

## La terminación y la resolución unilateral del contrato

Por: Ernesto Rengifo García\*

Sumario: I. Introducción.- II. Terminación unilateral del contrato.- III. Resolución unilateral del contrato.- IV. Incumplimiento grave o esencial del contrato.- V. Necesidad de comunicación al deudor.- VI. Cláusula sobre la resolución unilateral.- VII. Valoración final.

### I. Introducción

La terminación y la resolución del contrato constituyen expresión de un mismo fenómeno: la cesación de los efectos del acto de disposición de intereses. El presente escrito analizará si ambas figuras necesitan su reconocimiento en virtud de decisión judicial, o mejor, si alguna de las partes puede privada, unilateral y extrajudicialmente disolver el vínculo, sin intervención del Estado. Algunos sostendrán de entrada que ello significaría justicia por mano propia o desconocimiento de la fuerza normativa u obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*). Otros, en cambio, podrían mirar estas figuras de cesación sin presencia del juez como formas de auto composición de intereses privados o como expresión genuina de la autonomía privada. La discusión, pues, despunta interesante por el ambiente que se vive de desjudicialización de conflictos, *deregulation*<sup>1</sup> y por la influencia del análisis económico en el derecho que ve cómo el acreedor perjudicado por incumplimiento puede más rápidamente reasignar sus recursos en lugar de ver sometido su conflicto a un incierto y engorroso trámite judicial. Veamos:

### II. Terminación unilateral del contrato

Es lugar común la distinción entre terminación y resolución. Se habla de la primera cuando cesan los efectos hacia futuro (*ex nunc*) de un contrato de ejecución periódica o

---

\*Profesor de derecho de contratos en la Universidad Externado de Colombia y Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la misma Universidad.

<sup>1</sup> “Pero *deregulation* no significa menos derecho: quiere decir menos derecho ‘estatal’, en beneficio de una muy amplia potestad normativa de los particulares y, en consecuencia, reducción (si no deterioro) del recurso a la ley”: STEFANO RODOTÁ. *¿Cuál derecho para el nuevo mundo?*, Trad: Emilssen González de Cancino, Revista de derecho privado, No 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 8.

sucesiva, es decir, que hay “una incolumidad de los hechos cumplidos” y de la segunda cuando el contrato además queda retroactivamente anulado (*ex tunc*). O mejor: la terminación tiene efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial; la resolución desde la fecha de la celebración del contrato.

“Por la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. [Con esta, el contrato] se extingue retroactivamente desde su nacimiento; se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada [...] La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. [...] No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anulado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su incumplimiento, obliga al juez a eliminarlo”<sup>2</sup>.

La terminación del contrato es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambos sujetos contractuales. La figura tiene las siguientes características: Se trata de una facultad del acreedor, que puede escoger entre exigir el cumplimiento o resolver, en ambos casos con resarcimiento de daños y abono de intereses; es una facultad que en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactar, pues se entiende implícita; se da en el supuesto de que uno de los obligados no cumpla lo que

---

<sup>2</sup> Cas., 26 de noviembre de 1935, XLIII, 391; 26 de abril de 1952, LXXII, 713. “Si bien en el contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, la terminación no opera sobre el tiempo pasado cuando el contrato ha sido ejecutado regularmente, la resolución judicial por falta de cumplimiento o por cumplimiento imperfecto desde un principio, entraña el aniquilamiento retroactivo del contrato”: cas. Francesa, sec 3ª, 30 de abril de 2003, citada por F. HINESTROSA “Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato”, en AA.VV. *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 466, nota No. 10. “Los contratos sucesivos no pueden ser resueltos, porque no se pueden volver las cosas al estado anterior [...] De ahí se sigue que en caso de inejecución de una parte para con la otra, el contrato no pueda ser *resuelto* en el sentido exacto del término, sino eventualmente *terminado*. La ‘terminación’, a diferencia de la ‘resolución’ pone fin al contrato hacia el futuro, pero no puede desembocar en una restitución de algo que fue irremediamente hecho o adquirido”: B.STARK, H. ROLAND, L.BOYER, *Obligations, 2, Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Paris, Litec, 1992, No. 112, p. 37 y s., citado también por F. HINESTROSA, ob cit., p. 482, nota No. 62. “Si el incumplimiento se produce en el curso del desarrollo de un contrato de ejecución continua o periódica, el efecto de la resolución no concierne a las prestaciones ejecutadas precedentemente”: Artículo 114.5 del “Código europeo de los contratos” (Proyecto Gandolfi).

le incumbe, esto es, en caso de incumplimiento; aunque el acreedor haya optado por el cumplimiento, puede después pedir la terminación si aquel resulta imposible; el juez se encuentra autorizado para señalar plazo si existen causas justificadas para ello y la resolución se entiende producida sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes<sup>3</sup>.

El artículo 870 del Código de comercio (el cual habla de “resolución o terminación”) establece dos posibilidades a favor del acreedor que se ha visto perjudicado por el incumplimiento de la contraparte. En efecto, le asiste el derecho de obligar al deudor a que cumpla o de pedir la resolución o terminación del contrato, incluida en ambos casos, la correspondiente indemnización por perjuicios. En igual sentido los artículos 1546 y 1930 del Código Civil. Sin embargo, y esto es bueno destacarlo, tratándose de la compraventa mercantil, el Código de Comercio permite que el comprador, a quien no se le ha hecho una tradición válida, reclame directamente los perjuicios, sin necesidad de solicitar previamente el cumplimiento o la resolución del contrato<sup>4</sup>.

El derecho a la terminación que pertenece a la parte fiel no es puramente potestativo, por el contrario se encuentra sometido a condiciones objetivas cuyo control ejerce el juez, quien deberá verificar en su sentencia si los hechos invocados por el demandante en su libelo son o no idóneos para que se pronuncie la terminación o resolución que se demanda<sup>5</sup>.

El contrato es ley para las partes; en esto consiste precisamente su fuerza normativa u obligatoria, razón por la cual, en línea de principio, un contrato no podría ser terminado por una de las partes de manera unilateral y siempre habría necesidad, para que quedase aniquilado desde su celebración o desde la ejecutoria de la sentencia, de declaración judicial. Sobre esto ha dicho la Corte Suprema:

“Fácil resulta comprender que los negocios jurídicos, por regla general, fenecen por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 C.C.); o por la declaración judicial de

---

<sup>3</sup> Cfr. MARIO CLEMENTE MEORO. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, p.28.

<sup>4</sup> Señala el artículo 925 del Código de Comercio lo que sigue: “El comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y 870 de este libro”.

<sup>5</sup> Cfr. JOSÉ MELICH ORSINI. *Doctrina General del Contrato*, 3ª ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, 1997, p. 741.

resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625 nral. 9 C.C. y 870 C. de Co); o por el pronunciamiento judicial de nulidad absoluta o relativa, fundado en la existencia de una causal concerniente a su invalidez (arts. 1625 nral. 8 y 1740 y ss, ib). Fuera de estos conocidos supuestos –y de algunos otros expresamente previstos por el legislador (p. ej: tratándose de la teoría de la imprevisión)-, importa acotarlo, las partes de un contrato, merced a la *ratio* que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado *ex ante* (principio de fidelidad negocial), lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación –una de ellas referente a la vigencia del acuerdo respectivo-, es insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato –y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial-, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal”<sup>6</sup>.

Esa fuerza normativa u obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*) está reconocida en el renombrado artículo 1602 C.C. según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”. Además, la imposibilidad de la terminación unilateral se infiere de la regla que prohíbe pactar condiciones meramente potestativas: “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (art. 1535 ib); así como también de la ausencia del desistimiento unilateral como causa de extinción de las obligaciones: “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” (artículo 1625 ib).

Sin embargo, la posibilidad de la terminación unilateral del contrato es permitida por el mismo legislador o es admisible en especiales vínculos contractuales como los de duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>7</sup> Cfr. LUIS FELIPE BOTERO. “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en derecho privado colombiano”, en AA.VV. *La Terminación del Contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 365 a 390. Para este autor, en derecho privado colombiano no existe una prohibición general que impida terminar un contrato unilateralmente: “La jurisprudencia nacional no es totalmente ajena al reconocimiento del desistimiento como estipulación lícita, soportada exclusivamente en su consagración legal o para aquellos negocios en los que no se pacta el plazo o se frustre la confianza de una de las partes”: p. 384.

En materia civil, en el contrato de mandato, “El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio” (art. 2191)<sup>8</sup>; de igual manera, el mandatario podrá renunciar a su encargo, sin embargo, “la renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados” (art. 2193)<sup>9</sup>; en el contrato para la confección de una obra material, “el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra” (art. 2056); en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, “cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiera estipulado” (art. 2066); en el contrato de depósito, “la restitución es a voluntad del depositante. Si se fija tiempo para la restitución, esta cláusula será solo obligatoria para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado; salvo en los casos determinados que las leyes expresan” (art. 2251); en el contrato de comodato, el comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada; pero cabe la restitución antes del tiempo estipulado “si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa (art. 2205 numeral 2º); en el contrato de mutuo, puede el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, si no se han pactado intereses (art.

---

<sup>8</sup> “El mandante puede revocar su procuración cuando a bien le parezca (art. 2004); el mandato es revocable *ad nutum*; es que, en efecto, es negocio de confianza; ahora bien, la confianza no se impone; si llega ella a desaparecer, la armadura de la operación cede; el comitente tiene que poder desasirse a su voluntad revocando la procuración, bien expresamente, bien tácitamente”: LOUIS JOSSERAND. *Derecho Civil. Contratos*, Trad: Santiago Cunchillos, Buenos Aires, EJE, Tomo II, 2008, p. 370 y 371.

<sup>9</sup> “Es pertinente comparar las dos prerrogativas o derechos de terminación unilateral de la relación de representación por parte de los dos sujetos envueltos en ella [...]. Ambas figuras producen efectos *ex nunc*, es decir, no vuelven sobre el pasado. De ahí su calificación como fenómenos que dan lugar a la terminación, que no a la resolución de la relación entre las partes: hay una incolumidad de los hechos cumplidos. Pudiendo ambos sujetos ponerle fin a su relación *ad libitum*, la decisión del poderdante no produce efectos sino a partir de su conocimiento al procurador (arts. 2191 c.c. y 1282 c.co), en tanto que la eficacia de la determinación de este es inmediata, sólo que de no dejar pasar un tiempo congruo antes de su retiro, para que el interesado pueda asumir la gestión de sus asuntos, habrá de resarcirle los daños que su ligereza y desconsideración le ocasionaron, a menos que la decisión *in continenti* se justifique por imposibilidad o dificultad suya de continuar, o porque la continuación implicaría un grave perjuicio para sus intereses (art. 2193 c.c.) o, agregaría de mi parte, porque un incumplimiento de importancia del *dominus* lo releva de su propio cumplimiento”: FERNANDO HINESTROSA. *La representación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 426.

2229) y en el caso de mutuo para adquisición de vivienda urbana incluso cuando estos se hayan pactado<sup>10</sup>.

En materia mercantil, en el contrato de suministro si no se ha estipulado su duración, “cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso” (art. 977); en el contrato de transporte de personas, “el pasajero podrá desistir del transporte contratado con derecho a la devolución total o parcial del pasaje, dando previo aviso al transportador” (art. 1002); en el contrato de seguro, el cual es calificado como de *uberrimae bona fides*, se permite su revocación unilateral por cualquiera de las partes mediante aviso escrito a la otra parte (art. 1071); en el contrato de fiducia, típico negocio de confianza, figura como causa de extinción del contrato, la revocación del fiduciante, “cuando expresamente se haya reservado ese derecho” (num 11, art. 1240); en el contrato de mandato mercantil, el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, “a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa” (art. 1279); el mandatario, en esa misma lógica, sólo podrá renunciarlo mediando justa causa, si el encargo se ha pactado en interés del mandante o de un tercero (art. 1283).

El Código de Comercio, a propósito del mandato y en razón a ser el arquetípico negocio de confianza que de conformidad con el código civil permite al mandante revocar *ad nutum* el encargo y recogiendo jurisprudencia previa de la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup>, consagró la figura de la “revocación abusiva del mandato” (art. 1280)<sup>12</sup>, destacándose en esta que la justa causa no es requisito de procedibilidad de la revocación, sino criterio de valoración de la conducta del revocante, en el sentido de que si fue abusiva, su conducta

---

<sup>10</sup> De acuerdo con la sentencia C-252 de 26 de mayo de 1998, el artículo 2229 (exequibilidad condicionada) no opera para los créditos de vivienda a largo plazo, es decir que el mutuario de un crédito de vivienda a largo plazo, podrá pagar toda la suma prestada antes del vencimiento del término estipulado, aun cuando se hayan pactado intereses.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 1955, LXXX, 646 a 662.

<sup>12</sup> “Aun cuando no se encuentre en el Código Civil ninguna disposición que venga a condicionar el derecho de revocación, está admitido, en jurisprudencia y en doctrina, que ese derecho no es absoluto, sino *relativo*; no puede ser ejercido sino con seriedad, por un *motivo legítimo*, sin lo cual la responsabilidad del mandante podría quedar comprometida respecto al mandatario a quien el arrepentimiento de aquél causaría un perjuicio; aun cuando el mandato pueda ser revocado *ad nutum*, su retractación se presta al *abuso*, por ejemplo si procede del deseo de perjudicar o de un simple capricho o del deseo de apropiarse de la clientela del mandatario; de modo general, si no está *justificada* por las circunstancias, por una causa plausible”: LOUIS JOSSERAND, *Contratos, ob cit.*, p. 372.

no quede impune<sup>13</sup>. Es decir que la revocación puede ser abusiva, pero en este caso, será fuente de responsabilidad: el mandante quedará obligado a pagar al mandatario “su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause”.

“[T]ratándose de ciertos negocios jurídicos en los que –de ordinario- la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, el legislador –directa o indirectamente- ha posibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del ‘poder potestativo’ conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar- anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual [...], en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no despliegue efectos jurídicos para el porvenir (‘negocio abolutivo’), dado que se trata, per se, de negocios de duración”<sup>14</sup>.

De conformidad con el Código Civil el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, y aceptado no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes (art. 2150); empero, como ha quedado dicho, el mismo código menciona la revocación del mandante y la renuncia del mandatario como causales de terminación del mandato (num. 3 y 4 art. 2189). Ante esta aparente contradicción, esto es, si se requiere el mutuo acuerdo o si puede existir una revocación unilateral del contrato, se sostiene que la revocación se refiere es a la representación, de tal forma que el contrato de mandato no desaparece por ella y, por lo tanto, las obligaciones del mandante para con el mandatario subsisten<sup>15</sup>. Y es que en efecto, una cosa es el mandato

---

<sup>13</sup> “[U]na cosa es el hecho de la revocación y su efecto supresor del poder de representación, y otra la calificación política de esa decisión del poderdante, pues si bien, en términos generales, él puede cancelar la delegación *ad libitum*, eso no significa que pueda hacerlo impunemente, por lo cual habrá de examinarse hasta dónde fue justificado su comportamiento, o si fue ligero o abusivo. [...] el poderdante puede dar por terminado el poder, y esa decisión produce plenos efectos, pese a su eventual sin razón. Pero ello no quiere decir que si la revocación fue indebida y causó daño al apoderado, el poderdante no tenga que responder: FERNANDO HINESTROSA, *La representación, ob. cit.*, p. 434.

<sup>14</sup> Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>15</sup> “Recordando la diferenciación entre el apoderamiento y el negocio de gestión, es oportuno precisar que la terminación de este acarrea la extinción del poder, pero que, en cambio, la extinción de este, especialmente por revocación, no lleva consigo necesariamente la terminación de la relación base. Así, por ejemplo, la

y otra cosa es la representación, o mejor, el mandato viene a constituir la causa de la representación. No hay que olvidar, además, que de acuerdo con el Código de Bello, el mandatario puede actuar con representación o sin ella: “El mandatario puede, ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante” (art. 2177). De modo pues que siendo el mandato diferente de la representación, en el sentido de que el primero es causa y la segunda efecto, ni la renuncia ni la revocación hacen desaparecer el contrato de mandato<sup>16</sup>.

En el contrato de seguro, ha dicho la Corte que la revocación en esta clase de negocios debe entenderse como una “declaración de voluntad unilateral incausada, lo que pone de presente, en lo que a su génesis atañe, que es altamente subjetiva, que ella ‘debe dejarse al arbitrio unilateral de cada uno de los contratantes’ (*ad nutum*), como –a propósito– se consignó en la exposición de motivos del mencionado Proyecto de Código de Comercio del año 1958, sin que ello signifique, de ninguna manera, que el revocante escape al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (arts. 951 C.P. y 830 C.Co), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero o a la simple volición”<sup>17</sup>.

---

revocación del poder por desconfianza del poderdante patrono respecto del trabajador representante, no quiere decir la terminación del contrato de trabajo [...] A mi juicio, el debate es del todo exegético, al extremo de que la Corte dice preferir las normas de los artículos 2189, 2190 y 2192, porque son ‘posteriores’ a la del art. 2150 [!]. Por lo demás, muestra confusión entre el mandato como negocio de gestión y el poder, acto de habilitación, que puede estar engastado en él. Pues como es bien sabido, el apoderamiento y la relación de gestión no se asimilan y, por el contrario, mantienen su autonomía, de manera que el poder se puede revocar, como también renunciar, con plenos efectos, conforme a su propia disciplina, quedando vigente la relación de base: mandato, sociedad, contrato de prestación de servicios dependiente o autónoma, agencia, etc.”: FERNANDO HINESTROSA. *La representación*, ob cit., p. 424, 425 y 426. “De conformidad con el art. 2189 del código civil, el mandato termina por la revocación del mandante o la renuncia del mandatario, pero ni una ni otra extinguen las obligaciones surgidas del contrato”: Cas., 28 de marzo 1955, LXXIX, 818.

<sup>16</sup> “El artículo 2150 se refiere al mandato como causa, esto es, al contrato de mandato en cuanto crea derechos y obligaciones entre mandante y mandatario, al aspecto interno del contrato de mandato; al paso que los numerales 3 y 4 del artículo 2189 se refieren a la representación como efecto del mandato, al aspecto externo del mandato. Por consiguiente, ni la renuncia del mandatario a la representación del mandante, ni la revocación de los poderes de representación por parte del mandante, destruyen o deshacen el contrato de mandato”: CÉSAR GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999, p. 355.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2001, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.



Entonces, el abuso del derecho viene a colocarse como límite a la facultad discrecional de las partes para terminar unilateral y anticipadamente aquellos negocios de duración en donde la confianza constituye el soporte medular de la relación jurídica, tal como sucede con el contrato de seguro. El artículo 1071 del C. de Co prevé que “El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes”, con lo cual, como ha dicho la Corte Suprema, no se está propiciando la arbitrariedad en la medida en que el abuso del derecho, entendido en este caso como límite a una prerrogativa legal, “trasciende al mero arbitrio o a la simple volición”.

Debe agregarse que en el contrato de seguro en general es admisible que cualquiera de las partes lo pueda dar por terminado de manera unilateral, dado el alto grado de confianza que debe existir en todo momento entre las partes de este negocio, pero hay excepciones a este criterio como se observa en el seguro de cumplimiento en donde en razón de la especialidad del riesgo materia de la cobertura, es decir, garantizar el cumplimiento de una obligación, resulta ilógico permitir que una de las partes termine unilateralmente el vínculo<sup>18</sup>. Tampoco es permitida la revocación unilateral en el seguro de vida<sup>19</sup>.

Para la ley 820 de 2003, reglamentaria del arrendamiento de la vivienda urbana en Colombia, ya no existen contratos de arrendamiento a término indefinido por cuanto a falta de estipulación expresa, se entenderá que el contrato tiene una duración de un año, prorrogable en iguales condiciones y por el mismo término, siempre que cada una de las partes haya cumplido con las obligaciones a su cargo y que el arrendatario se avenga a los reajustes del precio autorizados por la ley (arts. 5 y 6). La ley establece causales de terminación para ambas partes. Dentro de ellas y para efectos de este escrito, se ha de destacar aquella que permite al arrendador dar por terminado unilateralmente el contrato durante las prórrogas, previo aviso dirigido al arrendatario con un antelación no menor de tres meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres meses de arrendamiento (art. 22.7). Es decir, es una terminación con indemnización por el ejercicio de esa facultad discrecional de terminación “incausada” (*ad nutum*) que tiene el arrendador no durante el término inicial, sino dentro de cualquiera de las prórrogas del

---

<sup>18</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de agosto de 2008, M.P.: Pedro Munar. Aquí se lee: “[R]epudia por puro sentido común la posibilidad de que las partes lo ultimen de tal modo. Nótese, analógicamente, como en punto de contratación administrativa ya fue explícita la ley 80 de 1993, al señalar que tales pólizas no expiran por revocación unilateral (Sent. Cas. Mayo2 de 2002, exp. 675)”.

<sup>19</sup> El artículo 1159 del C. de co dispone: “El asegurador no podrá, en ningún caso, revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida”.

contrato. Si no hay preaviso, el contrato se renueva por un término igual al inicialmente pactado.

También se permite la terminación unilateral injustificada (*ad arbitrium*) del arrendador, cuando el contrato ha cumplido como mínimo cuatro años de ejecución y se pague a título de indemnización al arrendatario una suma equivalente al precio de uno punto cinco meses de arrendamiento (art. 22.8 d). Estas dos situaciones se encuentran dentro de los escasos actos jurídicos “incausados” que el ordenamiento permite, pero ellas, obsérvese, se ejercen con el cumplimiento de especiales requisitos y con indemnización a la parte afectada con la decisión unilateral.

La ley referida, igualmente, permite la terminación unilateral, sin indemnización, previo aviso con una antelación no menor de tres meses a la fecha de vencimiento inicial o de sus prórrogas, invocando cualquiera de las siguientes casuales: (i) cuando el propietario o poseedor del inmueble lo necesite para su propia habitación por un término menor de un año; (ii) cuando el inmueble vaya a ser demolido o se necesite para ser reparado y (iii) cuando es vendido y deba ser entregado al comprador (“*resoluto iure dantiis, resolvitur ius accipientis*”). En estas tres hipótesis no hay indemnización por cuanto la terminación unilateral se origina en una justa causa establecida en la ley. Si no hay preaviso, el contrato se entenderá renovado automáticamente por un término igual al inicialmente pactado.

Ahora bien, la ley correlativamente permite que el arrendatario pueda terminar de manera unilateral el acuerdo dentro del término inicial (esto no se permite en la situación contraria ya expuesta) o durante sus prórrogas, previo aviso con antelación no menor a tres meses y el pago a título de indemnización de una suma equivalente a tres meses de arrendamiento (art. 24.4). Así mismo se faculta al arrendatario a terminar el contrato unilateralmente, a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas, con preaviso no menor a tres meses a dicha fecha, “en este caso el arrendatario no estará obligado a invocar causal alguna diferente a la de su plena voluntad, ni deberá indemnizar al arrendador” (art. 24.5). Es decir que el arrendatario está investido de una facultad *ad libitum* o enteramente discrecional, cuyo ejercicio no está ni siquiera supeditado al pago de previa indemnización.

Un contrato de larga duración es aquel en que su cumplimiento se dilata en el tiempo, o mejor, en que éste es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable y continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración. En los contratos de larga duración el

tiempo es esencial para el cumplimiento, y no accesorio, como ocurre en la ejecución diferida. El interés del acreedor no es satisfecho sino a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo. Por ello se dice que el tiempo se vincula con el objeto del contrato, dado que el acuerdo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal. Lo característico es que el tiempo se incorpora en el objeto, como medida para la satisfacción del interés de las partes. No se trata sólo de que haya obligaciones de cumplimiento periódico o continuo, sino de que el tiempo sea esencial para que el objeto pueda cumplirse.

En contratos de larga duración, basados en la confianza, diluida o deteriorada ésta, la parte afectada puede dar por terminado unilateralmente el contrato, mediando por supuesto un preaviso razonable. Como el tiempo está vinculado al objeto del contrato, su terminación no puede quedar sujeta al capricho o al humor de uno de los contratantes. Por ello, las causas de terminación de un contrato de larga duración son de apreciación estricta y rigurosa, precisamente por tratarse de la cesación unilateral del vínculo y de ser una excepción al principio de la preservación del contrato.

A propósito de la legalidad de las cláusulas que establecen la no prórroga en un contrato de agencia mercantil (negocio de colaboración, de duración y que descansa en la confianza recíproca de las partes), la Corte Suprema de Justicia declaró su validez: “Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental del contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra contraparte con la debida anticipación, es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración esta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza”<sup>20</sup>.

El contrato de agencia como contrato de duración, en razón de la estabilidad que lo caracteriza, reclama una práctica de plazos prorrogables, en cuyo caso su extinción requiere de un preaviso escrito comunicado a la otra parte con una antelación razonable para que de esta forma pueda estimarse admisible la denuncia unilateral del contrato<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, 1269 y ss. M.P.: Pedro Lafont Pianetta.

<sup>21</sup> Cfr: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de octubre de 2000, M.P.: José Fernando Ramírez. Aquí se lee: “La estabilidad nunca puede asimilarse a perpetuidad o permanencia, porque esta característica no se opone a una vigencia temporal del contrato [...] De ahí que anteladamente

Es bueno advertir, sobre todo para contratos de larga duración y fundados en la confianza recíproca de las partes, que la terminación “incausada” o injustificada se pueden hallar en contravía con el principio de la buena fe o constituir un ejercicio abusivo de la posición dominante contractual. Por ello es conveniente la motivación justificada de la decisión unilateral del vínculo, así como la notificación previa y con un tiempo razonable al otro sujeto contractual.

En los contratos de duración indefinida cualquiera de las partes puede poner fin al acuerdo por cuanto nadie puede resultar vinculado de manera indefinida (aplicación de la regla de prohibición de los compromisos a perpetuidad)<sup>22</sup>, pero de todos modos, hay necesidad de un preaviso razonable que tenga en cuenta lo que ha durado el contrato, el esfuerzo y las inversiones que le haya supuesto a la otra parte el cumplimiento del contrato y el tiempo que le costaría a la otra persona conseguir celebrar otro contrato con una nueva persona<sup>23</sup>.

Ahora bien, si la terminación unilateral (resiliación) ha sido diseñada por las partes en virtud de un pacífico ejercicio de la autonomía privada, esto es, mediante cláusula a propósito previamente discutida entrambas, o por lo menos suficientemente expuesta, creemos que su legalidad es indiscutible; por el contrario, si su predisposición, o mejor, su ejercicio o aplicación resulta irrazonable (desleal), desproporcionada, contraria a la buena fe, así debería ser juzgada en sede judicial.

El criterio de la buena fe sirve no solo para apreciar el comportamiento de las partes, sino también, y con igual grado de importancia, para desentrañar la genuina

---

se haya dicho que la estabilidad excluye los encargos ocasionales o esporádicos, pero no la delimitación temporal del contrato”.

<sup>22</sup> En contra de esta justificación véase RANFER MILINA. *La terminación unilateral del contrato ad nutum*, en Revista de derecho privado No. 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006. Para este autor, por el contrario, la facultad de la terminación unilateral en los contratos a término indefinido se debe a que en esta clase de contratos la regla general es la libre terminación, “Lo que parece exagerado es que se diga que la mencionada facultad se justifica por la prohibición de los vínculos perpetuos. [...] Al consagrar el legislador una facultad de terminación unilateral en los contratos a término indefinido, sencillamente está protegiendo la libertad que las partes desean conservar cuando deciden vincularse contractualmente pero sin atarse a un término”: p. 139 y 141.

<sup>23</sup> En los contratos de duración indefinida la terminación unilateral es la regla; en los de duración definida es la excepción. “En los contratos de duración indefinida la regla general es que cualquiera de las partes puede en cualquier momento dar por terminada la relación contractual de manera libre, es decir, sin necesidad de alegar justa causa ni de pagar contraprestación alguna, aunque con la obligación de respetar un preaviso. Pese a no existir ninguna disposición de carácter general ni en el Código de Comercio ni en el Código Civil sobre el punto, tal regla se induce de las normas que regulan la terminación de la mayoría de los contratos de ejecución sucesiva”: RANFER MOLINA, *La terminación unilateral del contrato ad nutum, ob cit.*, p. 137.

voluntad o intención de las partes y para precisar específicamente el alcance de las prestaciones y derechos que del contrato emanan. La buena fe es entendida como expectativa de satisfacción de la otra parte<sup>24</sup>, como respeto de la confianza recíproca depositada.

La buena fe aparece como la exigencia a cada una de las partes de actuar de forma que se preserven los intereses de la otra, es decir, como la obligación de cada parte de salvaguardar la utilidad del otro sujeto negocial en los límites en los cuales esto no constituya un sacrificio considerable; es decir, los contratantes deben actuar en consideración del otro, sin que ello signifique un desprendimiento tan sublime o franciscano que la parte misma resulte afectada; mejor dicho: la buena fe es una norma de conducta que impone a la parte la consideración de la utilidad del otro, salvaguardar razonablemente la expectativa legítima de la contraparte<sup>25</sup>. La buena fe, en fin, es deber de colaboración.

Pues bien, la buena fe servirá de control a la terminación unilateral de vínculo. Si se han ejecutado obligaciones, el desistimiento no puede propiciar el enriquecimiento sin causa de quien desiste del contrato, ni ser usado a la manera de una condición meramente potestativa, ni ejercerse de manera abusiva.

Como se ha hablado de preaviso razonable, es bueno señalar que el adjetivo razonable o la categoría de la “razonabilidad” no aparecen en los códigos modernos y su presencia en el lenguaje jurídico y en la jurisprudencia de los países con tradición de “civil law” se debe a la influencia del derecho anglosajón en donde dicha categoría tiene un alcance propio que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de los países en donde ese derecho campea<sup>26</sup>. Entre nosotros el adjetivo razonable lo podemos entender en el

---

<sup>24</sup> “La buena fe se podría caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación”: EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, trad: José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, tomo I, 1969, p. 114.

<sup>25</sup> “La exigencia de buscar una noción operativa que tenga un ‘valor real práctico’ ha llevado a la doctrina a limitar el concepto de buena fe dentro de la materia de las relaciones obligatorias, para traducirlo en términos de la lealtad que se impone entre los partícipes de una relación determinada, y que se especifica como respeto de la confianza recíproca depositada”: MASSIMO BIANCA, *El contrato*, trad. F. Hinestrosa y Edgar Cortes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 525.

<sup>26</sup> Los “Principios de derecho europeo de los contratos”, de marcada influencia anglosajona, definen lo razonable así: art. 1.302: “Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes

sentido de lealtad. Es decir, un preaviso razonable es aquel que se hace pensando también en el otro, en sus circunstancias y no solo en el que lo produce<sup>27</sup>.

### III. Revocación unilateral del contrato

Una cosa es la terminación, llamada “resiliación” por los franceses, y otra es la resolución por incumplimiento. Ante el auge de la autonomía privada, por el entorno de desregulación que se vive, corresponde mirar ahora si es viable la resolución unilateral del vínculo cuando medie el incumplimiento de una de las partes, sin necesidad de una sentencia judicial, es decir, si el aniquilamiento del contrato cabe sin la intervención del Estado<sup>28</sup>.

Para algunos, ello es un imposible a la luz del actual derecho colombiano en el sentido de que siempre la condición resolutoria tácita o expresa, deberá ser declarada por el juez. Navia, por ejemplo, señala: “¿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

---

contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”.

<sup>27</sup> “Para el derecho colombiano, como corresponde a la tradición romano-germánica, el concepto de buena [fe], no es sinónimo de ‘razonabilidad’. Esto quiere decir que la buena fe es una regla ‘relacional’, cuyo contenido es objetivo y cuyo entendimiento va siempre en función de la tutela de la otra parte, o sea en garantía de la confianza legítima que en ella despertó quien debía proceder lealmente: *Dictorum conventorumque constantia et veritas*”: FERNANDO HINESTROSA, *El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo*, en Revista Ibero-Latinoamericana No. 27, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007, p. 123.

<sup>28</sup> “El derecho de ‘resiliación’ que el derecho concede a los contratantes o a uno de ellos es sin duda excepcional y se mantiene reducido a límites sabios. No es más que un atentado muy soportable al principio de la fuerza obligatoria del contrato: MAZEAUD-CHABAS, *Lecons de droit civil*, t. II, 1er. Vol., *Obligations, Théorie générale*, 9e. éd., Montchrestien, Paris, 1998, no 729, p. 853.

judicial”<sup>29</sup>. La justicia por mano propia desconocería la fuerza normativa y obligatoria del contrato.

Otros, sin embargo, admiten la posibilidad de la resolución, sin la intervención del juez por cuanto “esta exigencia genera una carga más gravosa para el sujeto al que le fue incumplido el contrato porque éste se ve en la necesidad de iniciar un proceso, con todo lo que esto implica, para liberarse definitivamente del vínculo jurídico con su contratante. Situación que de hecho, hace del ejercicio de la institución de la resolución de los contratos algo complejo y poco eficiente. [...] En nuestra opinión, no se hace justicia por su propia mano quien adopta una decisión con efectos jurídicos, siempre y cuando esa decisión pueda ser revisada por los jueces. De lo contrario, se tendría que llegar a la conclusión de que, cuando se revoca unilateralmente un contrato de mandato o una compañía de seguros resuelve unilateralmente un contrato de seguro por el no pago de la prima, estaría en presencia de una justicia por cuenta propia”<sup>30</sup>.

Por supuesto, que la resolución privada, no queda exenta de la revisión judicial, en el sentido de que será el juez quien decida la legalidad de la desvinculación, pero la

---

<sup>29</sup> FELIPE NAVIA ARROYO. *La terminación unilateral del contrato de derecho privado*, Revista de Derecho Privado No. 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 54. Y más adelante en este ensayo el autor agrega: “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. [...] 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”: p. 66.

En igual sentido el trabajo de SILVIA NAVIA REVOLLO, *La resolución por autoridad del acreedor*, Tesis de Grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Aquí se lee: “Lo cierto es que, a excepción del contrato de seguro, en el ordenamiento jurídico *ius privatista* 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. Por ello, encontramos figuras como la del pacto comisorio calificado, que aunque opere *ipso facto* impone la obligación de iniciar un proceso ordinario para que mediante sentencia se declare resuelto el contrato (artículo 1937 del Código Civil y 406 del Código de Procedimiento Civil). [...] En fin, aunque no haya una norma que expresamente señale que la resolución de los contratos deba ser declarada por un juez, toda la normatividad civil, referida a los asuntos contractuales, da por sentado la obligación del acreedor de demandar a su deudor en los estrados judiciales para que sea un juez el que declare la terminación de la relación. [...] En resumen, bien difícil es que la figura de la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento tenga entrada a la legislación colombiana por vía de la autonomía privada, pues el único facultado para declarar la resolución de los contratos es el juez”: p. 206 a 208.

<sup>30</sup> ARTURO SANABRIA GÓMEZ. “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV. *La Terminación del Contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p.158 y 159.

demanda ya no será formulada por la parte cumplidora, sino por la incumplida. Es decir que la carga del inicio de la acción judicial se invierte y el juez pues tendrá un control *ex post* de legalidad y de justeza, es decir, después de la disolución unilateral por una de las partes.

Podría pensarse que al tenor del artículo 1546 del Código Civil, tratándose de la condición resolutoria tácita, esto es, la que va envuelta en todos los contratos bilaterales, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, se requiere inexorablemente la sentencia del juez que declare disuelto el vínculo contractual y que cuando es expresa cabría la resolución privada. La Corte Suprema, en postura que no ha sido la general, había dicho: “La condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de *pleno derecho* el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes”<sup>31</sup>.

La admisión de la resolución privada “permitiría al acreedor evitar perjuicios [y] al mismo tiempo establecer relaciones contractuales con terceros para satisfacer su interés [...] La consecuencia principal de la resolución unilateral consiste en evitar que los perjuicios se agraven por el incumplimiento y el mantenimiento del vínculo contractual [...] Se recoge interpretar el artículo 1602, no como la necesidad ante el incumplimiento de forzar al deudor a ejecutar su obligación, sino que abre para el acreedor diversos remedios que puedan satisfacer su interés, entre los cuales pasaría a integrarse la ruptura unilateral del contrato”<sup>32</sup>.

Pese a la reticencia en la aceptación de la resolución unilateral por incumplimiento es conveniente mencionar que el mismo legislador la ha reconocido en ciertos eventos. En el contrato de seguro, el artículo 1068 del C. de Co prevé la terminación automática del vínculo cuando exista mora en el pago de la prima de la póliza; también a propósito del contrato de suministro, se prevé en el artículo 973 *ibídem* que como consecuencia del incumplimiento del contrato, la parte cumplidora tenga el derecho de dar por terminado el negocio, cuando el incumplimiento es de tal relevancia que *per se* pueda mermar la confianza de aquella hacia el recibo de suministros sucesivos.

---

<sup>31</sup> Cas., 31 de mayo de 1892, VII, 243; citada por ORTEGA TORRES, Código Civil, Bogotá, Temis, 1969, p. 627, a propósito del comentario al artículo 1546 del C.C.

<sup>32</sup> CARLOS PIZARRO WILSON, “La ruptura unilateral del contrato”, en AA.VV. *La Terminación del Contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 424-426.



El pacto comisorio cualificado, figura excepcional, regulado en el contrato de compraventa y no extensible su aplicación procedimental a otras figuras contractuales<sup>33</sup>, se constituye sin duda en una institución a favor del deudor en la medida en que los efectos resolutorios del contrato por el no pago del precio se pueden enervar si el comprador paga el precio dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda. Es decir que el contrato no se resuelve inmediatamente, sin intervención judicial, o *ipso facto*, como dice la norma, sino que se requiere demanda judicial del vendedor insatisfecho y, por supuesto, la respectiva sentencia que declare disuelto el contrato.

Pero en el mismo contrato de compraventa se regulan dos situaciones en donde se infiere un desistimiento unilateral sin intervención de juez. El artículo 1873 C.C. contempla la posibilidad de la renuncia del contrato cuando tanto el vendedor como el comprador se encuentran avenidos sobre el precio del contrato, pero si el día en que ha de hacerse el peso, cuenta o medida, alguno de ellos no concurre a la cita, entonces, se faculta al que sí concurrió, si le conviene, a que pueda desistir del contrato. También, el artículo 1882 ibidem prevé el desistimiento unilateral a favor del comprador cuando el vendedor ha retardado por hecho o culpa suya la entrega de la cosa. En ambos casos, el perjudicado se encuentra facultado para reclamar judicialmente los perjuicios si estos se han presentado. En estos dos supuestos fácticos, se observa, pues, la inteligencia del legislador de ahorrarle al afectado el inicio de un trámite judicial y dejarle en su órbita de actuación la potestad de renunciar al acuerdo, sin la intervención del juez.

En cuanto a la primera hipótesis Gómez Estrada está de acuerdo con esa interpretación expuesta al decir que “Como el texto habla expresamente de facultad de desistir, que es separarse por propia voluntad de un vínculo, no se ve razón para interpretarlo, como alguna opinión lo hace, en el sentido de que la parte autorizada para desistir ha de hacerlo pidiendo al juez competente que declare resuelto el contrato por incumplimiento. Si el artículo habla de desistir, es precisamente porque el legislador consideró que el incumplimiento allí previsto merecía esta sanción, obviamente más rápida y directa que la resolución”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En contra Felipe Navia para quien “[E]l 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”: ob cit., p. 52.

<sup>34</sup> CESAR GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, ob cit., p. 51.

Sin embargo, se aparta del criterio anterior cuando se refiere a la segunda hipótesis sobre la demora en la entrega de la cosa al decir que “conforme a opinión generalizada, este inciso no hace nada distinto a reproducir, con distintas palabras, pero queriendo significar lo mismo, la norma general del art. 1546, o sea la de que al incumplir una parte el contrato bilateral, la otra puede pedir el cumplimiento de este o su resolución, alternativamente, y en uno u otro caso la correspondiente indemnización de perjuicios. Conforme a la opinión, al hablar el inciso comentado de que ante el retardo culpable del vendedor en hacer la tradición de la cosa, es decir, ante el incumplimiento del vendedor, puede el comprador ‘perseverar en el contrato’, con ello está diciendo que el comprador está habilitado para pedir el cumplimiento del contrato, esto es, ejercitar la *actio empti*; y que cuando expresa que en el evento dicho puede el comprador desistir del contrato en vez de exigir su cumplimiento, lo que en realidad está diciendo, no obstante el empleo indebido de la palabra desistir, es que el comprador puede pedir la resolución de la compraventa, mediante la promoción del correspondiente proceso ante el juez competente”<sup>35</sup>.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema había interpretado el verbo desistir como un derecho potestativo del comprador sin necesidad de pronunciamiento judicial: “Existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el art. 1546 del C.C. y el desistimiento de que tratan los arts 1882 y 1878. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede el comprador desistir por sí y ante sí, ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen”<sup>36</sup>.

Ahora bien, el Código Civil en el inciso final de este mismo artículo 1882 se adelantó a lo que hoy los “Principios de derecho europeo de contratos” denominan “Incumplimiento previsible” al reconocerle la posibilidad al vendedor de no entregarle la cosa al comprador si sabe que este no va a cancelarle el precio; esto no es más que un desistimiento unilateral, sin intervención judicial, por cuanto el vendedor no aparece obligado a ejecutar su obligación principal cuando otea que el comprador no va a ejecutar lo que le corresponde, a menos que cumpla o garantice el cumplimiento: “Pero si después del contrato hubiese menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo

<sup>35</sup> CESAR GÓMEZ ESTRADA, *ibídem*, p. 63 y 64.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de junio de 1971, G.J. CXXXVIII, p. 382.

que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago”<sup>37</sup>.

Fueyo Laneri, jurista chileno, de formación clásica, ha dicho que “se le llama resolución por *autoridad del acreedor*, como podría también llamarse *mixta*, porque a través de esta fórmula moderna, realista y eficaz, se dilucida la vieja opción ejercitada ante el juez para seguirse generalmente un pleito largo, costoso y de resultado incierto. [...] Esta forma de resolución fue ignorada por el Código Civil francés y por muchos que le siguieron, aunque –según se afirma- la doctrina y la jurisprudencia francesas han admitido en ciertos casos de excepción la ruptura del contrato sin intervención del juez”<sup>38</sup>

La tendencia en las codificaciones modernas es la de permitir la resolución privada o extrajudicial: “La resolución es judicial en derecho francés, extrajudicial en derecho europeo. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 9:301 de los PDEC [“Principios de derecho europeo de contratos”], *‘Una parte puede resolver el contrato si existe incumplimiento esencial de la otra parte’*. Inspirada en las lecciones del análisis económico del derecho, la resolución unilateral, la resolución sin juez por la cual optaron los PDEC, se diferencia claramente, en su fundamento, del sistema utilizado en derecho francés. En esencia, la idea es que, gracias a la exclusión del juez, el acreedor víctima del incumplimiento gane tiempo y dinero, puesto que se le permite *‘una más rápida reasignación de los recursos’*; en lugar de someterse a la espera aleatoria inherente a la intervención del juez, el acreedor *‘puede, de inmediato o en un plazo razonable, celebrar un nuevo contrato con un tercero, lo que le evita perder su tiempo y su dinero’*. A pesar de esta profunda divergencia, el examen del derecho positivo francés revela una tendencia hacia el acercamiento entre los dos cuerpos normativos. En efecto, la Corte de Casación admite ahora que *‘La gravedad del comportamiento de una parte en un contrato puede justificar que la otra parte le ponga fin de manera unilateral, por su cuenta y riesgo, sin importar que el contrato sea a término indefinido o no’*. De esta jurisprudencia, que ilustra

---

<sup>37</sup> Como se verá los “Principios de derecho europeo de contratos” parten de regla según la cual la resolución del contrato se ejerce entre las partes a través de una actuación privada y a iniciativa por supuesto de la parte perjudicada. El artículo 9:304 señala: “Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra tiene derecho a resolver el contrato”. Ahora bien, en la doctrina nacional, sobre el inciso transcrito del Código Civil, GÓMEZ ESTRADA señala que “Esta protección concedida al vendedor envuelve una excepción al principio general de que los contratos son una ley para los contratantes”: ob cit, p. 65.

<sup>38</sup> FERNANDO FUEYO LANERI. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago de Chile, 3ª edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, 2004, p. 321 y 322.

la importancia que ha ido ganando el unilateralismo en derecho de contratos, se ha escrito que equivale a ‘*cuestionar el principio mismo de la necesidad de una resolución judicial*’<sup>39</sup>.

En igual sentido el Proyecto Gandolfi o “Código Europeo de los contratos” el cual en su artículo 114.1 señala: “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”.

En esta perspectiva también se encontraría Hinestrosa quien al exponer su pensamiento sobre el fenómeno de las restituciones debidas a la disolución del contrato, señala que “en lo que hace a las restituciones consiguientes al aniquilamiento, es clara la presencia de dos tendencias: aquélla que puede considerarse clásica, con arreglo a la cual, ‘el contrato se resuelve –por decisión judicial- con efecto *ex tunc* y de ese modo se desvanece como si jamás hubiera existido’. Otra doctrina, ‘admite una resolución por simple declaración de parte del acreedor, que abre una nueva fase post-contractual en la que las partes desatan los vínculos contractuales de conformidad con el contrato celebrado’ y ha venido ganando adhesión, precisamente por su flexibilidad”<sup>40</sup>.

#### IV. Incumplimiento grave o esencial del contrato

No cualquier clase de incumplimiento constituiría motivo para resolver privada y unilateralmente un convenio; se requiere que sea grave o esencial, es decir, que recaiga sobre prestaciones principales y no accesorias, o mejor, que termine afectando sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor.

En los principios UNIDROIT artículo 7.3.1 respecto de la terminación del contrato se dice: “Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial”. Y a renglón seguido se señalan los criterios que se han de tener en la cuenta para efectos de determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial: “(a) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) el incumplimiento estricto de la

<sup>39</sup> DENIS MAZEAUD, “La Europeización del derecho de contratos”, en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 61 y 62.

<sup>40</sup> FERNANDO HINESTROSA. *Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato*, ob cit., p. 483.

obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; (c) El incumplimiento fue intencional o temerario; (d) El incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra; (e) La terminación del contrato hará sufrir a la parte que no cumple una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”.

Para los “Principios de derecho europeo de los contratos”, art. 8:103, “El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forma parte de la causa del contrato; (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas respecto al contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) O cuando el incumplimiento es intencionado y da motivos a la parte perjudicada para entender que más adelante ya no cabe contar con el cumplimiento de la otra parte”.

El Proyecto Gandolfi o “Código europeo de los contratos” señala en el artículo 107 lo que sigue: “1. En el sentido en que se indica más abajo, un incumplimiento tiene importancia relevante si concierne a una de las prestaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, habida cuenta de la calidad de las personas y de la naturaleza de la prestación, el incumplimiento comporta para el acreedor un perjuicio tal que le priva sustancialmente de lo que, en derecho, se puede esperar del contrato. 2. Se considera que el incumplimiento tiene una importancia relevante cuando: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto. 3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento tiene una importancia mínima respecto de la economía de la relación contractual y del interés del acreedor”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> El artículo 1455 del Código Civil italiano dispone que “El contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia teniendo en cuenta el interés de la otra parte”. Sobre esa regla se ha dicho que: “El juicio sobre la importancia del incumplimiento ex Art. 1455 C.C. debe conducirse a través de dos distintas operaciones: en primer lugar, se reconstruirá el espectro de los intereses del acreedor, cuya falta de satisfacción tenga relevancia jurídica para el fin *específico* de la resolución del contrato; definida bajo tal perspectiva la lesión sufrida por el contratante fiel, se pasará a valorar si ella es o no de escasa importancia, o sea, se procederá a relacionar (a medir) el peso (el valor) de los intereses que han quedado insatisfechos con el respeto lógico a la economía integral de la operación que se ha deducido en contrato”: ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, en Enciclopedia del Diritto, Vol XL, No 6, p. 1322. Clemente Meoro en punto de la gravedad del incumplimiento ha sostenido que “Si, como acabamos de ver, el criterio de la gravedad del incumplimiento ha servido para distinguir las obligaciones principales de las accesorias, también ha sido aplicado al incumplimiento de las primeras; es decir, que también el incumplimiento de las obligaciones principales ha de revestir cierta gravedad e importancia para que por su causa, quepa resolver. En efecto, aunque nuestro ordenamiento jurídico no se manifiesta al respecto – al igual que el francés, pero a diferencia del italiano de 1942- la jurisprudencia ha señalado que para el ejercicio de las acciones otorgadas por el artículo 1.124 del Código Civil, no basta con cualquier

Sobre la trascendencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales que termina repercutiendo gravemente en los intereses de la contraparte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo que sigue: “Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante”<sup>42</sup>. La misma Corte ya había indicado en 1984 que: “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. [...] De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso *sub judice*, 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, sino que es preciso que sea verdadero y propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de las partes. Otras sentencias han hecho hincapié en que el incumplimiento que faculta para resolver ha de suponer la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato, o la frustración de las legítimas expectativas de las partes, de sus aspiraciones o del fin del contrato, o la quiebra de la finalidad económica del contrato, o la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o un interés atendible, o afectar el objeto principal del contrato, o ser de tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución. [...] Mas si el cumplimiento aún es posible pues ha habido un mero retraso en el cumplimiento, o si ha habido cumplimiento parcial o defectuoso, cabe dudar de que, conforme a los principios de conservación del negocio, *pacta sunt servanda* y de buena fe, el incumplimiento tenga la suficiente entidad como para resolver”: MARIO E. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, ob cit.*, p. 251 a 255. Melich Orsini señala: “[N]o he dudado en considerar que no basta cualquier retardo por insignificante que él sea, para que el juez tenga el deber de pronunciar la resolución, sino que es necesario que tal retardo justifique, por su gravedad o por su persistencia, ser apreciado como verdadera infracción a la lealtad recíproca que se deben las partes en un contrato bilateral. [...] Todos esos incumplimientos, sea que adopten la forma de simples retardos, sea que constituyan ya incumplimientos que, aunque parciales, son ‘definitivos e irreparables’, caen en efectos dentro del amplio concepto de ‘no ejecución de la obligación’ a que alude el artículo 1.167 C. C. y sólo será cuestión de apreciar su gravedad o importancia a los fines de que, según el criterio ya expuesto en lo que concierne al retardo, deba o no el juez pronunciar la resolución del contrato aquí demandado”: JOSE MELICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato, ob cit.*, p. 740 a 743. En la doctrina nacional Ospina afirma: “Para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irroque al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisibles abuso de las vías procesales, como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia en que rechazó la cuantiosa indemnización pactada, porque el asegurado, autorizado para pagar la prima por instalamentos, aún debía una suma irrisoria”: GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ Y EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato*, 6ª Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 591.

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de marzo de 2000, M.P.: Silvio Fernando Trejos.

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>43</sup>.

En este orden de ideas, se observa que el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia reclaman la gravedad del incumplimiento para que se pueda resolver o terminar el contrato. La gravedad no existe respecto del incumplimiento de cláusulas secundarias e incluso ella –se agrega- se debe exigir respecto del incumplimiento de las prestaciones fundamentales o principales; es decir que aun en el evento en que se incumpla una cláusula principal, es menester su trascendencia y gravedad en la relación jurídica y por supuesto en el interés del acreedor.

En fin, “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”<sup>44</sup>. Lo que se destaca es que no cualquier clase de incumplimiento da lugar a la terminación del contrato y que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente. El incumplimiento, como se ha dicho, debe tener cierta entidad para autorizar una consecuencia tan extrema como lo es la extinción del vínculo. “Pretender ejercer el derecho de resolver el contrato cuando el incumplimiento carezca de importancia, implicaría el ejercicio abusivo de ese derecho, por contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo –el de preservar el sinalagma contractual- y por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”<sup>45</sup>.

Sobre la trascendencia del incumplimiento y a propósito del contrato de suministro, el artículo 973 del Código de Comercio señala: “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”.

De la norma trascrita se infiere que la trascendencia del incumplimiento se predica para ambas partes, esto es, suministrante y suministrado, así la redacción en la parte final

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de septiembre de 1984.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de octubre de 2003, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>45</sup> JOSÉ MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, ob cit., p. 741, nota 22.

parezca estar dirigida únicamente a favor del suministrado. Así mismo, se estima que la terminación unilateral del contrato ante un incumplimiento no sustancial, puede ser considerada como un comportamiento alejado de la buena fe, en contravía del principio del *pacta sunt servanda* y con el principio de la preservación del contrato y, por qué no, como un ejercicio abusivo de una facultad contractual.

En términos generales, se puede decir, que la terminación de un contrato sin la ocurrencia de un incumplimiento significativo, así el Código Civil literalmente no lo establezca, infringe el principio de la buena fe, o la norma de conducta que nos obliga también a mirar no solo los intereses propios sino las expectativas razonables del otro sujeto contractual. De conformidad con la actual visión del contrato, es decir, entendido este como un instrumento de cooperación intersubjetiva, la buena fe juega un papel protagónico en el objetivo de proteger las expectativas razonables de las partes, y sobre todo, la recíproca confianza existente entre ellas. La buena fe es la norma o precepto que regula el ejercicio de poderes discrecionales y que se traduce en no abusar de estos en desmedro del otro. La terminación unilateral de un acuerdo, sin mediar un incumplimiento grave o sustancial, constituye, sin ambages, una actuación de conducta contraria a la buena fe.

#### V. Necesidad de comunicación al deudor

¿Cuáles serían los requisitos para que el acreedor pueda ejercer la facultad resolutoria unilateral? La trascendencia del incumplimiento viene a constituir un límite objetivo a la posibilidad de resolver de manera privada o extrajudicial un acuerdo; así mismo se requiere que el acreedor le comunique al deudor su decisión de la revocación y de otorgarle un plazo razonable para que aquel tenga la oportunidad de ajustar su conducta al comportamiento requerido en el vínculo<sup>46</sup>. Así y sólo así, se podría entender que la facultad de resolución privada ante el incumplimiento se ha ejercido en debida forma, que no constituye un atentado al principio de la buena fe o que no pueda mirarse

---

<sup>46</sup> Por ejemplo el artículo 1454 del *Codice Civile* italiano dispone: “*Intimación a cumplir*. A la parte incumplidora la otra podrá intimarle por escrito que cumpla dentro de un término conveniente, bajo apercibimiento de que transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más resuelto. El término no podrá ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario de las partes o que, por la naturaleza del contrato o de acuerdo con los usos, resulta conveniente un término menor. Transcurrido el término sin que haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de derecho”. Por su parte, el *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés* en su artículo 1158 señala: “ [...] 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 lo 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”.



como un ejercicio abusivo de una facultad contractual, sin perjuicio, por supuesto, del control posterior de legalidad a la revocación que tiene el juez mediante la acción del deudor<sup>47</sup>.

En el contrato de suministro, por ejemplo, el mismo legislador, que ha avalado su terminación unilateral extrajudicial, la condiciona, al exigir, además de la sustancialidad del incumplimiento, a un preaviso razonable o prudencial al consumidor o suministrado<sup>48</sup>. “El principio de la buena fe contractual no constituye un mecanismo de protección unilateral, sino un mecanismo mutuo por definición, lo mismo que el respeto y la lealtad”<sup>49</sup>.

Para los “Principios de derecho europeo de los contratos”, la resolución del contrato es un acto de la parte perjudicada, no un acto de los tribunales o de la justicia arbitral<sup>50</sup>. Siempre que haya habido un incumplimiento esencial o se den las demás condiciones de la resolución, la parte perjudicada puede poner fin al contrato comunicando este hecho a la parte que no haya cumplido. Señala el art. 9:303: “(1) La parte que ejerce su derecho de resolución debe comunicar este hecho a la otra parte. (2) La parte perjudicada pierde su derecho a resolver el contrato si no ejercita su acción y así lo comunica en un plazo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento”.

Los referidos Principios distinguen entre el incumplimiento esencial y el no esencial, pero incluso tratándose de este último cabe la resolución unilateral previa comunicación (*notice procedure*). Dice el art. 8:106 (3) que “Ante un retraso en el pago no

---

<sup>47</sup> “La doctrina en atención a los eventuales abusos en los que pueda llegar a incurrir el acreedor en el ejercicio de la facultad resolutoria unilateral, ha dispuesto que la declaración debe contener como mínimo los siguientes requisitos: 1. Intimación al cumplimiento; 2. Fijación de un plazo para ello y 3. Advertencia de la resolución en caso de que no se dé el cumplimiento en el plazo fijado”: SILVIA NAVIA, Ob cit, p. 160.

<sup>48</sup> En efecto, el artículo 973 párrafo segundo señala: “En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente”. Y el artículo precedente, indica en el inciso segundo que “Cuando se deje a una de las partes el señalamiento de la época en que cada prestación debe efectuarse, estará obligada a dar preaviso prudencial a la otra de la fecha en que deba cumplirse la correspondiente prestación”.

<sup>49</sup> ALAIN BÉNABENT, *La buena fe*, en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 155.

<sup>50</sup> Por supuesto, esto sin perjuicio de lo que las partes hayan estipulado para la solución de sus conflictos: art. 9:305 (2) “El hecho de la resolución no afecta para nada a las estipulaciones previstas en el contrato para la solución de conflictos, ni a cualesquiera otras cláusulas que deban surtir efecto aun en caso de resolución”.

constitutivo de incumplimiento esencial, si la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder al pago, el perjudicado puede resolver el contrato al concluir el plazo previsto en la prórroga. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado. Si el plazo dispuesto es demasiado breve, la parte perjudicada sólo puede resolver el contrato o, en su caso, concluir éste de manera automática, cuando haya transcurrido un tiempo prudencial desde el momento de la notificación”<sup>51</sup>

El “Código Europeo de los contratos” (Proyecto Gandolfi), ante un incumplimiento de importancia relevante reconoce el derecho que tiene el acreedor de proceder a la resolución del vínculo, “requiriendo al deudor para que lo ejecute en un plazo razonable que, en cualquier caso, no puede ser inferior a quince días y notificándole que si el plazo transcurre inútilmente, el contrato será considerado como resuelto de derecho” (114.1). Y en el evento en que haya cláusula a propósito, “el contrato se considerará resuelto desde que la parte interesada notifique al deudor que ella se prevale de la cláusula” (114.2), en virtud de la cual el incumplimiento de una de las partes confiere a la otra el derecho de resolver el contrato.

En los principios UNIDROIT, “El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte” (art. 7.3.2).

---

<sup>51</sup> “No todos los retrasos en el cumplimiento constituirán supuestos de incumplimiento esencial conforme al artículo 8:103 y, por ello, la parte perjudicada no necesariamente gozará del derecho de resolución inmediata simplemente por haber transcurrido el plazo del cumplimiento. Sólo tendrá este derecho si el contrato formaba parte de la ‘esencia’ [del contrato]. Sin embargo, en los casos de retraso no esencial, el artículo 8: 106 (3) permite que el acreedor señale un plazo adicional de duración razonable para que el deudor cumpla. Si al expirar ese plazo no hubiera habido cumplimiento, la parte perjudicada podrá resolver el contrato [...] Se trata del supuesto en que seguramente se aplicará con mayor frecuencia el procedimiento de la comunicación (*notice.*) [...] Conforme al art. 8:106 (3), cuando el retraso en el cumplimiento no alcanza el grado de un incumplimiento esencial, la parte perjudicada puede fijar un período adicional de duración razonable para que la otra parte cumpla. Si en el momento de la expiración del plazo la parte incumplidora todavía no hubiera cumplido su prestación, el perjudicado puede considerar resuelto el contrato. Lo mismo resultaría de aplicación en los casos en que la parte que ha incumplido declara que no cumplirá en el nuevo plazo fijado”: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, Madrid, Consejo General del Notariado, Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres et al, 2003, p. 549 y 603.

## VI. La cláusula sobre la resolución unilateral

La tendencia actual, pues, es la desjudicialización de la resolución del contrato, pero un punto delicado es la manera como la cláusula esté redactada y la forma como procedería la resolución<sup>52</sup>. Ya se ha hecho referencia a este último en el sentido de que se le debe dar la oportunidad al deudor de que cumpla o de requerirlo para que ejecute su compromiso en un término razonable. En cuanto a la redacción de la cláusula, valga aquí recordar que la ambigüedad se interpretará en contra de quien la predispuso, pero lo más importante es que la cláusula debe tener cierto grado de especificidad, de particularidad para que en sede judicial no vaya a ser calificada de cláusula de estilo.

Con el fin de evitar problemas en el control *a posteriori* de legalidad ante la jurisdicción, la cláusula debe indicar expresamente los compromisos cuya inexecución implicará la resolución del contrato<sup>53</sup>. Cláusulas generales en el sentido de que cabría la resolución, por ejemplo, “cuando se incumplen cualquiera de las obligaciones derivadas de este contrato”, dicen mucho, pero a la vez no dicen nada y por su ausencia de precisión pueden no ser de recibo por el juez. Se deben, pues, determinar los incumplimientos que dan lugar a la resolución unilateral del contrato. “Si se extiende a todas las obligaciones establecidas en el contrato a cargo de una parte, indicadas genéricamente, se entiende como cláusula de estilo, y se la considera no incluida”<sup>54</sup>.

## VII Valoración final

Después de este breve *excursus*, conviene mirar si el reconocimiento normativo o jurisprudencial de la resolución extrajudicial por incumplimiento de una de las partes, constituye una versión economicista del contrato, que afectaría la concepción romano-germánica del mismo, o si por el contrario, implica una postura obvia dada la crisis operativa de los sistemas judiciales que hacen más difícil la solución de los conflictos al exigir en la mayoría de ellos la presencia del Estado.

---

<sup>52</sup> “[E]l punto sensible no ha de ser la estipulación misma de tales cláusulas, sino los requisitos de su redacción y de su ejercicio por el acreedor, en lo cual la jurisdicción ha de poner especial atención, asentada en el principio de la buena fe”: FERNANDO HINESTROSA, *La terminación unilateral del contrato*, contribución al libro de homenaje al Profesor Francois CHABAS, Universidad del Cuyo, Mendoza (Argentina), 2007, p. 11.

<sup>53</sup> De conformidad con el artículo 1159 del Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, “Las cláusulas resolutorias den indicar expresamente los compromisos cuya ejecución implicará la resolución del contrato”.

<sup>54</sup> R. SACCO, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile italiano*, Vassalli, vol. 6º, t. 2º, UTET, Torino, 1975.

No hay que olvidar, tal como se dijo, que el poder de resolución unilateral no significa la exclusión del juez en el análisis posterior que puede hacer sobre la legitimidad del aniquilamiento unilateral del vínculo, es decir, si este operó con el respeto a la buena fe y sin ser abusivo.

Denis Mazeaud, concluía en punto de los poderes unilaterales de las partes lo que sigue: “[E]s un hecho que, en lo referente al papel que se otorga al poder de la voluntad unilateral en materia contractual, existen diferencias entre nuestro derecho positivo y los PDEC, pero estas diferencias no son tan grandes como para decir que su eventual incorporación a nuestro derecho podría provocar una conmoción fundamental del derecho francés”<sup>55</sup>.

“Pero donde este principio de la buena fe ha tenido un desarrollo espectacular es en *lo que concierne al acreedor*: aunque ejerza un derecho derivado expresamente del contrato, si lo hace de mala fe este acreedor sufrirá las consecuencias. La idea es que la buena fe impone el respeto de la otra parte. El derecho no es un ‘poder’ sobre la otra parte. La noción de buena fe del acreedor se define entonces como la prohibición de aprovechar abusivamente su situación de acreedor, ya sea utilizando un derecho para fines que no son los suyos, o pretendiendo, al ejercer de esta manera, obtener ventajas desproporcionadas. Los ejemplos son numerosos: el acreedor que incluye una cláusula resolutoria para sancionar un leve incumplimiento del arrendatario y así recuperar su bien [...] Es importante anotar que el tema de la buena fe sólo se plantea si la ruptura en sí misma es conforme a las reglas: si no es, es intrínsecamente ineficaz y no vale la pena ir más allá. [...] [L]a buena fe contractual, entendida en el sentido de la lealtad, constituye una norma de comportamiento que posiblemente va más allá de las obligaciones contractuales técnicas para convertirse en un instrumento de civilización del contrato”<sup>56</sup>.

El “Código europeo de los contratos” señala precisamente en el artículo sobre el derecho a la resolución del contrato que “El acreedor no tiene derecho a proceder a la resolución del contrato si el incumplimiento depende exclusivamente de una acción o de una omisión que a él le sea imputable [...] Por lo demás no tiene ese derecho si ha inducido a hacer creer a la otra parte que no procederá a la resolución, aún si se trata de un incumplimiento de importancia notable” (art. 114.6).

---

<sup>55</sup> DENIS MAZEAUD. “La europeización del derecho de contratos (de lege ferenda)”, en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 64.

<sup>56</sup> ALAIN BÉNABENT. “La buena fe”, en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 151, 152, 153 y 155.

Ahora bien, la configuración de la cláusula resolutoria privada no puede ser expresión del ejercicio abusivo del poder contractual. Ella vale en tanto y en cuanto haya sido discutida o por lo menos resulte razonable (leal) frente a los intereses en juego envueltos en la relación jurídica derivada del contrato o por la particular condición de los contratantes.

El contrato en su versión moderna no consiste en la exacerbación desenfrenada de la satisfacción de los intereses propios e independientes de cada una de las partes en el contrato. Esta visión egoísta e insolidaria desconocía toda consideración de lo “relacional”, pasaba por alto una noción fundamental según la cual, el contrato es una relación entre las partes. Cada una de las partes puede defender sus propios intereses, “pero estos sólo existen en función y en relación con los intereses de la otra parte. El contrato es un conjunto de derechos que convergen hacia un fin común. (La ‘pequeña sociedad’ de la que hablaba DEMOGUE) A esto es a lo que corresponde la idea actual de colaboración entre las partes”<sup>57</sup>.

Aparte de los antecedentes que se han mencionado, y de la validez de la cláusula resolutoria originada en la autonomía privada, en la práctica hay instrumentos en donde se aprecian soluciones privadas con ocasión del incumplimiento. Así, en el contrato de fiducia en garantía cuando el deudor incumple, es el acreedor quien le notifica de dicha situación a la fiduciaria para que ésta proceda a ejecutar la garantía y satisfacer la respectiva acreencia. Por supuesto que la ejecución de la garantía tiene como presupuesto que no haya controversia en torno de la existencia de la obligación, su validez y su incumplimiento, porque si ello se presenta, “no puede el fiduciario fungir como árbitro, ni atenerse únicamente al requerimiento que le haga el acreedor”<sup>58</sup>. El fiduciario no resuelve controversia alguna, su labor, por el contrario, se limita a comprobar una situación objetiva consistente en el incumplimiento de una deuda que es lo que al final de cuentas activa este mecanismo de ejecución extrajudicial de la garantía con base en las instrucciones que con antelación ha señalado el deudor.

La fiducia en garantía no se roza con un pacto comisorio, pues la disposición de los bienes fideicomitidos o su entrega al acreedor en dación en pago, son actos que en

---

<sup>57</sup> CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *La influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos*, en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 45.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de julio de 2005, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

concreto ejecuta un tercero autónomo e independiente, autorizado *ex ante* por el deudor y no por el acreedor. Es decir que el fiduciario actúa con estricta sujeción a las instrucciones dadas por el fideicomitente.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la validez del pacto comisorio celebrado con posterioridad al contrato de prenda o de hipoteca, siempre y cuando el pacto no se haya ajustado en un claro ejercicio de posición dominante, es decir, que se incurre en la prohibición del pacto cuando se celebra concomitantemente con el contrato de garantía, pero no en momento posterior y se haya respetado la voluntad del deudor<sup>59</sup>.

Otra solución privada frente al incumplimiento se puede observar en el contrato de seguro de cumplimiento en donde el acreedor, ante la eventualidad del incumplimiento del deudor, celebra esta especie de seguro cuyo objeto es el de garantizar el cumplimiento de la obligación u obligaciones emanadas de un contrato (o de la ley), en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación garantizada. La operación técnica de pago de la indemnización por el no cumplimiento de la obligación de parte del deudor, la realizará extrajudicialmente el asegurador, sino objeto la reclamación presentada por el asegurado<sup>60</sup>.

El derecho a la resolución como todos los derechos, tiene límites y no escapa al poder de control del juez, eso sí eventual y *ex post*, sobre el cumplimiento de sus exigencias, si infringió o no la buena fe, o mejor, si su ejercicio significó un abuso del derecho; pero lo que sí es evidente, en la contratación moderna, es que 'qui dit unilatéral

---

<sup>59</sup> “[L]a Corte entiende que son lícitos y, por consiguiente, válidos y eficaces, los pactos que celebren el acreedor y el deudor prendario o hipotecario, con posterioridad al contrato de prenda o hipoteca, en virtud de los cuales se prevean mecanismos privados de disposición de la cosa pignorada o de apropiación de la misma por parte del acreedor, diferentes a la venta en almoneda, o a su adjudicación por subasta fracasada, o, en general, a su instrumentalización por vía judicial, siempre y cuando, claro está, se preserve cabal y efectivamente la voluntad del deudor”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de julio de 2005, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>60</sup> Por medio del seguro de cumplimiento, la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato o de la ley. “[A]caecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que este a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de agosto de 2008, M.P.: Pedro Munar.

dit injuste' no es necesariamente cierto<sup>61</sup>. Y aquello que es unilateral no es necesariamente injusto por cuanto la buena fe, como norma de conducta, se pone frente al unilateralismo que pretenda expresar sólo la lógica desleal del más fuerte. De acuerdo con la buena fe, con la lealtad que se deben las partes entre sí, por ejemplo, a una de ellas no se le permitiría poner fin al contrato por un incumplimiento sin importancia de la obligación.

Bogotá, enero de 2009.

---

60 “[L]a resiliación unilateral de los contratos de duración indeterminada y la resolución unilateral por incumplimiento –todas, por cierto, con importantes resguardos–, son hoy los paradigmas del unilateralismo en la formación del contrato y en su terminación o extinción. Si bien ‘qui dit contractuel dit juste’ el juicio exactamente inverso ‘qui dit unilatéral dit injuste’ no es necesariamente cierto”: SEBASTIÁN RÍOS LABBÉ. *Las cesiones legales del contrato*, en Estudios de derecho privado en Homenaje a Christian Larroumet, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 197.