

LA RENUNCIA A LA ACCIÓN RESOLUTORIA

RENOUNCE TO THE RESOLUTORY ACTION

Matthías Villavicencio Gomezjurado

matthiasvillavicencio@gmail.com

RESUMEN

La acción resolutoria es una institución legal que, frente al incumplimiento, permite al contratante perjudicado resolver el contrato. Según nuestro Código Civil, esta facultad proviene de la condición resolutoria tácita. En su texto literal, nuestro código permite a la parte cumplidora “pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”. Esta acción se encuentra implícita en todos los contratos bilaterales por el ministerio de la ley, mas no por un acuerdo de los contratantes. Por consiguiente, ¿pueden las partes de mutuo consentimiento renunciar a la acción resolutoria?

PALABRAS CLAVE

Acción resolutoria; condición resolutoria tácita; incumplimiento contractual; renunciabilidad

ABSTRACT

The resolutive action is a legal remedy of breach of contract that allows the affected party to resolve that contract. According to the Ecuadorean Civil Code, this action comes from the termination clause. In its exact text, this clause allows the affected party "to ask, at his's discretion, the resolution or the fulfillment of the contract, in both cases with compensation of damages". This institution is tacitly incorporated into all bilateral contracts, not because of a convention between parties, but of a legal disposition. Therefore, could the parties renounce the resolutive action?

KEYWORDS

Resolutive action, breach of contract; termination clause; renounceability

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA RENUNCIA A LA ACCIÓN RESOLUTORIA Y ESTADO DE LA TÉCNICA. – 1.1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTADO DE LA TÉCNICA. – 1.2. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO. – 1.3. IMPORTANCIA DEL TEMA: ¿POR QUÉ QUISIERAN LAS PARTES RENUNCIAR A LA ACCIÓN RESOLUTORIA?. – 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA. – 2.1. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA COMO DISPOSICIÓN AJENA AL ORDEN PÚBLICO. – 2.2. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA COMO ELEMENTO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO. – 2.3. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA COMO REMEDIO SUPLETORIO AL CUMPLIMIENTO. – 3. RENUNCIABILIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. – 3.1. LA RENUNCIA LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA. – 3.2. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN RESOLUTORIA EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO. – 3.3. LÍMITES A LA RENUNCIA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. – 4. SIETE CONCLUSIONES SOBRE LA ACCIÓN RESOLUTORIA Y SU RENUNCIA

1. INTRODUCCIÓN: LA RENUNCIA A LA ACCIÓN RESOLUTORIA Y ESTADO DE LA TÉCNICA

El tema de esta tesis es la posibilidad de las partes a renunciar a la acción resolutoria. Previo al análisis de fondo, se explicará el problema jurídico que se pretende resolver, así como se expondrán las posturas actuales que existen al respecto [1.1.]. Después se estudiará de manera general el origen y desarrollo histórico de la acción resolutoria [1.2.], puesto que dicho análisis tendrá repercusiones al momento de resolver el tema de fondo. Finalmente, se expondrán las posibles razones y supuestos que motivan a las partes a renunciar a la facultad resolutoria [1.3.]

1.1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTADO ACTUAL DE LA TÉCNICA

La acción resolutoria es una facultad que, frente al incumplimiento, permite a la parte perjudicada resolver el contrato. Según el Código Civil ecuatoriano, esta acción proviene de la condición resolutoria tácita. Puntualmente, el artículo 1505 establece que dicha condición es una figura jurídica que, frente al incumplimiento de una de las partes, permite al contratante cumplidor

“pedir, a su arbitrio, o *la resolución* o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”¹. Asimismo, este artículo explica que la acción resolutoria se incorpora implícitamente a todos los contratos bilaterales. Al respecto, el Tribunal Supremo de España estableció que la condición resolutoria tácita (que integra a la acción resolutoria) no nace de la voluntad de las partes, sino que es una imposición de la ley². Una vez detallado el panorama, la cuestión de fondo que pretende resolver esta tesis es la posibilidad de que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y de mutuo acuerdo, convengan en renunciar a la acción resolutoria.

En este aspecto, la cuestión de fondo plantea tres problemas que deben ser resueltos antes de solventar el tema principal: el primer problema son los límites a la renuncia de los derechos otorgados por la ley, el segundo es la posibilidad de renuncia de la condición resolutoria tácita de manera general y el tercer problema es la posibilidad de renunciar específicamente a la acción resolutoria.

El primer tema previo son las limitaciones que tienen las partes para renunciar a los derechos que la ley otorga a los contratantes. En tal virtud, la Corte Suprema de Colombia estableció que los límites a este tipo de renuncia son el orden público, la afectación a los derechos de terceros, el rol que cumple el derecho como elemento del contrato y la prohibición expresa a la renuncia. Juristas como Valencia Zea y precedentes colombianos expresan que la renuncia a la acción resolutoria no contraviene el orden social, ni tampoco afecta derechos de terceros [**Capítulo 2.1**]. Además, doctrinarios como Vidal Olivares o Rivera Restrepo categorizan a la acción resolutoria como un elemento de la naturaleza del contrato [**Capítulo 2.2**]. Por último, doctrinarios como Álvarez Caperochipi y precedentes nacionales califican a esta acción como un remedio supletorio al cumplimiento del contrato [**Capítulo 2.3**], pues el remedio por excelencia es el cumplimiento. En tal sentido, Barrera Llorca explica que la resolución no cumple un rol esencial en el contrato.

En cuanto al segundo problema - la renuncia de la condición resolutoria tácita de manera general -, el estado de la técnica presenta tres posturas [**Capítulo 3.1**]. La primera postura favorece la renuncia de dicha condición. Esta posición encuentra fundamento en precedentes jurisprudenciales chilenos y colombianos, al igual que doctrinarios como José Melich-Orsini. Por

¹ Artículo 1505, Código Civil [CC.]CC., R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Reformado por última vez en R.O. 526 de 8 de julio de 2019 (énfasis añadido).

² Causa N/D, Tribunal Supremo de España, 14 de noviembre de 1964.

el contrario, la segunda postura se opone a la posibilidad de renunciar a la condición resolutoria tácita y se fundamenta en autores como Planiol y Ripert, Torres Vásquez y García Vásquez. Por último, se propone una postura intermedia, misma que explica que la condición resolutoria tácita es modificable. Dicha posición se basa en precedentes chilenos y en criterios doctrinarios como los de Manresa Navarro, Diez-Picazo o Carrasco-Parera. Esta última tesis concilia las dos primeras posturas. Por un lado, esta posición permite modificar la condición resolutoria tácita, pero sin que dicha modificación signifique dejar en indefensión al acreedor. Por ende, la condición resolutoria tácita es modificable.

Una vez resueltos los primeros dos problemas, se presentará el tercer tema, que es la posibilidad de renunciar a la acción resolutoria [**Capítulo 3.2.**]. Al respecto, gran parte de la doctrina sostiene que la acción resolutoria es renunciabile. Juristas como Alessandri Rodríguez, Diez-Picazo o Clemente Meoro abogan por esta postura. Por otra parte, una minoría doctrinaria como Planiol y Ripert son contrarios a la renuncia de la facultad resolutoria. Finalmente, existen posturas que favorecen la renuncia a la resolución de los contratos, pero establecen ciertas restricciones [**Capítulo 3.3.**]. Precedentes jurisprudenciales colombianos y normas comunitarias europeas determinan la existencia de excepciones a la renunciabilidad de la acción resolutoria y señalan ciertos supuestos bajo los cuales las partes no podrían renunciar a esta facultad.

El análisis de los temas expuestos en los párrafos precedentes llevará a la conclusión de que la renuncia a la acción resolutoria es perfectamente posible [**Capítulo 4**], siempre que se observen sus respectivas limitaciones. Además, se presentan siete conclusiones sobre la acción resolutoria y su renuncia.

1.2. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO

El régimen jurídico aplicable a la acción resolutoria se originó en el Derecho Romano. Según García Vásquez, este derecho denominó a la facultad de resolver el contrato como *lex commissoria* (lo que se traduce como “pacto comisorio”) ³. No obstante, Torres Vásquez explica que los contratantes debían estipular expresamente la *lex commissoria* para poder resolver los contratos,

³ Ver, Diego García Vásquez, *Condición Resolutoria Tácita y Responsabilidad del Deudor* (Bogotá: Universidad del Externado, 2014), 34.

por cuanto los pactos solo integraron implícitamente la acción de cumplimiento. En caso de no existir acuerdo sobre la resolución, la parte perjudicada solo podía solicitar el cumplimiento forzoso del contrato⁴. Esto se debió a que, previo a la influencia cristiana, la resolución del contrato no fue una alternativa común por las partes⁵. Los acreedores tuvieron diversos remedios frente al incumplimiento como la cárcel, la fuerza física e incluso la muerte para el contratante incumplidor. Por consiguiente, lo más común fue que los acreedores ejecuten los remedios antes mencionados, que lógicamente eran más persuasivos. En consecuencia, los deudores buscaban la forma de sanear su incumplimiento y ejecutar el contrato a toda costa.

Posteriormente, la institución de la resolución fue recuperada por los postglosadores, quienes la incorporaron al derecho canónico. Cabe recordar que la influencia cristiana consideró como una barbarie a la muerte o la violencia física como respuesta al incumplimiento. Por ende, se rescató a la acción resolutoria como un remedio civilizado frente al incumplimiento. Este derecho adoptó el concepto de “condición resolutoria tácita”, misma que se refirió a la acción resolutoria y a la acción de cumplimiento. En consecuencia, el derecho canónico consideró implícita la acción resolutoria en todo pacto sinalagmático. Al respecto de la condición resolutoria tácita, Dell’Aquila relata que los canonistas consideraron que los contratos se celebraban ante Dios. En consecuencia, el contratante incumplidor incluso se lo catalogaba como pecador. El incumplimiento no se vio como un agravio al acreedor, sino como una ofensa a Dios⁶. Por consiguiente, esta institución se consideró como una suerte de norma de orden superior⁷.

Previo a la Revolución Francesa, doctrinarios como Jean Domat y Joseph Pothier adoptaron las figuras de la condición resolutoria tácita y la acción resolutoria del derecho canónico. El criterio de los juristas mencionados sirvió a la postre como base del *Code Civil* napoleónico de 1804, mismo que incorporó la *condition résolutoire*. Sin embargo, siguiendo la tradición burguesa del siglo XIX, Dell’Aquila expone que dicha condición no se fundamentó en una institución superior, sino que se consideró un tema privado que concierne solo a las partes⁸.

⁴ Ver, Anibal Torres Vásquez, *Teoría General del Contrato* (Lima: Pacífico Editores, 2012), 1158.

⁵ Ver, Enrico Dell’Aquila, *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento* (Salamanca: Ediciones Universales de Salamanca, 1981), 58.

⁶ Ver, Jorge Salcedo Segura, *Teoría General del Derecho Civil* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2006), 456.

⁷ *Id.*, 456.

⁸ Ver, Mario Clemente Meoro, *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), 33.

En el año 1855, don Andrés Bello se inspiró en la legislación civil francesa para redactar el Código Civil de Chile⁹. Entre otras instituciones, el jurista rescató la condición resolutoria tácita y la acción resolutoria, mismas que fueron incorporadas en el artículo 1489 del Código Civil chileno. A su vez, el Código Civil ecuatoriano se basó en el código de Bello, mismo que se aprobó dos años después. Es así como la acción resolutoria llegó a nuestro ordenamiento.

1.3.IMPORTANCIA DEL TEMA: ¿POR QUÉ QUISIERAN LAS PARTES RENUNCIAR A LA ACCIÓN RESOLUTORIA?

Existen bastantes razones y supuestos que pueden inspirar a las partes a renunciar a la resolución de los contratos. Esta sección clasifica dichos motivos en tres grupos: en razón de los costos de transacción que genera la resolución (i); por la naturaleza de la obligación (ii); y porque las partes no desean regresar al estado anterior (iii).

En primer lugar (i), el efecto de la resolución de los contratos es la *restitutio in integrum*¹⁰. Dicho esto, no se pueden desconocer los costos de transacción que acarrea regresar las cosas a su situación anterior. Las partes pueden incurrir en gastos logísticos, trámites burocráticos o la pérdida de valor de la cosa. Al respecto, Lando y Beale expresan que

la resolución del contrato suele suponer unas desventajas o inconvenientes importantes. En el curso del contrato puede haber incurrido en gastos que ahora simplemente suponen dinero perdido. Aún más, puede perder todo lo que suponía su prestación cuando no sea posible transmitirla ni colocarla en ningún otro mercado¹¹.

Incluso si la parte incumplidora asume dichos costos, siempre será más económico cumplir el contrato.

En segundo lugar (ii), existen contratos que por su naturaleza no conviene resolverlos. Tal es el caso como la compraventa de acciones, mismas que su valor es inestable. En este supuesto, puede existir interés del comprador de incumplir el contrato si el valor de las acciones cae, o el

⁹ María Martinic y Mauricio Tapia, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, 2005), 816.

¹⁰ Ver, Guillermo Cabanellas de la Torre, *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá: Eliastra, 2014.

¹¹ Ole Lando y Hugh Beale, *Principios de Derecho Contractual Europeo* (Madrid: Consejo General del Notariado, 2003), comentando al art. 9:301.

interés del vendedor de no ejecutar el contrato si el valor sube. En ambos casos, lo más conveniente es que se ejecute el contrato.

En tercer lugar (iii), es posible que las partes pierdan completo interés en regresar al estado anterior a la celebración del contrato. Por ejemplo, un adulto mayor que no tiene sucesores y por su condición física, no puede continuar dirigiendo su negocio. En este caso, le interesa vender su negocio y deslindarse por completo de la cosa. También puede ocurrir que por motivo del transcurso del tiempo la cosa pierda la calidad que tenía antes del contrato. Por ejemplo, una tienda que solo vende artículos nuevos, no le convendría recibir un artículo usado y desgastado. En el caso de los comerciantes, su giro de negocio es la venta de mercaderías, y su forma de lucrar es a través de la ejecución de los contratos. En consecuencia, es lógico que los comerciantes pretendan renunciar a la resolución, ya que esta no les conviene.

2. CAPÍTULO SEGUNDO: NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

La naturaleza jurídica de la acción resolutoria determina en gran medida la posibilidad de su renuncia. En materia contractual, los límites por excelencia a la renunciabilidad de los derechos otorgados por la ley (como la acción resolutoria) son el orden público y el rol que cumple dicho derecho en el contrato. Por ende, previo al análisis de la posibilidad de renunciar a la acción resolutoria, este capítulo categoriza a esta institución dentro del mundo jurídico. En tal virtud, se debe observar si la renuncia de la acción resolutoria compromete al orden público [2.1.]. Además, es pertinente realizar un examen de la mencionada acción como elemento del contrato [2.2.]. Por último, se estudiará a la acción resolutoria como remedio frente al incumplimiento [2.3.].

2.1.LA ACCIÓN RESOLUTORIA COMO INSTITUCIÓN AJENA AL ORDEN PÚBLICO

El primer tema por investigar es si la acción resolutoria obedece al orden público. En tal virtud, la presente sección analiza si la mencionada acción es un tema que concierne únicamente a las partes, o si su renuncia compromete al orden social. En aras de examinar esta cuestión, se

estudiará esta disposición sobre la base de tres criterios: la contravención a los valores políticos, sociales y morales de la cultura jurídica ecuatoriana (i); la ejemplificación jurisprudencial de temas que involucran al orden público (ii); y la inexistencia de una norma que prohíba la renuncia de la acción resolutoria así como su afectación a terceros (iii).

Antes de analizar los criterios expuestos, cabe definir el concepto de “orden público”. Al respecto, Juan Francisco Linares explica que el orden público es “el conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente”¹². Asimismo, Romero del Prado agrega que para que exista una contravención al orden público, se debe atentar contra los intereses políticos, religiosos, morales o económicos de un estado¹³. En este aspecto, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia resalta la importancia del orden social, pues “el orden público [...] hace que no puedan ser saneadas por el consentimiento de las partes”¹⁴. En otras palabras, el orden público es el límite por excelencia a la autonomía de la voluntad de las partes y, por ende, las normas de orden público son irrenunciables.

Una vez explicado el orden público, cabe subsumir la definición de Linares a la resolución del contrato. Para esto, es necesario delimitar cuál es la percepción jurídica ecuatoriana frente a la resolución del contrato (i). En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia estableció que “la resolución del contrato es el mal menor, pero mal al fin”¹⁵. Al respecto, el criterio de la corte explica que la cultura jurídica ecuatoriana es desfavorable a la resolución de los contratos. Por ende, la renuncia a la acción resolutoria no contraviene al orden público, puesto que la misma impide que las partes resuelvan los contratos.

Como segundo criterio(ii), la Corte Suprema de Colombia ejemplifica las disposiciones que involucran al orden público. En su tenor literal, esta corte mencionó que “aparece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de derecho privado que rigen, por ejemplo, *el estado y capacidad de las personas*, las que gobiernan la propiedad [...] especialmente agraria

¹² Juan Francisco Linares, *El concepto de orden público* (Buenos Aires: Academia de Derecho y Ciencias Sociales, 1982). Citado en Abel Cornejo, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), 15.

¹³ Víctor Romero del Prado, *Derecho Internacional Privado* (Córdoba: Ediciones Assandri, 1961), 577.

¹⁴ Causa No. 4279, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 3 de julio de 1999,

¹⁵ Causa No. 395-96, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 5 de abril de 1999, párr. 5 (énfasis añadido).

por que *conforman económicamente el Estado*¹⁶. En otra sentencia, la misma corte expresó que el orden público sirve para “suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socioeconómicas (contratos de *adhesión*, derecho del *consumo*), ora económicos (*precios de crédito*, derecho de la *competencia*)”¹⁷. De los dos criterios expuestos por la corte se aprecia que las normas de orden público en materia contractual protegen temas como los requisitos de validez, las actividades económicas de especial interés del estado, las tasas de intereses, las disposiciones que puedan dejar en indefensión al consumidor y las disposiciones que pongan en peligro la competencia. En consecuencia, la acción resolutoria no se adecúa a ninguna categoría expuesta, ni involucra los temas ejemplificados por la jurisprudencia colombiana.

Por último (iii), la Corte Suprema de Colombia establece un último criterio para determinar la existencia de una norma de orden público: que su renuncia no esté prohibida. Al respecto, el artículo 11 de nuestro Código Civil manifiesta que “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”¹⁸. Esto se debe a que “las restricciones a la libertad contractual o autonomía privada dispositiva son excepcionales, [y] requieren texto legal”¹⁹. En este sentido, ni la legislación ni la jurisprudencia contienen pauta alguna que insinúe que la renuncia a la acción resolutoria esté prohibida. En esta misma línea, el ya mencionado artículo 11 del Código Civil explica que la renuncia puede proceder si esta afecta únicamente a los intereses de los renunciantes. Este precepto lo desarrolla la Corte Suprema de Colombia, que expone que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes [a no ser que] pudiere comprometer a otro u otros”²⁰. Al respecto, Alessandri, propone que “[e]l segundo modo de extinguirse la acción resolutoria es por la renuncia que hace el vendedor [...] porque *se trata de un derecho exclusivamente personal y de mero interés individual para él*”²¹. Por consiguiente, la acción resolutoria respeta ambos requisitos del artículo 11 de nuestro código.

¹⁶ Causa N/D, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 23 de junio de 1940, 567 (énfasis añadido).

¹⁷ Causa No. 2001-00847-01, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 2011, párr. 4.

¹⁸ Artículo 11, CC.

¹⁹ Causa No. 2001-00847-01, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 2011, párr. 3.

²⁰ Causa No. 2001-00847-01, párr. 3.

²¹ Arturo Alessandri, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 657-658 (énfasis añadido).

Cabe retomar lo expuesto en los antecedentes históricos de la acción resolutoria, donde se relató que esta institución no se fundamenta en el orden público, sino que se basa en los intereses particulares de las partes. Se puede confirmar que, desde sus orígenes, la acción resolutoria no compromete al orden social. Este problema ya fue resuelto por Valencia Zea, mismo que establece que la acción resolutoria no pertenece al orden público²², así como por la jurisprudencia colombiana, misma que expone que “[d]octrinalmente se explica la condición resolutoria tácita [...] no es de orden público”²³. Si ni siquiera la condición resolutoria tácita se considera norma de orden público, peor lo es la acción resolutoria.

Por el contrario, se puede argumentar que la acción resolutoria es una norma de orden social, porque los principios que fundamentan su existencia son normas de orden público. Según la Corte Suprema de Chile, “los fundamentos que inspiran la disposición del artículo 1489 [la condición resolutoria tácita y la acción de cumplimiento] *son la equidad y justicia*”²⁴. Capitant agrega que dicha condición también se fundamenta en la causa recíproca de los contratos²⁵. Discrepo de esta postura, puesto que el hecho que la condición resolutoria tácita se fundamente en principios generales del derecho no significa que se trate de una disposición de orden público, ni que la acción resolutoria sea orden social. Además, si solo se renuncia a la acción resolutoria, el acreedor aún cuenta con la acción de cumplimiento, por lo que no se vulnera ni la equidad, ni la justicia ni la causa recíproca.

Por su parte, Barrera Llorca tiene una postura intermedia. Este autor establece que no siempre la renuncia a la acción resolutoria es favorable al orden público, sino que el análisis debe hacerse caso por caso²⁶. En tal sentido, pueden darse circunstancias en las cuales la renuncia a la resolución del contrato afecte al orden público. Por ejemplo, un caso de un contrato de transporte en que el pasajero no desea volar en el avión, porque los pilotos están bajo los efectos del alcohol y el fuselaje del avión está roto; en este caso, el incumplimiento puede no solo afectar derechos patrimoniales, sino también derechos fundamentales. Por ende, el mejor remedio es la resolución

²² Ver, Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil-Tomo III* (Bogotá: Editorial Temis, 1978), 128.

²³ Causa N/D, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 19 de julio de 1939. Citado en Causa No. 110001-3103-047-2007, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 23 de marzo de 2012, 5.

²⁴ Causa N/D, Corte Suprema de Justicia de Chile, Sala de Casación Civil, 29 de julio de 1931, 54 (énfasis añadido).

²⁵ Ver, Henry Capitant, *De la causa de las obligaciones* (Pamplona: Analecta, Ediciones y Libros, 2005), 317.

²⁶ Ver, José Barrera Llorca, “La renuncia preventiva a la facultad resolutoria en Derecho Civil Español” (Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2015), 208.

del contrato. Si bien esta postura es correcta, los contratos por excelencia negocian con derechos patrimoniales, por lo que los casos en que la renuncia a la acción resolutoria involucre al orden público son escasos.

De manera general, la renuncia a la acción resolutoria no compromete al orden público. El interés social es que los contratos se cumplan, por lo que la renuncia a la resolución de los contratos no es contraria a los intereses políticos, económicos y sociales del país. Asimismo, se ejemplificaron los temas que podrían involucrar al orden público, y se observó que la acción resolutoria o su renuncia no se adecúan a ninguna de las categorías expuestas por la jurisprudencia. También se determinó que la renuncia a la acción resolutoria no contraviene al orden público, porque no está prohibida por ley ni afecta a terceros. Por último, cabe recordar que la renuncia a la acción resolutoria no es contraria a la justicia, equidad o causa recíproca del contrato, por cuanto el contratante conserva la acción de cumplimiento forzoso para ejecutar sus derechos de crédito. En conclusión, sin perjuicio de ciertos casos excepcionales, la renuncia a la acción resolutoria no es contraria al orden social.

2.2.LA ACCIÓN RESOLUTORIA COMO ELEMENTO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO

La segunda categoría por analizar es el rol que desempeña la acción resolutoria como elemento del contrato. Este punto es relevante, por cuanto en parte la renunciabilidad depende del rol que cumple la acción resolutoria en el contrato. A tal efecto, el Código Civil clasifica a los elementos del contrato en tres tipos: esenciales, naturales y accidentales. De la lectura de su artículo 1460 se desprende que

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales²⁷.

Al respecto, Rivera Restrepo expone que “la facultad resolutoria constituye un elemento de la naturaleza de los contratos bilaterales”²⁸. En concordancia, Vidal Olivares manifiesta que “[l]as

²⁷ Artículo 1460, CC.

²⁸ José Rivera Restrepo, “El Fundamento del Derecho de Opción del Acreedor ante el Incumplimiento Contractual”, *Universidad Gabriela Mistral de Chile* (2016), 16.

disposiciones que reglan sobre los efectos del incumplimiento constituyen elementos de la naturaleza del contrato”²⁹. En el caso de la condición resolutoria tácita (que integra la acción resolutoria), nuestra Corte Suprema de Justicia, en su texto literal señaló que

existe jurisprudencia de nuestros tribunales de acuerdo con la de las Cortes de Chile y de Colombia, que se rigen por idénticas normas del Código Civil en la materia; y es evidente que en esta clase de convenciones que producen derechos mutuos y obligaciones recíprocas; *no pertenece a la esencia del contrato la condición resolutoria, sino a su naturaleza*³⁰.

En esta misma corte se reiteró que “la condición resolutoria tácita que este artículo regula, que *surge de la naturaleza misma de los contratos bilaterales [...]*”³¹. Sin entrar en la discusión sobre la calidad de la condición resolutoria tácita como elemento, queda demostrado que la acción resolutoria obedece a la naturaleza del contrato.

A modo de descarte, la acción resolutoria no puede ser vista como un elemento accidental del contrato. Esto se debe a que esta acción incorpora a los contratos sin necesidad que las partes la hayan acordado. Al respecto, Álvarez Vigaray estableció que la condición resolutoria tácita (que incorpora la acción resolutoria) no se trata de un pacto por los contratantes, sino una imposición por el ministerio de la ley³².

La acción resolutoria tampoco puede ser considerada un elemento de la esencia del contrato. Reiterando el texto de nuestro código civil, “la esencia de un contrato [son] aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno (i) o degenera en otro contrato diferente (ii)”³³. En el primer punto (i) se hace referencia a elementos esenciales generales. En estos casos se observan elementos esenciales que requieren todo tipo de contratos, como lo son la capacidad de las partes, su consentimiento, el objeto y la causa del contrato, etc. En cambio, el segundo punto (ii) hace referencia a elementos esenciales particulares. Este tipo de elementos son aquellos esenciales para cada tipo de contrato. Por ejemplo, en la compraventa el elemento esencial particular es la cosa y el precio.

²⁹ Álvaro Vidal Olivares, “El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional”, *Revista Chilena de Derecho* (2009), 430.

³⁰ Causa N/D, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de febrero de 1953, 450 (énfasis añadido).

³¹ Causa No. 138-2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de diciembre de 2001, párr. 5 (énfasis añadido).

³² Ver, Rafael Álvarez Vigaray, *La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento* (Granada: Comares, 2009), 56.

³³ Artículo 1460, CC.

Es en este sentido que se demuestra que la acción resolutoria no encaja en ninguno de los dos tipos de elementos esenciales. No es un elemento esencial general, por cuanto la resolución del contrato no priva de los efectos del mismo. Tampoco es un elemento esencial particular, porque no se trata de una disposición especial de un cierto tipo de contrato. Este tema fue resuelto por Barrera Llorca, mismo que expone que “[d]el análisis [...] realizado en torno a la resolución puede concluirse que la institución no se configura en ellos como de derecho esencial”³⁴. Por ende, esta disposición no pertenece a la esencia del contrato.

En conclusión, ya sea por la reiterada jurisprudencia o por descarte, la acción resolutoria es a todas luces un elemento de la naturaleza del contrato. Esto tendrá relevancia en el Capítulo 3, por cuanto los elementos de la naturaleza son aquellos que integran implícitamente los contratos, pero pueden ser renunciados por las partes.

2.3.LA ACCIÓN RESOLUTORIA COMO REMEDIO SUPLETORIO AL CUMPLIMIENTO

El tercer parámetro para revelar la naturaleza jurídica de la acción resolutoria es su estudio como remedio contractual. Por consiguiente, esta sección estudia la acción resolutoria como recurso que tienen las partes frente al incumplimiento. También se analiza a la acción resolutoria frente a otros remedios contractuales, así como la relevancia que tiene la acción resolutoria en el contrato.

Al respecto, Ibáñez relata que – a primera vista – la resolución del contrato es un remedio subsidiario a la acción de cumplimiento. En sus palabras explica que en principio “no hay razón plausible para la ruptura del vínculo [contractual] bajo el pretexto que la otra [parte] no ejecuta voluntariamente su promesa. El demandado no tiene más que perseguir judicialmente a su adversario y hacer que se le condene a ejecutar [el contrato]”³⁵. Posteriormente, Álvarez Vigaray aclara que pueden surtir supuestos en los cuales, tras el incumplimiento, la ejecución forzosa no ampara ni tutela al acreedor de forma satisfactoria. Es recién en este momento que encuentra

³⁴ José Barrera Llorca, “La renuncia preventiva a la facultad resolutoria en Derecho Civil Español” (Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2015), 126.

³⁵ Ver, Carlos Miguel Ibáñez, *Resolución por Incumplimiento* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003), 51.

fundamento la acción resolutoria³⁶. Por su parte, Hugo Forno expone que, frente al incumplimiento, el acreedor debe exigir primero el cumplimiento, y si posteriormente el cumplimiento no es factible, la resolución del contrato³⁷. Se puede constatar que parte de la doctrina considera a la acción resolutoria como un remedio *ultima ratio*, y que el remedio al incumplimiento por excelencia es el cumplimiento forzoso.

Este aspecto de la acción resolutoria también se manifiesta en nuestra legislación civil. Si bien el artículo 1505 de nuestro Código Civil no da preferencia a ninguna acción, se puede realizar un análisis sistemático con el artículo 1813. En su texto literal, el artículo mencionado expone que “[s]i exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados hasta que se reciba la causa a prueba”³⁸. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia explica que “cabe perfectamente que el demandado se allane a cumplir dentro del proceso, evento en el cual se frustrará la acción resolutoria”³⁹. Si bien los contratantes pueden solicitar al juez la resolución del contrato, esta acción se verá frustrada con el cumplimiento. En otras palabras, el contrato no se puede resolver si la contraparte se allana a cumplir.

Asimismo, el principio de conservación de los contratos favorece al cumplimiento frente a la resolución. Al respecto, este principio general del derecho busca la eficacia y cumplimiento de los contratos. Messineo explica que el principio de conservación busca mantener la vida de un contrato frente a ciertas situaciones antijurídicas que en principio supondrían la terminación del mismo, como por ejemplo un vicio de nulidad, resolución o resciliación del contrato⁴⁰. En el caso de Ecuador, la Corte Suprema de Justicia pronunció que “la equidad, el orden jurídico han empeñado en la *subsistencia y realización de los contratos antes que en su nulidad o desaparecimiento*”⁴¹. Al respecto, Lorenzetti explica que una de las situaciones antijurídicas subsanables por el principio de conservación es el incumplimiento contractual⁴².

³⁶ Ver, Rafael Álvarez Vigaray, *La Resolución de los Contratos Bilaterales por el Incumplimiento* (Granada: Editorial Comares, 2009), 14.

³⁷ Ver, Hugo Forno Flores, *Resolución por Incumplimiento* (Lima: Cultural Cuzco, 1987), 108.

³⁸ Artículo 1813, CC.

³⁹ Causa No. 233-96, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 5 de marzo de 1999

⁴⁰ Ver, Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato* (Buenos Aires: Ejea, 1986), 115.

⁴¹ Causa No. 233-96, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de marzo de 1999, párr. 8 (énfasis añadido).

⁴² Ver, Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los Contratos* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores), 151-152.

Dicho principio inspira la Teoría de Incumplimiento Esencial. A breves rasgos, esta teoría establece que no todo incumplimiento justifica la resolución del contrato, sino únicamente el incumplimiento esencial. En tal sentido, Vidal Olivares expone que

en aquellos casos de cumplimientos imperfectos el acreedor en principio está igualmente obligado a aceptar [el cumplimiento] [...]. Ese acreedor tiene a su disposición el remedio de la indemnización de daños e incluso el del cumplimiento específico para obtener la reparación o corrección de la prestación defectuosa⁴³.

Por su parte, Rodríguez Grez expone que “[p]ara la procedencia de la resolución [...], deberá estarse a las circunstancias del caso y determinar si la obligación incumplida es de tal entidad que sin ella las partes no habrían contratado”⁴⁴. Asimismo, Contardo Gonzales establece que “el derecho a la subsanación del incumplimiento por el deudor permite delimitar la noción de cumplimiento conforme, *restringiendo de alguna manera el derecho del acreedor* a toda la elección de los remedios contractuales, en especial, de *la resolución*”⁴⁵. Por último, Vidal Olivares agrega que la conservación del contrato “se manifiesta en el reconocimiento del cumplimiento específico y la indemnización de daños como remedios de general procedencia, limitando al ejercicio de la resolución”⁴⁶. En síntesis, la doctrina presentada defiende que la acción resolutoria es supletoria al cumplimiento, pues el ejercicio de la facultad resolutoria está superditado a que la contraparte no haya cumplido.

Asimismo, el objeto del contrato y el *pacta sun servanda* también favorecen la ejecución del contrato. Primero, el objeto del contrato son las prestaciones que del mismo se originan⁴⁷. A su vez, la prestación consiste en la satisfacción de un interés que buscan las partes a través de la ejecución del contrato. Por ende, Henry Capitant explica que el objeto de un contrato no son solo las obligaciones recíprocas, sino también el cumplimiento de las mismas⁴⁸. Segundo, el principio de *pacta sunt servanda* también busca el cumplimiento del contrato. Sobre este concepto, existen dos maneras de entender este principio. La primera interpretación es la del artículo 1561 del Código Civil, mismo que establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los

⁴³ Álvaro Vidal Olivares, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho* (2007), 41.

⁴⁴ Pablo Rodríguez Grez, “Sobre la Excepción del Contrato no Cumplido”, *Revista Actualidad Jurídica*, (2004), 122.

⁴⁵ Juan Cortado González, “El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme”, *Ius et Praxis* (2017), 2 (énfasis añadido).

⁴⁶ Álvaro Vidal Olivares, “El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional”, *Revista Chilena de Derecho* (2009), 439.

⁴⁷ Ver, Anibal Torres Vásquez, *Teoría General del Contrato* (Lima: Pacífico Editores, 2012), 499.

⁴⁸ Henry Capitant, *De la causa de las obligaciones* (Pamplona: Analecta, Ediciones y Libros, 2005), 322.

contratantes”⁴⁹. Esta forma de entender al *pacta sunt servanda* hace referencia a la fuerza obligatoria de los contratos. Por otra parte, la segunda forma de entender este concepto es la interpretación literal de dicho principio, cuya traducción más precisa viene a ser a que los pactos (*pacta*) son (*sunt*) para cumplirse (*servanda*). Este entendimiento del *pacta sunt servanda* hace alusión al principio de primacía de los contratos y a la importancia de su cumplimiento.

La razón por la cual el ordenamiento favorece el cumplimiento frente a la resolución se debe a que los contratos cumplen una función social. En palabras de López Santa María, el contrato “no sólo sirve para la satisfacción de necesidades individuales, sino que es además medio de cooperación o colaboración entre los hombres”⁵⁰. En este aspecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia explicó que

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 alentarlos [...] ⁵¹.

Tras analizar la jurisprudencia, la doctrina y el Código Civil, se llega a la conclusión de que el ordenamiento favorece la ejecución del contrato. En virtud de aquello, la acción resolutoria solo puede ejecutarse si la contraparte no se ha allanado a cumplir. Por ende, la resolución es un recurso *última ratio*, pues el cumplimiento es el remedio por excelencia frente al incumplimiento y prevalece sobre la acción resolutoria. En el subtítulo anterior se concluyó que la resolución no es un elemento esencial. Sobre este punto, esta sección demuestra que los contratos son esencialmente ejecutables, mas no son esencialmente resolubles. Por ende, la acción resolutoria como remedio no cumple un rol esencial en el contrato. Estas aseveraciones se materializan en las múltiples limitaciones que impone el Código Civil y la doctrina a la acción resolutoria. Si la misma legislación limita la facultad resolutoria, ¿por qué no podrían hacerlo las partes?

⁴⁹ Artículo 1561, CC.

⁵⁰ Jorge López Santa María, *Los Contratos: Parte General* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 2.

⁵¹ Causa No. 395-96, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 5 de abril de 1999, párr. 5 (énfasis añadido).

3. CAPÍTULO TERCERO: LA RENUNCIABILIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Una vez investigada la naturaleza jurídica de la acción resolutoria, se puede recapitular que dicha acción es un elemento de la naturaleza del contrato que no compromete al orden público. Una vez definidas las bases de la acción resolutoria, es pertinente determinar la renunciabilidad de la misma.

En primer lugar, previo a analizar la acción resolutoria, se estudiará la renunciabilidad de la condición resolutoria tácita [3.1.]. Posteriormente, se analizará a la acción resolutoria en la doctrina y el derecho comparado [3.2.]; y finalmente se determinará la renunciabilidad de dicha disposición de acuerdo con el principio de preservación y la función social de los contratos [3.3.].

3.1. LA RENUNCIA A LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA

Antes de analizar la renunciabilidad de la acción resolutoria de manera específica, es pertinente estudiar la renunciabilidad de la condición resolutoria tácita. Esto se debe a que la acción resolutoria proviene de la condición resolutoria tácita. Por consiguiente, el estudio de la renunciabilidad de la condición resolutoria puede dar una pauta sobre la posibilidad de renunciar a la acción resolutoria. Al respecto, existen tres posturas: la primera es favorable a la renunciabilidad de la condición resolutoria tácita (i), la segunda es contraria a su renunciabilidad (ii), y la tercera es una postura mixta (iii).

En cuanto a la primera postura (i), la jurisprudencia chilena ha dado a entender que los contratantes tienen plena facultad de renunciar a la condición resolutoria tácita. En una de sus sentencias, la Corte Suprema de mencionado país estableció que “los contratantes pueden a su arbitrio *silenciarla*, [a la condición resolutoria tácita] [...], y aún renunciarla en el mismo acto o por acto separado”⁵². En cuanto a la doctrina, Melich–Orsini establece que “[existe] la posibilidad de dicha renuncia expresa o tácita con anticipación al propio evento del incumplimiento y aun coetáneamente a la celebración del contrato”⁵³.

Por el contrario, la segunda postura (ii) aboga por la irrenunciabilidad de la condición resolutoria tácita. Esta teoría se basa en dos argumentos. El primero establece que la condición

⁵² Causa 53, Corte Suprema de Chile, Sala de Casación Civil, 13 de agosto de 1956, 165 (énfasis añadido).

⁵³ José Melich-Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento* (Bogotá: Editorial Temis, 1982), 298 (énfasis añadido).

resolutoria tácita es un efecto del incumplimiento. Como tal, el incumplimiento debe tener una consecuencia; caso contrario, el contrato pierde su fuerza obligatoria. El segundo argumento establece que la condición resolutoria tácita es una tutela que tiene el acreedor frente al incumplimiento, por lo que su renuncia conlleva a un agravio del derecho de crédito del acreedor.

Sobre el primer argumento, el artículo 1561 del Código Civil⁵⁴ blindo de fuerza obligatoria a los contratos. Por ende, el incumplimiento de los mismos necesariamente debe tener un efecto. En este sentido, si el incumplimiento de una prestación no tiene una consecuencia, entonces no se habla de un contrato. La obligación contractual devendría en una condición meramente potestativa, en la cual el cumplimiento de una obligación queda a potestad del deudor. Asimismo, el artículo 1453 señala que “[l]as obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en *los contratos o convenciones*”⁵⁵. Como se puede apreciar, los contratos son fuente de obligaciones. Por ende, renunciar a la condición resolutoria tácita equivale a desconocer la fuerza obligatoria del contrato.

El segundo argumento en contra de la renuncia de la condición resolutoria tácita es que esta funge como derecho del acreedor. Según Torres Vásquez, la condición resolutoria tácita es una tutela al acreedor frente al incumplimiento⁵⁶. Una vez se verifica dicho incumplimiento, la condición resolutoria tácita da nacimiento al derecho de opción (la acción resolutoria o la acción de cumplimiento)⁵⁷. Asimismo, desde la perspectiva causalista, el efecto del incumplimiento es que el contrato pierde su causa funcional⁵⁸. Por ende, Capitant explica que el único medio para que subsista la causa es conceder al acreedor el derecho de opción que confiere la condición resolutoria tácita⁵⁹. Es en este sentido que Duguit entiende a la condición resolutoria tácita como una tutela a la autonomía privada y al derecho del acreedor⁶⁰. En tal virtud, renunciar a la condición

⁵⁴ Artículo 1561, CC.

⁵⁵ Artículo 1453, CC. (énfasis añadido).

⁵⁶ Ver, Anibal Torres Vásquez, *Teoría General del Contrato* (Lima: Pacífico Editores, 2012), 1159.

⁵⁷ Xavier O’Callaghan Muñoz, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012), 21.

⁵⁸ Existe una diferencia entre la causa genética y la causa funcional. La causa genética se verifica al momento de celebrar un contrato, y su incumplimiento tiene como consecuencia la nulidad. La causa funcional se observa en el cumplimiento del contrato, y el incumplimiento conlleva al ejercicio del derecho de opción que confiere la condición resolutoria tácita. Ver, José Rivera Restrepo, “El Fundamento del Derecho de Opción del Acreedor ante el Incumplimiento Contractual”, *Universidad Gabriela Mistral de Chile* (2016), 9.

⁵⁹ Ver, Henry Capitant, *De la causa de las obligaciones* (Pamplona: Analecta, Ediciones y Libros, 2005)318-319.

⁶⁰ León Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* (Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2007), 39-40.

resolutoria tácita puede ser visto como una cláusula que vulnera el derecho de crédito de la parte cumplidora.

Por último, la tercera postura (iii) indica que la condición resolutoria tácita puede ser modificada. Al respecto, Manresa y Navarro explica que “es necesario destacar que dentro de la potestad resolutoria, las partes pactan y que puede alterar la primera, sobre todo en lo relativo al derecho de opción que la parte perjudicada tiene y que *cabe de tal modo eliminar, reduciendo a uno de sus dos términos*”⁶¹. En cuanto a Díez-Picazo, este autor expresa que “los elementos que los contratantes [...] *pueden modificar* (siempre con algunos límites), al incorporar pactos accesorios [...], para modular, de esta forma, según lo estimen conveniente a sus intereses, *el incumplimiento y sus efectos*”⁶². En la misma línea, Carrasco-Parera agrega que “los contratantes pueden alterar o modificar los derechos y obligaciones predeterminadas en la ley, [...] *y manipular* por pacto la disponibilidad y el alcance de *los remedios contractuales que aseguran la efectividad del cumplimiento*”⁶³. Finalmente, Vergara Beltrán concluye que “la condición resolutoria tácita [...], siendo un elemento de la naturaleza del contrato, y las partes pueden alterar libremente el momento y forma en que opera”⁶⁴. Por consiguiente, si existe una modificación que no afecte el derecho de crédito de las partes, entonces esta tercera tesis es compatible con las dos primeras posturas.

Del párrafo anterior queda en evidencia el fuerte apoyo doctrinal a la tercera postura. Considerando a la condición resolutoria tácita como un efecto del incumplimiento, concluyo que las partes - en ejercicio de su autonomía - son libres de modificar las consecuencias para dicho incumplimiento, por lo que la condición resolutoria tácita es modificable. Además, el principio de supletoriedad de la ley en los contratos aboga en favor de esta tercera tesis. La Corte Suprema de Chile pronunció que “en los contratos *prevalecen las cláusulas escritas sobre aquellas cosas tácitas que por su naturaleza se encuentran incorporadas en ellos*”⁶⁵. En este aspecto, es

⁶¹ José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español* (Madrid: Editorial Reus, 1950), 352 (énfasis añadido).

⁶² Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Teoría del Contrato* (Pamplona: Civitas, 2007), 155 (énfasis añadido).

⁶³ Ángel Carrasco-Parera, *Derecho de contratos* (Pamplona: Aranzadi, 2017), 66.

⁶⁴ Nataly Vergara Beltrán y Luis Cartagena Sánchez, “Formas en que opera la Acción Resolutoria” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, 2016), 71.

⁶⁵ Causa N/D, Corte Suprema de Chile, 13 de agosto de 1956, 165 (énfasis añadido).

claramente plausible una modificación escrita a los efectos legales de la condición resolutoria tácita.

3.2. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN RESOLUTORIA EN LA DOCTRINA Y DERECHO COMPARADO

En el subtítulo precedente se concluyó que las partes pueden modificar la condición resolutoria tácita. También se aclaró que una forma de modificación es eliminar una de las acciones que confiere el derecho de opción. En este punto es pertinente estudiar la posibilidad de que la mencionada modificación se trate de la renuncia a la acción resolutoria.

Al respecto, Díez-Picazo expone textualmente que “[e]l régimen de la resolución por incumplimiento puede ser modificado por las partes, que pueden pactar su agravación, mediante el pacto comisorio expreso o *lex commissoria* y el término esencial, o *pueden excluirlo renunciando preventivamente a la resolución por incumplimiento*”⁶⁶. Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic explican que “ninguna disposición legal prohíbe a [la acción resolutoria] [...] su renuncia, por ende, dicha acción es renunciable”⁶⁷. Asimismo, Ibáñez establece que “la resolución por incumplimiento constituye un efecto natural del contrato, [por lo que] las *partes pueden prohibir o limitar la facultad resolutoria*”⁶⁸, mientras que Clemente Meoro presenta que “*el pacto de irresolubilidad del contrato es lícito*; y con mayor motivo lo es el que se limita a excluir la resolución”⁶⁹. La lista de grandes doctrinarios que apoyan la tesis se extiende incluso a Valencia Zea⁷⁰ o Gómez Estrada⁷¹. Es evidente que la renuncia a la acción resolutoria cuenta con un fuerte apoyo doctrinal.

En cuanto al derecho comparado, no existen legislaciones que se pronuncien sobre la renunciabilidad de la acción resolutoria, mas sí existe jurisprudencia al respecto. En el caso de Italia, la *Cassazione Civile* expuso que “en relación con la renuncia del comprador a la acción de

⁶⁶ Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador, *Los incumplimientos resolutorios* (Madrid: Centro de Publicaciones, 1991), 97 (énfasis añadido).

⁶⁷ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de las Obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001). Citado en No. 110001-3103-047-2007, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 23 de marzo de 2012, 6.

⁶⁸ Carlos Miguel Ibáñez, *Resolución por Incumplimiento* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003), 75 (énfasis añadido).

⁶⁹ Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998), 187 (énfasis añadido).

⁷⁰ Ver, Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil-Tomo III* (Bogotá: Editorial Temis, 1978), 128.

⁷¹ Ver, César Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles* (Bogotá: Temis, 1999), 115.

resolución y compensación, es legal siempre que esté expresamente firmada”⁷². Sobre este tema, la Corte Suprema de Colombia declaró que

es una determinación válida por lo demás, declinaron una de las opciones que la normatividad vigente les provee para fenecer el pacto celebrado por razón del incumplimiento de una de ellas, tal desprendimiento no afecta las prerrogativas restantes como contratantes, *esto solo significa que abandonaron uno de los caminos previstos en la ley para la cesación de los efectos del contrato, existiendo así otras vías que da la ley para satisfacer sus derechos*⁷³.

Por último, la *Court de Cassation* francesa apoya a la renuncia de la facultad resolutoria, pero advierte que dicha renuncia tiene límites. En su texto literal señaló que “el artículo 1184 del código civil no es de orden público y un contratista puede renunciar por adelantado al derecho de solicitar resolución del contrato y señalo que debe estar escrito de forma clara, precisa, inequívoca y comprensible para un laico”⁷⁴.

Por otro lado, un grupo minoritario de la doctrina es contrario a la renuncia de la resolución de los contratos. Tal es el caso de Planiol y Ripert, quienes se oponen a la renuncia de la resolución, por cuanto las partes renuncian a un remedio sin tener el conocimiento del futuro incumplimiento. En consecuencia, los contratantes desconocen el mejor remedio para afrontar una futura situación en concreto⁷⁵. Barrera Llorca discrepa de esta postura ya que, en materia contractual, las partes son plenamente libres de disponer derechos futuros⁷⁶. Este precepto es perfectamente aplicable a Ecuador, por cuanto nuestro Código Civil, en su artículo 1477, permite la venta de cosas futuras que se espera que existan⁷⁷. En este sentido, si se puede disponer de un futuro derecho sobre una cosa, también se puede disponer de un futuro derecho para resolver el contrato.

⁷² Causa 3418, Sala de Casación Civil de Italia, 23 de marzo de 1993 (traducción no oficial). Texto original: “concernente la renuncia dell’acquirente all’azione di risoluzione e risarcimento, è lecita purché sia espressamente sottoscritta”.

⁷³ Causa 110001-3103-047-2007, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 23 de marzo de 2012, párr. 1 (énfasis añadido).

⁷⁴ Causa 10-26203, Corte de Casación Civil de Francia, 3 de noviembre de 2011 (traducción no oficial). Texto original: “l’article 1184 du code civil n’est pas d’ordre public et qu’un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane”.

⁷⁵ Ver, Marcel Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002), 331.

⁷⁶ Ver, José Barrera Llorca, “La renuncia preventiva a la facultad resolutoria en Derecho Civil Español” (Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2015), 136.

⁷⁷ “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género”. Ver, Artículo 1477, CC.

A continuación se reforzará la tesis de renunciabilidad de la acción resolutoria en virtud de su naturaleza en el contrato. Cabe recordar del Capítulo 2 que la acción resolutoria obedece a un elemento de la naturaleza del contrato. En tal virtud, Ospina y Ospina explican que los elementos de la naturaleza pueden ser renunciados por las partes⁷⁸. En la misma línea, la Corte Constitucional expresó que “[l]os elementos de la naturaleza son aquellos [...] que las partes pueden excluirlas expresamente”⁷⁹. En palabras resumidas, la acción resolutoria, al ser elemento de la naturaleza, es en principio renunciable. También se demostró el carácter supletorio de la acción resolutoria frente al cumplimiento, y que la resolución no tiene un rol esencial en el contrato. Por ende, las partes pueden prescindir de esta facultad.

En conclusión, se determinó que, sin perjuicio de las limitaciones, la acción resolutoria es renunciable. Como señaló Rivera Restrepo, la condición resolutoria tácita brinda a la parte cumplidora el derecho de opción⁸⁰. Se entiende que el término “opción” hace referencia a que los contratantes tienen la elección de pedir la resolución del contrato o su cumplimiento. Por consiguiente, la acción resolutoria no es una obligación, sino una facultad. En tal virtud, Barrera Llorca expresa que la acción resolutoria, al ser una opción, es renunciable⁸¹. Asimismo, si una parte puede elegir la acción resolutoria, ¿por qué no podría elegir renunciar a la misma?

3.3. LÍMITES A LA RENUNCIA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Sin perjuicio de la posibilidad de renunciar a la acción resolutoria, dicha renuncia tiene límites. Este subcapítulo estudia los límites y las situaciones en las cuales las partes no podrían renunciar a la facultad resolutoria. En tal virtud, los límites a la irresolubilidad del contrato se categorizan en tres temas: límites en los contratos de consumo (i), límites por la naturaleza del contrato (ii) y límites por el nivel de perjuicio que causa el cumplimiento (iii).

⁷⁸ Ver, Ospina Guillermo y Ospina Fernando, *Teoría General del Contrato y el Negocio Jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 2018), 36.

⁷⁹ Causa 0551-10-EP, Corte Constitucional, 21 de septiembre del 2011, 6.

⁸⁰ Ver, José Rivera Restrepo, “El Fundamento del Derecho de Opción del Acreedor ante el Incumplimiento Contractual”, *Universidad Gabriela Mistral de Chile* (2016), 1.

⁸¹ Ver, José Barrera Llorca, “La renuncia preventiva a la facultad resolutoria en Derecho Civil Español” (Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2015),136.

Con respecto al tema, el límite más común se manifiesta en materia de consumo y en los contratos de adhesión (i). En este punto es pertinente recapitular la sección referente al orden público, donde se mencionó que el derecho de consumo puede ser un área que interese al orden social. En tal aspecto, la Corte Suprema de Colombia advirtió que “debe verificarse que la renuncia no sea producto de una cláusula abusiva o del ejercicio de la posición dominante, porque en los últimos no es una renuncia que exprese la autonomía de la voluntad de las partes del contrato”⁸². Subsumiendo, la Directiva 93/13 de la Unión Europea sobre derecho de consumo estableció que es bastante plausible que una cláusula sea abusiva si no se negoció libremente por las partes, y si tiene por objeto “excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial [...]”⁸³. Por ende, es razonable considerar la posibilidad de que la renuncia a la acción resolutoria sea una cláusula abusiva. Considero que no por tratarse de un contrato de adhesión, la renuncia a la acción resolutoria es necesariamente abusiva. No obstante, pienso que en casos de consumo, el juez deberá realizar un análisis extra sobre la legalidad de dicha cláusula.

El segundo límite hace alusión a los casos en los cuales el incumplimiento tiene como consecuencia la afectación a un derecho fundamental (ii). Este es el caso del contrato de transporte expuesto en el Capítulo 2. En este caso, si el contratante opta por cumplir el contrato sin objetar la inobservancia a normas de seguridad, entonces se pone en riesgo su integridad y su vida. Si bien el contratante no está obligado a ejecutar el contrato, el remedio más efectivo es la resolución.

El último límite tiene que ver con la utilidad de la resolución de los contratos. A lo largo de esta tesis se ha planteado a la resolución como un mal menor o como un remedio indeseable. No obstante, no se puede desconocer la utilidad de la resolución de los contratos. Es bastante común que, frente al incumplimiento, la parte perjudicada desconfíe sobre la estabilidad de la relación contractual, o simplemente el incumplimiento es tan gravoso que la parte afectada pierde por completo el interés de continuar con la relación jurídica. En este sentido, cabe retomar el criterio de Vidal Olivares, quien estableció que el juez de determinar – bajo el principio de razonabilidad – el impacto que tiene el incumplimiento del contrato sobre las partes.

⁸² Causa 11001 31 03 042 2007 00067 01, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 23 de marzo de 2012,

⁸³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 3.1.

Al respecto, considero que el incumplimiento del contrato puede clasificarse en tres niveles en virtud de la afectación que causa a la parte perjudicada. El primer nivel se trata de una afectación mínima. Este caso trata de niveles menores de incumplimiento en los cuales la otra parte no pierde el interés en el contrato y está dispuesta a continuar con la relación contractual. Por ende, el contratante se ve motivado a solicitar el cumplimiento del contrato. El segundo nivel hace referencia a una afectación media. El supuesto de este nivel es un incumplimiento cuyo resultado no afecta sustancialmente al interés de las partes de continuar con el contrato, pero sí genera desconfianza sobre la relación contractual. En consecuencia, la parte afectada puede motivarse a solicitar el cumplimiento, pero también puede verse interesada a resolver el contrato. Sobre este último punto, la ejecución del contrato todavía podría satisfacer los intereses de las partes, pero aun así el contratante podría preferir terminar con dicha relación defectuosa. Por último, el tercer nivel se trata de una afectación totalmente gravosa. En este caso, el incumplimiento es de tal magnitud que la parte afectada pierde por completo el interés en continuar con la ejecución del contrato, pues el único remedio razonable es la extinción del vínculo contractual. En este último nivel se encuentran hipótesis como el incumplimiento de un plazo banal.

En este sentido, considero que la renuncia a la acción resolutoria es aplicable a los dos primeros niveles de afectación a las partes. En cuanto al tercer nivel, si la afectación es demasiado gravosa, no se puede desproveer a las partes de la acción resolutoria. Cabe recordar que el contrato es un medio para que las partes satisfagan sus intereses, no un medio para perjudicar a los contratantes, ni mucho menos para perjudicar a la parte cumplidora. No se puede causar perjuicio al acreedor en aras de dar cumplimiento estricto al contrato. En consecuencia, el juez deberá determinar el nivel de perjuicio que causa el cumplimiento del contrato a la parte acreedora, y si dicha afectación es enorme, el juez deberá dejar sin efectos a la renuncia de la acción resolutoria.

En conclusión, si bien la acción resolutoria es un derecho dispositivo, su renuncia está sujeta a limitaciones. Aunque se concluyó que el ordenamiento favorece a la acción de cumplimiento, tampoco se puede desconocer la importancia y utilidad que tiene la acción resolutoria en los contratantes. Al respecto, se presentaron circunstancias en las cuales el único remedio razonable es la resolución del contrato. Por consiguiente, las partes no pueden renunciar a la resolución, o habiendo renunciado, el juez deberá dejar sin efectos a dicha renuncia.

4. SIETE CONCLUSIONES SOBRE LA ACCIÓN RESOLUTORIA Y SU RENUNCIA

A lo largo de la presente tesis se estudió la naturaleza de la acción resolutoria, se examinó su posibilidad de renuncia y se definieron sus límites. Una vez completado el análisis de fondo, en esta última sección se presenta las siguientes conclusiones:

- 1) La acción resolutoria es renunciable. Los requisitos para que las partes renuncien a los derechos otorgados por ley son el orden público y la naturaleza de los derechos a renunciar. Al respecto, la acción resolutoria no compromete al orden social, y funge como elemento de la naturaleza del contrato. En consecuencia, las partes pueden pactar la renuncia a la acción resolutoria.
- 2) Renunciar a la acción resolutoria no deja en indefensión a la parte acreedora. Los contratantes cuentan con diversos remedios frente al incumplimiento. En el caso de la condición resolutoria tácita, esta otorga la acción resolutoria y la acción de cumplimiento. Por consiguiente, si se renuncia a la acción resolutoria, el acreedor cuenta con otros remedios, como la acción de cumplimiento. Por ende, no se eliminan los derechos de crédito de la parte cumplidora, sino simplemente se limitan sus remedios para enfrentar al incumplimiento.
- 3) La condición resolutoria tácita es modificable. Esta institución se trata de un derecho dispositivo *sui generis*. Si bien las partes pueden disponer de él, no se puede prescindir de la condición resolutoria tácita sin más. No se debe perder de vista que esta condición es una tutela de las partes frente al incumplimiento. Por ende, cualquier modificación a la misma debe respetar los derechos de crédito de las partes.
- 4) La renuncia a la acción resolutoria tiene límites. De manera general, la acción resolutoria es renunciable. Sin embargo, existen supuestos en los cuales no se podrá renunciar a la resolución. A continuación se detallan las principales limitaciones:
 1. En los contratos de adhesión. En el área de consumo, el examen de validez de la renuncia debe ser más exhaustivo. El derecho de consumo se basa en la premisa de que el oferente se encuentra en una posición superior que el consumidor. Por consiguiente, la renuncia a la acción resolutoria puede ser abusiva en ciertas circunstancias.
 2. En el incumplimiento que involucre derechos fundamentales. Generalmente en los contratos se negocian derechos meramente patrimoniales y, por ende, el incumplimiento

tiene una consecuencia patrimonial. No obstante, existen pocos casos en los cuales el incumplimiento compromete derechos fundamentales. En estos casos, el mejor remedio es la resolución.

3. En caso de que el cumplimiento cause grave perjuicio al acreedor. Existen casos en los cuales el incumplimiento es de tal magnitud que la parte perjudicada pierde por completo el interés de que se cumpla el contrato, y que el cumplimiento perjudique al acreedor. Nuevamente, el mejor remedio es la acción resolutoria. Cabe recordar que el contrato es un instrumento para mejorar la situación de las partes, no para causarles un perjuicio.
- 5) El juez tiene la última palabra sobre la validez de la renuncia a la acción resolutoria. Si bien las partes son libres de disponer sobre los efectos del incumplimiento, esta disposición será sujeta a revisión del juez. El magistrado deberá verificar que dicha renuncia respete los límites previamente expuestos y que la pérdida de la facultad resolutoria no altere la equidad del contrato.
- 6) La acción resolutoria es una facultad de *última ratio*, pues el ordenamiento jurídico favorece el cumplimiento de los contratos. Existen principios como la conservación del contrato o el *pacta sunt servanda*, que permiten a la parte deudora allanarse a cumplir sus obligaciones. De ser este el caso, se frustrará la acción resolutoria y el acreedor deberá aceptar el cumplimiento. La resolución no tiene un rol esencial en el contrato, pues el remedio por excelencia es el cumplimiento forzoso.
- 7) Los contratos no nacieron con el objeto de resolverse. Los contratos son esencialmente ejecutables, mas no son esencialmente resolubles. Al momento que las partes celebran un contrato, estas buscan satisfacer un interés o mejorar su posición económica a través del cumplimiento del contrato, no de su resolución. Asimismo, el objeto de un contrato no solo son las prestaciones, sino el cumplimiento de las mismas.