

RESOLUCION Y RESCISION DE LOS CONTRATOS CIVILES

MAGALY MEJIA MENDOZA

JESUS MARIA RUIZ RUIZ

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

DR #0128



RESOLUCION Y RESCISION DE LOS CONTRATOS CIVILES

MAGALY MEJIA MENDOZA

JESUS MARIA RUIZ RUIZ

**Trabajo presentado como requisito
parcial para optar al título de
Abogado.**

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

Barranquilla, 1993

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ

Decano facultad de derecho

Universidad Simón Bolívar.

Apreciado Doctor Llanos:

Por medio del presente escrito me permito rendir concepto favorable a el trabajo de tesis realizado por los egresados: **MAGALY MEJIA MENDOZA** y **JESUS MARIA RUIZ RUIZ** y dedenominado: **"RESOLUCION Y RESCISION DE LOS CONTRATOS CIVILES"** por reunir los requisitos establecidos por los estatutos de nuestra universidad de manera concreta por la facultad de derecho.

Agradeciéndole de antemano la designación para tan interesante tema, me suscribo de usted.

Cordialmente,

Director de Tesis.

Jurado

Jurado

Presidente del Jurado

Nota de Aceptación

DEDICATORIA

El autor dedica su tesis:

A mi madre, AURA MEJIA, que con su apoyo colaboró para alcanzar esta meta.

A mis hermanos en especial a SAUL DAZA, que Dios lo tenga en la gloria, que colaboraron en esta ardua carrera.

A mis amigos, que de una u otra forma me ayudaron.

A mis amigas DELLIS y MAGALY, que me colaboraron para sacar adelante la meta que me había trasado.

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron para sacar adelante el anhelo de toda persona de bien.

MAGALY MEJIA MENDOZA.

DEDICATORIA

A padres, hermanos, esposa e hijos os brindo éste triunfo a cada uno de ustedes por haber puesto sobre mi, todo un esfuerzo que hoy se ve reflejado en la culminación de una etapa más en mi vida.

Os no he defraudado.

Seré una continuación de vuestra generación. Con cariño.

JESUS MARIA RUIZ RUIZ

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

Al cuerpo de profesores de la universidad Simón Bolívar, que con sus enseñanzas permitieron el desarrollo de nuestros estudios.

Al Doctor Llanos que con su apoyo y dirección se hizo posible esta investigación.

A todas aquellas personas que de una u otra forma han colaborado en el desarrollo de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION

1.	CONTENIDO CONCEPTUAL AL TÉRMINO "RESOLUCION"	1
1.1	ANOTACION PRELIMINAR	1
1.2	LA RESOLUCION	3
1.3	LA RESILIACION	8
1.4	LA TERMINACION	11
1.5	LA RESCISION	13
1.6	LA NULIDAD	15
1.7	CONCLUSION	16
1.8	LA FIGURAS EN EL CODIGO CIVIL	17
2.	ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRETENSION	19
	RESOLUTORIA	
2.1	ANOTACION PREVIA	19
2.1.1	DERECHO ROMANO	20
2.1.2	DERECHO FEUDAL	26
2.1.3	DERECHO CANONICO	27
2.1.4	DERECHO FRANCES	29
2.1.5	DERECHO COLOMBIANO	33
2.2	MUTUO CONSENTIMIENTO	35
2.3	INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR	37

2.4	EXCESIVA ONEROSIDAD PRINCIPIO DE LA IMPREVISION	37
2.5	INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR TEORIA DE LOS RIESGOS	40
3.	FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA PRETENSION RESOLUTORIA	43
3.1	RESOLUCION POR MUTUO CONSENTIMIENTO	43
3.2	RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR	44
3.2.1	TEORIA DE LA CAUSA	45
3.2.2	TEORIA DE LA EQUIDAD	48
3.2.3	TEORIA D E LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA	50
3.2.4	TEORIA DE LA SANCION	53
3.3	RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR	55
3.4	RESOLUCION POR EXCESIVA ONEROSIDAD	57
3.4.1	TEORIA DE LA BUENA FE	
3.4.2	TEORIA DE LA ANORMALIDAD DEL ALEA	58
4.	TEORIA DEL MUTUO DISENSO	61
4.1	CONCEPTO	61
4.2	NOCION	62

1. CONTENIDO CONCEPTUAL DEL TERMINO

"RESOLUCION"

1.1 ANOTACION PRELIMINAR

Es corriente encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia nacional y extranjera, un sinúmero de términos como los de nulidad, resolución, resiliación, terminación, rescisión, etc., referidos a los fenómenos o instituciones jurídicas. Resulta difícil, por lo general, establecer de manera clara y precisa cuál es el contenido conceptual de cada uno de ellos, en que circunstancias contractuales deben predicarse y, en últimas, cuál es su verdadero significado. Es un interrogante al que se han dado muchísimas respuestas, pues cada legislación les señala un campo de aplicación determinada. Lo mismo hace la doctrina. Todo se debe al diferente punto de vista en el cual se ha pretendido solucionar el problema, algunos han tomado como punto de partida los efectos que cada una produce, si son las causas que originan cada una de estas figuras para asignarles, posteriormente, el efecto que corresponde,

de acuerdo con la clase de contrato a la que debe aplicarse y al estado actual de ejecución en que éste se encuentra (1).

A pesar de partir de este segundo planteamiento, sigue resultando dificultoso despejar todas las dudas que se han presentado al respecto, en razón de las constantes oscilaciones que ha tenido la doctrina y, en algunos casos, la jurisprudencia nacional en su aplicación. Pero, en verdad, el mayor obstáculo que surge para responder acertadamente, lo encontramos en el propio código civil, en donde los mencionados términos fueron utilizados de manera indiferente y, muchas veces, inadecuada.

Trataremos entonces de bosquejar, de la manera más clara, y partiendo de las causas que originan cada uno de estos efectos (teniendo en cuenta el estado de ejecución del contrato), el campo de acción que posee cada uno de ellos.

(1) Mejor podríamos afirmar que los términos que estudiamos son realmente los efectos que se producen por la presencia de diferentes causas. Así por ej. si la voluntad de una de las partes que concurren a la formación de un contrato está afectada de un vicio de consentimiento, hay una causa de nulidad relativa que trae como efecto la rescisión del contrato.

1.2 LA RESOLUCION

La resolución, del latín *solvere* o *resolvere*, soltar, desligar, desatar, como se ha indicado en repetidas ocasiones, es el efecto que se produce en presencia de las

cuatro causales siguientes:

- El mutuo acuerdo de las partes, dirigido a destruir el contrato (2).
- El incumplimiento voluntario.
- El incumplimiento involuntario, y
- La excesiva onerosidad de la prestación a cargo de uno de los contratantes.

Es este el contenido conceptual que le ha dado la doctrina Italiana y, en especial, el tratadista FRANCESCO MESSINO, quien confirma: " varias son las razones por la que un contrato puede resolverse, es decir, disolverse. O interviene la voluntad concordante de las partes o bien se tiene un incumplimiento

(2) Equivalente a las expresiones *distracto*, *contrarius consensus* o *mutuus dissensus*, utilizadas comúnmente por la doctrina.

voluntario o involuntario (por imposibilidad sobreviniente de la prestación), o finalmente, existe una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva onerosidad".

Esta opinión la comparte la doctrina nacional, pues el maestro VALENCIA ZEA escribe al respecto: "Un contrato puede resolverse, es decir, deshacerse y suponerse que no existió, en los siguientes casos:

- a) Cuando los mismos contratantes renuncian al contrato, caso en el cual tenemos la resolución convencional.
- b) Cuando la ley acuerda la resolución del contrato por causas posteriores a su formación. Es la resolución legal del contrato"(3).

Sin embargo, se debe precisar que la jurisprudencia nacional y algunos autores han adoptado una posición diferente. En efecto la corte suprema de justicia ha dicho: "La resolución es el efecto que produce el evento de la condición resolutoria (...).

(3) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil tomo III parte general y personas, 8a. Ed. temis, 1979 p. 158.

(4) Cas. del 9 de mayo de 1938, tomo XLVL, p. 484. magistrado ponente : doctor GOMEZ NARANJO, A. En igual sentido cas. del 25 de septiembre de 1958. Magistrado ponente: doctor . C. FOSADA, Arturo.

Hay una causal legal de disolución de los contratos (...), opera retroactivamente" (4).

En apoyo de esta doctrina jurisprudencial se citó al profesor ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ, que en su obra "Teoría de las obligaciones" expresó: "La resolución es la destrucción de un contrato por el evento de una condición resolutoria; no es otra cosa que el efecto que produce una condición resolutoria cumplida; la resolución es entonces un vocablo que comprende toda la destrucción de un contrato por el evento de una condición resolutoria cumplida; un contrato se resuelve cuando ha sido válidamente celebrado; pero se verifica el hecho constitutivo de una condición resolutoria; en una acepción más restringida (...), la resolución no es otra cosa que la destrucción de un contrato por incumplimiento de las obligaciones contraídas; en un sentido amplio, general, es la resolución la destrucción de un contrato por el evento de una condición resolutoria, cualquiera que ella sea; en su aceptación restringida, podemos decir, en otros términos, que es el efecto producido por el incumplimiento de la condición resolutoria tácita (...)" (5).

(5) ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho civil, teoría de las obligaciones, imprenta el esfuerzo, 1976, pág. 21.

Como puede observarse se excluyen entonces del concepto de la resolución las causales del mutuo disenso y de excesiva onerosidad sobreviniente. El primero para ubicarlo en el concepto de resiliación (o resciliación, como escriben algunos), y en el segundo porque no es consagrada legalmente como causal autónoma de resolución sino apenas, como lo veremos, de manera jurisprudencial en nuestro país y en la mayoría, es decir todos los países latinoamericanos.

Veamos por qué no se debe excluirse el mutuo disenso del concepto de resolución. La resolución significa destruir o disolver el contrato con posterioridad a su formación; ahora bien, esa destrucción, si bien es cierto que puede producirse como el efecto del simple mutuo disenso de las partes contratantes, efectuado con posterioridad al momento de celebración del contrato y antes que se agoten en su totalidad las obligaciones nacidas de él. La razón es obvia: Cuando se excluyen como parte integrantes del contrato una condición resolutoria expresan, en el momento de celebración del contrato, su intención de resolverlo al cumplirse la condición. Hay entonces

resolución del contrato por mutuo disenso, pero sujeta al eventual cumplimiento de una condición. Siendo esto así no hay razón para calificar de diferente forma el mutuo disenso que se presenta al momento de celebración del contrato, el mutuo disenso que se presenta con posterioridad a él, habida cuenta de que su única diferencia radica en el hecho de que el primero está sujeto al cumplimiento de una condición prevista en el contrato y en el segundo no, siendo sus efectos de todos modos y por regla general, idénticos: la resolución del contrato.

Quedan entonces establecida en forma precisa cuatro causas que originan la resolución del contrato. Veamos ahora como se manifiestan los efectos de la resolución.

Tratándose de contratos de ejecución instantánea, la resolución surtirá efectos para el futuro y para el pasado (extunc) es decir, retroactivamente, haciendo volver las cosas a su estado anterior, como si el contrato nunca hubiese existido. Así por ejemplo, en un contrato de compraventa, la resolución se puede presentar por el pago del precio en el plazo convenido, caso en el cual el comprador deberá sustituir la cosa adquirida y el vendedor la parte del precio que hubiese recibido como consecuencia del contrato (artículo 1930

del código civil).

Sin embargo, hay negocios jurídicos inmunes a ser destruidos retroactivamente. Tal es el caso de los contratos de ejecución sucesiva como el arrendamiento, el de suministro de energía, donde la resolución sólo obrará para el futuro(extunc), tomado entonces el nombre de terminación conforme lo veremos más adelante.

Además, cabe advertir que en los casos en que las partes hayan cumplido totalmente sus obligaciones no puede hablarse de resolución, como lo analizaremos en su lugar.

No sobra agregar que la resolución originada en una condición resolutoria tácita o en excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación a cargo de uno de los contratantes, requiere de aclaración judicial, mientras que la resolución proveniente del cumplimiento de una condición resolutoria expresa o del mutuo disenso obra de pleno derecho.

1.3 LA RESILIACION

La resiliación es la resolución producida por mutuo disenso de las partes.

Es este un tema que desarrollaremos más adelante, pero conviene adelantar que el mutuo disentimiento de que se habla aquí, es el que se presenta en un momento posterior al de formación del contrato, por cuanto si la intención de disolver se presenta en el momento mismo de su celebración mediante la inclusión de una cláusula resolutoria expresa, al cumplirse ésta estaremos en presencia de la figura general de la resolución, por que, como lo anotamos atrás, el cumplimiento de condiciones resolutorias origina siempre e indefectiblemente la resolución del contrato (o su terminación en contratos de tracto sucesivo).

La discusión doctrinal y jurisprudencial a este respecto se detiene principalmente en la equiparación que se hace entre los conceptos de terminación y resiliación.

La corte suprema de justicia ha dicho que la resiliación "puede definirse (...) como el acto por el cual las partes deshacen un contrato celebrado por ellas o como la destrucción de un contrato por el mutuo consentimiento de las partes (...) no es producida por una causal legal, sino por la voluntad de las partes (...), suponen su validez, y si se le deja sin efecto.

es porque así lo han querido las partes, sin que el contrato esté afectado por ninguna condición resolutoria ni por ningún vicio de nulidad (...), no opera nunca en el efecto retroactivo " (7).

ARTUTO ALESSANDRI RODRIGUEZ comparte el criterio de que la resiliación por mutuo consentimiento, y al respecto anota: "La palabra resolución suele emplearse en el lenguaje corriente y vulgar, para la denominar aquel acto jurídico en virtud del cual los contratantes deshacen voluntariamente el contrato que han celebrado; así es frecuente ver en las escrituras respectivas, la palabra resolución; hay en ello una impropiedad de lenguaje; cuando dos o más personas que han celebrado un contrato, lo dejan sin efecto de común acuerdo, en virtud de que aquel principio de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen, no cabe hablar de resolución, porque ésta es el efecto que se produce por cumplimiento de una condición resolutoria. Cuando dos o más personas dejan sin efecto el contrato que han celebrado hay una destrucción del contrato por mutuo disenso, o como se llama en derecho, hay una resiliación".

(7) Cas. del 9 de mayo de 1983, tomo XLVL, pág. 484
Magistrado ponente : Doctor PEDRO A. GOMEZ NARANJO.

En cuanto a los efectos que produce la resiliación, debemos apartarnos de los que consideran que sólo genera efectos para el futuro, puesto que siendo la resiliación una solución convencional, los contratantes la pueden acordar en la forma que estimen conveniente (8), teniendo en cuenta claro esta, que en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada su animo de destruir el contrato, no podrá ser otra cosa que limitarse a terminarlo por la imposibilidad táctica y jurídica que se presenta, aun en este caso, para destruir los efectos producidos de manera retroactiva.

1.4 LA TERMINACIÓN

La terminación es la resolución sin efecto retroactivo. En otras palabras, se presenta cuando en un contrato de ejecución sucesiva las partes de común acuerdo deciden finiquitarlo, o por incumplimiento voluntario o involuntario o, finalmente, por excesiva onerosidad sobreviniente, una de las partes instaura la acción correspondiente para lograr su terminación.

Son estas las causas de terminación del contrato, y sus efectos, repetimos, se presenta sólo para el futuro (Ex nunc), en razón de que por la naturaleza de los contratos a los cuales se le aplica esta figura

(contratos de ejecución sucesiva), habiéndose iniciado la ejecución de las respectivas obligaciones, no es posible destruirlos de manera retroactiva (ex tunc) "en algunos casos por ser ello contrario a la misma economía, y en otros por ser imposible" (6).

Decimos que la terminación se presenta habiéndose iniciado la ejecución de las respectivas obligaciones (y como es obvio, no habiéndose ejecutado éstas en su totalidad), puesto que si no se ha dado iniciación a la ejecución del contrato, puede perfectamente hablarse de resolución. Así por ejemplo "El contrato de arrendamiento como lo afirma VALENCIA ZEA puede ser objeto de resolución o de terminación o resiliación. Lo primero, si celebrado un contrato el arrendador aun no ha hecho entrega de la cosa arrendada al arrendatario (código civil artículos 1983 y 1984); lo segundo, si el contrato ha comenzado a ejecutarse; es decir si el arrendatario ha disfrutado de la cosa arrendada. No es posible destruir retroactivamente el disfrute que ha obtenido el arrendatario en caso que deje de cumplir sus obligaciones. En esta hipótesis el código habla de expiración o terminación del arriendo, esto es, se destruye el contrato pero no los efectos producidos en el pasado (código civil artículo 2008)".

(6) VALENCIA ZEA, Arturo, ob.cit; t. III, núm. 45, p.170.

1.5 LA RESCISION

La rescisión, del latín rescindere, y de re y scindere, rasgan, se feriere al contrato que contiene un vicio, ya porque adolece de nulidad relativa, esto es, cuando los requisitos que faltan al acto los exige la ley en consideración a las personas que las celebran. La lesión enorme, aun cuando no es causal de nulidad relativa, origina también la rescisión del contrato por expresa estipulación legal (código civil articulado 1946). Lo mismo que la denominada pretensión redhibitoria (artículo 1914).

En otras palabras: la rescisión del contrato es producida, o por nulidad relativa, por lesión enorme o por vicios redhibitorios. Estas son sus causas; veamos ahora cuales son sus efectos.

Con respecto a la nulidad relativa se aplicara el artículo 1746 del código civil que dispone "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo". Teniendo en cuenta, claro está, que se trata de contratos cuyos efectos no sea posible destruir retroactivamente, deberá decretarse

simplemente su finalización.

En cuanto a la lesión enorme, los efectos serán diferentes según el contrato de que se trate; así por ejemplo, originará las restituciones mutuas en casos como la compra venta y la permuta (código civil artículos 1946 y 1958) o la reducción del interés, en casos como el mutuo (código civil artículo 2231).

Conforme al artículo 1917 del código civil los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta, o a la rebaja del precio. Según mejor le pareciere, si opta por la primera, vale decir por la rescisión, los efectos siempre serán ex tunc o sea hacia el pasado.

la doctrina argentina le da un significado diferente a este término: para ellos, la rescisión puede provenir de dos causas " el mutuo disenso y la lesión enorme. En cuanto al primer caso, explica FARINA " Para que proceda la rescisión del contrato la ley exige, en principio, el consentimiento de las partes: las partes del consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubieren transferido (artículo 1200, la parte del código civil)"; y más adelante con relación a la segunda

causal, puede leerse: "La lesión es causa de de rescisión."

1.6 LA NULIDAD

La nulidad... propiamente tal, esto es, la nulidad absoluta procede en aquellos casos en que falta alguna de los requisitos esenciales de un acto jurídico; la rescisión, o sea la acción de nulidad relativa, tiene por objeto dejar sin efecto un acto o contrato, que reuniendo todos los requisitos esenciales, presenta algunos de ellos viciado. Entonces, la acción de nulidad es la acción destinada a obtener la nulidad absoluta, y la acción rescisoria es la destinada a obtener la nulidad relativa.

En síntesis, tenemos que el término nulidad se predica especialmente del efecto que produce la declaración judicial de una nulidad de carácter absoluto; en cambio, respecto de la nulidad relativa, el término ha de utilizarse para calificar los efectos que ésta produce al ser declarada, por el juez, es el de rescisión.

pero, sea absoluta o relativa, la nulidad se diferencia profundamente de las otras figuras estudiadas que, en términos generales, se comprende dentro del término

resolución, a saber:

- a) LA NULIDAD (y la lesión enorme) se originan siempre en el momento de celebración del contrato; mientras que en la resolución, por regla general, los hechos que la originan se produce con posterioridad a la formación del acto o contrato.
- b) La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores sin perjuicio de excepciones legales (código civil artículo 1748), mientras que la resolución no da acción de reivindicación contra terceros poseedores de la buena fe.
- c) En caso de nulidad, las restituciones mutuas a que son obligados los contratantes son completas, y comprenden la cosa y los frutos (ibiden, artículo 1546, inciso 2o.), mientras que en el caso de la resolución, debe restituirse la cosa pero no los frutos, a menos que la ley o los contratantes hayan dispuesto otra cosa.

1.7 CONCLUSION

La resolución es el término genérico que se utiliza para

la disolución de un contrato por causa posteriores a su formación; mientras que la resolución generada por mutuo disenso de las partes toma el nombre de rescisión y siempre que la resolución se refiera a un contrato de ejecución continuada, toma el nombre de terminación, por la imposibilidad de destruir retroactivamente los efectos que el contrato ha producido.

La rescisión es el efecto producido por la nulidad relativa, vicios redhibitorios y lesión enorme, reservándose el término genérico de nulidad para los actos nulos de nulidad absoluta, en virtud de que cuando se pida ante el juez la declaratoria de nulidad relativa y pretensión prospera, se declara una nulidad absoluta, esta no tomará otro nombre que el de simple nulidad.

1.8 LAS FIGURAS EN EL CODIGO CIVIL

Como le explicamos anteriormente, y teniendo en cuenta las precisiones del contrato conceptual de cada uno de los términos estudiados, podemos ahora evidenciar, a manera de ejemplo, algunas de las impresiones que al respecto presenta el código civil.

En los artículos 1483 y 1484 se empleó el término

rescisión (aplicable a la nulidad relativa y a la lesión enorme), para calificar el derecho facultativo que tiene el donante, además del cumplimiento forzado, cuando el donatario está en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, con el fin de lograr la disolución del contrato. Conforme puede observarse, por tratarse de incumplimiento del donatario, el término adecuado sería el de resolución.

Los artículos 1909, inciso 4o., 1910 y 1911, emplea el término rescisión para referirse al supuesto caso de que la cosa entregada por el vendedor resulte evicta. Como es apenas obvio, al igual que en el caso anterior, estamos en presencia de un incumplimiento que faculta al comprador, en la mayoría de los casos, para pedir no la rescisión, sino la resolución del contrato.

Iguales comentarios pueden hacerse en el artículo 2994 y mucho más del código civil.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRÉTENSION RESOLUTORIA

2.1 ANOTACION PREVIA

El efecto natural del contrato en su cumplimiento por parte de los comprometidos en el negocio vilateral. 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 el 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, figuras jurídicas 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 incumplirse 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 en un periodo más 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 *flagenti fides fides frangitur 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.

2.1.1 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 hayan 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

(1) PETIT, Eugène, Tratado de derecho romano, México, editora nacional, 1980 pág.318, núm.269.

"... un pueblo de costumbres sencillas y rudas (...) en donde los procedimientos empleados para ligar a dos partes que quisieran obligarse una con respecto de la otra debían ser poco numerosos y llenos de formalismos que caracteriza a las legislaciones más antiguas.... (1). Por eso una de las primeras formas de los contratos en Roma tomó el nombre de nexum en donde se realizaban 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 infecto -esclavo del acreedor-, especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del magistrado.... " (2) contrato que originó la clase social denominada de los nexi.

La resolución no alcanza 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 constituido el derecho romano la aplicación más completa e importante de las

(2) PETIT, Ob.Cit; Núm.270 Pág. 319.

ideas que han hecho admitir en nuestro derecho moderno los contratos por inejecución" (3).

Otra razón importante por la cual no se desarrolló una verdadera pretensión de resolución en el derecho romano es la MELICH-ORDINI enuncia así: "En el primer momento, como lo imponía 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 abstrato concepto de una obligación respecto de la cual, la entrega de la cosa o el pago del precio constituyeran propiamente actos de cumplimiento".

Al evolucionar las formas contractuales se llegó al momento en que, respecto de contrato de compra venta, el acreedor cumplido no tenía otro derecho que el de exigir el cumplimiento del contrato. "Sin embargo - expresan PANIOL y RIPERT-, si bien el derecho romano admitió la resolución por incumplimiento en el caso de 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

(3) En ORSINI, Melich, La resolución del contrato por incumplimiento, cit, núm. 29. Pág. 55, nota 3.

la práctica se suplió esa deficiencia por medio de una cláusula expresa, usual sólo en cuanto al vendedor, por la que estipulaba la resolución por parte de pago del precio en el tiempo convenido (*lex commissoria*). En los contratos innominados la parte que cumplía su obligación sin recibir la contraprestación disponía de una acción restitutoria (*condictio causa data causa nonsecuta*). Pero 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". En consecuencia, esta *lex commissoria* daba el derecho a pedir la resolución en caso de no pago; a esta cláusula especial se le dio el nombre de *pactum legis commissoriae*, y modernamente se le conoce con el nombre de pacto comisorio(4).

En general, la *lex commissoria* obraba de plena derecho cuando se hubiera estimado en la convención, y, en caso de falta de pago de precio, cuando el vendedor hubiere optado por dicha vía. Luego la *lex commissoria* era en favor del vendedor, quien se reservaba el derecho de

(4) MEDELLIN, Carlos J. Lecciones elementales de derecho romano, 2a. ed., Bogotá, Edit. Temis, 1966, pág. 277.

mantener el contrato exigiendo su pago; pero si optaba por el cumplimiento, 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 de la *lex commissoria* generaba en caso de obrar la condición que resolvía la venta, estaban(5).

a) Entre las partes: si el contrato no se había ejecutado por ninguna de las partes, no presentaba inconveniente alguno y éste se extinguía automáticamente, desapareciendo 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 con la transferencia el adquiriente 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

(5) véase al respecto PETIT, Eugene, Ob cit., núm. 370 a 373, Pág. 398 y s.s.

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 favorable respecto de éstos y, en consecuencia, defavorables 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 perjuicio 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 reivindicatio, como efecto de la sentencia que ordenaba la resolución de la venta.

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 establezcan en que medidas la inejecución de las obligaciones a cargo de unos de los contratantes

pueda permitir al otro desligarse de las suyas".

2.1.2 DERECHO FEUDAL

Como característica especial encontramos la institución de la *commisse*, que según algunos tratadistas, se identifica con la institución moderna de la resolución.

Al contrato de feudos jamás se le dio el carácter de bilateral, por cuanto las prestaciones que adquiría el vassallo respecto del señor, no eran correlativas o reciprocas 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 este su papel de verdadero dueño. Luego la institución de la *commisse* 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 (...). Es así como, al

final del siglo XII y a comienzo del siglo XIII la commisse aparece ya como una institución puramente contractual muy vecina a la resolución, cuyos principios formulaban entonces los canonistas".

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

2.1.3. DERECHO CANONICO

El derecho canónico durante 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).

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

disposiciones generales sobre la resolución, la legislación de la iglesia no se 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, no era para ella otra cosa que la proyección de un principio general que las comprendía todas".

Los canonistas hicieron bastante uso del adagio *flagenti fidei fides frangatur eidem*, según el cual, la inejecución de la obligación por su deudor es castigada por una simétrica inejecución autorizada al acreedor. Es así como los principios de la moral cristiana, de preponderante influencia en el derecho canónico, lleva 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 correspondió al derecho canónico perfeccionar la acción resolutoria e institucionalizarla con más vastos alcances, pues, por su parte, la consideró implícita en todo contrato sinalagmático y, por la otra,

estaba destinada a sancionar las falta al cumplimiento de la obligación jurada y tuvo plena aplicación en la regla siguiente:

" En vano no se pide que cumpla su palabra a aquél a cuyos respecto no cumple la fe jurada".

"El criterio moral de los canonistas le imprimieron a la acción resolutoria, los llevó a sentar el principio de que la actuación la podía ser valer el contratante cumplido contra el que faltó a la palabra empeñada" (6).

2.1.4 DERECHO FRANCES.

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 una idea de que en los contratos, ya sean nominados o innominados, debe dársele el justo derecho a la parte que cumple sus obligaciones de resolver el contrato cuando la otra incumple. Dicha condición debería entenderse como tácita en todos los contratos sinalagmáticos.

(6) MELICH-ORSINT, Op. cit., núm. 41, pág. 77.

Por ello, codificando el aporte de otros tratadistas POTHIER logra reunir los elementos necesarios para una teoría general de la pretensión de resolución que más tarde vendría a incorporarse en el artículo 1184 del código civil francés (siglo XVIII). Así enuncia en su tratado de obligaciones que en los contratos sinalagmáticos, a propósito de las condiciones resolutorias, se pone a menudo como la condición resolutoria de la obligación que contrae uno de los contratantes, la inejecución de uno de los compromisos del otro.

Posteriormente, dicho principio fue sintetizado por los legisladores franceses de 1804, al disponer en el artículo 1184 del código civil: " La condición resolutoria se sobrentiende 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 esta 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 demandado un plazo según las circunstancias".

Al respecto del artículo 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 su compromiso. Sin embargo, la otra tiene el derecho de exigir la ejecución del contrato, si es posible, o de demandar la resolución con los daños y perjuicios. En este último caso deberá intentar una acción y el juez podrá, según las circunstancias, 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 las convenciones tienen fuerza de ley entre las partes. Aquí la resolución del contrato es demandada por la misma persona que podría exigir la ejecución. El lapso que se 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 1143 del código civil francés), que establece que la convención debe ser ley para las partes contratantes; pero coexistiendo el artículo 34 y el artículo 84 (hoy 1184 del código civil 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 le dá al juez un preciso derecho, pues a través del mismo se atiende a aquel a quien en circunstancias

desgraciadas han impedido cumplir en la fecha establecida los compromisos que ha asumido".

En consecuencia, el artículo 1184 del código civil francés es la culminación de un proceso de evolución constante de las relaciones jurídicas que se desenvuelven en una sociedad. Así, pues, hemos visto que el derecho canónico tomó el sistema romano algunos preceptos, hasta llegar al derecho francés que en forma codificadora de las anteriores legislaciones instituyó la pretensión de resolución; es decir, el derecho que tiene el contratante diligente frente al que incumple de pedir a su arbitrio, el cumplimiento o la resolución judicial.

El criterio francés del artículo 1184 ha sido acogido por numerosas legislaciones en el mundo, en el código civil. Entre ellos se cuenta en el viejo continente o países como España (artículo 1124), Grecia (artículo 382), Italia (artículo 1453), Polonia (artículo 494), y en nuestro continente Bolivia (artículo 784), Brasil (artículo 1092), Chile (artículo 1489), Ecuador (artículo 1429), México (artículo 1449), Uruguay (artículo 1405), Venezuela (artículo 1167) y por el artículo 1546 nuestro código civil.

2.1.5 DERECHO COLOMBIANO

Al hacer un somero estudio de la historia de nuestro código civil y específicamente sobre la resolución, es necesario efectuar la tradicional división de las legislaciones que se dieron antes y después de él, sancionado el 26 de Mayo de 1973, y que, en definitiva, entró a regir en 1987 por medio de la ley 57.

Desde la conquista española y durante aproximadamente tres siglos, se paseó por diversas legislaciones de Indias, teniéndose como fuente supletoria el derecho castellano. Luego se presentó la directa influencia de la legislación Ibérica, sobresaliendo las leyes de las siete partidas y la nueva recopilación, principales fuentes de aplicación en nuestro país (7).

Como nota importante con respecto al tema objeto de estudio, es preciso recalcar que el antiguo derecho español, y particularmente las siete partidas, estableció que la condición resolutoria debía considerarse implícita en las convenciones cuando algunos de los contratantes no cumpliera lo pactado (partida quinta). Es esta la única referencia que se

(7) VALENCIA ZEA, Ob. cit., tomo I, págs. 32 y s.s.

tiene respecto de la resolución de los contratos, que dá base para afirmar que esta figura fue prácticamente desconocida en el derecho español antiguo. Es posteriormente, y por influencia directa del código Napoleónico, cuando empieza a tomar fuerza en la legislación española que tuvo especial vigencia en nuestro territorio hasta el año de 1825.

Después de pasar por un período de transformación en todos los órdenes, llegamos a la constitución de estados federados de 1858 (compuesta por Cundinamarca, Antioquia, Bolívar, Boyacá, Panamá, Cauca, Magdalena y Santander). En desarrollo del principio de la autonomía, que se dió a cada estado federado, el estado de Santander adoptó en 1858, con sus lógicas modificaciones, el código civil de don Andrés Bello: código que regía desde 1855 en nuestro hermano país de Chile, donde Bello desempeñó una honrosa y desinteresada tarea.

Posteriormente, el gobierno del presidente Murillo Toro, se expide el código civil de la unión, el 26 de mayo de 1873, como único para todos los estados federados; dicho código (el de Don Andrés Bello), regía ya para el estado de Santander.

Concretándonos ahora al tema objeto de nuestro estudio, digamos que dentro de la diversidad de fuentes que tuvo Bello para la elaboración del código civil, figura, particularmente en materia contractual y de las obligaciones, la corriente francesa, mediante uno de sus principales exponentes como fue POTHIER, y del código Napoleónico de 1804. Es tal vez en materia de la resolución de los contratos donde más nitidamente se palpa la influencia francesa es el difícil estudio realizado por Bello.

Así, diremos finalmente que el actual artículo 1546 de nuestro código civil es un fiel testimonio del artículo 1184 del código civil Napoleónico, al contemplar que "En los contrato 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 contratos con indemnización de perjuicios".

2.2. 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 comienzo de este siglo, y que consiste en excesiva onerosidad, en aplicación de la teoría de la imprevisión.

En este orden de ideas, y respecto de la primera causal, es decir, las que contempla el artículo 1602 en los siguientes términos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser inválido sino por su consentimiento mutuo...", 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 principio de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

El principio está fundado 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 concluir 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 celebran un contrato.

2.3 INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR

El incumplimiento imputable al deudor como causal autónoma de resolución de los contratos, al igual que el mutuo disenso, también ha sido el producto de un amplio desarrollo histórico, pero con un origen más próximo al derecho canónico. Sin embargo, sus antecedentes o primitivas manifestaciones, como lo veremos, se encuentran en la legislación Romana.

2.4. EXCESIVA ONEROSIDAD: PRINCIPIO DE LA IMPREVISION

Para terminar el estudio de la historia de la pretensión de resolución de los contratos, detengámonos por último en la causal de la imposibilidad subjetiva de cumplir la prestación o imposibilidad por excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación.

Ante todo se puede afirmar que, dentro de la teoría general de los contratos, se presentan diferentes interpretaciones en cuanto a la naturaleza jurídica, y por ello, el contrato es el acto solemne de la

autonomía de las voluntades contratantes; mientras que para otro el contrato es algo relativo, donde pueden variar condiciones establecidas inicial o posteriormente sin haberse previsto en el momento de la celebración. Para los primeros no tiene cabida en el ámbito contractual la teoría de la imprevisión; para los segundos si. El maestro Arturo VALÉNCIA ZEA enuncia la referida teoría así: "Si en el intervalo que separa la conclusión de un contrato y el de su ejecución, se produce un acontecimiento imprevisto que altera las condiciones económicas previstas en el momento de contratar, en forma que uno de los contratantes resulta notablemente perjudicado, tendrá el lesionado alguna acción o recurso para que los jueces revisen el contrato a fin de hacer desaparecer la lesión?".

Esta teoría también la enuncian PLANIOL y RIPÉRT, al decir que "Todo contrato cuyo cumplimiento no sea inmediato expone secuencia de variaciones en las circunstancias de hecho que condicionan su cumplimiento. (...) En un arrendamiento por largo plazo, el plazo pactado puede, como consecuencia del encarecimiento al precio corriente de la vivienda y aún a los gastos de conservación del inmueble".

Históricamente se les atribuye a los glosadores el mérito de haber desarrollado por primera vez esta

teoría, aunque les correspondió a los canonistas de la Edad Media el desarrollo total de ella, con base en el principio de la condena a todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, por estimarlo contrario a la moral cristiana y, para solucionarla, "...estimaron sobrentendida en los contratos con cláusulas rebus sic stantibus, según la cual las partes se reputaban haber subordinado implícitamente la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en los que se habían convenido, a la persistencia de las obligaciones de hecho existentes el día del contrato".

La anterior teoría de los canonistas fue aceptada por la doctrina Italiana y Alemana y por algunos códigos Germánicos del siglo XVIII.

Al entrar en vigencia, al principio del siglo XIX, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, "según el cual no debe permitirse que los jueces revisen los contratos libremente concluidos por los contratantes", la teoría de la imprevisión sufre un fuerte retroceso.

2.5 INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR

TEORIA DE LOS RIESGOS

Dentro del breve estudio histórico objeto del presente capítulo, nos encontramos con la causal de resolución, por incumplimiento no imputable al deudor. Es decir, cuando por una causa ajena al contratante deudor, la prestación de posible que era se torna imposible; el contratante deudor, aunque incumpliente, queda liberado, por cuanto su obligación se extingue.

Lo anterior tiene su basamento jurídico en la conocida teoría de los riesgos, enunciada por PLANIOL y RIPERT así: "... Si las dos partes, por efecto del mismo contrato estaban obligadas correlativamente, la liberación de uno de los deudores como consecuencia de un caso de fuerza mayor deja abierta otra cuestión: determinar si la otra parte queda obligada a cumplir su obligación no obstante no recibir, a su vez, ni la prestación ofrecida, ni la indemnización de daños y perjuicios. Si fuera así, los riesgos de contrato pasarían sobre ésta; en el otro caso, recaen sobre la otra parte. Este problema se conoce por Teoría de los riesgos".

Históricamente debemos estudiar esta teoría del riesgo

en los contratos sinalagmáticos, que tienen como efecto la transmisión de la propiedad.

El artículo 1138 del código civil francés dice: "La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes. Por éste el acreedor queda propietario y los riesgos de la cosa se imputan desde el momento en que debió ser entregada, aún cuando la tradición no se haya efectuado.

Afirman los tratadistas que el mencionado artículo 1138 consagra la contemplada solución del derecho Romano, en la que el comprador asume los riesgos en caso de pérdida de la cosa en poder del vendedor, es decir, sin que se le haya entregado. Luego, el comprador, por dicho fenómeno, debía pagar el precio de la cosa a pesar de no habersela entregado. Este precepto Romano tuvo su lógica aplicación por cuanto allí la venta era efectuada a través de dos pasos o actos totalmente independientes (emptio-vendito) y la cual generaba una total independencia entre las obligaciones que nacían de cada acto, "hasta el punto -según COLIN y CAPITAN- de que la extinción de la obligación nacida de una no afecta la eficacia de otra (...). Pero hoy nuestro concepto de la venta, y, de un modo más general, del contrato sinalagmático, se ha modificado. Como se ha visto

nosotros consideramos que cada una de las dos obligaciones es la causa de la otra.

3. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA PRETENSION RESOLUTORIA

3.1 RESOLUCION POR MUTUO CONSENTIMIENTO

El fundamento juridico de la resolución con 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 a las reglas que establece que las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

Al respecto, y en aplicación a este principio el artículo 1602 del código civil preceptúa: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Y, en el mismo sentido, el artículo 1625, el inciso 1o.: "Toda obligación puede extinguirse, por convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consiente en darla por nula

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 de negocio jurídico, convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo consientan en darla nula. (el artículo 1525, inciso 1o.). Ese negocio jurídico o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia de la convención +mutuo disenso+. Lo novedoso del aspecto puede ser, entonces la forma como se denomina, pero no la institución de la misma que es tan antigua como el régimen de creación de las obligaciones a través de las obligaciones de la 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 aquellas cosas en derecho se deshacen como se hacen" (1).

3.2 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 han invertido las más diversas opiniones y se han presentado las más profundas

(1) Cas. del 7 de Diciembre de 1982. magistrado Ponente: Doctor SALCEDO SEGURA, Jorge. No. publicada aún en la gaceta judicial.

discrepancias doctrinales. El sinnúmero de teorías que han construido los autores pueden agruparse así:

3.2.1 Teoría de la causa

Sostiene que el fundamento jurídico de la pretensión resolutoria se encuentra en la frustración práctica de la causa 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."

A esta concepción inicial se le hicieron numerosas críticas, principalmente por LAURENT, 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 haya obligaciones

correlativas, aunque una no sea cumplida, pues el acreedor tiene derecho a forzar al deudor a su cumplimiento" (2).

Apartándose en algunos aspectos del causalismo clásico de DEMOLOMBE y DEUDANT, CAPITANT fue quien se hizo cargo de las críticas presentadas por LAUREN 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 efectiva obtención de la prestación de la prestación perseguida de 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 este 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 en el momento de su formación pero, por incumplimiento del deudor, la causa quedó frustrada en su realización y nace así la pretensión de resolución.

(2) En QUINTEROS, Federico D. Resolución y Rescisión de los contratos, Buenos Aires, ediciones Depalma 1962, págs. 23.

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, refiriéndose a los contratos bilaterales, manifiesta que es 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 causas no pueden ser exactamente contemporáneas (...). Pero esta crítica a su vez, ha sido refutada, contestándose que se 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 actúa recíproca y simultáneamente y son al mismo tiempo causa y efecto". (3)

b) Igualmente se han 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

(3) QUINTERO, Federico D. Ob. cit., pág. 24, 25.

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 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 cláusula 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 presentandose el vencimiento simultáneo, si una parte cumple y la otra no, no podría el incumplidor disponer libremente del derecho que ha recibido, ya que, al igual que en caso anterior, su incumplimiento deja sin tutela el negocio jurídico por defender aquella del cumplimiento recíproco.

3.2.2 Teoría de la equidad

Sostiene que el fundamento de la resolución del contrato 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 concesiones 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 haga de la resolución judicial una aplicación de la idea de causa, que se vea una manifestación del principio de equivalencia de las prestaciones del 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. Así mismo puede ubicarse dentro de este concepto las concesiones elaboradas por GALIZA y OSTI, MOSCO, GORLA, PICAR y PRUHONE, LAURENT y BAUDRY LACANTINERIE, etc..."

La corte suprema de justicia ha dicho al respecto: "Cuando justifican la existencia del artículo de 1546 del código civil en la equidad, la explican afirmando que si uno de los contratantes incumple con las obligaciones 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". (4).

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

- a) Puede ser suficiente para explicar las razones que impulsaron 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 la obligación es parcialmente ejecutada, presenta muchas dificultades al precisar si la realización parcial satisface o no el equilibrio contractual que permita mantener el vínculo.

3.2.3 Teoría de la condición resolutoria tácita

Explica la resolución del contrato por la presencia tácita, es decir, querida por las partes aunque no

(4) Cas. del 5 de noviembre de 1979. Magistrado Ponente: Doctor OSPINA BOTERO, Alberto. No. publicada aún en la gaceta judicial.

aparezca cláusula expresa, de una condición consistente en el incumplimiento de la obligación por uno de los contratantes que trae como 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, refiriendose 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, sostiene que el artículo 1546 del código civil consagra la intención probable de esta, en virtud de que es lógico suponer que el contratante cumplido no quiere seguir atado por la convención al otro contratante..." (5)

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

(5) Cas. del 5 de noviembre de 1979. Magistrado Ponente: Doctor OSPINA BOTERO, Alberto. No. publicada aún en la gaceta judicial

- 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 accidental 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 contrato 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 consistencia de ambos propósitos en la intención de las partes contratantes".

Por su parte el maestro ARTURO VALENCIA ZEA comenta así el artículo 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 del contrato y no una condición resolutoria tácita. Una mala explicación de POTIERT hizo que los autores del código francés creyeran que se trataba de la misma *lex commissoria* de los Romanos, que no era necesario pactar y se convertía, entonces, en tácita.

3.2.4 Teoría de la sanción

Se explica esta teoría partiendo de la misma naturaleza del contrato: Si el contrato es ley para las partes, es apenas obvio que este impone determinada forma de conducta a cada contratante 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 "Quiénes pretenden encontrar el fundamento en el hecho de ser una sanción sostienen que la acción resolutoria constituye la merecida resolución que la ley impone al contratante incumplido".

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

contratos, la una no cumpliendo y la otra renunciando a demandar el cumplimiento" lo cual resulta ilógico.

- 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, estado 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 aliunde la presentación que ha venido a faltar; y esto exige, 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, sino, sobretudo, un medio para liberar a la parte no incumpliente y para restituirle 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 también el incumpliente, salvo su obligación de resarcir el daño.

Por esto la resolución, es definitiva, favorece a ambas partes, 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 providencia 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 indefectivo 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 cuando coexisten una de las que pueden llamarse sanciones típicas, cual es el resarcimiento del daño, sería extraño ver una sanción también en la resolución".

3.3 RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR

El fundamento jurídico de la resolución por incumplimiento no imputable al deudor, es decir, el producido por la imposibilidad subsiguiente (fuerza

mayor o caso fortuito) se encuentre en el principio que pregona que a nadie se puede constreñir a que cumpla lo que nadie puede cumplir, en la aplicación de la teoría de los riesgos.

En apoyo de la teoría del planteamiento anterior se puede citar a PLANIOT y RIPERT, que expresan: "Sea el fundamento de la irresponsabilidad la impotencia para cumplir o la imprevisibilidad, no puede definirse de modo completo y práctico sino como contraposición de la culpa. Existe fuerza mayor o caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a una culpa del deudor y la culpa del deudor existe, sea que el obstáculo es previsible y no ha adoptado ninguna medida para evitarlo; sea que, al tiempo en que se presente el obstáculo, sin que haya debido preverse, no se haga todo lo necesario para evadirlo. La mejor prueba de la jurisprudencia se limita en todo caso a la noción de la culpa la hallamos en el hecho de que no exige la imposibilidad material de cumplir. Muy justamente se admite la irresponsabilidad en casos en que el cumplimiento hubiese ofrecido peligro por la paz pública, o en el incumplimiento se basa en razones de alta convenciencia o de interés general. También, según el caso, estima como fuerza mayor no solo la posibilidad material de cumplir, sino la imposibilidad moral, noción

esta inseparable de la idea de culpa" .

Sin embargo, algunos autores, como MESSINEO, afirma "El fundamento de la resolución por imposibilidad sobreviniente, aquí como en el caso de la resolución por incumplimiento, se puede establecer sobre la falta sobreviniente de causa de la obligación".

Como puede deducirse entonces, las teorías y, en general, los planteamientos presentados en el punto anterior al tratar el tema del fundamento jurídico de la resolución por incumplimiento imputable al deudor son aplicables, con beneficio de inventario, en este caso y, por tanto, a ellos nos remitimos.

3.4 RESOLUCION POR EXCESIVA ONEROSIDAD

El fundamento jurídico de la resolución por excesiva onerosidad ha sido otro tema de profundas controversias. Se han expuesto al respecto varias teorías, algunas de las cuales presentaremos seguidamente:

3.4.1 Teoría de la buena fé

Es planteada por PLANIOL y RIPERT, quienes escriben: "En el estado actual de la legislación pudiera tenerse como

fundamento de esta teoría el artículo 1134, página 3, código civil, según el cual los contratos han de cumplirse de buena fé.

Frecuentemente se entiende por esto que hay que ajustarse a la intención de las partes (...). El principio de la buena fé domina la voluntad de las partes y no pueda admitirse que ello solamente es así al tiempo de formarse el contrato y no al de cumplirlo. Si la buena fé impone no engañar al contratante, también obliga a no enriquecerse con sus perjuicios si, por circunstancias imprevistas, el contrato se convierte en algo muy distinto a lo que habían pretendido hacer ambas partes".

3.4.2 Teoría de la anormalidad de la álea

Fue creada y explicada por MESSINI o en los siguientes términos: "En opiniones del que esto escribe, el fundamenteo no puede ser unitario, dado que no es el remedio. Es preciso distinguir entre contratos con prestaciones recíprocas y contratos con prestaciones en una sola parte.

En el primer caso, la razón de la resolubilidad - a nuestro parecer - ha de descubrirse en la anormalidad

del álea que - en el momento de la ejecución determina la ruptura del equilibrio inicial entre las prestaciones, tal como fue visto y tenido presente por las partes en el momento de la conclusión del contrato: las cosas ya no están como estaban en aquel momento.

Tan profunda es esta explicación, que la ley prohíbe la acción de la resolución tanto en el caso de la excesiva onerosidad entre en el álea normal del contrato como en el de que este sea aleatorio por su naturaleza o por la voluntad de las partes.

Cuando el álea sobrepasa la medida normal y se hace normal por su contenido extraordinario la parte que, sin posibilidad de previsión, resultare excesivamente gravada, tiene por lo tanto el derecho de pedir la resolución.

La ley, si bien lo exige la equivalencia objetiva entre las prestaciones, exige, sin embargo, que la relación entre las prestaciones establecidas en el momento de la conclusión del contrato - sea cual fuere éste - se mantenga luego inalterada en la fase de la ejecución del mismo, porque de no ser así, aquella de las partes en cuyo perjuicio se altera la relación se enfrentaría con un riesgo de tal gravedad, que no sería compatible con

la función del contrato conmutativo, ya que se introduciría en él una álea superior a lo normal, lo que es contrario a la noción misma de ese tipo de contrato. El remedio de la resolución tiende, precisamente a redimir de esa carga a la parte que debería soportarla. La ley admite que el contratante obtenga un beneficio del contrato; pero no admite que obtenga un beneficio excesivo respecto del que inicialmente podía prometerse; y que correlativamente, el otro contratante sufra un perjuicio más grave que el que podía esperarse inicialmente del contrato, porque se alteraría la relación originaria entre las prestaciones".

4. TENDENCIA DEL MUTUO DISENSO

4.1 CONCEPTO

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

Pero, antes que todo, precisaremos los efectos que generan un contrato. Si partimos de la base de que este 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 quere contractual, el contrato es ley para las partes, es decir, tiene fuerza vinculatoria, una vez perfeccionado y nacido a la vida jurídica. Por consiguiente, esa fuerza vinculatoria traduce sencilla y claramente en la observancia y cumplimiento total del contrato por las partes, todo ello dentro del campo de la buena fé y, en general, dentro del orden público y las buenas costumbres; por lo tanto, repetimos, este principio debe ser observado

totalmente por las voluntades que concurren a la celebración, perfeccionamiento de un contrato.

Al respecto, MESSINO explica "En el fondo, en la observancia y en la ejecución reside el resultado práctico del contrato; ese resultado para cuya consecuencia se estipula este. Y que el contrato debe ser observado, es decir que las partes cumplan con lo que se establece en el, es un principio que deriva de aquel (de orden ético) al respecto 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 este, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes, es el presupuesto de la observancia por el otro) en el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas".

Dentro de la 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 el lazo jurídico.

Este aspecto lo acoge la corte suprema de justicia: "Los principios que gobiernan la dinámica contractual impone a cada uno de los contratantes ligados por una

convención bilateral, ponen de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones"

(1).

Como consecuencia de su principal efecto (ley para las partes), se genera el que, por regla general, el contrato no es susceptible de modificarse unilateralmente, ni aun en forma parcial. Este principio tiene fundamentales excepciones, ya 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 querer generar unos efectos jurídicos, no es menos cierto que esas mismas voluntades posean la facultad de hacerlo cesar, es decir, disolverlo o extinguirlo.

Es la observancia y vigencia plena del principio que rige las relaciones contractuales, según el cual, las

(1) Sala de negocios generales, sentencia del 11 de marzo de 1958, tomo LXXXVII, pág. 650, citada por ORTEGA TORRES, Jorge, código civil, cit. pág., 683

cosas se deshacen de la misma manera que se hacen. Esto mismo podríamos 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 consentimiento (código civil, artículo 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 y, por tanto, podemos afirmar que el mutuo consentimiento es una forma de extinguir obligaciones.

4.2 NOCION

Según el artículo 1602 del código civil, "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Según esto, la voluntad de los contratantes, en cuanto fue capaz de generar determinado acto jurídico, es capaz igualmente de extinguir sus efectos. Por consiguiente, además de las causas legales, esta es otra forma de

disolver los contratos.

A la primera forma de disolver los contratos, es decir, que el mutuo consentimiento, que algunos denominan resciliación (resciliación) o distractus, contrarius actus, contrarius consensus o contrarius dissensus (2), o mutuo dissenso, se le puede definir como la facultad que tienen las partes establecidas en la voluntad de hacer 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 contrato en cuanto a la dirección o +finalidad+, pero que se mueve en el mismo clima +autonomía de la voluntad+ por conducto del consentimiento+. Es decir, que las partes han anudado y, luego, desatado el

(2) JOSSERRAND, LOUISE. Derecho Civil, vol. I, num. 392. MESSINEO, FRANCESCO. Doctrina general de los contratos, tomo II, cmp. XV, num. 2o. BOFFI BOGERO, Luis Maria. enciclopedia jurídica Omeba, tomo VIII, Pág. 1012

vínculo jurídico dentro de los límites fijados por el orden público y las buenas costumbres (3).

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 definirse como el acto por el cual las partes deshacen un contrato que han celebrado; o como la destrucción de un contrato por el mutuo consentimiento de las partes. Cuando un contrato es dejado sin efecto por este medio, se dice que el contrato ha sido resiliado".

(3) En la enciclopedia jurídica Omeba, tomo VIII, pág. 1013

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil, Teoría de las obligaciones, Imprenta el esfuerzo, 1976.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VIII.

JOSSERAND, Louis, Derecho civil, volumen 10, núm. 392.

MEDELLIN, Carlos J. Lecciones elementales del Derecho Romano. MEXICO, Editora nacional 1980.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México Editora Nacional.

QUINTEROS, Federico. Resolución de los contratos. Buenos Aires Ediciones Depalma, 1962.

VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho civil tomo III, parte general y persona 8a. Edición Bogotá ed. Temis 1979.