DL
#2023
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS

ANDRES BORNACELLY
DORIS CASADIEGO
FRANCO GRAVINI

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1994

LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS

ANDRES BORNACELLY
DORIS CASADIEGO
FRANCO GRAVINI

Trabajo presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1994

NOTA DE ACEPTACION

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, diciembre 9 de 1994

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mis primos:

Guillermo Bornacelly Polo, Jaime Bornacelly Polo (q.d.p.s) y Luis Bornacelly Polo y sus señoras: Carmen, Carmiña y Esperanza.

ANDRES BORNACELLY

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico en una forma muy especial a mi esposo e hijo.

DORIS CASADIEGO

TABLA DE CONTENIDO

Págs

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRETENSION RESOLUTORIA 9

1.1. ANOTACION PREVIA 9

1.2. MUTUO CONSENTIMIENTO 19

1.3. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR 11

1.3.1. Derecho romano 12

1.3.2. Derecho feudal 18

1.3.3. Derecho canónico 19

1.3.4. Derecho francés 21

CAPITULO II

2. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PRETENSION RESOLUTORIA 25

2.1. RESOLUCION POR MUTUO CONSENTIMIENTO 26

2.2. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR 27

2.2.1. Teoría de la condición resolutoria tácita 27

2.2.2. Teoría de la causa 30

2.2.3. Teoría de la equidad 35

2.2.4. Teoría de la sanción 37

CAPITULO III

3. TEORIA DEL MUTUO DISENSO 40

3.1. CONCEPTO 40

3.2. GENERALIDADES 45

3.3. CARACTERISTICAS DEL MUTUO DISENSO 48

3.4. DIFERENCIAS ENTRE EL MUTUO DISENSO Y OTRAS FIGURAS 51

3.4.1. La resiliación y la remisión 51

3.4.2. La resiliación y la novación objetiva 52

3.4.3. Resiliación y revocación 52

3.4.4. Resiliación, resolución y rescisión 53

CAPITULO IV

4. PRESUPUESTO DEL INCUMPLIMIENTO GENERAL 55

4.1. CONCEPTO 55

4.2. LA "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" 57

4.2.1. Obligaciones recíprocas 58

4.2.2. Cumplimiento simultáneo 60

4.2.3. Incumplimiento 61

4.3. TEORIA DE LOS RIESGOS 65

4.4. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO 66

4.4.1. Presupuesto de la resolución 67

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRETENSION RESOLUTORIA

1.1. ANOTACION PREVIA

El efecto natural del contrato es su cumplimiento por parte de los comprometidos en el negocio bilateral. Y como no siempre, las prestaciones se cumplen debidamente, la ley ha establecido, desde tiempos pretéritos, una serie de remedios para el cabal cumplimiento de los contratos, así, en caso de ser imposible o innecesario este cumplimiento, debe buscarse la forma de volver las cosas a su estado anterior; una de estas formas o remedios es la resolución, figura jurídica de carácter universal originada al parecer en el derecho feudal con la institución de la commise, que obraba como sanción penal para el vasallo en caso de incumplir sus compromisos adquiridos con su señor, lo que generaba la extinción del contrato; con el reparo de que esa convención no era conmutativa, ya que el vasallo apenas tenía un derecho precario sobre la cosa entregada; es ya un período avanzado de la civilización cuando la resolución

toma su característica fundamental ajustándose a que nadie está compelido a cumplir su obligación en favor de quien todavía no ha realizado su parte del negocio, adagio conocido en el derecho canónico como flangenti fides frangtur eidem. Más tarde esta figura de los canonistas de la Edad Media fue incorporada al derecho francés en el que fue perfeccionada, y de ahí tomada por las demás legislaciones contemporáneas, entre ellas la colombiana.

Luego del anterior esbozo seguimos con el examen de los antecedentes, origen y evolución de la pretensión resolutoria en materia de contratación.

1.2. MUTUO CONSENTIMIENTO

Es importante enunciar nuevamente la diversidad de causas por las cuales se puede resolver un contrato. Así, tenemos que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se contemplan tres motivos que pueden originar la resolución del contrato: el mutuo consentimiento y el incumplimiento imputable o no al deudor. Además existe otra causal que es fruto del trabajo jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de Justicia desde comienzos de este siglo, y que consiste en la excesiva onerosidad, en aplicación de la teoría de la imprevisión.

En este orden de ideas, y respecto de la primera causal, es decir, la que contempla el art. 1602 en los siguientes términos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo..."[1], afirmamos que dicha causal de resolución, históricamente, se remonta a uno de los principios más antiguos de nuestro devenir en el estudio de las disciplinas jurídicas. Así, en Roma fue contemplado, y tuvo una total vigencia para los contratos consensuales, el prircipio de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen[2].

El principio está fundamentado en la autonomía de las voluntades que concurren a la celebración de un contrato, para deshacerlo y desvincularse del mismo, lo cual nos lleva a concluír que esta institución, consecuente y práctica, que gobierna las relaciones contractuales, ha existido desde la misma creación de las relaciones jurídicas aplicables a las obligaciones que surgen para las partes que delebran un contrato.

1.3. INCUMPLIMIENTO INPUTABLE AL DEUDOR

El incumplimiento imputable al deudor como causal autónoma de resolución de los contratos, al igual que el mutuo disen

1. Art. 1625 del C.C.
2. PETT: Comentario. Ob. Cit., núm 514, pág 499.

so, también ha sido el producto de un amplio desarrollo histórico, pero con un origen más próximo: el derecho canónico. Sin embargo, sus antecedentes o primitivas manifestaciones, como lo veremos, se encuentran en la legislación romana.

1.3.1. Derecho romano

La pretensión de resolución, como remedio para disolver una convención bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes, no tuvo su origen en el derecho romano. Pero se puede afirmar que es en el derecho romano donde se hallan los antecedentes que posteriormente originarían la pretensión de resolución. No se puede concebir el nacimiento de esta institución en el derecho romano porque, como lo afirma PETIT, era"...un pueblo de costumbres sencillas y rudas (...) en donde los procedimientos empleados para ligar a dos partes que quisieran obligarse una con respecto a la otra debían ser poco numerosos y llenos del formalismo que caracteriza a las legislaciones más antiguas...[3].Por eso, una de las primeras formas de los contratos en Roma tomó el nombre de nexum, en donde se realizaba un préstamo de dinero, el cual tenía como consecuencia, en muchos casos"...que sin previo juicio y por virtud de dicho contrato, el deudor que no pagaba estaba sometido a la manus injecto -esclavo

3. Ob. Cit., núm 269 pág 318.

del acreedor-, especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del magistrado. ..."[4], contrato que originó la clase social denominada de los nexi.

La resolución no alcanzada a formarse como cuerpo independiente en el derecho romano, pero si posee allí sus raíces o antecedentes.

"La teoría de los vicios ocultos y de la acción redhibitoria expresa BOYER, ha constituído el derecho romano la aplicación más completa e importante de las ideas que han hecho admitir en nuestro derecho moderno la resolución de los contratos por inejecución"[5].

Otra razón importante por la cual no se desarrolló una verdadera pretensión de resolución en el derecho romano es la que MELICH-ORSINI enuncia así: "En el primer momento, como lo imponían espontáneamente las condiciones de un tráfico muy raro y rudimentario, el comercio se desenvolvió con base en el mero trueque o en forma de venta real, en la que la cosa y el precio se cambiaban simultáneamente con el acuerdo, sin que fuera necesario acudir al abstracto concepto

---

4. Petit, ob. cit., núm. 270 pág 319.
5. En MELICH-ORSINI, La resolución del contrato por incumplimierto, cit núm 29, pág 55, nota 3.

de una obligación, respecto de la cual, la entrega de la cosa o el pago del precio constituyeran propiamente actos de cumplimiento"[6].

Al evolucionar las formas contractuales se llegó al momento en que el respecto del contrato de compraventa, el acreedor cumplido no tenía otro derecho que el de exigir el cumplimiento del contrato. "Sin embargo, expresan PLANIOL y RIPERT, si bien el derecho romano admitió la resolución por incumplimierto en el caso del arrendamiento, en que el carácter sucesivo de las prestaciones hace más sensible la correlación entre las obligaciones, no hizo lo propio en cuanto a la venta; en la práctica se suplió esa deficiencia por medio de una cláúsula expresa, usual sólo en cuanto al vendedor, por la que se estipulaba la resolución por falta de pago del precio en el tiempo convenido (lex commisoria). En los contratos innominados la parte que cumplía su obligación sin recibir la contraprestación disponía de una acción ello no constituyó, desde el punto de vista técnico, la resolución del contrato; la condictio se daba en una época en que los contratos sinalagmáticos no eran todavía más que pactos amparados por una acción a fin de sancionar el enriquecimiento sin causa"[7].

---

6. Ob. cit, núm 27, pág. 54.
7. Ob. cit. t.IV, núm 420, pág 593.

En consecuencia, esta lex commisoria daba el derecho a pedir la resolución en caso de no pago; a esta claúsula especial se le dio el nombre pactum legis commissoriae, y modernamente se le conoce con el nombre de pacto comisorio[8].

En general, la lex commisoria obraba de pleno derecho cuando se hubiera estipulado en la convención, y, en caso de falta de pago del precio, cuando el vendedor hubiere optado por dicha vía. Luego la lex commisoria era en favor del vendedor, quien se reservaba el derecho de mantener el contrato exigiendo su pago; pero si optaba por el incumplimiento, no podía después demandar la resolución de la venta, ni tampoco, si inicialmente optaba por resolver el contrato, ya no podía exigir después su pago. En general era facultativo del vendedor escoger entre el pago o la resolución de la venta.

Dentro de los efectos qie la lex commissoria generaba en caso de obrar la condición que resolvía la venta, estaban [9].

a. Entre las partes: Si el contrato no se había ejecutado por ninguna de laspartes, no se presentaba inconveniente alguno y éste se extinguía automáticamente, desapareciendo

8. CARLOS J. MEDELLIN, Lecciones elementales de derecho romano, 2a e. Bogotá, Edit. Temis, 1966, pág. 277.
9. Veáse al respecto EUGENE PETIT, ob. cit, núms 370 a 373, págs 389 y ss.

las obligaciones mutuas. En caso de que el vendedor ya hubiere transferido la propiedad al comprador, la resolución no podía, de pleno derecho, hacer volver la cosa al vendedor, pues en Roma existió el principio de que la propiedad no podía transferirse ad tempus (temporalmente), por cuanto la transferencia el adquirente quedaba propietario y en caso de revocarse la causa de su adquisición (venta resuelta), al primer vendedor se le había dado la acción venditi para que obligara al comprador a ejecutar esta obligación, ya que se le consideraba como la continuación de la venta. También podía el vendedor recurrir a la acción in factum, en virtud de que el contrato se encontraba anulado.

b. Frente a terceros : Eran favorables respecto de éstos y, en consecuencia, desfavorables para el vendedor. Si aquéllos la habían adquirido antes de la resolución, es decir, cuando el comprador tenía la calidad de propietario, se les debía respetar ese derecho adquirido de buena fe. Luego, en dichas condiciones, los terceros no tenían que sufrir los perjuicios que causaba la resolución.

Para el vendedor era desfavorable, ya que podía recuperar la cosa, pero ésta corría el riesgo de estar gravada. Como último recurso, el vendedor podía hacer uso de la actio rei vindicatio, como efecto de la sentencia que ordenaba la resolución de la venta.

"De todo esto resulta, expresa MELICH OPSINI que, si bien la estipulación de la lex commisoria permitía al vendedor conseguir resultados análogos a los que en nuestro moderno derecho obtienen con la estipulación de una "claúsula resolutoria expresa" (llamada por ello mismo, "pacto comisorio"), la situación general en el derecho romano en ausencia de tal pacto era la de no disponer el vendedor más que de la acción para reclamar el pago del precio cuando había trasferido la cosa al comprador, sin que simultáneamente éste le hubiere hecho entrega del precio total convenido"[10].

También los romanos llegaron a institucionalizar la pretensión de resolución por incumplimiento para otros contratos (v.gr., la enfiteusis, el arrendamiento), qu en la actualidad tiene plena vigencia. El contrato de arrendamiento (locatio) podía resolverse cuando existía la falta de pago de canones (merces) por parte del arrendatario (conductor) lo que permitía al arrendador (locator) recuperar la cosa. Dicha resolución producía sólo efectos para el futuro, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo.

En conclusión, y al decir de BOYER, "si encontramos en los textos romanos casos especiales de extinción de los contratos, no encontramos en cambio disposiciones generales que

---

Ob. Cit., núm 29, pág. 57.

establezcan en qué medida la inejecución de las obligaciones a cargo de uno de los contratantes pueda permitir al otro desligarse de las suyas"[11].

1.3.2. Derecho feudal.

Como característica especial encontramos la institución de la commise, que según algunos tratadistas, se identifica con la institución moderna de la resolución[12].

Al contrato de feudo jamás se le dio el carácter de bilateral, por cuanto las prestaciones que adquiría el vasallo respecto del señor, no eran correlativas o recíprocas a las de éste, sino simples y lógicos efectos jurídicos que incluían el goce del feudo que era la prerrogativa entregada por el señor vasallo y que descartaba para éste su papel de verdadero dueño. Luego la institución de la commise obró en un principio como sanción penal que se le aplicaba al vasallo en caso de haber incumplido su compromiso y, en consecuencia, procedía la extinción del contrato con sus obligaciones.

Este fenómeno da pie para afirmar el carácter esencialmente penal de esta forma de disolución en el derecho feudal, "pues dice BOYER, ella afecta un derecho real independiente del contrato y necesariamente anterior a él: la propiedad del señor, sobre el dominio que había concedido en feudo (...).

11. En FEDERICO D. QUINTEROS, ob.cit, pág 13
12. AULETA, citado por MELICH-ORSINI, ob. cit, núm 34 pág 64.

Es así como, al final del siglo XII y a comienzos del siglo XIII la commise aparece ya como una institución puramente contractual muy vecina a la resolución, cuyos principios formulan entonces los canonistas"[13].

En general, la commise fue una institución peculiar de la época feudal, que obraba como sanción penal y que distaba tanto de la inicial solución que se dio en Roma como de la institución de la resolución elaborada por los canonistas sobre las bases de la moral y de la justicia.

1.3.3. Derecho canónico

Es en el derecho canónico donde la resolución toma su verdadero sitio de importancia como instituto básico dentro del complejo campo de las obligaciones que se generan con motivo de la celebración de un contrato. Es allí donde se formula el principio, según el cual, no se está obligado a cumplir lo prometido en favor de quien no ha cumplido su promesa, prerrogativa que se hacía efectiva solicitando a los tribunales la liberación de toda obligación (resolución del contrato).[14]

" A diferencia del derecho romano, expone FEDERICO D. QUINTEROS, en el que, como hemos visto, no existían disposicio

13. En MELICH-ORSINI, ob, cit, núm 34 pág 65.
14. PLANIOL y RIPERT, ob. cit, t, núm 420 pág 594

nes generales sobre la resolución, la legislación de la Iglesia no limitó a sancionar la extinción particular de ciertos contratos por la inejecución de las obligaciones de uno de los contratantes, sino que supo elevarse por encima de las soluciones aisladas, que no eran para ella otra cosa que la proyección de un principio general que la comprendía a todas"[15].

Los canonistas hicieron bastante uso del adagio flangeti fi des frangatur eidem, según el cual, la inejecución de la obligación por su codeudor es castigada con una simétrica inejecución autorizada al acreedor [16]. Es así como los prin cipios de la moral cristiana, de preponderante influencia en elderecho canónico, llevan a los juristas a institucionalizar de manera amplia las razones jurídicas consecuentes de no poder mantener vigente un contrato cuando una de las partes, por diversas causas, como la culpa, incumple sus obligaciones.

En general, y al decir de la Corte Suprema de Justicia,"Todo indica que le correspondío al derecho canónico perfeccio nar la acción resolutoria e institucionarla con más vastos alcances, pues, por una parte, la consideró implícita en to do contrato sinalagmático y, por la otra, estaba destinada a sancionar la falta al cumplimiento de la otra, estaba des tinada a sancionar la falta al cumplimiento de la obligaci

15. Ob. Cit, pág.13
16. MELICH-ORSINI, ob. cit, núm 33 pág 62

ón jurada y tuvo plena aplicación en la regla siguiente: "en vano se pide que cumpla su palabra a aquél a cuyo respecto no cumple la fe jurada".

"El criterio moral que los canonistas le imprimieron a la acción resolutoria, los llevó a sentar el principio de que la acción .a podía hacer valer el contratante cumplido contra el que faltó a la palabra empeñada"[17].

1.3.4. Derecho francés

Con el estudio del proceso y el perfeccionamiento de la institución, los juristas franceses incorporan la pretensión de resolución como una figura autónoma en su derecho civil; es el fruto de una intensa lucha y el triunfo de la idea de que en los contratos, ya sean nominados ó innominados, debe dársele el justo derecho a la otra incumple. Dicha condición debería entenderse como táctica en todos los contratos sinalagmáticos.

Por ello, codificando el aporte de otros tratadistas[18] POTHIER logra reunir los elementos esenciales para una teoría general de la pretensión de resolución que más tarde vendría a incorporarse en el art.1184 del Código Civil francés (siglo XVIII). Así enuncia en su tratado de obligaciones que

17. Cas. Nov.5 Mag. ALBERTO OSPINA B. No pub. en la Gaceta Judicial.
18. Ob.cit, núm 36 pág 71. PLANIOL y RIPERT, ob. cit, t. VI, núm 420 pág 594.

en los contratos sinalagmáticos, a propósito de las condición resolutoria de la obligación que contrae uno de los contratantes, la inejecución de uno de los compromisos del otro[19].

Posteriormente, dicho principio fue sintetizado por los legisladores franceses de 1804, al disponer en el art. 1184 del Código Civil: "La condición resolutoria se sobreentiende en todos los contratos sinalagmáticos para el caso de que una parte no cumpla su obligación. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte que no recibió la prestación a que se obligó la otra, puede optar entre obligar a ésta a que cumpla, mientras sea posible, o reclamar la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe demandarse a los tribunales, y puede concederse al demandarse a los tribunales, y puede concederse al demandado un plazo según las circunstancias".

Al respecto del art. 1184 del Código Civil francés explica FAVARD: "Ella [la condición resolutoria] es siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no satisfaga puntualmente sus compromisos. Sin embargo, la otra tiene el derecho de exigir la resolución con los daños y perjuicios. En este último caso deberá intentar una acción, y el juez podrá, según las cir

19. MELICH-ORSINI, Ob. cit, núm 41. pág 77.

cunstancias, acordar un lapso al deudor. La autorización dada al tribunal de poder acordar un plazo en este caso no atenta en absoluto contra el derecho ya consagrado de que las convenciones tienen fuerza de ley entre las partes. Aquí la resolución del contrato es demandada por la misma persona que podía exigir la ejecución. El lapso que le permite al juez acordar al deudor antes de que la resolución se consume está fundado en razones de humanidad. Es una excepción, si se quiere, al artículo 34 [del proyecto, hoy 143 del C.C. francés], que establece que la convención debe ser ley para las partes contratantes; pero coexistiendo el artículo 84 [hoy 1184 del C.C. francés], es claro que todos los contratos se forman bajo el imperio de estas dos disposiciones, una de las cuales tempera el rigor de la otra. Es así como se las concilia y se les da al juez un preciso derecho, pues a través del mismo se tiende a socorrer a aquél a quien circunstancias desgraciadas han impedido cumplir en la fecha establecida los compromisos que ha asumido"[20].

En consecuencia, el art. 1184 del C.C_ francés es la culminación de un gran proceso de evolución constante de las relaciones jurídicas que se desenvuelven en una sociedad. Así pues, hemos visto que el derecho canónico tomó del sis

20. En MELICH-ORSINI, ob, cit, núm 43 págs. 79 y 80

romano algunos preceptos, hasta llegar al derecho francés, que en forma codificadora de las anteriores legislaciones constituyó la pretensión de resolución; es decir, el derecho que tiene el contratante diligente frente al quien incumple de pedir, a su arbitrario, el cumplimiento o la resolución judicial.

CAPITULO II

2. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PRETENSION RESOLUTORIA

Como vimos al inicio de esta obra, la resolución del contrato puede producirse por mutuo acuerdo de las partes, por incumplimiento imputable o no al deudor y por excesiva onerosidad. Cada una de estas causas tiene razón de ser, de existir, de ser parte de nuestro ordenamiento jurídico. La importancia del tema, a primera vista, parece mínima, simplemente teórica; sin embargo, el estudio revela que su trascendencia jurídica supera ampliamente los límites conceptuales para adentrarse en la aplicación práctica. Conociendo el fundamento jurídico de la figura, pueden interpretarse mejor las normas que la consagran, pueden desecharse más fácilmente las constantes oscilaciones doctrinales y, por último, puede llegarse, en la decisión de los litigios, a soluciones más justas.

2.1. RESOLUCION POR MUTUO CONSENTIMIENTO

El fundamento jurídico de la resolución por mutuo consentimiento de las partes se encuentra en el principio universal de la autonomía de la voluntad, que, aplicado al caso que estudiamos, se traduce en la regla que establece que las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

Al respecto, y en aplicación de este principio, el art.1602 del Código Civil preceptúa: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales". Y en el mismo sentido, el art. 1625, inc. 1°. "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".[1]

La Corte Suprema de Justicia, al precisar este concepto y comentar la última de las normas transcritas, dijo: "El Código Civil consagró como el modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico o "convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula" (art.1625, inciso primero). Ese negocio jurídico o convención ha sido

1. Arti.16, 1603, 1518, párr 3° y 1525".Derecho Civil, t.i, Parte general y personas, 8a, ed. Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág 49'

denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión "mutuo disenso". Lo novedoso del aspecto puede ser entonces, la forma como se denomina, pero no la institución misma, que es tan antigua como el régimen de creación de las obligaciones a través de declaraciones de voluntad. Simplemente si el negocio jurídico plurivoluntario tiene la connotación jurídica de servir como fuente de obligaciones (el contrato), otro negocio jurídico de los mismos contratantes puede extinguir las obligaciones que surgieron de aquél. Las cosas en derecho se deshacen como se hacen"[2].

2.2. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR

El fundamento jurídico de la resolución por incumplimiento imputable al deudor ha sido un aspecto sobre el cual se ha vertido las más diversas opiniones y se han presentado las más profundas discrepancias doctrinales. El sinnúmero de teorías que han construido los autores pueden agruparse así[3].

2.2.1. Teoría de la condición resolutoria tácita

Explica la resolución del contrato por la presencia tácita, es decir, querida por las partes aunque no aparezca cláusula expresa, de una condición existente en el incumplimiento de la obligación por uno de los contratantes que trae co

2. Cas del 7 de diciembre de 1982, Magistrado ponente:doctor JORGE SALCEDO SEGURA. No publicada aún en la Gaceta Judicial.
3. La resolución del contrato por incumplimiento, 2a. ed,Bogotá-Caracas, Edit. Temis, 1982, núm 46, pág 85.

mo efecto la resolución del vínculo contractual.

En otras palabras, sostiene que en cada contratante concurren simultáneamente dos propósitos: el primero es expreso el deseo de hacer efectivo el contrato por el cumplimiento recíproco de las prestaciones; el segundo es tácito, el deseo de resolver el contrato al presentarse el incumplimiento de la contraparte.

La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a esta corriente doctrinal y comentando el Código Civil Colombiano ha dicho: "Los que afirman el fundamento de la condición resolutoria tácita en la voluntad presunta de las partes, sostienen que el artículo 1546 del Código Civil consagra la intención probable de éstas, en virtud de que es lógico suponer que el contratante cumplido no quiere seguir atado por la convención al otro contratante..."[4]

Los principales reparos que se han hecho a esta teoría son los siguientes:

a. Como es sabido, los negocios nacen a la vida jurídica pura y simplemente, a menos que los contratantes, de manera expresa, los sometan al cumplimiento de un elemento accidental llamado condición. Entonces, no se puede calificar de condición a un elemento que va envuelto, no de manera acci-

4. Cas. Nov.5-1979, Mag. ponente:Doc. ALBERTO OSPINA B. No pub.Gaceta Judicial.

dental sino por disposición de la ley, en todos los contratos bilaterales .

b. Las condiciones obran siempre de pleno derecho, es decir, sin intervención judicial, en tanto que la resolución del contratante supone el interés de una parte en ejercer la acción correspondiente y, lo que es más importante, la decisión judicial.

c. "Resulta contradictorio, anota MELICH, que constituyendo el "cumplimiento el objeto del vínculo a que se somete la contraparte y al propio tiempo su incumplimiento", la condición resolutoria de ese mismo vínculo, puede predicarse la simultánea coexistencia de ambos propósitos en la intención de las partes contratantes.

Por su parte, el maestro ARTURO VALENCIA ZEA comenta así el art. 1546 del Código Civil: "Resta advertir que el artículo 1546, a semejanza de lo que sucede con el artículo 1184 del Código Francés, consagra un derecho de resolución de contrato y no una condición resolutoria tácita. Una mala explicación de POTHIER hizo que los autores del Código Francés creyeran que se trataba de la misma lex commisoria de los romanos, que no era necesario pactar y se convertía, entonces, en tácita.

"Los expositores exégetas tratan de explicar el derecho de resolución por la condición resolutoria tácita, apoyándose en que la ley dice que se trata de una condición. Pero el derecho de resolución judicial del artículo 1546 no es condición resolutoria tácita, por las siguientes razones:
a. Porque el cumplimiento de las condiciones obra de plano, y el juez; b. Porque las condiciones deben pactarse, pues la regla general enseña que los contratos nacen pura y simplemente a la vida jurídica, salvo que los contratantes en forma expresa los sometan a modalidades; en cambio, el derecho de resolución del artículo 1546 no necesitan pactarse c. Porque cuando los contratantes negocian sin someter el nacimiento de sus obligaciones a condiciones, aquéllas se producen simple y llanamente. Esto es lo que sucede con el artículo 1546; a pesar de sus términos, reglamenta un derecho autónomo de resolución judicial del contrato, que lo puede ejercer el contratante a quien se incumple o abstenerse de ejercerlo.

" En este sentido se manifiestan las legislaciones actuales especialmente la alemana y la italiana"[6].

2.2.2. Teoría de la causa

Sostiene que el fundamento jurídico de la pretensión resolutoria se encuentra en la frustración práctica de la cau-

6. Derecho civil, t.III, De las obligaciones, 6a ed, Bogotá, Edit.Temis 1982, págs 162 y 163.

sa de la obligación contraída por uno de los contratantes, en virtud de que, en los contratos sinalagmáticos, la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra, y consecuentemente, el incumplimiento de una de ellas impide que se realice prácticamente la causa de la otra obligación.

LAROMBIERE, seguidor de esta teoría, anota: "En todos los contratos sinalagmáticos, cada parte no contrae compromisos sino en virtud y en razón de los compromisos que la otra parte contrae en su favor. Esta reciprocidad es de la misma esencia de la convención y constituye la causa de las respectivas obligaciones. Tomemos, por ejemplo, la venta: Yo os vendo mi casa por tal precio. Yo me obligo a trasferiros la propiedad de la casa, vos os obligaís a pagar el precio acordado. Mi obligación es la causa de la vuestra. Yo os vendo, en una palabra, a causa del precio; y vos me pagáis a causa de la propiedad. Si uno de vosotros no satisface sus compromisos, los de otra parte devienen sin causa, y el contrato cae en un caso en el que él no habría podido formarse (...). Es verdad que cada parte tiene la acción para constreñir a la otra a cumplir con sus compromisos. Pero si ella no tuviere sino esa acción de pago, se comprenden que, en una multitud de casos, ella no contaría sino con una garantía insuficiente, a menudo completamente ilusoria, y ella habría contratado y ejecutado sus obligaciones completamente sin causa. ¿No es entonces justo y equitativo que

sea la misma cosa que forma el asunto del contrato quien responda de su ejecución? Apreciando, pues, la situación de cada parte, interpretando su común intención, penetrándose de la necesidad de una causa, real, movida, en fin, por un sentimiento de suprema equidad, la ley ha sobreentendido la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no satisfaga sus compromisos. pero, lo que se quiere subrayar, es que ella no la introduce arbitrariamente en la convención sino que la extrae de su propia naturaleza, de la reciprocidad de los compromisos contraídos, de la correlación que establece entre estas relaciones de reciprocidad. Las disposiciones del artículo 1184 entran así, en cuanto a su principio esencial en la teoría de la causa de los contratos." [7]

A esta concepción inicial se le hicieron numerosas críticas principalmente por LAUREN, quien sostuvo que "la causa es un elemento esencial de la convención, por lo que si no hay causa no hay contrato, Pero, por el contrario, la causa existe mientras hayan obligaciones correlativas, aunque no sea cumplida, pues el acreedor tiene derecho a forzar al deudor a su cumplimiento.[8]

7. En MELICH-ORSINI, La resolución del contrato.., núm 48 págs 88 y 89, nota 9.
8. E n FEDERICO D. QUINTEROS, Resolución y rescición de los contratos, Buenos Aires ,Ediciones Depalma 1962 pág. 23.

Apartándose en algunos aspectos del causalismo clásico de DEMOLOMBE y BEUDANT, CAPITANT fue quien se hizo cargo de las críticas presentadas por LAURENT y los autores anticausalistas como PLANIOL y SALEILLES, y sentó las bases más firmes para la sustentación de esta teoría, al precisar que el fundamento de la pretensión de resolución no es la causa como presupuesto de existencia del contrato, sino la causa como efectivo obtención de la prestación perseguida por las partes al contratar.

La razón de esta novedosa teoría reside en el hecho de que si falta la causa al tiempo de celebrarse el contrato éste queda nulo, y por sustracción de materia, sobraría entonces tratar la resolución. Por lo tanto sostiene que hay que analizar el problema presuponiendo que el contrato reunía los elementos esenciales al tiempo de su formación pero, por incumplimiento del deudor, la causa quedó frustrada en su realización y nace así la pretensión de resolución[9].

Las principales objeciones que han hecho a esta nueva orientación de la teoría de la causa son las siguientes:

a. "PLANIOL, que es uno de los autores franceses que más enérgicamente ha combatido la teoría clásica de la causa,

9. Ob. Cit, t,II,núms 49 a 52, págs 89 a 94. en el mismo sentido MESSINEO, ob cit, t II págs 147 y ss.

refiriéndose a los contratos bilaterales, manifiesta que es lógicamente imposible sostener que la obligación de una de las partes sea la causa de la obligación de la otra, desde que ambas derivan de un mismo contrato, nacen al mismo tiempo, son como dos hermanas gemelas y el efecto y la causa no pueden ser exactamente contemporáneos (...). Pero esta crítica, a su vez, ha sido refutada contestándose que había partido de un concepto falso, que esa objeción sería tal en el terreno de la física y aún allí no es del todo exacta, puesto que hay fuerzas que actúan recíproca y simultáneamente y son al mismo tiempo causa y efecto"[10].

b. Igualmente se ha argumentado en contra de esta teoría que siendo la causa elemento estructural del contrato que concurre a formar las voluntades individuales y fundada esta teoría en la frustración de este elemento, la pretensión de resolución podría ser impetrada por la propia parte incumplida o por un tercero que demostrara interés en ello, lo que resulta ilógico.

c. Además, con la aplicación de la teoría de la causa se desmembra la unidad del negocio jurídico en la suma de manifestaciones de voluntad que concurren a su formación, al afirmar que la tutela jurídica se otorga no por el simple

---

10. FEDERICO D. QUINTEROS, ob, cit, págs 24 y 25.

surgimiento de la obligación, sino por el cumplimiento de la misma, lo que lleva a conclusiones erróneas, ya que, según esto, no sería jurídicamente admisible la claúsula que concede un plazo para el cumplimiento de una obligación surgida de un contrato bilateral, puesto que durante el plazo no habría tutela jurídica, y aun presentándose el vencimiento simultáneo, si una parte cumple y la otra no, no podría el incumplidor disponer libremente del derecjo que ha recibido, ya que, al igual que en el caso anterior, su incumplimiento deja sin tutela el negocio jurídico por depender aquélla del cumplimiento recíproco[11]".

2.2.3. Teoría de la equidad

Sostiene que el fundamento de la resolución del contrado se encuentra en el principio universal de la equidad que justifica la autorización que el legislador hace al contratante cumplido para desligarse del vínculo que lo une al contratante incumplido.

Dentro de este concepto de la equidad pueden ubicarse gran número de concepciones que, de uno u otro modo, desembocan en él. Así, por ejemplo puede ubicarse aquí a RIPERT, que encuentra el fundamento de la resolución del contrato en la idea de "justicia contractual". El sostiene: "Que se ha

11. MELICH-ORSINI, ob, cit, núm 52, págs 93 y 94

ga de la resolución judicial una aplicación de la idea de causa, que se vea una manifestación del principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato o un instrumento técnico destinado a asegurar a la vez el equilibrio del mismo, sus fines prácticos y su ejecución de buena fé, la idea profunda es siempre la misma: la consagración legal de la idea de justicia contractual"[12].

Asimismo pueden ubicarse dentro de este concepto las concepciones elaboradas por GALIZA y OSTI, MOSCO, GORLA, PICAR y PRUHOME, LAURENT y BAUDRY LACANTINERIE, etc...[13].

La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto: "Cuando justifican la existencia del artículo 1546 del Código Civil en la equidad, la explican afirmando que si uno de los contratantes que corren a su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une con el incumplido"[14].

Las principales objeciones que se han hecho a esta teoría son las siguientes:

a. Puede ser suficiente para explicar las razones que impul

12.En FEDERICO DE QUINTEROS, ob, cit pág 28
13. MELICH-ORSINI, ob, cit, núms 56 a 60 págs 99 a 103
14. Cas del 5 de Noviembre de 1979. Magistrado ponente, doctor ALBERTO OSPINA BOTERO. No publicada aún en la Gaceta Judicial.

saron al legislador a consagrar la resolución como instrumento que tiene el contratante cumplido para desligarse del contrato, pero, en verdad, no explica la naturaleza misma de dicho instituto.

b. Su aplicación podría admitirse cuando la inejecución es total, pero en los casos en que las obligaciones es parcialmente ejecutada, presenta muchas dificultades al precisar si la realización parcial satisface o no el equilibrio contractual que permita mantener el vínculo.

2.2.4. Teoría de la sanción

Se explica esta teoría partiendo de la misma naturaleza del contrato: si el contrato es ley para laspartes, es apenas obvio que éste impone determinada forma de conducta a cada constante y, en consecuencia cuando este comportamiento es omitido o realizado deficientemente, se está actuando ilícitamente (lícito sería cumplir), y por eso ha dicho la Corte que "Quienes pretenden encontrar el fundamento en el hecho de ser una sanción, sostiene que la acción resolutoria constituye la merecida sanción que la ley impone al contratante incumplido"[15].

Entre los exponentes de esta corriente se encuentra JOSEERAND, quién "Descubre en el fondo de la teoría dos ideas ma

15. Ibídem

estras: de una parte, la resolución del contrato que interviene en función de la voluntad presumida de los contratantes, es interpretativa; de otra parte, inviste el carácter y toma el significado de una verdadera sanción de los compromisos contractuales" [16].

Las principales objeciones hechas a esta teoría son las siguientes:

a. KLISCHE DE LA GRANCE expone: "Tal sanción sólo resulta efectiva si la quieren ambas partes del contrato: la una no cumpliendo y la otra renunciando a demandar el cumplimierto" lo cual resulta ilógico[17].

b. MESSINEO, por su parte, escribe: "La justificación de la resolución del contrato, por lo demás ha de buscarse no tanto en el evento causante del incumplimiento (culpa, dolo,estadp subjetivo de la contraparte), cuando en el hecho objetivo del incumplimiento considerado en sí mismo. En realidad, la exigencia a la que satisface el instituto de la resolución por incumplimiento es que la parte respecto de la cual viene a faltar el beneficio causado por el cumplimiento, se presente en condiciones de procurarse eventualmente

16. En FEDERICO D. QUINTEROS, ob cit, págs 28 y 29
17. En MELICH-ORSINI, ob cit, núm 65 pág 107.

aliunde la presentación que ha venido a faltar; y esto exi ge, ante todo, que dicha parte quede liberada del actual vínculo. Por lo tanto, yo diría que la resolución no es una sanción a cargo del incumpliente y para restituírle la posibilidad a recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que le ha faltado. Se entiende que, de este modo viene a quedar liberado tambi én el incumpliente, salvo su obligación de resarcir el daño.

"Por esto la resolución, en definitiva,favorece a ambas par tes, y no habría razón para mantener en vida el contrato, precisamente cuando una de dichas partes demuestra, con su comportamiento, que no quiere cumplir. La resolución sirve justamente para liberar de modo solemne (mediante providen cia del juez) a uno y otro contratante.

"La sanción ha de buscarse en otra parte y precisamente en el deber de resarcir el daño, que es un deber autónomo pero indefectible. Que se vea en la resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte una sanción precisamente cuando la ley hace derivar de la resolución el derecho a los daños en favor de la parte cumpliente (o dispuesta a cumplir) me parece insostenible.

CAPITULO III

3. TEORIA DEL MUTUO DISENSO

3.1. CONCEPTO

Al inicial el estudio en concreto de cada una de las causales de resolución de los contratos, nos ocuparemos en primer lugar de la figura del mutuo disenso como causal efectiva y activa para resolver un contrato.

Pero, antes que todo, precisemos los efectos que genera un contrato. Si partimos de la base de que éste nace a la vida jurídica como producto del acuerdo de voluntades de los que intervienen en su formación y perfeccionamiento, también podremos afirmar que, como efecto lógico de ese querer contractual, el contrato es ley para las partes. Es decir, tiene fuerza vinculatoria, una vez perfeccionado y nacido a la vida jurpidica. Por consiguiente, esa fuerza vinculatoria se traduce sencilla y claramente en la observancia y cumplimiento total del contrato por las partes, todo ello dentro de las buenas costumbres; por lo tanto, repetimos,

Estos principios deben ser observados totalmente por las voluntades que concurren a la celebración, perfeccionamiento y cumplimiento de un contrato.

Al respecto, MESSINEO explica: "En el fondo, en la observancia y en la ejecución reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló éste. Y que el contrato debe ser observado, es decir, que las partes cumplan lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquél (de orden ético) del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aún prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas"[1] .

Dentro de su fuerza vinculatoria, como principal efecto de los contratos está el de su cabal ejecución, es decir, el irrestricto empeño de los contratantes en hacer efectivas todas las obligaciones generadas por ese lazo jurídico.

Este aspecto lo acoge la Corte Suprema de Justicia, al expresar "Los principios que gobiernan la dinámica contractu

1. MESSINEO, ob,cit, t.II, pág 144

al imponen cada uno de los contratantes ligados por una convención bilateral, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones"[2].

Como consecuencia de su principal efecto (ley para las partes), se genera el de que, por regla general, el contrato no es susceptible de modificarse unilateralmente, ni aún en forma parcial. Este principio tiene fundamentales excepciones, ya que se trate por la naturaleza del contrato o por el acuerdo de voluntades mediante el cual se ha acordado o aprobado el rompimiento de manera unilateral.

En otro aspecto, que podríamos considerar de excepción, el contrato puede ser modificado o declarado disuelto por el acuerdo de voluntades, puesto que si entendemos el contrato como fruto de las voluntades de los contratantes en quer generar unos efectos jurídicos, no es menos cierto que esas mismas voluntades posean la facultad de hacerlo cesar, es decir, disolverlo o extinguirlo[3].

Es la observancia y vigencia plena del principio que rige las relaciones contractuales según el cual, las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen. Esto mismo pode-

2. Sala de negocios generales, sentencia del 11 de marzo de 1958, "G.J" t.LXXXVII, pág 650. Citada por JORGE ORTEGA TORRES, Código Civil, cit. pág. 683.
3. art.1602 del C.C. Ob, cit, pág 256.

mos afirmar del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual para predicar la disolución de un contrato por el acuerdo de voluntades.

Entonces, por el mutuo consentiento (C.C.,art.1602) las partes pueden acordar en deshacer lo que antes habían hecho. En consecuencia, si disolver un contrato implica la extinción de sus efectos, concluimos que las obligaciones que generó en caso de obrar el mutuo consentimiento quedan lógicamente extinguidas, por tanto, podemos afirmar que el mutuo consentimiento es una forma de extinguir obligaciones.

Según el inc. 1° del art 1625 del C.C. "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". Esto nos indica que por el acuerdo de voluntades capaces de disposición, se pueden extinguir obligaciones.

Conviene observar que la norma transcrita utiliza impropiamente el término "darla por nula", a lo cual el profesor ALESSANDRI RODRIGUEZ le anota con mucha autoridad: "No es este un modo de extinguir obligaciones que se parezca siquiera a la nulidad, que es otro de los modos de extinción de que habla el artículo 1567. El consentimiento mutuo no puede ser este modo de extinguir obligaciones llamado nulidad, porque de ser así, habría sido una redundancia inútil.

del legislador que vuelva a incluir este mismo modo más abajo del inciso primero; en seguida, la nulidad produce efectos enteramente distintos de los que la ley atribuye a la declaración hecha por las partes. En este caso la extinción de la obligación emana de un acuerdo de voluntades de las partes que consienten en deshacer lo que antes había hecho, acuerdo que no produce efectos retroactivos. En cambio, la nulidad o rescisión es una pena o sanción establecida por la ley para los que ejecutan o celebran contrato contraviniendo ciertas disposiciones; toda nulidad y toda rescisión deben producirse de causas señaladas taxativamente por ley. Declarada la nulidad, ella opera retroactivamente y produce los efectos que la ley le atribuye, pero no los que las partes le señalan, porque estas disposiciones son de orden público y no está en la voluntad de las partes el derogarlas o modificar la causas que generan nulidad, ni atribuírle un efecto distinto del que el legislador le ha señalado; no podrían las partes decir que el objeto ilícito produce nulidad relativa y que el dolo produce nulidad absoluta. Nada de eso puede decirse del mutuo consentimiento; aquí lo que hay, lisa y llanamente, es un acuerdo de las partes para destruír o dejar sin efecto algo que ellas habían construído.

En este orden de ideas, diagamos para concluír, que el mutuo consentimiento, como género amplio de extinción delas obligaciones es también una forma especial y legalmente establecida para dar por extinguido un contrato.

3.2. GENERALIDADES

Según el art. 1602 del C.C. "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". (El subrayado es nuestro)'

Según esto, la voluntad de los contratantes, en cuanto fue capaz de generar determinados actos jurídicos, es capaz igualmente de extinguir sus efectos. Por consiguiente, además de las causas legales, ésta es otra forma de disolver los contratos.

A la primera forma de disolver los contratos, es decir, el mutuo consentimiento, que algunos denominan resiliación (resciliación) c distractus, contrarius actos, contrarius consensus o contrarius dissensus[6], o mutuo disenso[7], se la puede definir como la facultad que tiene las partes establecidas en la autonomía de la voluntad, de ha

6.L.J. Derecho Civil, vol I. núm 329, MESSINEO Docrina general de los contratos. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Teoría de los contratos, cit,pag.66
7. Ob, cit, t.Ii págs 333 y 334..

cer cesar los efectos o, en general, dar por extinguido un contrato. O, resumiendo, por medio del acuerdo de voluntades se puede celebrar o disolver un contrato.

El doctor LUIS MARIA BOFFI BOGERO define el distracto ". ..como el acto jurídico multilateral mediante el que las partes dejan sin efecto el contrato celebrado (...)Como se ve mientras el contrato anuda vínculos jurídicos entre las partes que lo celebran, el distracto desanuda los mismos. Es el fenómeno jurídico opuesto al contracto en cuanto a la dirección o "finalidad", pero que se mueve en el mismo clima de "autonomía de la voluntad" por conductodel "consentimiento". Es decir, que las partes han anudado y, luego, desatado el vínculo jurídico dentro de los límites fijados por el "orden público" y las "buenas costumbres"[8].

Y ALESSANDRI RODRIGUEZ expone: "Este modo de disolver los contratos por el mutuo consentimiento de las partes es lo que los tratadistas de derecho llaman resiliación, que puede definir como el "acto por el cual las partes deshacen un contrato que han celebrado"; o como "la destrucción de un contrato por mutuo consentimiento de las partes". Cuando un contrato es dejado sin efecto por este medio, se dice que el contrato ha sido resiliado"[9].

---

8. En Enciclopedia Jurídica Omeba, t VII, pág 1013
9. Teoría de los contratos, cit., pág. 67

Lo que la ley quiere decir es que las partes pongan fin a una obligación, de manera que la expresión "darla por nula" quiere decir "dejarla sin efecto". Por eso habría sido mejor que el legislador hubiera empleado esta última expresión en el artículo 1567, inc.1°"[4]. No sobra advertir que el art. 1567, inc.1° a que se refiere el autor, corresponde al art. 1625, inc 1°, de nuestro Código Civil.

Dicha manera de extinguir obligaciones es clasificada, en cuanto a su forma de obrar dentro de una tercera categoría, que está compuesta por aquellos modos de extinguir las obligaciones conforme al acto de donde emana la obligación. Así tenemos que, como lo afirma ALESSANDRI RODRIGUEZ, "En esta categoría se clasifican todos aquellos modos que no destruyen el vínculo jurídico en sí, sino que destruyen la causa o fuente de donde la obligación nace; destruida la causa o fuente, esa destrucción lleva consigo la destrucción de laobligación que de ella emana, porque desapareciendo la causa tiene que desaparecer el efecto. Pertenecen a esta categoría: la resolución o evento de la condición resolutoria, la declaración de nulidad o rescisión y la convención o mutuo consentimiento"[5].

4. ALESSANDRI RODRIGUEZ , Teoría de las obligaciones, pág. 329 y 330. Nuestra Corte Suprema de Justicia acogió plenamente este criterio doctrinal en casación del 18 de sep/94, "G,J".t.LVII,pág.580 citada en el Código Civil de JORGE ORTEGA TORRES, pág 706 y 707.
5. Teoría de las obligaciones, págs. 327 - y 328.

3.3. CARACTERISTICAS DEL MUTUO DISENSO

Después de haber visto su concepto, es necesario determinar sus peculiaridades y características. Asímismo, conviene precisar su carácter de aplicación respecto al principio de la autonomía de la voluntad, sin desconocer o quebrantar obviamente, el carácter de fuerza de ley que el contrato tiene sobre los contratantes. Dicho carácter vinculatorio también se encuentra plasmado en el principio que domina la materia contractual, o sea el de que, "las partes,siempre que no vayan contra la ley, el orden público y las buenas costumbres, pueden convenir lo que estimen de razón".

Esta manera o forma de extinguir las obligaciones nacidas en un contrato es, como lo explica el maestro ALESSANDRI RODRIGUEZ, "una verdadera convención, un verdadero acuerdo de voluntades y como tal deben concurrir en él todos los elementos o requisitos señalados por la ley para que tengan eficacia jurídica, y, especialmente que contribuyan a deshacerlo las mismas personas que lo crearon"[10].

El fin principal del mutuo disenso, como formade extinguir los contratos, es el de dejar sin efecto alguno un

10. Teoría de las obligaciones, pág 329.

contrato que está vigente. Pero tal contrato puede ya haber comenzado a cumplirse y, en consecuencia, subsistir obligaciones, ya sea total o parcialmente por satisfacer. Esto nos lleva a sostener que el mutuo disenso tiene efecto sobre las obligaciones que están vigentes[11].

Desde otro aspecto, "el presupuesto de orden práctico que sirve de base al mutuo disenso, dice MESSINEO, es la recíproca conveniencia de las partes, debida a razones sobrevinientes de no dar curso ulterior al contrato; sin tal presupuesto sería inexplicable que un contrato, que es de suponer formado libremente, sea luego resuelto. O bien, si se debiese pensar en la conveniencia de una sola de las tres partes y, por consiguiente, en una voluntad unilateral de resolución recobraría vigor el principio ya recordado de la irresolubilidad del contrato.

"Jurídicamente el mutuo disenso es, en una sustancia, un caso de retracción bilateral del contrato que se realiza mediante un nuevo contrato (solutorio o liberatorio) de contenido igual y contrario del contrato originario y celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse; por lo que debe revestir igual forma"[12].

11. ALESSANDRI RODRIGUEZ, comentario. Teoria de las obligaciones, pág 329.
12. Ob cit, t.II, pág 334.

Es importante recalcar que, respecto a la naturaleza jurí dica del mutuo disenso, está corresponde al desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; pe ro es conveniente situar o ubicar, dentro de un marco jurídico esta figura. El doctor BOFI BOGERO dice al respecto: "Por lo pronto, el distracto es una subespecie del hecho jurídico. Siendo éste todo acontecimiento susceptible de producir consecuencias de derecho, luego de varias divisio nes y subdivisiones se llega a distinguir entre "actos lí citos" y "actos jurídicos"; y, de entre numerosas clasifi caciones que se formulan acerca de estos últimos, se tienen los actos jurídicos unilaterales y multilaterales. Bi en, entre los actos multilaterales se halla el distracto, y su ubicación como una especie de contrato o como una fi gura ajena al mismo depende de la concepción contractual que se haya adoptado previamente. Así, LA FAILLE lo ubica en esta última posición, porque entiende que son contratos los actos jurídicos multilaterales que dan nacimiento a derechos creditorios y no aquellos por conducto de las cuales se logra su extinción. Para otros juristas, en cam bio, el contrato es todo acto jurídico multilateral, por lo que el distracto es una especie dentro del género "con trato" [13].

---

13. En Enciclopedia Jurídica Omeba, t. VIII, pág 1013.

Finalmente, concluyamos que la característica principal del mutuo disenso está en neutralizar, por medio de un nuevo contrato, los efectos de otro precedente.

3.4. DIFERENCIAS ENTRE EL MUTUO DISENSO Y OTRAS FIGURAS[14]

Para mejor entender, precisaremos la diferencia que existe entre la resolución por mutuo acuerdo (resiliación y otras figuras como la remisión, novación, revocación, resolución, rescisión y nulidad).

3.4.1. La resiliación y la remisión

La remisión o condonación[15] es un acto jurídico por medio del cual el acreedor renuncia a exigir el cumplimiento de una deuda, pero conforme al art. 1711 del C.C., es necesario advertir que ésta no tiene valor si no se tiene la capacidad de libre disposición.

Por lo tanto, la remisión se caracteriza por la renuncia a exigir una deuda, aspectoque la diferencia totalmente de la resiliación, puesto que, como lo expresa MESSINEO[16], "no es un caso de renuncia" y por consiguiente, agregamos

14. En capítulo anterior estudiamos este tema en forma más general al caracterizar el término resolución. A lo dicho allí nos remitimos.
15. ARTURO VALENCIA ZEA, ob, cit.t,III pág 543.Se ha dicho también, de manera más elemental que condonar es "perdonar una deuda".
16. Ob, cit. t,II, pág 335.

nosotros,, lo que en la resiliación existe es un acuerdo bilateral por el cual se deja sin efecto un contrato.

3.4.2. La resiliación y la novación objetiva

La novación objetiva es un acto jurídico mediante el cual, y por el acuerdo bilateral, se cambio una obligación por otra al generarse la modificación o cambio del objeto o de la causa de dicha obligación[17].

Por el contrario, en la resiliación, al presentarse el acuerdo bilateral (mutuo disenso), se extinguen obligacio nes preexistentes, pero no se sustituyen por otras con el ánimo de continuar ligadas las partes, como ocurre con la novación objetiva.

3.4.3. Resiliación y revocación

La revocación es un acto jurídico unilateral por el cual se da por terminado un contrato unilateral o bilateral.

La resiliación es un acto jurídico eminentemente bilateral por el cual se extingue un contrato bilateral.

Igualmente hay que tener en cuenta que la revocación tiene un campo de aplicación más amplio; v.gr, se habla de revo-

---

17. Al contrario, la novación subjetiva "se realiza por cambio del acreedor o deudor" VALENCIA ZEA, ob, cit, t.III, pág 535.

cación del mandato (C.C. art.2189, num 3°), la donación (arts.1485 y ss.) testamento (ars.1270 y ss), etc, y en fin, para contratos.unilaterales y bilaterales, a diferencia de la resiliación que, como ya se dijo, sólo encuentra aplicación en los contratos bilaterales.

3.4.4. a. Resiliación, resolución y rescisión.

La resolución es el término genérico que se utiliza para calificar la disolución del contrato en virtud de las cuatro causales enunciadas antes, mientras que la resiliación es un término específico que califica la resolución por mutuo acuerdo de los contratantes.

Se diferencian también en cuanto a sus causas, ya que la resiliación proviene exclusivamente de la voluntad de los contratantes en tanto que la resolución cobija, además de este caso- tres más el incumplimiento voluntario, el involuntario y la excesiva onerosidad sobreviniente.

Acerca de sus efectos, tenemos que la resolución, por regla general, se produce efectos retroactivos, mientras que los efectos de la resiliación están sujetos a la voluntad de las partes, y ellas pueden estipularlos como deseen; teniendo en cuenta, claro está, que para ambos casos, cuando se trata de contratos de tracto sucesiva,los efectos sólo obran para el futuro, en cuyo caso se produ-

ce entonces el fenómeno de la terminación, v. gr, el arrendamiento.

Conviene no olvidar que cuando los contratos terminan por resiliación o distracto contractual, y surgen disputas en cuanto a las restituciones mutuas, ellas se deben establecer por el trámite propio de la resolución, caso este que tal vez es el único en que la resolución puede proponerse como excepción de mérito, a fin de enervar la petición principal de resolución o cumplimiento, quedando por resolver las peticiones accesorias. En los demás casos, como veremos, la resolución deberá proponerse como demanda de reconvención.

Finalmente, a diferencia de las anteriores figuras, la rescisión tiene su causa en una nulidad relativa o, en algunos casos, en la lesión enorme y en otros, por vicios redhibitorios, y produce, por regla general, efectos retroactivos.

b. Diferencias entre resolución y resiliación, según la Corte.

En sentencia del 23 de septiembre de 1966, esta corporación dejó 5 diferencias.

CAPITULO IV

4. PRESUPUESTO DEL INCUMPLIMIENTO GENERAL

4.1. CONCEPTO

Toda obligación procedente de un contrato bilateral impone las partes la necesaria satisfacción de una prestación determinada, igual que en el contrato de compraventa surge el deber jurídico para que el vendedor de entregar la cosa, y para el comprador la obligación de pagar el precio.

En el mismo caso, el vendedor debe cumplir voluntariamente con la obligación de entregar, ya que si se niega a hacerlo el comprador lo puede compelir a que cumpla mediante el proceso abreviado de entrega material por el tradente al adquirente (art. 408, núm 3 del C. de P,C); asimismo, si el comprador es quién se niega a pagar el precio en forma voluntaria, su contratante puede obligarlo al cumplimierto forzado mediante el proceso ejecutivo si la obligación es clara, expresa y exigible, y en caso contra

rio mediante el proceso ordinario de cumplimiento de contrato.

Siguiendo el modelo de la compraventa, el cumplimiento voluntario en las obligaciones de dar recibe el nombre de entregar para el vendedor, y para el comprador el de pagar, que en sentido lato es cualquiera de las formas de extinción de la obligación establecidas en el art.1625 del Código Civil, esto es, mediante remisión, confusión, novación, prescripción, etc. Como puede notarse en un contrato bilateral cada parte es a un mismo tiempo acreedor y deudor: acreedor de la obligación a su cargo. Veamos otro ejemplo del contrato de arrendamiento: el arrendador es acreedor de la obligación de pagar la renta (precio) convenida, que está á cargo del arrendamiento, y, al mismo tiempo, es deudor de las obligaciones establecidas en el art. 1982 del C.C. , que son: entregar al arrendatario la cosa arrendada, mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, y librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.

JUAN M. FARINA dice al respecto: "La obligación[1] impone al deudor la necesidad jurídica de cumplir la prestación

---

1. Las institutas de JUSTINIANO traen una definición de obligación que todavía es aceptada en nuestra época: Obligatio est iuris vinculum quo nécessitate adstringimus alicuis solvendae rei. ALBERTO TAMAYO, Manual de obligaciones, Bogotá, Edit. Derecho y ley 1979, pág 6.

que constituye su objeto, pues la obligación con relación al deudor, es un deber jurídico calificado"[2].

"Sin embargo, puede acontecer que el deudor, por diversas causas, no cumpla la obligación a su cargo. En el derecho este incumplimiento ha dado lugar a que surjan tres instituciones de trascendental importancia, según el incumplimiento resulte o no de un hecho imputable al deudor, o según que el incumplimiento sea todavía o no posible o útil y,en el segundo caso, según el acreedor lo quiera todavía o,por el contrario, pretenda la disolución del contrato"[3].

Por consiguiente, comenzaremos por precisar el caso de que el cumplimiento sea posible aún, para continuar con el incumplimiento no imputable al deudor, que se traduce en la teoría de los riesgos, y finalizar con el análisis del incumplimiento voluntario, que es el objeto de nuestro estudio al traducirse en la figura de la resolución por incumplimiento.

4.2. LA "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS"

Se enuncia al decir que si las obligaciones recíprocas na-

2. J.M.FARINA,"El pacto Comisorio,Enciclopedia J. Omeba,t.vpág 321.
3. PLANIOL y RIPERT, Tratado practico de derecho civil francés,t, VI, trad de Mario Diaz Cruz La Habana (Cuba),J.Buto Editor.1927.pág 581.

cidas del contrato se deben ejecutar simultáneamente,"ningunc de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. (C.C.art.1609).[4]

Esta figura fue perfeccionada y convertida en regla general por los postglosadores que, influídos por el Derecho canónico, se sirvieron de las normas contenidas en el Digesto de los romanos[5].

De su enunciación se concluye que para su aplicación se deben reunir los siguientes presupuestos: que se trate de obligaciones recíprocas que hayan sido generadas por un mismo contrato; que estas obligaciones deban ser ejecutadas, por regla general, simultáneamente; y que uno de los contratantes no haya cumplido la obligación a su cargo.

Analicemos someramente cada uno de estos presupuestos.

4.2.1. Obligaciones recíprocas

Las obligaciones recíprocas nacen de un mismo contrato y dependen de una estrecha y necesaria relación. Por eso,"si

4. A este respecto, deben tenerse en cuenta la int. dada por la C.S. de J. a esta norma en contraposición a la doctrina tradicional. Sent. 15 de sep. de 1973, cuyo ponente fue el doctor ERNESTO ESCALLON VARGAS.
5. COLIN y CAPITANT, ob, citt.III-pág 679;VALENCIA ZEA,Ob.citPág.389 y 390.

las obligaciones no son correlativas, es decir, interdependientes. Es más, la excepción del art. 1609 no se aplica indistintamente a todas las obligaciones nacidas en un mismo contrato bilateral,"sino solamente a las que guardan entre sí una relación de intercambio". Así, en la venta, el vendedor puede retener la cosa hasta que el comprador pague el precio, pues entre las obligaciones de entregar la cosa vendida y la de pagar el precio existe correspondencia, esto es, la idea de intercambio. En el arriendo, la obligación de permitir a otro el uso de la cosa encuentra correlación con la obligación de mantener al arrendatario en un uso tranquilo y adecuado de la cosa no encuentra correspondencia en la obligación de restituír la cosa arrendada; por tal circunstancia, si el arrendatario recibe la cosa en mal estado, no puede negarse a cumplir la obligación de restituír la cosa y sólo tiene derecho a pedir una rebaja del precio"[6].

La Corte Suprema de Justicia ha precisado, además, que las obligaciones recíprocas deben provenir siempre de un contrato: "La exceptio non adimpleti contractus no es pertinente sino cuando la fuente de la obligación es la primera de las enumeradas en el art. 1494 del C.C., el contrato, y no tiene incidencia en tratándose de la culpa contractual, pues la exoneración de la responsabilidad por

6. VALENCIA ZEA, Ob, cit., cit,. t.III, pág. 391

caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño dentro de la cual pueda estar el error de la víctima constituye, según los casos, la defensa, cuando ejercita la acción por esta última clase de culpa"[7].

4.2.2. Cumplimiento simultáneo[8]

La simultaneidad de cumplimiento puede ser el resultado de diversos supuestos: bien porque en el texto del contrato se haya establecido que el cumplimiento sea inmediato, o bien exigible una vez transcurrido un plazo o cumplida una condición, pero en todo caso simultáneo, o, en últimas, porque no habiendo determinado el tiempo ni el orden de cumplimiento, éste debe realizarse en el mismo momento.

En esta la regla general, puesto que la exceptio non adimpleti contractus encuentra también aplicación en el caso en que habiéndose estado sometido el cumplimiento de la obligación de una parte a plazo o condición, el otro contratante, que debió haber satisfecho su prestación inicialmente no lo hizo, o lo hizo de manera diferente a la pactada. Así, una vez transcurrido el plazo o cumplida la condición, si el contratante que ha incumplido reclama su contraprestación, el contratante requerido podrá excepcionar por contrato no cumplido, porque "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejan-

7. Cas del 24 de junio de 1942, "G.J",t.LII,pág 659.
8. VALENCIA ZEA, Ob,cit,t.III, págs.390 y 391

do de cumplir lo pactado mientras que el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". (C.C. art.1609).

4.2.3. Incumplimiento

La excepción la puede proponer uno de los contratantes cuando el otro no ha cumplido o lo ha hecho incompleta o defectuosamente. Asi, por ejemplo, podrá interponer la exceptio non adimpleti contractus el vendedor que debiendo entregar la cosa una vez pagado el precio, es requerido para entregarla sin que dicho pago se haya efectuado. Igualmente, podría interponerla el comprador cuando debiendo pagar el precio una vez entregada la cosa, es compelido para cancelar sin que la cosa le haya sido entregada[9].

"Es inaceptable, considera la Corte Suprema de Justicia , la tesis de que para que puede oponerse eficazmente la excepción de contrato no cumplido se requiera que el excepcionado haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le corresponden. Este principio, así expresado en forma absoluta, es la negación jurídica de la exceptio non adimpleti contractus, reconocida por el art.1609 del C,C,. y con la cual el resultado puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respec-

9. Art. 1929, inc.2°, del C.C.

contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener que la convención se ejecute dando y dando". No es necesario que el uso legítimo de esta excepción, ni tratándose de obligaciónes de sucesión determinada, el previo cumplimiento del excepcionante, puesto que de acuerdo con el principio general, ninguna de las partes está de acuerdo con el principio general,ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido al propio tiempo lo que sele debe. Lo que sucede, según lo enseñaban los tratadistas, es que para excepcionar por contrato no cumplido es preciso proceder con buena fe, porque de otro modo la excepción debe ser rechazada y condenado el reo a cumplir la prestación demandada. "No podrá negarse al cumplimiento aquel que por un acto de que es responsable haya impedido al deudor el cumplimiento de su obligación o que haya justificado con su incumplimiento la negativa de éste a cumplir", dicen PLANIOL y RIPERT, t. VI, núm 454 (...).

"La forma de condena condicional de la sentencia que equivale a decir: el reo no cumpla mientras el actor no cumpla, o cumpla si el otro cumple, no encaja dentro de nuestro sistema jurídico contractual, en el cual la acción de cumplimiento se rechaza por prematura, puesto que si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estándo en mora, su prestación no es exigible.

Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación sin exigibilidad"[10].

Este tercer aspecto presenta una interesante y novedosa excepción, explicada así por el maestro ARTURO VALENCIA ZEA: "En general, la excepción de contrato no cumplido sólo puede ejercerse cuando ambas obligaciones deben cumplirse simultáneamente. En consecuencia, si se ha pactado que uno de los contratantes cumpla inmediatamente mientras el otro lo haga en fecha posterior, el primero debe cumplir sin poder ejercer la excepción. No obstante, la doctrina alemana enseña que si después de celebrar el conttato la situación económica del contratante que debe cumplir posteriormente, empeora en forma tal que ponga en peligro el cumplimiento, puede el contratante que debe ejecutar previamente, retener la prestación hasta que el otro cumpla o asegure competentemente el cumplimiento.

"Esta doctrina encuentra respaldo en el Código Civil,por las siguientes razones: a. Según el art. 1882, párr.final, si después del contrato de venta hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega (de la cosa vendida), aunque

---

10. Cas del 23 de marzo de 1943, "G.J", t. LV, pág 71.

se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago; b. Según el art. 1553, el pago de una obligación puede exigirse antes de expirar el plazo al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia, y al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente su valor. "Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo renovando o mejorando las cauciones". [1]

"Por lo tanto, de la regla general del art 1553 y de la especial para laventa a que se refiere el art 1882, se deduce que la perfecta aplicabilidad en el derecho positivo, de la doctrina alemana reglamentada por el art.321 del Código Civil de 1900, pues se comprende que al autorizar al acreedor para exigir el pago antes de vencerse el plazo cuando la situación económica del deudor ha empeorado (casos de quiebra, de insolvencia, disminución considerable del valor de las cauciones), su obligación se hace exigible; y al ser ambas obligaciones exigibles, nos hallamos ante la hipótesis reglamentada por el art. 1609"[11].

Finalmente conviene observar que la exceptio nom adimpleti contractus es una excepción dilatoria y no perentoria, es decir, que el contratante que la interpone no lo hace

---

11. VALENCIA ZEA, Ob,- cit.t.III. Págs 392 y 393.

con el propósito de sustraerse al cumplimiento de su propia obligación, sino, por el contrario, exigir que su contraparte se allane a cumplir su prestación para así ejecutar la que tienen a su cargo[12].

Se presenta entonces la institución como un derecho de retención que ejerce el excepcionante sobre la prestación por él debida, con el propósito de lograr el cumplimierto de la obligación de su cocontratante. Es por lo que, como lo afirman COLIN y CAPITANT, "toda la serie de casos en que los tribunales conceden al deudor el derecho de retener la cosa que está obligado a entregar, cuando se le pide que la entregue, no son, en realidad, más que aplicaciones de la excepción non adimpleti contractus"[13].

Se diferencia sin entargo del derecho de retención, en donde el deudor resulta obligado a restituír una cosa a un acreedor, en que la excepción por incumplimiento no puede eliminarse prestando caución, como si acontece en el referido derecho de retención[14].

4.3. TEORIA DE LOS RIESGOS

Cuando el incumplimiento no es imputable al deudor "no

12. Cas del 23 de marzo de 1943,"G,J",t.Lv, pág 71.
13. Ob, cit,tIIIpág.681.Doc.nacional.VALENCIA ZEA, ob,citII pág.563
14. PLANICL y RIPERT, Ob cit, t.VI, pág 581.

hay responsabilidad, sino problema de atribución de los riesgos, por lo que se denomina cuestión de los riesgos"[15].

A este respecto nos remitimos a lo dicho en capítulos anteropres; recordando que, por regla general, si el cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes se hace imposible por causa ajena a su voluntad, el otro contratante se libera de su obligación, excepto cuando el contrato tenga por objeto la transmisión de la propiedad de un cuerpo cierto [16]. (C.C.,art.1607)

Es importante tener en cuenta que la resolución que estudiaremos en los capítulos siguientes se refiere al incumplimiento imputable a uno de los contratantes, ya que cuando el incumplimiento no es imputable a una de las partes por imposibilidad absoluta, la resolución del contrato se rige por reglas diferentes[17].

4.4. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

Se presenta cuando el incumplimierto es imputable a culpa del deudor y el acreedor decide, en vez de exigir el cumplimiento forzado, disolver el contrato.

---

15. PLANIOL y RIPERT, Ob, cit, t.VI , pág.581
16. COLIN y CAPITANT, comentario al C.C.. Ob, cit, t. II, pág 680.
17. JOSE MELICH-ORSINI, La resolución del contrato por incumplimiento 2a. edi.Bogotá-Caracas, Edit.Temis, núms 96 y ss, pág 144 y ss.En la doctrina nacional, VALENCIA ZEA, ob, cit.t,III pág 165.

El incumplimiento imputable al deudor es tal vez la más importante causa de resolución de los contratos. Al lado de ella están el mutuo disenso, el incumplimiento no imputable al deudor, y laexcesiva onerosidad sobreviniente de la prestación[18].

4.4.1. Presupuestos de la resolución

A este respecto han sido varias las enumeraciones que han realizado la jurisprudencia[19] y la doctrina nacional y extranjera. Sin embargo, todas desembocan en los tres siguientes requisitos o presupuestos, que estableció la Corte Suprema de Justicia en casación del 27 de enero de 1981, con ponencia del doctor HUMBERTO MURCIA BALLEN, a saber:

a. Existencia de un contrato bilateral válido
b. Incumplimiento del demandado, total o parcial, de las obligaciones que para él generó el pacto, porque en eso consiste la realización de la condición tácita; y
c. Qu el demandante por su parte, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos".

18. Art. 1546 del C.C., art.870 ibídem
19. Cas. del 5 de nov de 1979. ponencia del doctor ALBERTO OSPINA B. No publicada aún en la Gaceta Judicial.
20. MELICH-ORSINI, comentario. Ob, cit, núms 72 y ss, págs 111 y ss.

El Tribunal Superior de Bogotá, siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso ordinario de A.H.G. contra la sociedad AGRITECNICA S.A, enumeró los siguientes elementos axiológicos:

a. Demostración del negocio jurídico bilateral, del cual se pretende la resolución, como convenio válido entre las partes;

b. Demostración del cumplimiento de las prestaciones que correspondían al demandante;

c. Allegar también la prueba del incumplimiento del demandado (por culpa o dolo del mismo, siendo de advertir que la primera en general se presume y el segundo ha de demostrarse);

d. Si se demandan perjuicios, éstos han de demostrarse, excepto cuando se trata de sumas de dinero y de cláusulas penal (arts.1617 y 1592 del Código Civil). Por lo demás, la jurisprudencia tiene establecido que, tanto para la acción alterantiva que es la del art. 1546, ibídem, como para la especial del art. 1930, relativo únicamente a la compraventa, ha de estar en mora el demandado para que sea de re

cibo esta suerte de acciones"[21].

La doctrina nacional, cuyo más notable exponente es el maestro ARTURO VALENCIA ZEA, ha dicho que "Los requisitos de la resolución " son:

a. Que se trate de un contrato bilateral.

b. Que en el contrato bilateral se haya "señalado un plazo fijo de ejecución de obligaciónes y alguno de los contratantes haya dejado transcurrir ese plazo sin cumplirlas, es decir, que "se requiere que solamente uno de los contratantes esté en mora mientras que el otro haya cumplido sus obligaciones o esté dispuesto a ejecutarlas.

c. Que el incumplimiento de obligaciones sea "imputable a culpa de uno de los contratantes". Y agrega que, "naturalmente es cuando se trata de un caso de imposiblidad absoluta (fuerza mayor), también se resuelve el contrato;pero esta resolución se rige por reglas diferentes."[22]

21. Transcripción es casación del 21 de agosto de 1978, cuyo ponente fue el doctor RICARDO URIBE HOLGUIN, no publicada aún en la Gaceta judicial.
22. VALENCIA ZEA, Ob, cit, t. III, págs 163 a 165.