



# El derecho de opción del acreedor en Italia

THE CREDITOR'S RIGHT OF OPTION IN ITALY

*José Maximiliano Rivera Restrepo*<sup>1</sup>

## Resumen

Esta investigación tiene por finalidad analizar el derecho de opción del acreedor, a la luz de la doctrina y jurisprudencia italianas. Este derecho, que equivale a mal llamada condición resolutoria tácita, está siendo objeto de revisión en Europa. Es interesante revisar el trabajo de los juristas itálicos, no solo porque éstos lo han abordado en vista de los principios del Derecho Civil, abandonando la visión exégeta del Derecho, sino que, además, con un criterio ecléctico.

## Palabras clave

Derecho de opción; resolución; incumplimiento contractual; derecho de remedios; derecho italiano.

## Abstract

*This research aims to analyze the creditor's right of option, in light of the doctrine and the established understanding of Italian courts. This right, which is equivalent to so-called tacit condition subsequent, is under review in Europe. It is interesting to review the work of the Italians lawyers, not only because they have addressed it in the light of the principles of private law, rejecting the exegete vision of law, but also because they adopted an eclectic approach.*

## Keywords

*Right of option; resolution; breach of contract; law remedies; Italian law.*

## INTRODUCCIÓN

En el proceso de reforma, unificación y armonización del Derecho europeo de las obligaciones destaca el caso italiano. Sus dos códigos civiles han sabido, en mi opinión, incluir, eclécticamente, las visiones de la época, ajustándolas a sus propias necesidades e intereses. Por ello, en este trabajo, analizaré los principales caracteres del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual, a la luz de la doctrina y jurisprudencia italianas. Todo lo anterior, con el fin de utilizar la experiencia acumulada en Italia, para quizás, en el futuro, orientar una posible reforma al Código Civil chileno.

Para contextualizar el tema, trataré de comparar la situación que presentaba el *Codice Civile* de 1865 con el actual sistema, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor. Asimismo, analizaré principalmente el ámbito de aplicación del derecho de opción del acreedor y sus principales características. Finalmente, realizaré un juicio crítico y reflexivo en torno al instituto en comento, estableciendo algunas conclusiones en torno al tema.

## I PANORAMA EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN, DESDE EL *CODICE CIVILE* DE 1865 HASTA EL *CODICE CIVILE* DE 1942

El artículo 1.165 del Código Civil italiano de 1865 establecía que:

La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fue hecha la prestación, podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato a la otra parte, cuando esto sea posible, o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado una dilación, según las circunstancias.<sup>1</sup>

Resulta claro de la lectura de esta norma que el *Codice Civile* de 1865 era de raigambre francesa, pues consagra una disposición similar al artículo 1.184 del *Code*.<sup>2</sup> En Italia esta norma fue interpretada como una ficción parcial de una condición resolutoria tácita, pues, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, aquélla operaba en virtud de una resolución judicial, y no

...

1 Código Civil Italiano de 1865 apud SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. México: Porrúa, 1979, p. 20.

2 Aunque se debe indicar que los autores italianos fundan, orgullosos, la doctrina del cumplimiento y del incumplimiento en el Derecho romano. Cfr.: BRUGI, B. *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*. Traducción de Jaime Simo Bofarull. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, p. 378 y ss.

*ipso iure* como ésta.<sup>3</sup> Esta norma concedía al contratante cumplidor una mera facultad para solicitar la ejecución forzada o la resolución del contrato.<sup>4</sup> El juez, frente a la pretensión resolutoria, podía decretarla o denegarla cuando, reconociendo posible y beneficioso el cumplimiento, otorgaba un plazo al deudor para que éste cumpliera. La condición resolutoria tácita operaba retroactivamente, afectando incluso a terceros adquirentes.<sup>5</sup> En este punto existía una importante diferencia entre la condición resolutoria ordinaria o la condición resolutoria tácita: mientras que en la primera la retransmisión de los derechos se producía de forma automática, en la segunda generaba una obligación de hacer.<sup>6</sup> Por otra parte, al verificarse el incumplimiento, surgía la facultad para el contratante cumplidor, sin la necesidad de constituir al deudor en mora, el que debía prever las consecuencias propias a su incumplimiento, según el adagio “*inadimpleti non est adimplendum*” (“a quien ya incumplió no le es posible cumplir”). Por último, y mientras no se hubiera pronunciado la sentencia definitiva, el contratante cumplidor podía cambiar la pretensión de cumplimiento por la de resolución del contrato, y viceversa.<sup>7</sup>

El *Codice Civile* de 1942 es contrario a calificar al derecho de opción como una “condición resolutoria implícita”, toda vez que el incumplimiento obedece a una circunstancia propia del funcionamiento del contrato, y no es el resultado de una verdadera condición.<sup>8</sup> Es por esto que en la actualidad no se habla de condición resolutoria expresa, sino que de “cláusula resolutoria expresa”.<sup>9</sup> Asimismo, el *Codice Civile* regula a la resolución, en el Capítulo XIV del Título II del Libro IV y, para ello, establece tres secciones en que trata del incumplimiento, la imposibilidad y la excesiva onerosidad<sup>10</sup> respectivamente, esto es, las tres causas de la

...

3 Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 35.

4 Con relación a la “ejecución forzada” de las obligaciones en Italia Brugi señala que: “Finalmente, la ley ofrece al acreedor insatisfecho el ‘remedio supremo y necesario’ de la ejecución forzosa en los bienes del deudor para que pueda obtener el pago ‘atacando’ a aquél ‘por todas partes’ con el cúmulo, con tal que no resulte excesivo (§ 67 c. p. c.), de los varios medios de ejecución” (BRUGI, op. cit., p. 387).

5 En cuanto a los efectos de la facultad resolutoria tácita, *vid.*: ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit., p. 35-36.

6 Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. México: Porrúa, 1979, p. 23-24.

7 Cfr.: *Ibidem*, p. 24.

8 Al respecto, *vid.*: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 36.

9 Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, op. cit., p. 24. Hay que agregar que ésta, a diferencia del derecho de opción, opera *ipso iure*. Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 114 y ss.

10 Al respecto, *vid.*: BELLI, G. *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta. Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 216-220.

resolución,<sup>11</sup> aun cuando, se debe indicar que la doctrina y la jurisprudencia agregan una cuarta causal de resolución: *difetto sopravvenuto di presupposizione*.<sup>12</sup> En la actualidad, cuando fracasa el presupuesto en una relación contractual recíproca, tanto la doctrina como la jurisprudencia se sienten inclinadas a indicar que procede declarar la resolución del contrato, aun cuando el *Codice Civile* no la prevé como una causal de resolución (no se encuentra dentro de los tres supuestos típicos de resolución del contrato).<sup>13</sup> Sin embargo, su aplicación se debe a la función integradora del principio de buena fe contractual,<sup>14</sup> y así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia. Esta teoría (que fue formulada en Alemania por el pandectista Windscheid, en la segunda mitad del siglo XIX, bajo la expresión *voraussetzung* (“suposición”), al amparo del dogma de la voluntad, y, cuando se produce una frustración de los fines del negocio, surgiendo un conflicto entre la voluntad declarada y la voluntad real o intención de los contratantes. Los autores clásicos italianos indicaban que, de aceptarse esta noción, se estaría introduciendo en el Derecho civil un peligroso subjetivismo.<sup>15</sup> En este mismo sentido Van Ommeslaghe se ha pronunciado en torno a la buena fe.<sup>16</sup> En Italia la doctrina mayoritaria acepta la teoría de la presuposición como fundamento para solicitar la resolución contractual. Sin embargo, en contra de ella, se han pronunciado varios autores italianos, entre ellos, destaca Santoro Passarelli.<sup>17</sup> Entre los autores que apoyan la noción de presuposición,<sup>18</sup>

•••

- 11 Cfr.: PUTTI, P. M. *Capitolo XXXIII. La risoluzione*. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro y ZOPPINI, Andrea (Coords.). *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1137. Vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale.
- 12 Cfr.: *Ibidem*, p. 1137. Al respecto, *vid.* también: ANSUINI, S. *Presupposizione e rinegoziazione del contratto*. Tesi. Roma, Università degli Studi, 2011, p. 11 y ss.; VILLANACI, G. Interessi e sopravvenienze contrattuali. *Persona e Mercato*, v. 3, p. 59-65, 2015. Disponible en <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/12/Villanacci.pdf>> [Fecha de la consulta 18 de septiembre de 2016].
- 13 Al respecto, *vid.*: GALGANO, F. (dir.). *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, anno XXIV, n° 1, gennaio-febbraio 2008, CEDAM, 2008, p. 11-32.
- 14 Cfr.: BIANCA, C. M. *Derecho civil. 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 526-527.
- 15 Cfr.: PUTTI, P. M. *Capitolo XXXIII. La risoluzione*. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro; ZOPPINI, Andrea (Coords.). *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1140. Vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale.
- 16 Cfr.: VAN OMMESLAGHE, P. *Droit des obligations*. Bruxelles: Bruylant, 2010, p. 168 y ss. Tome Premier. Introduction Sources des obligations (première partie).
- 17 Cfr.: PUTTI, *op. cit.*, p. 1141.
- 18 En este sentido, como Corte di Cassazione, sez. VI Civile – 2, ordinanza 4 maggio 2015, n. 8867: “Come ha correttamente chiarito il Tribunale di Ferrara, l’istituto della presupposizione non era cor-

algunos señalan que ella se debe a la función de la buena fe contractual (Galgano, Roppo, Amadio y Bessone); otros indican que se fundamenta por la necesidad de contraer un interés adicional a la pura operación económica (Costanza) y, por último, otros acotan a la función del contrato, la necesidad de acoger esta teoría (Cataudella).<sup>19</sup>

## 2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN EN ITALIA

En general, la doctrina italiana ha dicho que la resolución por incumplimiento actúa en el ámbito propio de los contratos con prestaciones correlativas, frente al incumplimiento de una de esas obligaciones emergentes. Aun cuando también opera tratándose de la donación modal (artículo 793.4 del *Codice Civile*)<sup>20</sup> y el mutuo con intereses (artículo 1.820 del *Codice Civile*).<sup>21</sup> En estas hipótesis el *Codice Civile* autoriza al contratante diligente para que pretenda la cancelación de los efectos del negocio, conservando el derecho o facultad para

...

rettamente invocato perché l'evento che ha colpito la figlia non aveva nessuna correlazione con il corso di lingue che doveva intraprendere il genitore e, comunque, il presupposto per l'applicazione dell'istituto della presupposizione è rappresentato dall'inerenza specifica dell'interesse, o condizione, sotteso al contratto, alla causa del contratto stipulato che nel caso di specie difettava. Come è affermazione pacifica in dottrina e nella stessa giurisprudenza di questa Corte (*Cass. n. 19144 del 23/09/2004*), la 'presupposizione' è configurabile quando, da un lato, un'obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi che sia stata tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio e, dall'altro, il venir meno o il verificarsi della situazione stessa sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro" (Corte di Cassazione, sez. VI Civile - 2, ordinanza 4 maggio 2015, n. 8867 - Pres. Petitti - Rel. Scalisi. Disponibile en <<http://www.quotidianogiuridico.it/~media/Giuridico/2015/05/06/se-la-malattia-della-figlia-non-rende-impossibile-fruire-della-prestazione-l-obbligazione-non-si-estingue/8867%20pdf.ashx>> [Consultada el 15 de septiembre de 2016]).

19 Cfr.: PUTTI, P. M. Capitolo XXXIII. La risoluzione. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro; ZOPPINI, Andrea (Coords.). *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1141. Vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale.

20 El artículo 793 ("Donazione modale"), apartado 4º, del *Codice Civile*, dispone que: "La risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi". Cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 874.

21 El artículo 1.820 del *Codice Civile* ("Mancato pagamento degli interessi") dispone que: "Se il mutuatario non adempie l'obbligo del pagamento degli interessi, il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto" (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 2033).

solicitar indemnización por daños y perjuicios. La resolución se funda en estos dos casos, en el mecanismo funcional de los negocios con prestaciones recíprocas, pues lo que una de las partes promete, y su incumplimiento, repercute necesariamente en la obligación correlativa (sinalagma funcional). Por ello se autoriza al contratante cumplidor a sustraerse de la relación jurídica y no ejecutar su prestación.<sup>22</sup> En este sentido, hay que agregar que la doctrina italiana ha señalado que debe tratarse de obligaciones recíprocas y principales. Lo anterior se basa en la excepcionalidad del artículo 1.820 del *Codice Civile*, que se refiere a la resolución por incumplimiento, a propósito del contrato de mutuo, en relación a los artículos 1.467 y 1.468 del *Codice Civile*.<sup>23</sup> Con todo, Mosco tiene algunas dudas en torno a esta opinión. En efecto, señala este autor que tanto el espíritu como la fundamentación de la rescisión por lesión<sup>24</sup> o por imposibilidad sobrevenida<sup>25</sup> son contrarios a esta postura, porque la resolución por incumplimiento se funda en la causa y en la sinalagmaticidad de las obligaciones recíprocas. Se argumenta que la pretendida excepcionalidad del artículo 1.820 del *Codice Civile* no es tal, pues le otorga el carácter de sanción, por motivos prácticos. Además, las normas especiales que se refieren a la resolución son variadas, ello significa que esas normas excluyen la aplicación de la regla general contenida en el artículo 1.453 del *Codice Civile* (Exposición de Motivos, párrafo 4º).<sup>26</sup> En contra de esta opinión se argumenta que la resolución también opera tratándose de los contratos unilaterales, pues una interpretación contraria restringiría notablemente el ámbito de aplicación de la resolución. Además, respecto de los artículos 1.467 y 1.468 del *Codice Civile*, se dice que el primero se aplicaría a los contratos bilaterales y el segundo a los contratos unilaterales. Otra parte de la doctrina ha señalado que la primera norma se aplica para que los contratos onerosos tengan el carácter de sinalagmático o unilateral; la segunda, en cambio, rige para los negocios gratuitos o de beneficencia. Por último, de aceptarse la interpretación que postula que la resolución únicamente rige para los contratos bilaterales, muchas

•••

- 22 Cfr.: SCOGNAMIGLIO, R. *Teoría general del contrato*. Reimpresión. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 349-350.
- 23 Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 1.
- 24 Al respecto, *vid.*: ÁLVAREZ VIGARAY, R. y DE AYMERICH DE RENTERÍA, R. *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*. Granada: Comares, 1989, p. 51.
- 25 Con relación a la imposibilidad sobrevenida, me permito recomendar un autor español: TAMAYO CARMONA, J. A. *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 160 y ss.
- 26 Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 1.

normas (establecidas a propósito de negocios unilaterales y que tienen carácter general) quedarían desconectadas del concepto general de resolución por incumplimiento.<sup>27</sup>

### 3 CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN EN ITALIA

En Italia los principales caracteres de la resolución por incumplimiento son los siguientes:

1. *La resolución por incumplimiento ha de basarse en un incumplimiento de cierta entidad o relevancia*, esto es, no basta un incumplimiento mínimo.<sup>28</sup> En este sentido, el artículo 1.455 del *Codice Civile* dispone que el contrato no se puede resolver si el incumplimiento es de escasa importancia con relación a los intereses de la contraparte.<sup>29</sup> La doctrina italiana, en general, distingue tres casos de incumplimientos: (a) cumplimiento inexacto de obligaciones principales; (b) incumplimientos de obligaciones accesorias; y (c) retraso en el cumplimiento de las obligaciones principales.<sup>30</sup> En los dos primeros casos, si el incumplimiento es de poca o escasa relevancia, no hay derecho a pedir la resolución del contrato, ni judicial ni extrajudicialmente. En el tercer caso, si es relevante la entidad del incumplimiento, habrá lugar a la resolución, cuando exista duda acerca de si el retraso provoca o no perjuicio para el acreedor cumplidor. Además, en las dos primeras hipótesis, la desestimación de la entidad del incumplimiento está condicionada al hecho de que el contratante diligente haya efectivamente cumplido su obligación o esté llano a hacerlo. Sobre este punto, el Derecho italiano se diferencia del francés, pues, para éste último, la gravedad del incumplimiento es una cuestión de hecho, determinada por el juez de fondo, el que debe atender a la presunta voluntad de los contratantes y a los fines prácticos del negocio.<sup>31</sup> En general, en Italia se

...

<sup>27</sup> Cfr.: *Ibidem*, p. 1 y 2.

<sup>28</sup> En este sentido, *vid.*: *Ibidem* p. 2 y 3. Al respecto, *vid.*: ROPPO, V. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 507 y ss.

<sup>29</sup> Dispone el artículo 1.455 del *Codice Civile* (“*Importanza dell’inadempimento*”) lo siguiente: “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1660).

<sup>30</sup> La doctrina italiana ha utilizado el vocablo incumplimiento en sentido amplio. Así, para Brugi el incumplimiento de la obligación “[...] que tanto puede significar retraso en la ejecución de la obligación, o incumplimiento temporal, cuanto el incumplimiento propio y verdadero, o incumplimiento definitivo de la misma” (BRUGI, B. *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*. Traducción de Jaime Simo Bofarull, México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, p. 379).

<sup>31</sup> Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 40.

ha planteado que el incumplimiento, para llegar a ser fundamento de la acción resolutoria, debe ser de cierta importancia, esto es, disminuir el interés del contratante cumplidor, pues, de lo contrario, deberá el juez denegar la pretensión resolutoria.<sup>32</sup> La doctrina, tratando de resolver la ambigüedad que presenta la norma en comento, ha dicho que se debe abandonar el criterio subjetivo, conforme al cual se debe estar al interés del contratante cumplidor, es decir, a su voluntad presunta.<sup>33</sup> Por ello, se debe atender al criterio objetivo, esto es, para determinar la gravedad o importancia del incumplimiento,<sup>34</sup> el juez debe analizar la entidad del incumplimiento, con relación al equilibrio de las prestaciones.<sup>35</sup> En este sentido se pronuncia Mosco.<sup>36</sup> El criterio objetivo indica que el tribunal debe establecer el grado de influencia efectiva que tiene o puede tener el incumplimiento sobre la relación jurídica, teniendo presente la finalidad práctica que está llamada a cumplir la institución, salvo que la ley disponga otra cosa, *v. gr.*, los artículos 1584.2,<sup>37</sup> 1.618<sup>38</sup> y 1.820 del *Codice Civile*.<sup>39</sup> En este sentido, cierta parte de la doctrina italiana ha postulado que para establecer la existencia de este presupuesto es necesario atender a cierto valor predeterminado, noción que hace alusión a una violación del contrato, mirada desde el punto de vista objetivo, mientras que las circunstancias subjetivas que originaron el incumplimiento servirían para determinar la indemnización por daños y perjuicios a que tiene derecho el

•••

32 Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 7.

33 Cfr.: *Ibidem*, p. 2 y 3.

34 Cfr.: *Ibidem*, p. 28.

35 Ahora bien, en cuanto al momento en que el juez debe apreciar la gravedad del incumplimiento, se debe atender al momento en que éste se ha producido y no al tiempo de celebración del contrato (cfr.: *Ibidem*, p. 27).

36 En este sentido, señala Mosco que: “Por tanto, el criterio de valoración será necesariamente objetivo [...]” (*ibidem*, p. 28).

37 El artículo 1.584 (“*Diritti del conduttore in caso di riparazioni*”), apartado 2º, del *Codice Civile*, dispone que: “Indipendentemente dalla sua durata, se l’esecuzione delle riparazioni rende inabitabile quella parte della cosa che è necessaria per l’alloggio del conduttore e della sua famiglia, il conduttore può ottenere, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice civile, le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1811).

38 El artículo 1.618 del *Codice Civile* (“*Inadempimenti dell’affittuario*”) dispone que: “Il locatore può chiedere la risoluzione del contratto, se l’affittuario non destina al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, se non osserva le regole della buona tecnica, ovvero se muta stabilmente la destinazione economica della cosa” (cfr.: *Ibidem*, p. 1834).

39 Cfr.: MOSCO, *op. cit.*, p. 28-29.

contratante cumplidor. Así lo ha reconocido la jurisprudencia italiana (*Cass.* 2852/82; *Cass.* 4020/84; *Cass.* 3408/86).<sup>40</sup> La conclusión anterior se extrae del análisis de los artículos 1.218 y 1.176 del *Codice Civile*.<sup>41</sup> Por último, se ha indicado que la resolución no procede frente al incumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales, pues la resolución constituye una sanción en contra del deudor incumplidor. Además, se ha dicho que la resolución es un remedio para una enfermedad que afecta al sinalagma, por ello, procede incluso cuando el incumplimiento no obedece a dolo o culpa del contratante incumplidor.<sup>42</sup>

2. *La relevancia del incumplimiento es determinada por el juez, conforme a su arbitrio.*<sup>43</sup> En este punto, la doctrina italiana plantea que pueden existir dos clases de incumplimiento: (a) incumplimiento absoluto, que se presenta cuando el acreedor únicamente puede solicitar el cumplimiento forzado o la resolución del contrato; en este caso, no existe mayor inconveniente para que el juez pueda fijar la importancia del incumplimiento; (b) el problema se presenta frente a un incumplimiento parcial, es decir, cuando el deudor ha dado o entregado solo una parte de la prestación (incumplimiento cuantitativo), o bien, ha dado o pagado la prestación total, pero en una calidad que no se ajusta a la estipulada (incumplimiento

•••

<sup>40</sup> Cfr.: COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 830.

<sup>41</sup> El artículo 1,218 del *Codice Civile* que se refiere a la “*Responsabilità del debitore*”, dispone lo siguiente: “*Ir creditore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”. Por su parte, el artículo 1.176, que se titula “*Diligenza nell’adempimento*”, dispone que: “*Nell’adempire l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1300 y 1246, respectivamente).

<sup>42</sup> Cfr.: COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 830. En el caso de incumplimiento recíproco, esta autora señala que: “*Sulla questione [el incumplimiento recíproco] l’orientamento prevalente della giurisprudenza (Cass. 3044/80; Cass. 4011/84) è nel senso di valutare comparativamente gli atteggiamenti dei contraenti, al fine di stabilire, in funzione dell’entità delle reciproche inadempienze e del loro rapporto causale, contro quale delle parti contrattuali debba essere pronunciata la risoluzione*” (ibidem, p. 831).

<sup>43</sup> En Italia la doctrina postula que debe tratarse del incumplimiento de una obligación principal, para que pueda operar la resolución de la misma, cuestión que se deduce de los artículos 1.543 y ss., 1.820, 1.618, 1.901, 1.924 y 1.584 del *Codice Civile*. Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 37.

cuantitativo). Ahora bien, para establecer si la falta de cantidad y/o calidad determina la gravedad del incumplimiento, será preciso determinar si esta falta disminuye o no la utilidad del acreedor. El criterio de la disminución de la utilidad del acreedor es tan relevante<sup>44</sup> que también se aplica cuando existe un retraso en el cumplimiento de la obligación.<sup>45</sup> Por último, se ha dicho que, para que proceda la resolución, deberá incumplirse una obligación principal. La cuestión es determinar ¿qué se deberá entender por obligación principal? La doctrina, sobre este punto, señala que son principales, todas aquellas obligaciones cuya finalidad precisa es la obtención del resultado típico de un negocio determinado y aquellas que sirven para impedir que una de las partes se beneficie injustificadamente a costa de la contraparte.<sup>46</sup> Con todo, para Mosco, también el incumplimiento de una obligación accesoria puede dar lugar a la resolución, cuando se hace imposible o dificulta el cumplimiento de la obligación principal, *v. gr.*, el *Codice Civile*, en materia de renta vitalicia, dispone que ésta constituye un contrato aleatorio y, por lo tanto, respecto de ella no procede la resolución por el incumplimiento de la obligación especial, salvo en caso de que el deudor de la renta no haya otorgado al acreedor las garantías estipuladas o las disminuye<sup>47</sup> (artículos 1.877 y 1.878 del *Codice Civile*).<sup>48</sup> Asimismo, cuando la obligación accesoria,<sup>49</sup> por el consentimiento de las partes o por la naturaleza del negocio, forma parte

...

44 Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 41-42.

45 Cfr.: *Ibidem*, p. 47.

46 Cfr.: *Ibidem*, p. 50.

47 Cfr.: *Ibidem*, p. 51-52.

48 El artículo 1.877 del *Codice Civile*, cuyo epígrafe es “*Risoluzione del contratto di vitalizio oneroso*”, dispone que: “*Il creditore di una rendita vitalizia costituita a titolo oneroso può chiedere la risoluzione del contratto (1453 e seguenti), se il promittente non gli dà o diminuisce le garanzie pattuite (1461)*”. Por su parte, el artículo 1878, que se titula “*Mancanza di pagamento delle rate scadute*”, dispone que: “*In caso di mancato pagamento delle rate di rendita scadute, il creditore della rendita, anche se è lo stesso stipulante, non può domandare la risoluzione del contratto (1453 e seguenti), ma può far sequestrare e vendere (Cod. Proc. Civ. 501 e seguenti, 670 e seguenti) i beni del suo debitore affinché col ricavato della vendita si faccia l’impiego di una somma sufficiente ad assicurare il pagamento della rendita (vedere anche Leggi Speciali, Fallimento)*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 2081 y 2082).

49 En este sentido, la jurisprudencia italiana ha decretado que, frente a un contrato, cuya finalidad era constituir o transferir un derecho de goce sobre una posada y taberna, uno de los contratantes debía tomar la posada dentro de un plazo estipulado. Expirado el término, el juez consideró que la negativa del acreedor a recibir la posada, constituía un incumplimiento contractual (cfr.: MOSCO, L. *Código*

integrante de la obligación principal correlativa podría dar lugar a la resolución del contrato, por ejemplo, a propósito del subarriendo (artículo 1.594 del *Codice Civile*).<sup>50</sup> Con el fin de establecer cuando la cláusula de prohibición da lugar a la resolución del contrato se debe distinguir entre las distintas maneras en que se consagra la prohibición: (a) si del análisis de la cláusula se concluye directa o indirectamente la intención de los contratantes en orden a que cualquiera especie de violación a dicha prohibición signifique la resolución del contrato, debe estarse a aquella intención, debiendo el tribunal proceder a declarar la resolución sin calificar la gravedad de la infracción; (b) si la cláusula tan solo establece la prohibición, pero de ella no se deduce la intención de las partes en orden a sustraer del juez, el análisis de la gravedad de la contravención, entonces, el tribunal declarará la resolución del contrato,<sup>51</sup> cuando estime que la violación de la prohibición tiene el carácter de grave.<sup>52</sup> Por último, el sistema italiano tiende a prescindir de todo elemento subjetivo (culpa o dolo), a fin de calificar el comportamiento del deudor incumplidor.<sup>53</sup>

3. El *Codice Civile* se pone en el caso de que, existiendo una imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación, cuál debe ser la conducta que debe tener el otro contratante.<sup>54</sup> Es decir, el *Codice*

...

*Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento. Notas sobre legislación española por José Salameo Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 64).*

50 El artículo 1.594 del *Codice Civile*, cuyo epígrafe es “*Sublocazione o cessione della locazione*”, dispone que: “*Il conduttore, salvo patto contrario, ha facoltà di sublocare la cosa locatagli, ma non può cedere il contratto senza il consenso del locatore (1406). Trattandosi di cosa mobile, la sublocazione deve essere autorizzata dal locatore o consentita dagli usi*” (CODICE CIVILE. Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. CHIAVES – dott.sa V. VIRZÌ, sotto la supervisione del prof. P. G. MONARETTI e la consulenza di *Web editing* del dott. F.G. PIZZETTI, 2000. Disponible en <<http://www.jus.unitn.it/>> [Fecha de la consulta: 3 de septiembre de 2013]).

51 Con respecto a la constitución en mora del deudor incumplidor, Costanza señala que: “*Ove a fondamento della domanda di risoluzione si assuma il ritardo del debitore nell’esecuzione della prestazione, si pone il problema della necessità, o meno, della preventiva costituzione in mora dell’obbligato. È certamente corretta la tesi che nega la necessità della preventiva costituzione in mora quando il fatto ascritto al debitore riguardi difetti di esecuzione della prestazione diversi dall’intempestività dell’adempimento*” (COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 831).

52 Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento. Notas sobre legislación española por José Salameo Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 55-56.*

53 Cfr.: COSTANZA, op. cit., p. 831; SCOGNAMIGLIO, R. *Teoría general del contrato*. Reimpresión. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 353.

54 Cfr.: *Ibidem*, p. 354-355.

*Civile* se pone en el caso de que existe una imposibilidad sobrevenida en una de las obligaciones recíprocas, y trata de responder a la siguiente pregunta: ¿qué ocurre con la obligación correlativa?<sup>55</sup> El *Codice Civile* se refiere a la imposibilidad sobrevenida en dos partes: (i) Como modo de extinguir las obligaciones diverso del pago, en el Capítulo IV del Título I del Libro IV (“De la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor”), entre los artículos 1.256 y 1.259.<sup>56</sup> En estas normas no se trata específicamente de la imposibilidad sobrevenida de una de las obligaciones recíprocas en un contrato sinalagmático. (ii) En la Sección Segunda (“De la imposibilidad sobrevenida”) Capítulo XIV (“De la resolución del contrato”) del Título II, Libro IV del *Codice Civile*, entre los artículos 1.463 a 1.466, trata de este tema en particular.<sup>57</sup> En este sentido, la Sentencia de Casación Civil, de 22 de diciembre de 1983, n° 7.580 señala que:

*La sopravvenuta impossibilità della prestazione, se non è imputabile al debitore, determina l'estinzione dell'obbligazione, mentre, se è imputabile al debitore, determina la conversione dell'obbligazione di adempimento in quella di risarcimento del danno e, se costituisce l'oggetto di un contratto a prestazioni corrispettive, dà luogo, altresì all'azione di risoluzione per indampimento).*<sup>58</sup>

Por otra parte, el artículo 1.463 del *Codice Civile* italiano dispone que: “En el contrato con prestaciones correspectivas, la parte liberada por la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida no puede exigir la contraprestación, y debe restituir la que ya hubiera recibido, según las normas relativas a la repetición de lo indebido”.<sup>59</sup> Es decir, el riesgo es de cargo del deudor, toda vez que deberá soportar la pérdida,<sup>60</sup> debiendo a su vez cumplir su obligación correlativa.<sup>61</sup> La doctrina, además, indica que esta norma constituye una regla especial, que

...

55 Al respecto, *vid.*: TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, t. II. Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones “mortiscausa”. Donaciones, p. 64 y ss.

56 *Vid.*: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 382-383.

57 En este sentido, *vid.*: *Ibidem*, p. 221-222.

58 Sentencia de Casación Civil, de 22 de diciembre de 1983, n° 7580. Cfr.: PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V. I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze. In: VIOLA, Luigi (Coord.). *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*. Introduzione di Massimo Franzoni. Milano: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 393.

59 Cfr.: GALGANO, F. *Il contratto*. Verona: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007, p. 517.

60 En este sentido, *vid.*: DELLACASA, M. Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza. *Danno e Responsabilità*, n° 3, 2008, p. 261.

61 A este respecto, me permito citar el Código Civil Japonés, que establece una regla similar, en cuanto a que el riesgo es de cargo del deudor, siempre que éste sea imputable a aquél. En efecto, dispone el

ha de aplicarse para salvar el sensible vacío que arroja el Capítulo IV del Título I del Libro IV del *Codice Civile*, que trata precisamente de la resolución del contrato.<sup>62</sup> Distinto a lo anterior es el caso de que existe una excesiva onerosidad sobrevenida.<sup>63</sup> A esta cuestión se refiere el artículo 1.467 del *Codice Civile*,<sup>64</sup> titulado “*Contratto con prestazioni corrispettive*”, el que dispone lo siguiente:

*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.*<sup>65</sup>

Con relación a la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, la doctrina italiana ha planteado que en las épocas posteriores a la Gran Guerra, en algunas ocasiones ha cambiado el valor de las cosas, por ello, cuando la deuda experimenta un incremento imprevisible, fuera de todo pronóstico, la justicia impone que se debe restablecer el equilibrio roto. También la rescisión por causa de lesión *ultra dimidium* intenta erigirse como un eficaz

...

artículo 543 (“Resolución por imposibilidad”), lo siguiente: “El acreedor podrá resolver el contrato cuando la prestación devenga total o parcialmente imposible por causa imputable al deudor” (CÓDIGO CIVIL JAPONÉS. Estudio preliminar. Traducción y notas de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi. Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 183.

<sup>62</sup> Cfr.: CASTILLA BAREA, M. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 362-364. Por su parte, el Código Civil Portugués de 1966, en su artículo 795 (“*Contratos bilaterais*”) dispone que: “[...] 1. Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa [...]” (CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS. 12. ed. anotado y actualizado por Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos. Coimbra: Almedina, 1999, p. 276).

<sup>63</sup> En este sentido, *vid.*: GALGANO, F. *Il contratto*. Verona: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007, p. 521. *Vid.* también: PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V. I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze. In: VIOLA, Luigi (Coord.). *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*. Introduzione di Massimo Franzoni. Milano: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 399 y ss.

<sup>64</sup> Cfr.: GABRIELLI, E. *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 13-15.

<sup>65</sup> Cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1674. Con relación a esta materia, *vid.* también: TRIMARCHI, P. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 235-236.

remedio para lograr el restablecimiento del equilibrio conmutativo. Para que se produzca lo anterior se requiere que exista un hecho extraordinario e imprevisible y, además, que ese hecho torne excesivamente onerosa la prestación de una de las partes,<sup>66</sup> de tal manera que supere los límites económicos normales, que se determinan por la oferta y la demanda.<sup>67</sup> Respecto a la noción de “*sopravvenienza*”,<sup>68</sup> la Sentencia de Casación Civil, de 24 de abril de 1982, señala que:

*La risoluzione per impossibilità sopravvenuta, analogamente a tutte le ipotesi (risoluzione per inadempimento, annullamento) in cui vengono meno dopo la costituzione del rapporto lo stesso fondamento e causa dell'obbligazione, è pur sempre caratterizzata da un elemento sopravvenuto alla formazione del vincolo obbligatorio, il quale, impedendone l'attuazione ed incidendo sul sinallagma funzionale del rapporto, è riconducibile, negli effetti, alle suindicate ipotesi di sopravvenuta mancanza di causa della obbligazione.*<sup>69</sup>

Por su parte, la doctrina italiana ha señalado que el concepto de “*sopravvenienze*”,<sup>70</sup> que usualmente se atribuye a factores que acontecen después de la celebración del negocio

•••

<sup>66</sup> Al respecto, *vid.*: GABRIELLI, E. *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*. Testo della conferenza tenuta a San Paolo il 29 marzo 2012 nella Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. Disponible en <[www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf](http://www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf)> [consultada el 22 de septiembre de 2016].

<sup>67</sup> Cfr.: TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, T. II. Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones “mortiscausa”. Donaciones, p. 220-221.

<sup>68</sup> En este sentido, *vid.*: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 379.

<sup>69</sup> Sentencia de Casación Civil, de 24 de abril de 1982. Cfr.: PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V. I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze. In: VIOLA, Luigi (Coord.). *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali. Introduzione di Massimo Franzoni*. Milano: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 401-402. Al respecto, *vid.* también [jurisprudencia administrativa]: Sentencia n° 3597 de *Consiglio di Stato*, de 8 de julio de 2013; Sentencia n° 6297 de *Consiglio di Stato*, de 10 de diciembre de 2012; Sentencia n° 3262 de *Consiglio di Stato*, de 31 de mayo de 2012; Sentencia n° 2406 de *Consiglio di Stato*, de 24 de abril de 2012; Sentencia n° 5829 de *Consiglio di Stato*, de 18 de agosto de 2010; Sentencia n° 2568 de *Consiglio di Stato*, de 4 de mayo de 2010 [jurisprudencia civil menor]; Sentencia n° 2525 de *Campania, Napoli*, de 11 de mayo de 2009; Sentencia n° 1218 de *Abruzzo, L'Aquila*, de 13 de noviembre de 2008 [jurisprudencia administrativa menor]; Sentencia n° 36 de C.G.A.R. Sicilia, de 31 de enero de 2014. Disponible en <http://www.vlex.com> [fecha de consulta: 11 de julio de 2013].

<sup>70</sup> Al respecto, *vid.*: BARBERO, D. *Sistema del Diritto privato italiano*. Obbligazioni e contratti, successioni per causa di morte. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962, vol. Secondo, p. 91.

jurídico, esto es, en el lapso que media entre el nacimiento de la obligación y su efectivo cumplimiento, como por ejemplo los hechos de la naturaleza, los actos de autoridad, etc., hacen que el contrato original deba ser modificado, para ajustarlo a las nuevas circunstancias fácticas.<sup>71</sup> Los hechos imprevistos pueden aparecer después de la celebración del contrato, son inesperados y hacen que al momento de la ejecución de las prestaciones se produzca un desequilibrio entre ellas.<sup>72</sup>

4. En cuanto a la acción resolutoria, ésta es una acción constitutiva,<sup>73</sup> porque su objeto es destruir la eficacia de la relación jurídica, cuando su subsistencia no suponga un interés apreciable.<sup>74</sup> La resolución por incumplimiento no opera automáticamente, sino que requiere de un pronunciamiento judicial, pues es el tribunal el encargado de establecer si estamos frente a un incumplimiento y si éste es capaz de justificar la terminación del negocio. Una vez que se presentó la demanda de resolución, ya no es posible solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, ni tampoco la concesión de un término de gracia (artículo 1.453, apartado 2º, del *Codice Civile*).<sup>75</sup> La doctrina, sin embargo, ha suavizado el tenor literal de esta norma, postulando que siempre ha de admitirse la demanda de cumplimiento, en caso de

•••

71 En este sentido, *vid.*: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 384-389.

72 Cfr.: PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V. I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze. In: VIOLA, Luigi (Coord.). *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*. Introduzione di Massimo Franzoni. Milano: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 401-402.

73 En este sentido, Trimarchi se pregunta si la resolución tiene efecto “*traslativi o costitutivi*” (cfr.: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 379). Por su parte, Costanza, señala al respecto, lo siguiente: “*La conciliazione fra soctitutività e retroattività viene attuale affermando che la risoluzione opera la liberazione del creditore dal momento della pronunzia, mentre oblige alla restituzione della prestazione già eventualmente eseguita con effetti ex tunc risalenti al momento della stipulazione del contratto*” (COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 844).

74 En este sentido, y conforme al artículo 1.453, apartado 3º, del *Codice Civile*, el deudor ya no puede cumplir desde la fecha de la demanda de resolución; lo que, interpretado, *a contrario sensu*, significa que puede pagar hasta el momento de la interposición de la demanda (cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 9).

75 El artículo 1453 (“*Risolubilità del contratto per inadempimento*”), apartado 2º, del *Codice Civile*, dispone que: “*La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l’adempimento; ma non può più chiedersi l’adempimento quando è stata domandata la risoluzione*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1653).

que resurja el interés del contratante cumplidor. Asimismo, se ha planteado que es posible demandar conjuntamente la resolución y el cumplimiento forzado de la obligación, una en subsidio de la otra.<sup>76</sup>

5. *El artículo 1.454 del Codice Civile establece otra forma de resolución por incumplimiento.* Por medio de un *acto escrito* (aunque también se habla de negocio) el acreedor le comunica a su deudor que debe cumplir su obligación, invitándolo a hacerlo en el plazo fijado, advirtiéndole que, si no cumple dentro del término señalado, el contrato se considerará resuelto sin más trámite.<sup>77</sup> Ésta interpelación no puede ser revocada.<sup>78</sup> En síntesis, existen dos formas de resolución en el Derecho italiano<sup>79</sup>: (a) por medio de sentencia judicial y (b) por voluntad del acreedor, manifestada por escrito.<sup>80</sup> La primera de ellas coincide en líneas generales con el derecho de resolución consagrado en el Código Civil francés, con una diferencia: en el *Codice Civile* italiano no existe el término de gracia.<sup>81</sup> En Italia el deudor incumplidor, una vez demandado, ya no podrá cumplir su obligación. La segunda especie de resolución es extrajudicial, propia del Derecho alemán y que desconoce el *Code* francés.<sup>82</sup> Esta resolución procede respecto de toda clase de contratos y puede ejercerla el contratante cumplidor, frente a un incumplimiento de la obligación de la contraria. En caso de reunirse todos sus presupuestos, el contrato se resuelve de pleno derecho, pudiendo el deudor reclamar ante el juez la falta de alguno de dichos presupuestos, es decir, será en

• • •

76 Cfr.: SCOGNAMIGLIO, R. *Teoría general del contrato*. Reimpresión. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 355-356.

77 En este sentido, Costanza, con respecto a esta norma y, siguiendo a la jurisprudencia italiana, ha señalado que: “*Il carattere facoltativo della siffida implica che al creditore, il quale non si sia avvalso di questo strumento, rimane sempre aperto l’accesso alla risoluzione ex art. 1453 c.c. (Cass. 132/82). La dichiarazione di diffida, salvo l’obbligo della forma scritta, non deve essere redatta con formule sacramentali, bastando che il diffidente esprima chiaramente la sua volontà (Cass. 276/81)*” (COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 835).

78 Cfr.: SCOGNAMIGLIO, R. *Teoría general del contrato*. Reimpresión. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 356-358.

79 Sánchez-Medal Urquiza agrega otras dos formas de resolución en el Derecho italiano, a saber: (a) la que deriva de la cláusula resolutoria expresa; (b) la resolución que tiene lugar cuando vence el término esencial (artículo 1.457 del *Codice Civile*). Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. México: Porrúa, 1979, p. 28.

80 Al respecto, *vid.*: *Ibidem*, p. 26.

81 Cfr.: *Ibidem*, p. 98.

82 Cfr.: *Ibidem*, p. 27.

definitiva el juez el encargado de constatar que la resolución ha operado.<sup>83</sup> No se elimina del todo la intervención del juez, sin embargo, se traduce en que, mientras en la resolución judicial, el reclamante es el acreedor diligente; en la extrajudicial, se identifica con el deudor incumplidor.<sup>84</sup> La doctrina italiana agrega, como se vio, otras dos formas de resolución por incumplimiento: la que opera cuando se cumple una cláusula resolutoria expresa<sup>85</sup> y la que deriva del cumplimiento del término esencial.<sup>86</sup> Con relación a la resolución por el cumplimiento del término esencial, podemos indicar que esta institución, conocida en el Derecho alemán (§ 361 del *BGB*)<sup>87</sup> y suizo (artículo 108 del Código federal suizo de las obligaciones),<sup>88</sup> que en Italia se regula en el artículo 1.457 del *Codice Civile*,<sup>89</sup> supone una importancia práctica indudable. La doctrina mercantilista italiana ha otorgado algunos ejemplos en que la ley establece que la prestación debe ser ejecutada dentro

...

<sup>83</sup> Cfr.: *Ibidem*, p. 27.

<sup>84</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 39.

<sup>85</sup> Al respecto, *vid.*: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 373 y ss.

<sup>86</sup> Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit., p. 41; CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 86. *Vid.* también: TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, T. II. Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones “mortiscausa”. Donaciones, p. 214.

<sup>87</sup> El § 361 del *BGB*, dispone que: “Si en un contrato bilateral está estipulado que la prestación de una parte debe ser realizada exactamente en un tiempo prefijado o dentro de un plazo preestablecido, en la duda ha de entenderse que la otra parte debe estar autorizada a la resolución si la prestación no se realiza en el tiempo determinado o dentro del plazo fijado” (Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 43).

<sup>88</sup> Por su parte, el artículo 108 del Código Federal Suizo de las Obligaciones, dispone que: “La fijación de un plazo no es necesario: 1.º Cuando resulta de la actitud del deudor que esta medida sería sin efecto. 2.º Cuando, por consecuencia de la demora del deudor, la ejecución de la obligación ha resultado sin utilidad para el acreedor. 3.º Cuando en los términos del contrato la ejecución debe tener lugar exactamente en un término fijado o en un plazo determinado” (cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 48).

<sup>89</sup> El artículo 1.457 del *Codice Civile*, que se titula “*Término esencial para una de las partes*”, dispone que: “Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución” (cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 37).

de un cierto plazo.<sup>90</sup> Además, cuando se fija un plazo esencial subjetivo, éste se establece en el interés de ambos contratantes, siendo su subjetivo, expresa o implícitamente acordada en el negocio, conforme a la buena fe.<sup>91</sup> Lo anterior tiene importancia, por cuanto la autonomía de la voluntad sustrae del ámbito de competencia de la jurisdicción, la discusión en torno al carácter de esencialidad del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuestión que ya está resuelta en el contrato.<sup>92</sup> El término esencial<sup>93</sup> supone siempre que, una vez transcurrido el plazo, la prestación se considera inútil para el acreedor.<sup>94</sup> Ahora bien, el término esencial, si bien no forma parte esencial del contrato, pues, éste subsiste sin aquél, puede en ciertos casos llegar a constituir un elemento de la esencia del negocio, *v. gr.*, en los contratos a plazo de títulos de crédito (artículo 1.531 del *Codice civile*),<sup>95</sup> ya que en este caso, la prestación se hace imposible, salvo que se cumpla con observancia del plazo.<sup>96</sup> Frente al plazo esencial subjetivo, aparece el objetivo, también llamado esencialidad objetiva<sup>97</sup>

...

90 En este sentido, se debe señalar que la esencialidad del término solo puede operar en los contratos sinagmáticos o bilaterales (cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 84-85).

91 Cfr.: *Ibidem*, p. 83.

92 Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 1-3.

93 Con relación al término esencial, Trimarchi señala lo siguiente: “*Ir termine per l’adempimento viene detto essenziale nelle ipotesi in cui la prestazione sarebbe inutile per il creditore se eseguita dopo la scadenza. La volontà contrattuale delle parti può attribuire carattere di essenzialità al termine; inoltre, anche in mancanza di una pattuizione in tal senso, l’essenzialità del termine può argomentarsi dalle circostanze oggettive del contratto*” (TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 375).

94 Cfr.: MOSCO, *op. cit.*, p. 5. En este sentido, la doctrina italiana ha desarrollado ampliamente la idea de que el término esencial es aquel que, de incumplirse, se pierde la satisfacción del interés del acreedor (cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 79).

95 El artículo 1.531 (“*Interessi, dividendo e diritto di voto*”) del *Codice Civile* dispone que: “*Nella vendita a termine di titoli di crédito, gli interessi e i dividendo esigibili dopo la conclusione del contratto e prima della scadenza del termine, se riscossi dal venditore, sono accreditati al compratore. Qualora la vendita abbia per oggetto titoli azionari, il diritto di voto spetta al venditore fino al momento della consegna*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1765).

96 Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 76.

97 En este sentido, Costanza señala que: “*L’essenzialità richiesta dall’art. 1457 è indipendente dall’accidentalità, o meno, del termine. Essa si riferisce esclusivamente all’importanza che la modalità temporale prevista per l’esecuzione della prestazione assume nell’economia dell’affare. In particolare, per valutare l’essenzialità del termine*

o inutilidad objetiva,<sup>98</sup> que según la doctrina existe “[...] en todos aquellos casos en que la inmediata disminución de la utilidad de la prestación tardía, depende de la naturaleza de la propia prestación”.<sup>99</sup> En este sentido, los autores italianos han señalado que, también en el caso del término esencial objetivo, el plazo depende de la voluntad de las partes, pues la naturaleza de la prestación integra la esfera de su *facta concludentia*, aun cuando depende de estados fácticos diversos.<sup>100</sup> Por último, es interesante señalar que, para Trimarchi, estos dos últimos casos junto con la resolución unilateral se enmarcan dentro de la llamada “resolución de derecho” (*risoluzione di diritto*). La resolución de derecho tiene lugar en tres casos: (i) cuando existe una *clausula espressa*; (ii) cuando estamos frente a un *termine essenziale*;<sup>101</sup> y (iii) cuando existe una *diffida ad adempiere*,<sup>102</sup> esto es, cuando notificado el deudor de la resolución, vence el plazo fijado por el acreedor, la obligación todavía no es satisfecha por el deudor (resolución unilateral o por notificación).<sup>103</sup>

6. Los artículos 1.456 y 1.457 del Codice contemplan dos formas especiales de resolución: el artículo 1.456 del Codice Civile<sup>104</sup> establece que los contratantes pueden acordar expresamente

...

*fissato per l'adempimento di una delle parti contrattuali, occorre far riferimento non solo alla volontà delle parti (Cass. 845/83; Natoli 1947, 225), ma anche alla natura dell'affare e all'oggettivo interesse del creditore a ricevere entro un certo giorno la prestazione (Cass. 1441/70)* (COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 842).

<sup>98</sup> Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 89.

<sup>99</sup> MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 5.

<sup>100</sup> Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit., p. 89.

<sup>101</sup> Con relación al plazo esencial, Trabucchi señala que: “En este caso la resolución opera ‘de derecho’, siempre que el interesado no declare dentro de los tres días siguientes que desea exigir la prestación (art. 1457)” (TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, T. II. Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones “mortiscausa”. Donaciones, p. 214 y ss. Cfr.: PROTO, M. *Termine essenziale e adempimento tardivo*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 12 y ss.).

<sup>102</sup> PAGLIANTINI, D. S. *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*. *Persona e Mercato*, v. 3, 2015. Disponible en <[www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf](http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf)> [Fecha de la consulta 26 de septiembre de 2016], p. 86-102.

<sup>103</sup> Cfr.: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 377.

<sup>104</sup> El artículo 1.456 (“*Clausola risolutiva espressa*”), apartado 1º, del Codice Civile, dispone que: “*I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia*

que el contrato se resolverá cuando no se cumple una cierta obligación de la forma prevista.<sup>105</sup> En este evento, el artículo 1.456, apartado 2º, del *Codice Civile* dispone que la resolución se producirá cuando la parte interesada declara a la contraparte su deseo de valerse de la cláusula resolutoria.<sup>106</sup> Por su parte, el artículo 1.457 del *Codice Civile* se refiere al incumplimiento al vencimiento de un plazo esencial, puesto en el interés de la contraparte.<sup>107</sup> En este caso, el incumplimiento se reputa definitivo desde que se cumple el plazo acordado. El juez debe establecer si el término establecido es o no esencial, conforme a la voluntad de las partes o a la naturaleza y objeto de la relación jurídica. Ahora bien, el artículo 1.457 del *Codice*<sup>108</sup> autoriza al contratante interesado a exigir el cumplimiento, aun cuando haya expirado el plazo esencial.<sup>109</sup> En este sentido San Miguel Pradera señala que:

Curiosamente, doctrina y jurisprudencia continúan respetando la distinción que se hacía antes de la promulgación del Código civil de 1942 entre el término esencial objetivo (relacionado con la naturaleza y el objeto del contrato) y el término esencial subjetivo (relacionado con la voluntad manifestada por las partes, bien de forma

...

*adempiuta secondo le modalità stabilite*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1662. Vid. también: COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 838 y ss.).

105 En palabras de Mosco: “[Esta forma de resolución] constituye el más completo y eficaz de los medios de resolución contractual, ya que atribuye a una de las partes contratantes, de la manera más absoluta, la facultad de instar la resolución del contrato. [...]” (MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 1).

106 El artículo 1.456, apartado 2º, del *Codice Civile*, dispone que: “*In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all’altra che intende valersi della clausola risolutiva*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1662).

107 El artículo 1.457 (“*Termine essenziale per una delle parti*”) del *Codice Civile* dispone que: “*Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell’interesse dell’altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l’esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darle notizia all’altra parte entro tre giorni. In mancanza, il contratto s’intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione*” (cfr.: *ibidem*, p. 1663).

108 Al respecto, *vid.*: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 375.

109 Cfr.: SCOGNAMIGLIO, R. *Teoría general del contrato*. Reimpresión. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 359-362.

expresa o implícita). Aunque la mayoría de la doctrina sostiene que el artículo 1457 CC italiano acoge ambos tipos de término, no faltan autores que defienden que los casos de término esencial objetivo constituyen supuestos de imposibilidad de la prestación que no se rigen por lo dispuesto en el artículo 1457 CC italiano.<sup>110</sup>

7. *El efecto retroactivo.* El artículo 1.458 del *Codice Civile* fija el efecto retroactivo<sup>111</sup> que produce la resolución entre los contratantes, sin lesionar los derechos de terceros adquirentes,<sup>112</sup> aun cuando se haya estipulado otra cosa distinta.<sup>113</sup> Así lo confirma Álvarez Vigaray.<sup>114</sup> En este sentido Santoro-Passarelli ha señalado que las condiciones producen sus consecuencias con efecto retroactivo, toda vez que el acaecimiento del hecho futuro e incierto del que dependen implica la eficacia o no del negocio desde el instante en que éste fue celebrado.<sup>115</sup> El efecto retroactivo de las condiciones, particularmente a propósito de las resolutorias, significa que, una vez verificada la resolución del contrato, se debe

...

110 SAN MIGUEL PRADERA, L. P. *La resolución extrajudicial: modelos de Derecho comparado y evolución del Derecho español*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2003, p. 245.

111 Al respecto, *vid.*: GIROLAMI, G. *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*. *Rivista di Diritto civile*. Anno LV, n° 2 marzo-aprile, C. Massimo Bianca, Francesco D. Busnelli, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giovanni Gabrielli, Antonio Gambaro, Natalino Irti, Giorgio Oppo, Andrea Proto Pisani, Pietro Rescigno, Rodolfo Sacco, Vincenzo Scalisi, Piero Schlesinger, Paolo Spada y Vincenzo Varano. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009, p. 181-225.

112 En este sentido, Costanza señala lo siguiente: “*La sentenza con la quale viene pronunciata la risoluzione del contratto ha natura costitutiva [...], ma i suoi effetti relativamente alle parti, salvo che per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, retroagiscono al momento della conclusione del contratto*” (COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV, p. 844).

113 El artículo 1.458 (“*Effetti della risoluzione*”) del *Codice Civile* dispone que: “*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l’effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1665).

114 Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 42.

115 En este sentido, Santoro-Passarelli señala que: “*La condizione, sospensiva o risolutoria, è retroattiva, come si spiegherà meglio in seguito, prechè dal fatto che l’autonomia privata abbia subordinato ad un avvenimento l’efficacia o l’inefficacia del negozio non è dato argomentare che la stessa abbia inteso far decorrere l’efficacia o ine-*

proceder a la restitución de las prestaciones realizadas en virtud del contrato condicional, salvo que se trate de prestaciones periódicas emanadas de contratos de ejecución sucesiva. Las prestaciones realizadas hasta el instante del acaecimiento de la condición no se repiten, a menos que se encuentre firme la obligación de la contraparte.<sup>116</sup> En este sentido, el artículo 1.360, apartado 2º, del *Codice Civile* dispone que: “*Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l’avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite*”.<sup>117</sup> Por último, en caso de no acaecer la condición, el contrato y las obligaciones que de él emanan, se consideran definitivamente eficaces.<sup>118</sup>

8. En el caso de la terminación de los contratos de tracto sucesivo, la doctrina italiana señala que el *Codice Civile* la disciplina en las siguientes normas: (a) a la resolución por incumplimiento, sea o no imputable al deudor, en los contratos plurilaterales en general,<sup>119</sup> se refieren los artículos 1.459<sup>120</sup> y 1.466<sup>121</sup> del *Codice Civile*. Así tanto el incumplimiento contractual como la imposibilidad de la prestación no afectan al vínculo de los demás contratantes, sino que sus efectos actúan únicamente sobre el vínculo de aquella parte incumplidora o que se ve afectada por una imposibilidad de cumplimiento, salvo que la permanencia

...

*ficacia dal momento in cui l’avvenimento segua: poichè l’autonomia è in linea di principio immediatamente operativa, la limitazione nel tempo non può ammettersi, dove la retroattività sia possibile, senza una distinta modalità negoziale, esplicita o implicita*” (SANTORO-PASSARELLI, F. *Dottrine generali del Diritto civile*. 9. ed. Napoli: Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002, p. 197).

116 Cfr.: BIANCA, C. M. *Derecho civil. 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 581 y 582.

117 Cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1534.

118 Cfr.: BIANCA, C. M. *Derecho civil. 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 582.

119 En este sentido, *vid.*: VILLA, G. *Inadempimento e contratto plurilaterale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 52 y 53.

120 El artículo 1.459 (“*Risoluzione nel contratto plurilaterale*”) del *Codice Civile* dispone lo siguiente: “*Nei contratti indicati dall’articolo 1420 l’inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale*” (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1667).

121 Por su parte, el artículo 1.466 (“*Impossibilità nel contratto plurilaterale*”) del *Codice Civile* reitera lo dicho por el artículo 1459 del mismo cuerpo normativo: “*Nei contratti indicati dall’articolo 1420 l’inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale*” (cfr.: *Ibidem*, p. 1674).

de este contratante en la relación contractual sea esencial en el consentimiento de las otras partes, considerando su naturaleza, objeto y contenido de la prestación que esta parte debía ejecutar, conforme a lo establecido en el contrato; (b) el artículo 2.286<sup>122</sup> del *Codice Civile* regula la resolución por incumplimiento a propósito del contrato de sociedad.<sup>123</sup>

9. En cuanto al ejercicio de la acción de resolución contractual, en Italia, se han presentado ciertos problemas en la legitimación activa de la acción resolutoria. En este sentido, puede ocurrir que estemos frente a un sujeto plural, originaria o derivativamente. En esta hipótesis, si todos los titulares del derecho de crédito se ponen de acuerdo para demandar conjuntamente la resolución, no existe problema alguno. Sin embargo, en caso de no existir acuerdo entre ellos, habrá que determinar si las obligaciones tienen o no el carácter de divisible. Si las prestaciones son divisibles, cada acreedor puede solicitar el cumplimiento forzado de su cuota en la deuda o la resolución de la misma, según lo estime conveniente. Pero, cuando se trata de obligaciones indivisibles, sea desde el punto de vista activo o pasivo, no es posible que algunos de los acreedores soliciten la ejecución forzada de la deuda y otros la resolución del contrato. La doctrina, en este caso, aplica por analogía lo dispuesto en el artículo 1.320 del *Codice Civile* que dispone:

Si uno de los acreedores ha condonado la deuda o consentido en recibir otra prestación en lugar de la debida, el deudor no queda por ello liberado para con los restantes acreedores. Éstos, sin embargo, no pueden pedir la prestación indivisible sino quedando deudores o bien reembolsando el valor de la parte del que ha hecho la remisión o ha recibido la prestación diferente.<sup>124</sup>

...

122 Por último, el artículo 2.286 (“*Esclusione*”) del *Codice Civile* dispone lo siguiente: “*L’esclusione di un socio può aver luogo per gravi inadempienza delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale, nonché per l’interdizione, l’inabilitazione del socio o per la sua condanna ad una pena che importa l’interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici. Il socio che ha conferito nella società la propria opera o il godimento di una cosa può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l’opera conferita o per il perimento della cosa dovuto a causa non imputabile agli amministratori. Parimenti può essere escluso il socio che si è obbligato con il conferimento a trasferire la proprietà di una cosa, se questa è perita prima che la proprietà sia acquistata alla società*” (cfr.: *Ibidem*, p. 2614).

123 Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 337.

124 El artículo 1.320 (“*Estinzione parziale*”) del *Codice Civile* dispone lo siguiente: “*Se uno dei creditori ha fatto remissione del debito o ha consentito a ricevere un’altra prestazione in luogo di quella dovuta, il debitore non è line indivisibile se non addebitandosi ovvero rimborsando il valore della parte di colui che ha fatto la remissione o che ha ricevuto la prestazione diversa. La medesima disposizione si applica in caso di transazione, novazione, compensazione e confusione*” (cfr.: BUONCRISTIANO, op. cit., p. 1411).

De lo anterior, se colige que se deben distinguir tres hipótesis: (a) en el caso de que la prestación indivisible, sea la que debe el sujeto pasivo, uno de los acreedores puede pedir el cumplimiento, para que en caso de ser posible obtenga aquella parte del crédito resuelto a instancia de cualquiera de otros acreedores; (b) cuando la prestación indivisible ha sido cumplida, un solo acreedor puede demandar la resolución, siempre que le pague indemnización de perjuicios al deudor que ha resarcido a otro de los acreedores que optó por el cumplimiento; y (c) si la indivisibilidad afecta a la prestación del sujeto pasivo, y uno de los acreedores pide el cumplimiento forzado de la obligación y no la indemnización por daños y perjuicios, el otro acreedor solamente podrá reclamar la resolución, con la condición de restituir la prestación parcial ejecutada por el deudor, en caso de ser posible.<sup>125</sup> Por su parte, y en cuanto a la legitimación pasiva de la acción resolutoria, en caso que el deudor esté conformado por un sujeto plural, habrá que distinguir entre las prestaciones divisibles (la resolución se podrá solicitar por la cuota o parte en la deuda); y en las indivisibles se aplican las reglas precedentes enunciadas a propósito de la legitimación activa.<sup>126</sup>

10. *Con relación a los efectos que produce la resolución del contrato*, es necesario distinguir entre: (a) Efectos entre los contratantes. En este caso, la resolución elimina totalmente la justificación de las prestaciones contractuales, y, por ello, las partes se deben proceder a restituir mutuamente aquello que hubieren recibido en virtud del contrato. Una vez producida la resolución, ésta opera, según la ley, con efecto retroactivo. Con todo, existen algunas dudas acerca de este efecto, pues las consecuencias que se derivan para el contratante incumplidor (indemnización de daños y perjuicios), en caso de que éste haya incurrido en culpa o dolo, se apoyan, precisamente, en la existencia del vínculo contractual. Se dice que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que el contrato comienza a producir sus efectos, y no al instante en que éste fue celebrado, como usualmente se cree. En definitiva, verificada la facultad resolutoria tácita, se presume que ésta opera con efecto retroactivo, salvo que la intención de las partes dictamine otra cosa distinta.<sup>127</sup> (b) Efectos con respecto a terceros. En el caso de que sea declarada la resolución del contrato, los efectos de ésta no alcanzan a los derechos legítimamente adquiridos por terceros, es

...

<sup>125</sup> Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 3-4.

<sup>126</sup> Cfr.: *ibidem*, p. 5.

<sup>127</sup> Cfr.: GIORGI, J. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. Traducción de la Redacción General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una Introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier. Reimpresión de la Segunda Edición. Madrid: Reus, 1977, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), p. 387.

decir, la resolución les es inoponible. Lo importante es que el tercero haya adquirido el derecho sobre la cosa objeto de la relación jurídica resuelta, antes de que el juez haya declarado la resolución del primer contrato, o bien, antes de que se haya entablado la pretensión resolutoria (artículos 1.458, apartado 2º, y 111, apartado 4º, del *Codice Civile*).<sup>128</sup> La ley protege los derechos de los terceros sin indagar si tenían o no conocimiento de la existencia de la condición resolutoria que limitaba a la relación jurídica precedente.<sup>129</sup> Con relación a esta última solución, el legislador procede con un criterio, al parecer, puramente pragmático, ya que intenta evitar que se lesionen los derechos de terceros, a través de la reivindicación que el anterior dueño pudiere pretender, una vez cumplida la condición resolutoria. En este caso, se debe indicar que algunas legislaciones – sobre este punto – hacen alusión a la buena fe, es decir, si el tercero adquirente conocía la existencia de la condición resolutoria, entonces se encuentra de mala fe, y, por tanto, debe repetir el bien recibido. Pienso que la solución anterior se condice con este recurso, porque la buena fe se presume, toda vez que equivale a la situación normal, corriente u ordinaria. Además, los terceros están a cubierto de los efectos de la resolución, cuando se trata de derechos sobre bienes inmuebles u otros derechos inscribibles en un registro público, pues en este caso, le es inoponible por expreso mandato del artículo 2.652, n° 1, del *Codice Civile* italiano.<sup>130</sup> En síntesis, en relación a los efectos de la resolución con respecto a terceros, en Italia, se ha dicho que por regla general la resolución no afecta los derechos de terceros, salvo ciertas excepciones.<sup>131</sup> En relación al artículo 1.458 del *Codice Civile*, éste plantea que se

...

<sup>128</sup> El artículo 1.458 (*“Effetti della risoluzione”*), apartado 2º, del *Codice Civile* dispone que: *“La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione”*. Por su parte, el artículo 111 (*“Celebrazione per procura”*), apartado 4º, del *Codice Civile*, dispone que: *“La procura deve essere fatta per atto pubblico, i militari e le persone al seguito delle forze armate, in tempo di guerra, possono farla nelle forme speciali ad essi consentite. In matrimonio non può essere celebrato quando sono trascorsi centottanta giorni da quello in cui la procura è stata rilasciata”* (cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1665 y 139, respectivamente).

<sup>129</sup> Cfr.: TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 375-376.

<sup>130</sup> El artículo 2.652 (*“Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizioni rispetto ai terzi”*), n° 1, del *Codice Civile*, dispone que: *“Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell’articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti: 1) le domande di risoluzione dei contratti e quelle indicate dal secondo comma dell’articolo 648 e dall’ultimo comma dell’articolo 793, le domande di rescissione, le domande di revocazione delle donazioni, nonché quelle indicate dall’articolo 524. Le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda [...]”* (cfr.: BUONCRISTIANO, op. cit., p. 3011).

<sup>131</sup> Cfr.: MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962, p. 17-18.

debe hacer una distinción para determinar con precisión los efectos de la resolución declarada: (i) tratándose de los contratos de ejecución inmediata, la resolución destruye el derecho real que tiene el adquirente y, por tanto, éste debe restituir la especie que recibió en virtud del contrato resuelto; (ii) en el caso de las obligaciones de ejecución continua o periódica, hay que hacer un nuevo distingo: (a) cuando las obligaciones nacidas de estos contratos, la resolución opera con efecto liberatorio; (b) las obligaciones ya cumplidas dan derecho a solicitar la repetición de lo que se hubiere dado o pagado en razón de ellas. Así, si la obligación tenía por objeto una especie o cuerpo cierto, ésta se deberá restituir; mas, si se trataba de una especie genérica, se cumplirá esta obligación de restitución, entregando otras tantas del mismo género y calidad. En caso de que el deudor hubiere enajenado la cosa a un tercero, la resolución opera con efecto automático, es decir, el dueño original recupera inmediatamente la propiedad de la especie de que se trate.<sup>132</sup>

#### 4 JUICIO CRÍTICO AL SISTEMA ITALIANO, A PROPÓSITO DEL DERECHO DE OPCIÓN

De lo dicho precedentemente, algunos aspectos merecen ser destacados del sistema italiano de resolución, con el fin de que éstos puedan servir de modelo, en una eventual legislación civil europea. En primer lugar, destaca el hecho de que la doctrina italiana, siguiendo a la tendencia general de la doctrina europea, con el fin de determinar cuando existe incumplimiento de una obligación recíproca, recurre a un criterio puramente objetivo, es decir, se atiende únicamente al efectivo incumplimiento, con prescindencia de la actitud de los contratantes. La antigua doctrina italiana exigía culpa o dolo de parte del contratante incumplidor como requisito de la acción resolutoria.<sup>133</sup> Ésta es la opinión de Messineo.<sup>134</sup> Con

...

La primera de estas normas, en parte ya citada en la nota 124 (artículo 1458, párrafo 2º, del *Codice Civile*) dispone que: “La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica a los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución” (cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009, p. 37). Vid. el artículo 2.652 (“*Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizioni rispetto ai terzi*”) del *Codice Civile*. Cfr.: BUONCRISTIANO, M. et al. *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 3011-3012.

<sup>132</sup> Cfr.: CASELLA, G. *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2001, p. 209-212.

<sup>133</sup> Cfr.: NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A. *Derecho de obligaciones y contratos*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 155 y ss.

<sup>134</sup> MESSINEO, F. *Doctrina general del contrato*. Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Notas de Derecho argentino por Vittorio Neppi. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, t. II, p. 343.

todo, si bien la doctrina moderna tiende a pronunciarse por un sistema objetivo, en el cual no se tome en cuenta la conducta particular del contratante incumplidor (dolo o culpa de parte de éste), considero que dicho comportamiento sí debe ser tenido en consideración por el juez. La resolución del contrato por incumplimiento presenta un fuerte carácter ético que debe ser evaluado por el tribunal. Sobre este punto, creo que debe existir una notable diferencia entre la conducta maliciosa o culpable, por una parte, y el comportamiento inimputable, por otra parte. El Derecho civil debe calificar de distinta forma esas conductas, y así lo reflejan muchas de sus instituciones, *v. gr.*, en la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

En segundo lugar, el sistema italiano recepciona los modernos postulados de la doctrina comparada, en lo que atinge al establecimiento de la resolución extrajudicial, cuestión que, en Francia, aun se discute.

## CONCLUSIÓN

Dentro del proceso de unificación, armonización y reforma al Derecho europeo de las obligaciones, particularmente en lo que atinge al derecho de opción del acreedor, en el incumplimiento contractual, destaca el trabajo de la doctrina y jurisprudencia italianas. Ajeno a las disputas, el Derecho italiano ha sabido, en mi opinión, incorporar elementos foráneos (algunos provenientes de la tradición del *common law*), ajustándolos a su idiosincrasia, prescindiendo del yugo de la exégesis, quizás, por un cierto homenaje a la praxis de los juristas romanos. Creo que el Derecho italiano constituye un modelo que debe ser tenido en cuenta, toda vez que, sin renunciar a los principios que le otorgan sustento, ha logrado incorporar de buena forma, novísimas instituciones del Derecho civil moderno.

Es interesante, asimismo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana utilicen abiertamente ciertos principios que, formando parte del ordenamiento jurídico, tienen una relevancia incluso superior, según mi opinión, a las normas del Derecho escrito. Es decir, la tradición exégeta de algunos sistemas jurídicos se ve fuertemente atenuada en el ordenamiento italiano.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4. ed. Granada: Comares, 2009.

ÁLVAREZ VIGARAY, R. y DE AYMERICH DE RENTERÍA, R. *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*. Granada: Comares, 1989.

ANSUINI, S. *Presupposizione e rinegoziazione del contratto*. Tesi. Roma: Università degli Studi, 2011.

BARBERO, D. *Sistema del Diritto privato italiano*. Obligazioni e contratti, successioni per causa di morte. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962, vol. Secondo.

BELLI, G. Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta. *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 216-220.

BIANCA, C. M. *Derecho civil. 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BRUGI, B. *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*. Traducción de Jaime Simo Bofarull. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.

BUONCRISTIANO, M.; CIRILLO, G. P.; CIFFARO, V. y ROSELLI, F. (Coords.). *Codice Civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Montecorvo, 1979.

CASTILLA BAREA, M. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001.

CODICE CIVILE. Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. CHIAVES – dott.sa V. VIRZÌ, sotto la supervisione del prof. P. G. MONARETTI e la consulenza di *Web editing* del dott. F.G. PIZZETTI. Disponibile en <<http://www.jus.unitn.it/>> [Fecha de la consulta: 3 de septiembre de 2013], 2000.

CÓDIGO CIVIL JAPONÉS. Estudio preliminar. Traducción y notas de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi. Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS. 12. ed. anotado y actualizado por Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COSTANZA, M. Artt. 1453-1462. In: CENDON, Paolo (Direct.). *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1173-1654. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, vol. IV.

DELLACASA, M. Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza. *Danno e Responsabilità*, n° 3. 2008, p. 261-277.

GABRIELLI, E. *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

\_\_\_\_\_. *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*. Testo della conferenza tenuta a San Paolo il 29 marzo 2012 nella Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. Disponibile en <[www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf](http://www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf)> [Consultada el 22 de septiembre de 2016].

GALGANO, F. (dir.). Contratto e impresa. *Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, anno XXIV, n° 1, gennaio-febbraio 2008, CEDAM, 2008, p. 11-32.

\_\_\_\_\_. *Il contratto*. Verona: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.

GIORGI, J. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. Traducción de la Redacción General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una Introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier. Reimpresión de la Segunda Edición. Madrid: Reus, S. A., 1997. Vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos).

GIROLAMI, G. Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi. *Rivista di Diritto civile*. Anno LV, n° 2 marzo-aprile, C. Massimo Bianca, Francesco D. Busnelli, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giovanni Gabrielli, Antonio Gambaro, Natalino Irti, Giorgio Oppo, Andrea Proto Pisani, Pietro Rescigno, Rodolfo Sacco, Vincenzo Scalisi, Piero Schlesinger, Paolo Spada y Vincenzo Varano. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009, p. 181-225.

MESSINEO, F. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Notas de Derecho argentino por Vittorio Neppi. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, t. II.

MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*. Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo. Barcelona: Nereo, 1962.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A. *Derecho de obligaciones y contratos*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, S. A., 2013.

PAGLIANTINI, D. S. Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi. *Persona e Mercato*, v. 3, 2015. Disponibile en <[www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf](http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf)> [Fecha de la consulta 26 de septiembre de 2016], p. 86-102.

PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V. I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze. In: VIOLA, Luigi (Coord.). *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*. Introduzione di Massimo Franzoni. Milano: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 391-439.

PROTO, M. *Termine essenziale e adempimento tardivo*. Milano: Giuffrè, 2004.

PUTTI, P. M. Capitolo XXXIII. La risoluzione. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro; y ZOPPINI, Andrea (Coords.). *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1133-1174. Vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale.

ROPPO, V. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2011.

SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. México: Porrúa, 1979.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P. *La resolución extrajudicial: modelos de Derecho comparado y evolución del Derecho español*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2003.

SANTORO-PASSARELLI, F. *Dottrine generali del Diritto civile*. 9. ed. Napoli: Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002.

SCOGNAMIGLIO, R. *Teoría general del contrato*. Reimpresión. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, 1991.

TAMAYO CARMONA, J. A. *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la 15. ed. italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. T. II. Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones “*mortiscausa*”. Donaciones.

TRIMARCHI, P. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto privato*, 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996.

VAN OMMESLAGHE, P. *Droit des obligations*. Bruxelles: Bruylant, 2010. Tome Premier. Introduction Sources des obligations (première partie).

VILLA, G. *Inadempimento e contratto plurilaterale*. Milano: Giuffrè, 1999.

VILLANACI, G. Interessi e sopravvenienze contrattuali. *Persona e Mercato*, v. 3, p. 59-65, 2015. Disponible en <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/12/Villanacci.pdf>> [Fecha de la consulta 18 de septiembre de 2016].

*José Maximiliano Rivera Restrepo*

INICIÓ SUS ESTUDIOS EN EL INSTITUTO NACIONAL Y EN LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y HUMANIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. ABOGADO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE Y MAGÍSTER EN DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO PRIVADO POR LA UNIVERSIDAD DE CHILE. MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO POR LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. DOCTOR EN DERECHO CIVIL POR LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. NOTARIO PÚBLICO, CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES, DE COMERCIO, MINAS Y ARCHIVO JUDICIAL SUPLENTE DE TOCOPILLA. PROFESOR DE JORNADA DE DERECHO CIVIL EN LA UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL.

*jose.rivera@ugm.cl*