

LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR
INCUMPLIMIENTO EN COLOMBIA. NUEVAS
TENDENCIAS EN EL DERECHO PRIVADO

*THE RESOLUTION OF THE CONTRACT FOR BREACH IN
COLOMBIA. NEW TRENDS IN PRIVATE LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 296-333

Emmanuel
Guillermo
CARREÑO
BERNAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto elucidar aspectos relevantes en torno a la resolución del contrato en Colombia, específicamente exponer la legislación nacional pertinente, así como la opinión de la doctrina y la jurisprudencia, haciendo énfasis en las interpretaciones de la legislación de la resolución contractual, para finalizar con una reflexión del tema en diferentes instrumentos de derecho internacional y de cuál es la interpretación moderna que se debe dar a la resolución unilateral del contrato, en aras de dar celeridad a los negocios, cumplir con la finalidad económica del contrato y descongestionar el sistema judicial en Colombia.

PALABRAS CLAVE: Contrato; resolución unilateral; terminación unilateral; incumplimiento contractual.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to elucidate relevant aspects the resolution of the contract in Colombia, specifically to highlight the relevant national legislation, as well as the opinion of the doctrine and jurisprudence, emphasizing the interpretations of the contract resolution legislation, ending with a reflection on the subject in different instruments of international law and what modern interpretation should be given to the unilateral resolution of the contract, in order to speed up business, fulfill the economic purpose of the contract and free up the justice system in Colombia.*

KEY WORDS: *Contract; unilateral resolution; unilateral termination; contractual breach.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN COLOMBIA POR INCUMPLIMIENTO.- 1. Aproximación conceptual.- A) *La terminación y resolución contractual.*- B) *Distinción entre resolución contractual y terminación unilateral.*- 2. Fuentes de la ruptura unilateral por incumplimiento.- A) *La ley.*- B) *El contrato.*- 3. Aplicabilidad en materia civil y mercantil.- 4. Posibilidad de acudir ante el juez posterior a la resolución unilateral.- III. TENDENCIAS MODERNAS EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.- 1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.- A) *Generalidades.*- B) *La resolución en la Convención de Viena.*- 2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.- A) *Generalidades.*- B) *La resolución en los Principios UNIDROIT.*- 3. Principios del Derecho Europeo de Contratos.- A) *Generalidades.*- B) *La resolución en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.*- 4. Marco Común de Referencia para el Derecho privado.- A) *Generalidades.*- B) *Resolución contractual.*- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene como objeto exponer los principales aspectos en torno a la resolución del contrato en Colombia, puntualmente los referentes a la resolución unilateral del contrato por incumplimiento. Para llevar a cabo el objeto propuesto, se realizará una exposición crítica de la legislación colombiana, en torno a la posibilidad que tiene una de las partes de un contrato de derecho privado en Colombia, para terminar unilateralmente la relación contractual con la sola manifestación de la voluntad, ante el incumplimiento contractual de su contraparte, sin que por ello se genere ninguna consecuencia negativa o permita a su contraparte contractual invocar exitosamente una pretensión por incumplimiento.

Para estos efectos se expondrá la normatividad de la resolución contractual, contenida en el Código Civil y el Código de Comercio colombianos, normatividad vigente que reglamenta la teoría general del contrato y las obligaciones; en la cual no se regula, o al menos no con suficiente claridad, el tema de la resolución unilateral de los contratos, específicamente, no se regula con precisión si se permite a una de las partes dar por terminado el contrato de forma unilateral, o si por el contrario es imperativo acudir ante el Estado, concretamente ante un juez de la república para que por medio de una sentencia declare incumplido y resuelto el contrato en cuestión.

Se presentará en varios momentos cual ha sido la posición de la doctrina mayoritaria en Colombia, no obstante, desde ya se expone que es contraria a la postura que se asume en el presente trabajo; puesto que tradicionalmente, como

• **Emmanuel Guillermo Carreño Bernal**

Socio de la Firma Servibienes, Consultores y Asesores SAS. Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho, Empresa y Justicia y Candidato al título de Doctor en Derecho Ciencia Política y Criminología de la Universitat de València.
Correo electrónico: emanuelgcb@hotmail.com.

se expondrá, se ha planteado que la resolución por incumplimiento se ejerce vía judicial, descartando de plano la posibilidad de que por regla general una parte en el contrato ante el incumplimiento de su homólogo pueda legítimamente resolver el contrato por incumplimiento.

Por otra parte, se expondrá que esta cuestión parece resuelta ya en algunos de los instrumentos más representativos a nivel mundial en materia de contratación internacional, que a su vez son referentes de leyes modelo en muchos países de Europa y del mundo entero. Puntualmente se hará referencia a los siguientes instrumentos:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
- Los Principios del Derecho Europeos de Contratos.
- El Marco Común de Referencia Europeo.

Dentro de la exposición de cada uno de estos instrumentos, se hará precisa mención a que en todos y cada uno de ellos, se permite y habilita la resolución unilateral del contrato por incumplimiento, sin necesidad de acudir a un juez o tribunal.

Por otra parte, se desarrollará en el aparte relativo a cada uno de estos instrumentos, las particularidades y características generales de cada cual, para seguidamente desarrollar la forma en cómo se expone en cada uno de los instrumentos la resolución contractual.

El trabajo se consumará, haciendo una exposición de las conclusiones a las que se llegó con la investigación realizada.

En síntesis, de lo anteriormente expuesto, como así también del propio título del presente trabajo, podemos concluir que la presente investigación se centrará básicamente, en exponer el *statu quo* de la resolución por incumplimiento en Colombia, así como las tendencias modernas frente al tema. Principalmente, se tratará de responder si: ¿es posible la resolución unilateral del contrato en Colombia?

Por otra parte, aclaramos que a diferencia de la mayoría de autores que ha abarcado este tema referente a la resolución contractual, no centraremos la atención de este estudio en hacer un análisis de fuentes de la tradición jurídica del *Civil Law*, limitándonos a hacer un estudio alejado de lo que está pasando

en el mundo occidental y desprendiéndonos de las tendencias modernas en la materia, las cuales han llevado por razones prácticas y de conveniencia económica, al abandono de la necesidad de acudir a la justicia estatal para que se declare el cumplimiento y posterior resolución del contrato; más aún en países como Colombia en la cual existe una angustiosa necesidad de implementación de mecanismos e instituciones que permitan el ejercicio de la resolución de conflictos de forma extrajudicial que ayuden a la urgente necesidad de descongestión de la justicia.

La anterior aclaración se realiza, en ocasión a que la mayor parte de la doctrina nacional, como se expondrá en su momento, se opone sistemáticamente a la incorporación por simple interpretación de la norma de la resolución unilateral por incumplimiento, la cual como ya se ha manifestado no prohíbe expresamente la terminación del contrato de forma unilateral, alejándose con estas interpretaciones a las tendencias modernas que sustentan la resolución unilateral en postulados económicos y de eficiencia, con el fin no solo de modernizar la legislación Colombiana, sino de mejorar el tráfico normal de los negocios, ayudando de paso con esto a la descongestión de la justicia y respondiendo de mejor manera a los tiempos de los negocios.

Por último, consideramos relevante advertir que, en el presente escrito, se utilizará principalmente una metodología científica comparativa, consistente en la equiparación de instituciones jurídicas a efectos de trasladar o exportar las medidas que hayan acreditado su bondad o efectividad en un lugar dado¹. En el caso en concreto, se comparará la legislación colombiana, con los instrumentos de derecho internacional mencionados, exponiendo sus virtudes y bondades. Sin perjuicio de lo expuesto, la metodología crítica no estará ausente en la investigación, puesto que se expondrá la opinión personal del autor, con el fin de que el trabajo pueda constituir un aporte más para inspirar la modificación doctrinal respecto al tema de la resolución contractual por incumplimiento en Colombia, ante la falta de voluntad legislativa de modernizar la legislación de derecho privado en Colombia.

II. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN COLOMBIA POR INCUMPLIMIENTO

I. Aproximación conceptual.

A) *La terminación y resolución contractual.*

Como es apenas obvio, el fin de los contratos es nacer para ser cumplidos, de ahí que uno de los principios estructurales del derecho de contratos y tal vez

1 FERNÁNDEZ RUIZ, J.: *El Estado Empresario*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982, p. 28.

el más importante de ellos es el denominado, *pacta sunt servanda* o principio de la intangibilidad de la relación negocial, constitutivo de los pilares del derecho privado, el cual se encuentra cimentado sobre la base del poder de la voluntad, en el cual las partes son libres para darse sus propias reglas de conducta, de ahí la derivación de famosas expresiones tales como “Los contratos se celebran para cumplirlos”, “Todo aquel que compromete su palabra debe honrarla”, “los compromisos asumidos no puede eludirse ni desconocerse”², “el contrato es ley para las partes”, “el contrato tiene fuerza de ley para quienes lo celebraron”, entre muchas otras.

La legislación colombiana ha adoptado este principio en su legislación positiva, desarrollándolo y haciéndolo vinculante, por ello el legislador lo tipificó en el art. 1.602 CC de la siguiente manera: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De este art. 1.602 se evidencia claramente la fuerza obligatoria del contrato, donde se le da el carácter de ley entre las partes, las cuales deben ejecutar su contenido de forma íntegra, efectiva y oportuna, sancionando su falta de ejecución, ejecución tardía o defectuosa³.

Otra consecuencia derivada de la fuerza obligatoria del contrato es la imposibilidad de las partes de desvincularse de manera válida y sin consecuencia jurídica alguna de la relación contractual con su sola manifestación, o lo que es lo mismo, desistir del contrato unilateralmente, ya que, de permitir esta conducta, se estaría desconociendo el principio visto, creando una inseguridad en el ordenamiento jurídico y rompiendo la noción del contrato que conocemos⁴.

No obstante lo expuesto, debemos preguntarnos ¿qué pasa con este principio cuando es vulnerado por una de las partes?, es decir, el contrato nació para ser cumplido, pero una de las partes desconoció este principio y no cumplió con lo pactado, deshonrando su palabra.

La respuesta la trae el mismo legislador, el cual, por medio de la denominada condición resolutoria tácita, prevista en el art. 1.546 CC y regulada en forma muy similar en el art. 871 CCom. donde se faculta a que, en presencia de un contrato bilateral, donde uno de los contratantes incumple sus prestaciones, a

2 RODRIGUEZ GREZ, P.: “Pacta sunt servanda”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm 18, 2008, p. 107.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b.; Sentencia del 30 de enero de 2013, Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217). Consejero Ponente: ROJAS BETANCOURTH, D. Bogotá D. C.

4 BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F.: “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el Derecho privado colombiano”, en AA.VV., *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por GAITÁN MARTÍNEZ, J. A. y MANTILLA ESPINOSA, F.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 366.

que el otro contratante pueda a su arbitrio solicitar la ejecución forzada de la obligación incumplida o la resolución del contrato, en ambos casos junto con la indemnización de perjuicios.

Para la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, se volvió un hecho el asumir que para el ejercicio de cualquiera de las facultades del art. 1.546 CC y del 870 CCom. se debe acudir ante el juez, y que no le es dable a las partes unilateralmente ejercer estas facultades⁵.

Esta interpretación cobró fuerza, debido principalmente a la redacción de los dos artículos reguladores de la condición resolutoria tácita, el legislador establece la posibilidad a la parte cumplida del contrato de “pedir a su arbitrio” la ejecución forzada de la obligación incumplida o la resolución del contrato, entendiendo los partidarios de esta doctrina que dicha solicitud única y exclusivamente se puede formular ante un juez⁶.

Ha sido tan contraria la postura de la doctrina y la jurisprudencia a la facultad extrajudicial de la resolución, que se ha sostenido que la resolución por decisión unilateral del acreedor ante el incumplimiento de su contraparte se realiza a riesgo de este, sobre la base de que se constituye un incumplimiento grave al contrato y quien la ejerce debe asumir las consecuencias de sus decisiones⁷.

El art. 1.546 CC establece que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Por su parte el art. 870 CCom. de forma muy similar, establece que “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Como se puede observar, los artículos están redactados de forma muy similar, donde en la redacción del Código de Comercio a diferencia del Código Civil se

5 *Ibidem*, CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, 6ª ed., Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2013; HINESTROSA FORERO, F.: “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, 2016; OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1999; SANABRIA GÓMEZ, A.: “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV.: *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por GAITÁN MARTÍNEZ, J. A. y MANTILLA ESPINOSA, F.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007; VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, 10ª ed., Temis, Bogotá D.C., 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 1955. Magistrado Ponente: BARRERA PARRA, M., LXXX.

6 MOLINA MORALES, R.: “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 17, 2009, p. 78.

7 HINESTROSA FORERO, F.: *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 952 y 953.

exige la mora de una de las partes, pero brilla por su ausencia en ambos casos cualquier referencia a una solicitud judicial, por el contrario solo se hace referencia a que el contratante cumplido “debe pedir” o “pedir a su arbitrio” la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios; facultad que no necesariamente conlleva a suponer que se debe pedir al juez, puesto que también puede significar la facultad que otorga el legislador al acreedor por optar por la resolución del contrato o su cumplimiento, la primera de ellas judicial o extrajudicial y la segunda si ante el juez.

A esta conclusión se puede llegar, por un lado, porque la facultad de obligar al cumplimiento de una obligación necesariamente supone la intervención de un juez, mientras que la posibilidad de poner fin a un contrato no presupone la intervención de un juez, más aún cuando estos mismos códigos facultan en diversos contratos la facultad de su ruptura unilateral o extrajudicial en caso de incumplimiento⁸, como se detallara más adelante.

B) Distinción entre resolución contractual y terminación unilateral.

La legislación colombiana no es muy clara al hacer alusión a los conceptos establecidos en los artículos reguladores de la condición resolutoria tácita, específicamente nos referimos a los términos resolución contractual y terminación unilateral, los cuales, se usan de manera indistinta en varios artículos del Código Civil y Código de Comercio, sin que exista definición legal para dichos términos.

El art. 1.546 CC habla de resolución del contrato mientras que el art. 870 CCom. se refiere a resolución o terminación de este, es por ello que vale la pena preguntarnos, si existe diferenciación entre estas figuras o si por el contrario se trata de fenómenos iguales.

Como se expuso, la legislación Colombiana no trae definición de estos conceptos, por ello ha sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de definirlos y diferenciarlos, es así que cuando hacemos referencia al término resolución, cuyo significado es destruir o disolver un contrato con posterioridad a su formación, hacemos referencia a la destrucción de un contrato por el evento de una condición resolutoria cumplida ya sea expresa o tácita, o también del mutuo disenso de las partes en un contrato, eso sí antes de que finalicen las obligaciones nacidas del mismo⁹.

Tratándose de los denominados contratos de ejecución instantánea, la resolución del contrato tendrá como efecto la cesación de los efectos del contrato

8 *Ibidem.*

9 CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, cit., pp. 36- 40.

hacia el pasado y hacia el futuro, es decir retroactivamente (*ex nunc*) haciendo volver las cosas a su estado anterior, como si el contrato nunca hubiera existido.

No obstante, hay negocios jurídicos inmunes a ser destruidos retroactivamente, tal es el caso de los denominados contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo, donde no se puede destruir los efectos del contrato retroactivamente, puesto que no es posible borrar en el pasado los efectos ya producidos, es por ello, que en estos contratos la resolución toma el nombre de terminación, cuyos efectos en el contrato obrarán hacia el futuro (*ex nunc*), no para el pasado¹⁰.

En conclusión, la resolución es la cesación de los efectos del contrato con efecto retroactivo (*ex nunc*) donde se extingue hacia el pasado cualquier efecto del contrato, llámese derecho u obligación desde su nacimiento, hasta su resolución, volviendo las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse, mientras que la terminación es una especie de resolución del contrato sin efectos retroactivos (*ex tunc*), es decir, en la terminación el contrato pierde fuerza hacia el futuro, no obstante quedan en pie los efectos que surtió el contrato hasta la fecha en que opera la terminación del contrato, durante la existencia del contrato nacieron derechos y obligaciones que deben respetarse, dejando sin efecto tan solo aquellas obligaciones o derechos que se deriven hacia el futuro, desde el momento en que operó la terminación¹¹.

2. Fuentes de la ruptura unilateral por incumplimiento.

Como ya lo hemos sostenido anteriormente, los códigos de derecho privado colombianos¹², permiten terminar unilateralmente el contrato en casos de incumplimiento, postura que como también se ha explicado, va en contra de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria del país.

Sin embargo, hay casos donde no ha sido tan controversial la postura, que ante presencia de incumplimiento contractual de una de las partes, la parte cumplida puede terminar el contrato unilateralmente sin que esta terminación necesite ser avalada por el juez. Esta postural además ha sido sostenida de forma casi uniformemente por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional¹³, nos

10 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, cit., pp. 170-171.

11 CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, cit., p. 40.

12 Entiéndase por códigos de derecho privado en Colombia el Código Civil y el Código de Comercio.

13 CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, cit.; MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F.: "La resolución de los contratos en el derecho colombiano", cit., pp. 64-70; HINESTROSA FORERO, F.: "Tutela del acreedor frente al deudor incumplido", cit., pp. 77-105; OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, cit.; SANABRIA GÓMEZ, A.: "La resolución en el derecho colombiano", cit.; VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, cit. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 1955. Magistrado Ponente: BARRERA PARRA, M., LXXX.

referimos puntualmente a dos casos; el primero en el cual las partes en virtud de la autonomía voluntad privada pactan en el clausulado contractual la posibilidad que ante el incumplimiento de alguno, se faculta al otro de dar por terminado el contrato y en segundo lugar el caso de ciertos contratos en los cuales el legislador expresamente le ha dado la facultad de terminación al contratante cumplido.

En concordancia con lo expuesto, a continuación se expondrán las fuentes de terminación unilateral por incumplimiento, en las cuales, por expresa disposición del legislador o de las partes mismas no es necesaria la intervención del juez.

A) *La ley.*

Como se dijo, el principio cimentador del contrato es el *pacta sunt servanda*, tipificado por el legislador colombiano en el art. 1.602 CC, donde se establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Es así que el legislador expresamente facultó a las partes a invalidar de mutuo acuerdo sus contratos, sin embargo, estableció algo también apenas obvio, lo cual es que el contrato puede ser invalidado a su vez por disposición del mismo legislador, o lo que es lo mismo por causa de la ley.

Del art. 1.602 CC anteriormente transcrito podemos desprender dos causales de terminación del contrato, la voluntad conjunta de las partes o consentimiento y las causas de invalidez que establezca el legislador. A continuación, algunos ejemplos de contratos en los cuales el legislador faculta a la parte cumplida a dar por terminada unilateralmente la relación contractual, por lo cual son nominadas comúnmente por la doctrina como “excepciones a la terminación judicial de los contratos”¹⁴, excepciones que se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio:

- Contrato de compraventa civil y comercial: art. 1.882 CC y 918 CCom.
- Contrato de arrendamiento de cosas: arts. 1.983 y 1.984 del CC.
- Contrato de suministro: art. 973 CCom.
- Agencia comercia: art. 1.325 CCom.

14 La doctrina califica como *excepciones a la terminación judicial de los contratos*, a cualquier tipificación legal que permita terminar unilateralmente el contrato por cualquiera de los contratantes sin necesidad de acudir al juez, pues como se expuso, en Colombia la Doctrina de manera casi unánime sostiene que la parte cumplida del contrato que pretenda terminar unilateralmente el contrato debe solicitarlo a las autoridades judiciales respectivas. MOLINA MORALES, R.: “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 81; MOLINA MORALES, R.: “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 2006, pp. 125-158.

- Mandato: arts. 2.191, 2.193 CC y art. 1.279 CCom.

- Contrato de comisión y preposición: arts. 1.279, 1.283 y 1.286, por expresa remisión del art. 1.308 CCom. al contrato de preposición, por ser estos contratos especies de mandato¹⁵.

B) *El contrato.*

Otra de las formas de terminación unilateral del contrato ante el incumplimiento de una de las partes es el contrato mismo, donde las partes haciendo uso de la autonomía de su voluntad, prevén de forma anticipada la eventual posibilidad del incumplimiento por uno de los contratantes, acordando en el clausulado que ante este eventual incumplimiento se faculta a la parte cumplida a dar por terminado el contrato.

Las cláusulas de terminación unilateral son comúnmente conocidas en la doctrina y la jurisprudencia como cláusulas resolutorias o cláusulas resolutorias expresas, diferenciándose de la ya vista cláusula resolutoria tácita regulada en el art. 1.546 CC, en que no se encuentra incorporada de pleno derecho en el clausulado contractual, sino que se predica su existencia exclusivamente cuando es incorporada por las partes en el contrato.

La denominación “cláusula resolutoria” es la más acertada para referirnos a contratos de tracto sucesivo como de resolución instantánea, puesto que como se expuso en la diferenciación entre resolución contractual y terminación unilateral, el termino resolución es un término genérico que abarca tanto la terminación unilateral del contrato como la resolución del mismo¹⁶.

También es importante hacer referencia al “pacto comisorio”, el cual es una especie de resolución por incumplimiento propia del contrato de compraventa, en el cual, ante su estipulación contractual por parte de los contratantes, si no se paga el precio convenido en el contrato, el mismo se resuelve¹⁷, lo cual ha llevado a que de manera errónea se haya generalizado el uso de esta expresión como sinónimo de cláusula resolutoria expresa, o como la facultad de una de las partes de poner fin unilateralmente al contrato ante el incumplimiento de la otra.

De esta manera, aunque el pacto comisorio comparte con la cláusula resolutoria su efecto de resolución por incumplimiento (en el contrato de compraventa) y la necesidad imperativa de su estipulación expresa en el clausulado contractual por los contratantes, difieren entre sí, en que el pacto comisorio es una figura

15 Ídem. p. 84.

16 Ídem., p. 88.

17 SANABRIA GÓMEZ, A.: “La resolución en el derecho colombiano, cit., p. 142.

excepcional y exclusiva para el contrato de compraventa, regulada en los arts. 1935 a 1938 CC y por tanto no extensible a otros contratos¹⁸.

Por tanto el pacto comisorio de acuerdo a la ley, resuelve el contrato *ipso facto* como consecuencia del no pago del precio en el tiempo convenido por parte del comprador; no obstante el legislador estableció a esta resolución una característica particular, la cual es darle la opción al comprador de hacer subsistir el contrato, pagando el precio más tardar en las veinticuatro horas subsiguientes del auto admisorio de la demanda, así como de darle un término de prescripción especial de cuatro años contados desde la celebración del contrato; a diferencia de la acción resolutoria, la cual de acuerdo a los términos generales de prescripción de las acciones prescribe en un término de cinco años contados desde el incumplimiento, al no contar con una norma especial como el pacto comisorio¹⁹.

3. Aplicabilidad en materia civil y mercantil.

Dada la dicotomía que existe en la regulación del derecho privado en Colombia y más aún cuando tanto en el Código Civil, como en el de Comercio, se regula de forma separada, aunque similar la resolución unilateral del contrato; es importante precisar que todas las consideraciones referentes a la resolución contractual, son predicables tanto a los contratos civiles como mercantiles.

Sin embargo, resulta necesario realizar dos precisiones puntuales que debe tenerse en cuenta respecto de la resolución contractual en los contratos regulados en el Código de Comercio. La primera, referente a la redacción del artículo regulador de la cláusula resolutoria tácita del Código de Comercio, en el cual, como se expresó en su momento, aunque de similar redacción al art. 1.546 CC, difiere de la redacción civil, en que la norma habilita tanto a la resolución como a la terminación del contrato.

Como también se manifestó, estas dos figuras se diferencian en que la resolución produce la extinción de los efectos del contrato hacia el pasado y hacia el futuro, poniendo a las partes en la situación en que estaban al momento de contratar, como si nunca hubieran celebrado el contrato, mientras que la terminación del contrato solo produce efectos hacia el futuro, mas no retroactivamente.

Amén de lo expuesto, no puede conllevar a que se haga una lectura exegética o extremadamente formalista de las normatividades civiles y mercantiles, concluyendo que en materia civil no opera la terminación del contrato, sino tan

18 RENGIFO GARCÍA, E.: "La terminación y la resolución unilateral del contrato", en AA.VV.: *Estudios de Derecho privado Tomo II* (dir. por VENEGAS FRANCO, A., CÁRDENAS MEJÍA, J. P. y MANTILLA ESPINOSA, F.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 17.

19 SANABRIA GÓMEZ, A.: "La resolución en el derecho colombiano, cit., p. 143.

solo la resolución. Llegar a una conclusión de tal magnitud desconocería postulados legales y constitucionales que realzan la privación de lo sustancial respecto de lo formal²⁰.

A esta conclusión ha llegado la jurisprudencia y la doctrina²¹, posición a la cual nos adherimos; de ningún modo se podría castigar a quien, en un error terminológico, y en presencia de un litigio solicita en el acápite de las pretensiones, la resolución de un contrato que como los de tracto sucesivo solo le es aplicable la terminación y que a pesar de que la lectura de la demanda sea fácil entender que claramente el efecto perseguido es la terminación del contrato.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

(..) ahora bien, en muchos casos, claro está, según las particularidades que cada uno ofrezca, la labor interpretativa que en relación con la demanda le compete a los juzgadores de instancia puede permitirles, por una parte, colegir que, pese haberse solicitado la "resolución" de un contrato, la reclamación elevada en verdad concierne con la "terminación" del mismo, en cuanto que por la naturaleza de los deberes de prestación asumidos por los contratantes no sea factible retrotraer lo ya dado o entregado, y, por otra decidir en consonancia con ese entendimiento la respectiva pretensión, sin que para ello constituya un valladar infranqueable el hecho de que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones consecuenciales se adopten medidas que, en esencia, estén dirigidas a retrotraer la situación al momento de la celebración del correspondiente negocio jurídico pues en este supuesto bastaría con negar su acogimiento (...) ²².

En segundo lugar, la regulación comercial de la cláusula resolutoria tácita, distingue dos marcadas alternativas para el contratante cumplido, una, finiquitar el contrato bien resolución, bien terminación, dos, solicitar el cumplimiento coercitivo de la prestación con perjuicios moratorios.

De esta manera, en materia mercantil es evidente la diferencia entre estas dos alternativas, en la primera, donde el contrato se finiquita, se cobrarán perjuicios compensatorios, los cuales son aquellos que resarcen el interés del contrato de forma completa, es decir tiene como objeto compensar el incumplimiento, dejando el patrimonio del deudor en el estado en que estaría si no se hubiera presentado el incumplimiento.

20 JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho privado, Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial, Tomo III Derecho de Contratos*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2014, pp. 933-934.

21 *Idem.*, pp. 931-934. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011, Magistrado Ponente: SOLARTE RODRÍGUEZ, A. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01.

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011, Magistrado Ponente: SOLARTE RODRÍGUEZ, A. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01.

En la segunda se obliga judicialmente al deudor a cumplir las prestaciones del contrato, el perjuicio que debe resarcir es la mora, ya que se trata de una ejecución tardía. Es así como, en este segundo evento, el deudor no debe indemnizar la totalidad del interés contractual, pues el mismo debió ser cumplido coercitivamente²³.

4. Posibilidad de acudir ante el juez posterior a la resolución unilateral.

La resolución unilateral, no es sinónimo de no poder acudir ante el juez de manera posterior a que opere la resolución; no obstante, se debe aclarar que será derecho de ambas partes contractuales acudir ante el operador judicial con posterioridad a la resolución.

La facultad de resolver un contrato de forma unilateral por incumplimiento trae implícito un riesgo para su autor: ejercitar su derecho de forma ilegal o abusiva. Recordemos, que la sanción de la ruptura contractual es absolutamente severa, tan es así que muchos autores que sostienen la imposibilidad de la resolución unilateral por incumplimiento fundan su desacuerdo en que tal facultad comportaría tomarse la justicia por su propia mano²⁴.

Por tanto, quien pretenda resolver un contrato de forma unilateral, debe ser cuidadoso, además de objetivo e imparcial, ya que de lo contrario podrá comprometer su responsabilidad. Es por ello que, así como el acreedor tiene el derecho a resolver el contrato por incumplimiento, el deudor a su vez tiene el derecho de acudir de forma posterior ante la jurisdicción para poder cuestionar la decisión del acreedor²⁵.

Ante la demanda del deudor inconforme, por la resolución unilateral del contrato por parte de su acreedor, el juez deberá revisar que se cumplan los requisitos para el ejercicio de la resolución del contrato y de esta manera valorará si el acreedor ejerció o no su derecho de resolución de forma legítima y conforme a derecho.

Si el juez, después de su valoración, evidencia que efectivamente el acreedor ejerció su derecho de resolución en cumplimiento de la ley de forma legítima, condenará al deudor al pago de las costas del proceso y eventualmente al pago de perjuicios si existió demanda en reconvencción por parte del acreedor.

23 JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho privado, Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial, Tomo III Derecho de Contratos*, cit., pp. 937-939.

24 NAVIA ARROYO, F.: "La terminación unilateral del contrato de Derecho privado", cit., pp. 66-67

25 MOLINA MORALES, R.: "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", cit., p. 104.

Si por el contrario el juez determina que el acreedor no ejerció su facultad de terminación de forma legítima, al no existir falta del deudor, o al no haber cumplido con rigurosidad los requisitos para ejercer la resolución unilateral, el juez deberá declarar la resolución del contrato ilegal.

Para algunos autores, la declaratoria de la resolución como ilegal, no tendrá como efecto el surgimiento de nuevo a la vida del contrato resuelto, puesto que esta terminación del vínculo será eficaz. No obstante, comprometerá la responsabilidad del acreedor quien quedará obligado a indemnizar los perjuicios causados²⁶.

Una conclusión diferente, en la cual el juez optara por mantener la fuerza del contrato ilegalmente resuelto, presentaría varios problemas prácticos. El primero es que dada la actual congestión judicial que se presenta en el país, habrían transcurrido meses o incluso años entre la resolución ilegal del contrato y la sentencia que lo declara, lo cual tendría como efecto, además de la pérdida de la relación de confianza entre los contratantes, en que al haberse desligado unilateralmente una de ellas del contrato ha transcurrido como se dijo, meses e incluso años, por tal motivo al momento en que el juez ordene mantener los efectos del contrato; lo más seguro es que en ese instante a ninguna de las partes le interese ya continuar con las prestaciones del contrato.

Otro problema, sería que el juez al obligar a la parte que ilegalmente dio por terminado el vínculo contractual, a que reanude su relación con su antigua contraparte, podría afectar derechos consolidados con terceros de buena fe, pues se obligaría a dejar sin efectos el contrato celebrado con estos para remplazar el negocio jurídico resuelto²⁷ Recordemos que normalmente, la parte que busca la resolución unilateral del contrato, lo hace para continuar el fin buscado en el contrato, con un tercero, una vez resuelva el vínculo con su contraparte.

Por estas razones, se puede concluir que la solución más razonable para las partes, los terceros de buena fe y en general para la continuidad de los fines económicos del contrato, es la de condenar al acreedor al pago de la indemnización de perjuicios causados al deudor, por la resolución injusta.

Por su parte, el acreedor también está facultado para acudir al juez con posterioridad a la resolución unilateral del contrato que realice, el cual puede acudir en busca de múltiples fines como se detallara.

26 *Ídem*, p. 105.

27 *Ibidem*.

El primero de estos fines es deshacer los efectos de la resolución del contrato, en caso de que el deudor no quiera voluntariamente acatarlos, pues recordemos que, aunque la ley faculta al acreedor a resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor, el acreedor carece de poder coercitivo, poder que está en manos del juez, quien es el único que puede obligar al deudor a acatar los efectos de la resolución del contrato.

La cesación de los efectos hacia el futuro del contrato no constituye mayores inconvenientes, sin embargo, los efectos retroactivos pueden llegar a constituir serios problemas para el acreedor, sobre todo en casos de restituciones, ya que el acreedor no puede usar la fuerza que como se ha repetido solo la tiene el Estado, por medio de la administración de justicia, que será al final la que obligue al deudor a realizar las restituciones correspondientes al acreedor.

Para finalizar, recalcamos la importancia de la resolución unilateral del contrato, que aunque en algunas ocasiones parezca inane, puesto que de todos modos en ocasiones el acreedor se verá obligado a iniciar un proceso judicial contra el deudor; recordemos que la resolución unilateral sigue conservando la altísima importancia, de permitir al contratante cumplido sustituir a su contraparte incumplido por un nuevo contratante²⁸ y llevar a cabo el fin económico del contrato.

III. TENDENCIAS MODERNAS EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

Colombia es un país de tradición jurídica europea, es decir, su sistema jurídico pertenece al denominado derecho continental o *Civil Law*. En la tradición del derecho continental la resolución por incumplimiento ha tenido un carácter esencialmente judicial; es decir la resolución sólo es permitida si ha sido autorizada por el juez, más no por parte del acreedor.

No obstante y a pesar de esta tradición, en la modernidad las legislaciones de muchos países de tradición europea²⁹ permiten el ejercicio de la resolución tanto judicial como extrajudicialmente; donde la resolución se produce en ambos casos no en virtud de la sentencia, sino en virtud de la voluntad del acreedor.

Empero, también es cierto, que en las legislaciones donde se ha permitido la resolución unilateral por incumplimiento, también se ha permitido que de forma posterior, cuando existe controversia, que el afectado por la resolución pueda

28 *Ibidem*.

29 A modo de ejemplo, se puede citar el Derecho alemán, Derecho inglés, Derecho holandés y la jurisprudencia española donde se ha adoptado la resolución unilateral del contrato.

acudir ante el juez, quien se limita a declarar bien hecha la resolución, si se dan los presupuestos para que el acreedor optara por ella; o a denegarla si no se dan³⁰.

La resolución unilateral por incumplimiento, es también la solución adoptada por los instrumentos más representativos a nivel mundial en materia de contratación internacional, que a su vez son referentes de ley modelo en muchos países de Europa y del mundo entero, al ser hitos de la unificación del derecho privado. Entre estos instrumentos encontramos:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
- Los Principios del Derecho Europeo de Contratos
- El Marco Común de Referencia Europeo.

Por tal razón y a modo de reflexión, a continuación se hará una exposición de cómo estos instrumentos han desarrollado el tema de la resolución contractual por incumplimiento y especialmente se expondrá que en todos y cada uno de ellos es permitida la resolución unilateral del contrato, señalando así que contrario a lo que se expone en la doctrina y jurisprudencia colombiana, la resolución unilateral por incumplimiento no es sinónimo de auto tutela y realización de justicia por propia mano, más bien por el contrario a diferencia de lo expuesto por la mayor parte de la doctrina nacional, el término justicia privada no se debe tomar como un valor absoluto, siempre que no se emplee la violencia o las vías de hecho; ya que como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, el poder coercitivo solo lo tiene el estado, y al final cuando se permite la resolución unilateral por incumplimiento, aunque se faculta a la parte cumplida a resolver el contrato de forma extrajudicial, los efectos materiales (no jurídicos) de esta resolución solo se podrán llevar a cabo de forma voluntaria entre las partes, ya que si estas no acceden a ello, será imperativa la intervención del Estado, por medio de los jueces y los tribunales³¹.

30 CLEMENTE MEORO, M. E.: "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2.009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, p. 7.

31 TERNERA BARRIOS, F.: "Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", en AA.VV.; *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por GAITÁN MARTÍNEZ, J. A. y MANTILLA ESPINOSA, F.) Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 364.

I. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

A) Generalidades.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980³², comúnmente conocida como Convención de Viena, representa una de las convenciones internacionales más difundidas y más exitosas de la historia, lo anterior, se puede evidenciar tan solo con la constatación del número de Estados parte de la convención (97 Estados)³³, entre los que se evidencian no solo países pertenecientes a diferentes familias o sistemas jurídicos, sino que además se encuentran potencias económicas así como los principales Estados que actúan como actores principales del comercio mundial³⁴.

La Convención constituye un encuentro entre los dos mayores sistemas jurídicos del mundo, el *Civil Law* o derecho continental y el *Common Law*³⁵. Este instrumento armoniza las particularidades propias de estas dos culturas jurídicas, recogiendo reglas aplicables a la solución de algunos de los litigios suscitados en materia de compraventa internacional de mercaderías.

Por otra parte, se debe mencionar que las normas establecidas en la Convención de Viena sobre compraventa de Mercaderías son de naturaleza supletivas, por lo cual pueden ser modificadas contractualmente por las partes estableciendo excepciones o modificaciones³⁶.

La Convención como su nombre lo indica, regula “los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, constituyendo la compraventa el contrato básico del tráfico jurídico en cualquier economía que haya superado la etapa del trueque y haya instaurado el dinero como medio de cambio, es así como, este contrato representa el paradigma de los contratos a través de los cuales se efectúa el comercio³⁷.

32 CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/vl057000-cisg-s.pdf>

33 CNUDMI, *Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)*, https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

34 ROBLES FARIAS, D.: “La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) Su génesis, desarrollo e influencia internacional”, *op. cit.*, pp. 210.

35 TERNERA BARRIOS, F.: “Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *cit.*, p.355.

36 *Idem*, p. 356.

37 MONTAÑA CASANÍ, A.: “La ‘actio quantimioris’ en la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías”, en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos de Derecho Contemporáneo, Tomo VII - Derecho de contratos*, (dir. por GARCÍA SÁNCHEZ, J.), Editorial BOE, Madrid, 2021, pp. 393-394.

Es importante precisar que la Convención de Viena es un tratado de derecho internacional, por lo cual para su entrada en vigor se requiere la suscripción por parte de los Estados, es por ello que la Convención hace parte de los denominados *Hard Law*, los cuales tienen por objeto crear reglas de derecho objetivamente válidas y obligatorias.

Por su parte Colombia, es Estado parte de la Convención³⁸ ya que la misma fue aprobada por medio de la Ley 518 de 1.999 entrando en vigor el 1 de agosto de 2.002 por lo cual en la actualidad la Convención está en plena vigencia haciendo parte del derecho positivo del país y siendo obligatoria su aplicación en los términos de la Convención.

Se estima que la CNUCCIM regula potencialmente alrededor del 80% de las transacciones de compraventa internacional³⁹. Por otra parte, la Convención destaca por su enfoque innovador en la regulación de los contratos de compraventa internacional, lo que le ha permitido influir significativamente en una variedad de sistemas y normativas nacionales. De esta manera, se ha consolidado como una referencia indiscutible en el ámbito académico en lo que respecta al derecho contractual internacional⁴⁰.

Para concluir, es de precisar que la Convención ha sido adherida a las legislaciones de casi todos los países europeos, así como también a casi la totalidad de los países americanos, quienes han visto en este instrumento una solución jurídica práctica para el comercio internacional⁴¹.

B) La resolución en la Convención de Viena.

Entrando en materia de resolución contractual, la Convención de Viena consagra dos regímenes de resolución extrajudicial de los contratos: un régimen de resolución unilateral por incumplimiento del deudor y otro denominado resolución por anticipación.

38 UNCITRAL: *Situación actual Convención de las NACIONES Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1.980)*, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, [consultado el 23 de abril de 2024].

39 *Ibidem*. MARTÍNEZ, A. M.: "Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: ¿cómo afecta a los empresarios colombianos?", *REVISTA@ e-Mercatoria*, vol. 2, núm. 2, 2003, pp. 1-11. Oviedo Albán, J.: "La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos." *Revista Foro de Derecho Mercantil*, núm. 29, 2010, p. 40.

40 *Ibidem*.

41 ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2011, p. 35.

i. Resolución unilateral por incumplimiento esencial

La Convención de Viena, en su Parte III, sección III, regula los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, incluido lo referente a la resolución unilateral por incumplimiento.

Por su parte el art. 49 regula la facultad de resolver el contrato por parte del comprador, estableciendo que el comprador puede resolver el contrato de forma unilateral ante el incumplimiento del deudor en cualquiera de sus obligaciones, cuando este incumplimiento le ocasione un daño esencial.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 64 de la Convención, el mismo derecho lo tendrá el vendedor ante un incumplimiento esencial por parte del vendedor.

De conformidad con el art. 25 de la convención, un incumplimiento esencial, será aquel que cause a la contraparte un perjuicio de tal magnitud que lo prive sustancialmente del derecho que esperaba en razón del contrato, salvo que el contratante cumplido no hubiera previsto este resultado y que una persona en su misma condición no lo hubiera tampoco podido prever. Es así, que la convención exige dos requisitos para la calificación del incumplimiento como esencial:

- La privación en razón del incumplimiento, de lo que esperaba el acreedor con la celebración del contrato. Por tanto, es menester buscar entre las múltiples obligaciones contractuales, aquellas obligaciones en cabeza del deudor, a las cuales el acreedor les de especial importancia, constituyéndolas fundamentales para el contrato. Será entonces el incumplimiento de estas obligaciones fundamentales para el acreedor, las que facultan a la resolución del contrato.

- Que haya sido previsible la privación de lo esperado por el acreedor, bien sea por que se conocía de antemano el objetivo económico del acreedor en el contrato, o por que cualquier persona razonable situada en las circunstancias del deudor lo hubiese inferido⁴².

Es así como de acuerdo con los arts. 49 y 64, se faculta al acreedor del contrato, a la resolución unilateral por incumplimiento de su contraparte. Esta resolución de la convención no requiere de una demanda judicial, por lo que nos encontramos frente a un caso de resolución extrajudicial.

No obstante, como se ha afirmado en diferentes ocasiones, que se trate de resolución extrajudicial, no significa que, de forma posterior a la resolución, no se pueda acudir ante un juez o tribunal con el fin de revisar los fundamentos de la resolución por parte del acreedor.

42 Ídem, pp. 359 - 360.

Por otra parte, es preciso advertir que los incumplimientos no esenciales, no dan lugar a la resolución unilateral del contrato, pero sí dan lugar a otras sanciones tales como la reducción del precio de las mercaderías, su reparación o sustitución⁴³.

ii. Resolución por anticipación.

La Convención de Viena, regula lo referente a la resolución por anticipación, en la parte III, del capítulo V sobre “disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador”, Sección I.

Por su parte el art. 72 establece lo siguiente:

1. “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”.

Como se puede observar del artículo expuesto, la convención permite la resolución del vínculo contractual siquiera antes de que exista incumplimiento, resolución absolutamente novedosa en comparación a la escasa regulación que existe en el Derecho colombiano.

No obstante, no se permite la resolución de forma anticipada antes de que exista incumplimiento y ante cualquier evento. Por el contrario, de acuerdo con lo establecido en el art. 71, es necesario que “resulte manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”, es decir, aunque no es necesario que exista incumplimiento debe resultar evidente para la parte que pretenda la resolución unilateral, que su contraparte incurrirá en el denominado incumplimiento esencial, para que en virtud de la convención se pueda resolver el contrato de forma unilateral.

La resolución por anticipación se tomó del sistema *Common Law*, específicamente de la institución *anticipatory breach of contract*; donde se exige que el deudor manifieste que no cumplirá con las prestaciones a su cargo, o que se encuentre imposibilitado para cumplir; para que el acreedor pueda resolver legítimamente el contrato. No obstante, el deudor podrá dar las seguridades suficientes al acreedor

43 *Ibidem*.

donde le garantice el cumplimiento de su obligación, enervando la resolución unilateral⁴⁴.

La Convención de Viena, exige dos requisitos puntuales establecidos en el art. 72 para que el acreedor pueda ejercer la resolución unilateral por anticipación:

- La necesidad de que el incumplimiento futuro sea manifiesto; recalándose que este incumplimiento futuro se manifieste con hechos ciertos y concretos.

- La necesidad de una comunicación por parte del acreedor al deudor, manifestando su intención de resolver el contrato.

Sin embargo, de acuerdo con el mismo art. 72, siguiendo el ejemplo del *Common Law*, se le permite al deudor una vez comunicado sobre la intención de terminar el contrato por parte del acreedor, de proponer seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. Una vez dadas las seguridades que garanticen el cumplimiento del contrato, el contrato solo podrá resolverse por medio de un juez o tribunal; el cual ante el caso de que las seguridades propuestas por el demandado resulten ser no verídicas, podrá condenarlo al pago de una indemnización⁴⁵.

Por último, es preciso dedicarle unas líneas a la figura denominada por la convención como “suspensión por anticipación” la cual, aunque no extingue el vínculo contractual como la resolución, resulta ser una figura próxima a la resolución por anticipación.

La suspensión por anticipación se encuentra consagrada en el art. 71 de la Convención, donde se faculta a cualquiera de las partes a diferir o lo que es lo mismo, suspender (aplazar o prorrogar) el cumplimiento de sus obligaciones si resulta evidente que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de las suyas.

La figura de suspensión por anticipación, es muy similar a la figura denominada excepción de contrato no cumplido, consagrada en los códigos de Derecho privado en Colombia, en el art. 1.882 CC y 926 CCom., figura de naturaleza dilatoria, ya que, el contratante que la ejerce no pretende sustraerse al cumplimiento, ni pretende discutir la validez del contrato, sino que simplemente quien la ejerce exige que la contraparte cumpla sus prestaciones antes del cumplimiento de las propias⁴⁶.

44 TERNERA BARRIOS, F.: “Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, cit., p. 361.

45 Ídem, p. 362.

46 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, cit., p. 389.

No obstante las similitudes que pueda tener la suspensión por anticipación, a la figura de la excepción de contrato no cumplido, tiene ciertas diferencias importantes.

La primera y principal, es que la excepción de contrato no cumplido castiga un incumplimiento cierto y no uno eventual. Es así, que la excepción de contrato no cumplido aplica cuando uno de los contratantes, ya ha incumplido sus obligaciones contractuales, habilitando al otro a ejercer un verdadero derecho de retención de la prestación debida, buscando como finalidad la obtención de una garantía de que la otra parte cumpla sus obligaciones contractuales.

Por su parte, la suspensión por anticipación, como su mismo nombre lo predice, faculta a la parte que prevé que la otra no va a cumplir sus obligaciones, anticiparse a este hecho previniéndola que no va a cumplir las suyas ante su eventual incumplimiento.

En conclusión, una se ejerce ante el incumplimiento de su contraparte, mientras que la otra se ejerce anticipándose al mismo, sin embargo, las dos figuras a la larga producen idénticos efectos jurídicos, el cual es paralizar la ejecución del contrato, sin destruir el vínculo; modificando el termino de ejecución de las prestaciones del acreedor, impidiendo la configuración de la mora del acreedor quien suspende el contrato.

Se trata pues de una facultad que otorgan los instrumentos legales, sea la ley o sea la Convención ante las obligaciones nacidas en los contratos bilaterales, para que la parte cumplida pueda ejercer un mecanismo de presión ante un incumplimiento cierto o uno eventual⁴⁷.

2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

A) Generalidades.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado mejor conocido por su acrónimo UNIDROIT, de su denominación en francés: *Institut international pour l'unification du droit privé*, es una organización intergubernamental, creada en el año 1.926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones; organización que tiene por objeto promover la modernización, armonización y unificación del Derecho privado a nivel mundial⁴⁸.

47 TERNERA BARRIOS, F.: "Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", cit., pp. 361-364.

48 UNIDROIT: *Overview*, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/>.

Es así como, en desarrollo de los fines del Instituto, se crearon los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los cuales tienen como objeto de acuerdo con lo establecido en su preámbulo, fijar un conjunto de reglas que puedan ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo⁴⁹.

Por otra parte, los Principios UNIDROIT resultan aplicables a contratos internacionales de naturaleza mercantil, cuando las partes hayan acordado someter el contrato a estos Principios, inclusive son aplicables a contratos nacionales cuando las partes lo han pactado así y cuando la legislación interna del país lo permite. También los Principios pueden ser aplicados cuando, aunque las partes no se hayan sometido explícitamente a ellos, pero si se hallan sometido a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*⁵⁰.

Adicionalmente, pueden ser utilizados como ley modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los Principios UNIDROIT no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales⁵¹.

Los Principios UNIDROIT de acuerdo con lo dicho, tienen un carácter eminentemente potestativo son *Soft Law*, Nueva *Lex Mercatoria*; es por ello, que cuando las partes contractualmente pacten su sometimiento a ellos pueden a su vez pactar la exclusión de la aplicación de cualquiera de sus normas, (salvo las que expresamente los prohíban) o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones⁵².

Por lo expuesto, es imperativo al hacer un estudio de las tendencias modernas en materia de resolución de los contratos, hacer referencia explícita a los Principios UNIDROIT.

B) La resolución en los Principios UNIDROIT.

Los Principios UNIDROIT regulan lo relacionado con la resolución contractual, dentro del capítulo 7 referente a incumplimiento en su sección 3. Al igual que la Convención de Viena, establece dos regímenes de resolución extrajudicial de los

49 UNIDROIT: *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>.

50 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT y Universidad Externado de Colombia: *Principios UNIDROIT: sobre los contratos comerciales internacionales, 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT y Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2008, p.1.

51 ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, cit., pp. 35-36.

52 *Idem*, pp. 35-36.

contratos: un régimen de resolución unilateral por incumplimiento esencial y otro denominado resolución anticipada por incumplimiento esencial.

i. Resolución unilateral por incumplimiento esencial

A diferencia de la legislación colombiana y de la misma Convención de Viena, los Principios UNIDROIT definen expresamente lo que se entiende por incumplimiento, el cual de acuerdo con lo establecido en el art. 7.1.1 de la sección I “(...) consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o tardío”.

Esta definición de incumplimiento hace una referencia similar a lo estipulado en el art. 1.613 del Código Civil Colombiano el cual sin definir lo que se debe entender por incumplimiento, hace alusión a las situaciones que comprenden el incumplimiento, estableciendo a su vez que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, determinando con claridad que estos se deben pagar en tres eventos⁵³ a saber:

- Cuando no se haya cumplido la obligación de forma total.
- Cuando la obligación se haya cumplido de manera imperfecta.
- Cuando se hubiera tardado el incumplimiento.

Al igual que en la Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT incluyen la figura del denominado incumplimiento esencial, figura propia del derecho anglosajón, al establecerse en el numeral I del art. 7.3.1, que cualquiera de las partes en el contrato puede resolver el mismo a falta de cumplimiento de una de las obligaciones, cuando este incumplimiento constituye un incumplimiento esencial.

Aunque no se define con exactitud lo que se considera que es un incumplimiento esencial, se fijan un elenco de circunstancias para establecer si en un determinado caso la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial de la siguiente manera:

- El incumplimiento del contrato será esencial, si este es capaz de privar a la parte perjudicada de algo fundamental a lo que tenía derecho a esperar al momento de celebrar el contrato.
- El incumplimiento es esencial porque el mismo clausulado contractual lo estipulo como tal.

53 OVIEDO ALBÁN, J.: “El incumplimiento del contrato internacional”, *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 14, 2007, p. 54.

- El incumplimiento intencional o temerario será calificado como esencial.

- El incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales, aunque no esencial, brinde suficiente motivo a la parte perjudicada para desconfiar legítimamente del cumplimiento futuro de su contraparte.

- Será catalogado como incumplimiento esencial, el caso en el cual se ha concedido un plazo suplementario para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y el contratante incumplido no honra el periodo suplementario otorgado⁵⁴.

De esta manera del articulado de los Principios UNIDROIT, resulta claro en qué casos se considera el incumplimiento como esencial, el cual será el único que faculta al contratante cumplido a resolver el contrato.

Por otra parte, a su vez, podemos ver que al igual que en la Convención de Viena, la resolución del contrato por incumplimiento en los Principios UNIDROIT es una facultad extrajudicial. Lo anterior se desprende de lo establecido en el art. 7.3.2 de los Principios, artículo que expresamente establece que la facultad resolutoria se ejercita mediante una notificación a la otra parte, disposición que denota de forma evidente, que la resolución del contrato no necesita ser declarada por parte de juez o tribunal alguno.

La comunicación del art. 7.3.2 de los Principios UNIDROIT, además de ser la forma de ejercitar el derecho de resolución contractual, permite a su vez a la parte incumplida evitar pérdidas originadas en la incertidumbre, originada en la falsa creencia que su contraparte aceptará el cumplimiento y continuará la relación contractual⁵⁵.

ii. Resolución anticipada por incumplimiento esencial

Al igual que sucede en la Convención de Viena, el art. 7.3.3 de los Principios de UNIDROIT permite la resolución anticipada del contrato, al establecer que “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato” Es así, que se hace una equiparación entre el incumplimiento eventual al real, no obstante, se exige como requisito una certeza de que existirá un incumplimiento, adicional, este incumplimiento futuro debe ser esencial y la

54 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, UNIDROIT Y UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA: *PRINCIPIOS UNIDROIT: sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p. 229.

55 *Idem*, p. 232.

parte que ejerce este derecho deberá igualmente notificar a su contraparte su decisión de resolver el contrato⁵⁶.

La figura de resolución por anticipación no es propia del *Civil Law*, más bien fue adoptada por los Principios UNIDROIT del derecho anglosajón, donde es conocida como *anticipatory breach of contract*. En los países de tradición anglosajona, se ha aceptado la renuncia al contrato, de aquella parte que lo manifiesta claramente, o cuando se puede derivar la renuncia de su comportamiento tácito; en estos casos se faculta a la contraparte a resolver de considerar estas conductas como un incumplimiento real del contrato, permitiendo incluso que reclame la indemnización que dichos perjuicios puedan ocasionar⁵⁷.

3. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

A) Generalidades.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, conocidos también como “Principios Lando” fueron creados en línea de unificación de Derecho privado en el ámbito de la Comunidad Europea. Estos Principios a diferencia de los instrumentos antes vistos partieron de la experiencia inglesa y a partir de esta experiencia centraron su atención en la unificación entre los sistemas del *Civil Law* con el *Common Law*.

Su creación correspondió, en ocasión a un simposio desarrollado en la Escuela de Comercio de Copenhague en 1.974, el cual se llevó a cabo con el fin de abordar la redacción de un proyecto de convención de derecho internacional privado, cuyo fin sería generar un conjunto de reglas unificadas en materia de obligaciones y contratos para Europa⁵⁸.

La Comisión de Derecho contractual europeo inició las labores de redacción en Bruselas (Bélgica) en el año 1.980, concluyendo su tarea en el año 2001. Para la estructuración de los principios, la comisión se basó en diferentes modelos, entre los cuales se encuentran los *restatements* norteamericanos, los Principios de UNIDROIT, la Convención de Viena y el Código de Comercio Uniforme estadounidense.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos por otra parte, tuvieron como fin no tanto reformular el Derecho vigente, sino por el contrario se quiso con esta iniciativa crear reglas y normas comunes a partir de sistemas jurídicos

56 Ídem, p. 233.

57 OVIEDO ALBÁN, J.: “El incumplimiento del contrato internacional”, cit., p. 61.

58 ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, cit., p.36.

vigentes crear reglas y normas comunes. Lo que al final puso en evidencia que las diferencias entre los actuales sistemas jurídicos no era tan grandes como se pensó en un principio⁵⁹.

Por otra parte, es importante hacer referencia a que en esta iniciativa no se establecen diferencias entre contratos civiles y comerciales, al partir del simple hecho de que esta diferenciación del Derecho privado es ajena a varios sistemas jurídicos⁶⁰.

B) La resolución en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

En cuanto a lo referente a la resolución contractual, Los Principios Lando regulan lo referente a la resolución contractual en el Capítulo 3, sección 3, estableciendo dos supuestos en que cabe resolver de forma unilateral el contrato; el primero el incumplimiento catalogado como esencial y el segundo el caso del retraso en el cumplimiento⁶¹.

i. Resolución unilateral por incumplimiento esencial.

Los Principios Lando, siguen las tendencias modernas, es decir, la resolución unilateral del contrato, la cual es procedente independientemente de si el incumplimiento se encuentra o no justificado, siempre que tenga un carácter de relevancia suficiente⁶², o en los mismos términos de la Convención de Viena y los principios UNIDROIT sea un incumplimiento relevante.

Lo primero que llama la atención del art. 9:301 sobre el derecho a resolver el contrato, es que una vez verificado el incumplimiento, en los términos exigidos por la norma, no se le puede otorgar ningún plazo de gracia al deudor para que cumpla su deber, como sí ocurre en la Convención de Viena donde la parte que tiene derecho a resolver el contrato tiene la facultad de conceder un término de gracia⁶³.

Para los Principios Lando, de acuerdo con el art. 8:103 hay incumplimiento esencial de cualquiera de las obligaciones del contrato, cuando:

- La observancia estricta de la obligación forma parte del contrato.

59 *Ibidem*.

60 OVIEDO ALBÁN, J.: “Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato”, cit., p. 4.

61 LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo: Parte I y II, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

62 RIVERA RESTREPO, J. M.: *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 476.

63 *Ibidem*.

- 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.

- 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.

Es así como una vez exista incumplimiento catalogado como esencial en los términos expuestos, el afectado puede ejercer su derecho a la resolución del contrato.

No obstante lo expuesto, la resolución del contrato no se produce de forma automática, sino que por el contrario de acuerdo con el art. 9:303 requiere ejercitarse mediante comunicación dirigida al deudor, la cual debe ser enviada dentro de un plazo razonable, so pena de perder su facultad de resolver; la comunicación no necesita ningún requisito formal, salvo la manifestación expresa y directa de la voluntad de resolver por parte del contratante perjudicado.

Con todo, existen dos excepciones a la regla de la comunicación del art. 9:303:

- La expuesta en el art. 8:106 referente al caso en el cual se le ha dado un plazo al deudor para que éste cumpla, en el cual se comunica que si al vencimiento del plazo no cumple el contrato se resolverá automáticamente, caso en el cual no hace falta una nueva comunicación informándole la terminación unilateral.

- Conforme al art. 9:108 cuando el incumplimiento se encuentre justificado por imposibilidad absoluta y total caso en el cual el contrato quedará automáticamente resuelto sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad.

Es así como queda absolutamente claro el carácter extrajudicial de la resolución por incumplimiento de los Principios Lando, los cuales no exigen el ejercicio judicial de una acción, ni tampoco la concesión de un periodo de gracia por un juez o tribunal.

ii. Resolución en caso de retraso.

De acuerdo con lo reseñado en el art. 9:301 el segundo evento en que se faculta la resolución unilateral del contrato, es el caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones conforme al art. 8:106.

Por su parte el art. 8:106 establece que en el evento en que el retraso en el incumplimiento de una obligación que no sea de carácter fundamental, el

contratante a quien le han incumplido puede conceder a su contraparte una prórroga razonable para que pueda cumplir con sus obligaciones propias del contrato, comunicándole expresamente dicha decisión por cualquier medio.

En la comunicación se puede a su vez advertir que la falta de cumplimiento durante el plazo otorgado dará lugar a la terminación automática del contrato evitando así una nueva comunicación ante la renuencia al cumplimiento durante el plazo adicional⁶⁴.

Durante el plazo adicional, el contratante perjudicado puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a la espera del cumplimiento de su contraparte. Además, el mismo artículo lo faculta al cobro de daños y perjuicios causados por el retraso de su contraparte en el cumplimiento de sus obligaciones. Es importante precisar, que los principios, prohíben la utilización de cualquier otro medio de tutela durante el plazo otorgado.

Por último, se hace claridad en que si el retraso en el cumplimiento no es esencial es imperativo recurrir a la concesión de un periodo adicional a efectos de dar por terminado el contrato. Es decir, si el incumplimiento del contrato es de los catalogados como esenciales, el contratante perjudicado puede resolver el contrato de forma unilateral por incumplimiento, sin necesidad de conceder un plazo adicional⁶⁵.

4. Marco Común de Referencia para el Derecho privado.

A) Generalidades.

El borrador o proyecto de Marco Común de Referencia, en inglés *Draft Frame of reference*, relativo al Derecho de contratos europeo, constituye uno más de los esfuerzos de promoción de la unificación o armonización del derecho de contratos a nivel europeo e inclusive busca la codificación del Derecho privado en este continente.

Este proyecto nace del “plan de acción” de la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo europeo de 12 de febrero de 2003. Dicha comunicación resulta de las observaciones expuestas por el Consejo y el Parlamento en sendas respuestas a la Comunicación de la Comisión de 11 de julio del 2001 acerca de Derecho contractual europeo⁶⁶.

64 CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 345.

65 *Ibidem*.

66 JEREZ DELGADO, C.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 23 y 24.

El plan de acción expone los problemas referentes a las dificultades surgidas con ocasión a las diferencias entre los diversos ordenamientos nacionales, previo a exponer las medidas a adoptar.

Para afrontar esta problemática, la citada comunicación del año 2.003 genera unas medidas dirigidas a crear una terminología común, sobre reglas comunes en un marco de referencia; marco común con una clara finalidad unificadora, no solo respecto al tema de terminología, sino que además abarca normas generales relativas a contratos transfronterizos y eventualmente constitutivo de un instrumento al cual las partes en un contrato puedan facultativamente establecer como ley aplicable al contrato⁶⁷.

La primera versión del Marco Común de Referencia es publicada en el año 2007, para luego en el año 2009 publicarse una segunda versión. De la segunda versión se realizó la denominada *full edition* en la cual se expone los principios fundamentales, comentarios y notas referentes a derechos nacionales, en lo referente con las normas modelo en él definidas y por último una lista de definiciones.

El texto del Marco Común de Referencia tiene un contenido muy extenso, mucho mayor que los instrumentos antes vistos, puesto que no solo contiene principios y normas referentes a contratos, sino que es más ambicioso, abarcando el ámbito en materia de obligaciones en general, ocupándose por ejemplo del acto ilícito y el enriquecimiento sin causa, comprendiendo incluso el régimen jurídico de la propiedad mobiliaria⁶⁸.

Por último, es importante aclarar que el Marco Común de Referencia tiene una naturaleza o carácter académico, es decir, carece de positividad y por tanto de eficiencia jurídica; es por esto que aunque no constituye norma jurídica positiva, ni tampoco un instrumento al que opcionalmente las partes pueda remitirse, si se forja como una propuesta académica interesante y completa, que responde exclusivamente a criterios científicos y no políticos, instituyendo uno de los desarrollos jurídicos del Derecho privado más importantes hasta el momento⁶⁹.

B) Resolución contractual.

De los instrumentos de Derecho privado desarrollados en este trabajo, es el Marco Común de Referencia el más extenso y detallado en cuanto al derecho de resolución se refiere; no obstante, comparte con los demás instrumentos varios

⁶⁷ Ídem, p. 24.

⁶⁸ Ídem, p. 25.

⁶⁹ JEREZ DELGADO, C.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)*, cit., pp. 26 y 27.

puntos en común, como la facultad de resolver un contrato ante un incumplimiento esencial o en el lenguaje del Marco Común de Referencia *incumplimiento fundamental*.

La resolución por incumplimiento, es desarrollada en la sección 5 del capítulo tercero, sobre incumplimiento de las obligaciones⁷⁰, estableciendo dos supuestos de resolución contractual por incumplimiento, la resolución unilateral por incumplimiento fundamental y la resolución por incumplimiento esencial anticipado.

i. Resolución unilateral por incumplimiento fundamental.

La primera y principal causal de resolución contractual al igual que en los demás instrumentos de Derecho privado vistos, es la referente al incumplimiento por una de las partes en el contrato catalogado como esencial, el cual como se aclaró anteriormente, es denominado como fundamental en el Marco Común de Referencia.

El Marco Común de Referencia califica como incumplimiento fundamental aquel incumplimiento que es capaz de privar sustancialmente al acreedor de aquellas cosas que tenía expectativas de recibir, salvo que el deudor no hubiera previsto o hubiera podido prever en buena lógica este resultado, o hubiese sido intencionado el incumplimiento o que hubiera sido imprudente el deudor permitiendo al acreedor no creer que no podría obtener un cumplimiento por parte del deudor⁷¹.

En presencia de un incumpliendo no catalogado como esencial, no se tiene derecho a resolver el contrato unilateralmente, excepto que se envíe una comunicación al deudor de la concesión de un periodo adicional y razonable para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y el deudor dentro de este nuevo plazo insistiera con el incumplimiento. En este caso, podrá resolver el contrato de forma unilateral, siempre y cuando en la comunicación enviada con la prórroga se haya establecido que la resolución procederá de forma automática y sin necesidad de nueva notificación, en caso de que el deudor no honre sus obligaciones dentro del nuevo plazo⁷².

Al igual que los instrumentos de Derecho privado estudiados, el Marco Común de Referencia exige para el ejercicio de la facultad resolutoria, que se realice mediante una declaración por parte del acreedor, la cual debe ser comunicada al

70 *Idem*, pp. 141-147.

71 VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Unificación del derecho patrimonial europeo: Marco común de referencia y derecho español*, cit., p. 183.

72 *Idem*, p. 184.

deudor en un periodo razonable de tiempo, el cual contara desde que el acreedor supo del incumplimiento⁷³.

Vale la pena resaltar, que de no cumplir con el requisito de comunicación al deudor en un tiempo razonable la facultad de resolver el contrato se pierde, puesto que se impone un deber de actuar de buena fe al acreedor.

ii. Resolución por incumplimiento esencial anticipado.

En esta categoría de resolución, se pueden agrupar las hipótesis consagradas en los arts. III.-3:504 y III.-3:505 sobre resolución por incumplimiento previsible y Resolución por inadecuada garantía del cumplimiento respectivamente.

El primero contempla la hipótesis en la cual el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir o de que exista una seguridad absoluta de que no va a cumplir por otro motivo, caso en el cual no es necesaria determinación de plazo alguno por parte del acreedor para que pueda resolver el contrato. Así mismo se exige que la obligación contractual que ha expuesto el deudor que no va a cumplir o sobre la que se tiene seguridad de que no se va a cumplir debe ser de aquellas denominadas esenciales o fundamentales.

El segundo caso, es el referente al evento en el cual el acreedor de forma razonable piense que se producirá un incumplimiento catalogado como esencial de una de las obligaciones contractuales, evento ante el cual debe otorgar un tiempo al deudor para que este le ofrezca seguridades adecuadas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Si el deudor no facilita estas garantías solicitadas por el acreedor para asegurar adecuadamente el cumplimiento de sus obligaciones, en un tiempo razonable, el articulado faculta al acreedor a dar por resuelto el contrato de forma unilateral⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES.

I. De la redacción de la cláusula resolutoria tacita, prevista en los arts. 1.546 CC y 871 CCom. colombianos, no se puede concluir que la resolución contractual por incumplimiento se debe pedir ante un juez, puesto que también puede significar, como se afirmó a lo largo del escrito, la facultad que otorga el legislador al acreedor por optar por la resolución del contrato o su cumplimiento, la primera de ellas judicial o extrajudicial y la segunda si ante el juez.

73 Ídem, p. 281.

74 GÓMEZ CALLE, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXV-I, 2012, p. 70.

2. El término resolución contractual es un término genérico, que abarca tanto la terminación unilateral del contrato como la resolución del mismo. La resolución del contrato tiene como consecuencia la cesación de los efectos del contrato hacia el pasado y hacia el futuro, es decir retroactivamente (ex nunc) haciendo volver las cosas a su estado anterior; como si el contrato nunca hubiera existido. No obstante, en los negocios jurídicos inmunes a ser destruidos retroactivamente, como los contratos de ejecución periódica o tracto sucesivo la resolución toma el nombre de terminación, cuyos efectos en el contrato obrarán hacia el futuro (ex nunc), no para el pasado.

3. La resolución unilateral por incumplimiento no es sinónimo de auto tutela y realización de justicia por propia mano, siempre y cuando no se emplee la violencia o las vías de hecho. Los efectos materiales (no jurídicos) de la resolución contractual solo se podrán llevar a cabo de forma voluntaria entre las partes, ya que si éstas no acceden a ello, será imperativa la intervención del Estado, por medio de los jueces y los tribunales.

4. A falta de una legislación clara en Colombia que regule de fondo el tema de la resolución unilateral de los contratos, la resolución unilateral debe ser la interpretación normativa moderna de la jurisprudencia y la doctrina colombianas; lo anterior no solo, con el fin de seguir las tendencias modernas legislativas así como de los instrumentos de derecho privados vistos, sino especialmente con el fin de colaborar a la celeridad a los negocios en el país, favorecer el cumplimiento de la finalidad económica de los contratos y muy especialmente en ayudar con la descongestión del sistema de justicia en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F.: "Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el Derecho privado colombiano", en AA.VV.: *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por J. A. GAITÁN MARTÍNEZ, y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, 6ª ed., Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D. C., 2013.

CLEMENTE MEORO, M. E.:

- *La facultad de Resolver los contratos por Incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2.009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm 2.131, 2011.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.: *El Estado Empresario*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982.

GÓMEZ CALLE, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXV-I, 2012.

HINESTROSA FORERO, F.:

- *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- "Tutela del acreedor frente al deudor incumplido", *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, 2016.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, UNIDROIT Y UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA: *Principios UNIDROIT: sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT y Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2008.

JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho privado, Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial, Tomo III Derecho de Contratos*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D. C., 2014.

JEREZ DELGADO, C.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo: Parte I y II, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F.: "la resolución de los contratos en el derecho colombiano", *Revista Chilena de Derecho privado Fernando Fueyo Laneri*, núm. 5, 2005.

MARTÍNEZ, A. M.: "Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: ¿cómo afecta a los empresarios colombianos?", *REVISTA e-Mercatoria*, vol. 2, núm. 2, 2003.

MOLINA MORALES, R.:

- "La terminación unilateral del contrato ad nutum", *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 2006.
- "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", *Revista de Derecho Privado*, núm. 17, 2009.

MONTAÑA CASANÍ, A.: "La 'actio quantiminoris' en la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías", en AA.VV., *Fundamentos romanísticos de Derecho Contemporáneo, Tomo VII - Derecho de contratos*, (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), Editorial BOE, Madrid, 2021.

NAVIA ARROYO, F.: "La terminación unilateral del contrato de Derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, 2008.

ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D. C., 2011.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1999.

OVIEDO ALBÁN, J.:

- “El incumplimiento del contrato internacional”, *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 14, 2007.
- “La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos.” *Revista Foro de Derecho Mercantil*, núm. 29, 2010.

RENGIFO GARCÍA, E.: “La terminación y la resolución unilateral del contrato”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho privado Tomo II* (dir. por A. VENEGAS FRANCO, J. P. CÁRDENAS MEJÍA y F. MANTILLA ESPINOSA), Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

RIVERA RESTREPO, J. M.: *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ GREZ, P.: “Pacta sunt servanda”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 18, 2008.

SANABRIA GÓMEZ, A.: “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV.: *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por J. A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

TERNERA BARRIOS, F.: “Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en AA.VV., *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por J. A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, 10ª ed., Temis, Bogotá D. C., 2015.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Unificación del derecho patrimonial europeo: Marco común de referencia y derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011.

