

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Mantilla Espinosa, Fabricio; Terner Barrios, Francisco
LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO
Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 5, diciembre, 2005, pp. 43-71
Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838862002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO *

Fabrizio Mantilla Espinosa **

Francisco Ternera Barrios ***

RESUMEN

En este artículo, los autores emprenden el análisis de las normas jurídicas sobre la resolución de los contratos por incumplimiento que ha interpretado la jurisprudencia colombiana partiendo de los textos del *Código Civil* y del *Código de Comercio*. Así, mediante la metodología del Derecho Comparado, “La resolución de los contratos en el derecho colombiano” se proponen identificar las principales confusiones teóricas y desacuerdos de aplicación práctica que se han presentado en el vecino país, en torno a este importante tema. Este análisis resulta siempre de interés para el jurista chileno, deseoso de adentrarse en el estudio del Derecho Privado en los países latinoamericanos que adoptaron el *Código* de Bello.

43

ABSTRACT

In this article the authors carry out the analysis of the juridical norms of resolution of contracts by default that Colombian jurisprudence has interpreted starting from the texts of the *Civil Code* and *Commerce Code*. So, by means of the methodology of comparative law, “The resolution of the contracts in the Colombian Law” proposes to identify the main theoretical confusions and disagreements of practical enforcement that have appeared in this neighbouring country around this important issue. This analysis is always interesting for the Chilean jurist that wishes to immerse himself in the study of the private law within the countries that adopted the Bello *Code*.

* Todas las citas de textos en francés son traducciones libres de los autores.

** Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia). DEA en Derecho Privado General (París II).

*** Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia). DEA en Derecho Privado General (París II).

INTRODUCCIÓN

En el *Código Civil* colombiano, ampliamente inspirado en el *Código* de Bello, el artículo 1.546¹, consagra el régimen general de la resolución de los contratos, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 1.489 del *Código Civil* chileno²; en dicha disposición se establece que los contratos bilaterales pueden resolverse, en caso de incumplimiento, por uno de los contratantes³.

Ahora bien, antes de comenzar con nuestro análisis de la norma, es importante que hagamos un par de precisiones terminológicas respecto de lo que entendemos por “contrato”, por “contratos bilaterales” y por “resolver”⁴.

La palabra ‘contrato’ la utilizamos para referirnos a una “institución jurídica” regulada mediante normas *institutivas, consecualistas y de extinción*⁵. Las *normas institutivas* determinan las condiciones de existencia del contrato: el acuerdo de voluntades aparente entre dos o más personas para crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos (arts. 1.495 C.C. col y 864 C.Co. col. y 1.438 C.C. ch.). Las *normas consecualistas* establecen los distintos vínculos jurídicos que implica la existencia del contrato: derechos de crédito, obligaciones, potestades, sujeciones, etc.⁶. Y, finalmente, *las normas de extinción* determinan las formas de terminación de los ejemplos de la *institución* llamada “contrato” y, por ende, de los vínculos jurídicos que aquella implica. En este orden de ideas, cuando hablamos de “extin-

¹ Art. 1.546: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

² Tanto el texto chileno como el colombiano se encuentran ubicados en el libro cuarto del *Código Civil*, consagrado a la teoría general de los contratos; lo cual significa que, en principio, le es aplicable a todas las convenciones, salvo que, en los regímenes particulares se consagren excepciones específicas.

³ De forma similar, el artículo 870 del *Código de Comercio* dispone: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios”.

Es importante resaltar que de las diferencias de redacción que existen entre las dos disposiciones legales, la jurisprudencia colombiana no parece haber interpretado ninguna diferencia sustancial.

⁴ “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”, WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica, 1988, p. 61, proposición 43.

⁵ “El término ‘instituciones del derecho’, [...] debe ser entendido como el término que designa aquellos conceptos jurídicos que son regulados por conjuntos de normas institutivas, consecualistas y de extinción, y que viven durante un lapso de tiempo, a partir del acaecimiento de un acto o de un evento institutivo hasta que se presente un acto o un evento extintivo. Hago una distinción entre institución propiamente dicha (contrato, *trust*, etc.) y los ejemplos de la institución (*un* contrato, *un trust*, etc...)”. MACCORMICK, Neil *et* WEINBERGER, Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Bruxelles / Paris, Ed. Story Scientia / LGDJ, 1992, p. 56.

⁶ *Vide* HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Editorial Fontamara, Colección BÉFDP, 1997.

ción del contrato”, nos referimos, exclusivamente, a **normas jurídicas extintivas**, es decir, aquellas disposiciones que establecen las condiciones en que **un** contrato dejará de existir y de producir efectos jurídicos.

Por “contratos bilaterales” entendemos aquellas convenciones cuyas **normas consecualistas** establecen obligaciones recíprocas en cabeza de las partes (arts. 1.496 C.C. col. y 1.439 C.C. ch.)⁷.

En el significado de la palabra ‘resolución’, que constituye el principal tema de análisis de este ensayo, nos detendremos un poco más, y trataremos de determinar de forma más o menos precisa qué queremos expresar al decir que un contrato se “resuelve”⁸. Una de las múltiples acepciones de esta palabra, en el lenguaje ordinario, es ‘deshacer’, ‘destruir’⁹; pero, en el lenguaje particular del Derecho Civil colombiano, ¿qué se entiende por “destruir un contrato” vía **resolución**? Un contrato, en principio, no es una entidad material, como un automóvil y, por ende, no se destruye como se destruyen los automóviles. Un contrato es un **hecho institucional**, creado mediante convención social¹⁰, y estructurado a través de normas jurídicas¹¹. Así, pues, un contrato se resuelve cuando se le da aplicación a la **norma jurídica extintiva de resolución**. Pero, ¿esto qué implica?, en otras palabras, ¿cuáles son los efectos de la resolución de los contratos?

La aplicación de la norma jurídica de resolución implica la extinción del contrato y de los vínculos jurídicos que éste conlleva; pero con una particularidad bien importante: **la retroactividad**. En efecto, a la resolución se le suele reconocer¹², al igual que a la nulidad (arts. 1.746 C.C. col. y 1.687 C.C. ch.), efectos retroactivos, es decir, que, en virtud de su declaratoria, las partes deberán proceder a las restituciones mutuas, **como si** no hubiera existido convención. Esto es lo que se conoce con el nombre de **ficción jurídica**¹³. No se puede negar que antes de la resolución existía el ejemplo concreto de la **institución** “contrato”,

⁷ Art. 1.496 C.C. El contrato es **unilateral** cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y **bilateral**, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Consúltese al respecto SERIAUX, Alain, **La notion de contrat synallagmatique**. In *Mélanges Ghestin*, Paris, Ed. LGDJ, 2001, pp. 777- 788.

⁸ Un estudio más completo y detallado sobre la resolución de los contratos por incumplimiento, en TERNERA BARRIOS, FRANCISCO, **Los derechos reales y personales**, Bogotá, Ediciones Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2005, p. 245 y ss.

⁹ Vide REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Diccionario de la lengua española**, Madrid, 2001, t. I, p. 1.958.

¹⁰ Vide SEARLE, John, **Mente, lenguaje y sociedad**, Madrid, Editorial Alianza / Ensayo, 2001, p. 103 y ss. y SEARLE, John, **La construcción de la realidad social**, Barcelona, Editorial Paidós Básica, 1997.

¹¹ “Buena parte de la dificultad, en lo que atañe a la terminología jurídica, se origina en el hecho de que muchas de nuestras palabras sólo eran aplicables originariamente a cosas físicas; de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente, figurativo o ficticio”, HOHFELD (n. 6), p. 36.

¹² Vide, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 18 de agosto de 1987 M.P. Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLXXXVIII, N° 2.423, pp. 107 a 116.

¹³ “[...] [L]as ficciones legales son recursos empleados para extender ciertas consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron originalmente previstas. La

empero, el legislador autoriza a actuar “como si nunca lo hubiera habido” y, de lo anterior, deduce que las partes deben quedar en el mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido **el** contrato resuelto¹⁴. La **ficción** consiste en suponer que nunca existió un contrato que, evidentemente, sí existió antes de la aplicación de la norma de resolución, y los efectos jurídicos que se desprenden de la **ficción** son clarísimos: dejar los patrimonios de las partes en el estado en el que se encontrarían si no hubiese habido convención.

Sin embargo, en ciertas hipótesis no es viable aplicar los efectos retroactivos de la resolución, como en el caso de ciertos contratos de tracto sucesivo en los cuales al menos una de las partes no podría proceder a las restituciones correspondientes –por ejemplo, en la hipótesis de la resolución de un contrato de arrendamiento–. En este supuesto, obviamente, no proceden tales restituciones. En estas hipótesis la **norma extintiva** no implica la **ficción** que permite la retroactividad, y se entiende que las obligaciones ejecutadas con anterioridad a la terminación correspondieron al cumplimiento de un contrato que sólo se extinguió en el momento de su resolución¹⁵. Al respecto, consideramos importante hacer una pequeña precisión terminológica: parte de la doctrina, principalmente francesa¹⁶, se sirve del vocablo ‘résiliation’ para designar la resolución del contrato cuando opera sin efectos retroactivos. No obstante, en el Derecho colombiano hay que tener especial cuidado con esta palabra, pues en la jurisprudencia se suele utilizar este mismo término para referirse a la extinción del contrato por consentimiento mutuo (arts. 1.602 y 1.625 C.C. y 1.545 y 1.567 C.C. ch.)¹⁷, lo cual, eventualmente, podría generar problemas interpretativos debidos a la **ambigüedad**¹⁸.

función básica de las ficciones es establecer que, en ciertos casos, determinadas cuestiones deben ser tratadas, mediante asimilación, según las reglas previstas para otras cuestiones”. MENDONÇA, Daniel, “Estudio preliminar”, en, KELSEN, Hans; FULLER, Lon y ROSS, Alf, **Ficciones jurídicas**, México, Editorial Fontamara, Colección BÉFDP, 2003, p. 17.

Sobre las ficciones jurídicas, recomendamos consultar: PERELMAN, Chaïm **et** FORIERS, Paul, **Les présomptions et les fictions en droit**. Travaux du centre national de recherches de logiques, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1974.

¹⁴ C.S.J. Cas. Civ. (n. 12).

¹⁵ Vide LARROUMET, Christian, **Les obligations. Le contrat**, Paris, Ed. Economica, 2003, pp. 817-820.

¹⁶ **Op. cit.**, pp. 612- 615. Sin embargo, otro sector de la doctrina se sirve también de la misma palabra para referirse tanto a la facultad excepcional de terminación unilateral de un contrato, sin que haya mediado incumplimiento, como a la terminación por mutuo acuerdo. Vide MAZEAUD, M M. **et** CHABAS, François, **Leçons de Droit Civil. Obligations**, Paris, Ed. Montchrestien, 1991, pp. 855-863 y MALAURIE, Philippe **et** AYNÈS, Laurent, **Droit civil. Obligations**, Paris, Ed. Cujas, 1998, pp. 435-438.

¹⁷ Vide C.S.J. Cas. Civil. 9 de febrero de 2004, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente N° 7577 y C.S.J. Cas. Civ. 05 de noviembre de 1979 M.P. Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLIX, N° 2400, pp. 314 y 315. Al respecto, consúltese también: CANOSA TORRADO, Fernando, **La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso**, Bogotá, Editorial Doctrina y Ley Ltda., 2005, pp. 70-72.

¹⁸ “No es cierto que todas las palabras son usadas, en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades. Si uno de mis hijos me pregunta: ‘¿Qué quiere decir ‘radio’?’, no tengo más

La resolución de un contrato, y sus efectos retroactivos, en principio, afectan también a terceros. Expliquémoslo mediante un ejemplo sencillo: Alejandro e Ignacio celebran un contrato de compraventa, en virtud del cual el primero se obliga a transferirle al segundo la propiedad de la cosa X, y el segundo, a su vez, se compromete a pagarle un precio por ésta. Alejandro, muy juiciosamente, cumple con su obligación, pero Ignacio incumple la suya. Alejandro consigue que el contrato se extinga mediante la aplicación de la norma de resolución. Como ya lo vimos, esto implica la *ficción* que consiste en considerar que nunca hubo contrato entre las partes. Así las cosas, Ignacio tendría en su poder una cosa que pertenece a Alejandro –quien nunca se la transfirió en ejecución de ninguna obligación contractual– y, por ende, éste podría exigirle su restitución. Ahora, invitemos a nuestra historia a un nuevo personaje, el famoso tercero: Alberto. Cuando Alejandro le exige a Ignacio la restitución, éste le informa que antes de la resolución del contrato él la había transferido a Alberto. Si continuáramos con el desarrollo lógico de la aplicación de los efectos retroactivos de la resolución deberíamos decir: se entiende, en virtud de la resolución, que el contrato entre Alejandro e Ignacio nunca existió y, por consiguiente, Alejandro nunca realizó la transferencia de dominio en ejecución de ninguna obligación contractual. Y si Ignacio nunca fue dueño de la cosa X, nunca pudo haberla transferido a Alberto. Por lo tanto Alberto se encontraría en posesión de una cosa que le pertenece a Alejandro, quien bien podría reivindicarla¹⁹.

Vemos cómo nos encontramos frente a dos intereses contrapuestos que, en principio, parecen ambos dignos de protección: el de Alejandro, de recuperar la cosa por la cual nunca le pagaron, y el de Alberto, de conservar la cosa que adquirió de manos de quien, en cierto momento fue su dueño. Ante este dilema, el legislador decidió optar por una vía intermedia: en unas hipótesis protege los intereses de Alejandro y en otras los de Alberto. En ciertos casos, se sigue con el principio de la retroactividad y, por ende, Alberto debe restituirle la cosa cuya propiedad nunca adquirió²⁰. En otros, si el juez infiere que Alber-

47

remedio que contestarle con otra pregunta: ‘¿En qué frase u oración?’. Porque en algunas significará algo así como ‘aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noticias’; en otras ‘metal descubierto por los esposos Curie’; en otras ‘la mitad del diámetro’; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicamos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad. [...] [E]l significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y la situación humana dentro de la que son usadas. Claro está que el contexto y la situación, en la generalidad de los casos, disipan toda posibilidad de confusión. [...] Los problemas de este tipo son analizados y estudiados bajo el rótulo de ‘ambigüedad de los lenguajes naturales’”. CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994, pp. 28-29.

¹⁹ En nuestro ejemplo dejamos de lado las relaciones contractuales entre Ignacio y Alberto, en donde se presentaría un incumplimiento del primero frente al segundo, ya que no pudo transferirle el dominio de la cosa X.

²⁰ C.S.J. Cas. Civ. (n. 12).

to fue adquirente de *buena fe* exenta de culpa, entraría a operar otra *ficción jurídica* que dispondría que adquirió la propiedad de la cosa X de manos de Ignacio *como si* éste hubiese sido dueño; y, dentro de esta perspectiva, Alejandro no podría reivindicarla, e Ignacio estaría obligado a restituirle su equivalente en dinero. Esta solución es aplicable tanto en el caso de bienes muebles (arts. 1.547 C.C. col. y 1.490 C.C. ch.), como en el caso de inmuebles (arts. 1.548 C.C. col. y 1.491 C.C. ch.)²¹, siempre dentro de los parámetros impuestos por el artículo 955 del *Código Civil* colombiano (art. 898 C.C. ch.)²².

Después de haber hecho estas precisiones preliminares sobre la resolución, podemos emprender un breve análisis concerniente a su naturaleza jurídica (i) y a la aplicación de la norma que la consagra (ii).

I. LA NATURALEZA JURÍDICA

Es importante precisar que, mediante la ambigua expresión “naturaleza jurídica”²³, no pretendemos hacer referencia a una supuesta “esencia”, a un significado real e innato de las normas estudiadas –lo cual no creemos que exista–. Nuestro único objetivo, en esta primera parte del ensayo, es tratar de precisar las diferencias y los *parecidos de familia*²⁴ que existen entre la resolución y algunas otras instituciones jurídicas (A), para luego entrar a analizar la posibilidad de explicar las normas extintivas de resolución mediante una sola teoría general (B).

A

Como lo vimos anteriormente, la norma de resolución del contrato permite su extinción cuando se presenta la inejecución de una obligación contractual. Dicho de otro modo, la resolución sanciona una vicisitud que se presenta en el período de ejecución de la convención. Esta precisión es fundamental para establecer nuestra primera diferenciación.

²¹ C.S.J. Cas. Civ. 28 de julio de 1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. cxxxv, Nos. 2.330, 2.331 y 2.332, pp. 69-70.

²² En este mismo sentido de protección a terceros de buena fe se encuentran orientados los artículos 947 inc. 2, 1931 inc. 2 (derogado y sustituido por la ley 45 de 1930 arts. 1 y 2) y 1.940 del *Código Civil* colombiano y los artículos 890 inc. 2 y 1.882 del *Código Civil* chileno.

²³ Sobre los distintos sentidos atribuidos a la expresión “naturaleza jurídica” recomendamos consultar: CARRIÓ (n. 18), pp. 101-103.

²⁴ “[...] Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a *todas*, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc., [...]”. WITTGENSTEIN (n. 4), pp. 87 y 89.

i). La resolución frente a la nulidad (arts. 1.740 a 1.756 C.C. col., 899 y 900 C. Co. col. y 1681 a 1697 C.C. ch.)

La nulidad del contrato permite su **extinción** en términos muy similares a los de la resolución²⁵. En efecto, si un contrato no cumple con las condiciones establecidas, principalmente, en el artículo 1.502 del **Código Civil** colombiano (art. 1.445 C.C. ch.), el sujeto normativo²⁶ puede solicitar al juez que declare su nulidad, lo cual implica su “destrucción” con **efectos retroactivos**, de forma análoga a lo establecido para la resolución.

Vemos cómo las similitudes entre la nulidad y la resolución parecen limitarse a sus consecuencias jurídicas: extinción del contrato con efectos retroactivos. Sin embargo, en las hipótesis de nulidad por ausencia de objeto (arts. 1.517 y 1.518 C.C. col. y 1.460 y 1.461 C.C. ch.) y por ausencia de causa (arts. 1.524 incs. 1 y 3 y C.C. col. y 1.467 incs. 1 y 3 C.C. ch.) estos **parecidos de familia** se extienden también a ciertas condiciones de aplicación de las normas. Expliquémoslo más claramente: los artículos 1.517 y 1.518 del **Código Civil** colombiano exigen que un contrato, en su período de formación, tenga un objeto existente o que se espera que exista, bajo ciertas condiciones. En el caso contrario, la otra parte puede demandar la nulidad del contrato por falta de objeto. Sirvámonos de un ejemplo: Fabricio y Francisco celebran un contrato de franquicia en virtud del cual el primero, entre otras cosas, se obliga frente al segundo a permitirle la utilización de su nombre comercial “Empanadas Araucanas de Fabricio” y de su receta secreta de **Empanadas de Pino**. Empero, Fabricio nunca ha explotado ningún nombre comercial, ni tiene la menor idea sobre la preparación de empanadas. Por consiguiente, esto no puede ser considerado un verdadero **Know How**, susceptible de ser licenciado mediante contrato de franquicia. Así las cosas, la obligación de Fabricio se hallaría desprovista de objeto y, por ende, Francisco podría solicitar la nulidad del contrato. Pero,

49

²⁵ Es importante hacer una precisión terminológica: el legislador parece denominar dicha **norma extintiva**, nulidad y rescisión (por ejemplo, en los arts. 1.348, 1.682 inc. 3 y 1.691 C.C. ch.); sin embargo, el vocablo ‘rescisión’ es muy ambiguo, y puede prestarse para confusiones, ya que el **Código Civil** parece atribuirle distintos significados que no siempre coinciden con aquél que nosotros retuvimos de la palabra ‘nulidad’. Así, por ejemplo, se sirve del vocablo ‘rescisión’: en el supuesto de la presunción de muerte por desaparecimiento, para hacer referencia a la invalidación del decreto de posesión definitiva en el caso de reaparecimiento (arts. 93 y 94 C.C. ch.); en la hipótesis específica de la extinción del contrato de compraventa por lesión enorme (arts. 1.888 a 1.896 C.C. ch.) y, lo que resulta aún más ambiguo, en algunas disposiciones el legislador utiliza ‘rescisión’ como sinónimo de ‘resolución’ (art. 1.489 C.C. ch.) (ejemplo: arts. 1.852, 1.860, 1.932, 1.978 y 2.271 C.C. ch.). Así las cosas, en aras de la claridad, nosotros preferimos no utilizar el vocablo ‘rescisión’ y servirnos, exclusivamente, de las palabras ‘nulidad’ y ‘resolución’.

²⁶ El otro contratante en caso de nulidad relativa (arts. 1.743 C.C. col. y 1.684 C.C. ch.) o el mismo juez de oficio, o cualquier interesado en caso de nulidad absoluta (arts. 1.742 C.C. col. y 1.683 C.C. ch.).

además, la obligación de este último, de pagar un precio, se encontraría desprovista de causa. En efecto, Francisco se comprometió a pagar por un **Know How**, la causa de su obligación es el objeto de la obligación de contratante, y si éste no existe, su obligación también se hallará desprovista de causa. En este orden de ideas, dicho contrato podría anularse tanto por falta de objeto –de la obligación de Fabricio– como por falta de causa –de la obligación de Francisco–²⁷.

La hipótesis de la resolución es similar. Un contrato se puede resolver cuando una de las partes incumple su obligación; lo cual implicaría, en principio, que el objeto de la obligación incumplida sí hubiera existido en el momento de la formación de la convención, pero que, en el período de ejecución, se hubiera dejado insatisfecho a su acreedor, debido al incumplimiento²⁸. En este orden de ideas, y expresándolo en términos muy simples, podemos afirmar que la nulidad por falta de objeto –y por falta de causa– implica una insatisfacción del acreedor, que se manifiesta desde el período de formación del contrato; mientras que la resolución operaría por una insatisfacción del acreedor, que se presenta en el período de ejecución.

Sin embargo, esta división entre el período de formación y el de ejecución de los contratos no es tan evidente, no podemos pretender trazarla con un bisturí. Existen límites imprecisos, difusos, que nos hacen dudar sobre el hecho de que una situación corresponda a uno o al otro período de la convención o, incluso, respecto de ciertas situaciones que bien podrían corresponder a ambos²⁹. “Por ejemplo, si una persona se obliga a cumplir con una prestación, que, desde el momento mismo del acuerdo de voluntades, no estaba en medida de cumplir, el acreedor de esta prestación puede, ya sea obtener la nulidad del contrato [...], por ausencia de causa de su propia obligación al momento de la celebración del contrato, ya sea obtener la resolución del contrato, [...], por la inejecución de las obligaciones de la otra parte”³⁰.

²⁷ Vide LARROUMET (n. 15), p. 546.

²⁸ “Un agente en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa si, y sólo si, **puede hacer** esta cosa, pero de hecho **no la hace**”. Georg Henrik VON WRIGHT, *Norma y acción*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979, p. 62.

²⁹ “Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. [...] Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (“La palabra ‘vehículo’, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”). Herbert L.A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, pp. 157 y 158.

³⁰ LARROUMET (n. 15), pp. 464- 465.

ii). La redacción misma del artículo 1.546 del *Código Civil* colombiano (art. 1.489 C.C. ch.) puede conducir a graves confusiones.

En efecto, dicho texto denomina la resolución del contrato “condición resolutoria”, lo cual, a primera vista, podría dar a entender que ésta es una variedad de la “condición resolutoria de la obligación” (arts. 1.536 C.C. col. y 1.479 C. C. ch.)³¹. Sin embargo, entre la “resolución” y la “condición resolutoria” existen, por lo menos, dos grandes diferencias: en primer lugar, la resolución es una *norma de extinción* de la *institución* denominada contrato, y la condición resolutoria se refiere a la extinción de una obligación contractual (arts. 1.625 N° 9 C.C. col. y 1.567 N° 9 C.C. ch.), lo cual no implica, necesariamente, la terminación de la convención. Y, en segundo lugar, la resolución obedece a la estructura obligacional misma del contrato, opera cuando se presenta un hecho específico *interno*: el incumplimiento de una obligación contractual; mientras que la condición resolutoria opera por el acaecimiento de un hecho *externo* al contrato³², hecho a cuya ocurrencia las partes decidieron sujetar la existencia de la obligación³³. En nuestra opinión, las similitudes que existen entre la resolución y la condición resolutoria, principalmente en lo que respecta a sus efectos retroactivos, no son suficientes para pretender explicar las dos normas mediante una única abstracción³⁴.

iii). Distinción de la resolución de las normas de indemnización de perjuicios contractuales –*responsabilidad contractual*–

El hecho de que los mismos textos que consagran la resolución (arts. 1.546 C.C. col., 870 C.Co. col. y 1.489 C.C. ch.) hagan referencia expresa a la posibilidad de pedir indemnización de perjuicios, no implica que la resolución del contrato y la responsabilidad contractual sean lo mismo. En efecto, la resolución es una norma que permite al contratante que no ha incumplido extinguir el contrato cuando la otra parte ha incurrido en un *incumplimiento grave*. Ahora, la resolución, al igual que la nulidad, tiene *efectos retroactivos*, es decir, que, una

³¹ *Vide* en este sentido: C.S.J. Cas. Civ. (n. 21), p. 67.

³² Así, por ejemplo, las partes pueden establecer como condición resolutoria (art. 1.479 C.C. ch.) de una obligación cualquiera, nacida de un contrato de suministro, un eventual cambio en las condiciones del mercado o, incluso, el matrimonio de una persona determinada.

³³ Consúltese, en el mismo sentido LARROUMET (n. 15), pp. 799-801.

³⁴ “Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente –salvo los casos de mera homonimia– que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a la misma cosa”. CARRIÓ (n. 18), p. 94.

vez terminado el contrato, las partes deben proceder a las restituciones mutuas de forma tal que queden en el mismo estado en que estarían si la convención nunca se hubiese celebrado³⁵. Mientras que la expresión “responsabilidad contractual” se refiere a la norma que establece la obligación de reparar un daño causado a una parte en un contrato, por la inejecución de una obligación contractual en cabeza de su contratante. Así las cosas, no sólo puede haber responsabilidad contractual sin resolución y resolución sin responsabilidad sino que, además, las restituciones mutuas, consecuencia de la resolución, no corresponden a la noción de daño. La existencia de un perjuicio sufrido por el acreedor insatisfecho no es una condición de la resolución³⁶. Adicionalmente, vale la pena aclarar que el incumplimiento, condición de la resolución, es muy distinta a la culpa, condición de la responsabilidad civil, en el supuesto de un incumplimiento de obligaciones de medios. En efecto, el incumplimiento es una noción objetiva: el no haber realizado la conducta prescrita por el contrato; lo cual no implica, necesariamente, una culpa. Mientras que la culpa tiene una connotación subjetiva: el haber procedido de forma negligente o imprudente, actuando de manera distinta de como lo hubiese hecho un sujeto hipotético, colocado en las mismas circunstancias del contratante. En este orden de ideas, la palabra ‘culpa’ es utilizada para **expresar** una desaprobación, un reproche de una conducta específica, lo cual depende de una **forma de vida**³⁷ particular de una sociedad determinada. La culpa implica, entonces, un **juicio de valor**³⁸.

B

Cierta doctrina³⁹ ha tratado de explicar la resolución de los contratos mediante la teoría general de la **causa de la obligación**. Veamos, brevemente, en qué con-

³⁵ Consúltese al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 19 de octubre de 1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 01/2000 pp. 8 a 10.

³⁶ **Vide** por ejemplo, los artículos 1.984 inc. 2 del **Código Civil** (art. 1.925 C.C. ch.) y 973 del **Código de Comercio**. Asimismo, LARROUMET (n. 15), pp. 808 a 810.

³⁷ “Verdadero y falso es lo que los hombres **dicen**, y los hombres concuerdan en el **lenguaje**. Ésta no es una concordancia de opiniones sino de forma de vida”, WITTGENSTEIN (n. 4), p. 217, proposición 241.

³⁸ **Vide** MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, “La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en revista **Actualidad Jurídica**, N° 11, Concepción / Santiago, Universidad del Desarrollo, 2005, pp. 213-230.

Para profundizar al respecto, **vide** HARE, Richard Mervyn, **El lenguaje de la moral**, México, Ed. UNAM, 1975; HARE, Richard Mervyn, **Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas**, Barcelona, Editorial Ariel Filosofía, 1999, pp. 115-159; HART, Herbert L.A., **El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In Derecho y moral. Contribuciones a su análisis**, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1962, pp. 1-64.

³⁹ CAPITANT, Henri, **De la cause des obligations**, Paris, Ed. Dalloz, 1927, pp. 195-358 y LARROUMET (n. 15), pp. 799-826.

siste su razonamiento: en materia de contratos, la palabra ‘causa’ es utilizada para designar dos nociones distintas, la primera, la “causa de la obligación”, es decir, aquellos móviles que normalmente se presentan en todos los contratos pertenecientes a una misma categoría; en los contratos a título gratuito, la intención liberal; en los contratos a título oneroso (art. 1.440 C.C. ch.), la existencia de una contrapartida, la cual será el objeto de la obligación del otro contratante en los contratos bilaterales y, en el supuesto de los contratos unilaterales (art. 1.439 C.C. ch.), una contrapartida exterior –y generalmente anterior– al contrato, si el contrato es consensual o si el contrato es real (art. 1.443 C.C. ch.), la entrega material de la cosa. Sin embargo, estos motivos no son analizados como móviles particulares, circunstanciados y subjetivos de los contratantes, sino como categorías generales, objetivas y preterminadas iguales para todos los contratos particulares pertenecientes a una misma categoría. “[...] [L]a causa de la obligación es una noción abstracta que no varía de acuerdo ni con la personalidad, ni con vaivenes de la voluntad de los contratantes, sino que depende de la calificación del contrato celebrado”⁴⁰.

Y la segunda, la “causa del contrato”, es decir, aquellos motivos particulares de los contratantes—los cuales pueden variar de un contrato a otro hasta el infinito— que son susceptibles de control en un caso bien determinado: cuando estos móviles sean ilícitos o inmorales, es decir, cuando estén prohibidos por la ley o contraríen el orden público o las buenas costumbres.

Vemos cómo el artículo 1.524 del *Código Civil* colombiano (art. 1467 C.C. ch.) parece consagrar tanto la “causa de la obligación”, en sus incisos primero y tercero (al exigir la existencia de una causa, así no se haya expresado en el contrato), como la “causa del contrato”, en sus incisos primero y segundo (al exigir su conformidad con el orden público y las buenas costumbres).

Ahora bien, en los contratos bilaterales, la noción de “causa de la obligación” se manifestaría a través de diferentes normas jurídicas, tanto en el período de formación como en el de ejecución de la convención⁴¹. En este orden de ideas, esta interdependencia, este equilibrio entre las obligaciones de las partes, sería protegido mediante las acciones de nulidad y de rescisión por lesión enorme, durante el período de formación, y por la excepción de contrato no cumplido y la resolución, durante el período de ejecución.

Tratemos de recrear la situación, dentro de esta óptica, con nuestro ejemplo inicial: Alejandro se obligó para con Ignacio a entregarle la cosa X, porque

⁴⁰ MAZEAUD, Denis, “La cause”, in *Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, p. 455.

⁴¹ “Vista desde un ángulo funcional, la causa de la obligación establece un mínimo de equidad en el contrato, concretamente, en los contratos bilaterales, los cuales constituyen su campo de elección, ya que ésta protege a cada contratante frente a un compromiso adquirido, ya sea en el evento de ausencia total de contrapartida, ya sea en el caso de que exista una contrapartida aparente o meramente ilusoria”, MAZEAUD (n. 40), p. 456.

éste, a su vez, se comprometió a pagarle el precio; si Ignacio no le paga a Alejandro la obligación de este último se encontraría desprovista de causa y, por consiguiente, podría solicitar la resolución del contrato⁴².

Además, para poder sostener que el incumplimiento de la obligación de un contrato trajo como consecuencia el privar de causa a la obligación de la otra parte, dicho incumplimiento debe poderse considerar como grave⁴³. ‘Grave’ es una palabra vaga⁴⁴ que le permite gran libertad al juez en el momento de determinar su aplicación para cada caso específico⁴⁵; sin embargo, no debemos perder de vista que la gravedad del incumplimiento debe siempre analizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada contrato. En este orden de ideas, la Corte Suprema colombiana sostiene:

“[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él consintió, etcétera”⁴⁶.

⁴² Nuestro tribunal supremo, en varias sentencias, parece servirse de este mismo razonamiento para explicar la resolución. *Vide* por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. (n. 17), pp. 306-316., C.S.J. Cas. Civ. 12 de agosto de 1974 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. N°s 2378-2389, pp. 199-206, y C.S.J. Cas. Civ. 17 de abril de 1954 M.P. Eduardo Rodríguez Piñeres. G.J., t. LXVII, N° 2140, pp. 363-364.

⁴³ Si bien en el artículo 1.546 el *Código Civil* colombiano (art. 1467 C.C. ch.) no se hace referencia a la “gravedad” del incumplimiento, en regímenes particulares como el del arrendamiento (arts. 1.984 C.C. col. y 1.926 C.C. ch), la compraventa (arts. 1.909, 1.911, 1.915 y 1.925 C.C. col. y 1.852, 1.854 y 1.858 C.C. ch.) y el suministro (art. 973 C.Co. col.) el legislador sí lo exige expresamente.

⁴⁴ “Ya sabemos lo que quiere decir ‘joven’ o ‘calvo’. No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. [...] El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc. [...] Para aludir a este fenómeno se habla de la ‘vaguedad de los lenguajes naturales’”. CARRIÓ (n. 18), pp. 31-32.

⁴⁵ “Los lenguajes naturales contienen palabras *vagas*. [...] [E]l uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión”, CARRIÓ (n. 18), p. 137.

⁴⁶ C.S.J. Cas. Civ. 11 de septiembre de 1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J., t. 176, número 2415, p. 237.

De acuerdo con la posición del máximo tribunal colombiano, la **gravedad del incumplimiento** no puede analizarse de forma absoluta, sino para cada caso en concreto, determinando las circunstancias específicas que para la situación en cuestión lleven a determinar que la inejecución, efectivamente, frustró las expectativas del acreedor insatisfecho. Sostener que una clase de incumplimiento es **grave** para todos los casos y en todas las hipótesis no sería más que un sinsentido⁴⁷.

Es precisamente en este orden de ideas que está orientada la norma que regula la resolución del contrato de suministro (art. 973 inc. 1 C.Co. col.)⁴⁸:

“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”.

Vemos cómo la alusión a la interdependencia de las obligaciones –mediante la noción de causa de la obligación–, en principio, parecería servir de explicación teórica general de la norma de resolución; pero, ¿hasta qué punto esta explicación es suficiente? En otras palabras, ¿la referencia a la causa de la obligación nos permite siempre justificar la existencia de la norma resolutoria? Y, lo que es aún más importante, ¿es ésta realmente necesaria?

55

Con el fin de responder a estas interrogantes, debemos analizar dos grandes objeciones que, en principio, se le podrían formular a dicha teoría:

- i) “no todos los contratos bilaterales consagran la posibilidad de extinción mediante la norma de resolución”
- ii) “algunos contratos que no son bilaterales pueden **resolverse** en los mismos términos”.

⁴⁷ “[...] En lugar de decir: ‘Esta es la carretera correcta hacia Granchester’, podría decirse perfectamente: ‘Esta es la carretera correcta que debes tomar si quieres llegar a Granchester en el menor tiempo posible’. [...] La carretera correcta es aquella que conduce a una meta arbitrariamente determinada, y a todos nos parece claro que carece de sentido hablar de carretera correcta independientemente de un motivo predeterminado. Veamos ahora lo que posiblemente queremos decir con la expresión ‘la carretera absolutamente correcta’. Creo que sería aquella que, al verla, **todo el mundo** debería tomar por **necesidad lógica**, o avergonzarse de no hacerlo. Del mismo modo, el bien absoluto, si es un estado de cosas describable, sería aquel que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, realizaría **necesariamente** o se sentiría culpable de no hacerlo. En mi opinión, tal estado de cosas es una quimera”, WITTGENSTEIN, Ludwig, **Conferencia sobre ética**, Barcelona, Ed. Paidós, 1990, pp. 36-38.

⁴⁸ En este mismo sentido parece estar orientado el artículo 73 de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería de 1980.

i) “No todos los contratos bilaterales pueden resolverse”

En efecto, en el contrato de renta vitalicia⁴⁹ el artículo 2.294 del **Código Civil** colombiano (art. 2.271 C.C. ch.), en caso de incumplimiento del deudor de la renta, excluye expresamente la posibilidad de que el acreedor opte por la resolución del contrato. Respecto de esta disposición analizaremos brevemente, en primer término, su validez como argumento en contra de la teoría general de la resolución basada en la causa y, en segundo término, su pertinencia como excepción.

En primer término, afirmar que el hecho de que, a manera de excepción, no se permita la resolución en la renta vitalicia desvirtúa la teoría general de la resolución basada en la interdependencia entre las obligaciones de las partes es, por decir lo menos, bastante exagerado. En efecto, la gran mayoría –si no son todas– de las normas jurídicas generales no son universales⁵⁰, es decir, se aplican a todos los casos salvo ciertas excepciones que el legislador establece por diferentes motivos; así, por ejemplo, el artículo 947 del **Código Civil** colombiano (art. 890 C.C. ch.), en su inciso primero, dispone que todos los bienes muebles pueden reivindicarse, y en su inciso segundo exceptúa a aquellos que fueron adquiridos en feria, tienda o almacén; el artículo 874 inciso segundo del **Código de Comercio** colombiano establece que las obligaciones contraídas en divisas se cubrirán en moneda colombiana, salvo si la ley, a manera de excepción, permite, para ciertos casos, que se haga en moneda extranjera, como sucede en materia de hidrocarburos, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 9 de 17 de enero de 1991 artículo 16.

La gran diversidad y complejidad de las situaciones sociales reguladas por las normas jurídicas suelen exigir la consagración de excepciones a las reglas generales, lo cual no implica, en principio, la inexistencia de la regla general.

En segundo término, dichas excepciones, establecidas por el legislador, obedecen a razones de diferente índole: proteger al tercero adquirente de buena fe –en el caso de la reivindicación de muebles–, estimular la inversión extranjera en materia de hidrocarburos –en el caso del pago en divisas– o tratar de proteger el

⁴⁹ Art. 2.287. La **constitución de renta vitalicia** es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una **renta** o **pensión** periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos [2] personas o de un tercero.

Sobre la renta vitalicia, **vide** BÉNABENT, Alain, **Droit civil. Les contrats spéciaux**, Paris, Ed. Montchrestien, 1997, pp. 555-566.

⁵⁰ “La generalidad es lo opuesto a la especificidad y consiste en una cuestión de grado. La universalidad se opone, en cambio, a la particularidad y no consiste en una cuestión de grado. Las dos prescripciones ‘Uno no debería decir nunca mentiras’ y ‘Uno no debería decir nunca mentiras a los compañeros de trabajo’ son ambas igualmente universales en el sentido de que **cualquier** acto que caiga bajo la descripción de ‘mentiras’ o ‘mentiras a los compañeros de trabajo’ [...] queda prohibido por la prescripción correspondiente. Pero la primera es mucho más general, mucho menos explícita que la segunda”, HARE (n. 38), p. 106.

azar propio del contrato de renta vitalicia –en el caso de la exclusión de la resolución–. Ahora bien, en la hipótesis de la renta vitalicia, la pregunta es: ¿resulta pertinente dicha excepción a la regla general? En otras palabras, ¿es digno de protección el azar del contrato de renta vitalicia? Y si esto es así, ¿la exclusión de la resolución es un mecanismo efectivo para alcanzar este fin?⁵¹.

Tratemos de responder a estas interrogantes sin adentrarnos demasiado en juicios de valor. En principio, la protección del azar propio de dicho contrato parece bastante justificable (art. 1.441 C.C. ch.). En efecto, si una persona se obliga a pagar a otra una renta como contrapartida de una prestación que recibió, y si la contingencia de ganancia o pérdida consiste en la incertidumbre respecto del tiempo en que pagará dicha renta –durante la vida de una persona–, mal podríamos permitirle al deudor de la renta que, mediante el incumplimiento premeditado y calculado, consiga la resolución del contrato; en el momento en que se percate de que continuar con el pago implicará un costo superior al beneficio que recibió como contraprestación⁵². Sin embargo, la exclusión de la resolución no parece ser el mecanismo idóneo para conseguir este fin. Expliquémoslo de forma concisa: no es cierto que mediante su incumplimiento el deudor de la renta consiga resolver el contrato y, de esta manera, excluir la contingencia de ganancia o pérdida. Y esto por una razón simple: el único que puede solicitar la resolución es el acreedor insatisfecho, de él depende si opta por ésta o por la ejecución forzosa (arts. 1.489 inc. 2 y 1.553 C.C. ch.). Así, la prohibición de la resolución no está privando al deudor de ninguna prerrogativa que tuviera para extinguir el contrato, en caso de concretarse la contingencia de pérdida.

Esta primera objeción no sirve, entonces, ni para controvertir el campo de aplicación general de la norma resolutoria –en los contratos bilaterales–, ni mucho menos para desvirtuar su justificación a través de la interdependencia de las obligaciones, ni, tampoco, parece apoyarse en normas que efectivamente consigan los objetivos que persiguen.

ii) “no sólo los contratos bilaterales pueden *resolverse*”

A pesar de que, para determinar el campo de aplicación de la resolución, el artículo 1.546 del **Código Civil** colombiano (art. 1.489 C.C. ch.) hace referencia expresa a los contratos bilaterales, ciertas disposiciones nos pueden llevar a pensar que algunos contratos unilaterales también pueden *resolverse*. Analicemos la situación: el artículo 1.496 del **Código Civil** colombiano (art. 1.439 C.C.

⁵¹ “La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son efectivas”, CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, Editorial Fontamara, Colección BÉFDP, 1997, p. 62.

⁵² *Vide* ARLIE, Didier, *La résolution de la rente viagère*, Paris, RTD, civ., 1997, pp. 855-892.

ch.) establece que un contrato es unilateral “[...] cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna [...]”. Ahora bien, en términos muy generales, haremos referencia a dos hipótesis de contratos unilaterales: la primera: por medio de un contrato consensual a título oneroso⁵³ una sola de las partes se obliga a cumplir con una prestación que tiene por objetivo extinguir una obligación externa al contrato y, generalmente, anterior⁵⁴. La segunda: ciertos contratos reales (art. 1.443 C.C. ch.)⁵⁵, como la prenda (art. 2.386 C.C. ch.), el comodato (art. 2.174 C.C. ch.), la anticresis (art. 2.437 C.C. ch.) el depósito (art. 2.212 C.C. ch.) y el mutuo (art. 2.197 C.C. ch.), en los cuales, aun durante el período de ejecución, una de las partes no asumió obligación alguna⁵⁶.

La pregunta es: ¿en caso de incumplimiento por parte del contratante que asumió obligaciones, la otra parte sólo podrá exigir la ejecución forzosa? En principio, no parece haber ninguna razón práctica que justifique esta diferencia de régimen respecto de los contratos bilaterales. Adicionalmente, en ciertas hipótesis, la facultad del acreedor de resolver el contrato parece ser indispensable para garantizar la defensa de sus intereses económicos; por ejemplo, en el caso en que el detentor de la cosa la use sin tener derecho o le dé una destinación diferente al uso contractual; ¿no podría el depositante o el deudor prendario resolver el contrato en el supuesto en el que el depositario (art. 2.220 C.C. ch.)⁵⁷ o el acreedor prendario (art. 2.395 C.C. ch.), sin su autorización, usaran la cosa? En el contrato de comodato, para la misma hipótesis, el artículo 2.202 del *Código Civil* colombiano (art. 2.177 C.C. ch.) le confiere al comodante la facultad de recuperar inmediatamente la cosa y de exigir reparación de per-

⁵³ Dejamos fuera de nuestro análisis los contratos unilaterales a título gratuito, como las donaciones sin cargas (art. 1.386 C.C. ch.).

⁵⁴ *Vide* LARROUMET (n. 15), pp. 445-448.

⁵⁵ Sobre los contratos reales, sus orígenes romanos, su adopción por parte del *Código Civil* francés, y las críticas concernientes a la permanencia de estas estructuras arcaicas en el Derecho moderno, *vide* GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Ed. PUF, 1992, pp.153-154; CARBONNIER, Jean, “Variations sur les petits contrats”, *in Flexible droit*, Paris, Ed. LGDJ, 1998, pp. 303-307; LARROUMET (n. 15), pp. 523-529; Cour Cass. 1^{re} civ., 28 de marzo de 2000. JCP, II, 10296, Paris, 2000, pp. 753-757 y PIEDELIEVRE, Stéphane, *Vers la disparition des contrats réels?*, Paris, Dalloz, Chr., 2000, pp. 482-484.

⁵⁶ Dejamos, igualmente, por fuera de nuestro análisis aquellos contratos reales que, a pesar de haber nacido unilaterales, dieron lugar, durante el período de ejecución, a obligaciones en cabeza del contratante que, en principio, no se había obligado; por ejemplo, el caso del depósito gratuito (arts. 2.215 a 2.248 C.C. ch.) que, debido a los gastos en que incurre el depositario en la conservación de la cosa, termina generándole al depositante la obligación de reembolsar expensas (art. 2.235 C.C. ch.). Estos contratos son conocidos, en la doctrina, como “bilaterales imperfectos”.

⁵⁷ O en la hipótesis en que el depositario haya roto los sellos o forzado las cerraduras del bulto que contiene la cosa dada en depósito (arts. 2.223 y 2.224 C.C. ch.).

juicios. ¿Qué es esto si no una resolución del contrato? Ahora, siempre cabría la posibilidad de argumentar que se trata de un caso especial de “destrucción” del contrato que puede ejercer directamente el comodante, en la hipótesis del incumplimiento del comodatario, pero que no puede ser denominado “resolución”, debido a que esta última se encuentra circunscrita a los contratos bilaterales. La verdad es que si ésta es la explicación que se da de dicha disposición, estaremos hablando de la misma figura jurídica –independientemente de la palabra que se quiera utilizar para designarla–⁵⁸: **una norma que confiere a las partes la facultad de extinguir la convención si su contratante incumplió su obligación.**

En nuestra opinión, la resolución, como norma de extinción del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, no necesita referencia alguna, ni a la justicia conmutativa, ni a las categorías de contratos –bilaterales o unilaterales–, ni al equilibrio entre los vínculos obligacionales, ni a la interdependencia de las obligaciones, ni mucho menos a la abstracta y vaporosa teoría de la causa.

Creemos necesario adoptar una visión jurídica más “realista”, para así apreciar el Derecho, partiendo de las situaciones específicas que se desprenden de las relaciones socioeconómicas y de su regulación mediante normas jurídicas particulares, y no a través de abstractas teorías generales que no sirven para dar cuenta de la especificidad y variedad de la realidad social⁵⁹. Dentro de esta perspectiva, en nuestro parecer, la mera referencia al incumplimiento grave de una obligación contractual basta para justificar la resolución de los contratos.

59

⁵⁸ Sobre esta clase deseudodesacuerdo entre los juristas, *vide* CARRIÓ (n. 18), pp. 97-98.

⁵⁹ “[E]l derecho romano es todo lo contrario de un derecho lógicamente construido sobre principios *a priori*. En última instancia, éste se basa en una serie de *observaciones*, observaciones en diversos sentidos de la vida real, fuente de opiniones discordantes, que se confrontan *dialécticamente*. La obra de los juristas romanos es esencialmente realista. [...] Los *principios* de la llamada Escuela Moderna del Derecho Natural y, más tarde, aquellos de los pandectistas son opuestos a los principios de los juristas romanos. Estos romanistas pretendieron hacer del derecho romano una ‘ciencia’, un sistema de reglas fijas, siendo que aquél constituía una búsqueda, un arte. Los romanistas construyeron esta ciencia a partir del individuo, de los “derechos subjetivos” y de las libertades de las cuales, por hipótesis, gozaría el hombre en estado de naturaleza. Mientras que los Romanos tomaron de entrada lo real de las relaciones sociales. Toda la doctrina jurídica fue encerrada dentro de una red de conceptos individualistas, los cuales fueron considerados como los únicos racionales, según las enseñanzas de Kant. Se quiso someter a esto al derecho romano mismo. Y es al interior de estas categorías que éste nos es transmitido por nuestros manuales”. VILLEY, Michel, *Le Droit romain. Coll. Que sais-je?*, Paris, Ed. PUF, 1993, pp. 43, 117-118.

⁶⁰ *Vide* por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 2 de junio de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea. G.J., t. LXXXVIII, N° 2198, pp. 130-134 y C.S.J. Cas. Civ. 14 de agosto de 1951. M.P. Pedro Castillo Pineda. G.J. pp. 55-63.

II. LA APLICACIÓN DE LA NORMA

El artículo 1.546 del *Código Civil* colombiano consagra la opción que tiene el contratante insatisfecho de solicitar la resolución o la ejecución forzosa –ambas con indemnización de perjuicios–. Ahora bien, dicho texto no consagra, de forma general, una tercera posibilidad, que consistiría en demandar los meros perjuicios, de manera análoga a lo establecido por el artículo 1.610 del *Código Civil* colombiano (art. 1.553 C.C. ch.), en el caso del incumplimiento de obligaciones de hacer. Tradicionalmente, el máximo tribunal colombiano ha sostenido que la acción indemnizatoria era accesorio a las acciones de resolución y de ejecución forzosa y que, por consiguiente, no podía interponerse de forma autónoma⁶⁰. Sin embargo, en un importante fallo⁶¹, la Corte Suprema colombiana parece haber cambiado de posición al respecto. En efecto, de acuerdo con la nueva interpretación del texto legal, el artículo 1.546 del *Código Civil* serviría de norma general para demandar la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, sin que sea necesario solicitar ni la ejecución forzosa ni la resolución de la convención.

Frente al incumplimiento del deudor, dicha disposición legal consagra varias opciones que son potestativas del acreedor; al respecto, el máximo tribunal colombiano sostiene:

“[...] [C]on arreglo al esquema de la condición resolutoria tácita se consagra en Colombia el derecho potestativo y alternativo del acreedor cumplidor, a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato incumplido por su contratante, sin que medie –*ex lege*– regulación expresa en punto del derecho a variar la pretensión primigeniamente escogida, *a fortiori*, sin contemplar explícitamente requisito alguno para el ejercicio del *jus variandi* [...]. No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir en ejercicio abusivo del mismo [...]”⁶².

Además, es importante precisar que la posibilidad de resolver la convención –como potestad del acreedor contractual– se transfiere del cedente al cesionario en virtud de la cesión de créditos contractuales⁶³.

⁶¹ C.S.J. Cas. Civ. 3 de octubre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J., t. CLV, N° 2396, pp. 320-335.

⁶² C.S.J. Cas. Civ. 22 de octubre de 2003. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12, 2003 p. 2.327.

⁶³ Al igual que la excepción de inejecución –que el deudor cedido le puede interponer al cesionario-acreedor–, y que la potestad de pedir la nulidad relativa. Sobre este punto el máxi-

Aclarado lo anterior, cabe preguntarse sobre la posibilidad de excluir, mediante una cláusula del contrato, la potestad de optar por la resolución. Según cierta doctrina⁶⁴, en el momento de celebrar el contrato, las partes no pueden renunciar a pedir la resolución, ya que ésta es una mera facultad, y mientras no se produzca el incumplimiento, no nace el derecho específico y, por ende, sólo podría ser objeto de renuncia en dicho momento⁶⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, éste no es un argumento válido, puesto que el hecho de que las condiciones de existencia del derecho específico no se hayan presentado no es óbice para la renuncia previa de la facultad; así, por ejemplo, es comúnmente admitido el principio de renunciabilidad previa, mediante cláusulas limitativas o exonerativas, respecto de la responsabilidad civil, en el contrato mismo, es decir, antes de la ocurrencia del daño –el cual, en principio, consolidaría el derecho a la indemnización–⁶⁶.

Si no es debido a la imposibilidad de renuncia previa cuando el derecho no ha nacido, ¿por qué, entonces, se prohibirían dichas cláusulas respecto de la resolución? La respuesta parece simple: por la misma razón por la cual se consideran inválidas en materia de nulidad (arts. 1.526 y 1.950 C.C. col. y 1.469 y 1.892 C.C. ch.) y se restringen, mediante el control de **cláusulas abusivas**, en materia de responsabilidad civil: para proteger a un contratante de eventuales abusos por parte del otro contratante⁶⁷. Esto es lo que se conoce en doctrina como **orden público de protección**⁶⁸.

61

mo tribunal colombiano ha sido bastante claro. **Vide** por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. (n. 21), pp. 71-72; C.S.J. Cas. Civ. 26 de septiembre de 1941. M.P. Liborio Escallón. G.J. LII, pp. 402-407; C.S.J. Sala de Casación 23 de octubre de 1915. M.P. Germán Pardo. G.J. xxv, N^{os} 1278 y 1279, p. 177, y C.S.J. Sala de Casación 9 de mayo de 1914. M.P. Manuel José Angarita. G.J. xxiv, N^{os} 1215 y 1216, pp. 82-87.

Sin embargo, cierta doctrina nacional parece aún no admitir esta posición. **Vide** HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, t. I, pp. 445-447 y GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles*, 3^a ed., Bogotá, Ed. Temis, 1999, pp. 157 a 159.

⁶⁴ LARROUMET (n. 15), p. 807.

⁶⁵ Adicionalmente, como sustento para dicho argumento, se hace referencia a la invalidez de las cláusulas que excluyen la acción de nulidad (arts. 1.526 C.C. col. y 1.469 C.C. ch.) y de rescisión por lesión enorme (arts. 1.950 C.C. col. y 1.892 C.C. ch.).

⁶⁶ Al respecto, recomendamos consultar: PIZARRO WILSON, Carlos, *Étude critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, thèse pour le doctorat en droit privé, sous la direction de M. Larroumet, Université Paris II (Panthéon - Assas), 2003, inédite, p. 98 y ss. y PIZARRO WILSON, Carlos, "La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos* vol. 6, N^o 2, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 117-141.

⁶⁷ **Vide** RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 295-300.

⁶⁸ **Vide** TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Ed. Dalloz, 1996, p. 294 y ss. y FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *L'ordre public. In 1804 - 2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, pp. 473-494.

Ahora bien, en el caso de renuncia a la acción de nulidad, la prohibición parece bien justificada; ¿pero podemos decir lo mismo en el caso de la resolución? Nosotros, en principio, creemos que no, pues las hipótesis son bien distintas. En efecto, si se renunciara a la posibilidad de pedir la nulidad relativa, el contratante perdería toda acción con respecto al incumplimiento de las condiciones del artículo 1.502 del **Código Civil** colombiano (art. 1.445 C.C. ch.), mientras que la renuncia a la acción de resolución sólo implicaría la pérdida de una de las dos posibilidades del acreedor insatisfecho y, por consiguiente, restaría la otra: la ejecución forzosa (art. 1.489 C.C. ch.).

Es importante dejar en claro que no conocemos ningún fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el cual se autoricen de forma clara y expresa dichas cláusulas de renuncia⁶⁹; sin embargo, no es menos importante resaltar el hecho de que tampoco tenemos conocimiento de ninguna sentencia que las prohíba. Además, la doctrina nacional más representativa las aprueba explícitamente⁷⁰ y en la práctica, en nuestro país, son muy comunes⁷¹.

La norma resolutoria, en cuanto a su aplicación en el Derecho colombiano, tiene, por regla general, un carácter judicial (A); sin embargo, existen ciertos casos excepcionales de resolución extrajudicial (B).

A. La regla general: la resolución judicial

Los artículos 1.546 del **Código Civil** (art. 1.489 C.C. ch.) y 870 del **Código de Comercio** colombiano han sido, tradicionalmente, interpretados como los textos que consagran un régimen general de resolución, mediante declaración judicial, para

⁶⁹ Empero, en algunos fallos, la Corte deja entrever su validez, siempre y cuando la renuncia sea expresa. **Vide** por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 29 de mayo de 1942. M.P. Isaías Cepeda. G.J. LIV, N°s 1889 y 1890, pp. 120-121 y C.S.J. Cas. Civ. 16 de diciembre de 1941 M.P. Juan Martínez. G.J. xxxix, N° 1883, pp. 424-425.

⁷⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, **Teoría general del contrato y del negocio jurídico**, Bogotá, Ed. Temis, 1998, pp. 568-569 y VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, **Derecho Civil**, Bogotá, Ed. Temis, 1998, t. III De las Obligaciones, p. 133.

⁷¹ Para evitar abusos al respecto, se podría ejercer un control a través de la noción de “cláusulas abusivas”. Empero, es necesario precisar que en el Derecho colombiano, el régimen jurídico general del control de las cláusulas abusivas ha venido siendo determinado por los jueces mismos. Del análisis del estado actual de nuestro Derecho Positivo se puede concluir que, por un lado, nuestra jurisprudencia no parece tener criterios claros y objetivos para establecer cuándo una cláusula es “abusiva” y que, por otro lado, existe una gran incertidumbre respecto de las sanciones jurídicas que se aplican a los contratos que contengan cláusulas consideradas “abusivas”. Por consiguiente, resulta indispensable adoptar en nuestro país una ley general que establezca de forma clara y precisa el régimen jurídico del control de las cláusulas abusivas. **Vide** CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo”, en **Revista Responsabilidad Civil y del Estado**, N° 9, septiembre de 2000, pp. 41-92 y RENGIFO GARCÍA (n. 17), pp. 187-366.

los contratos bilaterales. En esta misma dirección se han entendido otras disposiciones análogas del **Código Civil** que se encuentran en algunos regímenes particulares; por ejemplo, los artículos 1.930, en el contrato de compraventa (art. 1.873 C.C. ch.) y 1.983, en el arrendamiento de cosas (art. 1.925 C.C. ch.). Sin embargo, la consagración de un régimen general de resolución judicial, como el colombiano –inspirado directamente del artículo 1.184 del **Código Civil** francés–, no es una tendencia generalizada en el Derecho Privado contemporáneo, así los derechos alemán (§ 326 BGB), suizo (arts. 107 y 108 del **Código de las Obligaciones**) e italiano (art. 1.454 del **Código Civil**) consagran regímenes legales, más o menos, generales de resolución extrajudicial.

La regla general de la resolución judicial, al parecer, conoció su origen en el Derecho Canónico⁷². Los canonistas consideraron que, una vez incumplida la promesa por uno de los contratantes, se pierde para éste el derecho de exigir la prestación recíproca prometida por su contraparte –**fragenti fidem non est fides servanda**–. Y, haciendo extensivo este mismo razonamiento, determinaron que al contratante cumplido no solamente le asistía la facultad de no ejecutar su prestación prometida –**exceptio non adimpleti contractus**–, sino, además, la potestad de demandar al juez la terminación del contrato –**resolución**–⁷³.

Ahora bien, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1.546 del **Código Civil** (art. 1.489 C.C. ch.), la resolución de la convención sólo puede ser solicitada por el contratante que no ha incumplido. En efecto, esta **norma extintiva** es un mecanismo que sanciona el incumplimiento contractual, y no una prerrogativa que permita al contratante incumplido terminar un contrato cuyas obligaciones, por una u otra razón, no va a seguir ejecutando⁷⁴. Sin embargo, la posibilidad de resolver el contrato en la hipótesis de incumplimientos mutuos aún no ha sido consagrada –mediante analogía– por la jurisprudencia de la Corte Suprema⁷⁵.

63

⁷² La práctica romana parece haber concebido sólo la resolución expresamente pactada en el contrato de compraventa, el denominado “pacto comisorio”. **Vide** C.S.J. Cas. Civ. (n. 17), N° 2400, pp. 309-313; C.S.J. Cas. Civ. (n. 21), pp. 66-67 y GAZZANIGA (n. 55), pp. 137-205.

⁷³ “El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular del derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda. Se presupone al mismo tiempo que ninguna otra persona puede iniciar procedimientos. [...] Esta potestad, por supuesto, no consiste en ninguna fuerza mística conferida por el orden jurídico al sujeto del derecho; significa simplemente que la maquinaria jurídica es puesta en movimiento de acuerdo con la voluntad de aquél. Es como si el titular del derecho, al iniciar un juicio, apretara un botón que pone en marcha esa maquinaria”, ROSS, Alf, **Sobre el derecho y la justicia**, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1997, p. 218.

⁷⁴ **Vide** CSJ, S. Civil, exp. 5319, 7 de marzo de 2000. M.P. Silvio Trejos; Cas. Civ. (n. 17), N° 2400, pp. 313-314 y CSJ, S. Civil, 23 de marzo de 1943, M.P. Hernán Salamanca. G.J., t. LV, pp. 70-71.

⁷⁵ Un brillante análisis al respecto en GAMBOA SEPÚLVEDA, Mario, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro Código Civil y en la jurisprudencia comparada”, en **Tendencias modernas del derecho civil. Propuestas de reforma a la legislación civil**, Bogotá, Ed. Temis, 1989, pp. 295-314.

B. La excepción: la resolución extrajudicial

A pesar de que, en nuestro sistema, la regla general para extinguir un contrato, mediante resolución, requiere sentencia judicial, el legislador colombiano también reglamentó ciertas hipótesis de resolución extrajudicial, sobre las cual explicaremos brevemente las denominadas cláusulas resolutorias (i) y algunos regímenes especiales de resolución para ciertos contratos (ii).

- i) En el contrato de compraventa, los artículos 1.935 a 1.938 del *Código Civil* colombiano (arts. 1.877 a 1.880 C.C. ch.) consagran expresamente la posibilidad de que las partes pacten convencionalmente la resolución extrajudicial, por el no pago del precio, más conocida como *pacto comisorio*⁷⁶.

Ahora bien, vale la pena hacer la precisión de que en la hipótesis en que las partes se limiten a estipular que el no pago del precio dará lugar a la resolución (art. 1.935 C.C. col.), el tribunal supremo colombiano entiende que los contratantes sólo repitieron expresamente lo dispuesto en los artículos 1.546 del *Código Civil* y 870 del *Código de Comercio*⁷⁷. Empero, cuando las partes acuerdan que el incumplimiento de la obligación de pagar el precio genera *ipso facto* la resolución del contrato (arts. 1.937 C.C. col. y 1.879 C.C. ch.), en principio, nos encontraríamos frente a un verdadero ejemplo de resolución extrajudicial, ya que el mero hecho del incumplimiento extinguiría el contrato. Ésta es la solución de origen romano, aceptada, desde hace mucho tiempo, por el legislador y la jurisprudencia en distintos países europeos⁷⁸.

Sin embargo, el artículo 1.937 del *Código Civil* colombiano dispone: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso

⁷⁶ Sobre el particular vale la pena hacer una pequeña precisión terminológica: la palabra ‘pacto comisorio’ además de usarse para designar la cláusula resolutoria suele utilizarse para hacer referencia a la estipulación que permite al acreedor prendario apropiarse directamente del bien dado en prenda. Ahora, esta última estipulación contractual se encuentra expresamente prohibida por el artículo 2.422 inciso 2 del *Código Civil* colombiano (art. 2.397 C.C. ch.).

El hecho de que la palabra ‘pacto comisorio’ designe tanto la cláusula resolutoria como la cláusula de apropiación del bien dado en prenda, no implica que estas dos cláusulas sean lo mismo. Y, obviamente, la *ineficacia* del “pacto comisorio de la prenda” no afecta al “pacto comisorio resolutorio”.

⁷⁷ *Vide* por ejemplo, C.S.J. Cas. Civ. 7 de abril de 1954, M.P. Eduardo Rodríguez Piñeres. G.J. t. LXVII, números 2138 y 2139, p. 31.

⁷⁸ *Vide* en el Derecho francés, LARROUMET (n. 15), pp. 820-826; MOUSSERON, Jean Marc, *Technique contractuelle*, Paris, Ed. Francis Lefebvre, 1999, pp. 654-655; en el Derecho alemán, FERRAND, Frédérique, *Droit privé allemand*, Paris, Ed. Dalloz, 1997, pp. 360-361; ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de derecho civil*, t. LV, Madrid, 2002, f. 14, pp. 1.177-1.186; en el Derecho italiano, TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, p. 372 y en el Derecho español, DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, t. II Las relaciones obligatorias, p. 722.

facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”. Esta norma consagra una especie de plazo de gracia⁷⁹, lo cual, en principio, no nos merece ningún comentario. Pero, la referencia utilizada por el legislador para comenzar a contar dicho plazo: “la notificación judicial de la demanda”, sí amerita algunos comentarios. Comencemos con una pregunta: ¿de cuál demanda? Si, supuestamente, la resolución es extrajudicial. Y ahora intentemos buscar una respuesta: el problema es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la estipulación de un pacto comisorio no parece implicar la consagración de un régimen de resolución *ipso facto*, sin declaración judicial, sino, simplemente, de un régimen de resolución judicial con una pequeña particularidad: se le confiere la potestad al deudor incumplido de pagar dentro de un plazo de gracia (art. 406 C.P.C. col.). Ésta parece ser la interpretación que tradicionalmente ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia⁸⁰ y doctrina⁸¹.

En nuestra opinión, esta interpretación del *pacto comisorio* lo priva de su principal efecto: establecer una resolución extrajudicial –*ipso ipso*– y, adicionalmente, resulta perjudicial para los intereses del acreedor, ya que, al consagrar un *plazo de gracia*, no sólo dificulta la resolución del contrato sino que, además, conlleva grandes incertidumbres sustanciales y procesales.

Expliquémoslo mediante un ejemplo: José y Alejandro celebran un contrato de compraventa con *pacto comisorio*. Alejandro, el comprador, incumple el pago; José, el vendedor, lo demanda –y pide como pretensiones:

- i) que se declare el incumplimiento
- ii) que se resuelva el contrato
- iii) que se condene a indemnizar perjuicios y
- iv) que se condene en costas–.

Alejandro, en ejercicio de su potestad, paga dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. El juez, entonces, deberá dictar sentencia declarando que no hubo incumplimiento (art. 406 C.P.C. col.). Sin embargo, si entre el plazo original y la fecha de pago dentro del *plazo de gracia* se causaron perjuicios, ¿podría el juez continuar con el proceso para condenar a la indemnización?, ¿o debe José iniciar un nuevo proceso ordinario para el

⁷⁹ “*Plazo de favor*: Plazo fijado por el juez [...] o por la ley [...], que retarda la ejecución de la obligación, mediante derogación al efecto obligatorio del contrato que no lo estipula, y en consideración a la dificultad de ejecución por parte del deudor; también es llamado plazo de gracia”. CAPITANT, Henri et CORNU, Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Paris, Ed. PUF, 1987, p. 782.

⁸⁰ C.S.J. Cas. Civ. 26 de junio de 1935, M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G.J. t. XLII, pp. 180-187.

⁸¹ *Vide* por ejemplo, LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal colombiano*, Bogotá, Ed. Dupré, 2004, t. II Parte especial, pp. 75-80 y GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles*, Bogotá, Ed. Temis, 1999, p. 111 y ss.

resarcimiento?⁸², ¿podría condenarse en responsabilidad contractual si no hubo incumplimiento?, ¿la sentencia proferida en el primer proceso no podría ser utilizada como excepción de cosa juzgada? Vemos cómo aún existen al respecto muchas dudas que no han sido resueltas por nuestra jurisprudencia⁸³.

En el Derecho colombiano no resulta claro si esta interpretación del **pacto comisorio**, en caso del incumplimiento de la obligación de pagar el precio de la compraventa, le es aplicable a las otras obligaciones nacidas del contrato o a las cláusulas resolutorias pactadas en otros contratos diferentes de la compraventa⁸⁴. No sobra precisar que en la práctica comercial, en nuestro país, es muy común encontrar contratos –no sólo de compraventa– con cláusulas resolutorias, en virtud de las cuales los contratantes declaran resueltas las convenciones sin necesidad de sentencia judicial⁸⁵.

En nuestra opinión, es de vital importancia que se le dé una nueva interpretación al **pacto comisorio** –y a las demás cláusulas resolutorias–; una nueva interpretación que le permita prestar una verdadera utilidad práctica que regule las situaciones de hecho que se presentan en los contratos mercantiles y que, sobre todo, evite las incertidumbres y dudas que mencionamos anteriormente⁸⁶.

⁸² Es importante tener en cuenta que la posibilidad de demandar la mera indemnización de perjuicios, de forma autónoma, con base en el artículo 1.546 del **Código Civil**, sigue siendo controvertida en Colombia. Hasta el momento no tenemos conocimiento de ninguna sentencia reciente en donde nuestro tribunal supremo reafirme la posición adoptada en su fallo del 10 de octubre de 1977.

⁸³ Para una aproximación al tema, desde el punto de vista de la doctrina, recomendamos consultar LÓPEZ BLANCO (n. 81), pp. 76-77.

⁸⁴ Según tenemos entendido, en el Derecho chileno el artículo 1.879 del **Código Civil** (art. 1.937 C.C. col.) ha sido objeto de una interpretación similar a la realizada en el Derecho colombiano. Sin embargo, respecto de las otras hipótesis de cláusulas resolutorias, en vuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho colombiano, parece existir actualmente una posición clara.

“Es un problema que ha dado mucho quehacer, pero que hoy en día debe considerarse ya superado, siendo las siguientes las conclusiones: 1. Puede estipularse la resolución ipso facto en cualquier contrato, y aun en la misma compra-venta en otras obligaciones que no sean del pago del precio, y para ello puede utilizarse cualquier expresión. Basta con que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial; 2. Ello deriva de la voluntad de las partes y no de la norma del Art. 1.879, que es limitativa, y, en consecuencia, se aplica únicamente para el caso previsto, y 3. La estipulación de las partes debe respetarse, y, en consecuencia, la resolución se produce de pleno derecho, tal como ellas lo han querido y por el solo hecho del incumplimiento; la sentencia judicial se limitará a constatar la resolución ya producida”. ABELIUK MANASEVICH, René, **Las obligaciones**, Bogotá - Santiago, Ed. Temis S.A. - Editorial Jurídica de Chile, 1993, t. I, p. 427.

⁸⁵ En Colombia, parte de la doctrina, principalmente procesalista, no sólo niega la eficacia de las cláusulas de resolución extrajudicial sino que, además, por razones bastantes cuestionables, sostiene la inconveniencia de cualquier resolución que no sea declarada por sentencia judicial. **Vide** CANOSA TORRADO (n. 17), pp. 368-376.

⁸⁶ Parte de la doctrina nacional comparte nuestras críticas. **Vide** por ejemplo, OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (n. 70), pp. 567-568.

- ii) Si bien es cierto que, en ausencia de pacto comisorio, el régimen de resolución de los contratos aplicable es el de los artículos 1.546 del *Código Civil* y 870 del *Código de Comercio*, esto no significa que para “todos” los casos se requiera la sentencia judicial extintiva del contrato, puesto que el legislador colombiano, expresamente, para ciertos contratos específicos, consagró regímenes especiales de resolución. Por nuestra parte, no intentaremos hacer un estudio exhaustivo de dichos regímenes, y sólo nos limitaremos a hacer un par de comentarios, muy someros, respecto de dos de los ejemplos más claros y representativos: el régimen de terminación automática del contrato de seguro (art. 1.068 C.Co. col.), por un lado, y el régimen de resolución de la compraventa internacional de mercaderías consagrado en la convención de Viena de 1980, por otro lado⁸⁷.

La resolución automática del contrato de seguro⁸⁸

El contrato de seguro es un régimen contractual especial⁸⁹ y, en este orden de ideas, su reglamentación, respecto de ciertos aspectos, se aparta del régimen general aplicable a los contratos de Derecho Privado. Precisamente, el régimen especial del contrato de seguro establece una terminación automática del contrato (art. 1.068 C.Co. col.), por el incumplimiento del asegurado respecto de su obligación de pagar la prima o los certificados o anexos que se expiden con fundamento en ésta⁹⁰. Esta resolución opera sin necesidad de declaración judicial y, en principio, es inmodificable por las partes⁹¹. En ausencia de estipulación expresa del plazo –legal o convencional–⁹², el tomador deberá pagar den-

67

⁸⁷ Además, para el contrato de suministro, el legislador mercantil parece haber consagrado también una resolución extrajudicial (art. 973 C.Co. col.) –y así opera en la práctica–. Sin embargo, no conocemos jurisprudencia de la Corte Suprema que la reconozca expresamente.

⁸⁸ Vide ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 145-150.

⁸⁹ Los contratos especiales son aquellos que se practican de forma tan generalizada que su carácter repetitivo ha permitido organizarlos en categorías específicas. Al respecto vide BÉNABENT (n. 49), p. 1 y Fabricio MANTILLA ESPINOSA y CLAVIJO PATIÑO, Luis Eduardo, “El error del asegurador en el contrato de seguro”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, vol. 5, N° 2, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2003, p. 224 y ss.

⁹⁰ De acuerdo con la modificación impuesta por la ley 45 de 1990, no se necesita ninguna comunicación del asegurador para que proceda la terminación automática del contrato. Vide C.S.J. Casación del 26 de octubre de 2001. M.P. Jorge Castillo Rugeles, exp. 5942. Sin embargo, en materia de contratación estatal, la garantía prestada por el contratista, que consiste en una póliza expedida por una compañía de seguros, no expira por falta de pago de la prima (art. 25 N° 19 ley 80 de 1993).

⁹¹ El artículo 1.068 del *Código de Comercio* es de orden público (arts. 16 C.C. col. y 1.162 C.Co. col.).

⁹² El plazo debe indicarse en la carátula de la póliza (art. 1.068 C.Co.). Existe, pues, una obligación de publicidad de la sanción por la mora en el pago de la prima.

tro del mes siguiente, contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o de los certificados anexos expedidos con fundamento en ella (art. 1.066 C.Co. col.). La prima es el precio del riesgo asumido por el asegurador y su pago constituye el cumplimiento de la prestación debida por el acreedor⁹³. Así las cosas, una vez transcurrido el plazo respectivo, sin que la prima hubiese sido pagada, se configura la mora del tomador, produciéndose, automáticamente, la resolución del contrato de seguro.

Como sucede en las hipótesis de contratos a ejecución sucesiva, cuyos efectos no pueden retrotraerse, esta norma sólo implica la extinción de la convención a partir del momento de la resolución. En este orden de ideas, el siniestro acaecido con anterioridad a la terminación automática del contrato de seguro da origen a la obligación del asegurador, en los términos del art. 1.054 C.Co.⁹⁴. En suma, la “terminación automática” es una resolución –*norma extintiva*– que no opera de forma retroactiva; por consiguiente, hasta su extinción, la convención existió, y, por ende, de ella nacieron vínculos jurídicos que deben respetarse.

Por último, debemos precisar que el contrato de seguro también puede terminarse, sin declaración judicial, por los siguientes motivos: el defecto de la notificación de los cambios del estado del riesgo (art. 1.060 C.Co. col.), el defecto del aviso al asegurador de un seguro coexistente (art. 1.093 C.Co. col.), la contratación de seguros sobre las cuotas o deducibles a cargo del asegurado (art. 1.103 C.Co. col.) y la inhabilitación legal del asegurado (en el seguro de responsabilidad profesional, art. 1.130 C.Co. col.). No obstante, en todos estos eventos, la extinción del contrato parece obedecer, más bien, a una verdadera sanción del comportamiento negligente o mal intencionado del asegurado o del tomador que al incumplimiento de una verdadera obligación contractual, máxime si tenemos en cuenta que el asegurado bien podría no ser el tomador del seguro –quien es la parte en el contrato, según el artículo 1.037 del *Código de Comercio*– y, por ende, sería un mero tercero en cuyo patrimonio, en principio, no podrían haber nacido obligaciones contractuales para con el asegurador⁹⁵.

La resolución automática de la convención de Viena

El convenio de Viena, sobre la compraventa internacional de mercaderías⁹⁶, se refiere a la resolución del contrato en diversas disposiciones y, en principio,

⁹³ El pago debe realizarse de manera íntegra para que produzca el efecto extintivo de la obligación (arts. 1.626 y 1.627 C.C. col. y 1.568 y 1.569 C.C. ch.), a no ser que se haya establecido un pago fraccionado de la prima (art. 1.069 C.Co. col.).

⁹⁴ *Vide* C.S.J. Cas. Civ. 19 de noviembre de 2002, exp.7001, M.P. Jorge Santos Ballesteros, y Alejandro VENEGAS FRANCO, *Cuestiones de seguros*, Bogotá, Ed. Colombo, 1996, p. 100.

⁹⁵ *Vide* AUBERT, Jean-Luc, “A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tires”, *RTD civ.*, Paris, 1993, pp. 263-278.

⁹⁶ En Colombia, la convención fue aprobada por el Congreso de la República, mediante ley 518 del 4 de agosto de 1999 y entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2002.

está concebida como una **norma extintiva**, con efectos retroactivos, de un contrato de compraventa internacional⁹⁷. Adicionalmente, la resolución, prevista por la convención, procede de manera automática, es decir, sin que se necesite una decisión del juez o del árbitro⁹⁸.

Además, la convención no exige un incumplimiento simple, sino un incumplimiento calificado: un incumplimiento **esencial**⁹⁹. Ya sea por parte del vendedor, (art. 49 C.V.), ya sea por parte del comprador (art. 64 C.V.)¹⁰⁰. Es importante resaltar que el convenio exige que el daño haya sido **previsible**(art. 25 C.V.)¹⁰¹, lo cual nos muestra ciertos **parecidos de familia** con las normas de responsabilidad civil contractual¹⁰²; sin embargo, no debemos servirnos de estas similitudes entre las dos normas para tratar de explicarlas mediante una única abstracción. La resolución del contrato es una norma que sanciona el incumplimiento de una obligación convencional, y no una norma de indemnización de perjuicios¹⁰³.

⁹⁷ Consúltese un análisis completo sobre el particular en LARROUMET, Christian, “Sanciones del incumplimiento de las obligaciones de las partes”, en **Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980**, Bogotá, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios N° 15, 2003, pp. 459-485.

⁹⁸ Ahora, el juez o el árbitro podrán revisar el fundamento de la declaración unilateral de la resolución, realizada por el acreedor insatisfecho y, eventualmente, invalidarla.

⁹⁹ El artículo 73 de la convención dispone: “1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. 2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable. 3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato”.

¹⁰⁰ La vaguedad misma de la palabra ‘esencial’ le permite al juez o al árbitro una gran libertad de apreciación de la gravedad del incumplimiento y, por ende, de la procedencia o no de la resolución.

Ahora bien, si se otorga un plazo suplementario para el cumplimiento de una obligación y el deudor incumple o declara que no cumplirá dentro del plazo suplementario fijado, el acreedor podrá resolver el contrato sin que, necesariamente, se trate de un incumplimiento esencial (arts. 49 y 64 C.V.).

¹⁰¹ El artículo 25 de la convención dispone: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

¹⁰² Artículos 1.613 y 1.616 **Código Civil** colombiano (arts. 1.556 y 1.558 C.C. ch.).

¹⁰³ Lo cual no excluye que el juez o el árbitro puedan, además, condenar a la reparación de perjuicios al deudor incumplido, como sucede en el régimen general (arts. 1.546 C.C. col., 870 C.Co. col. y 1.489 C.C. ch.).

Antes de terminar estos comentarios someros, vale la pena hacer mención a una norma bien especial del convenio: la **resolución por anticipación** (art. 72 C.V.), que permite al acreedor resolver automáticamente el contrato, en el supuesto de que antes del vencimiento del plazo de ejecución, resulte claro que el deudor incurrirá en un incumplimiento **esencial**¹⁰⁴. Vemos claramente el papel preventivo de esta norma, la cual le permite al acreedor extinguir el contrato sin necesidad de esperar el acaecimiento de un incumplimiento inminente¹⁰⁵.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido ver, en el Derecho Privado colombiano encontramos varios textos legales que consagran distintas disposiciones sobre la extinción de los contratos por incumplimiento de sus obligaciones. Partiendo de estas **formulaciones normativas** la jurisprudencia y la doctrina han interpretado distintas **normas** de resolución de las convenciones¹⁰⁶. Dentro de esta óptica, la jurisprudencia colombiana ha podido precisar, por ejemplo, la noción de **incumplimiento grave** como condición de aplicación de la resolución.

Sin embargo, aún encontramos importantes desacuerdos entre los juristas colombianos con respecto a la materia. De forma tal vez un poco simplista, podemos afirmar que estos desacuerdos son de dos clases principales: en primer lugar, confusiones conceptuales –que son, en resumidas cuentas, meras confusiones lingüísticas– que llevan a la jurisprudencia y la doctrina a elaborar complicadas teorías para tratar de establecer un concepto único de resolución que no sólo se encuentre perfectamente delimitado respecto de las otras figuras jurídicas con las cuales presenta **parecidos de familia**, sino que, además, explique de forma abstracta todas las hipótesis en las cuales se utilizan las palabras ‘resolución’ o ‘resolver’. Y, en segundo lugar, desacuerdos de actitud, los cuales obedecen a verdaderos enfrentamientos entre intereses, creencias y sentimien-

¹⁰⁴ Vide PELICHET, Michel, *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois*, Académie de droit international de la Haye, 1987, t. 1, p. 168.

¹⁰⁵ Aunque esta figura es de origen anglosajón –*anticipatory breach of contract*–, en la legislación colombiana contamos con ciertas **normas preventivas** que presentan grandes similitudes con la resolución por anticipación. Vide, por ejemplo el artículo 1.169 del *Código de Comercio*, el cual dispone: “Quien prometa dar en mutuo puede abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiente mutuario le ofrezca garantía suficiente”.

Además, los artículos 1.882 inciso 4 del *Código Civil* y 926 del *Código de Comercio* (art. 1.826 inc. 4 C.C. ch.), a pesar de no ser **normas extintivas** del contrato, también presentan claros **parecidos de familia** con esta especie de resolución del convenio de Viena.

¹⁰⁶ Sobre la diferencia entre las formulaciones normativas y las normas que de éstas se interpretan, recomendamos consultar: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.

tos divergentes; como es el caso del debate relativo al carácter extrajudicial o judicial de la resolución, debate que refleja la existencia de dos posiciones distintas –y difícilmente conciliables– respecto del papel del juez como controlador, mediato o inmediato, de la ejecución de los contratos por parte de los particulares¹⁰⁷.

Por nuestra parte, no pretendemos elaborar una teoría general de la resolución de los contratos por incumplimiento en el Derecho colombiano ni exponer de forma coherente y sistemática la normativa que, en nuestro país, se ha interpretado a partir de los textos del *Código* de Bello. Nuestro único objetivo es tratar de presentar algunos de los aspectos relevantes del Derecho Privado colombiano y, sobre todo, identificar los principales desacuerdos que se han presentado alrededor de las normas de resolución de los contratos en Colombia. En nuestra opinión, éste es el primer paso que hay que dar para evitar sinsentidos que conducen a graves problemas en la aplicación práctica de las normas jurídicas.

Digámoslo con las palabras del gran filósofo austriaco: “Lo que quiero enseñar es: cómo pasar de un sinsentido no evidente a uno evidente”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre los distintos desacuerdos que existen entre los juristas, consúltese un brillante análisis en CARRIÓ (n. 18), pp. 91-128.

¹⁰⁸ WITTGENSTEIN (n. 4), p. 321, proposición 464.