

La terminación unilateral del contrato por incumplimiento

RANFER MOLINA MORALES*

Sumario: Introducción. 1. Fuentes de la terminación unilateral por incumplimiento. A. La ley. 1. Los casos legales de terminación unilateral. 2. La generalización de su ámbito de aplicación. B. El contrato: la cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento. 1. Validez. 2. Naturaleza jurídica. II. El ejercicio de la facultad de terminación unilateral por incumplimiento. A. Condiciones. 1. Requisitos generales en el derecho colombiano. 2. Requisitos especiales para la cláusula resolutoria en el derecho francés. B. Efectos. 1. La extinción del vínculo jurídico. 2. La posibilidad de acudir al juez posteriormente

Resumen

La tendencia actual del derecho comparado es la de ampliar el ámbito de aplicación de la terminación unilateral del contrato, con la que, en primer término, se le permite a una de las partes poner fin a un contrato desprovisto de utilidad dado que ha sido objeto de un incumplimiento grave por parte del otro contratante, lo que le permite a su vez poder celebrar un nuevo contrato con un tercero de manera de lograr el objetivo económico esperado; y en segundo lugar, tal solución contribuye a la descongestión de la administración de justicia; a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico colombiano, donde la terminación unilateral del contrato tiene un restringido ámbito de aplicación, debido fundamentalmente al hecho de que la jurisprudencia y la doctrina erigieron como regla general la necesidad de acudir al juez para que declare el incumplimiento contractual. Es esta contraposición la que justifica el presente estudio, que dividiremos en dos partes: una, dedicada al análisis de las fuentes de las cuales deriva la facultad de proceder a una ruptura unilateral del contrato por incumplimiento (ley y contrato); y la otra, dedicada al análisis de las condiciones necesarias para su ejercicio, tanto en el derecho colombiano como en el derecho francés, y sus efectos, que se resumen en la extinción del vínculo jurídico, con posibilidad de acudir al juez en caso de un eventual ejercicio ilegal o abusivo de éste.

Palabras clave: condición resolutoria, cláusula resolutoria expresa, terminación unilateral del contrato, resolución judicial del contrato.

* Profesor investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: rmolina@numaymolina.com
Fecha de recepción del artículo: mayo de 2009. Fecha de aceptación: septiembre de 2009

INTRODUCCIÓN

Cuando en un contrato bilateral uno de los contratantes incumple, el otro tiene la posibilidad de pedir bien sea la resolución del contrato o la ejecución coactiva de la obligación incumplida, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Es la denominada condición resolutoria tácita, prevista en el artículo 1546 del Código Civil y regulada en forma muy similar en el artículo 871 del Código de Comercio. Tradicionalmente se ha asumido que el ejercicio de cualquiera de las anteriores facultades requiere obligatoriamente de la intervención del juez¹. Y digo asumido, porque si leemos el artículo 1546² notaremos que en ninguna parte se mencionan las palabras "juez" o "judicial". Tan solo se señala que "el otro contratante podrá pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato". Para la doctrina y jurisprudencia clásicas, es obvio que cuando en dicho artículo el legislador habla de "pedir", esa solicitud no puede formularse sino al juez. Personalmente no encuentro tan obvia esa apreciación, ya que también habría podido asumirse que lo de "pedir a su arbitrio" es la posibilidad que tiene el acreedor de optar por una u otra alternativa, la primera de ellas judicial o extrajudicial, dependiendo del caso, y la segunda sí necesariamente ante el juez. Resultaría inconcebible que un individuo ejerciera facultades coactivas sobre otro para hacer cumplir una obligación. En cambio, la posibilidad de poner fin a un contrato sin necesidad de que un juez intervenga parece de lo más natural, máxime si se tiene en cuenta, como más adelante veremos, que nuestros códigos de derecho privado prevén en sus principales contratos facultades de ruptura unilateral o extrajudicial en caso de incumplimiento.

En el derecho francés, del cual con frecuencia se alimentan nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, sí se señala expresamente y sin ambigüedades el carácter judicial de la resolución³. En efecto, el artículo 1184⁴ del *code civil* establece que

- 1 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, cuarta edición, 1994, 549; ARTURO VALENCIA ZEA. *Derecho civil III*, De las obligaciones, sexta edición, Bogotá, Temis, 1982, 167; MARIO BAENA UPEGUI. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá, Legis, tercera edición, 2000, 411; ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*, Buneos Aires, Ediar-Cono Sur, 1988, 200; FERNANDO HINESTROSA. *Las obligaciones*, Conferencias, Bogotá, 2.ª edición mimeografiada, 1960, 295.
- 2 Art. 1546 Código Civil. "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".
- 3 ARTURO SANABRIA GÓMEZ. "La resolución en el derecho colombiano", en *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, 159.
- 4 Art. 1184 *Code Civil*. "La condición resolutoria está siempre implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte hacia la cual la obligación tiene la opción de forzar a la otra a la ejecución de la convención si ello es posible, o de pedir la resolución con indemnización de perjuicios. La resolución debe ser pedida judicialmente y se le

el contrato no se resuelve de pleno derecho y que la resolución debe ser pedida judicialmente.

Si la norma colombiana no es clara, mucho menos categórica, en el sentido de exigir previo pronunciamiento judicial para dejar sin efectos un contrato, su interpretación no debe ser tan estricta y debería ampliarse el ámbito de aplicación de la terminación unilateral. O lo que es mejor, y teniendo en cuenta sus ventajas, la terminación unilateral por incumplimiento debería ser la regla general en el derecho privado colombiano.

De cualquier forma y por las razones e influencias que fueren, el hecho es que la jurisprudencia y la doctrina colombianas erigieron como regla general, casi a manera de dogma, la necesidad de acudir al juez para que declare el incumplimiento de un contrato. Al respecto sólo un par de citas: "La resolución del contrato requiere sentencia judicial, pues es la sentencia la que declara roto el contrato y no la simple declaración unilateral de la parte a quien se incumple"⁵. Por otra parte: "La resolución jamás se produce ipso facto [...] Siempre debe ser pedida, y siempre debe ser declarada judicialmente"⁶.

No obstante ser la resolución-terminación judicial la regla general, la ruptura unilateral por incumplimiento también tiene cabida en el derecho colombiano. El objeto de este artículo es contribuir al estudio de esa figura. En la primera parte, denominada las fuentes de la terminación unilateral por incumplimiento (i), veremos que ésta puede tener su origen en la ley (A), que si bien prevé varios casos de terminación unilateral (1), lo ideal sería la generalización de su ámbito de aplicación (2). Su otra fuente es el contrato, por medio del pacto de una cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento (B), de validez incuestionable (1) y cuya naturaleza jurídica (2) corresponde, en mi opinión, a una condición resolutoria.

En la segunda parte analizaré el ejercicio de la facultad de terminación unilateral por incumplimiento (ii). Primeramente sus condiciones (A), que se concretan en la observancia de unos requisitos que en derecho colombiano aplican de manera general para todos los casos de terminación unilateral (1). Por su parte, la jurisprudencia francesa ha establecido unos requisitos especiales para el ejercicio de la cláusula resolutoria (2), los cuales vale la pena examinar, toda vez que han tenido alguna acogida en nuestro país. Finalmente, revisaremos los efectos (B), que producen la extinción del vínculo jurídico (1), pero con la posibilidad para el deudor y para el mismo acreedor de acudir posteriormente al juez (2).

podrá conceder al demandado un plazo según las circunstancias". Si leemos la parte final de dicho artículo notaremos que una de las razones que explican y justifican en Francia la intervención del juez es la posibilidad que éste tiene de conceder un plazo de gracia al deudor para que cumpla su obligación, lo que no ocurre en Colombia.

5 VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, cit., 167.

6 RICARDO URIBE HOLGUÍN. *De las obligaciones y de los contratos en general*, Bogotá, Temis, segunda edición, 1982, 234.

Aunque reconozco que el término "resolución" puede utilizarse de manera genérica y amplia para designar la pérdida de efectos de cualquier contrato en razón del incumplimiento (el artículo 1546 del Código Civil lo emplea de esa manera), parece más apropiado para los fines de este trabajo utilizar la voz "terminación", que hace referencia a la pérdida de efectos de contratos de ejecución sucesiva, sobre los cuales centraré mi atención.

I. FUENTES DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO

No todo incumplimiento requiere de una declaración judicial. Es más: en algunos eventos, excepcionales por cierto, no es necesaria declaración alguna y el incumplimiento de uno de los contratantes produce la terminación automática del contrato. Es el caso de la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la prima (art. 1068 C. Co.) o por falta de notificación al asegurador sobre las circunstancias que agraven el riesgo (art. 1060 inc. 4.º C. Co.). Como este escrito trata sobre terminación unilateral, lo que necesariamente implica una declaración de voluntad, no haré referencias adicionales a la terminación automática. La mención únicamente para ilustrar un caso de terminación por incumplimiento que no requiere declaración judicial.

Como su misma denominación lo sugiere, la terminación unilateral es un acto jurídico unilateral y recepticio por medio del cual la parte afectada por el incumplimiento de un contrato pone fin a éste sin necesidad de acudir al juez. De entrada aclaro que la terminación unilateral no implica que el deudor quede a merced del acreedor. En efecto, si aquél considera que la ruptura ha sido ilegal, bien puede acudir al juez para cuestionar las razones de la terminación y reclamar los perjuicios que considere. La intervención del juez sería *a posteriori* y no *a priori*. La terminación unilateral puede tener su fuente en la ley (A) o en el contrato, mediante el pacto de una cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento (B).

A. La ley

El artículo 1602 del Código Civil establece que "el contrato es ley para las partes y que no puede ser *invalidado* sino por mutuo acuerdo o por causas legales". Pues bien, esas causas legales corresponden en buena medida a normas que facultan a una o a ambas partes a poner fin a un contrato de manera unilateral. En otra oportunidad⁷ hice un listado de normas que autorizan la terminación discrecional o *ad nutum* de un contrato, casi siempre a condición de dar un preaviso. Corresponde hacer

7 RANFER MOLINA MORALES. "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*", en *Revista de Derecho Privado* n.º 10, Universidad Externado de Colombia, 2006 144 y ss.

un nuevo inventario, esta vez de las normas que autorizan la ruptura unilateral de un contrato en razón del incumplimiento. Aunque son varios e importantes los casos legales de terminación unilateral (1), su ámbito de aplicación es todavía restringido y debería generalizarse (2).

1. Los casos legales de terminación unilateral

Existen varias normas en los códigos Civil y de Comercio que consagran excepciones a la terminación judicial del contrato. Los casos son los siguientes:

a. *Compraventa*. Aunque este no es un caso de terminación sino de resolución, por ser la compraventa un contrato de ejecución instantánea, vale la pena exponerlo por ser el más importante y clásico de los contratos de derecho privado. La ley autoriza al comprador a desistir del contrato, es decir, a dejarlo sin efectos por su sola voluntad, cuando el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega de la cosa:

Art. 1882. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o *desistir* de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Hay que aclarar que la expresión "desistir" empleada en este artículo y en otros no constituye, como señala VALENCIA ZEA⁸, una reiteración innecesaria del artículo 1546 del Código Civil, en el sentido de equivaler a resolución y que siempre se requerirá la intervención del juez para que el comprador quede liberado de sus obligaciones. La norma es clara, y si el legislador utilizó dicha expresión fue porque quiso conceder al comprador una facultad de ruptura unilateral. No se puede perder de vista que cuando el sentido de la ley es claro no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 C. C.) y que las palabras se deben entender en su sentido natural y obvio (art. 28 C. C.). El sentido natural de la palabra "desistir" es apartarse de una empresa, un intento o un derecho. Si después de haber desistido el comprador desea acudir al juez será sólo para que le indemnicen los perjuicios causados por el incumplimiento, pero no si su única pretensión es liberarse del contrato. Sobre el alcance de la facultad prevista en el artículo 1882, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de junio de 1971⁹, aclaró que el desistimiento de que trata dicho artículo es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez.

8 VALENCIA ZEA. *Derecho civil*, cit., 159.

9 Sentencia publicada en el tomo CXXXVII de la *Gaceta Judicial*, 382.

Esa facultad también está prevista en la compraventa comercial, en la que se autoriza al comprador para desistir del contrato cuando faltare una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato (art. 918 C. Co.). Es sin embargo en los contratos de ejecución sucesiva en los que con mayor frecuencia encontramos una facultad de ruptura unilateral por incumplimiento. A ellos me refiero a continuación.

b. *Contrato de arrendamiento de cosas*. De manera similar a la compraventa, la ley confiere al arrendatario un derecho de desistimiento o de ruptura unilateral por el incumplimiento del arrendador en dos hipótesis: 1. cuando el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes se ha puesto en imposibilidad de entregar la cosa (art. 1983 C. C.) y 2. cuando el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes es constituido en mora de entregar, y, además, por el retardo disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato (art. 1984 C. C.).

Las mismas razones señaladas a propósito del mencionado artículo 1882 en cuanto al alcance de la expresión "desistir", valen para el contrato de arrendamiento. Tan cierto es que en esos casos no se requiere sentencia judicial, que el numeral 4 del artículo 2008 del Código Civil, que trata sobre la expiración del arrendamiento de cosas, sugiere el carácter excepcional de la intervención del juez al señalar que el contrato de arrendamiento termina "por sentencia de juez o de prefecto, *en los casos en que la ley ha previsto*".

c. *Contrato de suministro*. El artículo 973 del Código de Comercio, en un evidente caso de terminación unilateral por incumplimiento, señala lo siguiente:

Art. 973. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para *dar por terminado* el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente.

Sobre el alcance de ese artículo JOSÉ BONIVENTO sostiene lo siguiente:

Con todo, podrá pensarse que la terminación del contrato de suministro que prevé el artículo 973, es extrajudicial, como acontece con la consagrada en el artículo 977, y que, por tanto, no requiere declaración judicial en tal sentido. Pero creemos que no. La terminación, de que trata el artículo 973 es siempre judicial, porque, como es sabido, en nuestra organización de derecho privado, el mecanismo de aniquilamiento de un contrato por incumplimiento, descansa, fundamentalmente, en la movilización del aparato jurisdiccional en procura de ese cometido.¹⁰

10 JOSÉ BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles y mercantiles*, tomo II, tercera edición, Bogotá, Librería del Profesional, 1995, 167.

El razonamiento del citado autor parece ser el siguiente: no importa lo que señale el texto de dicho artículo, la terminación allí prevista siempre es judicial porque nuestro derecho privado descansa sobre un sistema de resolución judicial. Estoy en desacuerdo con dicha interpretación. La norma es clara y no puede el intérprete desconocer su alcance basado en un dogma. Cuando el legislador utiliza la expresión "dar por terminado" en lugar de la tradicional y ambigua "pedir", está consagrando una facultad de ruptura unilateral. Según la denominada regla de la no redundancia, en la interpretación de una norma debe excluirse, entre otros, el significado que corresponda a un enunciado más general que la misma. Esa norma general es el artículo 870 del Código de Comercio, que enuncia la condición resolutoria tácita para todos los contratos comerciales, pero, claro está, sin perjuicio de lo que disponga la ley para casos particulares, como el del suministro.

Tan cierto es que el artículo 973 concede una facultad unilateral de terminación, que su último inciso, coherente con el primero, aclara que lo dispuesto en ese artículo no priva al perjudicado del derecho de pedir la indemnización de perjuicios. La facultad es útil puesto que la parte afectada por el incumplimiento puede dar por terminado el contrato, liberarse de sus obligaciones, reorganizarse y posteriormente, cuando lo estime conveniente u oportuno, acudir al juez para reclamar perjuicios. La última parte del artículo 973 no tendría ningún sentido si se estuviere refiriendo a la terminación judicial del artículo 870, ya que esta norma señala claramente que en caso de incumplimiento podrá pedirse la resolución y la indemnización de perjuicios.

d. *Agencia comercial*. Al igual que en el contrato de suministro, el legislador autoriza a cualquiera de las partes a poner fin unilateralmente al contrato de agencia comercial en caso de incumplimiento. Esta facultad admite aún menos discusión, comoquiera que el artículo 1325 del Código de Comercio no solo emplea la expresión "dar por terminado", que por sí sola es lo suficientemente explícita para descartar la intervención del juez, sino que además la acompaña de la palabra "unilateral": "son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial [...]".

e. *Mandato*. Tanto el mandato civil como el comercial pueden revocarse de manera unilateral, no solo por justa causa sino también de manera libre y discrecional. Repasemos las normas:

Art. 2185. El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para *desistir* de su encargo. (Código Civil)

Art. 1279. El mandante podrá *revocar* total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa. (Código de Comercio)

Art. 1283. Si el mandato ha sido pactado en interés del mandante o de un tercero, sólo podrá *renunciarlo* el mandatario por justa causa, so pena de indemnizar los perjuicios que al mandante o al tercero ocasione la renuncia abusiva. (Código de Comercio)

Art. 1286. Cuando el mandato requiera provisión de fondos y el mandante no la hubiere verificado en cantidad suficiente el mandatario podrá *renunciar* a su encargo o suspender la ejecución. (Código de Comercio)

De la lectura de las anteriores normas se puede fácilmente deducir que cuando hay justa causa, lo que por supuesto comprende el incumplimiento, siempre podrá renunciar el mandatario o revocar el mandante. Los artículos 1279, 1283 y 1286 mencionados aplican igualmente al contrato de comisión, por expresa remisión del artículo 1308 del Código de Comercio, y al contrato de preposición, por ser éste, al igual que aquél, una forma de mandato.

f. *Cajillas de seguridad*. El artículo 1420 del Código de Comercio faculta al banco para dar por terminado unilateralmente el contrato de cajillas de seguridad en caso de mora en el pago del precio:

Art. 1420. La mora en el pago del precio en la forma convenida, *dará lugar a la terminación* del contrato, quince días después de ser exigido por escrito su cumplimiento por el banco.

Si bien dicho artículo no utiliza la expresión "dar por terminado" sino "dará lugar a la terminación", la doctrina especializada considera que en caso de mora del cliente el banco está facultado para dar por terminado unilateralmente el contrato y para proceder a la apertura de la cajilla¹¹.

Fuera de lo previsto en los códigos Civil y de Comercio, existen contratos ampliamente regulados en los que se permite la terminación unilateral por incumplimiento. A manera de ejemplo, el artículo 141 de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios faculta a la empresa prestadora del servicio "a tener por resuelto el contrato y a proceder el corte del servicio" en caso de incumplimiento grave por parte del usuario. Por su parte, el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo faculta tanto al empleador como al trabajador para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en múltiples hipótesis. Lo mismo ocurre en la Ley 820 de 2003 sobre arrendamiento de vivienda urbana, que en sus

11 En el oficio OJ-445 del 27 de diciembre de 1976, la entonces Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) estimó que en caso de mora no era necesario acudir al juez. SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO (*Contratos bancarios*, Bogotá, Legis, quinta edición, 2002, 800) es de la misma opinión: "Si el cliente se coloca en mora de no pagar los cánones establecidos, el banco tiene que estar facultado para la apertura de la cajilla so pena de condenarse a quedar ligado por una relación dentro de un contrato bilateral en la cual la otra parte ha incumplido, lo cual sería a todas luces injusto".

artículos 22 y 23 faculta al arrendador y al arrendatario para dar por terminado unilateralmente el contrato en los casos allí previstos.

Finamente, existen otras normas en las que a pesar de no consagrarse expresamente una autorización para desistir o dar por terminado un contrato en razón del incumplimiento, la facultad de terminación unilateral prevista a favor de una de las partes o de ambas es tan amplia que comprende el incumplimiento¹².

2. *La generalización de su ámbito de aplicación*

En un sistema de resolución-terminación judicial el incumplimiento debe ser declarado por el juez y mientras no haya sentencia condenatoria el contrato subsiste. A ninguna de las partes le está permitido dar por terminado unilateralmente un contrato, por grave o esencial que hubiere sido el incumplimiento de la otra. El solo hecho de poner fin al contrato de manera unilateral constituye una falta grave que compromete la responsabilidad de su autor. La parte afectada por el incumplimiento, cuando no tenga interés en la ejecución coactiva, tiene dos caminos: iniciar un proceso judicial para que el juez declare el incumplimiento y lo libere de sus obligaciones, o suspender el contrato amparada en la excepción de contrato no cumplido (art. 1609 C. C.).

Las opciones de que dispone la víctima del incumplimiento no son las mejores. La primera de ellas sería iniciar un largo y costoso pleito para que se declare el incumplimiento y se decrete la terminación, lo que agravaría aún más su situación puesto que durante el curso del proceso y mientras el juez profiere sentencia, se vería obligada bien sea a mantener su relación con la parte demandada o a suspender el contrato, pero con la imposibilidad para celebrar uno nuevo con un tercero que de manera definitiva sustituya al anterior. En efecto, una relación contractual que satisfaga las necesidades derivadas de la suspensión sólo podría ser provisional pues el contrato cuya terminación se pretende conserva su fuerza obligatoria. La liberación definitiva del demandante sólo sería posible con una sentencia condenatoria, varios años después de ocurrido el incumplimiento.

12 *Cuenta corriente bancaria*. "Cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo [...]" (art. 1389. C. Co.). *Seguro*. "Cualquiera de las partes puede dar por terminado unilateralmente el contrato de seguro en cualquier momento y de manera discrecional [...]" (art. 1071 C. Co.). *Transporte*. "El pasajero podrá desistir del contrato de transporte contratado con derecho a la devolución total o parcial del pasaje [...]" (art. 1002 C. Co.) *Mandato*. "El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio [...]" (art. 2191 C. C.). *Anticresis*. El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda, pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales [...]" (art. 2467 C. C.). *Prestación de servicios*. "Cualquiera de las partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado" (art. 2066 C. C.). *Depósito civil*. "La restitución es a voluntad del depositante. Si se fija el tiempo para la restitución, está cláusula solo será válida para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado [...]" (art. 2251 C. C.).

La segunda opción sería suspender el contrato, sin necesidad de proceso judicial, lo que permitiría al acreedor abstenerse de ejecutar sus obligaciones, amparado en la excepción de contrato no cumplido. El problema es que con frecuencia esa suspensión ha sido definitiva por cuanto la parte cumplida no tiene interés ni en continuar la relación ni en acudir al juez, ya que su único afán es liberarse de sus obligaciones. ¿En qué ha quedado dicho contrato? Desde el punto de vista práctico, ha terminado para las partes. Jurídicamente hablando, sin embargo, más que un mutuo disenso tácito¹³, habría una terminación de hecho o una situación irregular que sólo tendrá solución definitiva cuando prescriban las obligaciones del contrato. Y mientras ello ocurre, al igual que en el caso del proceso judicial, la parte cumplida tampoco podría reemplazar de manera definitiva a la parte incumplida pues ello implicaría la terminación unilateral del contrato inicial, lo cual no está permitido. La suspensión es una situación temporal en la que siempre es posible la continuación de la relación contractual y no una forma indirecta de terminación unilateral¹⁴.

Ahora bien: la realidad nos muestra que quien ha sido víctima de un incumplimiento no siempre se toma la molestia de iniciar un proceso judicial para que se declare la terminación, ni tampoco suspende el contrato, sino que prefiere darlo por terminado unilateralmente. Sin embargo, quien así procede se arriesga a que lo demanden y a que el juez le recrimine el no haber recurrido a él previamente. Así por ejemplo, un tribunal de arbitramento le reprochó al demandante (Mitsui de Colombia S. A.), el haber terminado unilateralmente un contrato por el incumplimiento de la otra parte:

En tales condiciones, es claro que Mitsui no podía dar por terminado el contrato por sí y ante sí, aun cuando eventualmente fuera cierto que se habían dado las circunstancias de hecho previstas en la citada cláusula décima cuarta (sobre las causales de incumplimiento). Y por consiguiente, la citada comunicación que aquella le dirigió a Metalec el 13 de marzo de 1992, dando por terminado el contrato que tenían celebrado, carece de toda eficacia jurídica.¹⁵

Los anteriores inconvenientes podrían solucionarse si se generalizara, la facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato en caso de incumplimiento. Esto que para algunos significa impartirse justicia por mano propia, pero que en realidad es un acto de legítima defensa¹⁶, no implica de ninguna manera que al

13 El mutuo disenso tácito, figura de creación jurisprudencial, se presenta cuando hay incumplimientos recíprocos en un contrato, cuestión distinta de la planteada, en la que sólo uno de los contratantes ha incumplido.

14 CHRISTOPHE JAMIN. "Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat", en *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, 76.

15 Laudo arbitral Mitsui de Colombia contra Metalec Ltda., proferido el 7 septiembre de 1993.

16 Además de la legítima defensa, el derecho de resolución unilateral encuentra su justificación en la idea de estado de necesidad. "El derecho a la resolución unilateral no es siempre

deudor se le vulnera su derecho a la defensa. Si éste considera que la terminación ha sido ilegal o abusiva, bien puede acudir al juez, cuestionar la licitud de esa terminación y reclamar los perjuicios a que hubiere lugar. El hecho de que en un sistema de resolución unilateral la carga procesal recaiga sobre el deudor no significa que éste quede a merced del acreedor, como tampoco queda este último a merced de aquél en un sistema de resolución judicial. La cuestión es determinar sobre quién debe recaer la iniciativa procesal en caso de incumplimiento. Lo más sensato es que recaiga en quien ha incumplido y no en quien ha cumplido o se ha allanado a cumplir, no solo por razones de equidad, para no empeorar la situación del acreedor, sino porque, además, mientras en un sistema de resolución judicial la presencia del juez será siempre necesaria, en un sistema de resolución unilateral la intervención del juez sería eventual: sólo si el deudor está inconforme con la terminación o si al acreedor le interesa hacer valer los efectos de la resolución.

Los derechos de Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca y Suiza, entre otros, prevén facultades de ruptura unilateral en caso de incumplimiento¹⁷. Por razones prácticas, la tendencia en el derecho comparado es a ampliar su ámbito de aplicación. La Convención de Viena sobre compraventa internacional (artículos 49 a 64) autoriza a ambas partes a declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial. El artículo 7.3.1 de los principios de Unidroit sobre contratos internacionales da derecho a dar por terminado unilateralmente el contrato: "Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial". En igual sentido disponen los artículos 9:301 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el 114 (1) del Código Europeo de los Contratos (Proyecto Gandolfi). Los modernos códigos de Holanda, Brasil y Quebec son de la misma tendencia¹⁸.

Desde hace algunos años la jurisprudencia francesa ha admitido la ruptura unilateral del contrato en ausencia de disposición legal o cláusula convencional, cuando el interés de uno de los contratantes lo exige urgentemente: "La gravedad del comportamiento de una de las partes puede justificar que la otra parte ponga fin de manera unilateral al contrato por su cuenta y riesgo (*à ses risques et périls*),

un derecho de hacerse justicia y de defenderse *a posteriori*. El derecho positivo permite en efecto algunas veces a una de las partes prevenir la ocurrencia de un daño o anticiparse al comportamiento de su contratante. La ruptura es necesaria. No se trata de hacerse justicia puesto que ninguna falta ha sido todavía cometida" (CÉCILE CHABAS. *L'inexécution licite du contrat*, París, LGDJ, 2002, 158.). Como quien dice, el riesgo de incumplimiento justifica el derecho a la ruptura unilateral del contrato. El artículo 9:304 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, denominado "incumplimiento previsible", señala que "cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato".

17 CHRISTOPHE PAULIN. *La clause résolutoire*, París, LGDJ, 1996, 6.

18 FELIPE NAVIA ARROYO. "La terminación unilateral del contrato en derecho privado", en *Revista de Derecho Privado* n.º 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, 64.

poco importa que el contrato sea de duración definida o indefinida¹⁹. Y se dice "por su cuenta y riesgo", porque la parte que dé por terminado unilateralmente se expone a verse condenada posteriormente a indemnizar los perjuicios causados por una terminación ilegal o abusiva.

Pero no es porque esté en boga el unilateralismo en derecho de los contratos por lo que debemos acogerlo en Colombia, sino por sus ventajas. En primer lugar, porque como bien ha señalado CHRISTOPHE JAMIN, sobre el plano económico la terminación unilateral permite a una de las partes poner fin a un contrato desprovisto de utilidad, dados los graves incumplimientos de la otra, y celebrar uno nuevo con un tercero, a fin de lograr el objetivo económico requerido²⁰. En efecto, el acreedor podrá liberarse del deudor en forma rápida y eficaz, sin que se vea obligado a iniciar un largo y costoso pleito. Naturalmente, el acreedor podrá iniciar ese pleito, si está interesado en reclamar perjuicios. La ventaja para él en este caso es que no necesitará esperar la sentencia del juez para recobrar su libertad.

En segundo lugar, porque contribuye a la descongestión de la administración de justicia. En un sistema de terminación judicial, de control *a priori*, siempre será necesario acudir al juez para que decrete la terminación. En un sistema de terminación unilateral la intervención del juez será eventual, ya que es posible que la parte a la que le terminaron el contrato se conforme con la decisión del acreedor y que además éste no tenga interés en reclamar perjuicios. Además, tanto acreedor como deudor se ahorrarían los costos de un proceso judicial.

B. El contrato: la cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento

El contrato es la otra fuente de terminación unilateral por incumplimiento. En efecto, por medio de una cláusula es posible pactar que el incumplimiento de cualquiera de los contratantes generará la terminación de pleno derecho del contrato. O lo que es más exacto: que el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra para dar por terminado el contrato. A estas cláusulas se les conoce comúnmente como cláusulas resolutorias expresas o pactos comisorios.

La denominación "cláusula resolutoria" es apropiada puesto que el término "resolución", en su acepción amplia, define la pérdida de efectos por incumplimiento de contratos tanto de tracto sucesivo como de ejecución instantánea, si bien en su acepción restringida se usa para referirse a estos últimos.

En cambio, aunque es cierto que a menudo se utiliza de manera general la expresión *pacto comisorio*, bien sea como una cláusula de resolución-terminación de pleno derecho o como la facultad que tiene una parte de poner fin a un contrato

19 Decisión proferida por la Corte de Casación francesa el 13 de octubre de 1998, citada por CÉCILE CHABAS. *L'inexécution licite du contrat*, cit., 157.

20 JAMIN. *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat*, cit., 76.

en razón del incumplimiento de la otra, dicha denominación me parece impropia, por cuanto las normas que regulan el pacto comisorio en Colombia, además de confusas y mal redactadas, son de carácter excepcional y aplican únicamente a la hipótesis de incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio en el contrato de compraventa. Con lo anterior quiero señalar que los artículos 1935 a 1938 del Código Civil, que establecen unos efectos especiales para dicho pacto, cuales son la intervención del juez, la posibilidad que tiene el comprador de hacer subsistir el contrato pagando el precio en las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda y la prescripción cuatrienal, no pueden hacerse extensivos a otros contratos por ser normas especiales y restrictivas.

Cuestión distinta es que en cualquier otro contrato, incluyendo la misma compraventa pero para obligaciones distintas a la de pagar el precio, las partes pacten una cláusula de resolución o de terminación por incumplimiento con fundamento en la autonomía de la voluntad. En realidad, la facultad de dar por terminado un contrato por incumplimiento en virtud de una cláusula poco o nada tiene que ver con el pacto comisorio regulado en los mencionados artículos. Por ello, para evitar confusiones o discusiones superadas como la de si las normas del pacto comisorio son extensibles a otros contratos, lo más conveniente es limitar el uso de dicha expresión a los artículos 1935 a 1938 del Código Civil.

Personalmente, prefiero la denominación *cláusula de terminación unilateral*, de ser posible agregándole *por incumplimiento*²¹, toda vez que este pacto tiene su campo de aplicación casi exclusivo en los contratos de ejecución sucesiva, que casi siempre se terminan y sólo excepcionalmente se resuelven²². No obstante, teniendo en cuenta la popularidad de la "cláusula resolutoria", utilizaré ambas denominaciones indistintamente. A continuación analizaré la validez de dicha cláusula (1) y luego su naturaleza jurídica (2).

1. Validez

La validez de la cláusula resolutoria no admite ningún cuestionamiento en Francia, en donde la doctrina y la jurisprudencia la aprueban aunque con algunas restricciones para su ejercicio. A pesar de que el artículo 1184 del código civil francés establece de manera expresa y categórica que el contrato no se resuelve de pleno

21 Aclarar que es por incumplimiento evita que esa cláusula se confunda con otros pactos de terminación unilateral como, por ejemplo, aquel que permite a una de las partes o a ambas poner fin de manera discrecional a un contrato de tracto sucesivo.

22 CHABAS (*L'inexécution licite du contrat*, cit., 89) no está de acuerdo con la distinción entre resolución y "*résiliation*" (en Colombia, *terminación*), dependiendo de si el incumplimiento es de un contrato de ejecución instantánea o de uno de ejecución sucesiva. Para ella, sea que se trate de una u otra categoría de contratos, en cualquier caso de incumplimiento debe siempre emplearse la expresión *resolución*, ya que en ambos casos hay efectos retroactivos.

derecho y que la resolución debe ser siempre declarada por el juez, se acepta de manera general que dicha norma no es de orden público.

Sobre dicha cláusula se ha dicho en Colombia que no es válida porque contraviene la fuerza obligatoria del contrato²³, porque no está prevista dentro de los modos de extinción de las obligaciones del artículo 1625 del Código Civil y porque sería una condición meramente potestativa, prohibida por el artículo 1535 de dicho código²⁴.

Las anteriores objeciones son infundadas. En primer lugar, la terminación unilateral por incumplimiento no se opone a la fuerza obligatoria de las convenciones, porque aquello de que el contrato no puede ser "invalidado" sino por consentimiento mutuo o por causas legales es sin perjuicio de lo que señale la ley para casos especiales y de lo acordado por las partes al momento de la celebración del contrato. Cuando el artículo 1602 del Código Civil enuncia que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes" está haciendo referencia al carácter obligatorio de las disposiciones acordadas por las partes, dentro de las cuales puede estar precisamente una cláusula de terminación unilateral. Si las partes han incorporado dicha cláusula dentro de su ley contractual, sería un contrasentido afirmar que su ejecución es contraria a la fuerza obligatoria del contrato. Como bien ha señalado PAULIN, "Sanción al incumplimiento, la cláusula persigue un fin legítimo en la medida en que asegura la ejecución de las obligaciones del contrato y contribuye a defender su fuerza obligatoria"²⁵.

En segundo lugar, la enunciación del artículo 1625 del Código Civil sobre las causales de extinción de las obligaciones es de carácter general y no taxativo. En efecto, a ellas hay que agregarles las previstas en la ley para los contratos especiales²⁶ y las que convengan las partes en ejercicio de su autonomía²⁷. Recordemos

- 23 En el laudo arbitral Mitsui de Colombia contra Metalec Ltda., proferido el 7 septiembre de 1993, se califica a la cláusula de terminación unilateral de exorbitante y de caducidad, carente de validez porque "contraviene frontalmente el principio de la normatividad de los actos jurídicos que es presupuesto básico del régimen común de los contratos y que está consagrado en el artículo 1602 del Código Civil".
- 24 LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL. "Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano", en *La terminación del contrato*, cit., 366. Este autor considera que la terminación unilateral debería ser la regla general en derecho colombiano. Sin embargo, para él existen obstáculos legales a ella que deben ser superados, para los cuales propone algunas soluciones.
- 25 PAULIN. *La clause résolutoire*, cit., 151.
- 26 A manera de ejemplo, el contrato de arrendamiento termina por la destrucción de la cosa arrendada (art. 2008 C. C.); el contrato de mandato termina por la interdicción o insolvencia de cualquiera de las partes (art. 2189 C. C.); el contrato de fiducia termina por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario (art. 1240 C. Co.); el contrato de sociedad termina por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley (art. 218 C. Co.), etc.
- 27 En no pocas ocasiones la ley invita a las partes a que pacten causales de terminación del contrato. Así, el contrato de sociedad termina por "las causales que expresa y claramente se fijen en el contrato" (art. 218 C. Co.); el contrato de fiducia termina por "el cumpli-

que bajo el régimen de las condiciones resolutorias las partes pueden pactar como causal de extinción de una obligación o de terminación de un contrato cualquier hecho futuro e incierto que no sea inmoral, ilegal o imposible físicamente y que no consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. En un estatuto de derecho privado donde la regla general es la autonomía de la voluntad y las normas imperativas son excepcionales, es inadmisibles sostener que como la terminación unilateral no está prevista, entonces está prohibida. La lógica es la contraria: como la terminación unilateral por incumplimiento no está prohibida, entonces está permitida. La respuesta a la tercera objeción la desarrollaré en el siguiente numeral, cuando revise la naturaleza jurídica de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento.

La cláusula de terminación unilateral por incumplimiento es completamente válida y su fundamento no puede ser otro que la autonomía de la voluntad. Los contratantes son libres de pactar las cláusulas que mejor regulen sus intereses, entre ellas la forma como terminará su relación contractual y los efectos de esa terminación. Los únicos límites a esa autonomía son el orden público y las buenas costumbres, límites que de ninguna manera son transgredidos por el pacto o el ejercicio de una facultad de terminación unilateral. No solo no existe en nuestros códigos de derecho privado ninguna disposición que de manera general prohíba la facultad de terminación unilateral, sino, por el contrario, encontramos una gran variedad de normas que la avalan.

Por una parte, están las normas que revisamos atrás, que autorizan a cualquiera de las partes a poner fin unilateralmente a un contrato por el incumplimiento de la otra. Además, encontramos numerosas disposiciones que permiten la terminación unilateral discrecional o *ad nutum*, aquella en la que una de las partes por su sola voluntad pone fin hacia el futuro a un contrato de ejecución sucesiva sin necesidad de invocar justa causa ni acudir al juez²⁸. Esa facultad de terminación unilateral opera como un elemento natural en la mayoría de contratos de tracto sucesivo cuando no se pactó término de duración²⁹ y en otros contratos en los que por diversas razones se permite a una o a ambas partes con independencia de que exista o no un término de duración³⁰.

Finalmente, existen varias normas que expresamente autorizan el pacto de una cláusula de ruptura unilateral *ad nutum*, es decir, por la sola voluntad de uno de los contratantes. Es el caso del artículo 1406 del Código de Comercio, que establece

miento de la condición resolutoria a la cual está sometido" (art. 1240 C. Co.); el contrato de hospedaje termina "por las causales expresamente pactadas" (art. 1197 C. Co.).

28 MOLINA MORALES. "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*", cit., 135.

29 En el Código Civil, arrendamiento de cosas (art. 2009) y arrendamiento de predios rurales (art. 2043). En el Código de Comercio, suministro (art. 977), depósito (art. 1174), hospedaje (art. 1197), cuenta corriente mercantil (art. 1261), consignación (art. 1381), apertura de crédito (art. 1406) y cajillas de seguridad (art. 1419).

30 Ver pie de página n.º 12.

que "salvo pacto en contrario, el establecimiento de comercio no podrá terminar el contrato (de apertura de crédito y descuento) antes del vencimiento del término estipulado", lo que permite concluir, *contrario sensu*, que en caso de un pacto esa terminación es posible. El artículo 2011 del Código Civil dispone: "Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes y voluntario para la otra, se observará lo estipulado y la parte que puede cesar el arriendo a su voluntad, estará, sin embargo sujeta dar la noticia anticipada que se ha dicho". Igualmente el contrato de comodato, en el que se permite al comodante reclamar la cosa en cualquier momento, cuando se haya reservado tal facultad (art. 2219 C. C.). Y el contrato de fiducia mercantil, que prevé como causal de terminación la revocación del fiduciante cuando expresamente se haya reservado ese derecho (art. 1240 C. Co.).

En ese orden de ideas, con fundamento en la autonomía de la voluntad y en el espíritu de las normas atrás señaladas, es posible concluir que son igualmente válidas tanto las cláusulas que autorizan a dar por terminado unilateralmente un contrato de manera discrecional, como las que facultan a hacerlo cuando hay incumplimiento³¹. Si la terminación unilateral por incumplimiento opera desde hace décadas sin controversia en el derecho laboral, el más protector de los derechos, con mayor razón debería operar en el derecho civil y en el comercial.

En algunos laudos arbitrales se ha reconocido validez a la cláusula que permite la terminación unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento³². En otros, por el contrario, dicha cláusula ha sido rechazada enérgicamente³³. La doctrina reciente se inclina de manera general por la validez de la cláusula resolutoria³⁴,

- 31 Hay diferencias en cuanto a su finalidad y efectos entre la cláusula de terminación unilateral *ad nutum* y la de terminación unilateral por incumplimiento. La primera permite a su beneficiario liberarse de un contrato sobre el que ha perdido interés y, puesta en práctica, tiene efectos hacia el futuro. La segunda tiene por objeto sancionar el incumplimiento de un contrato, puede producir efectos retroactivos y da lugar a indemnización de perjuicios.
- 32 Laudo arbitral Parque Central Bavaria S. A. contra Clínica la Sabana S. A. En este laudo se dijo con respecto a la cláusula de terminación unilateral: "[...] tal estipulación no resulta prohibida por la ley, sino permitida por ella, además, no adolece de objeto ilícito, ni menos, resulta contraria al orden público o las buenas costumbres [...]". En igual sentido, el laudo arbitral Terpel de la Sabana contra Tethys Petroleum Company y Meta Petroleum Ltd., 19 de agosto de 2005, y el laudo arbitral Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. contra Maalula Ltda., proferido el 31 de agosto de 2000.
- 33 Laudo arbitral Betancur Aranzazu contra Bonilla y Arboleda, 14 de diciembre de 1995. La posición del tribunal fue la siguiente: "Bien a pesar de que ambas partes aceptan dentro del proceso que ahora se decide la terminación unilateral del contrato por obra de la demandada, esta clase de conductas unilaterales no son de recibo en derecho privado [...]". Ver también laudo arbitral Mitsui de Colombia vs Metalec Ltda., proferido el 7 septiembre de 1993.
- 34 SANABRIA GÓMEZ. "La resolución en el derecho colombiano", cit., 160. LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL. "Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano", cit., 384 y 385. Curiosamente, JOSÉ BONIVENTO (*Los principales contratos civiles y mercantiles*, cit., 167) acepta la validez de una cláusula de terminación unilateral,

si bien hay quienes la rechazan por considerar que existen obstáculos para su aplicación en el derecho colombiano³⁵.

2. *Naturaleza jurídica*

La cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento es una especie de condición resolutoria ordinaria³⁶. Para la mayoría de doctrinantes, la condición resolutoria ordinaria consiste en un hecho futuro e incierto cualquiera, distinto del incumplimiento³⁷. En mi parecer, esta apreciación carece de fundamento y de lógica. En primer lugar, porque en ninguno de los artículos que regulan las obligaciones condicionales se establece una restricción o limitación al concepto de condición como hecho futuro e incierto. Y en segundo lugar, porque es contrario a la lógica sostener que vale como condición resolutoria cualquier hecho pero no el incumplimiento. Si se acepta como condición todo hecho futuro e incierto, incluyendo un hecho voluntario de cualquiera de las partes³⁸ y hasta los hechos que dependen de la sola voluntad del acreedor (*si voluero...*), ¿por qué no puede aceptarse como condición el incumplimiento de uno de los contratantes? No creo que exista ningún argumento razonable para sostener que un contrato se puede resolver de pleno derecho por el acaecimiento de cualquier hecho futuro e incierto, así sea frívolo o insignificante, pero no, si ese hecho es el incumplimiento.

La posición según la cual la condición resolutoria consiste en cualquier hecho futuro e incierto distinto del incumplimiento no es sino la consecuencia desafortunada de haberse asumido que la condición resolutoria tácita exige siempre declaración judicial y de haber extendido dicha exigencia a la condición resolutoria expresa para el caso del incumplimiento. Así las cosas, se trate de la condición resolutoria tácita o de una condición resolutoria expresa, cuando el

no obstante haber contundentemente afirmado, al analizar el alcance del artículo 973 del Código de Comercio, que la resolución es siempre judicial: "Y qué sucede si en el contrato, expresamente, se conviene que el incumplimiento, de alguna de las obligaciones, legitima a la parte cumpliente [sic] a la terminación sin necesidad de moverse el aparato jurisdiccional? Pensamos que esa estipulación negocial produce plenos efectos, esto es, que podría el contratante, que ha atendido sus deberes, aniquilar el contrato, puesto que no existe regla que le cierre el camino a esa solución. Más bien, el querer de las partes es suficiente para imprimir fuerza debeladora al incumplimiento".

- 35 NAVIA ARROYO. "La terminación unilateral del contrato en derecho privado", cit., 39. Este autor, no obstante reconocer la tendencia moderna hacia el unilateralismo, estima que sin importar que se trate de una cláusula resolutoria expresa o de una tácita, siempre se requerirá de un pronunciamiento previo del juez.
- 36 JACQUES FLOUR, JEAN-LUC AUBERT y ERIC SAVAUX. *Droit Civil, Les obligations 3, le rapport d'obligation*, segunda edición, París, Armand Colin, 2001, 166.
- 37 M. BAENA UPEGUI. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, cit., 401. ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*, cit., 192. R. ABELIUK, *Las obligaciones*, tomo 1, cuarta edición, Santiago, Jurídica de Chile, 2001, 460.
- 38 Art. 1535. "[...] Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes valdrá".

hecho futuro e incierto sea el incumplimiento de una de las partes, siempre se requerirá decisión judicial. De esa manera se armonizaban las normas del pacto comisorio desarrolladas en el contrato de compraventa con las que regulan el incumplimiento contractual.

Por otra parte, el argumento de que el pacto de ruptura unilateral por incumplimiento constituye una condición meramente potestativa, la cual es nula según el artículo 1535³⁹ del Código Civil, es equivocado. En realidad, el mencionado artículo no es aplicable al caso. La prohibición de las condiciones meramente potestativas tiene por objeto impedir que la extinción o el nacimiento de una obligación queden sometidos al capricho del deudor. Así, por ejemplo, cuando alguien dice "prometo darte una suma de dinero, si me place", allí no habría obligación por falta de una voluntad firme de quien dice prometer. El contrato en el cual se ha pactado una cláusula de terminación unilateral por incumplimiento nace a la vida jurídica y produce sus efectos: crear obligaciones a cargo de los contratantes. Hay un hecho futuro e incierto que es el incumplimiento de una de las partes. Pero cuando ese hecho se cumpla, no solo no se va a extinguir la obligación del deudor (*perpetuatio obligationis*), sino que además generará a favor del acreedor el derecho a poner fin al contrato y a reclamar perjuicios. La objeción tendría sentido si por el incumplimiento del deudor éste pudiera desligarse de su obligación o poner fin al contrato. Pero lo cierto es que frente al incumplimiento del deudor la obligación de éste subsiste aumentada y sólo el acreedor puede legítimamente poner fin al contrato.

Así las cosas, la cláusula de terminación unilateral es una condición resolutoria positiva (que ocurra un hecho: el incumplimiento) y potestativa (depende de la voluntad del deudor), con una particularidad, y es que da lugar a indemnización de perjuicios, a diferencia de otras condiciones resolutorias.

Finalmente, contra el carácter de condición resolutoria de la cláusula de terminación unilateral podría alegarse el hecho de que, según el artículo 1536 del Código Civil, la condición resolutoria es la que por su cumplimiento extingue un derecho y no la que da derecho a extinguirlo, como parece ser el *modus operandi* general de la cláusula resolutoria, en la que el hecho del incumplimiento, más que poner fin al contrato lo que da es derecho a terminarlo. Sin embargo, esa objeción no sería válida, toda vez que es perfectamente posible que una cláusula resolutoria resuelva un contrato *ipso facto*. Lo que pasa es que por razones prácticas, para no perjudicar los intereses del acreedor y por consideración con el deudor, el funcionamiento de dicha cláusula ha sido adaptado para que no opere automáticamente, sino para que sea su beneficiario quien decida si ejerce o no el derecho que le confiere. Además, tampoco es tan cierto que las condiciones resolutorias operen *ipso facto*.

39 Art. 1535. "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga".

Con frecuencia habrá discrepancias sobre si se verificó o no el cumplimiento de la condición, y al igual que con la cláusula resolutoria, será necesario que la parte en cuyo beneficio se pactó informe a la otra de su cumplimiento y de su intención de ejercer el derecho que resulte de ella.

II. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO

Como en principio no hay ni debe haber diferencia alguna entre la terminación unilateral por incumplimiento prevista en la ley y la que tiene su origen en una cláusula libremente convenida por los contratantes, a continuación trataré de manera general las condiciones (A) y los efectos (B) del ejercicio del derecho a dar por terminado unilateralmente un contrato.

A. Condiciones

Por una parte, enunciaré los que a mi juicio son los requisitos necesarios en derecho colombiano para que la terminación unilateral por incumplimiento sea lícita (1). Y, por otra, analizaré los requisitos especiales que la jurisprudencia francesa exige para la validez de la cláusula resolutoria (2).

1. *Requisitos generales en el derecho colombiano*

a. *Mora del deudor.* Al igual que en la terminación judicial, el incumplimiento es requisito esencial para que puedan cesar los efectos de la relación contractual. La diferencia es que mientras en aquella el incumplimiento del deudor apenas genera el derecho de acudir al juez, para que sea éste quien decrete la terminación, bajo un régimen de terminación unilateral es la voluntad exteriorizada del acreedor la que logra esa finalidad. Naturalmente, ese incumplimiento deberá ser consecuencia de un comportamiento culpable del deudor, quien además deberá estar en mora en los términos previstos en el artículo 1608 del Código Civil. No habría incumplimiento si la inejecución es consecuencia de fuerza mayor o de caso fortuito, o de la mora *creditoris*.

¿Cómo debe ser el incumplimiento? Las reglas generales de resolución-terminación judicial previstas en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio no califican el incumplimiento. Tampoco lo hace la mayoría de casos legales de terminación unilateral. Excepcionalmente se le califica, como en el caso del agente, cuyo incumplimiento debe ser grave para que el empresario pueda dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial (art. 1325 C. Co.). O en el caso del contrato de suministro, donde el incumplimiento debe causar perjuicios graves o mermar la confianza de una de las partes (art. 973. C. Co.).

La posición tradicional tanto de la doctrina como de la jurisprudencia colombiana, que además es acorde con la buena fe que debe predominar durante la ejecución de los contratos, es la que considera que el incumplimiento, así sea parcial, debe ser grave o esencial. La resolución-terminación del contrato debe descartarse, como regla general, en los casos en que el incumplimiento sea accesorio o secundario. Esa misma ha sido la tendencia en el derecho internacional y comparado. A manera de ejemplo, los principios de Unidroit exigen para poder dar por terminado unilateralmente un contrato que la falta de una de las partes constituya incumplimiento esencial (art. 7.3.1). La Convención de Viena, relativa a la compraventa internacional de mercancías, acepta la resolución unilateral del contrato cuando se hubiere presentado incumplimiento esencial (art. 73) o incluso antes de la fecha de cumplimiento, cuando "fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato" (art. 72).

Ese incumplimiento esencial puede derivar de una conducta o comportamiento grave del deudor, pero también de haberse causado graves perjuicios, aún si la falta es mínima.

Tratándose de una cláusula de terminación unilateral, es posible que las partes en ejercicio de su autonomía contractual eleven a la categoría de esencial prestaciones que no lo son conforme a los usos y prácticas usuales, o que ellas deseen una ejecución minuciosa del contrato. En ese caso, deberán enunciar de manera clara y exacta cuáles serán las obligaciones cuyo incumplimiento dará derecho a poner fin al contrato. Nada se opone a que los contratantes se sometan a la consigna "ejecución exacta del contrato o su terminación" y se autorice la terminación unilateral para incumplimientos de prestaciones secundarias o accesorias. En Francia se admite el ejercicio de la cláusula resolutoria para obligaciones no esenciales, a condición de que hayan sido expresamente enunciadas en la cláusula. Así las cosas, cuando la terminación unilateral tenga su fuente en la ley o en una cláusula general de terminación unilateral, el incumplimiento debe ser grave o esencial. Pero si en dicha cláusula se ha pactado que el incumplimiento de una o más obligaciones accesorias, las cuales han sido pormenorizadas, dará lugar a la terminación del contrato, deberá concederse plena validez a lo acordado por las partes.

b. *Cumplimiento por parte del acreedor.* El acreedor debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir sus obligaciones. La razón para ello es que si el acreedor hubiere incumplido, el deudor no estaría en mora, conforme lo dispone el artículo 1609 del Código Civil: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlos en forma y tiempo debidos". En consecuencia, si el acreedor estuviere también en mora quedaría desvirtuado el primer requisito para el ejercicio del derecho de terminación unilateral.

c. *Comunicación a la parte incumplida.* El incumplimiento de la obligación por parte del deudor por regla general no acarrea la terminación automática del contrato. Dicho incumplimiento tan solo conferirá al acreedor el derecho de poner fin al

contrato por su sola voluntad, es decir, sin necesidad de que intervenga el juez. Mientras no medie la voluntad exteriorizada del acreedor, el contrato mantendrá su fuerza obligatoria, no obstante el incumplimiento. Es, pues, la decisión del acreedor un acto jurídico unilateral recepticio. "Por el efecto de la cláusula, el incumplimiento genera la aparición del derecho a la resolución a favor del acreedor de la obligación [...] Tan pronto ocurra el incumplimiento, la resolución no dependerá que del ejercicio de un derecho, mediante un acto jurídico unilateral"⁴⁰.

La razón práctica por la cual el contrato no termina de manera automática en caso de incumplimiento es porque la ejecución (o inejecución) de una obligación normalmente supone el despliegue de una conducta que necesariamente debe ser valorada, a falta del juez, por la parte interesada o beneficiaria de esa conducta, es decir, el acreedor. Éste juzgará si la actuación del deudor constituye o no un incumplimiento del contrato, y en caso de que así sea, tendrá la posibilidad de optar a su entera discreción por cualquiera de las siguientes alternativas: 1. dar por terminado unilateralmente el contrato; 2. tolerar la conducta del deudor, concederle una nueva oportunidad para que cumpla su prestación y continuar con el contrato; 3. solicitar al juez la ejecución coactiva de la obligación y 4. solicitar al juez la terminación judicial del contrato. En principio esta última opción no tendría mucho sentido puesto que la cláusula de terminación unilateral ha sido pactada precisamente para no tener que recurrir al juez. Sin embargo, en el evento en que las partes hubieren condicionado el ejercicio de la cláusula al cumplimiento de ciertos requisitos⁴¹, que el acreedor no está seguro de cumplir, es posible que éste prefiera acudir al juez para evitar los riesgos de una eventual terminación abusiva. Con lo anterior aclaro que el pacto de una cláusula de terminación unilateral por incumplimiento no extingue el derecho a la terminación judicial ni tampoco a la ejecución coactiva de la obligación.

Además, si la cláusula ha sido pactada en beneficio del acreedor, no tendría sentido que su ejecución condujera inexorablemente a una ruptura automática del contrato en contra de la voluntad de su beneficiario⁴². La terminación unilateral es un derecho del acreedor y no una obligación. Ruptura automática que además sería muy difícil, cuando no imposible, de aplicar en la práctica. En efecto, el carácter automático de una cláusula resolutoria supondría un hecho ilusorio: que las partes independientemente han valorado de la misma manera la conducta del deudor para deducir su incumplimiento y acto seguido han cesado de ejecutar el contrato cuya terminación han aceptado unánimemente. Eso podría ocurrir frente al incumplimiento de prestaciones muy precisas, como, por ejemplo, el pago de una suma de dinero en un día determinado, uno de los pocos casos en que sería

40 PAULIN. *La clause résolutoire*, cit., 164 y 177.

41 Por ejemplo, la exigencia de un requerimiento previo al deudor para que subsane el incumplimiento o que las partes deban antes intentar ponerse de acuerdo.

42 PAULIN. *La clause résolutoire*, cit., 154.

aceptable el pacto y el ejercicio de una cláusula resolutoria con efecto automático, a semejanza de las hipótesis previstas en el contrato de seguro. Pero la realidad nos enseña que con frecuencia hay discrepancias sobre la ejecución de la prestación y lo que para el acreedor es incumplimiento para el deudor no lo es. Y hasta podría darse el caso en que el deudor, apoyado en el supuesto carácter automático de la cláusula, acepte su incumplimiento y se comporte como si el contrato hubiere terminado, mientras el acreedor, para quien no habido incumplimiento, espera la ejecución de dicho contrato. De ahí la importancia de que el deudor se entere de la posición del acreedor.

Aun si la ley no lo exige, en la mayoría de casos de terminación unilateral el acreedor deberá comunicarle su decisión al deudor. El fundamento no puede ser otro que la obligación de ejecutar los contratos de buena fe (arts. 1603 C. C. y 871 C. Co.), particularmente el deber de colaboración, que entre otras cosas obliga a cada una de las partes a informar a la otra de todo aquello que pudiere interesarle con ocasión de la ejecución del contrato.

La notificación a la parte incumplida está desprovista de formalidades especiales. Si en el contrato no se acordó un mecanismo especial de notificación, es válido cualquier medio de expresión en el que el acreedor manifieste de manera clara su intención de dar por terminado el contrato a causa del incumplimiento. Sin embargo, por razones probatorias son comunes los avisos mediante correo certificado. En el caso en que una de las partes quiera dar por terminado unilateralmente un contrato con base en las facultades amplias y discrecionales previstas en la ley para ciertos contratos, deberán observarse las formalidades correspondientes. Así, por ejemplo, para dar por terminado unilateralmente el contrato de seguro, deberá avisarse por escrito, y si se trata del asegurador, deberá además dar un preaviso mínimo de diez días (art. 1071 C. Co.).

¿Es necesario motivar el aviso de terminación unilateral en el sentido de indicar las causas de la decisión? Considero que no, a menos que la ley lo exija expresamente, como ocurre en el derecho laboral⁴³, o que las partes lo hubieren convenido en el contrato. Basta con que el acreedor invoque de manera general el incumplimiento grave o reiterado del deudor, sin que esté obligado a entrar en detalles o a exponer argumentos, los cuales se podrá reservar para un eventual proceso judicial. Para algunos, la motivación de la ruptura debe ser obligatoria, a fin de facilitar el control *a posteriori* del juez.

Tampoco se requiere, por regla general, que el acreedor conceda un preaviso al deudor para que aminore los efectos de la terminación⁴⁴. En mi opinión, ese

43 El parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo señala que "la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo deberá manifestar a la otra, en el momento de su extinción, la causa o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse causales o motivos distintos".

44 En contra, CARLOS PIZARRO WILSON. "La resolución en el derecho colombiano", en *La*

preaviso sólo sería obligatorio en tres casos: 1. cuando las partes lo hubieren acordado en el contrato⁴⁵; 2. cuando la ley lo exija, como en el caso previsto en el segundo inciso del artículo 973 del Código de Comercio, que regula la terminación unilateral del contrato de suministro en caso de incumplimiento, el cual señala que "en ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor, como se prevé el artículo precedente". Este último a su vez establece que "la parte [...] estará obligada a dar preaviso prudencial a la otra de la fecha en que deba cumplirse la correspondiente prestación" (art. 972 C. Co.); y 3. cuando el preaviso sea consecuencia de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, dadas las circunstancias particulares de la relación contractual.

2. Requisitos especiales para la cláusula resolutoria en el derecho francés

Además de los anteriores, tratándose de una cláusula resolutoria o de terminación unilateral, la jurisprudencia francesa exige unos requisitos adicionales para su validez. En primer lugar, se requiere precisión en la redacción de la cláusula, en el sentido de establecerse de manera concreta cuáles son las obligaciones que se sancionarán con la ruptura unilateral del contrato. Si la resolución judicial sanciona obligaciones implícitas, la cláusula de terminación unilateral sanciona obligaciones expresas⁴⁶. Así, una cláusula que prevea de manera amplia que en caso de incumplimiento la parte afectada podrá declarar resuelto o poner fin unilateralmente al contrato sería ineficaz por imprecisa o por ser una reiteración de la regla general que exige la intervención del juez. Al respecto señalan GHESTIN, JAMIN y BILLIAU: "La Corte de Casación sostiene en primer lugar que la cláusula debe apuntar a un incumplimiento expreso del contrato [...] Ello significa que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que el crea, si ellas no son mencionadas en la cláusula"⁴⁷.

En segundo lugar, es necesario "un requerimiento previo al deudor, recordándole la existencia de la cláusula e indicándole con precisión los incumplimien-

terminación del contrato, cit., 423. Para este autor, "una tercera condición es la necesidad de otorgar un plazo, no para cumplir el contrato, sino para organizar las consecuencias de la ruptura de forma que ésta no signifique un daño innecesario". No estoy de acuerdo. Por regla general, a nadie puede exigírsele que transitoriamente mantenga la relación con quien ha motivado la terminación del contrato debido a un incumplimiento grave.

45 En el laudo arbitral *Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. contra Maalula Ltda.*, proferido el 31 de agosto de 2000, si bien se reconoció la validez de las cláusulas de terminación unilateral, en el caso juzgado la terminación de una de las partes se consideró ilegal puesto que no se respetó el preaviso de un mes de antelación pactado en el contrato para el ejercicio de la facultad de terminación unilateral para cualquier hipótesis, pero en ese caso, el incumplimiento.

46 ALAIN BÉNABENT. *Droit civil. Les obligations*, París, Montchrestien, 2001, 258.

47 JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN y MARC BILLIAU. *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, París, LGDJ, 2001, 659.

tos que se le reprochan y el plazo de que dispone para que se ponga al día⁴⁸. En Colombia, en un laudo arbitral proferido el 19 de agosto de 2005, se acepta de manera general la validez de las cláusulas resolutorias en el derecho colombiano y se acogen los requisitos franceses de la enunciación expresa de las obligaciones cobijadas por la cláusula y del aviso al deudor para que en un plazo razonable subsane el incumplimiento⁴⁹.

Me aparto de los requisitos franceses por excesivos y por constituir una talanquera a la autonomía de la voluntad. Con respecto al primero de ellos, si la razón de ser de la cláusula en mención es privar a la resolución-terminación de su carácter judicial, lo único que debe exigirse es claridad en su redacción, en el sentido de que no quede ninguna duda de que ha sido prevista una facultad de ruptura unilateral en razón del incumplimiento. Que los contratantes estén prevenidos sobre las consecuencias del incumplimiento. Exigir, además, que se incluya de manera expresa cada una de las obligaciones cuyo incumplimiento generaría el derecho a la terminación unilateral es someter a las partes a un engorroso e injustificado procedimiento de previsión que encarecería los costos de celebración del contrato y entorpecería la celeridad que debe acompañar las relaciones contractuales, en especial las de negocios.

En no pocas ocasiones será imposible prever al momento de la celebración del contrato todas las obligaciones que surgirán a cargo de las partes durante su ejecución. Con la exigencia de ese requisito no podría ser sancionado con la terminación unilateral del contrato el incumplimiento de obligaciones no previstas por las partes pero derivadas de conductas abusivas o contrarias a la buena fe⁵⁰. No se puede perder de vista que los contratos obligan "no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural" (art. 871 C. Co.). Lo que verdaderamente debe importar para el ejercicio de la cláusula de termina-

48 BÉNABENT. *Droit civil. Les obligations*, cit., 258 y 259.

49 Terpel de la Sabana contra Tethys Petroleum Company y Meta Petroleum Ltd. Allí se dijo: "Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos, a la cual no tendría porque sustraerse el nuestro, es a la de aceptar la legitimidad de la 'cláusula resolutoria expresa', que se volvió usual en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada de larga duración, que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor, sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, pero con interpretación restrictiva sujeta a requisitos severos.

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

50 Para los defensores del requisito de la enunciación precisa de las obligaciones, señalar que una conducta abusiva o contraria a la buena fe dará derecho a dar por terminado el contrato sería ineficaz por vago.

ción unilateral es el incumplimiento grave o esencial de una obligación, y no si ésta fue previamente incorporada en un listado.

Una enunciación expresa de las obligaciones tendría sentido, y además sería obligatoria, en los casos en que las partes quisieran atribuirle los efectos de la terminación unilateral al incumplimiento de prestaciones secundarias o accesorias, a lo cual nada se opone, como tuvimos oportunidad de revisar. Pero si estamos en presencia de un incumplimiento grave o esencial, repito, es posible dar por terminado el contrato, aun cuando la cláusula de terminación sea general, es decir, del estilo: "El incumplimiento de cualquiera de las partes facultará a la otra para dar por terminado unilateralmente el contrato". Una cláusula así redactada no tiene nada de vaga ni es una repetición de la supuesta regla general de terminación judicial. Por el contrario, expresada de una manera simple, revela la intención inequívoca de las partes de excluir la intervención del juez⁵¹.

Con respecto al segundo requisito, esto es, de hacerle saber al deudor que ha incumplido y darle un plazo razonable para que subsane su falta, me parece excesivo, al menos en Colombia. ¿A cuenta de qué debe el acreedor otorgar plazos adicionales a los ya previstos en el contrato? En Francia esa exigencia encuentra su explicación en la parte final del artículo 1184 del *Code Civil*, que consagra la condición resolutoria tácita, cuando señala que al demandado se le podrá conceder un plazo según las circunstancias. Entonces, si allá el juez puede conceder un plazo adicional al deudor para que cumpla, es entendible que tratándose de una cláusula resolutoria se imponga al acreedor hacer idéntica concesión. Pero lo anterior no aplica en Colombia, donde por regla general al juez no le está permitido otorgar plazos de gracia. Imponer al acreedor que conceda plazos adicionales al deudor para que cumpla es restarle autoridad al contrato.

Ese requerimiento especial sería obligatorio: 1. cuando las partes expresamente lo hubieren convenido en el contrato; 2. en aquellos eventos en los que dada la complejidad de la obligación a cargo del deudor o las circunstancias particulares en que se ha desarrollado de la relación contractual, un requerimiento previo surge de la obligación genérica de ejecutar los contratos de buena fe; y por supuesto, 3. en los casos en que un requerimiento sea necesario para poder constituir en mora, y no se hubiere renunciado a ello, como en el caso del artículo 2007 del Código Civil, que obliga al arrendador a requerir al arrendatario para constituirlo en mora. Por consiguiente, un requerimiento previo al deudor debe limitarse a los casos mencionados, que aplicarían igualmente tanto para el caso de la terminación unilateral por incumplimiento con fuente en la ley como para la

51 En contra de esta opinión, ERNESTO RENGIFO, para quien una cláusula general de resolución "dice mucho pero a la vez no dice nada y por su ausencia de precisión puede no ser de recibo por el juez. Se deben, pues, determinar los incumplimientos que dan lugar a la resolución unilateral del contrato" ("La terminación y la resolución unilateral del contrato", artículo inédito a la fecha en que se escribe esta nota, pero próximo a publicarse).

terminación judicial. El hecho de pactar una cláusula resolutoria no implica por sí solo ni la exigencia al acreedor de efectuar un requerimiento previo al deudor ni una modificación a la regla general de constitución en mora prevista en el artículo 1608 del Código Civil.

Finalmente, hay que tener en cuenta que en los casos en que la facultad de ruptura unilateral tiene su fuente en la ley, no se exige requisito distinto del incumplimiento grave. Adoptar en Colombia los mencionados requisitos franceses conduciría a una distinción injustificada: si la facultad de terminación unilateral tiene su fuente en la ley, basta que haya incumplimiento grave para su ejercicio. En cambio si la fuente es el contrato, entonces el ejercicio de la cláusula requeriría, además, que la obligación incumplida hubiere sido previamente incluida en un listado y que el acreedor haya requerido y otorgado un plazo adicional al deudor.

B. Efectos

La comunicación del acreedor al deudor sobre su decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato a causa del incumplimiento extingue el vínculo jurídico (1), pero sin perjuicio de que cualquiera de los antiguos contratantes acuda al juez (2).

1. La extinción del vínculo jurídico

Puesto en conocimiento del deudor, el acto jurídico unilateral del acreedor produce los efectos pretendidos por éste: la terminación del contrato. Mientras la eficacia de la terminación judicial deriva de la sentencia condenatoria de un juez, la terminación unilateral es el resultado de la voluntad exteriorizada del acreedor. La principal consecuencia es la extinción del vínculo jurídico y con ello, la consecuente liberación de las partes. La terminación es eficaz y definitiva con independencia del resultado de un futuro proceso judicial que cualquiera de las antiguas partes llegare a promover.

Enterado el deudor de la decisión del acreedor, éste no podrá retractarse de su decisión puesto que el acto jurídico que la motivó ha sido consumado. Si el acreedor quisiera revocar su decisión, deberá contar con la aquiescencia del deudor. Para la anterior solución me apoyo en el artículo 2010 del Código Civil: "El que ha dado noticia de la cesación del arriendo, no podrá después revocarla sin el consentimiento de la otra parte". Sin embargo, para otros, ni siquiera de común acuerdo es posible revivir el contrato terminado. La única posibilidad es celebrar un nuevo contrato, así sea de manera tácita⁵².

52 MARTÍN DE LA MOUTTE. *l'acte juridique unilateral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, 1987, citado por PAULIN. *La clause résolutoire*, cit., 242.

Es común la afirmación según la cual, en caso de incumplimiento, los contratos de ejecución instantánea se resuelven, con efectos retroactivos, y los contratos de ejecución sucesiva se terminan, con efectos hacia el futuro, dejándose en firme los efectos ya producidos. No obstante, lo que parece ser cierto es que ambas categorías de contratos admiten tanto efectos retroactivos como efectos hacia el futuro.

Ocurrida la resolución de un contrato de ejecución instantánea habrá efectos hacia el futuro, en el sentido de que "la eficacia que aún no ha producido el contrato resuelto, queda extinguida"⁵³. El contrato resuelto deja de producir efectos hacia el futuro. Si el acreedor está pendiente de pagar al deudor una parte del precio, ya no estará obligado a hacerlo. Además, el contrato resuelto producirá efectos que se remontarán retroactivamente al momento de su celebración, como si nunca se hubiere celebrado. Si las obligaciones del contrato han sido ejecutadas total o parcialmente, cada parte deberá restituir lo que hubiere recibido. Así, por ejemplo, en el caso de resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, el comprador estará obligado a restituir la cosa y aquél, a restituir el precio. La retroactividad no dejará de operar por el hecho de que exista imposibilidad material o jurídica para restituir alguna de las prestaciones *in natura*, ya que en esos casos la restitución se haría por equivalente.

Tratándose de un contrato de ejecución sucesiva, habrá efectos hacia el futuro, por cuanto las partes quedan liberadas de sus obligaciones y ninguna de ellas puede resultar compelida a ejecutarlas. Así, por ejemplo, si a la fecha de la terminación de un contrato de suministro faltaban seis meses para el vencimiento del término acordado, ese período restante ya no será vinculante. Pero, además, la terminación por incumplimiento de un contrato de ejecución sucesiva también producirá efectos retroactivos, que se remontarán, por regla general, no al momento de su celebración, como ocurre con los contratos de ejecución instantánea, sino al momento del incumplimiento⁵⁴. Siguiendo con el ejemplo del contrato suministro, si el consumidor ha pagado el precio pero el proveedor no ha cumplido su prestación durante los dos últimos períodos, lo que ha motivado la ruptura del contrato, los efectos retroactivos implicarán que el proveedor quedará obligado a restituir el precio recibido. Esa retroactividad será parcial, puesto que durante un tiempo el contrato cumplió su finalidad y no habría ningún interés para dejar sin efectos lo que satisfizo a ambos contratantes.

Retroactividad no solamente significa dejar a las partes en la misma situación en que se encontraban al momento de celebrar el contrato, como si este nunca hubiere existido. Retroactividad implica que la terminación de un contrato produce efectos sobre hechos ocurridos con anterioridad a ella. Si los efectos se remontan

53 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, cit., 562.

54 CHABAS. *L'inexécution licite du contrat*, cit., 89.

al momento de la celebración del contrato, la retroactividad será total. Si en un momento posterior, la retroactividad será parcial. Naturalmente, en una terminación unilateral el lapso entre el incumplimiento y la terminación será mucho más corto que en una terminación judicial.

Ahora bien: una retroactividad total en contratos de ejecución sucesiva sería posible en dos casos: 1. cuando la economía del contrato lo aconseje o 2. cuando las partes lo hubieren convenido. El primer caso se presenta cuando el contrato forma un todo indivisible y una terminación con efectos hacia el futuro podría resultar injusta para alguna de las partes⁵⁵. Una decisión de la Corte de Casación francesa nos ofrece un ejemplo de retroactividad total en un contrato de ejecución sucesiva⁵⁶: Unos expertos habían sido contratados para realizar unos estudios para una compañía. Aquellos incumplen sus obligaciones, el contrato de prestación de servicios se declara resuelto y se les condena a la restitución de la totalidad de las sumas recibidas por concepto de honorarios. Los expertos presentan recurso de casación, en el cual alegan que el contrato debía terminar con efectos hacia el futuro y no con efectos retroactivos. La Corte de Casación rechaza el poder bajo el argumento de que "en la intención de las partes, las prestaciones, aunque escalonadas en el tiempo, formaban un todo inseparable"⁵⁷.

En el segundo caso, es la voluntad de las partes la que determina los efectos de la terminación y no la economía del contrato. Tratándose de una cláusula resolutoria, con frecuencia los contratantes prevén los efectos de esa terminación y la sanción aplicable. Ese pacto es válido y eficaz aún si las prestaciones ejecutadas no pueden deshacerse ya que siempre será posible una restitución por equivalente.

2. La posibilidad de acudir al juez posteriormente

La facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato comporta un riesgo para su autor: el de ejercitar su derecho en forma ilegal o abusiva. El acreedor debe ser muy objetivo e imparcial al momento de calificar la conducta del deudor para deducir un incumplimiento. Una ruptura ilegal o desproporcionada comprometerá su responsabilidad. Terminado el contrato unilateralmente, el deudor podrá luego acudir al juez para cuestionar la decisión del acreedor.

El juez revisará que se hayan cumplido las condiciones para ejercer la facultad de terminación y decidirá si el acreedor ejerció o no su derecho de manera legítima. Si el juez considera que no hubo falta del deudor, la terminación será declarada ilegal. Si, por el contrario, considera que los presupuestos de la terminación se hallaban reunidos, el deudor-demandante será condenado en costas, y eventual-

55 FRANCOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE. *Droit civil les obligations*, octava edición, París, Dalloz, 2002, 635.

56 Ejemplo citado por PAULIN. *La clause résolutoire*, cit., 100.

57 Ídem.

mente al pago de los perjuicios, si hubo demanda de reconvencción por parte del acreedor. La sentencia siempre será declarativa, a diferencia de la terminación judicial en donde la sentencia es constitutiva.

Cuando la terminación del contrato por parte del acreedor sea declarada ilegal por el juez, ¿cuál será la consecuencia? En mi opinión, esa terminación será eficaz (distinto de lícita) pero comprometerá la responsabilidad de su autor, quien deberá indemnizar los perjuicios causados. Aunque no debe descartarse la posibilidad de que el juez mantenga la fuerza obligatoria del contrato ilegalmente terminado, en la práctica esa continuidad sería muy difícil, no solo por el tiempo que habrá transcurrido entre la fecha de la terminación y la de la sentencia, sino porque un contrato supone una relación de confianza entre las partes que difícilmente podrá mantenerse desde que una de ellas ha buscado desligarse unilateralmente del contrato y la otra la ha demandado. Además, obligar a la parte que unilateralmente dio por terminado el contrato a que reanude la relación contractual con su antiguo contratante implicaría dejar sin efectos el contrato que aquélla celebró después para reemplazar a la parte terminada, lo que podría afectar los derechos de terceros de buena fe. Por lo anterior, la solución más razonable parece ser la de condenar al pago de la indemnización de perjuicios.

Pero es posible que sea el mismo acreedor quien acuda al juez para hacer valer los efectos de la terminación, en caso de renuencia o falta de colaboración del deudor. Esos efectos comprenderán restituciones, si las hubiere, e indemnización de perjuicios. Así, el arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento, pero si el arrendatario no restituye el inmueble, y además debe algunos cánones, deberá iniciar un proceso de restitución y posteriormente ejecutarlo por las sumas debidas. El licenciante de una marca podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de licencia, pero si el licenciataria continúa usando la marca, deberá adelantar las acciones de infracción correspondientes.

En casos como los anteriores, en los que el acreedor de todos modos se ve obligado a iniciar un proceso judicial contra el deudor, la terminación unilateral tendría la ventaja de que libera al acreedor y le permite sustituir de manera definitiva al contratante incumplido.

