si el Código Civil expresamente prevé unos requisitos específicos para que proceda la acción resolutoria y, además, dichos requisitos han sido ratificados por la jurisprudencia sin que se mencione o se incluya la relevancia del incumplimiento, entonces no se puede aceptar que esta sea un requisito para que proceda la acción resolutoria. En otras palabras, el fundamento de este argumento es, una vez más, la ausencia de regulación del Código y la falta de pronunciamiento de las cortes ecuatorianas.

Como se puede observar, el fundamento expuesto en esta sección radica principalmente en el desconocimiento de la tesis contrapuesta y en que ni el Código Civil ni la jurisprudencia ecuatoriana han señalado expresamente que la relevancia del incumplimiento constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria.

Ante este fundamento consideramos que no hace falta que la relevancia del incumplimiento conste expresamente como un presupuesto para que este tenga que verificarse y sea el único capaz de habilitar la acción resolutoria. Esto por cuanto consideramos que existen otros elementos en el ordenamiento, que serán analizados más adelante en este Capítulo²²³, que permiten sostener la hipótesis planteada.

Adicionalmente, consideramos que el incumplimiento, sin importar su tipo, ni siquiera es un requisito para que proceda la acción resolutoria. Es más bien una situación de hecho que en virtud de la norma debe verificarse como hipótesis para desplegar los efectos del artículo 1505, entre ellos, la acción resolutoria. Por tanto, no interesa si el Código Civil o la jurisprudencia expresamente señalan o no a la relevancia del incumplimiento como un presupuesto para sostener la hipótesis planteada. Es a través de otros elementos que analizaremos más adelante, que afirmamos que solamente el incumplimiento relevante es capaz de habilitar el ejercicio de la acción resolutoria.

3.1.3.- Disposiciones del Código Civil ecuatoriano sobre el pago efectivo

El tercer elemento que se desprende del ordenamiento jurídico ecuatoriano y que sirva para favorecer esta primera tesis analizada es aquel que se desprende de las normas del Código Civil sobre el pago efectivo. Estas fueron analizadas a detalle en una sección

²²³ *Infra.* 3.2.

previa de este trabajo²²⁴, sin embargo, es necesario explicar por qué sirven de fundamento para la tesis analizada y cuáles son los cuestionamientos que presenta.

Como sabemos, el pago efectivo es el principal modo de extinguir las obligaciones y se encuentra regulado en una sección específica del Código Civil. El pago efectivo es el cumplimiento de la prestación a la que una de las partes se obligó y dicho cumplimiento varía dependiendo si la prestación es de dar, hacer o no hacer²²⁵. Los artículos específicos sobre el pago efectivo que sirven de fundamento para sostener la tesis analizada son el 1585 y el 1607 del Código Civil.

El primero prescribe que “el pago se hará, bajo todos los respectos, en conformidad al tenor literal de la obligación”²²⁶ y, añade, “el acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”²²⁷. El segundo prescribe que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo en el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. [...]”²²⁸.

Como se desprende de ambas normas citadas, el deudor debe cumplir con las prestaciones a las que se obligó de conformidad con el tenor literal de la obligación y, el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que la que se le debe, ni aún a pretexto de ser esta de mayor valor. El acreedor tampoco está obligado a recibir por partes lo que se le debe, debiendo pagarse la totalidad de lo pactado a menos que las partes hayan acordado lo contrario. Como señalamos citando a Fueyo Laneri, el pago es indivisible; o se cumple o no se cumple²²⁹. Así lo consideró la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) ecuatoriana en fallo de 19 de enero de 2006 al resolver que “cuando se trata del cumplimiento de una obligación, este debe ser perfecto. ¿Qué quiere decir esta palabra? Que el cumplimiento, para ser tal, debe ser total. No existe cumplimiento parcial, solo incumplimiento”²³⁰.

El presente fundamento atiende a la siguiente lógica. Si el acreedor no se encuentra obligado a recibir otra prestación distinta de aquella que al tenor literal se pactó, entonces

²²⁴ *Supra.* 2.1.2.

²²⁵ *Vid.* Código Civil. Art. 1584. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²²⁶ *Vid.* Código Civil. Art. 1585. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²²⁷ *Vid.* Código Civil. Art. 1585. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²²⁸ *Vid.* Código Civil. Art. 1607. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²²⁹ *Supra.* 2.1.2.

²³⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia). Resolución No. 23-06 publicada en el Registro Oficial 449 de 18 de diciembre de 2006.

no tiene por qué limitarse su derecho a ejercer la acción resolutoria ante cualquier tipo de incumplimiento verificado, menos aún si el Código no distingue entre los diferentes tipos de incumplimiento ni hace referencia alguna al incumplimiento relevante.

Ciertamente lo que preocupa a quienes se adscriben a esta tesis es que las normas del pago efectivo han querido dar absoluta seguridad al acreedor y dicha seguridad se puede ver vulnerada al limitar su derecho de acción resolutoria únicamente cuando el incumplimiento es relevante. Por lo tanto, las normas citadas sirven para sostener que todo tipo de incumplimiento —entendido por este todo aquel que contravenga lo que al tenor literal se pactó— es suficiente para que el acreedor pueda ejercer la acción resolutoria a su arbitrio.

El presente fundamento presenta los siguientes cuestionamientos. En primer lugar, es cierto que mediante la resolución del contrato el acreedor no recibiría la prestación que al tenor literal se pactó. Sin embargo, la acción de cumplimiento forzoso tampoco satisface siempre esta exigencia del acreedor. Como sabemos por el análisis realizado²³¹, el cumplimiento forzoso en las obligaciones de hacer no siempre será posible y, cuando no lo sea, el artículo 1569 le otorga al acreedor dos opciones: primero, que el juzgador autorice su ejecución por un tercero a expensas del deudor y, segundo, si esto no es posible, obligando al deudor a indemnizarlo por los daños y perjuicios ocasionados.

Adicionalmente, el cumplimiento forzoso en las obligaciones de no hacer tampoco será siempre posible. Como lo dispone el artículo 1571 del Código Civil, este se realiza mediante las siguientes dos opciones: primero, deshaciendo lo que el deudor hizo y, segundo, si esto no es posible, mediante una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados²³². Por lo tanto, no se puede sostener que la resolución del contrato es la única opción que vulnera las normas del pago efectivo que garantiza que las prestaciones se cumplan al tenor literal de lo pactado. Esto por cuanto, en los supuestos de cumplimiento forzoso a los que nos hemos referido, tampoco se garantiza el cumplimiento de las prestaciones de conformidad con lo que al tenor literal se pactó.

Frente a este cuestionamiento muchos podrán alegar en contra sosteniendo que el cumplimiento forzoso en los supuestos señalados, si bien desatiende lo que al tenor literal se pactó, es debido a la naturaleza de la prestación que el propio Código permite otras

²³¹ *Supra.* 2.2.1.

²³² *Vid.* Código Civil. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

formas de cumplimiento. Además, al estar previstas estas formas de cumplimiento en el Código, se entiende que son excepcionales y además equivalentes al pago efectivo que se ha vuelto imposible por la naturaleza de la prestación.

En nuestra opinión, estamos de acuerdo en que a través de las normas del pago efectivo el Código otorga seguridad al acreedor para que se cumpla con las prestaciones de conformidad con lo que al tenor literal se pactó. También estamos de acuerdo en que las otras formas de cumplimiento forzoso previstas para las prestaciones de hacer y no hacer son —por su naturaleza— equivalentes a un pago efectivo y capaces de extinguir la obligación. Sin embargo, no aceptamos que debido a las normas del pago efectivo el acreedor siempre estará facultado para ejercer la acción resolutoria a su arbitrio amparado en el presente argumento. Esto por cuanto, como analizaremos a continuación, permitir que todo tipo de incumplimiento habilite la resolución vulneraría otros elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que no se pueden desconocer amparándose exclusivamente en las normas del pago efectivo.

Así, por una parte, ante una posible vulneración de las normas del pago efectivo que otorgan seguridad al acreedor y, por otra, ante la vulneración de otros elementos y principios del ordenamiento jurídico que ofrecen una solución al problema jurídico planteado, se deberá preferir no vulnerar los segundos.

3.2.- Elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permiten sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante

Continuando con nuestro estudio, en esta sección expondremos los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permiten desvirtuar la tesis contraria y sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante. Los elementos que serán analizados en su respectivo orden son los siguientes. Primero [3.2.1] la acción resolutoria como una medida de *ultima ratio*. Segundo [3.2.2] el principio de conservación del negocio jurídico. Tercero [3.2.3] el principio de la buena fe contractual y el abuso del derecho. Cuarto [3.2.4] las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). La exposición de estos elementos nos permitirá finalmente, concluir este trabajo verificando la hipótesis que hemos planteado.

3.2.1.- La acción resolutoria como una medida de *ultima ratio*

El primer elemento del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria es aquel que señala que esta acción tiene carácter de *ultima ratio*. El que tenga carácter de *ultima ratio* implica, como lo ha señalado Hugo Forno, que el acreedor debe comenzar por exigir el pago —a través del cumplimiento forzoso— para, únicamente luego, si el pago se torna imposible, ejercer la acción resolutoria²³³.

El Código Civil ecuatoriano no prevé de manera expresa que la acción resolutoria constituye una medida de *ultima ratio* con respecto de la acción de cumplimiento forzoso. Esto ocurre en legislaciones extranjeras a las que hemos hecho referencia, como la española²³⁴ y la mexicana²³⁵, que únicamente permiten al acreedor ejercer la acción resolutoria cuando primero ha intentado la acción de cumplimiento forzoso y esta ha resultado imposible. En el caso de legislación italiana, por ejemplo, el primer apartado del artículo 1453 del *Codice Civile* prescribe que el acreedor, ante el incumplimiento, podrá ejercer a su arbitrio la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso²³⁶. El segundo apartado del artículo señala que el acreedor podrá demandar la resolución aun cuando ha demandado el cumplimiento forzoso, sin embargo, no podrá demandar el cumplimiento forzoso cuando ha ejercido primero la acción resolutoria²³⁷. Esto implica que, al igual que las legislaciones española y mexicana, el *Codice Civile* italiano le ha otorgado a la acción resolutoria el carácter de *ultima ratio*, incentivando primero el ejercicio de la acción de cumplimiento forzoso.

En el caso del artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano, este no prescribe expresamente que la acción resolutoria es de *ultima ratio* respecto de la acción de cumplimiento forzoso. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (hoy Corte Nacional de Justicia), en reiteradas sentencias así lo ha resuelto²³⁸. Por ejemplo, en fallo

²³³ Hugo Forno. “Resolución por Incumplimiento”. *Temas de Derecho Contractual*. 1ra Ed. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 108.

²³⁴ Vid. Código Civil español. Art. 1124. Expedido mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889 en el Boletín Oficial BOE-A-1889-4763.

²³⁵ Vid. Código Civil Federal mexicano. Art. 1949. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2013.

²³⁶ Vid. *Il Codice Civile* italiano. Art. 1453 Aprobado por Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1962 y modificado por Decreto No. 291 de 7 de diciembre de 2016.

²³⁷ Vid. *Il Codice Civile* italiano. Art. 1453. Aprobado por Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1962 y modificado por Decreto No. 291 de 7 de diciembre de 2016.

²³⁸ Vid. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia). Resolución No. 04-2001 publicada en el Registro Oficial 521 de 25 de febrero de 2002. Vid.

de febrero de 1999, la Corte consideró que “si se trata de una obligación bilateral y se demanda la resolución por incumplimiento, cabe perfectamente que el demandado se allane a cumplir dentro del proceso, evento en el cual se frustrará la acción resolutoria y se deberá proceder a ejecutar la obligación”²³⁹. Esta consideración de la Corte demuestra que se debe favorecer primero el cumplimiento de las prestaciones y únicamente permitir la resolución como medida de *ultima ratio* cuando el cumplimiento resulte imposible.

Adicionalmente, en el mismo fallo citado la Corte resolvió lo siguiente:

No debe perderse de vista que la resolución de un contrato por incumplimiento es el mal menor, pero mal al fin, que el tráfico jurídico, económico y social se nutre de contratos ejecutados, no de acuerdos fallidos, por lo que, al ser un bien social el propiciar el cumplimiento de los contratos, se debe alentarlo cuidando siempre, claro está, que ninguna de las partes sea perjudicada como consecuencia del retardo en el cumplimiento, [...] [el subrayado me pertenece]²⁴⁰.

Por lo tanto, si bien no se encuentra expresamente recogido en el Código que la acción resolutoria constituye una medida de *ultima ratio*, esto se desprende claramente de los fallos citados. Atendiendo el criterio de la Corte, se debe alentar siempre el cumplimiento de las prestaciones y solamente pretender la resolución cuando el cumplimiento resulte imposible. En concordancia con lo expuesto, la resolución por incumplimiento constituye, como bien lo ha manifestado la Corte citada, “una verdadera sanción que establece la ley”²⁴¹ en contra del deudor que ha incumplido con las prestaciones a las que se obligó en un contrato bilateral.

Ahora bien, si es que la acción resolutoria constituye una medida de *ultima ratio* y se debe preferir siempre el cumplimiento forzoso, no todo tipo de incumplimiento puede habilitar su ejercicio al puro arbitrio del acreedor. Si bien es cierto que el artículo 1505 del Código no distingue entre los tipos de incumplimiento que deben verificarse para dar paso a cada acción, permitir que todo tipo de incumplimiento lo haga significaría desatender los criterios jurisprudenciales expuestos.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia). Fallo de Triple Reiteración No. 1, Expediente de Casación No. 385 publicado en el Registro Oficial 521 de 25 de febrero de 2002. *Vid.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Suprema de Justicia. Serie 16. Gaceta Judicial No. 14 de 26 de febrero de 1999.

²³⁹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Suprema de Justicia. Serie 16. Gaceta Judicial No. 14 de 26 de febrero de 1999.

²⁴⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Suprema de Justicia. Serie 16. Gaceta Judicial No. 14 de 26 de febrero de 1999.

²⁴¹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), Fallo de Triple Reiteración No. 1, Expediente de Casación No. 385 publicado en el Registro Oficial 521 de 25 de febrero de 2002.

3.2.2.- El principio de conservación del negocio jurídico

El segundo elemento del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria es el principio de conservación del negocio jurídico. Este principio concuerda con el *pacta sunt servanda* que se desprende del artículo 1561 del Código al que hemos hecho referencia, que prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”²⁴². Así, el principio de conservación del negocio jurídico postula que se deben realizar todos los actos conducentes a preservar el negocio jurídico para que este surta sus efectos, evitando, en la medida de lo posible, que el negocio jurídico se destruya.

El principio de conservación del negocio jurídico se encuentra recogido en el artículo 1578 del Código Civil ecuatoriano que prescribe que “el sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”²⁴³. Este artículo señala cómo debe interpretarse una cláusula contractual en particular cuando podrían desprenderse de ella múltiples interpretaciones, debiendo preferirse siempre aquella que surta efectos por sobre aquella que no surta efecto alguno.

Del artículo citado se desprende la interpretación de los contratos según el efecto útil de sus cláusulas. Si bien es cierto que para el caso concreto del artículo analizado, el principio de conservación busca salvaguardar la eficacia de los contratos por sobre la ineficacia, no cabe duda de que es una demostración del Código Civil de que se debe siempre preservar el negocio jurídico antes que pretender su ineficacia o su destrucción²⁴⁴.

En esta sección sobre el principio de conservación del negocio jurídico es pertinente referirse a las normas del Código Civil sobre el pacto comisorio que sustentan este principio. Así, en aplicación de la regla de interpretación del numeral 7 del artículo 18 del Código Civil, ante la falta de ley es procedente aplicar las que existan sobre casos análogos. El propio Código, dentro del Título XXII sobre el contrato de compraventa, contempla el parágrafo 10° en donde regula la institución del pacto comisorio que, más

²⁴² Vid. Código Civil. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁴³ Vid. Código Civil. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁴⁴ Otra demostración del Código Civil sobre la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico se desprende del Art. 1700 sobre la nulidad relativa. El segundo inciso del artículo prescribe que la nulidad relativa “podrá sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes”, demostrándose un favorecimiento del Código por el principio de conservación.

que regular un caso análogo, regula específicamente los contratos de compraventa que constituyen un tipo específico de contrato bilateral. El artículo 1817 prescribe que “[p]or el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Entiéndase siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y surte los efectos que van a indicarse”²⁴⁵.

El pacto comisorio, en palabras de Ospina Fernández, “no es otra cosa que la expresa estipulación de resolución del contrato por causa de incumplimiento”²⁴⁶. Por su parte, Luis Parraguez añade que es la explicitación de la condición resolutoria tácita que demuestra la redundancia en la que ha incurrido el legislador para ratificar el sistema general de la resolución gobernada por la condición resolutoria tácita del artículo 1505 del Código²⁴⁷. Para el autor citado, el pacto comisorio “es la expresión formal, en el contrato, de la condición resolutoria tácita; es decir, la explicitación de las partes en el sentido de que el contrato podrá resolverse, o se resolverá, por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de él”²⁴⁸.

Respecto del alcance del pacto comisorio, ambos autores reconocen que no se encuentra limitado exclusivamente al contrato de compraventa ni al supuesto de incumplimiento del pago del precio del vendedor²⁴⁹. Sostienen que, al tratarse del reconocimiento expreso de la condición resolutoria tácita, su alcance abarca el de todos los contratos bilaterales y tanto los supuestos de incumplimiento del deudor como del acreedor²⁵⁰. Se debe mencionar también que la doctrina ha distinguido entre el pacto comisorio simple y el pacto comisorio calificado. El primero es aquel que hemos expuesto y, el segundo —regulado en el artículo 1819 del Código— es aquel en el que las partes acuerdan que ante el incumplimiento el acreedor podrá resolver *ipso facto* o de inmediato el contrato sin tener que ejercer la acción resolutoria²⁵¹.

²⁴⁵ Vid. Código Civil. Art. 1817. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁴⁶ Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 6ta. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 488.

²⁴⁷ Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 204.

²⁴⁸ *Id.* p. 205.

²⁴⁹ Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 204. Vid. Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. 6ta. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 488.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Id.*, p. 206.

Para Luis Parraguez la única utilidad que podría haber tenido el pacto comisorio para no incurrir en una redundancia con la condición resolutoria tácita habría sido la de “provocar la resolución inmediata del contrato una vez producido el incumplimiento”²⁵². Sin embargo, manifiesta que esa utilidad jamás se llega a verificar por cuanto el propio artículo 1819 del Código prescribe que “el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir [refiriéndose al contrato], pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”²⁵³. Por lo tanto, a pesar de que en principio el pacto comisorio calificado parecería demostrar la voluntad del acreedor de renunciar anticipadamente a la acción de cumplimiento forzoso para optar por una resolución *ipso facto*, la propia norma le permite al deudor enervar la resolución mediante el pago del precio —el cumplimiento de la prestación— y así preservarlo para que surta efectos.

Precisamente este último aspecto que genera la crítica de Parraguez es la que sirve como elemento para defender la tesis analizada en esta sección, pues es una clara demostración del propio Código de que, aun cuando las partes han acordado expresamente que ante el incumplimiento el acreedor podrá resolver el contrato, se le permite al deudor cumplir con la prestación y evitar la resolución. Esto demuestra un favorecimiento del principio de conservación del negocio jurídico al que nos hemos referido y concuerda con que la resolución del contrato es una medida de *ultima ratio* que solamente se debe permitir cuando el cumplimiento resulta imposible. El Código, a través de esta norma analizada, le otorga al deudor una herramienta para evitar la resolución, lo que demuestra una preferencia por el cumplimiento.

Por lo tanto, al ser el pacto comisorio una institución que ratifica el régimen general de la condición resolutoria tácita y, no limitándose exclusivamente al contrato bilateral de compraventa sino a todos los contratos bilaterales, no se puede permitir que todo tipo de incumplimiento —sin importar su relevancia— habilite el ejercicio de la acción resolutoria al puro arbitrio del acreedor.

Si trasladamos la aplicación de este principio general al ámbito concreto de nuestro estudio, no se puede permitir que todo tipo de incumplimiento habilite la resolución del contrato cuando la propia norma prevé una acción de cumplimiento forzoso capaz de

²⁵² Luis Parraguez Ruiz. *Anexo de Apuntes de Código Civil. Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 204.

²⁵³ *Vid.* Código Civil. Art. 1818. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

preservar el negocio jurídico antes que destruirlo. Más aún si el principio de conservación del negocio jurídico se encuentra complementado con el *pacta sunt servanda* por el cual los contratos son ley para las partes y con el criterio expuesto por la jurisprudencia que señala que la acción resolutoria es una medida de *ultima ratio* frente a la acción de cumplimiento forzoso.

Por lo expuesto, realizando una interpretación sistemática²⁵⁴ del Código Civil y procurando guardar correspondencia entre todas sus normas, el principio de conservación del negocio jurídico no debe restringirse a la interpretación contractual según el efecto útil que busca la eficacia jurídica sino también para que —ante el problema jurídico planteado— se prefiera el cumplimiento contractual antes que la destrucción que la resolución produce. Así, este elemento sirve para sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante, pues, si no se acepta esta afirmación, se desconocería el principio de conservación del negocio jurídico que se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que además se complementa con el criterio jurisprudencial que sostiene que la resolución es una medida de *ultima ratio*.

3.2.3.- El principio de la buena fe contractual y el abuso del derecho

El tercer elemento del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria es el principio de la buena fe contractual. Este principio postula que los contratos deben prepararse, interpretarse, integrarse, ejecutarse e incluso extinguirse con entera lealtad y una intención recta y positiva de los contratantes con el fin de alcanzar su finalidad social y privada²⁵⁵ y se encuentra recogido en el artículo 1562 del Código que prescribe que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”²⁵⁶.

²⁵⁴ La interpretación sistemática, en palabras de Alessandri, Somarriva y Vodanovic es aquella por la cual se debe analizar el espíritu general de una legislación, estableciendo una conexión que enlace a todas las instituciones jurídicas y principios en una gran unidad. Vid. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo Primero*. 5ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur, 1990, p. 161.

²⁵⁵ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 321. Vid. Gustavo Ordoqui. *Buena Fe Contractual*. 2da. Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 251.

²⁵⁶ Vid. Código Civil. Art. 1561. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

La Corte Nacional de Justicia ha reconocido la importancia del principio de la buena fe contractual al resolver:

Esta norma legal, aunque se refiere a los negocios jurídicos bilaterales, sin embargo es aplicable a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contiene un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de la parte acreedora²⁵⁷ [énfasis añadido].

Así, del fragmento citado se desprende que la Corte ratifica que el principio de la buena fe contractual es un postulado fundamental que aplica a todo el régimen jurídico patrimonial y que ni si quiera requiere demostración. Además, se desprende que en virtud de este principio se justifica la potestad del acreedor para acudir al Estado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor. Por esta ejecución coercitiva de la prestación se refiere a su cumplimiento forzoso, omitiendo de esta forma señalar que el principio de la buena fe contractual justifica la resolución y consecuente destrucción del contrato.

En nuestro criterio, sostener que todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria podría generar, en ciertos casos, una vulneración del principio de la buena fe contractual. Esto por cuanto el acreedor, frente a un incumplimiento del deudor que todavía puede ser subsanado a través de un cumplimiento voluntario o forzoso, puede decidir ejercer la acción resolutoria con el único fin de generar un perjuicio al deudor. En este caso, el acreedor estaría abusando de su derecho potestativo que le faculta a elegir cualquiera de las dos acciones previstas y contraviniendo el principio de la buena fe contractual.

Respecto de esta preocupación se ha pronunciado también la Corte Nacional de Justicia al resolver que “la buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad”²⁵⁸. En

²⁵⁷ Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 133-99 publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril de 1999.

²⁵⁸ Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 133-99 publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril de 1999.

este sentido, una pretensión jurídica incluso formal y fundada en el derecho potestativo que el artículo 1505 del Código le otorga al acreedor, es capaz de vulnerar el principio de la buena fe contractual cuando de ella se desprenden exigencias impertinentes que chocan contra el derecho y la equidad.

Un claro ejemplo de la utilización de la acción resolutoria con el único fin de perjudicar al deudor cuando el cumplimiento todavía es posible y capaz de satisfacer el interés del acreedor se encuentra en el caso español *Comunidad de Herederos Doña Celestina contra Bahía Planning S.L.* En este caso, la parte actora, Comunidad de Herederos Doña Celestina, demandó a Bahía Planning S.L. la resolución del contrato alegando que esta no cumplió con la prestación de construir un edificio en un plazo determinado²⁵⁹.

El juez *a quo* en primera instancia declaró la resolución del contrato. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en segunda instancia revocó la sentencia apelada resolviendo que no se ha configurado un incumplimiento relevante capaz de frustrar las expectativas de la parte actora y que dichas expectativas aún podían ser satisfechas con la ejecución de la prestación. Del fallo de la Audiencia Provincia se desprende lo siguiente:

No puede entenderse que el retraso en la entrega del edificio supusiera una frustración definitiva de las legítimas expectativas [de la contraparte], que no pudieran ser reparadas, determinante de la resolución, pues esas expectativas podrían cumplirse pese al retraso y al margen de los efectos indemnizatorios de la demora en función²⁶⁰.

En casos como este, la resolución se puede prestar para un abuso del derecho en el cual el único fin del acreedor es destruir el contrato a pesar de que el cumplimiento forzoso bien podría satisfacer el interés del acreedor.

El concepto de abuso del derecho al que nos hemos referido y que está estrechamente relacionado con el principio de la buena fe contractual se encuentra definido expresamente en el artículo innumerado después del 36 del Código Civil ecuatoriano. Este concepto, aunque ha regido en el ordenamiento jurídico como un principio general desde hace varios años, fue introducido de manera expresa en el Código tras la promulgación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales publicada

²⁵⁹ Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife. *Caso Comunidad de Herederos de Doña Celestina vs. Bahía Planning S.L.* Sentencia de 7 de marzo de 2012.

²⁶⁰ *Ibíd.*

en el Registro Oficial Suplemento 797 de 26 de septiembre de 2012. Este artículo prescribe que “constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”²⁶¹.

El abuso del derecho es una institución jurídica que ha sido objeto de extensos estudios en los diferentes ámbitos del Derecho. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, es necesario delimitar su aplicación al ámbito contractual. En este ámbito específico, Gustavo Ordoqui ha señalado que “para abusar de un derecho es necesario tener ese derecho y que se trate, en principio, de un derecho subjetivo determinado”²⁶². Como sabemos, el artículo 1505 del Código otorga al acreedor un derecho subjetivo determinado y además potestativo frente al incumplimiento de su deudor, el cual le permite ejercer a su arbitrio la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso.

Adicionalmente, el citado autor sostiene que el ejercicio de un derecho subjetivo, en su esencia, no puede ser absoluto²⁶³. Es decir, no basta que el derecho se encuentre consagrado en el ordenamiento jurídico para que su titular lo pueda ejercer sin limitación alguna. Esta limitación, en palabras del autor citado, “está marcada por la buena fe, la equidad, las buenas costumbres, los criterios de lo razonable y lógico en consideración a las circunstancias de cada caso”²⁶⁴.

Como hemos sostenido, el principio de conservación del negocio jurídico y el de la buena fe contractual constituyen postulados fundamentales y por tanto fines que el ordenamiento jurídico persigue. Si el artículo innumerado después del 36 del Código expresamente señala que constituye abuso del derecho el que el titular de uno exceda irrazonablemente sus límites de tal suerte que se perviertan o desvíen los fines del ordenamiento jurídico, el ejercicio de la acción resolutoria con el único fin de perjudicar al deudor cuando cuando el cumplimiento todavía es posible y capaz de satisfacer los intereses del acreedor podría implicar un abuso del derecho en los términos señalados por el Código.

Por lo tanto, permitir que todo tipo de incumplimiento habilite la resolución podría generar en —casos como el señalado— una vulneración de estos principios y además

²⁶¹ *Vid.* Código Civil. Art. innumerado después del 36. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁶² *Id.*, p. 109.

²⁶³ *Id.*, p. 13.

²⁶⁴ *Ibíd.*, p. 13.

configurar un abuso del derecho que el ordenamiento jurídico ecuatoriano repudia y prohíbe.

3.2.4.- Las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)

El cuarto elemento del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite sostener que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria es aquel que se desprende de las normas de la CISG. Mencionamos al analizar la tesis contraria que la regla de interpretación del numeral 4 del artículo 18 prescribe en su segundo apartado que “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” y que la regla de interpretación del numeral 7 prescribe que “a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”²⁶⁵. Por lo tanto, en esta sección nos referiremos: primero, a las normas de la CISG y, segundo a las normas del Código Civil respecto del pacto comisorio.

La CISG es un instrumento internacional elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) que fue suscrito el 11 de abril de 1980 en la ciudad de Viena, Austria. Fue ratificada por el Estado ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo No. 2906-A y publicado en el Registro Oficial 837 de 20 de octubre de 1991. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 425 de la Constitución de la República, no sólo se incorpora al ordenamiento jurídico ecuatoriano y constituye una norma de obligatorio cumplimiento, sino que además está dotado de jerarquía superior a las leyes orgánicas y ordinarias.

La CISG prescribe en su artículo 49 numeral 1 literal a) que el comprador podrá declarar resuelto el contrato de compraventa internacional de mercaderías “si el incumplimiento del vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”²⁶⁶. Adicionalmente, su artículo 25 define de manera expresa qué se debe entender por incumplimiento esencial capaz de habilitar la resolución del contrato²⁶⁷. Por

²⁶⁵ Vid. Código Civil. Art. 18 numeral 7. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

²⁶⁶ Vid. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1990). Art. 49 numeral 1 literal a).

²⁶⁷ El Art. 25 de la CISG prescribe: El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una

lo tanto, al existir falta oscuridad en el Código Civil respecto de qué se debe entender por incumplimiento esencial o relevante o respecto de qué tipo de incumplimiento es capaz de habilitar la resolución, es procedente acudir a las disposiciones de la CISG en aplicación de la regla de interpretación del numeral 4 del artículo 18 del Código Civil. Así, ante la oscuridad del artículo 1505 del Código, el intérprete debe entender por incumplimiento relevante —único capaz de habilitar la resolución— aquel que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

CONCLUSIONES

Con los elementos expuestos a lo largo de este trabajo de titulación, procedemos a exponer las conclusiones que nos permiten afirmar que la relevancia del incumplimiento contractual constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria y, por tanto, no todo tipo de incumplimiento es capaz de habilitarla. Las conclusiones a las que llegamos tras el presente estudio son las siguientes:

Primero, ni el artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano ni ninguna otra norma de este cuerpo normativo definen la relevancia del incumplimiento ni clasifican sus diferentes tipos como sí lo ha desarrollado ampliamente la doctrina, la legislación comparada, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos. El referido artículo únicamente prescribe que, ante la verificación de un incumplimiento —definido como el presupuesto de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado— el acreedor que ha cumplido se encuentra facultado para ejercer a su arbitrio la acción de cumplimiento forzoso o la acción resolutoria.

Segundo, a pesar de la falta de disposición expresa del Código Civil, existen dos corrientes doctrinarias contrapuestas en torno al problema jurídico planteado. La primera, de carácter más tradicional y de mayor antigüedad sostiene que, ante la falta de disposición del Código, todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria. La segunda, más moderna, sostiene que no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante. La segunda corriente es la que predomina en los instrumentos internacionales y en otros

persona razonable en la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. *Vid.* Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1990). Art. 25.

ordenamientos jurídicos reformados con posterioridad a la promulgación del Código Civil ecuatoriano.

Tercero, la falta de disposición del artículo 1505 del Código genera falta de ley respecto del tipo de incumplimiento que debe verificarse para habilitar el ejercicio de la acción resolutoria. Ante esta problemática, el propio Código contempla una serie de reglas de interpretación jurídica que invitan al intérprete a acudir a otros elementos del ordenamiento jurídico como los principios generales que inspiran al propio Código, las disposiciones sobre casos análogos, las disposiciones de otras leyes e incluso la jurisprudencia ecuatoriana que ha recogido estos elementos y principios.

Cuarto, al analizar los elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano se puede verificar que existen principios generales que inspiran de manera sistemática al Código y que no pueden ser vulnerados. El principio de conservación del negocio jurídico, el de la buena fe contractual y el de prohibición de abuso del derecho se encuentran expresamente recogidos en el Código y se ven vulnerados cuando se pretende adoptar la primera tesis para sostener que todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria.

Quinto, si bien la jurisprudencia ecuatoriana no se ha pronunciado respecto del concepto de la relevancia del incumplimiento como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria, sí lo ha hecho para sostener que esta acción es una medida de *ultima ratio* y que se debe preferir el cumplimiento de las prestaciones antes que la destrucción del contrato que produce la resolución. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana se inclinan por favorecer los principios de conservación del negocio jurídico, la buena fe contractual y la prohibición de abuso de derecho. Por lo tanto, ratifican la importancia de estos principios en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y contribuyen a favorecer la segunda tesis en torno al problema jurídico planteado.

Sexto, además de los principios y los criterios jurisprudenciales, las normas de la CISG que se incorporan al ordenamiento jurídico ecuatoriano y que rigen para los contratos de compraventa internacional de mercaderías definen expresamente el concepto de incumplimiento relevante y prescriben que la resolución únicamente procederá cuando este se verifique. Estas normas, en virtud de las reglas de interpretación del propio Código Civil, sirven para ilustrar la falta de disposición del artículo 1505 y para demostrar que, junto con los demás elementos analizados, no todo tipo de incumplimiento puede habilitar

el ejercicio de la acción resolutoria. Además, el artículo 25 de la CISG señala un criterio expreso para calificar al incumplimiento como relevante que debe ser adoptado para todos los supuestos ante la falta de disposición del Código.

Séptimo, las disposiciones del propio Código Civil sobre el pacto comisorio previstas para el contrato bilateral de compraventa señalan que el deudor del precio que ha incumplido podrá enervar la resolución del contrato optando por el cumplimiento incluso cuando el acreedor haya iniciado judicialmente la acción resolutoria. La doctrina ha sostenido que estas disposiciones, aunque previstas para los contratos bilaterales de compraventa y para el incumplimiento del pago del precio del comprador, tienen un alcance más amplio y rigen para todos los contratos bilaterales. Por lo tanto, estas disposiciones no aplican de manera exclusiva sino para todos los contratos bilaterales. Consecuentemente, son un elemento del propio Código que ratifican la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico y que demuestran que la resolución constituye una medida de *ultima ratio* únicamente procedente cuando el cumplimiento ha dejado de ser posible.

Finalmente concluimos afirmando que, por los elementos expuestos, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no todo tipo de incumplimiento habilita el ejercicio de la acción resolutoria sino únicamente aquel que es relevante. Por lo tanto, la relevancia del incumplimiento constituye un verdadero presupuesto para su ejercicio sin la cual esta acción no es procedente.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

Código Civil español. Expedido mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889 en el Boletín Oficial BOE-A-1889-4763.

Código Civil Federal mexicano. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2013.

Código Civil y Comercial de la República Argentina. Aprobado mediante Ley No. 26.994 y promulgado mediante Decreto No. 1795/2014.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506 del 22 de mayo de 2015.

Il Codice Civile italiano. Aprobado por Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1962 y modificado por Decreto No. 291 de 7 de diciembre de 2016.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Doctrina

ABELIUK, René. *Las Obligaciones, Tomo I*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014.

ABELIUK, René. *Las Obligaciones, Tomo II*. 6ta. Ed. Actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones: versiones taquigráficas de las cátedras de derecho civil*. Santiago de Chile: El Esfuerzo, 1976. Citado en: Fernando, CANOSA TORRADO. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC Antonio. *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo Primero*. 5ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur, 1990.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Editorial Comares, 2009.

- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil – Trata de las Obligaciones en general, Volumen II*. 4ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932.
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil – Trata de los Contratos y demás fuentes de las Obligaciones, Volumen III*. 4ta. Ed. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932.
- BORDA, GUILLERMO A. *Manual de Obligaciones*. 7ma. Ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1846.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Ed. Actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2012.
- CANOSA TORRADO, Fernando. *La resolución de los contratos: incumplimiento y mutuo disenso*. 3ra. ed. Santa Fe de Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Los incumplimientos resolutorios*. 1ra. Ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.
- DUCCI, Carlos. *Derecho Civil*. 4ta. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- DUCCI, Carlos. *Interpretación jurídica*. 3ra Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- FORNO, Hugo. “Resolución por Incumplimiento”. *Temas de Derecho Contractual*. 1ra Ed. Lima: Cultural Cuzco, 1987.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ra. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- IBÁÑEZ, Carlos. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- JOSSERAND, Louis. *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Parlamento, 2008.
- JOSSERAND, Louis. *Teoría General de las Obligaciones, Tomo II, Volumen I*. Revisado y completado por: André Brun. Traducido por: Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1950.
- LARREA, Nicolás y WRAY, Mateo. “Relevancia del incumplimiento contractual como habilitante de la acción resolutoria: aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review* III (2016).
- LARREA HOLGUÍN, Juan. *Derecho Civil del Ecuador, Volumen XI, Las Obligaciones*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

- MARTÍNEZ, Anselmo. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universidad de Islas Baleares, 2006.
- MAZEAUD, Henri y MAZEUD Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen III*. Traducido por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.
- MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones*. 9na. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2001.
- ORDOQUI, Gustavo. *Abuso de Derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- ORDOQUI, Gustavo. *Buena Fe Contractual*. 2da. Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. 6ta. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. 7ma. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV: Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. 1ra Ed. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000.
- RAMELLA, Anteo. "La resolución del contrato: incumplimiento, imposibilidad". *Contratos*. Félix A. Trigo *et al.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimotercera Edición. Madrid: Espasa Libros, 2014.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. "Sobre la excepción del contrato no cumplido". *Revista Actualidad Jurídica* 9 (2004).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1939.
- STIGLITZ, Rubén. *Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Parte General*. 3ra. Ed. Actualizada. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1960.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.” *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Carlos Pizarro Wilson *et al.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

Jurisprudencia

Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife. *Caso Comunidad de Herederos de Doña Celestina vs. Bahía Planning S.L.* Sentencia de 7 de marzo de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Serie 13. Gaceta Judicial No. 11 de 12 de febrero de 1981.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación No. 351 publicado en el Registro Oficial 471 de 11 de diciembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación No. 418 publicado en el Registro Oficial 226 de 18 de octubre de 2000.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 20-99 publicada en el Registro Oficial 142 de 05 marzo de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Serie 16. Gaceta Judicial No. 14 de 26 de febrero de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 133-99 publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 74-2008 publicada en el Registro Oficial No. 487 del 12 de diciembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 23-06 publicada en el Registro Oficial 449 de 18 de diciembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Resolución No. 04-2001 publicada en el Registro Oficial 521 de 25 de febrero de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil Fallo de Triple Reiteración No. 1. Expediente de Casación No. 385 publicado en el Registro Oficial 521 de 25 de febrero de 2002.

Instrumentos internacionales

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1990). Viena: Sección de Servicios de Publicaciones de la Secretaría de la CNUDMI, 2010.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Viena: Colección de Tratados de las Naciones Unidas.

Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Madrid: La Ley, 2012.