
[Tutela del acreedor frente al deudor incumplido]*

» FERNANDO HINESTROSA**

1. Concebida la obligación como un deber de colaboración intersubjetiva¹, su función es precisamente la de satisfacer el interés del acreedor, satisfacción en la que el deudor ha de poner todo su empeño, en las condiciones correspondientes a la naturaleza de la prestación a las disposiciones generales y singulares de ley, y en las obligaciones surgidas del ejercicio de la autonomía privada, además, a las estipulaciones del negocio.

La satisfacción del acreedor, realizada en general por el deudor, único obligado a ella, tiene por efecto básico extinguir la obligación, al haberse realizado su función y, por consiguiente, libera al deudor (*solutio*). La insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria o definitiva, implica una anomalía, que de ordinario se imputa al deudor y, más concretamente, a un mal comportamiento suyo, al margen de las cargas probatorias: si incumbe al acreedor demostrar la culpa

* Publicado originalmente en AA.VV., *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*, Lima, Grijley, 2007, 180 ss. Para citar el artículo: F. HINESTROSA, "Tutela del acreedor frente al deudor incumplido", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, julio-diciembre de 2016, 5-21. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.01>

** Rector de la Universidad Externado de Colombia (1063-2012), Bogotá, Colombia. La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fuera su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya han sido publicados, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a volverlos a presentar, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

1 BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.

del obligado o es a este a quien corresponde probar su inocencia². Desde un comienzo en el desarrollo histórico de la relación obligacional, surgió el problema del alcance de la obligación del deudor: a qué y hasta dónde está obligado, y por ende, el del estándar de conducta con el que se ha de comparar su actuación, con la eventualidad de tener que responder por el mero hecho de la insatisfacción³.

2. El deudor debe la prestación, cuya ejecución es el cumplimiento de la obligación; no está en su arbitrio realizar la prestación *in natura* o dar al creador su equivalente pecuniario. Desde el derecho justiniano se abrió la posibilidad para el acreedor de demandar la ejecución específica, que en el derecho actual se encuentra acompasada a las características de las distintas clases de prestación. Delante del incumplimiento del deudor no solamente subsiste la obligación (*perpetuatio obligationis*), con la misma prestación, de ser aún factible su ejecución, o convertida en dinero, sino que, además, se genera un nuevo crédito, adicional, por el valor de los perjuicios que dicho cumplimiento le haya ocasionado al acreedor⁴. Con la posibilidad para este de pretender desde un principio el equivalente pecuniario (*circa ipsam rem*) y la indemnización de los perjuicios, o de llegar a esa pretensión ante el fracaso o la dificultad de la ejecución *in natura* intentada⁵.

Responsabilidad patrimonial que, en últimas, le permite al acreedor perseguir bienes del deudor, en medida adecuada, para que con el producto de su remate o por el valor de su adjudicación a él se cancelen principal, perjuicios y costas procesales.

No en todos los tiempos ni en todos los ordenamientos han sido unas mismas las facultades extraordinarias concedidas al acreedor para la tutela de sus intereses delante de la inejecución de la obligación por parte del deudor. Universalmente se le otorga poder para demandar al subrogado pecuniario y la indemnización de perjuicios, y podría agregarse que ha sido la tendencia generalizada, y que lo excepcional es la ejecución específica. En el *Common Law*, la

2 HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, I, Bogotá, 2002, n.º 136. Cfr. arts. 1314 a 1316 c.c. per.

3 GAYO, *Instituciones*, III, 205 ss.

4 Es un lugar común la presentación del fenómeno, particularmente en la doctrina francesa, como obligación de pagar daños y perjuicios (*dommages-intérêts*), así se hable del “equivalente”, pero sin discriminación entre lo que corresponde al subrogado pecuniario de la prestación o débito secundario y lo que viene por concepto de indemnización de los daños causados por el incumplimiento. Cfr. por todos Ph. MALAURIE, Ph. y AYNÈS, L., *Obligations*, 2, *Contrats et quasi-contrats*, 11.ª ed., Paris, 2001/2002, n.º 588, 357; TERRÉ, F., SIMLER, Ph. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les Obligations*, 8.ª ed., Paris, 2002, n.º 558, 538. “[L]a obligación puede extinguirse por el hecho de su inejecución; en efecto, a veces el crédito originario es reemplazado por una nueva obligación: reparación del perjuicio causado por la inejecución, crédito de daños y perjuicios (ejecución por equivalente)”: MAZEAUD, H. y L., Mazeaud, J. y Chabas, F., *Leçons de droit civil*, t. I, 1.ª ed., *Obligations, Théorie générale*, 9.ª ed., n.º 1080, 1136.

5 Art. 1453.2 c.c. ital. Cfr. ALPA, G., *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, n.º 14.4, 154, y en ese sentido, la jurisprudencia en general.

*specific performance*⁶, entendida como una “providencia de la corte que compele al demandado a hacer personalmente lo que prometió”, es “un remedio excepcional”, comoquiera que “el deber de estar al contrato en el *Common Law* significa la previsión de tener que indemnizar daños si no se cumple, y nada más”, en tanto que en los ordenamientos de tradición romanista dicha orden constituye una primera opción, naturalmente desde que sea factible y persista el interés del acreedor en el débito primario⁷. De otra parte, la normatividad prevé distintas modalidades para llegar a la ejecución específica, como conviene a cada clase de prestaciones y a las particularidades de estas.

3. Es natural que el derecho se preocupe por tutelar adecuadamente el derecho de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los mejores instrumentos para su satisfacción cabal o, en últimas, su frustración menor. En ese sentido no tiene por qué extrañar la tendencia a considerar delantadamente la posibilidad de ejecución coactiva específica de la prestación, que, sin duda, es la manera natural de satisfacer el interés del acreedor con el resultado prevenido en el título, podría decirse que sin otros límites que los de la subsistencia de dicho interés, de la naturaleza o el estado de la cosa, en su caso, de la capacidad física y mental del deudor y, eventualmente, de la necesidad de asegurar la *pars condicio creditoris*.

4. El deudor, por el solo hecho de serlo, al no cumplir, queda expuesto a la ejecución forzada por parte de su acreedor, específica o por el equivalente pecuniario, y además por los perjuicios causados a este con su renuencia. Responde con sus bienes actuales y con los que llegue a adquirir en el futuro, ilimitadamente; íntegros esos bienes quedan expuestos a la acción del acreedor o de los acreedores, que pueden perseguirlos singularmente, en coligación inicial o posterior, o universalmente, demandando su embargo, secuestro, avalúo y remate, para alcanzar a la postre el pago de sus créditos con el producto de la subasta o con la adjudicación a ellos, a prorrata del monto del crédito o atendiendo a motivos de preferencia, de modo que los acreedores ven el patrimonio del deudor y su porvenir como el último respaldo con que cuentan; es la así llamada “prenda general” de los acreedores sobre los bienes del deudor.

En tal sentido la responsabilidad del deudor, por el hecho de serlo, es ilimitada, lo que quiere decir que va hasta concurrencia del valor de la obligación más el monto de los perjuicios que su incumplimiento irroque al acreedor y de los costos que haya implicado su cobro, y que puede hacerse efectiva sobre el bien

6 Cfr. WHEELER, S. y SHAW, J., *Contract law, cases, materials and commentary*, Oxford, 1994, 863 ss.; CHSHIRE, FIFoot y FURMON'S, *Law of Contract*, FURMSTON, M. P., 12.^a ed., London, Dublin, Edimburg, 1991, 628 ss.; TREITEL, G. H., *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1988, n.º 62 ss., 63 ss.

7 MAZEAUD y CHABAS, ob. cit., n.º 933, 1019.

o los bienes que el acreedor persiga dentro del elenco de los pertenecientes al deudor, sin que, en principio, este pueda limitarla a determinadas circunstancias, factores o cuantía, como tampoco circunscribir su exposición a determinados elementos del activo.

Ello implica que el deudor incumplido está expuesto a la acción persecutoria de sus acreedores, singular o universal, como lleguen a presentarse las circunstancias, sin poder destacar uno o varios bienes para circunscribir a él o ellos la expropiación forzosa en que consiste el remate en el proceso ejecutivo, pues la iniciativa y la selección competen a sus acreedores.

De otra parte, téngase presente que los acreedores han de limitar sus pretensiones de seguridad y ejecución a los bienes cuya venta sea menester “hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de cobranza”, y que, al decretar medidas ejecutivas, el juez ha de evitar el exceso.

“El acreedor no está facultado para pedir la aprehensión de todos los bienes del deudor”; la morigeración de su derecho está prevenida por un doble concepto: de una parte, el *beneficium competentiae*, que viene del derecho romano clásico⁸: *pago con beneficio de competencia*, “concedido por regla general, a personas determinadas, por obligaciones determinadas, con base en la consideración equitativa de relaciones especiales que tenían con el acreedor”⁹; beneficio con arreglo al cual, dentro de la totalidad del activo del deudor, el acreedor respectivo ha de dejarle “lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancia, y con cargo de devolución, cuando mejore de fortuna”: *aliquid sufficiens ne egeat* (art. 1684 c.c. col.), y de otra, los límites que las normas civiles y procesales imponen a las medidas ejecutivas, de modo de sustraer de la persecución los llamados “bienes inembargables”: determinada parte del salario, prestaciones sociales, el menaje doméstico, los instrumentos de trabajo personal.

5. Adicionalmente a la llamada responsabilidad ilimitada del deudor, primaria y aneja a toda obligación, puede darse una responsabilidad complementaria: caución o garantía, personal o real –secundaria– (garantía-responsabilidad, pero no obligación)¹⁰; con la cual se amplían el poder y la confianza del acreedor pues, en lugar de una sola persona (un solo patrimonio), le responden varias, por el total o parcialmente, en forma solidaria o una como principal y la otra u otras como subsidiarias (fianza ordinaria); o más intensos: aparte de la acción sobre los bienes del deudor y de los garantes, el acreedor puede dirigirse, por así decirlo,

8 GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 6.ª ed., Napoli, n.º 1, 18.5.3, 208 y n.º 75.7, 700; BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, 4.ª ed., Torino, 1993, 595 ss.

9 “Por un motivo de humanidad –Papiniano– el legislador ha querido que los jueces puedan llegar a la situación del deudor infortunado y de buena fe, mediante la concesión de un plazo moderado [...] *humanitatis gratia*”: DEMOLOMBE, CH., *Traité des contrats: ou des obligations conventionnelles en général*, t. 25, Paris, 1880 n.º 592.

10 BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, parte 1.ª, Padova, 1962, § 147, 150 ss.

“contra el bien gravado”, sobre cuyo precio obtenido en el remate tiene preferencia.

La garantía personal: solidaridad, fianza solidaria, fianza ordinaria, aval, garantía de cumplimiento, seguro de cumplimiento, seguro de vida del deudor, hace responsable frente al acreedor a un tercero que no es deudor suyo, con respaldo en íntegro su patrimonio, por la totalidad o por parte de la obligación del deudor, según los términos del contrato respectivo y, en el caso de solidaridad, también según la norma legal.

6. Esta regulación general del funcionamiento anómalo de la relación crediticia se complementa con la disciplina propia de las obligaciones surgidas del negocio jurídico, y dentro de ella, además, con la específica de algunas categorías de negocios y más singularmente de contratos.

La referencia se contrae en este estudio a la disciplina de los contratos de prestaciones correlativas o recíprocas (“*correspectivas*”, a la italiana), llamados tradicionalmente bilaterales o sinalagmáticos, y ahora también “recíprocos”¹¹. Disciplina que se proyecta en la excepción de contrato no cumplido o, mejor, no ejecutado, la acción resolutoria y la asignación de los riesgos.

7. El fenómeno resolutorio priva de eficacia al acto de autonomía como sanción al incumplimiento o como solución al desajuste sobrevenido, sea que se le prevenga expresamente, sea que se desprenda del juego de las obligaciones contraídas en él, y en todo caso tiene un efecto de superación de la crisis por medio de la eliminación del contrato y, en lo posible, la vuelta de las cosas al *statu quo ante*.

8. Ante la insatisfacción de una de las partes como acreedora de obligación correlativa resultante de contrato de prestaciones recíprocas, es preciso establecer el porqué de la inexecución o ejecución insuficiente o inadecuada de la prestación a su favor, a fin de determinar la suerte de la obligación y del contrato, de acuerdo con las circunstancias.

En oportunidades la insatisfacción es producto de una imposibilidad debida a un caso de fuerza mayor o fortuito; en otras, la inexecución es imputable al deudor, que, según las varias hipótesis y el alcance de su compromiso, comporta su responsabilidad al no haber podido demostrar su extraneidad a los hechos o su inocencia. Bien se aprecia entonces la trascendencia del concepto de inexecución, asimilado al incumplimiento, con su carga de reproche, dependiente, en últimas, de lo que se entienda por tal¹².

11 DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El contrato en general*, t. II, Lima, 2003, 300 ss.

12 El artículo 7.1.1 de los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT prevé: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”. Cfr.

9. Se resuelven los contratos de prestaciones correlativos por incumplimiento de los deberes que originan, o por imposibilidad de la prestación o de la continuidad de la ejecución del contrato.

En el propio contrato puede preverse expresamente la eventual falta de cumplimiento y disponerse para entonces pautas especiales que refuercen lo ordenado legalmente, las que tendrán los alcances que la norma otorga, o constituirán supuesto de aplicación de otras instituciones (como el pacto comisorio) con régimen singular.

10. La resolución presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado. Delante de un incumplimiento, o más propiamente de un incumplimiento grave de obligación fundamental, de un contrato de prestaciones correlativas por parte de cualquiera de los contratantes, se abre para el otro la alternativa que nítidamente plantean los distintos ordenamientos: “pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (arts. 1546 c.c. col., 870 c.co. col. y 1428 c.c. per.). La pretensión resolutoria por incumplimiento va, pues, sobreentendida en el contrato de prestaciones correlativas.

La resolución es una medida definitivamente liberatoria del contratante cumplido, en tanto que la excepción de contrato no cumplido es una medida defensiva provisional (“legítima defensa contractual”)¹³, que le evita el riesgo de perder la propia prestación y mantiene el equilibrio de la relación. Una y otra corresponden al arbitrio del acreedor, quien, según las circunstancias y sus intereses, tomará la opción, a su mayor conveniencia, corriendo, naturalmente, el riesgo de exceso o desacierto en el ejercicio de su pretensión o de su defensa. Otra cosa es la indemnización del daño, medida de carácter eminentemente reparador o resarcitorio, y no punitivo, y que bien puede bastarle provisionalmente al acreedor.

11. El contratante cumplido o presto a cumplir, como en general todo acreedor, ante su insatisfacción por el incumplimiento del deudor, acá contraparte, puede optar entre la ejecución de la prestación debida *in natura* y la resolución/terminación del vínculo. Acá también analizará la situación, con arreglo a consideraciones que rebasan el ámbito jurídico; hará sus cuentas acerca del riesgo y del “costo” de cada alternativa y decidirá. En el perfecto entendido de que, habiendo perseguido el cumplimiento, ante el fracaso de dicha opción, puede desistir de ella y pretender la resolución o terminación del contrato¹⁴, y de que nada obsta para la renuncia anticipada a la pretensión resolutoria –por ambas partes, o por

EBERHARD, S., *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, Lausanne, 2005, 95 ss.

13 BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 9.^a ed., Paris, 2003, n.º 387, 255.

14 Así, expresamente, el artículo 1453 c.c. ital.

una de ellas unilateralmente—, caso en el cual la tutela de su derecho quedaría circunscrita a la ejecución específica de la prestación o prestaciones.

12. Cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del contrato. Adicionalmente, lo pueden hacer sus herederos, el cesionario del contrato, el cesionario de la acción, el estipulante contra el promitente en la estipulación para otro, el fiador, sus acreedores y los demás legitimados en acción oblicua o subrogatoria.

Para impetrarla no es menester la constitución del deudor en mora; basta el solo incumplimiento, así en las más de las oportunidades coincidan la exigibilidad, el incumplimiento y la mora¹⁵. La presencia de un perjuicio derivado del incumplimiento tampoco es requisito de la acción resolutoria.

13. Delante de una pretensión resolutoria por incumplimiento, lo primero que debe apreciar el juez es la realidad y la gravedad de este. En efecto, el equilibrio contractual, las exigencias de la buena fe y el principio de la salvación del contrato han de ponerlo en guardia frente a eventuales excesos, abusos, aprovechamientos indebidos del demandante.

Ante todo, la obligación por cuya inexecución se reclama ha de ser básica dentro de la función del contrato, ser una de las que establecen la interdependencia o correlatividad propia del contrato bilateral¹⁶. De ese modo, en las hipótesis de inclusión de obligaciones colaterales o de aglutinación de contratos no podría invocarse el incumplimiento de una de aquellas o de estos, salvo la existencia de una relación funcional y económica íntima con una obligación fundamental o con el contrato principal, que haya sido razón determinante de ambas partes o de una de ellas con conocimiento de la otra para la celebración del contrato.

Además, la falla ha de ser de entidad mayor; sólo un incumplimiento grave de obligación fundamental¹⁷, que afecte grandemente la economía del contrato o, en los contratos asociativos, que comprometa la confianza recíproca apreciada al momento en que acaece, permite el ejercicio de la acción; la magnitud y la trascendencia de la insatisfacción son apreciables al momento en que ocurrieron.

15 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, ob. cit., 401 ss.

16 Cfr. ibíd., 291.

17 “Grave significa que la resolución debe ser ciertamente pronunciada cuando hay inexecución total de una obligación esencial. Hay lugar a la apreciación del juez cuando hay inexecución total de una obligación accesoria [determinante de la celebración del contrato] o inexecución parcial de una obligación principal. [...] El juez no se limita a comparar la culpa y el daño, sino que también examina la utilidad y la posibilidad que hay todavía de ejecutar el contrato en el futuro, lo que explica la importancia de los poderes que se le confieren. El perjuicio no es una condición de la resolución, se le tiene en cuenta a fin de saber si el incumplimiento es suficientemente grave como para justificar la resolución”: MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., n.º 480, 284.

La magnitud y la gravedad del incumplimiento no están prevenidas en nuestra legislación como factores que ha de sopesar el juez frente a la demanda de resolución por incumplimiento o, en su caso, sobre la excepción de contrato no cumplido, y la jurisprudencia se orientó a considerar el allanamiento oportuno del deudor a cumplir sus obligaciones y la “recalcitrancia” del acreedor como factores de moderación.

En general, la jurisprudencia nacional estimó que el incumplimiento total o parcial de una obligación principal, como el de cualquier obligación accesoria o secundaria surgida del contrato, da lugar a la resolución del contrato¹⁸. A la postre, todo incumplimiento.

Empero, no obstante el carácter aparentemente definitivo de esa doctrina jurisprudencial, se ve la necesidad de precisar si incluso el incumplimiento de una obligación esencial ha de revestir cierta importancia, atendiendo a la economía del negocio, o si, por el contrario, cualquiera infracción de esa obligación, aun una mínima o de poca monta, o aquella que, no obstante ser de alguna entidad, no alcanza, por sí misma, a desquiciar el equilibrio entre las prestaciones recíprocas a cargo de las dos partes, en el sentido de que, a pesar del incumplimiento, la función o finalidad que ellas se propusieron al celebrar el contrato se obtiene, es suficiente para que se decrete la resolución del contrato bilateral. De otra parte, en tratándose del incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias deberá precisarse si basta la simple comprobación de su no ejecución por el deudor, ya sea total o parcial, para que, de manera automática, se desencadene la resolución o terminación del contrato o si, por el contrario, para que el incumplimiento tenga ese efecto debe necesariamente repercutir en el equilibrio económico del contrato, al punto de desquiciar la finalidad perseguida por las partes al celebrarlo. El hecho es que ahora la Corte Suprema considera que, “para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso”¹⁹.

18 *Versus*: “Corresponde al juez apreciar en cada caso si la inexecución es tal que debe pronunciarse la resolución o si, por el contrario, la prestación ejecutada presenta un interés suficiente para el acreedor, a quien ha de reconocérsele una indemnización para compensar la diferencia. [...] En la práctica la decisión del juez depende de la medida de la inexecución y de la buena o mala fe de las partes”: MALINVAUD, Ph., *Droit des obligations*, 7.^a ed., Paris, 2001, n.º 302 ss., 208 ss.

19 “[E]n los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra. [...] De manera que, para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc.”: cas. col. 11 septiembre 1984. Incumplimiento total o parcial: cas. 26 de agosto de 1986. “[E]se conjunto de factores que permiten la constitución legal del derecho de resolución, sobre

14. De ordinario, la resolución ha exigido demanda y decreto judicial, salvo cuando asume el carácter de denuncia o arbitrio unilateral, caso en el cual constituye el medio de defensa-ofensa del sujeto negocial frente a las maniobras elusivas de su contraparte, al que acude según su criterio²⁰.

Ipsa jure, no se resuelven los negocios por incumplimiento, pues sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que frente a su afirmación de no haber sido satisfecho por el deudor, por principio discutible y rebatible, ha de aceptarse la posibilidad de que el deudor no sea responsable en razón de circunstancias exoneradoras, lo cual ha de ser dilucidado en un proceso contradictorio.

La propia hipótesis de resolución por efecto del pacto comisorio (prevvenida por el art. 1935 c.c. col.) no opera de por sí, e impone al vendedor la carga de requerir a su comprador para el cumplimiento, quien podrá enervar la demanda, “pagando el precio a lo más tarde, en las 24 horas subsiguientes a la notificación judicial”.

Los ordenamientos se enderezan hoy a obviar el trámite y la sentencia judiciales para la resolución, sobre la base de un previo requerimiento de satisfacción de la prestación no atendido por el contratante incumplido, cual lo disponen los artículos 1454 c.c. italiano, 1430 c.c. peruano y recientemente, con laconismo excesivo, el 474 c.c. brasileño, y lo previene el artículo 1158.3 del Anteproyecto de reforma del código civil francés²¹.

15. Cuando se acuerda que el incumplimiento de una de las partes permite a la otra dar por resuelto o terminado el contrato, ese pacto de resolución convencional se denomina pacto comisorio, en recuerdo de la *lex commissoria* del derecho romano, la cual, como se sabe, autorizaba al vendedor para resolver el contrato si el comprador no le pagaba el precio.

En el ordenamiento colombiano, para el caso de la compraventa está previsto ese pacto, definido como aquel en el que “se estipula expresamente que, no

la base insustituible de una relación jurídica bilateral de origen contractual –susceptible por esta índole de admitirlo–, bien puede reducirse a una fórmula esquemática simple, expresada en los siguientes términos: un incumplimiento de entidad o gravedad suficiente, imputable al contratante demandado, siempre que el actor no haya observado, por su parte, un comportamiento excluyente del derecho de resolución y, además[,] no se halle en situación de incumplimiento respecto de las obligaciones a su cargo”: cas. 15 de marzo de 1990.

20 “A contrariedad del art. 1184 del *Code Civil* [...], la jurisprudencia aceptó bien pronto la ruptura unilateral del contrato sin contar con el juez y sin que ninguna disposición legal o una cláusula convencional la autorizara, en cuanto el interés de una de las partes lo exigiera imperiosamente [...]. Cuando un contratante ha faltado gravemente a sus obligaciones, su contraparte puede tomar la iniciativa de romper unilateralmente el contrato, sea él de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva y, en este caso, de duración determinada o indeterminada”: TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, ob. cit., n.º 660, 639.

21 *Infra* § 20. Cfr. FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3.ª ed., Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 321 ss.

pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”. Las normas correspondientes, al señalar cuáles son sus efectos según la manera como haya sido redactada la cláusula, han dado lugar a que, doctrinaria y jurisprudencialmente, se distinga entre el pacto comisorio simple y el pacto comisorio calificado o que lleva la cláusula de resolución *ipso facto*.

Dejando de lado la llamada “condición resolutoria expresa” y el “pacto comisorio”, aquella porque es una mera versión expresa de la acción resolutoria inherente a todo contrato recíproco, y este porque tiene un tratamiento específico en las normas procesales, se observa que la estipulación de resolución unilateral es de la mayor importancia en la actualidad.

No trae nuestro código civil texto que la consagre y discipline. Sin embargo, se ha vuelto cláusula de rigor en los contratos de ejecución sucesiva y de larga duración, en previsión de incumplimiento grave, cuyo juicio y resultado resolutorio implicaría un proceso dilatado, lo que contradice la necesidad de solución pronta, a veces inmediata, so pena de padecimiento de quebrantos cuantiosos, posiblemente irreparables.

Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos –seguida, entre otros, por el italiano, artículo 1456 c.c., a la cual no tendría por qué sustraerse el nuestro– es la de aceptar la legitimidad de la “cláusula resolutoria expresa”²², que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato no ejecutado por su deudor, sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, pero sujeta a requisitos severos, tanto en su formulación como, especialmente, en su empleo, y dejando a salvo la protesta de la contraparte y su derecho a acudir al juez para que declare la ilegalidad o la falta de justificación de su aplicación, y de ese modo obtener, según sea el caso, un pronunciamiento que restablezca el contrato, con indemnización, o sin más, el resarcimiento de todos los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura indebida²³⁻²⁴.

22 Art. 1456 c.c. ital.: “A la parte incumplida, la otra parte la puede requerir por escrito para que cumpla en un término congruo, con la declaración de que transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto. El término no puede ser inferior a 15 días, salvo pacto diferente de las partes, o que de la naturaleza del contrato o según los usos resulte un término congruo menor. Si transcurrido dicho término no se ha cumplido, el contrato quedará resuelto de derecho”.

23 Cfr. Sacco, R., “La risoluzione per inadempimento”, en *Tratato di diritto privato*, 10, dir. P. Rescigno, Torino, 1982, n.º 9, 522 ss. “Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas; en este caso la resolución opera de derecho cuando la parte interesada declara que quiere valerse de la cláusula resolutoria. [...] Para evitar que el deudor realice la prestación por fuera del término indicado, con retardo, la otra parte puede intimar por escrito a la incumplida para que cumpla dentro de un término congruo, al cabo de cuyo transcurso inútil, el contrato se entenderá resuelto. [...] El término indicado en el requerimiento es esencial”: ALPA, ob. cit., n.º 14-5, 155. “La resolución del contrato se produce automáticamente cuando la parte interesada declara a la otra parte que quiere valerse de la condición resolutoria”: CARNEVALI, U., “Risoluzione del contratto”, en *L'obbligazione e il contratto*, Estratto dalle *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. Bessone, 11.ª ed., Torino, 2004, 708.

Esas cláusulas han de indicar los supuestos de hecho para su ejercicio. Son de interpretación estricta. En veces operan de pleno derecho a discreción de la parte interesada, otras, exigen requerimiento con señalamiento de los hechos y el transcurso en vano de un término allá mismo establecido. Por lo demás, alternan con las restantes medidas comunes.

La cláusula sólo abarca las obligaciones estipuladas en el contrato; a veces únicamente aquellas previstas a propósito en ella, y la parte que ejercite ese derecho ha de individualizar a plenitud el incumplimiento. Al juez que revisa su empleo no le es dado entrar a calificar la gravedad del incumplimiento, aun cuando sí podría abstenerse de homologar la resolución, observando que la cláusula no fue empleada de buena fe²⁵.

Esa innovación, que prescinde del presupuesto de la decisión judicial, aun cuando no elimina la calificación *a posteriori* por el juez, ha llevado a hablar de “unilateralismo contractual”²⁶, para aludir a la prerrogativa de cualquiera de las partes de acabar con la eficacia del contrato por su sola decisión; acá en caso de incumplimiento grave, sin necesidad de pronunciamiento judicial constitutivo²⁷.

16. La jurisprudencia y la doctrina francesas, en un principio firmes en el “carácter necesariamente judicial de la resolución por inejecución”²⁸, al aceptar el unilateralismo de la decisión cuando se trata de un incumplimiento de singular importancia del deudor, y en cuanto “el sistema de la resolución unilateral se generaliza, porque parece mucho más eficaz en el ámbito económico, en la medida en que permite un re-empleo más rápido de los recursos”²⁹, sin embargo se

24 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, ob. cit., 439 ss., comentando el artículo 1430 c.c. per.: “no puede desconocerse el derecho del deudor de oponerse a que funcione la resolución, pero esta oposición no puede parar los efectos de ella, que se producen por mandato de ley. Ocurre, pues, que la oposición del deudor debe recorrer un camino distinto, o sea no intentar detener la resolución de pleno derecho, sino recurrir al juez para que declare [...] que la resolución no se ha producido y que, por ello el contrato continúa vigente. [...] Desde luego, si la oposición del deudor fuera declarada fundada, puede condenarse al acreedor al pago de una indemnización por haber hecho uso indebido del pacto comisorio” (456).

25 Cfr. SONET, A., *Le préaveu en droit privé*, prefacio de F. BUSSY, Aix-en-Provence, 2003. Cfr. TERRÉ, SIMLER Y LEQUETTE, ob. cit., n.º 662, 642 y n.º 664, 744 ss., quienes resaltan la vigilancia y la intervención correctora de la jurisprudencia y señalan la presencia de corriente doctrinal en favor de la concesión al juez de poderes moderadores.

26 *Unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. CHAMIN, Paris, 1999. Cfr. §§ 324 y 325 BGB; arts. 49 y 64 Convención de Viena; art. 7.3.1 Unidroit. Art. 4.301 Principios del derecho europeo de los contratos: “cualquiera de las partes puede resolver el contrato si ha habido una inejecución esencial por parte del otro contratante”.

27 CHABAS, C., *L'inexécution licite du contrat*, prefacio de D. Mazeaud, Paris, 2002.

28 Cfr. MALECKI, C., *L'exception d'inexécution*, prefacio de J. Ghestin, Paris, 1999.

29 Cfr. LARROUMET, Ch., *Droit civil, les obligations. Le contrat*, t. III, 5.^a ed., Paris, 2003, n.º 716 ss., 820 ss.

muestran especialmente rigurosas frente a las cláusulas resolutorias³⁰. Ante todo, exigen absoluta precisión en la redacción, en el sentido de que no basta la referencia al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas en el contrato³¹. El acreedor solamente puede proceder a esta ruptura unilateral cuando la cláusula se lo permite, lo que envuelve un problema de interpretación. La única cláusula que implica la resolución automática por el hecho de la inejecución al vencimiento de un término es aquella que estipula la “resolución *de pleno derecho sin requerimiento* en caso de inejecución luego del vencimiento del término”.

17. Interesante, por su claridad, precisión y plenitud, resulta el Código Europeo de Contratos (Parte General), Proyecto de Pavía [Gandolfi], al regular el punto en su artículo 114:

1. Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del artículo 107, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto. 2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho de resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso grave, en el sentido del artículo 107, y el contrato se considerará resuelto desde

30 “En caso de cláusula de terminación anticipada, la ruptura es querida desde un principio por las partes, al tiempo de la celebración, pero, por definición, deriva de un incumplimiento. Con esa estipulación contractual, las partes anticipan la regulación de dicho incumplimiento. La cláusula adquiere, entonces, una naturaleza híbrida. Su régimen participa, a la vez, de la ruptura sanción y de la ruptura querida. Ello explica, quizá, el rigor judicial. [...] Mediante una interpretación audaz de la buena fe, los jueces someten la cláusula resolutoria a un control de su ejercicio, que puede ir hasta el control de la motivación. Para su eficacia, debe emplearse lealmente por el acreedor y será menester que la sanción no parezca desproporcionada con relación al incumplimiento tenido en cuenta. [...] A falta de la voluntad concordante expresada en la forma de un *mutuus consensus* o de una cláusula resolutoria, la ruptura querida por una de las partes es casi ignorada por el derecho”: LE GAC-PECH, S. “Rompre son contrat”, *Revue trimestrelle de droit civil*, 2005, 230 ss.

31 “De acuerdo con algunas sentencias, esta cláusula no puede sancionar sino las obligaciones expresamente estipuladas en el contrato [...] No puede, pues, aplicarse incumplimientos resultantes del derecho común, si no están mencionados en el contrato, así ellos sean incuestionables. [...] No se puede aplicar sino a las obligaciones expresas, perfectamente conocidas por un deudor que no sea necesariamente jurista. Para la jurisprudencia, la cláusula no se puede aplicar sin que el deudor haya sido puesto en mora previamente. [...] En fin, ante la reciprocidad de incumplimiento la cláusula pierde automáticamente su efecto, y el juez recobra la plenitud de su poder de apreciación”: BÉNABENT, A., *Les obligations. L'évolution du droit des contrats en France*, 450. Cfr. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, cit., n.º 397, 263.

el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión³².

18. Valga resaltar aquí el empeño del código civil peruano de darle a la resolución del contrato por incumplimiento una solución pronta y eficaz.

El requerimiento formal, pero expedito, previsto en el artículo 1429, de la parte perjudicada a la otra para que cumpla su obligación, y el plazo de quince días para que esta proceda de conformidad, pues de lo contrario el contrato quedará resuelto, es una medida sencilla y al parecer eficaz.

19. En el Proyecto de Reforma del Libro III del *code civil français* elaborado por la Comisión presidida por Mr. Pierre Catala, recientemente presentado al Ministerio de Justicia francés, se encuentran estas previsiones de disciplina de la resolución unilateral en sus dos modalidades:

Art. 1158. En todo contrato la parte a la que no le ha sido ejecutada la obligación o lo haya sido imperfectamente, puede optar entre perseguir la ejecución de ella, o provocar la resolución del contrato, o reclamar daños y perjuicios, los que, llegado el caso, pueden sumarse a la ejecución o a la resolución.

Si opta por la resolución, el acreedor puede, bien demandarla al juez, o bien constituir al deudor en mora conminándolo para que ejecute su compromiso en un término razonable, a falta de lo cual tendrá derecho a resolver el contrato.

En el evento de que la inexecución persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato dando las razones que la motivan.

Esta declaración producirá efectos desde su notificación a la otra parte.

Art. 1158-1. El deudor puede impugnar judicialmente la decisión del acreedor alegando que la infracción que se le imputa no justifica la resolución del contrato.

El juez, según las circunstancias, podrá validar la resolución u ordenar la ejecución del contrato, para la cual concederá eventualmente un plazo al deudor.

Art. 1159. Las cláusulas resolutorias deben indicar expresamente los compromisos cuya ejecución implicará la resolución del contrato.

La resolución está subordinada a la constitución en mora infructuosa, de no haberse convenido que se producirá por el solo hecho de la inexecución. La cons-

32 Existe traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos, por G. GARCÍA CANTERO, Bogotá, 2004.

titución en mora no es eficaz sino en cuanto se refiera en términos inequívocos a la cláusula resolutoria.

En todo caso, la resolución no producirá efecto sino con la notificación que se le haga al deudor y a partir de la fecha de su recepción.

Art. 1160. La resolución puede darse respecto de solo una parte del contrato, cuando la ejecución de este sea divisible.

20. No puede pasarse por alto la figura que podría denominarse “resolución o terminación unilateral de hecho”, que se produce *in continenti*, en la cual una de las partes, a riesgo propio, sobre la base de incumplimiento grave y de una urgencia que no da tiempo para acudir al juez, obra de modo que el contrato no puede operar, con terminación definitiva o con posibilidad de reanudación, según las circunstancias, de que son ejemplos el caso del pasajero a quien no se le permite abordar el vehículo o se le hace salir de él por comportamiento indebido, y del espectador o el comensal a quien prácticamente se saca del recinto porque incomoda a los demás. Allí el contratante que procede a la terminación obra por cuenta y riesgo propios, y asume las consecuencias de eventualmente haber actuado impulsiva, precipitadamente y sin justificación suficiente.

21. Siendo el contrato de cambio, cada parte está pendiente del cumplimiento de la otra. Las prestaciones son interdependientes, cada cual asumió un sacrificio patrimonial con la mira puesta en lo que la contraparte habría de darle o hacerle; en fin, en la entraña del contrato está la conmutatividad, el equilibrio, o simplemente, la reciprocidad: *Erfüllung Zug um Zug*. En estas condiciones, tanto desde un punto de vista conceptual como en términos deontológicos y, más, en términos prácticos, es natural pensar en la protección del contratante frente a las pretensiones de la contraparte que ha faltado a sus deberes.

Presupuesto común a las medidas legales y convencionales es la relación de incumplimiento de una de las partes e inocencia de la otra.

22. La excepción de contrato no cumplido es un medio absolutamente defensivo y de naturaleza transitoria, simplemente suspende los efectos finales del contrato. Es una medida de legítima defensa³³. Paraliza la acción ejecutiva del contendor, e incluso su acción resolutoria, y deja las cosas provisionalmente en suspenso. Es una excepción de las que antaño se denominaban, con propiedad,

33 “En los conflictos a que puede dar lugar la ejecución del contrato, la excepción de inejecución corresponde a una estrategia puramente defensiva, lo cual constituye su eficacia, pero a la vez su doble debilidad, teniendo en cuenta que es puramente provisional y que implica una justicia privada”: MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., n.º 461, 275.

dilatorias: no matan la pretensión, simplemente la muestran prematuramente ejercida y diferan para oportunidad posterior la dilucidación definitiva del caso. Esos son los términos de la previsión normativa general: "... puede rehusar la ejecución de la prestación debida hasta la ejecución de la suya por la contraparte, salvo que esté obligado a ejecutar su prestación primero" (§ 320.I BGB); "... cada cual de los contratantes puede rehusar el cumplimiento de su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la propia, salvo que se hayan establecido términos diferentes para el cumplimiento" (art. 1460 c.c. ital.); "... ninguno de los contratantes está en mora, mientras el otro no haya cumplido o se haya allanado a cumplir" (art. 1609 c.c. col.); "cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento" (art. 1426 c.c. per.). En consecuencia, a la excepción, tarde o temprano, habrá de sobrevenir, o la ejecución coactiva o voluntaria, o, en últimas, la resolución, pues esa interinidad no puede mantenerse indefinidamente. La parte insatisfecha se ve así protegida frente a una ejecución que le acarrearía el riesgo de insolvencia de su contraparte, y de esa manera se mantiene cierto equilibrio en la relación sinalagmática: *te cumpro si me cumples, no te cumpro porque no me has cumplido: non servanti fidem non est fides servanda*.

23. Ahora bien, pese a su configuración como medio exceptivo, a mi juicio, nada se opone a que la parte cumplida o presta a cumplir solicite al juez declarar que hay lugar a la suspensión de la ejecución en que consiste el efecto de la *exceptio* o, como lo expresa el código del Perú (art. 1426), que tiene derecho a suspender la ejecución de la prestación a su cargo, con lo cual, dicho sea de paso, obraría sobre seguro, sin correr riesgos.

24. Es elemental la reflexión de que la excepción de contrato no cumplido, que autoriza o, mejor, legitima al contratante demandado para no ejecutar la prestación suya, no cabe, lógicamente, sino en cuanto él no la haya satisfecho aún. Con posterioridad a su cumplimiento no tiene lugar, por sustracción de materia.

Y, por supuesto, es indispensable que el demandante haya incumplido el compromiso propio.

25. Como corresponde a la ecuación de la correlatividad, las obligaciones han de ejecutarse simultáneamente, es decir que ambas partes las deben cumplir a un mismo tiempo, salvo que, como lo previene el artículo 1460 c.c. italiano, "se hayan establecido términos diferentes para el cumplimiento, o que ello resulte de la naturaleza del contrato", por lo cual, si la prestación a cargo del demandado debió cumplirse con anterioridad a la prestación a cargo del demandante, mal podría aquel oponer eficazmente la excepción de incumplimiento o inejecución.

26. La excepción es oponible por cualquiera de los sujetos legitimados por derecho propio en acción subrogatoria u oblicua, y de suyo por el garante. Y es aducible frente a los acreedores quirografarios de la contraparte incumplida.

27. Acá, como en la hipótesis de resolución, el incumplimiento ha de ser significativo, *grave*, esto es, debe afectar verdaderamente el interés de la contraparte³⁴.

El equilibrio de la relación contractual, igual que los deberes de lealtad y corrección, impone moderación, temperamento, de parte del contratante insatisfecho³⁵.

28. A diferencia del *code civil français*, donde no existe el principio general de la *exceptio non adimpleti contractus*, los más de los códigos contienen esa previsión.

Si una de las partes no puede ejecutar o no ejecuta la prestación que le corresponde, la otra queda dispensada de ejecutar la suya.

29. En lo que respecta a la conexidad entre las prestaciones, es elemental la observación de que ha de tratarse de las prestaciones propias del contrato, y no de obligaciones adicionales o complementarias. Interrelación de reciprocidad que se proyecta a los deberes de restitución.

30. Cualquiera de los contratantes que crea estar en las condiciones prevenidas normativamente, puede dirigirse privadamente a la otra parte para ponerle de presente los hechos y hacer valer su decisión de abstenerse preventivamente del cumplimiento propio. No es esta una diligencia necesaria; simplemente obedece a un dictado de lealtad y corrección, que bien puede dar lugar a continencia de la contraparte.

Demandado un contratante por el otro, bien en acción de cumplimiento *in natura*, bien en acción resolutoria por incumplimiento, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*, a lo que se le agrega que, no estando ella incluida dentro de la lista taxativa de excepciones que hayan de ser alegadas, el juez deberá declararla *ex officio*, cuandoquiera que aparezca probada (art. 306 c.p.c. col. [art. 282 c.g.p. col.]). De ser estimatoria la sentencia, el contrato no se elimina, simplemente quedará en suspenso hasta que venga una sentencia resolutoria o de terminación, o las partes concilien o transijan su diferendo. Y si fuere desestimatoria, con ella se pondrá en claro la sinrazón de la

34 “La excepción no puede justificar el rechazo provisional de ejecutar, sino cuando se invoca para responder a una inejecución suficientemente grave y caracterizada”: cas. com. 28 de mayo de 1991, cit. por ATIAS, CH., *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2.^a ed., Aix-en-Provence, 2003, n.º 177, 166. “Para que la excepción de inejecución pueda ser opuesta es menester una inejecución grave y que quien la invoca obre de buena fe”: MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., n.º 464, 278.

35 Cfr. art. 1460 [2] c.c. ital.

defensa y el *excipiens* quedará expuesto a las consecuencias de su incumplimiento comprobado.

31. Acá, como ocurre con la acción resolutoria por incumplimiento, pero con mayor fuerza aún, ha de advertirse que el contratante que decide abstenerse de cumplir debe obrar con prudencia y corrección especiales, inclusive en fuerza del riesgo que corre con tal proceder, y que en el evento de haber actuado con ligereza y sin fundamento razonable y, podría agregarse, proporcionadamente, se verá tildado de contratante-deudor moroso y será tratado como tal.

32. Por último, no puede perderse de vista, en el juego de los intereses contrapuestos, y dentro del auge que ha venido tomando el pragmatismo, a veces soslayado por consideraciones económicas, la consideración patrimonial que puede hacerse una parte delante de la alternativa de cumplir o incumplir sus compromisos, al cotejar los respectivos costos, sobre todo cuando su tamaño y poder la colocan a salvo de presiones morales internas y externas, dada la poca significación y, consiguientemente, el poco peso que sobre su reputación tendrá su proceder. De modo que más le vale olvidarse de sus obligaciones cuando de otros contratos con otras personas pueda derivar ganancias que superen con creces la indemnización debida: *incumplimiento eficaz*³⁶.

Delante de tales consideraciones y posiciones, del todo inmorales, surge la inquietud de cómo ponerles coto, comenzando por la disuasión de quienes pretendan hacer del incumplimiento un buen negocio. Se dirá que la alternativa que tiene todo acreedor de demandar la ejecución (cumplimiento) *in natura*, junto con la previsión fundamental de agravación de la responsabilidad del deudor cuando su incumplimiento es doloso, supuesto en el cual se deberán todos los daños directamente causados por aquel y no solo los previsibles, contribuyen a dicho propósito³⁷. La cuestión estriba en establecer si son suficientes y, en todo caso, si cabrían medidas complementarias. Todo mueve a pensar que, adicionalmente a la indemnización, la contraparte puede pretender participación en el enriquecimiento obtenido por el deudor tramposo.

36 “Williamson menciona el eventual comportamiento oportunista de una de las partes cuando rompe las relaciones contractuales existentes, para realizar utilidades sustanciales con un tercero. El oportunismo contractual ha erigido un sistema por conducto de otros economistas pertenecientes a la escuela de análisis económico del derecho. Ellos preconizan la violación del contrato cuando la inejecución permite una mayor creación de riqueza. Este análisis es conocido con el nombre de ‘teoría de la violación eficaz’”: GRYNBAUM, L., *Le contrat contingent. L’adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, LGDJ, 2004, n.º 152, 122.

37 Cfr. POSNER, R. A., *Economic analysis of law*, New York, 1998, § 4.8, 140.