

# *Derecho de contratos*



# La terminación unilateral del contrato de derecho privado

FELIPE NAVIA ARROYO

SUMARIO: *I Premisa.- II. Ruptura unilateral de ciertos contratos.- III. Resolución convencional por incumplimiento.- A. Carácter necesario o innecesario de la intervención judicial.- B. Modus operandi.*

## I. PREMISA

Ciertamente, uno de los rasgos que caracterizan al contrato administrativo frente al privado parece ser el de que, en el primero, la Administración goza de ciertas prerrogativas de carácter exorbitante, justificadas en la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y eficiente de los servicios públicos y, por consiguiente, en la prevalencia del interés general, lo que hace que la relación contractual entre el Estado y el contratista sea desigual, deliberadamente desequilibrada en provecho de aquel, con miras, por supuesto, al cumplimiento de su finalidad. Ello resulta particularmente cierto tratándose de las llamadas potestades sancionadoras, resolutorias las unas, cual sucede en las hipótesis de caducidad y de terminación unilateral, coercitivas las otras, como es el caso de las multas y de las cláusulas penales pecuniarias.

De un tiempo para acá la doctrina civilista, ante la irrupción creciente, aunque todavía marginal, del fenómeno del unilateralismo en materia de obligaciones, que se proyecta en discusiones álgidas sobre varios puntos concretos de gran importancia práctica, como lo son, por ejemplo, la posibilidad de que una de las partes determine ella sola el objeto del contrato o la de modificarlo unilateralmente, ha venido planteándose el interrogante de si el principio de la igualdad jurídica de las partes en el contrato de derecho privado, considerado en general como un axioma, está en realidad vigente, o si más bien constituye hoy una falacia.

Tal vez, donde la discusión cobra mayor relieve, por su aparente aproximación a las prerrogativas exorbitantes de la Administración pública, es en el tema de la terminación unilateral del contrato, especialmente, desde luego, cuando la disolución del vínculo se produce como una sanción unilateral al incumplimiento imputable de una de las partes. Entonces, cabe preguntarse si

al igual que ocurre en el derecho administrativo, ¿será que la igualdad jurídica de las partes es una pura ilusión? ¿Será que estamos frente a un poder sancionador autónomo, que ejerce por sí y ante sí misma la parte a la que la ley o el propio contrato le otorgan esa facultad?

De entrada conviene anotar, y así se verá a lo largo de este escrito, que tal como ocurre con los llamados contratos de adhesión, la tendencia del derecho civil es la de salvaguardar, hasta donde ello es posible, el principio de la igualdad de las partes, ya sea sometiendo el ejercicio de la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, en hipótesis diferentes a la del incumplimiento de una de ellas, a normas de carácter imperativo, que automáticamente caerían dentro del campo de las llamadas disposiciones de orden público social o de protección, o bien, exigiendo determinadas condiciones rigurosas de aplicación cuando se trata de pactos o cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento imputable de una de las dos.

A primera vista el ejercicio de cualquiera de estas facultades, pero desde luego en mayor medida la resolución convencional por incumplimiento, podría ser analizado como la atribución de un poder exorbitante a una de las partes y, por esta vía, como la consagración de una desigualdad, tanto más pronunciada, cuanto que aquí la justificación ya no se encuentra en el interés superior de la colectividad, sino en el privado de una de las partes, generalmente de la que está en condiciones de imponer el contenido del contrato a la otra. Aunque las dos hipótesis tienen importancia desigual, contrariamente a quienes piensan que las prerrogativas exorbitantes de que goza la Administración no plantean una diferencia sustancial entre la contratación pública y la privada y que los principios que regulan la ineficacia negocial son, en el fondo, unos mismos en los dos campos, intentaremos demostrar que tal semejanza no existe; que la ruptura unilateral de un contrato de derecho privado no supone una desigualdad o privilegio a favor de la parte que se beneficia de su aplicación, análoga a la que existe en derecho administrativo; y que, en el peor de los casos, resulta minimizada a través de variados mecanismos de protección, favorables a la parte a la que se pretende imponer tal sanción. Para ello, analizaremos en primer término el caso de la ruptura unilateral del contrato por razones distintas del incumplimiento; y luego la resolución convencional por incumplimiento (terminación o resiliación en los contratos de ejecución sucesiva o diferida).

## II. RUPTURA UNILATERAL DE CIERTOS CONTRATOS

El punto de partida es la regla general conforme a la cual el contrato puede y debe disolverse por mutuo acuerdo de las partes, hipótesis que aparece como la más obvia para dar por terminada una relación negocial, pues de la misma forma como ellas resultan vinculadas por el acuerdo de sus voluntades y ese

acuerdo tiene el valor de una ley particular, principio recogido por el artículo 1602 del Código Civil que consagra la regla de la fuerza obligatoria de los contratos, *pacta sunt servanda*, las partes pueden, por acuerdo mutuo, dejarlo sin efecto, esto es suprimirle al contrato que previamente habían celebrado su efecto vinculatorio o negocial. En derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen. Por ello el artículo 1625 del Código Civil, al enlistar en forma no taxativa los modos de extinguirse una obligación, coloca en primer lugar al mutuo disenso, o mejor *contrarius consensus*, al disponer que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula".

No obstante, en ocasiones, que son de carácter excepcional, la ley permite disolver el vínculo por decisión unilateral de una de las partes, lo cual ocurre en los contratos de duración indefinida o en aquellos, de duración determinada, en los que la confianza recíproca de las partes no puede faltar en ningún momento. Para los primeros, la justificación es obvia, pues los compromisos perpetuos están prohibidos en la medida en que eliminan la libertad misma de los contratantes. Por ello, se admite que cualquiera de las partes puede, en cualquier momento, durante su ejecución, ponerle fin a la relación contractual, aunque no siempre de manera completamente discrecional, pues en ocasiones la propia ley exige un preaviso (caso del trabajador en el contrato de trabajo a término indefinido, o del contrato de suministro sin estipulación de duración, caso en el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 977 del Código de Comercio, "cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro"; o invocar una justa causa, de las taxativamente señaladas por la ley (caso del patrono en el contrato de trabajo de duración indefinida). En otras ocasiones, sobre la base de la comprobación de un ejercicio abusivo de su derecho, son los jueces quienes sancionan a la parte que rompe, en forma abrupta e intempestiva, un contrato sin plazo fijo, condenándola a indemnizar perjuicios.

Para el caso de los contratos celebrados *intuitus personae*, pero no en todos, porque se acepta generalmente que la facultad de resiliar unilateralmente solo existe cuando una norma expresamente confiere esa posibilidad, la justificación se encuentra, como ya se dijo, en que la confianza no puede faltar en ningún momento. Los casos pueden contarse con los dedos de la mano: revocación y renuncia en el mandato (Código Civil, arts. 2191 y 2193); y contrato de depósito, en el que, conforme a lo previsto por el artículo 2251 del Código Civil, "la restitución es a voluntad del depositante", y, "si se fija un tiempo para la restitución, ésta cláusula será sólo obligatoria para el depositario".

En otras oportunidades, trátase de contratos a término indefinido o de duración determinada sin que medie incumplimiento imputable, son las propias partes las que, por disposición particular, acuerdan la posibilidad de romper unilateralmente el negocio en cualquier momento, durante su ejecución, otorgando, a una de ellas, o a las dos, la facultad de desvincularse, usualmente en determinadas circunstancias y previo agotamiento del procedimiento previsto al efecto, lo que le quita su eventual carácter puramente discrecional. Así, por ejemplo, la obligación de motivar la decisión de terminar, o la de comunicarla con cierta antelación, o la de pagar una indemnización a la parte que la sufre. Aunque doctrina y jurisprudencia han discutido sobre la validez de tales pactos, fundamentalmente argumentando que el contrato quedaría sujeto a una condición potestativa y, por lo tanto, dependería de la voluntad de la persona que se obliga, lo que lo haría nulo (Código Civil, art. 1535), generalmente se admite su eficacia con base en dos razones: una, que se trataría de un mutuo disentimiento anticipado, perfectamente válido a la luz del texto del artículo 1625 del Código Civil, y otra, que como normalmente su ejercicio no es discrecional, la condición puramente potestativa desaparece<sup>1</sup>.

### III. RESOLUCIÓN CONVENCIONAL POR INCUMPLIMIENTO<sup>2</sup>

Dos grandes interrogantes son los que surgen, casi de manera inmediata, al plantear este tema. Por un lado, cabe preguntarse si la puesta en marcha del mecanismo exige, o no, un pronunciamiento judicial previo que decrete la resolución. De otro lado, en el caso de concluirse que la intervención judicial no es necesaria, habría que averiguar, o mejor, establecer, cuál sería el *modus operandi*. Trataremos, pues, estos dos aspectos en secciones separadas.

#### A. Carácter necesario o innecesario de la intervención judicial

Sabido es que entre nosotros, para el caso de los contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil dispone que, cuando una de las partes no ha

1 Cfr. FLOUR, AUBERT, SAVALUX, *Les Obligations, 1. L'Acte Juridique*, Armand Colin, Paris, 2000, p. 281. Para el caso colombiano, pueden consultarse las siguientes sentencias, todas de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: octubre 27 de 1993 (G. J. n.º 2464, pp. 322 y ss.); marzo 14 de 1994 (G. J. n.º 2467, pp. 664 y ss.) y diciembre 2 de 1960 (G. J. n.ºs 2233- 2234, pp. 111 y ss.).

2 En general, sobre este tema, puede consultarse el laudo arbitral proferido el 19 de agosto de 2005 por el Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia entre Terpel de la Sabana S. A. y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., alrededor de un contrato de suministro de crudo por parte de las dos últimas sociedades a la primera y que dio lugar a un litigio en el que se discutieron incumplimientos que se imputaban recíprocamente las partes y la legalidad de la terminación unilateral del contrato decidida por las convocadas. Árbitros: FERNANDO HINESTROSA (presidente), CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y FELIPE NAVIA ARROYO.

cumplido lo pactado, la otra podrá demandar, a su arbitrio, la resolución o la ejecución del contrato, y en ambos casos, además, solicitar la indemnización de perjuicios. Por su parte, el artículo 870 del Código de Comercio consagra la misma acción resolutoria tácita, solo que en lugar de referirse al simple incumplimiento de una de las partes, como supuesto de hecho necesario para poder obtener la declaración judicial de resolución o la ejecución forzada (cumplimiento *in natura*), exige como requisito sine qua non, para hacer uso de la alternativa, el que la parte incumplida se encuentre en estado legal de mora. En efecto, el texto de esta última norma es el siguiente:

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 los perjuicios moratorios.

La disimilitud que se observa en la redacción de los dos textos no implica una diferencia de fondo en cuanto al tratamiento que se le da a la acción resolutoria en las dos codificaciones, pues la jurisprudencia nacional, de manera prácticamente uniforme, tiene definido, desde hace varias décadas, que una de las condiciones necesarias para la eficacia de la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del Código Civil, es la de la previa constitución en mora del deudor demandado.

En todo caso lo que es fundamental en ambas normas, y lo subrayo, es que la sanción resolutoria debe ser impuesta por el juez; que hasta tanto no haya sentencia ejecutoriada, la parte demandada puede cumplir con la obligación, descartando así la demanda de resolución y, en fin, que en ningún caso, a diferencia de lo que puede ocurrir en otros sistemas jurídicos, verbigracia en Alemania e Italia, la parte cumplida puede obviar la necesidad de obtener un previo pronunciamiento judicial que declare resuelto el contrato, esto es, no puede, a partir del incumplimiento que ella misma le imputa a la otra, actuar como si el contrato hubiese terminado de hecho y considerarse liberada de sus propias obligaciones. Lo único que la ley le permite hacer ante tal eventualidad es suspender, ella misma, el cumplimiento de sus obligaciones, en aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, consagrada por el artículo 1609 del Código Civil. Dicho con otras palabras, siempre se requiere de un pronunciamiento previo del juez y siempre la iniciativa procesal debe asumirla la parte cumplida.

Y esto, a nuestro modo de ver, resulta igualmente cierto en tratándose no ya de la acción resolutoria tácita sino de la expresa, a pesar de la existencia de una sólida corriente doctrinaria, y aun jurisprudencial que aboga por la tesis contraria, esto es, por la posibilidad de resolución del contrato por simple

autoridad del acreedor, con lo que la iniciativa procesal recaería necesariamente sobre la parte incumplida<sup>3</sup>.

Cuando se acuerda que el incumplimiento de una de las partes, y no otra circunstancia, permite a la otra dar por resuelto o terminado el contrato, ese pacto de resolución convencional se denomina cláusula resolutoria o pacto comisorio, en recuerdo de la *lex commissoria* del derecho romano, la cual, como se sabe, permitía al vendedor resolver el contrato si el comprador no le pagaba el precio.

Las partes pueden –dice CHRISTIAN ATIAS– arreglar, desde el principio, las consecuencias de un eventual incumplimiento de la una o de la otra. Es el objeto de la cláusula resolutoria. Ella parece subordinar la supervivencia del contrato, no ya a una condición sobreentendida, sino a la condición expresa de su ejecución<sup>4</sup>.

La resolución unilateral de origen convencional por incumplimiento no cuenta en nuestro ordenamiento con una regulación de carácter general. Para el caso de la compraventa está previsto el pacto comisorio, definido por el artículo 1935 del Código Civil como aquel en el que “se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”. Los artículos 1936, 1937 y 1938 del Código Civil, al señalar cuáles son sus efectos según la manera como haya sido redactada la cláusula, han dado lugar a que, doctrinaria y jurisprudencialmente, se haga la distinción entre pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado o que lleva la cláusula de resolución ipso facto<sup>5</sup>.

El primero produce un efecto idéntico al de la condición resolutoria tácita prevista por el artículo 1546 del Código Civil, esto es, le abre al vendedor la opción de demandar la resolución del contrato o su ejecución, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Lo que para el caso interesa resaltar, es que la cláusula resolutoria simple no opera sin la intervención previa del juez, quien la tiene que declarar, o sea que el vendedor, unilateralmente, por su sola voluntad, ante el incumplimiento, no lo puede dar por resuelto. Y esta situación se da aún en el caso de que el pacto comisorio incluya la cláusula

3 Cfr. Ch. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: trois idéologies en concurrence*, en *L'Unilatéralisme et le Droit des Obligations*, Ed. Economica, París, 1999, pp. 74-76.

4 Ch. ATIAS, *Précis Élémentaire de Contentieux Contractuel*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2ème édition, 2003, p. 184.

5 Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Teoría de las obligaciones*, Imprenta El Esfuerzo, Santiago de Chile, pp. 203 y ss; J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos (Parte General)*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 421; J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Librería del Profesional, 15.ª ed., Bogotá, 2002, pp. 173-174; C. GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, Editorial Temis, reimp. de la 3.ª ed., Bogotá, 1999, pp. 11-112; y, *Casación civil* de mayo 10 de 1977, G. J., t. CLV, p. 127.



de resolución ipso facto, automática o de resolución de pleno derecho, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1937 del Código Civil, "el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda". O sea que siempre ha de intervenir el juez, quien por sentencia declara la resolución, salvo, desde luego, que dentro del plazo señalado por la norma el comprador haga el pago del precio (C P C. art. 406). Sobre el particular, la Sala de Casación Civil en sentencia de junio 6 de 1935 dijo, en forma que no deja lugar a ninguna duda:

Opina, pues, la Corte, al respecto que, si bien el vendedor puede optar por la resolución del contrato cuando el comprador incurre en mora en el pago del precio y, si bien, optando el vendedor por resolver el contrato y no usando el comprador el derecho de pagar en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda, la resolución se produce, no cabe dentro de nuestra legislación conceptuar que ésta sobrevenga de suyo o automáticamente. Por el contrario, los términos del artículo 1937, que inequívocamente habla de demanda, obligan a reconocer que la ley exige que haya una demanda sobre resolución<sup>6</sup>.

Se ha discutido (en realidad todavía hoy se discute), si las normas que regulan el pacto comisorio, resolución convencional por falta de pago del precio en la compraventa, son de carácter excepcional, solo aplicables a ese tipo específico de negocio jurídico y, por lo tanto, de imposible aplicación por analogía a otros contratos, o si por el contrario esas normas consagran un principio de carácter general, aplicable por lo tanto a todos los negocios bilaterales o sinalmáticos, a saber: el de que la resolución convencional por incumplimiento no opera automáticamente por la simple realización de la hipótesis de terminación prevista en la respectiva cláusula contractual, sino que exige siempre de un pronunciamiento judicial.

Sobre este tema don LUIS CLARO SOLAR se pronunció de la siguiente manera:

Las obligaciones contractuales pueden estar sometidas a condiciones de que depende su eficacia; y esta regla es general y aplicable a todos los contratos, cualquiera que sea su naturaleza. La ley subentiende en los contratos bilaterales la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, que no opera de pleno derecho, por el solo hecho de que una de las partes no lo cumpla, sino que debe ser declarada por sentencia judicial. Esta condición resolutoria pueden también convenirla las partes expresamente en el contrato, sin que cambien por esto sus efectos; y por consiguiente, es necesario que el contratante que ha cumplido el contrato por su parte elija entre el cumplimiento

6 G. J., t. XLII, p. 180-187, tomada de Banco de Datos Jurídicos, Derecho Privado, Obligaciones y Contratos, Universidad Externado de Colombia, dir. TERESA G. VARGAS OSORNO.

o la resolución y el contratante moroso conserva el derecho de cumplir la obligación hasta que se dicte la sentencia firme que resuelva el contrato. Estos derechos emanan del contrato mismo; y aunque se haya estipulado que la falta de cumplimiento resuelve el contrato *ipso facto*, no desaparecen, porque ante todo los contratos se celebran para ser cumplidos. Desde que la resolución por no cumplirse lo pactado requiere una sentencia judicial que la declare, el contrato subsiste, mientras tanto y por lo mismo subsisten los derechos de los contratantes, del uno para exigir el cumplimiento forzando al contratante moroso al cumplimiento, del otro para cumplir voluntariamente la obligación en que se haya constituido en mora; lo que no podría ocurrir si el contrato quedara resuelto por el solo incumplimiento<sup>7</sup>.

Por consiguiente, de acuerdo con esta postura, podría afirmarse que lo único que reviste carácter excepcional en la disposición del artículo 1937 del Código Civil, es el plazo de 24 horas con que cuenta el comprador para paralizar la resolución, que corren a partir de la notificación de la demanda. Si se ha pactado resolución de pleno derecho en el evento de incumplimiento, no ya del comprador (o de este por incumplimiento de obligación distinta a la de pagar el precio) sino del vendedor; o si el pacto comisorio calificado (resolución *ipso facto*) es incluido en contrato diferente al de compraventa, siempre será necesario, para el acreedor cumplido, demandar la resolución y obtener sentencia que la declare, y hasta este momento el demandado podrá enervar la disolución del contrato, cumpliendo con las obligaciones a su cargo.

Con todo, es necesario reconocer que si el llamado pacto comisorio calificado o *ipso facto* permitiese al deudor incumplido frustrar la acción resolutoria pagando antes de la sentencia, la cláusula resolutoria expresa no se diferenciaría en nada de la cláusula resolutoria tácita regulada por el artículo 1546 del Código Civil, lo que la haría completamente inútil para el acreedor. Por tal motivo, y echando mano de aquella regla de interpretación de los negocios jurídicos conforme a la cual, el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, debe preferirse a aquel que conduzca al resultado contrario (C.C. art. 1620), estimamos que la cláusula resolutoria expresa por incumplimiento, en contratos diferentes al de compraventa, impiden al demandado pagar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda y en cualquier momento posterior dentro del transcurso del proceso. En otras palabras, si el acreedor optó por la resolución, y en el proceso se prueba el incumplimiento, el juez tendrá que decretar irremediamente la resolución.

7 L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Imprenta Nacimiento, Santiago de Chile, 1936, t. x. p. 215.

En el mismo sentido se pronuncia el profesor RAMÓN MEZA BARROS:

La parte que ha violado su obligación –dice– no tendrá oportunidad de enervar la acción resolutoria. La regla del art. 1879 [equivalente a nuestro art. 1937] que autoriza al deudor para hacer subsistir el contrato, pagando dentro de las 24 horas que siguen a la notificación de la demanda, es excepcional, como que limita el alcance de una estipulación de las partes, cuya voluntad es regularmente soberana<sup>8</sup>.

En la doctrina colombiana esta parece ser, también, la conclusión a la que llega el profesor GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ quien, al analizar la posibilidad de generalizar el pacto comisorio, afirma lo siguiente:

Aunque la ley lo establezca en punto del contrato de compraventa, extensivo al de permuta (art. 1958), es claro que puede estipularse en cualquiera otra especie de contrato, porque el incumplimiento de este puede lícitamente erigirse por los contratantes en una condición resolutoria expresa que nada le agrega ni le quita a la condición resolutoria tácita de todos los contratos bilaterales por el mismo motivo. Solo que al hacerlo desaparecerá el único efecto que la ley le atribuye, cual es el del plazo de gracia para el contratante incumplido, porque la disposición del art. 1937 es de excepción y, por ende, de interpretación restrictiva, y el juez no podría concederlo, porque su facultad para fijar plazos para el cumplimiento de las obligaciones solamente tiene cabida en los casos especiales que las leyes designen, lo que no han hecho respecto del ejercicio de la acción resolutoria en general (art. 1551)<sup>9</sup>.

La posición de CLARO SOLAR, en relación con la necesidad de un pronunciamiento judicial que resuelva el contrato a pesar de haberse pactado una cláusula resolutoria expresa, es suscrita, además de por MEZA BARROS, como ya se vio, por don ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, para quien la lógica, las reglas de hermenéutica y la necesaria coherencia del sistema adoptado por el legislador en esta materia, imponen tal conclusión.

Llegamos, pues, –dice– a la conclusión de que el pacto comisorio puede estipularse en cualquier contrato, sea unilateral o bilateral. Pero surge aquí otra cuestión muy importante: ¿por qué reglas se rige el pacto comisorio estipulado en un contrato que no sea el de compraventa? ¿Se le aplican las disposiciones que rigen el pacto comisorio, o se le aplican las reglas generales de la condición resolutoria ordinaria? La Corte Suprema en la sentencia en cuestión, dijo que no podría aplicársele las

8 R. MEZA BARROS, *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 5.<sup>a</sup> ed., Santiago de Chile, 1974, p. 81.

9 G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 1983, p. 578.

reglas del pacto comisorio, porque ellas sólo se referían a la compraventa, y que en el silencio de la ley, había que considerarlo como condición resolutoria ordinaria y aplicarle los principios generales, según los cuales, la resolución se produce de pleno derecho una vez cumplida la resolución. En nuestro concepto, la opinión de la Corte Suprema no guarda relación con la lógica: aceptar la estipulación del pacto comisorio en todos los contratos y negarle enseguida los efectos de tal, es ilógico: si se acepta el principio, lógicamente hay que aceptar también las consecuencias. Por otra parte, si la ley no ha reglamentado el pacto comisorio sino en la compraventa, las reglas de hermenéutica nos dicen que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, y por lo tanto, debemos aplicar las mismas reglas, argumentando *a pari* o por analogía. Pero hay una razón mucho más convincente: el estudio de todas las reglas que se refieren al pacto comisorio y a la condición resolutoria tácita, nos permiten ver que en ningún caso de infracción de las obligaciones que el contrato impone, el legislador ha aceptado que se resuelva de pleno derecho, porque, como lo hemos dicho, la ley no ha querido dejar entregada la suerte del contrato en manos del contratante negligente o de mala fe que falta a su obligación. En ninguna parte la ley ha equiparado el pacto comisorio a la condición resolutoria ordinaria, y pensar de otra manera sería contrariar los propósitos del legislador<sup>10</sup>.

Como puede observarse, y a diferencia de lo que ocurre con los análisis de CLARO SOLAR, MEZA BARROS y OSPINA FERNÁNDEZ, el de ALESSANDRI conduce inclusive a aplicar la restricción, en cuanto al plazo de 24 horas que la ley (art. 1937 del C. C.) le da al comprador, a toda condición resolutoria expresa por incumplimiento, sin importar el tipo de contrato de que se trate.

Algún sector de la doctrina chilena reciente pareciera confirmar la tesis que ha venido exponiéndose.

La jurisprudencia —dice JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA— ha decidido, reiteradamente, que el pacto comisorio es susceptible de estipularse no sólo a propósito de la obligación del comprador sino que también respecto de la obligación del vendedor; y no sólo en el contrato de compraventa sino que, en general, en todos los contratos.

Y agrega, refiriéndose al pacto comisorio que opera de pleno derecho:

El artículo 1879 del Código Civil se refiere al pacto comisorio calificado en la compraventa, en caso de que el comprador no pague el precio. La disposición se ha prestado a dificultades, por cuanto altera el sentido de la convención al prescribir que, a pesar de que los contratantes estipularon que la compraventa quedaría *automáticamente* sin efecto, el comprador puede hacerla subsistir, pagando con retraso dentro del plazo de 24 horas contadas desde la notificación judicial de la demanda. La jurisprudencia ha decidido que lo dispuesto en el 1879 es

10 A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, cit., p. 203.

excepcional, teniendo aplicación exclusivamente en el contrato de compraventa, cuando el comprador no paga el precio. De modo que si se celebra pacto comisorio calificado respecto a la obligación del vendedor de entregar la cosa o respecto a las obligaciones que otros contratos imponen a las partes, y se cumple la condición, es decir, una de las partes no cumple oportunamente la obligación que le incumbe, el contrato queda definitivamente resuelto, de pleno derecho, y sin que opere el plazo de gracia de 24 horas establecido en el artículo 1879<sup>11</sup>.

Hay que reconocer, no obstante, que la lectura de este pasaje de la obra del profesor LÓPEZ SANTA MARÍA deja la duda de si la resolución de "pleno derecho" exige o no declaración judicial, o si solo se refiere a que el plazo de 24 horas no juega en contratos distintos al de compraventa.

Cualquiera que sea el caso, los argumentos que podrían darse para sustentar la tesis de la necesidad de un pronunciamiento judicial previo, a instancias de la parte cumplida, son de la más variada índole. Empero, todos encuentran su sustento en la necesaria coherencia del sistema y en la necesidad de ajustarse al espíritu que anima la reglamentación del ejercicio de la autonomía privada en los códigos.

En primer lugar porque si el efecto vinculatorio del contrato surge del acuerdo de dos voluntades, es lógico pensar que la disolución del vínculo, en principio, debe efectuarse de la misma forma, tal cual lo prevé el artículo 1625 del Código Civil.

En segundo lugar porque la resolución por voluntad de una sola de las partes presenta serios peligros para el deudor, en la medida en que su interés en el contrato queda, en cierto modo, a merced del acreedor.

En tercer lugar, y esto es consecuencia de lo anterior, porque ese mecanismo implica que una de las partes se imparte justicia a sí misma. Ella, por sí y ante sí, decide si ha habido incumplimiento de la otra, y lo califica en cuanto a su gravedad. Si el deudor no está de acuerdo con la decisión de su acreedor, no tendrá más camino que demandarlo para que sus perjuicios le sean indemnizados. Pero pierde, sin haber sido oído previamente, el contrato y el beneficio que esperaba obtener de él. En cuarto lugar, porque el fin práctico que se persigue al afirmar la no necesidad de acudir al juez para dar por resuelto el contrato, y que no es otro que el de permitirle al acreedor tomar rápidamente decisiones respecto de la colocación de sus recursos en el mercado y aun el de buscar en otra parte la satisfacción de su interés, pierde peso, a nuestro modo de ver, frente a otros mecanismos con los que el ordenamiento provee a la adecuada tutela de sus derechos. Es el caso de la excepción de contrato

11 J. LÓPEZ SANTA MARÍA, cit., p. 421.

no cumplido, prevista por el artículo 1609 del Código Civil. Ante el incumplimiento de una de las partes la otra puede negarse a cumplir. Este mecanismo de defensa le permite al acreedor, mientras el juez declara la resolución, obtener los fines prácticos a los que, como ya se dijo, se acude para justificar, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la ineficacia automática del contrato. En fin, una quinta razón sería la de que los contratos se celebran para cumplirse, motivo por el cual, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor siempre debe conservar la posibilidad de exigir la ejecución forzada del contrato, que desaparecería si la resolución fuese automática, y así mismo, al deudor debe dársele la oportunidad de rectificar su comportamiento, esto es de satisfacer el interés del acreedor.

La doctrina colombiana, en general, asume la tesis tradicional, la del carácter imprescindible de la declaración judicial. No se presta a dudas, tampoco, el que el pacto comisorio, regulado solo para el incumplimiento en el pago del precio en la compraventa, puede ser acordado también para el caso de incumplimiento de otras obligaciones a cargo del comprador, al menos si estas revisten de cierta importancia. Tampoco que pueda estar referido al incumplimiento no ya del comprador, sino del vendedor. E igualmente, nada se opone a la posibilidad de incluirlo en cualquier otro tipo de contrato, unilateral o bilateral. En este sentido podríamos citar, además de a GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ<sup>12</sup>, al profesor RICARDO URIBE-HOLGUÍN, quien juzga que, no obstante la falta de un régimen legal general sobre la materia, los textos relacionados con el pacto comisorio en la compraventa (arts. 1930, 1932 y 1933 a 1938 del Código Civil), son “aplicables por analogía a cualesquiera otros contratos de la misma naturaleza, cuales son el de promesa, generador de obligaciones de hacer, y los que las producen de permitir algo por determinado precio (v. gr., la entrada a presenciar espectáculo público o a participar en juegos o apuestas)”<sup>13</sup>; y al profesor ALBERTO TAMAYO LOMBANA, quien señala que “nada obsta para que pueda estipularse (el pacto comisorio) en otro contrato, con fundamento en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad”<sup>14</sup>.

12 Cfr. Nota 9.

13 R. URIBE-HOLGUÍN, *De las obligaciones y del contrato en general*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 233.

14 A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 1998, t. II., p. 282. En el mismo sentido, “pues no hay prohibición alguna que haga de esa cláusula resolutoria por inejecución una cláusula ilícita”, aunque restringe la posibilidad de pactar un pacto comisorio solo a los contratos bilaterales, SILVIA NAVIA REVOLLO, *La resolución por autoridad del acreedor*, Universidad Externado de Colombia, tesis de grado, 2007, pp. 81 y ss. No se pronuncian explícitamente sobre la posibilidad de extender el pacto comisorio a otros contratos: J. RODRÍGUEZ FONNEGRA, *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, Ediciones Lerner, Bogotá, 1960, pp., 952 y ss; y, C. GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., pp. 111 y ss.

También pareciera haber unanimidad en cuanto a la necesidad de acudir al juez para obtener la resolución, sin que al respecto tenga ninguna importancia la modalidad que pueda asumir la cláusula resolutoria expresa: simple o de plano o ipso facto. El rector y profesor FERNANDO HINESTROSA es claro sobre el particular.

De plano, ipso jure, —dice— no se resuelven los negocios por incumplimiento, pues sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que ante el hecho del no pago afirmado por él, de suyo discutible y rebatible, se concibe la irresponsabilidad del deudor por prueba de circunstancias exoneradoras. La propia hipótesis que el código trae de resolución automática, por efecto del pacto comisorio (1935), no opera de por sí e impone al vendedor la carga de requerir a su comprador, quien podrá enervar la demanda, “pagando el precio a lo más tarde, en las 24 horas siguientes a la notificación judicial (1937)”<sup>15</sup>.

URIBE-HOLGUÍN es igualmente explícito. “La resolución —dice— jamás se produce *ipso facto*, a pesar de que por el art. 1937 parezca decirse lo contrario. Siempre debe ser *pedida*, y siempre tiene que ser *declarada judicialmente*. Además, nunca excluye la opción que a la parte que la pide le reconocen los arts. 1546 y 1930”<sup>16</sup> (Resalta el propio autor). TAMAYO LOMBANA, por su parte, acoge la opinión que, en idéntico sentido, había expresado el profesor PÉREZ VIVES<sup>17</sup>. En fin, OSPINA FERNÁNDEZ se coloca en la misma línea de pensamiento cuando afirma:

A diferencia del derecho francés, en el cual, según hemos visto, el pacto comisorio calificado por los contratantes como de resolución automática o de pleno derecho del contrato tiene como efecto la prescindencia de la aleatoria intervención judicial, el art. 1937 transcrito no acepta esa resolución automática, como quiera que expresamente exige la presentación de una demanda, o sea, el ejercicio de la acción resolutoria, lo que ya le quita todo interés al pacto para el contratante insatisfecho, quien así queda en las mismas condiciones que si hubiera estipulado un pacto comisorio simple (?), o no hubiera estipulado ninguno<sup>18</sup>.

Por último, y a pesar de lo fastidioso de tantas citas doctrinales, nos parece interesante mencionar la opinión de Bonivento Fernández, referida no ya a la compraventa sino al contrato de suministro, y más concretamente al artículo 973 del Código de Comercio que dice:

15 F. HINESTROSA, *Curso de obligaciones. Conferencias*, Publicación de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 1960, pp., 295 y 296.

16 R. URIBE-HOLGUÍN, *cit.*, p. 234.

17 Cfr. A. TAMAYO LOMBANA, *cit.*, p. 282.

18 G. OSPINA FERNÁNDEZ, *cit.*, p. 577.

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.

Al hacer la exégesis correspondiente, el citado profesor se pronuncia así:

se podrá pensar que la terminación del contrato de suministro, que prevé el artículo 973, es extrajudicial, como acontece con la consagrada en el artículo 977, y que, por tanto, no requiere de declaración judicial en tal sentido. Pero creemos que no. La terminación de que trata el artículo 973, es siempre judicial, porque, como es sabido, en nuestra organización de derecho privado, el mecanismo de aniquilamiento de un contrato por incumplimiento, descansa, fundamentalmente, en la movilización del aparato jurisdiccional en procura de ese cometido. Con mayor razón cuando las circunstancias, que destaca dicho precepto, son de una evidente complejidad y hasta subjetividad en su calificación, que no podría dejarse al arbitrio, motu proprio, de uno de los contratantes, el rompimiento del contrato con un simple aviso, en tratándose del proveedor el que pretenda darlo por terminado<sup>19</sup>.

La doctrina que se ha expuesto hasta ahora, aparentemente bien justificada, tanto desde la óptica de la lógica formal como desde el punto de vista histórico, por los antecedentes y evolución de la figura, remonta su origen, como ya se dijo, a la *lex commissoria* del derecho romano. Su uso generalizado en el tráfico jurídico a partir de la Edad Media, reforzado por el anhelo de justicia conmutativa en el campo del derecho privado, caro a los teólogos y canonistas medievales, permitió presumirla pactada en todo contrato bilateral, de modo que era apenas natural que el legislador, consultada la autoridad de Pothier, la consagrara expresamente. Se llegó así al texto del artículo 1184 del *Code Napoléon*:

La condición resolutoria está siempre implícita en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual la obligación no se ejecutó, tiene la opción de forzar a la otra a ejecutar la convención cuando ello es posible, o demandar la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada ante la justicia, y puede concederse al demandado un plazo de gracia según las circunstancias.

19 J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, cit., t. II., p. 177. A la misma conclusión general a la que ha venido haciéndose referencia, llega la tesis de grado de SILVIA NAVIA REVOLLO: "Lo cierto es que, a excepción del contrato de seguro (art. 1071 del Código de Comercio), en el ordenamiento jurídico colombiano existe la obligación de acudir a la jurisdicción ordinaria para que sea un juez de la república el que declare la resolución de los convenios". *La resolución por autoridad del acreedor*, cit., p. 206.



Es, con algunas diferencias sensibles, la condición resolutoria tácita de nuestro artículo 1546 del Código Civil. En las dos legislaciones, la necesidad de una declaración judicial previa no se remite a ninguna duda, ni en esta hipótesis ni en la de cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio (arts. 1935, 1936 y 1937 del Código Civil).

No es posible desconocer, sin embargo, el hecho del ritmo lento, a veces desesperante, de la administración de justicia, como tampoco el imperativo, reclamado por el comercio, de imprimirle velocidad al intercambio de bienes y servicios. Y, por supuesto, como consecuencia de lo anterior, la alta conveniencia de definir cuanto antes la situación jurídica, potencialmente litigiosa, del acreedor frente al incumplimiento de su deudor. Estas circunstancias han hecho que el péndulo haya comenzado a desplazarse en la dirección contraria. La tendencia es la de darle paso al unilateralismo, esto es, a reconocerle al acreedor el poder para ponerle fin a la relación contractual, con o sin convenio a propósito, pero atemperada esa facultad por el principio de solidaridad, que no es otra cosa que la lealtad y corrección con que el acreedor debe actuar respecto de su deudor. Hoy, por consiguiente, los modernos códigos civiles, comenzando por el BGB.<sup>20</sup> (modernizado en el año 2002), pasando por el *Codice Civile* italiano de 1942, y siguiendo, sin que la lista sea exhaustiva, con los de Perú, Brasil, Quebec y los Países Bajos, franquean esa posibilidad al acreedor. Paradigmático a este propósito, como resultado de una larga y a veces penosa evolución doctrinal y jurisprudencial, a la que nos referiremos más adelante, es el anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Libro III, Título III, "De las Obligaciones" conocido como Proyecto Catala, y cuya suerte, aún incierta, depende del Parlamento y de la voluntad política del gobierno de turno. Su artículo 1158 dispone:

En todo contrato la parte a la que no le haya sido ejecutada la obligación o lo haya sido imperfectamente, puede optar entre perseguir la ejecución de ella, o provocar la resolución del contrato, o reclamar daños y perjuicios, los que, llegado el caso, pueden sumarse a la ejecución o a la resolución. Si opta por la resolución, el acreedor puede, bien demandarla al juez, o bien constituir al deudor en mora conminándolo para que ejecute su compromiso en un término razonable, a falta de lo cual tendrá derecho a resolver el contrato. En el evento de que la inejecución persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato dando las razones que la motivan. Esta declaración producirá efectos desde su notificación a la otra parte<sup>21</sup>.

20 Véanse los §§ 326 y 346.

21 *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, traducción de F. HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

En suma, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor, sin necesidad de demanda judicial, puede dar por terminado el contrato. Si el deudor está conforme con la decisión adoptada por el acreedor, será él quien tenga que demandar. No hay ninguna dificultad en esto cuando el propio legislador prevé tal posibilidad y cuando él mismo, habida cuenta de los intereses en juego, establece el *modus operandi* de la figura. Cosa distinta ocurre, en nuestra opinión, cuando el ordenamiento guarda silencio, como en el caso en el código de BELLO y en el colombiano. Aquí, por las razones que hemos expuesto, la intervención *ex ante* del juez parece imponerse.

No obstante ello y la existencia en los dos países, de un sólido y autorizado respaldo doctrinal en tal sentido, lo cierto es que, al menos así es en Chile, hoy la mayoría de los autores proponen una nueva exégesis del conjunto de disposiciones que regulan la figura de la condición resolutoria por incumplimiento. Y a partir de ella concluyen, sin mayores dificultades, en la perfecta posibilidad de la resolución convencional de pleno derecho, pacto cuya eficacia descansa en el principio angular de la autonomía privada o de la voluntad y, muy particularmente, en la regla *pacta sunt servanda*: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes" (art. 1602 del Código Civil).

En efecto, como frente a la clara regulación del pacto comisorio en la compraventa (arts. 1877 a 1880 del Código Civil chileno, equivalentes a los arts. 1935 a 1938 del colombiano), es imposible negar que el acreedor debe demandar judicialmente la resolución, es obvio que la pregunta es la de si esas normas deben ser aplicadas analógicamente a otros contratos. ¿Donde hay la misma razón, no debe existir la misma disposición? La doctrina clásica se pronuncia, como ya se vio, por una respuesta afirmativa. ¿O será que, por tratarse de normas de carácter restrictivo, no admiten aplicación extensiva por analogía? Si este fuese el caso, debería entonces dársele prelación al expreso querer de las partes. Se plantea así una especie de dialéctica en la que, por un lado, las posibilidades de la aplicación analógica van disminuyendo, mientras que, por el otro, crecen las de atender la voluntad de las partes.

Tal parece ser el modo de razonar del profesor DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO, cuando afirma:

La admisibilidad del pacto [se refiere al comisorio] más allá de la obligación de pagar el precio en la compraventa deja pendiente el problema de las normas por las que se gobierna en tales otras materias, para cuya solución debe considerarse la circunstancia de existir dos categorías: simple y calificado, cuya base se encuentra en las expresiones del art. 1879. En apreciación general, puede consignarse que existiendo en la materia una situación específica reglada (la del pacto comisorio en la compraventa para la obligación de pagar el precio), al admitirse su aplicación a otros campos se van proponiendo situaciones que escalonadamente se alejan de aquella inicial reglada. Entonces, se va produciendo un combate entre un argumento y un principio usado como argumento (la analogía y la libertad contractual), los cuales

van exhibiendo diverso vigor según la distancia a que se encuentra la situación propuesta de la inicial reglada. Y puede concluirse: mientras la situación planteada más se aleja de la expresamente regulada, en esa misma medida se va debilitando la analogía y cobrando vigor el principio de la libertad contractual<sup>22</sup>.

Sentados de esta manera los parámetros de su análisis, enseguida el profesor PEÑAILILLO pasa a aplicarlos a la figura en estudio, con los siguientes resultados: en tratándose del llamado pacto comisorio simple, o sea, de la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del Código Civil, pero pactada expresamente, nada se opondría a una aplicación analógica del artículo 1935, para el caso en que el incumplimiento no se refiera a la falta de pago del precio, sino al de otras obligaciones a cargo del comprador. Tampoco debe excluirse la aplicación analógica si el pacto se refiere al incumplimiento de las obligaciones, no ya del comprador, sino del vendedor. A fin de cuentas, la situación planteada: el contrato de compraventa, es la misma. Para otro tipo de contratos, aunque se produce un evidente alejamiento de la situación regulada por el legislador, lo que *prima facie* debilita la aplicación analógica, debe optarse por la misma solución. En otros términos, para nuestro autor, no hay duda: el pacto comisorio simple, cualquiera que sea el contrato en que se lo incluya, exige de un pronunciamiento judicial previo<sup>23</sup>. Cosa distinta ocurre cuando el pacto comisorio es calificado. En esta hipótesis las situaciones son tan dispares, que no hay más remedio que el de descartar la analogía, para atenerse rigurosamente al querer de las partes. En consecuencia, la resolución debe operar de pleno derecho, sin necesidad de intervención judicial, salvo en el caso obvio, por previsión expresa del legislador, del no pago del precio en la compraventa<sup>24</sup>.

Estimamos que es de rigor presentar, así sea de manera breve, las razones que sustentan la tesis de la libertad contractual, a pesar de no compartir

22 D. PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 420-421.

23 "*Si se estipula (el pacto comisorio simple) en la compraventa para otras obligaciones. Ya surge la discusión. Se ha sostenido que deben aplicarse las mismas reglas, por analogía, la cual en esta primera incursión en el terreno de lo no regulado presenta bastante vigor. En esta postura, además de operar mediante sentencia, se aplicaría también la regla de la prescripción, de 4 años (art. 1880) en lugar del plazo general de prescripción extintiva de 5 años. En contra (el autor se refiere aquí a la posición adoptada por René Abeliuk), se sostiene que fuera de la situación específicamente reglada debe prevalecer la libertad contractual, respecto de la forma como opera, se postula que debe aplicarse supletoriamente la solución dada por la ley para la misma situación, es decir, la de la condición tácita, y opera, por tanto, previa sentencia judicial, pero no se aplica el plazo especial de prescripción de 4 años. Se estipula en otros contratos. Las posiciones son las mismas. Sólo que, estando aquí más alejados de la situación específica reglada, el argumento de la analogía va perdiendo fuerza (y recíprocamente le va ganando el principio de la libertad contractual)". Ibid., pp. 421-422.*

24 Ibid., pp. 424 y 434.

plenamente la tesis del debilitamiento paulatino de la aplicación analógica. Y no la compartimos por dos motivos. El primero es que la única regla que presenta verdaderamente un carácter excepcional y, por lo tanto exige una interpretación estricta, es el plazo de 24 horas que le concede al comprador el artículo 1937 del Código Civil para hacer el pago. Para nosotros carece además de importancia el hecho de que la condición resolutoria por incumplimiento solo hubiese sido contemplada dentro de la reglamentación del contrato de compraventa, pues esa es una circunstancia que tiene, como se indicó, una explicación histórica. El segundo es que el principio de la libertad contractual no permite, al menos en el estado de la legislación vigente, descartar la intervención previa del juez, prevista para la condición resolutoria tácita y para el pacto comisorio simple y calificado, es decir, para todas las hipótesis de resolución por incumplimiento. La justificación de este aserto no es otra que la prohibición de hacerse justicia a sí mismo, que es un principio de orden público.

Para ello, por su claridad y poder de síntesis, echaremos mano a la obra de RENÉ ABELIUK. De los varios argumentos que ofrece en apoyo de la tesis positiva, el más importante es, desde luego, el de la libertad contractual, a la que hay que darle plena eficacia.

Es —dice— lo que las partes han estipulado: que el contrato se resuelva de pleno derecho, que no haya intervención judicial, que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento ni juicio alguno, ipso facto, inmediatamente por el solo incumplimiento, etc., y no se divisa qué razón puede haber para prescindir de la convención de los interesados. —Y agrega—: no se ve en qué sentido ella podría vulnerar las buenas costumbres o el orden público<sup>25</sup>.

Para nosotros, como ya se dijo, esta razón no es decisiva. Sin embargo, es suscrita, sin mayor discusión, por la más reciente doctrina chilena. Ya vimos que ese era, precisamente, el punto de partida de la argumentación de PEÑAILILLO. E, igualmente, adhieren a este punto de vista los profesores FERNANDO FUEYO LANERI y CARLOS PIZARRO WILSON. El primero de ellos, en forma por lo demás escueta, dice:

Las legislaciones no contemplan expresamente la resolución convencional; pero, unánimemente, se estima que tal convención concuerda con el principio de la autonomía de la voluntad y por ese camino se le ha hecho pleno reconocimiento, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia<sup>26</sup>.

25 R. ABELIUK, *Las obligaciones*, Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile, 4.ª ed., Bogotá, 2001, t. 1, p. 481.

26 F. FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., actualizada por el profesor GONZALO FIGUEROA YÁNEZ, Santiago, 2004, p., 329.

Para el segundo,

si las partes han escogido la sanción al incumplimiento del contrato, ¿qué podrá justificar restringir esta libertad para al acreedor demandar la resolución y entregar al deudor la facultad de enervar la resolución pagando en las veinticuatro horas siguientes a la notificación? La idea de judicializar el pacto comisorio calificado repugna a su esencia. La interpretación de su régimen debe estar inspirada en la aplicación del efecto resolutorio<sup>27</sup>.

En segundo lugar, porque si la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza del contrato, por definición las partes podrían, no solo descartarla en virtud de su acuerdo, sino alterarla, "sometiéndola a otros requisitos, y también sus efectos, y entre ellos el momento y forma en que opera"<sup>28</sup>. A lo que podría replicarse que, si los elementos de la naturaleza del contrato son las cosas que, "no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial" (art. 1501 del Código Civil), en efecto nada se opone a que las partes los excluyan, no así a que los modifiquen, al menos si tal modificación repercute, como parece ser el caso aquí, en lo que constituye la esencia misma de la obligación civil, a saber: la posibilidad del acreedor de exigir judicialmente su cumplimiento. No hay obligación civil sin acción judicial (art. 1527 del Código Civil) y el pacto resolutorio automático, inevitablemente, la dejaría sin ella, al hacer desaparecer la posibilidad de una ejecución forzada de la obligación. La contrarréplica, y esta sería una tercera razón en beneficio de la tesis moderna, es que de acuerdo con el artículo 1544 del Código Civil, el acreedor podría renunciar a la condición resolutoria y, por lo tanto, exigir el cumplimiento de la obligación. Dice, en efecto, dicha norma, que

cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que esta haya sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá este, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere.

La fuerza de este contraargumento tampoco nos parece decisiva, porque la norma se refiere al hecho de que la obligación sometida a una condición resolutoria debe ejecutarse desde un principio como si fuera pura y simple, es decir, que el supuesto de hecho consiste en que la obligación se cumplió y por ello, precisamente, hay lugar a la restitución. Lo que evidentemente no sucede en la figura que nos ocupa, en la que el punto de partida, la situación de base,

27 C. PIZARRO WILSON, "Las cláusulas resolutorias en el derecho chileno", en *Temas de contratos. Cuadernos de análisis jurídicos*, Colección Derecho Privado III, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 252.

28 R. ABELIUK, cit., t. I., p. 481. En igual sentido, D. PEÑAILLO ARÉVALO, cit., p. 425.

es exactamente la opuesta: la obligación no se ejecutó, hubo incumplimiento del deudor. Pero, por sobre todo, por un imperativo lógico, porque como lo afirma PEÑAILILLO,

tratándose de un pacto comisorio en el que se está postulando que opera de pleno derecho, es difícil admitir que pueda el acreedor renunciar a la resolución, pues, precisamente, se está sosteniendo que ya al acaecer el evento del incumplimiento, se resolvió; así, después ya no habría manera de detener esa resolución, porque ya se produjo<sup>29</sup>.

Por supuesto, además de los ya explicados, la doctrina ha avanzado otros argumentos, de valor variable, en pro de la no intervención judicial. No es el caso de pasarles lista y de hacer un juicio crítico de ellos en esta oportunidad. Con todo, no quisiéramos dejar de mencionar, así sea sumariamente, el de la sanción al incumplimiento contractual, expuesto por CARLOS PIZARRO WILSON.

La resolución emanada del pacto comisorio calificado, forma parte, –dice– también de las sanciones al incumplimiento contractual. Por lo mismo, el pacto comisorio no resulta ajeno a la fuerza obligatoria del contrato. Las partes han establecido que para el caso de incumplimiento el vínculo contractual se resolverá de pleno derecho. Se trata de una sanción al incumplimiento prevista expresamente por las partes. Su aplicación constituye una manifestación de la fuerza obligatoria. Este principio, el de la fuerza obligatoria, no debe entenderse como la necesidad de cumplir el contrato, sino que frente al incumplimiento, el acreedor debe escoger la sanción más adecuada para satisfacer su interés al momento de celebrar el contrato<sup>30</sup>.

¿Sanción sin intervención judicial? ¿Es ello posible, jurídicamente hablando, en particular desde el punto de vista constitucional? En adición a la resolución judicial, ¿no constituye sanción suficiente y, a la vez, mecanismo adecuado de protección del interés del acreedor, la posibilidad que tiene este de suspender, a su turno, la ejecución de las obligaciones a su cargo, de plantear la *exceptio non adimpleti contractus*?

A pesar de la tendencia, podría decirse que universal, a permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al menos por ahora, se mantienen firmes en la necesidad de la intervención judicial, tal como se explicó atrás. Existen para ello razones de peso, que si bien no cierran de manera definitiva la posibilidad de una apertura o, mejor, de una evolución en sentido favorable al reconocimiento del poder del acreedor para dar por terminado el contrato cuando su contraparte

29 *Ibíd.*, p. 427.

30 C. PIZARRO WILSON, *cit.*, pp. 248-249.

incumple, al menos si esa facultad resulta de cláusula a propósito, sí aconsejan, en cambio, un tratamiento riguroso que proteja el interés de las dos partes, no solo el del acreedor. Se requiere de una reglamentación precisa del ejercicio de esa potestad a fin de evitar caer en un automatismo que podría resultar en extremo peligroso para el deudor. Lo lógico es que lo haga la ley. Pero en su ausencia, el vacío podría suplirse por la vía jurisprudencial.

En este sentido, un primer paso (hasta donde llegan nuestros conocimientos el único) hacia el reconocimiento de la posibilidad de resolución sin intervención judicial, fue dado por el tribunal de arbitramento que dirimió la controversia entre Terpel de la Sabana S. A. (parte convocante) y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. (partes convocadas). Uno de los puntos litigiosos fue, precisamente, el de la legalidad o injusticia de la terminación unilateral del contrato de suministro existente entre ellas, decidida por las convocadas invocando varios incumplimientos de aquella y una cláusula que establecía la terminación del contrato "por el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea subsanado en un término máximo de 8 días".

El laudo, proferido el 19 de agosto de 2005, se pronunció sobre el tema que nos ocupa, así:

Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos (doctrina, jurisprudencia e incluso ley), a la cual no tendría por qué sustraerse el nuestro, es la de aceptar la legitimidad de la "cláusula resolutoria expresa", que se volvió usual en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada de larga duración, que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor, sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, pero con interpretación restrictiva sujeta a requisitos severos, tanto en su formulación, como, especialmente, en su empleo, y dejando a salvo la protesta de la contraparte y su derecho a acudir al juez para que declare la ilegalidad o la falta de justificación de su aplicación, y de ese modo obtener, según sea del caso, un pronunciamiento que restablezca el contrato, con indemnización, o sin más, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura indebida.

Y poco más adelante concluye:

Admitida la posibilidad de terminación unilateral del contrato de suministro por incumplimiento, todo persuade de que cuando se esgrime esa atribución como proveniente de cláusula contractual que autoriza prescindir del pronunciamiento judicial previo, es menester que dicha cláusula sea nítida y terminante, cuanto lo primero, en la puntualización de las obligaciones cuyo incumplimiento tiene relevancia, y seguidamente, que el acreedor haga la prevención del caso, pero otorgando al deudor moroso un término congruo, prudencial, esto es, razonable, para la subsanación de su falla. De otra manera se estaría autorizando al acreedor

para que con un requerimiento simple o relativo a un término exiguo, termine el contrato al calor de su explosión emocional o de su disgusto, sin miramiento por los principios de salvación del contrato (*favor contractus*) y de lealtad y corrección debidas por cada contratante al otro.

Sí, entonces, de acuerdo con este fallo, a la resolución de pleno derecho por incumplimiento, pero se trata de un sí condicionado, con restricciones para evitar abusos. En el caso concreto decidido por el tribunal de arbitramento, no se admitió la legalidad de la terminación decretada por las convocadas, porque

la sola lectura de la cláusula deja ver a las claras que se trata de una cláusula estándar, de una cláusula resolutoria típica, que, dados sus términos genéricos, es asimilable a un pacto comisorio simple, cuyo ejercicio exige demanda y pronunciamiento judiciales. Allá no se señalaron expresa y ciertamente las obligaciones cuyo incumplimiento daría lugar a la terminación unilateral, y sobre todo, el término "preaviso" común para todo evento (ocho días), no concuerda con la exigencia de razonabilidad y equidad correspondientes al rigor con que se ha de tratar la estipulación y el procedimiento excepcionales.

En esta dirección se mueven los países que no cuentan con una reglamentación general sobre la resolución por autoridad del acreedor.

## B. Modus operandi

En efecto, en los sistemas jurídicos en los que se ha admitido que la resolución convencional de pleno derecho pueda operar sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, como es el caso en Francia, la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata<sup>31</sup>.

En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, "que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que él engendra, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula"<sup>32</sup>. Por su parte, PHILIPPE MALAURIE y LAURENT AYNÈS, comentan a este propósito:

31 Para la redacción de este acápite hemos seguido muy de cerca, las más de las veces con transcripción literal de textos, las consideraciones que se hicieron en el ya citado laudo arbitral de agosto 19 de 2005.

32 GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, *Traité de Droit Civil* sous la direction de Jacques Ghestin. *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3e édition, Paris, 2001, p. 659.



La cláusula resolutoria le retira al juez su poder de apreciación. Pero el juez, en el estado actual del derecho, tiene una tarea doble que no se muestra a primera vista: verificar si ha habido incumplimiento e interpretar la cláusula. Se pregunta si, además, no tendría un poder moderador a propósito. Ante la demanda del deudor, luego de que el acreedor decidió romper el contrato, él verifica si hubo inexecución: es menester que se trate de una de las obligaciones previstas por la cláusula. El acreedor solamente puede proceder a esta ruptura unilateral cuando la cláusula se lo permite, lo que envuelve un problema de interpretación.

Y agregan:

La interpretación de las cláusulas resolutorias por la jurisprudencia es estricta y en ella impera un formalismo riguroso, a menudo ligado al automatismo de los efectos de la cláusula. Por ejemplo, si la cláusula se limita a prever "*la resolución en caso de incumplimiento*", los tribunales deciden que ella es un mero reenvío al art. 1184 y no suprime la obligación de recurrir al juez, como tampoco la de constitución en mora. La cláusula que estipula la "*resolución de pleno derecho*" en caso de incumplimiento dispensa de tener que recurrir al juez, pero no de la constitución en mora para verificar la inexecución. La única cláusula que implica la resolución automática por el hecho del incumplimiento al vencimiento de un término es aquella que estipula la "*resolución de pleno derecho sin requerimiento*" en caso de inexecución luego del vencimiento del término<sup>33</sup>.

En segundo lugar, se hace un control estricto de la constitución en mora del deudor, tanto más en los casos en los que la ley exige un requerimiento especial<sup>34</sup>. En fin, los jueces ejercen un control estricto de la buena fe del acreedor, a pesar de que, como lo anotan MALAURIE y AYNÈS,

tradicionalmente, la cláusula resolutoria de pleno derecho excluye los poderes que el artículo 1184, inciso 3º confiere al juez, lo que ha implicado ciertos abusos. Por ejemplo, la resiliación de un arrendamiento comercial por una culpa mínima puede causar al arrendatario un perjuicio considerable. Algunos autores desearían la extensión a esta cláusula del poder moderador que el juez posee respecto de la cláusula penal. La jurisprudencia lo ha negado, salvo, con muchos rodeos y sobre todo en caso de mala fe del acreedor, cada vez más acogido, especialmente en la práctica arbitral de contratos internacionales<sup>35</sup>.

Buena fe que debe ser entendida no solo en su manifestación pasiva de no abstenerse de ejecutar las propias obligaciones, sino en forma activa, lo que implica para el acreedor haber cooperado con el deudor en el cumplimiento de las

33 PH. MALAURIE y L. AYNÈS, *Cours de Droit Civil. Les Obligations*, Éditions Cujas, Paris, 1999, p. 440.

34 Cfr. GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, *cit.*, p. 661; y, Ch. LARROUMET, *Teoría general del contrato* (trad. Jorge Guerrero), Editorial Temis, Bogotá, 1993, t. II., p. 162.

35 PH. MALAURIE y L. AYNÈS *cit.*, pp. 440- 441.

obligaciones a cargo de este. O, para decirlo con palabras de GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, "el acreedor no debe simplemente cumplir de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inexecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento"<sup>36</sup>.

Para definir si un determinado incumplimiento puede dar o no lugar a la resolución o terminación del contrato (resiliación), es necesario dilucidar dos puntos fundamentales: 1). ¿El incumplimiento parcial de una obligación esencial o principal, es suficiente por sí solo, independientemente de su significación en la economía del contrato y en la finalidad que este está llamado a cumplir? 2). ¿El incumplimiento, total o parcial, de una obligación secundaria es suficiente para que opere la resolución, judicial o por autoridad del acreedor? La respuesta a estos interrogantes está necesariamente relacionada con el papel que deba reconocérsele a la noción de causa y al principio de la buena fe en el campo de la eficacia e ineficacia negociales.

Tradicionalmente la jurisprudencia nacional ha considerado que el incumplimiento total o simplemente parcial de una obligación principal, así como el de cualquier obligación accesoria o secundaria que surja del contrato, da lugar al pronunciamiento de la resolución del contrato. Así, por ejemplo, la Sala de Negocios Generales dijo, en sentencia de abril 29 de 1935 lo siguiente:

Como se ve, la disposición transcrita (art. 1546 del C.C.) está concebida en términos generales; establece la condición resolutoria para el caso de que no se cumpla por uno de los contratantes lo pactado, pero no dice si para la efectividad de tal condición se requiere que la inexecución haya sido completa o si basta que haya sido parcial. El asunto, sin embargo, no me parece discutible en el derecho colombiano desde luego que el artículo 1932 del Código Civil deja comprender claramente que la acción resolutoria tiene cabida en caso de inexecución parcial de una obligación contractual como es la de pagar el precio en el contrato de compraventa.

Y más adelante:

Respecto de otras obligaciones contractuales distintas de la de pagar el precio, no veo motivo para poner en duda que la falta de ejecución, aunque sea parcial, por parte de uno de los contratantes, dé también lugar a la acción resolutoria, si se atiende a que el artículo 1546 del C. C. es general en sus términos y no hace distinción alguna<sup>37</sup>.

La Sala de Casación Civil de la Corte, por su parte, ha dicho que

el art. 1546 del C. C. no opera sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo

36 GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, cit., p. 664.

37 G. J. t. XLVIII, p. 338.

estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos<sup>38</sup>.

Y en sentencia de casación de 23 de mayo de 1976, manifiesta que

dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo. El primer requisito consiste en "no haberse cumplido la obligación" o "haberse cumplido imperfectamente" o "haberse retardado el cumplimiento" (artículos 1613 y 1614 del Código). Incumplir una obligación es no pagarla culpablemente en la forma y tiempo debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago (inciso tercero del artículo 1684 *ibídem*). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (artículo 1615 *ibídem*)<sup>39</sup>.

Con todo y el carácter aparentemente definitivo de la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, rígida en extremo, y por ello mismo muy discutible, y hoy, según parece, abandonada por los comentaristas más autorizados, es necesario, además, precisar si el incumplimiento parcial de una obligación esencial ha de revestir cierta importancia, atendiendo a la economía del negocio, o si por el contrario, cualquier infracción a esa obligación, aún la más mínima o de poca monta, o aquella que, no obstante ser de alguna entidad, no alcanza, en sí misma, a desquiciar el equilibrio entre las prestaciones recíprocas a cargo de las dos partes, en el sentido de que, a pesar del incumplimiento, la función o finalidad que ellas se han propuesto al celebrar el contrato se obtiene, es suficiente para que se decrete la resolución del negocio jurídico.

De otra parte, en tratándose del incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias, cabe preguntar si basta con la simple comprobación de su no ejecución por el deudor, ya sea total o parcial, para que, de manera automática, se desencadene la resolución o terminación del contrato o si, por el contrario, para que su incumplimiento tenga ese efecto, debe necesariamente repercutir en el equilibrio económico de este, desquiciando la finalidad perseguida por las partes al celebrarlo.

Sobre el particular, la jurisprudencia chilena considera, en forma análoga a la colombiana, "que el juez debe pronunciar la resolución incluso si el incumplimiento del deudor es pequeño y relativo a una obligación secundaria"<sup>40</sup>.

38 Sentencia de julio 13 de 1943, G. J. t., LV p. 585.

39 G. J. t., CLII, p. 87.

40 J. LÓPEZ SANTA MARÍA, cit., p. 422.

Esta posición ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina más moderna del país austral, aunque no todas las opiniones coinciden en cuanto al alcance mismo de las objeciones.

Así, por ejemplo, LÓPEZ SANTA MARÍA es partidario de no excluir de manera tajante la posibilidad de mantener el contrato, sea que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial o a una accesorio. “Creemos –dice– que el problema tiene que zanjarse de manera casuística y flexible, siendo posible que el tribunal niegue lugar alguna vez a la resolución, si el estándar de la buena fe así lo aconseja”<sup>41</sup>.

Por su parte, RENÉ ABELIUK, luego de señalar cómo en Francia y en Italia el juez puede descartar la resolución si en su opinión el incumplimiento, aún si este es imputable a culpa del deudor, no tiene la suficiente gravedad, asume una posición intermedia, pues a su manera de ver, a la luz del texto del artículo 1489 del Código Civil chileno, equivalente al 1546 del nuestro, si el incumplimiento está referido a una obligación principal, sin importar si es pequeño o grande, el juez tiene que decretar la resolución, no así cuando recae sobre una obligación secundaria. Dice, en efecto, lo siguiente:

En consecuencia, si el deudor ha cumplido parcialmente o el incumplimiento incide en una obligación secundaria, es posible que no se dé lugar a la resolución, sino únicamente al cumplimiento si es posible, o a la indemnización de perjuicios. En nuestra legislación se han planteado ambos problemas; y a falta de una disposición como la del francés –se refiere al art. 1184 del C. C. Fr.–, la opinión dominante es que el juez carece de facultades para calificar en el Código chileno la resolución y debe otorgarla si se cumplen los requisitos de ella. Quienes así piensan se fundan, además, en la letra misma del artículo 1489, que no hace distinción alguna y habla en general de no cumplirse la obligación, y tanto deja ella de cumplirse si la falta de pago es parcial como si es total. Así se ha resuelto reiteradamente. De ello fluyen dos consecuencias, una plenamente justificada y la otra ya no tanto y que no podemos compartir. La primera, que si la obligación se ha cumplido en una parte y en el resto no, procede la resolución. Es el caso tan frecuente de las ventas a plazo, con pagos fraccionados, en que el deudor deja de cumplir alguna de ellas, habiendo pagado las demás. Tan procedente es la resolución que el artículo 1875 declara que si la compraventa se resuelve por no pago del precio, el comprador, a su vez, tiene derecho para que se le restituya la parte del mismo que hubiere pagado. En cambio, no estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda dar lugar a la resolución. En primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en segunda porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las

41 *Ibidem*, p. 422.

obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc<sup>42</sup>.

En Francia el decreto de la resolución judicial de los contratos bilaterales o sinalmáticos se deja, en general, al arbitrio del juez. La jurisprudencia, apoyándose indistintamente en la teoría de la causa expuesta por HENRI CAPITANT y en la buena o mala fe que haya podido observarse en el comportamiento de las partes, exige para la prosperidad de la acción que el incumplimiento revista de cierta importancia.

Desde el punto de vista de la noción de causa, entendiendo por ella aquello por lo que cada una de las partes se avino a celebrar el contrato, la resolución solo procede cuando el incumplimiento recae sobre una obligación esencial, es decir aquellas que definen el contenido del negocio y sin las cuales o no existe o deriva en otro. En este orden de ideas, según CAPITANT, las obligaciones correlativas a cargo de las partes, no solo se justifican mutuamente para darle vida al negocio jurídico, sino que la suerte que cada una de ellas corra a lo largo de todo el período de ejecución del contrato repercute en la otra, de tal modo que la subsistencia misma del contrato queda subordinada a la persistencia del equilibrio previsto originalmente. De lo contrario la causa desaparecería y con ella también el negocio. La resolución judicial del contrato se justifica, entonces, en que la causa de la obligación de la parte cumplida, que es la contrapartida que ella espera obtener, desaparece por el incumplimiento de la otra parte. Ello explica la flexibilidad de los jueces franceses en esta materia.

De manera a la vez clásica y constante, —dicen GHESTIN, JAMIN y BILLIAU— la Corte de casación admite que corresponde a los tribunales averiguar, previa consulta de los términos del contrato y de la intención de las partes, cuál es la extensión y el alcance de la obligación asumida por aquella de entre ellas que haya incumplido totalmente, y, en caso de inexecución parcial, apreciar, de acuerdo con las circunstancias de hecho, si este incumplimiento ha tenido suficiente importancia como para que la resolución sea pronunciada de manera inmediata, o si ella no podría ser reparada suficientemente con la simple condena a pagar daños y perjuicios; este poder de apreciación es soberano<sup>43</sup>.

Y, más adelante, agregan:

Parece, en definitiva, que la jurisprudencia se apoya sobre elementos objetivos y subjetivos para caracterizar el incumplimiento susceptible de provocar la resolución del contrato: son tenidos en cuenta, tanto el incumplimiento considerado en sí

42 R. ABELIUK, *Las obligaciones*, Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 2001, t. I, pp. 470-471.

43 GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, cit., p. 517.

mismo, que varía según la naturaleza del contrato y de las obligaciones puestas a cargo del deudor, como la actitud de los contratantes que se trata también de sancionar, siendo esta apreciación suficiente como para permitir, ella sola, la justificación de la resolución de ciertos contratos<sup>44</sup>.

El profesor JOSÉ MÉLICH-ORSINI, quien ha dedicado al estudio de la figura que nos ocupa una importante monografía, en la que analiza cada uno de sus aspectos con una profundidad y claridad difíciles de igualar, se coloca en la misma línea de pensamiento que venimos exponiendo. Al estudiar el punto relativo a si el incumplimiento parcial de carácter cuantitativo es suficiente para decretar la resolución judicial del contrato, se pronuncia de la siguiente manera:

el aludido principio de la indivisibilidad del pago entre acreedor y deudor, resulta a menudo derogado por la voluntad de las propias partes, quienes han podido pactar el fraccionamiento del pago, ya sea inicialmente mediante cláusula expresa en el propio contrato, o bien ulteriormente en una forma tácita al acceder el acreedor a recibir pagos parciales, casos en los cuales se planteará más netamente la cuestión de si la falta de cumplimiento de unas pocas o de una sola de las fracciones de la prestación dividida, puede ser estimada como suficiente a los fines de conceder la resolución. Una solución que se basara sobre el puro criterio de la mayor proporción de la parte incumplida sobre la cumplida, aunque por lo general es adecuada, puede resultar injusta.

Y en nota de pie de página, explicativa del pasaje citado, agrega:

Decimos que este criterio por lo general es aceptable, pues resulta evidente que si lo que falta por cumplir es una parte de escasa importancia (teniendo en cuenta el interés que llevó a la celebración del contrato), no debe admitirse la resolución, bastando normalmente al acreedor con la acción de cumplimiento (hasta con la adición de daños y perjuicios), para restablecer íntegramente el inicial equilibrio<sup>45</sup>.

Respecto de las obligaciones accesorias o secundarias, el ilustre jurista venezolano, apoyándose en los criterios suministrados por la doctrina italiana y francesa para identificar cuándo se está frente a una obligación principal o esencial y cuándo a una accesoria (MOSCO: "son obligaciones principales todas aquellas que sirven de manera necesaria para la consecución del resultado típico de un contrato determinado"; PICARD y PRUDHOMME: una obligación es esencial "por el hecho de jugar la una respecto de la otra el papel de equivalente jurídico, de hacerse contrapeso, brevemente dicho, de servirse mutuamente de causa"), concluye que, a menos que de la obligación secundaria dependa la

44 *Ibíd*, cit., p. 522.

45 J. MELICH-ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Editorial Temis, Bogotá-Caracas, 1982, pp. 199-200.

utilidad de la obligación principal, su incumplimiento no puede dar lugar a la resolución del contrato.

Como se ve, –dice– todas las explicaciones precedentes parecen hacer depender la resolución del contrato de un principio unitario, de naturaleza objetiva, que se traduce, en última instancia, en la frustración del equivalente buscado al contratar por parte de quien promueve la resolución<sup>46</sup>.

Esta orientación en cuanto a la aplicación de la resolución por incumplimiento, con o sin cláusula a propósito, es de carácter universal. Así, para solo citar algunos ejemplos relevantes, el artículo 1455 del Código Civil italiano dispone que “no podrá resolverse el contrato si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra”. En España, el artículo 1124 del Código Civil, que regula en forma análoga a como lo hace el artículo 1184 del *Code Napoléon* la resolución judicial del contrato, ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que incumplimientos de poca significación referidos a las obligaciones esenciales que surgen del contrato no autorizan la resolución judicial del mismo, como tampoco el incumplimiento de obligaciones secundarias o accesorias. En este sentido,

una reiterada jurisprudencia –afirma el profesor JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ– concluye que no se otorga la acción resolutoria para paliar las consecuencias de incumplimientos parciales, cumplimientos defectuosos o tardíos, o de incumplimientos puntuales de deberes accesorios o de conducta, sino sólo para aquel incumplimiento que pueda ser calificado de esencial. La determinación de cuándo un incumplimiento es esencial no responde a reglas generales fijas, puesto que la calificación del incumplimiento depende de la finalidad del contrato, las motivaciones de las partes y la culpa respectiva en la situación de incumplimiento.

Y agrega:

El carácter esencial (objetivo, inequívoco, grave) del incumplimiento se hace depender en la jurisprudencia según los casos de dos circunstancias principales: en sentido objetivo de la frustración del fin del contrato, esto es la frustración del fin objetivamente significativo del contrato (SSTS 7.3.95, 19.6.95, 8.2.96, 21.1.99), o en sentido subjetivo la falta de utilidad de la prestación para el acreedor (SSTS 17.11.95, 16.5.96, 20.7.98), es decir la frustración de un fin particular atendible por su importancia, o por haber sido incorporado al contrato o al menos conocido por la otra parte<sup>47</sup>.

46 *Ibíd*, p. 213.

47 J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de derecho de obligaciones*, vol. II, El derecho de los Contratos, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2002, pp. 97-98.

Particularmente interesante, por su claridad, precisión y plenitud, resulta el Código Europeo de Contratos (Parte General), también conocido como Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi, el cual regula el punto que estamos tratando en su artículo 114 de la siguiente manera:

(1) Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del artículo 107, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto.

(2) Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso, grave en el sentido del artículo 107, y el contrato se considerará resuelto desde el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión.

Por su parte, el artículo 107 define el incumplimiento grave, indispensable para que haya resolución del contrato de acuerdo con la disposición que se acaba de transcribir, así:

(1) Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato.

(2) Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando éste: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto.

(3) Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor<sup>48</sup>.

Dejando de lado otros códigos modernos, como el holandés y el brasileño, que apuntan en la misma dirección, el artículo 1604 del Código Civil de Quebec, expedido en 1994, dispone:

El acreedor, si no hace uso del derecho de forzar, en los casos que lo permiten, la ejecución in natura de la obligación contractual de su deudor, tiene derecho a la resolución del contrato, o a su rescisión si se trata de un contrato de ejecución

48 La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos, por G. GARCÍA CANTERO, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004.



sucesiva. No obstante, no tiene derecho a ella (a la resolución), a pesar de cualquier estipulación en contrario, cuando el incumplimiento del deudor es de poca importancia, a menos que, tratándose de una obligación de ejecución sucesiva, tal incumplimiento tenga carácter repetitivo; pero tiene derecho, entonces, a la reducción proporcional de su obligación correlativa.

La jurisprudencia colombiana, por su parte, en algunas ocasiones se ha apartado de la rigidez de su posición tradicional, insinuando la posibilidad de un alineamiento con la tendencia moderna. Ya en la sentencia de abril 29 de 1935, la Sala de Negocios Generales de la Corte, al hacer suyos los argumentos expuestos por uno de los abogados intervinientes en el proceso, había dicho:

Por lo que hace a la jurisprudencia podrían citarse varias sentencias de la Corte y de los Tribunales en que se ha dado cabida a la acción resolutoria en caso de inejecución parcial del contrato. Pero cabe preguntar aquí si, en el evento que venimos contemplando, de inejecución parcial, debe darse entrada a la acción resolutoria aun cuando la parte incumplida de la obligación parezca de poca entidad.

Luego de hacer referencia a la posición de la jurisprudencia francesa, favorable tan solo a la resolución por incumplimiento relevante de obligación esencial o principal, pasaje que no se transcribe en homenaje a la brevedad, y porque ya se explicó atrás, agrega:

la referida enseñanza de los expositores y la jurisprudencia francesa con respecto al alcance de la condición resolutoria tácita, halla también cabida en nuestro derecho, por los motivos siguientes: a) Porque el principio que establece la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, fue inspirado en el francés. Tal principio, que no existía en la legislación española (como tampoco en la romana), pasó del derecho francés al chileno, y de éste al colombiano. b) Porque tal principio, como se vio en algunas de las citas anteriormente aducidas, obedece a altos motivos de equidad y debe por lo tanto aplicarse conforme a los dictados de la equidad, que son de universal observancia. c) Porque el mismo Código Civil da muestra de ese criterio de equidad en el campo de la condición resolutoria, en caso de inejecución parcial del contrato. Así, en la venta de un predio por cabida, si el vendedor deja de entregar toda la cabida declarada, no por eso el comprador está autorizado para ejercer irrestrictamente la acción resolutoria sino que solamente puede intentarla cuando el precio de la cabida que falta pasa de cierto límite señalado por el artículo 1888, inciso segundo del Código Civil. (La Corte acertadamente ha calificado de acción resolutoria la que este artículo consagra aun cuando en él se la denomina desistimiento del contrato)<sup>49</sup>.

49 G. J. t. XLVIII, pp.328-329.

En 1984, la Sala de Casación Civil, en sentencia de septiembre 11, acogiendo los conceptos expuestos por MÉLICH-ORSINI, dijo:

En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida, en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.

Y luego

De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso subjudice, para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso; la cuantía del incumplimiento parcial, la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que el consintió<sup>50</sup>.

En suma, podría decirse que entre nosotros la regla general es que la resolución en virtud de un pacto comisorio no opera automáticamente. En principio, se exige siempre un previo pronunciamiento judicial, o sea, la parte cumplida no puede, ante la inejecución en que haya incurrido la otra y por su sola determinación unilateral, desvincularse del contrato. Adicionalmente, conforme a la evolución jurisprudencial que comienza a esbozarse, no cualquier incumplimiento permite obtener la resolución del contrato, pues este debe estar referido a una obligación esencial y no a una obligación secundaria y, además, debe revestir de cierta importancia, en el sentido de impedir que la finalidad que se habían propuesto conseguir las partes se alcance o que se desquicie la economía misma del contrato.

Estamos, pues, todavía lejos de llegar a admitir abiertamente un desequilibrio de poderes, especialmente en materia sancionatoria, análogo o siquiera parecido al que existe en derecho administrativo. Probablemente ello se deba al hecho de que el señor BELLO, al igual que los redactores del *Code Napoléon*, desconfiaba profundamente de los acreedores, especialmente de su dureza para con el deudor. Por lo tanto, permitirles proceder a declarar unilateralmente terminado el contrato, podría fácilmente convertirse en una patente de corso, o sea en una autorización para desvincularse bajo cualquier pretexto.

50 G. J., n.º 2.415, pp. 247-248.

También está el hecho de que esa prerrogativa exorbitante es, de alguna manera e indirectamente, una forma de hacerse justicia por propia mano. Hay en todo ello una evidente preocupación por la suerte del deudor, una consideración de humanidad, pero por sobre todo un afán por mantener una cierta igualdad entre las partes.

No puede desconocerse, sin embargo, que la tendencia apunta en dirección contraria, tal vez porque como lo decía el profesor Christophe Jamin, la resolución o terminación unilateral del contrato "es más eficaz en el plano económico, en la medida en que permite una más pronta reubicación de los recursos"<sup>51</sup>. En todo caso, de llegarse allá, para evitar abusos, no deberá perderse de vista que la moderna divisa del derecho privado, acuñada felizmente en fecha reciente por el profesor DENIS MAZEAUD, es: lealtad, solidaridad y fraternidad entre las partes. Principios que han de agregarse, porque no los sustituyen, al de libertad, piedra angular del derecho privado y sin la cual el contrato dejaría, simplemente, de existir, y al de igualdad, que es una conquista del siglo XX. ¿La Revolución Francesa que, por fin, llega a su término, al menos en el campo del derecho privado?

51 CH. JAMIN, cit., p. 76.

