

Incumplimiento esencial del contrato en la Legislación Civil y Comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos

Essential breach of contract in colombian civil and commercial legislation from the modern right of contracts

Carmen Alicia Polo Martínez¹
<https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1176>

RECIBIDO: 02/11/2017

ACEPTADO: 11/19/2018

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar tanto las reglas generales como especiales para establecer que en el Derecho privado colombiano tiene cabida el "incumplimiento esencial" como requisito de procedencia de la acción resolutoria pretendida por uno de los contratantes frente al incumplimiento del otro, de conformidad con la regulación de la acción resolutoria que consagran los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio en Colombia, centrando el análisis objeto de estudio, principalmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin dejar de lado la doctrina y la legislación vigentes. Es un tipo de investigación dogmática que tiene como base la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional y el derecho uniforme de contratos.

Palabras clave: contratos, obligaciones, incumplimiento esencial, acción resolutoria, remedios.

Abstract

The main objective of this paper is to analyze both the general and special rules to establish that in Colombian private law there is room for "essential non-compliance" as a requisite of the resolution action sought by one of the contracting parties against the non-compliance of the other, conformity with the regulation of the resolutive action enshrined in article 1546 of the Civil Code and 870 of the Commercial Code in Colombia, focusing the analysis object of study, mainly in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, without leaving aside the doctrine and the current legislation. It is a type of dogmatic research that is based on legislation, doctrine and national jurisprudence and the uniform law of contracts.

Keywords: contracts, obligations, essential breach, resolutive action, remedies.

¹ Abogada de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho de Daños y Magíster en derecho. carmenaliapolo.cpm@gamil.com

INTRODUCCIÓN

En el derecho privado colombiano, en materia de obligaciones y contratos, existe la figura de la resolución contractual, por la cual se faculta al acreedor para solicitar la resolución o terminación del contrato por incumplimiento, tal como lo preceptúan los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio (Pizarro y Vidal Olivares, 2010, p.132). Sin embargo, existe una dificultad para determinar cuándo procede la resolución pretendida, consistente en identificar ante qué clase de incumplimiento puede demandarse por parte del acreedor la resolución del contrato, pues las normas mencionadas no hacen distinciones sobre el tipo de incumplimiento.

Ante esta dificultad, surge la pregunta que determina el problema que es objeto del presente estudio: ¿En los códigos Civil y de Comercio colombianos, para que proceda la acción resolutoria por incumplimiento, este debe ser calificado como esencial? En síntesis, se debe determinar si las normas de los códigos Civil y de Comercio nos permiten hacer distinciones de “incumplimiento esencial” para que proceda la resolución.

Así mismo, se pretende establecer cuáles son los criterios que han de tenerse en cuenta para catalogar el incumplimiento como esencial. No obstante, antes de proceder a dar una respuesta al respecto, es necesario partir de la definición del incumplimiento esencial del contrato, el cual tiene origen anglosajón y se conoce más propiamente como *fundamental breach of the contract*, como aquel incumplimiento que afecta de manera sustancial el beneficio esperado (substantial failure in performance) (Farnsworth, 1999, p.565) o como aquella violación fundamental que tiene la intención de privar a la otra parte sustancialmente de todo el beneficio esperado en virtud del contrato (Cartwright, 2007, p.256).

Teniendo en cuenta la alta relevancia que tiene el presente problema jurídico, al contrastar los instrumentos modernos de contratación con las reglas contenidas en los códigos de tradición europeo continental, como el civil y el comercial vigentes en Colombia, advertimos que estos no contienen una distinción entre incumplimiento simple y esencial de tal manera que no es claro si este debe o no revestir de alguna gravedad para que proceda la acción resolutoria general por incumplimiento. Los instrumentos modernos de

contratación que se tendrán en cuenta son la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (incorporada al derecho nacional por medio de la Ley 518 de 1999), los Principios de Unidroit, los Principios de Derecho Europeos de Contratos, el Borrador de Marco Común de Referencia europeo, entre otros, los cuales acogen como requisito para que proceda la resolución del contrato, que el incumplimiento de las obligaciones sea calificado como esencial.

En Colombia, además de no existir una normatividad expresa sobre el incumplimiento esencial, de acuerdo a la regulación vigente en materia de contratos y de su incumplimiento, puede afirmarse que todos los incumplimientos susceptibles de resolución son también esenciales y todos aquellos considerados graves o importantes, trascendentes, son esenciales, debido a que no existe una regulación expresa al respecto.

De modo general, el presente trabajo intenta dar respuesta a los interrogantes planteados en el problema jurídico objeto de estudio. Para tal fin, se realiza un análisis de la legislación vigente en Colombia, principalmente lo que en materia de contratos regulan los Códigos Civil y de Comercio. Por ello, se realiza un tipo de investigación dogmática que tiene como base la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, un trabajo de reflexión teórica a partir de un análisis crítico y reflexivo de las normas jurídicas, la doctrina y jurisprudencia nacional, haciendo uso del derecho comparado.

El trabajo se encuentra dividido en cuatro partes. La primera pretende dar a conocer los presupuestos generales de la acción de resolución por incumplimiento; la segunda trata de explicar el concepto o definición del incumplimiento esencial tanto en el derecho anglosajón como en los instrumentos normativos de modernización de contratos; la tercera realiza una explicación del incumplimiento resolutorio, incumplimiento grave y su relación, semejanza o diferencia con el incumplimiento esencial, y la cuarta realiza un análisis de la legislación vigente en Colombia, la doctrina y la jurisprudencia nacional en materia de incumplimiento, analizando tanto las reglas generales como especiales que regulan los contratos, los criterios y las subreglas que aplica la Corte Suprema de Justicia para dar solución a los casos bajo estudio y las conclusiones que se derivan del análisis realizado.

LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La acción de resolución por incumplimiento contractual tiene sus antecedentes principalmente en el antiguo derecho consuetudinario francés, cuyo fundamento era el incumplimiento de una de las partes contratantes. La codificación posterior aceptó esta doctrina; en algunos casos, en la elaboración de los códigos posteriores, se cambió la redacción de condición a facultad resolutoria (Hinestrosa, 2015, pp.846-851).

No obstante la inclusión en el Código Civil, en el capítulo que trata sobre el régimen de obligaciones y contratos de la acción de resolución, no se trata de una condición que estipulen las partes por voluntad propia, sino que más bien obedece a un remedio con el que cuenta aquel contratante que ha sido afectado por el incumplimiento del contrato (Hinestrosa, 2015, p.851). Tal y como lo expresa Hinestrosa (2015, p.854), la resolución es una medida que libera al contratante cumplidor. Por tal motivo, entiende la resolución como la disolución o terminación del contrato por una de las partes, a causa de un incumplimiento grave frente a obligaciones fundamentales o de importancia significativa, como él manifiesta, incluso en aquellos casos en los que el incumplimiento ha sido a causa de la deslealtad de uno de los contratantes, indistintamente de si el incumplimiento ha sido objetivamente grave (2015, p.863).

El entendido que se ha tenido al respecto de la acción resolutoria como una condición, ha sido ampliamente superado a nivel doctrinal e incluso a nivel jurisprudencial, de manera principal en países como España, pues tal y como lo expresa Díez Picazo (2008, p.813), el Tribunal Supremo español desde el año 1944 puso de relieve el carácter de remedio de la acción de resolución. Para el citado autor, el fundamento y la naturaleza jurídica de la acción de resolución encuentra su sustento en el hecho de que las normas que la permiten las unen como consecuencia de la inejecución de la prestación, haciéndolas independientes de si el contratante incumplidor es culpable o no. Así mismo define la resolución como un medio de protección para aquella parte que ha sufrido o ha sido víctima de la inejecución y que por tanto no tiene razones ni para seguir vinculada al contrato, ni para cumplir la prestación a la que estaba obligada en virtud del contrato, o para no recuperar el gasto patrimonial en que haya incurrido (2008, pp.814-815).

De este modo, vemos cómo a pesar de la ubicación que realizó el Código Civil de la acción resolutoria, la naturaleza y el fundamento de esta acción como remedio frente a aquel contratante insatisfecho se debe al estudio y análisis efectuado por tratadistas y doctrinantes, quienes la han considerado mayoritariamente de esta manera. En ese orden, la acción de resolución, y en consecuencia el incumplimiento, no puede ser entendida como una condición, pues el cumplimiento es un deber y los efectos que se desprenden del incumplimiento no se hacen posibles gracias a una condición (Meoro, 1998, pp.27-82).

Tal y como lo conciben autores como Díez Picazo, de manera similar para Clemente Meoro (1998, p.89), la acción de resolución debe ser considerada como un medio de tutela frente al incumplimiento del contrato, trátase de inejecución total, por prestación defectuosa o por prestación tardía. Así, ante el riesgo existente en la pérdida de la contraprestación pactada en el contrato, se otorgan facultades al contratante cumplidor para terminar el vínculo que no le ha permitido obtener el resultado esperado y de este modo encontrar nuevas y mejores opciones que le permitan satisfacer su interés.

La acción de resolución del contrato debe considerarse como uno de los posibles remedios de los que dispone el acreedor del contrato frente al incumplimiento acaecido. Producido el incumplimiento de un contrato bilateral, el acreedor dispone de una facultad resolutoria, la que pese a la ubicación de régimen debe considerársela un remedio del acreedor afectado por el incumplimiento (Fueyo Laneri, 2004, pp.314-315).

A modo de conclusión, podemos decir que la resolución del contrato se entiende como una facultad, otorgada por la misma Ley al acreedor insatisfecho, frente al incumplimiento del deudor por las obligaciones pactadas en el contrato. En efecto, debe superarse la tradicional idea de considerar el incumplimiento como una condición necesaria para que proceda la resolución; contrario a ello, la resolución debe ser entendida como una facultad o prerrogativa que otorga la Ley al acreedor afectado, frente a la insatisfacción de la prestación o el interés del contrato en la forma y condiciones pactadas. Por tanto, la resolución es un remedio con el que cuenta el acreedor para proteger ese interés contractual, como consecuencia de la frustración del cumplimiento de la prestación esperada (Vidal Olivares, 2010, pp.462-464).

Una vez aclarada la naturaleza de la acción resolutoria, no como una condición, sino como una facultad, prerrogativa o medio de tutela a favor del contratante cumplidor, es necesario detenernos en el requisito del incumplimiento que ella requiere para que proceda la terminación del contrato.

En Colombia, el artículo 1546 del Código Civil (870 del Código de Comercio) no realiza ninguna distinción frente al tipo de incumplimiento que se requiere para poner en marcha la acción resolutoria. Sin embargo, al realizar una revisión de la regulación que tienen otros países de derecho continental como el nuestro respecto de la acción resolutoria, encontramos que hay algunas reformas efectuadas a los diferentes códigos de derecho civil, principalmente en países como Italia, Alemania y Holanda, donde el incumplimiento requerido de forma expresa para ejercer la acción resolutoria, es el incumplimiento grave, importante, pues no cualquier tipo de incumplimiento daría lugar a la resolución del contrato.

Así lo deja ver claramente el Código Civil italiano, por ejemplo al regular de modo expreso en el artículo 1455, que no es posible resolver el contrato en caso de incumplimiento de una de las partes de muy escasa importancia (Palazón, 2014, p.127). El texto original del artículo es el siguiente: *Articolo 1455. Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra* (Code Civil de Italia, 1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901).

Por su parte, el Código alemán en el artículo 323 (BGB) si bien no exige de manera expresa el supuesto de un incumplimiento esencial o grave para obtener la resolución, otorga al acreedor afectado la facultad de terminación del contrato una vez vencido el plazo adicional concedido al deudor para ejecutar la prestación (Palazón, 2014, p.130). El texto original del artículo es el siguiente: *S 323. Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten*, que traduce: Cancelación por incumplimiento. Si, en el caso de un contrato mutuo, el deudor no paga una prestación debida o no cumple de conformidad con el contrato, el acreedor

puede retirarse del contrato si ha determinado un período razonable de ejecución o ejecución complementaria sin éxito.

En igual sentido, el Código holandés en el artículo 6:265 (1) regula la acción de resolución por incumplimiento, descartando su procedencia cuando el incumplimiento “a la vista de su naturaleza o su importancia menor, no justifica la resolución y sus efectos” (Palazón, 2014, p.127).

En términos generales, la necesidad del incumplimiento esencial o grave es un requisito indispensable para que proceda la acción de resolución en la gran mayoría de países de tradición europea continental, con la diferencia de que en algunos países se encuentra ya regulado de modo expreso, mientras que en otros ha sido la jurisprudencia la que ha introducido este concepto y lo ha desarrollado de acuerdo a los casos puntuales de estudios. Así, en países como Francia, Bélgica y España la gravedad del incumplimiento ha sido introducida por la jurisprudencia y no porque sus normas lo regulen (Palazón, 2014, p.128).

El requisito de la gravedad del incumplimiento de los contratos no se encuentra únicamente en la regulación que ha efectuado el derecho civil continental, también se encuentra presente en los países de derecho comunitario europeo ya enunciados –Francia, Bélgica, España, Alemania e Italia–. Así mismo, en los instrumentos normativos de modernización de contratos (Convención de Viena; Principios Unidroit; Principios de Derecho Europeo de Contratos, PECL; Marco Común de Referencia, DCFR; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a Una normativa común de compraventa europea) que han desarrollado el concepto de incumplimiento esencial del contrato, cuyo origen es de derecho anglosajón.

EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

De acuerdo a lo que hemos venido expresando, la acción de resolución necesita para su procedencia que el incumplimiento por el cual se demanda la pretensión de resolución del contrato sea importante, de entidad suficiente, o esencial, tal y como lo define la Convención de Viena y los demás instrumentos normativos de modernización de contratos a los cuales nos referiremos seguidamente, no sin antes detenernos en el análisis y significado del incumplimiento esencial, su desarrollo y características en el derecho anglosajón (inglés y norteamericano).

Incumplimiento esencial en el derecho anglosajón

El término esencial del incumplimiento no tiene su origen en ninguno de los instrumentos modernos de contratación enunciados; es un concepto tomado principalmente del derecho inglés (Farrsworth, 1999, p.565), *fundamental breach of the contract*. Este viene a ser un concepto “más amplio y novedoso que desarrolla la idea de los términos fundamentales del contrato” (Goñi Urriza, 2011, p.448). Como consideraciones introductorias tenemos que en el derecho inglés tienen validez las llamadas cláusulas exonerativas de responsabilidad, las cuales pese a su validez general se fueron tornando abusivas, razón por la cual fue necesario sustentar sus limitaciones a los efectos que traían para las partes frente al rompimiento del equilibrio contractual. Por tanto, a nivel jurisprudencial y como resultado del análisis de distintos casos, se tomó como argumento, entre otros, el desarrollo de la doctrina del *fundamental term* y *fundamental breach of contract*, para intentar acatar de modo más directo todas las cláusulas de exoneración de responsabilidad que a menudo se estipulaban en los contratos de adhesión, en los que era común que hubiera una parte más vulnerable que la otra.

De esta manera, el *fundamental term* se define como el término fundamental del contrato y el *fundamental breach of contract*, como el incumplimiento fundamental del contrato. Es así como se vinculan también los conceptos de términos contractuales utilizados en el derecho inglés como *warranties* y *condition*. Una *condition* es una estipulación de gran importancia, esencial en un contrato, de tal manera que su falta de cumplimiento faculta a la otra parte a resolver el contrato. Por su parte, una *warranty* o garantía es una obligación contractual cuyo incumplimiento otorga el derecho a reclamar daños y perjuicios, pero no faculta al acreedor a resolver el contrato. Podría decirse entonces que este concepto hace referencia o se podría comparar en el derecho europeo continental con lo menos importante de un contrato, pero no debe confundirse o asimilarse al concepto de garantía que regula el Código Civil.

En igual sentido, además de los conceptos de *condition* y *warranty*, la jurisprudencia inglesa creó una tercera categoría, denominada el *intermediate term*, la cual hace referencia a que en el contrato hay obligaciones o términos que no pertenecen ni a las *warranties*, ni tampoco son *condition*. Sin embargo, uno de los contratantes puede resolver el contrato dependiendo de la naturaleza, la consecuencia y la importancia del incumplimiento.

Se intentó delimitar mejor la diferencia entre un *fundamental term* y *condition* señalando que una cosa es un término fundamental y otro el término fundamental. El segundo de ellos sería el núcleo irreducible del contrato, de tal modo que el incumplimiento de un término fundamental afecta a la esencia del contrato pero el incumplimiento del *fundamental term* lo destruye (Goñi Urriza, 2011, p.445).

Después de intentar delimitar mejor la definición y/o concepto del *intermediate term*, el *fundamental breach of contract*, como nuevo concepto:

fue desarrollado en litigios posteriores. Se trata de un concepto más flexible que la idea del *fundamental term*, ya que no exige la definición de las obligaciones esenciales de las partes en un contrato y permite a los tribunales introducir nuevos baremos o criterios como, *ad ex*, los hechos que rodearon la celebración del contrato, si el incumplimiento contractual es deliberado o se ha cometido imprudentemente. (Goñi Urriza, 2011, p. 450)

En el derecho de contratos del *common law*, se superó la idea de considerar que los términos contractuales eran solo condiciones o garantías y, en consecuencia, de acuerdo a ello podía pedirse o la terminación o el resarcimiento de los daños causados y de esta manera dar paso a la teoría del *fundamental breach*, mediante la cual se ratifica que la procedencia de un remedio u otro (terminación o daños) dependiendo principalmente de las consecuencias de la violación en que se ha incurrido (Cartwright, 2007, p.257), entendiéndose por incumplimiento esencial o *fundamental breach of the contract*, como aquella violación fundamental que tiene la intención de privar a la otra parte sustancialmente de todo el beneficio esperado en virtud del contrato (Cartwright, 2007, p.256). Autores como Farnsworth, se han pronunciado acerca de la necesidad de un incumplimiento sustancial (*substantial failfure in performance*), es decir, acerca de la necesidad de que el incumplimiento indispensable para obtener la resolución tuviera cierta gravedad y afectara de manera sustancial el beneficio esperado (2004, p.565).

En el derecho inglés, la facultad de rescindir (acción resolutoria) radica en virtud de una norma general de derecho o en la voluntad expresa de las partes como condición, lo cual queda plenamente determinado en el contrato. Sin embargo, la ruptura bajo las normas generales de derecho tiene al menos

dos significados: el repudio real porque ha habido lugar a un fallo sustancial en el rendimiento y a todos los incumplimientos que dan lugar a la rescisión, como en el caso de la condición, teniendo en cuenta que las partes así lo han pactado en el contrato (Treitel, 1999, p.793).

Lo anterior se explica mejor a través de un caso consistente en la celebración de un contrato de arrendamiento citado por el autor (Treitel), en el cual se pactó expresamente que el propietario podría dar por terminado el contrato por cualquier incumplimiento de pagar las cuotas a su vencimiento, puesto que el tiempo era de la esencia del contrato y tal derecho a rescindir a causa del tiempo tiene su sustento en una regla general de ley, en cuanto permite estipulaciones referentes al tiempo de ejecución siempre que el tiempo sea de la esencia del contrato, por lo cual, la terminación o rescisión del contrato como se denomina en el *common law*, tiene sustento tanto en una regla general de derecho como en una condición, puesto que así se ha estipulado en el contrato (Treitel, 1999, p.793).

Tal estipulación referente al tiempo como esencia del contrato de arrendamiento, lo cual no es común pactar en un contrato de arrendamiento en Colombia, por cuanto el tiempo como factor importante en el cumplimiento o ejecución de la prestación se predica en mayor medida de los contratos como el suministro, no se puede comparar a lo que tradicionalmente conocemos como elementos de la esencia del contrato, pues en nuestro sistema jurídico los elementos de la esencia se entienden como aquellas cosas sin las cuales o no produce efectos o degeneran en otro contrato diferente (Código Civil, 2013, artículo 1501). La esencia a la que se hace referencia en el ejemplo precedente se predica de aquel término fundamental, importante, trascendente del contrato, que bien puede verse afectado por violación sustancial en el rendimiento de la prestación que se pactó o porque expresamente se estipuló en el contrato en consonancia con una regla general de derecho que así lo prevé.

El incumplimiento esencial en los instrumentos normativos de modernización de contratos

La definición o concepto de incumplimiento esencial tiene fundamento, tanto en el derecho anglosajón como en el derecho uniforme de contratos a través de los nuevos instrumentos de modernización de los contratos (Morales, 2016 p.99). En ese sentido, y de acuerdo a los nuevos conceptos adoptados en materia de incumplimiento, la resolución procede únicamente cuando el

incumplimiento es catalogado como esencial. Pero ¿cuándo es posible identificar un incumplimiento catalogado como esencial? Para lograr una respuesta al respecto, debemos partir de la definición que de incumplimiento esencial nos proporciona la Convención de Viena.

La Convención de Viena de 1980

Para lograr una mayor comprensión del incumplimiento esencial, profundizaremos en su concepto y características a partir de la definición que nos proporciona el artículo 25 de la Convención de Viena, que expresa:

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

El concepto de incumplimiento esencial que regula la Convención de Viena tiene influencia principalmente en el concepto de *fundamental breach of the contract* del derecho anglosajón, no obstante, hay un añadido a esta definición, se trata de la previsibilidad del contratante incumplidor, el cual puede considerarse un criterio subjetivo de responsabilidad, propio del derecho continental, lo cual tiene sentido si se entiende que uno de los objetivos de la Convención como derecho uniforme en materia de contratos es lograr un punto de encuentro entre los dos sistemas jurídicos tradicionales (*civil law* y *common law*).

De acuerdo a la interpretación que se la ha dado al artículo 25 de la Convención de Viena, el contenido del artículo se encuentra dividido en un elemento relativo a la parte afectada y un segundo elemento relativo a la parte incumplidora, el primer elemento se refiere al detrimento sustancial y el segundo a la previsibilidad. El elemento sustancial se encuentra unido al perjuicio causado a la parte afectada, por lo que genera una violación fundamental, equiparándose de este modo lo sustancial y fundamental del incumplimiento. Lo anterior encuentra sustento en que en el derecho inglés el incumplimiento fundamental ocurre indistintamente de si la obligación es principal o accesoria y no equivale al daño propiamente dicho, toda vez que la parte agraviada tiene la facultad de reclamar daños y perjuicios de

conformidad con el artículo 74 de la Convención de Viena. De este modo, la pérdida económica no es el único elemento del incumplimiento fundamental o sustancial (Graffi, 2003, p.341).

En cuanto al elemento de la previsibilidad que regula el artículo 25, la carga de la prueba se encuentra en manos de la parte que ha cometido el incumplimiento, con la posibilidad de demostrar que el incumplimiento no era previsible y que una persona razonable no había podido hacerlo. No obstante, si bien se determina claramente el elemento de la previsibilidad, no se determina el momento en el que debieron ser previsible las consecuencias del incumplimiento (CNUDMI, 2014, parte III).

La previsibilidad se entiende como un elemento condicional que sirve a la parte incumplidora para evadir el contrato, que desde luego debe ser probado, pero que por sí mismo no ayuda a determinar si en efecto se está en presencia de un incumplimiento esencial o no, pues los criterios determinantes para establecer la esencialidad o no del incumplimiento son principalmente: el detrimento patrimonial y el interés contractual o la expectativa contractual (Graffi, 2003, p.342). Tal requisito de la previsibilidad del incumplimiento, a nuestro modo de ver no resulta tan consecuente con la intención de construir un concepto neutro y objetivo del incumplimiento.

Por su parte, para Vidal Olivares (2010, p.353) la Convención de Viena insta un régimen de responsabilidad objetivado que se articula con el solo incumplimiento, otorgando al deudor la posibilidad de exonerarse cuando a pesar del incumplimiento este ocurrió por causa ajena a una esfera de control.

Para Larroumet son dos los requisitos para que se configure el incumplimiento esencial de conformidad con el artículo 25 de la Convención de Viena:

- Un requisito positivo que consiste en el daño sufrido por el acreedor afectado con el incumplimiento, lo cual genera la privación de la prestación esperada en virtud del contrato, en cuyo caso corresponde al juez determinar si esto ocurre cuando el contratante incumplidor rechaza la declaración de resolución de la otra parte.
- Un requisito negativo que se resume en la falta de previsibilidad del daño, consecuencia del incumplimiento. (2003, pp.460-461)

La necesidad de la confluencia de los dos requisitos enunciados de modo precedente también es ratificada por Rivera Restrepo cuando afirma que a la luz de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención se requiere, por una parte, un incumplimiento que lesione, dañe o perjudique de manera fundamental a una de las partes del contrato privándolo sustancialmente del beneficio esperado y, por otra parte, que exista una razonable expectativa o previsibilidad en atención al resultado del contrato por parte del deudor. Así se considera que tal normativa tiene un carácter ambiguo e indeterminado al no lograr clarificar que debe entenderse por privar sustancialmente a la otra parte del beneficio esperado, por lo cual considera el autor la necesidad de acudir no solo a los principios generales de la convención sino ante todo a los Principios Unidroit (Rivera Restrepo, 2016, p.243).

El concepto de incumplimiento esencial del contrato, no se encuentra únicamente en el artículo 25 de la Convención, toda vez que este es un requisito para ejercer varios recursos contemplados en ella, tales como: el derecho a declarar resuelto el contrato regulado en el artículo 49 párrafo 1 apartado a), las disposiciones relativas a la resolución del contrato que se encuentran en el artículo 64, también tenemos que el incumplimiento esencial se encuentra presente en los artículos 51, 72 y 73, por su parte el artículo 46 regula el derecho de exigir la sustitución de mercancías no conformes (CNUDMI, 2014, parte III).

De este modo vemos como el artículo 25 de la Convención traza una línea divisoria entre las situaciones que se derivan de un incumplimiento, y que comportan un tipo de remedio de acuerdo a la esencialidad o no en el incumplimiento (CNUDMI, 2014, parte III).

En ese sentido, el incumplimiento esencial parte siempre de una base: “el incumplimiento en sí mismo”, esto es, que una de las partes ha incumplido el contrato. El paso siguiente es identificar si el aludido incumplimiento se constituye o no en esencial, y para ello es preciso tener claridad en primer lugar si la obligación incumplida se especificó en el contrato o en su defecto si tal obligación se puede deducir de las disposiciones de la Convención.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ratifica que el incumplimiento de un deber colateral puede generar un incumplimiento esencial, tal afirmación se encuentra soportada con un ejemplo, consistente

en que un fabricante debía reservar mercaderías para una marca comercial determinada y de forma exclusiva para el comprador, sin embargo el fabricante exhibió las mercaderías en una feria para la venta, pasando por alto la advertencia del comprador, se consideró la configuración de un incumplimiento esencial por parte del fabricante (CNUDMI, 2014, parte III).

De acuerdo al concepto o definición que encontramos en la Convención de Viena, el incumplimiento esencial puede resultar tanto de las obligaciones principales como de las accesorias o colaterales (González, 2009, p.1163), lo importante es que puedan identificarse los elementos o características propias del incumplimiento esencial, esto es, que sea de cierta índole y peso, la ocurrencia de un menoscabo que afecte sustancialmente la prestación esperada de la parte afectada con el incumplimiento, que se haya anulado esencialmente las expectativas contractuales (CNUDMI, 2014, parte III).

Ahora bien, para determinar si en efecto se han menoscabado o anulado esencialmente las expectativas del contrato, se requiere evaluar de modo particular las expectativas generadas en cada contrato, su finalidad, su razón de ser, así como también la asignación del riesgo previsto en el contrato, en los usos y en las disposiciones de la Convención. En ese orden, encontramos un caso relativo a la entrega de unos mejillones con un contenido de cadmio superior al recomendado en el país del comprador, no se consideró incumplimiento esencial, toda vez que no era necesario que se observaran esas normas y que el consumo de los mejillones en determinada forma y tamaño no ponía en riesgo la salud de los consumidores (CNUDMI, 2014, parte III).

Además de lo anterior, un anuncio de no cumplimiento de modo definitivo e injustificado es considerado incumplimiento esencial (véase el caso CLOUT núm. 136 [Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 de mayo de 1995]), una vez llegada la fecha de vencimiento del plazo adicional otorgado a una de las partes que se ha retrasado de modo no esencial en el pago o las entregas de las mercancías, puede dar lugar a incumplimiento esencial, constituyéndose en motivo de resolución del contrato, así mismo, las mercaderías no conformes cuando no pueden revenderse mediante un esfuerzo razonable, se considera que hay lugar al incumplimiento esencial (véase Caso CLOUT núm. 150 [Cour de cassation, Francia, 23 de enero de 1996] vino azucarado artificialmente; caso CLOUT núm. 79 [Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Alemania, 18 de enero de 1994] CNUDMI, 2014, parte III).

Finalmente, a la luz de las disposiciones de la Convención de Viena, hay lugar a catalogar un incumplimiento esencial siempre que la parte afectada con el incumplimiento pierda el beneficio esperado en el contrato y sus expectativas se vean afectadas, es decir, pierda el interés contractual a causa del incumplimiento. Sin embargo, es necesario considerar las dos hipótesis en las que también procede la acción de resolución: primero, cuando en ejercicio de la autonomía de la voluntad se haya estipulado la obligación a la categoría de esencial; y segundo, cuando se pierda la confianza en el deudor respecto al cumplimiento futuro de la obligación (Vidal Olivares, 2010, p.473).

Así, tal y como indica Díez Picazo, dentro de los criterios más indicados para identificar la esencialidad del incumplimiento se encuentran los siguientes: la importancia para la economía de las partes; la falta de la finalidad perseguida; la quiebra de la finalidad económica; la frustración de las expectativas de las partes; y que debe tener una entidad suficiente para producir la insatisfacción económica (2008, p.858).

La definición de incumplimiento esencial del contrato de la Convención de Viena, si bien se torna muy general, nos proporciona elementos importantes que pueden ayudarnos a consolidar una mejor definición y comprensión del incumplimiento esencial requerido para solicitar la terminación del contrato. Esto es, el incumplimiento debe causar un perjuicio a la otra parte, el incumplimiento debe privar a la otra parte del beneficio esperado, la privación de ese beneficio o prestación esperada en virtud del contrato debe ser sustancial, no puede ser cualquier privación.

Los principios Unidroit

Por otra parte, es de gran importancia que los Principios Unidroit como Ley del contrato, siempre que así lo pacten las partes y atendiendo a la tarea complementaria que de ellos se predica frente a los vacíos que pueda tener la Convención de Viena en materia de contratos, no haya dejado de lado el requisito de la esencialidad que requiere el incumplimiento para resolver el contrato. Los Principios Unidroit, encargados de regular el derecho de los contratos, ayudar en su interpretación, y servir como regulación frente a los conflictos suscitados de manera directa e indirecta, con independencia de los sistemas jurídicos (Oviedo, 2003, p.41), regulan en el capítulo siete el tema relativo al incumplimiento.

En dicho capítulo, si bien no se regula de modo directo el incumplimiento esencial, sí se deja ver su necesidad para que prospere la resolución. Es así como el numeral tercero del artículo 7.1.5 de manera expresa faculta a la parte perjudicada a resolver el contrato después de finalizado el periodo suplementario otorgado a la otra parte en caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial. Si bien el referido artículo no hace referencia de modo directo al incumplimiento esencial como requisito para terminar el contrato, de la interpretación que del mismo se realiza hay una aclaración en cuanto a la demora en el cumplimiento, la cual, de acuerdo al plazo otorgado, tiene razón de ser en la medida en que la demora del cumplimiento no sea esencial. De modo contrario, no hay ninguna lógica para otorgar un periodo suplementario siempre que la demora en el cumplimiento sea esencial y comporte por tanto una afectación grave a la otra parte, es decir, cuando estemos en presencia de un incumplimiento sustancial, fundamental o esencial.

Principios del Derecho Europeo de Contratos

Tienen como principal objetivo lograr la unificación del derecho privado en Europa, pero fundamentalmente lograr la unificación del derecho de contratos con miras a un código de contratos europeo (Buendía, 2014, p.22). El incumplimiento esencial del contrato se encuentra regulado en el artículo 8:103 de los PECL, bajo tres supuestos.

En el literal a), se hace referencia a la causa del contrato, es decir, cuando se incumplen una o varias obligaciones que atentan contra la causa del contrato, la razón de ser del contrato, la motivación, lo que dio origen al contrato. Tal supuesto, a mi modo de ver, daría lugar a una contradicción frente al debate que se ha centrado sobre la causa del contrato, pues a la luz de los nuevos instrumentos de contratación y la modernización que ellos han introducido al derecho de los contratos se ha planteado un debate respecto del requisito de la causa, que según parece ha dejado de ser un requisito del contrato (Morales, 2016, p.61).

Sin embargo, el primer supuesto del artículo 8:103 de los PECL contempla tal requisito (causa del contrato) para determinar la esencialidad o no en el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato. No obstante, para los redactores de los PECL, el referido literal hace referencia propiamente a la relevancia implícita o expresa que le den las mismas partes a la obligación que se pactó en el contrato, es decir, son las mismas partes las encargadas

de otorgarle ese carácter de esencial al incumplimiento acaecido respecto de determinadas obligaciones, teniendo en cuenta la naturaleza de las mismas, la costumbre o las circunstancias propias del negocio jurídico celebrado. Será el incumplimiento esencial no por la gravedad misma del incumplimiento, sino porque así lo han querido las partes, así lo han pactado de modo expreso o implícito en el contrato (Buendía, 2014, p.219).

Con relación al literal b) del mismo artículo, el incumplimiento será esencial pero respecto de las consecuencias que genera para el contratante incumplido la no realización de la prestación esperada, o la realización parcial o defectuosa o tardía de la prestación (Buendía, 2014, p.219), es decir, contrario al carácter esencial que se le otorga a la obligación pactada dentro del contrato, como en el caso del literal a), el incumplimiento en este caso se predica de las consecuencias, los resultados causados en razón del no cumplimiento o de aquel incumplimiento parcial, defectuoso o tardío que ya no resulta de interés para el acreedor. El otro aspecto importante es la excepción que contempla respecto de la culpa del deudor, en el sentido de que no hubiera previsto tales consecuencias. Para ello traigo a colación dos ejemplos que ilustran los mismos redactores de los PECL.

El primer ejemplo hace referencia a la construcción de un garaje y pavimentación del camino de acceso para el garaje, donde se estipuló la entrega para un día determinado, por cuanto ese día es importante en razón a la apertura del almacén. Llegado el día y la hora a pesar de haberse construido los garajes, no hay pavimentación del camino. Este es un ejemplo claro de que a pesar de la omisión en la pavimentación del camino, puede transitarse por él y del mismo modo los garajes fueron construidos, por lo cual no habrá lugar a catalogar el incumplimiento como esencial. El segundo ejemplo guarda relación con la excepción por culpa del deudor: se trata de la celebración de un contrato para la instalación de un sistema de calefacción de una vivienda que debe mantener una temperatura constante, pero debido a un defecto en una de las tuberías la temperatura baja de 20 grados a dos grados, coincidiendo con que en el cuarto en que se bajó la temperatura se almacenaban distintas clases de plantas poco comunes y sensibles a los cambios, razón por la cual mueren. Es claro que las consecuencias son graves, pero al no haber previsto tales consecuencias la parte que incumple, ni al ser previsibles razonablemente, el incumplimiento no puede ser catalogado como esencial (Buendía, 2014, pp.219-220).

En lo que respecta al literal c), el incumplimiento a diferencia del literal anterior, será esencial indistintamente de si es importante o grave siempre que haya desconfianza respecto del cumplimiento de la prestación a futuro, es decir, en este tipo de incumplimiento lo que se requiere es la previsión de desconfianza futura del incumplimiento (Buendía, 2014, pp.220), por lo que no se requiere esperar la fecha de cumplimiento de la prestación, siempre que el otro contratante tenga razones fundadas para desconfiar que el otro no cumplirá.

De acuerdo a todo lo anterior, el concepto de incumplimiento esencial que tienen los redactores de los PECL, se encuentra soportado por una parte en el derecho anglosajón, notemos por ejemplo, como en el literal a), el entendido que se tiene del incumplimiento esencial es que este haya sido pactado en el contrato, lo que puede asemejarse a la noción de *condition* que regula el derecho anglosajón, igualmente estos principios guardan relación con el derecho uniforme de contratos, pero sin dejar de lado la tradición del derecho continental de la cual hacen parte mayoritariamente los países de la unión europea.

Marco Común de Referencia

El Marco Común de Referencia o Draft Common Frame of Reference, también se constituye en un documento importante a la hora de analizar y estudiar, el concepto de incumplimiento esencial del contrato, toda vez, que al ser una publicación del año 2009, que contiene principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo, tiene como fundamento principalmente a los PECL y algunos aspectos de la Convención de Viena, aunque al parecer guarda mayor distanciamiento de ella, al ser influenciado en mayor medida por la dogmática alemana (Morales, 2016, p.38).

Es el artículo III.-3:502 DCFR, el que se encarga de regular el incumplimiento esencial, en su párrafo 2 (*A nonperformance of a contractual obligation is fundamental if*), este artículo contempla dos supuestos bajo los cuales se configura el incumplimiento esencial; el primero es aquel incumplimiento que priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que al momento de la celebración del contrato el deudor no previera y no pudiera razonablemente prever ese resultado; y el segundo incumplimiento es aquel que sea intencional y dé razones al acreedor para creer que no se puede confiar en la actuación futura del deudor.

El artículo III.-3:502 DCFR guarda una gran relación con el concepto que de incumplimiento esencial regula la Convención de Viena en el artículo 25 y es objeto de la misma crítica en el sentido de contemplar el requisito de la previsibilidad para que prospere la acción resolutoria, en cuanto limita y subjetiviza el incumplimiento acaecido, evitando el concepto de neutralidad que se pretende con la modernización tanto de los contratos como del concepto que de incumplimiento regula actualmente la mayoría de códigos civiles en el derecho continental y que requieren una reforma en ese sentido.

Así mismo, el segundo supuesto contemplado en el literal b del referido artículo guarda relación con el literal c del artículo 8:103 de los PECL en cuanto requiere razones fundadas para creer que el deudor no cumplirá con la prestación esperada y de manera particular se hace referencia a aquel incumplimiento doloso o intencional que también fue contemplado en los Principios Unidroit en el artículo 7.3.1 en cuanto faculta a una de las partes a terminar el contrato si el incumplimiento fue intencional o temerario.

Además de lo anterior, a diferencia de la semejanza que guarda el concepto o definición de incumplimiento esencial en el Marco Común de Referencia con la Convención de Viena, pero principalmente con los PECL, hay un aporte significativo que no contemplan los instrumentos precedentes respecto al requisito de la previsibilidad del incumplimiento y es la extinción del contrato que regula el artículo III.-3:104 en caso de imposibilidad permanente en el cumplimiento de la prestación.

Lo que se pretende en este sentido es que a pesar de que el incumplimiento no hubiera sido previsible y por tanto no hay lugar a calificarlo como esencial, así como tampoco es susceptible de resolución, sí lo es de extinción del contrato de conformidad con el mencionado artículo (III.-3:104), en procura de que el acreedor quede libre de su obligación y pueda exigir la restitución de su prestación (Gómez, 2012, p.67). Es significativo este artículo frente a la crítica de la que es objeto el requisito de la previsibilidad que se repite tanto en la Convención de Viena, los PECL y el Marco Común de Referencia, precisamente porque lo que se requiere en materia de incumplimiento es un concepto mucho más objetivo, que no limite la resolución del contrato a una causa subjetiva, impidiendo al acreedor afectado desligarse del contrato siempre que se pueda demostrar que el resultado no era previsible, propendiendo con ello a la modernización que del concepto de incumplimiento necesitan

los códigos civiles y comerciales de tradición continental, especialmente en Colombia.

A modo de conclusión, podemos manifestar que el elemento daño no es el único elemento necesario e importante para catalogar el incumplimiento como esencial, ya que puede ocurrir, que frente a un determinado incumplimiento se hayan causado daños, que bien pueden ser resarcidos y su ocurrencia no genera obligatoriamente la resolución del contrato. De esta manera, es preciso tener en cuenta otros criterios, tales como: la previsibilidad del deudor, la voluntad misma de las partes para pactar dentro del contrato la condición de esencial de una o varias obligaciones, el interés del acreedor afectado, la afectación que se haya causado a la economía del contrato y las condiciones y situaciones de hecho que rodearon la celebración del contrato y su posterior incumplimiento.

INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO, INCUMPLIMIENTO GRAVE E INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Tal y como hemos expresado, para que proceda la acción de resolución del contrato es indispensable el incumplimiento por uno de los contratantes y uno de los requisitos más importante es que el contratante afectado haya cumplido o esté llano a cumplir la prestación a la que se ha obligado en virtud del contrato.

Para determinar el carácter esencial del incumplimiento, se ha planteado la posibilidad de diferenciar entre aquellos incumplimientos que afectan de manera directa las obligaciones principales de las accesorias o, en su lugar, si se afectan los elementos de la esencia del contrato de los accidentales, pero en definitiva ninguna de estas distinciones ha permitido establecer con certeza y claridad si frente a una situación u otra estamos en presencia de un incumplimiento catalogado como esencial, que sea susceptible de dar lugar a la resolución del contrato de manera eficaz (Vidal Olivares, 2010, p.471). Es más idóneo hablar de la importancia del incumplimiento en sí mismo, de la finalidad y el interés del acreedor (Fueyo Laneri, 2004, p.313), entendido como aquel que frustra el interés del acreedor perseguido con la celebración del contrato.

Como lo expresa la Convención de Viena, los principios sobre contratos comerciales internacionales y los principios del derecho europeo de contratos, los cuales hacen referencia de manera expresa a diversos tipos de incumpli-

mientos resolutorios (dentro de los cuales se encuentra el incumplimiento esencial), que indistintamente de la condición esencial o no del incumplimiento alegado, podrían dar lugar a la resolución del contrato.

Es así como la Convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, en lo que respecta al tema de la resolución del contrato, deja ver que:

la resolución procede frente al incumplimiento que priva sustancialmente al acreedor de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando el resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al momento de su celebración. (Vidal Olivares, 2010, p.472).

Además de ello, se suman dos supuestos de incumplimiento resolutorio, el primero ocurre cuando las partes así lo han pactado en el contrato, es decir, cuando le han otorgado el carácter resolutorio a determinado tipo de incumplimiento; y el segundo obedece a la pérdida de confianza en el otro contratante en cuanto al cumplimiento futuro de su obligación, así mismo se encuentran como tipo de incumplimientos resolutorios (que no necesariamente son considerados esenciales), los incumplimientos dolosos o con fraude por parte del deudor y el evento del plazo adicional otorgado al deudor para el cumplimiento de la prestación, pero este no cumple dentro de plazo fijado o en definitiva manifiesta que no lo hará, por lo cual se faculta al acreedor a terminar el contrato (Vidal Olivares, 2010, p. 473).

En ese orden de ideas, “la Convención de Viena de 1980, colocó al incumplimiento esencial, como pieza central del incumplimiento resolutorio” (Cabanillas Sánchez, 1998, p.212). No obstante, al regular otros supuestos de configuración de incumplimiento resolutorio, a) cuando las partes así lo han acordado en el contrato (podría tener semejanza con la definición de *condition*, que se estipula en los contratos del *comon law*), y b) cuando la conducta del deudor incumplidor es tal que el acreedor pierde la confianza de que cumplirá en el futuro, de manera taxativa establece en qué casos hay lugar a la resolución del contrato, entendiendo que no todos los presupuestos para que proceda la resolución, son susceptibles de ser catalogados como esenciales.

La Convención de Viena, “prescindiendo de los conceptos propios de *conditions* y *warranties*, consideró todos los pactos como *interminate terms* a efectos de resolución” (Chen Wishart, *Contract Law*, p. 525, citado por Rodríguez Rosado, 2013, p.213). Los *interminate terms*, entendidos como “cláusulas contractuales que dan lugar a la resolución cuando produzcan un incumplimiento sustancial, y que deja la puerta abierta a que el juez valore la conveniencia de la resolución” (Rodríguez Rosado, 2013, p.207), son también el mismo concepto que se ha introducido en nuestro sistema continental.

En igual sentido, el artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit en cuanto al incumplimiento del contrato, faculta a una de las partes a terminar el contrato si el incumplimiento fue intencional o temerario o si el incumplimiento hará sufrir a la parte perjudicada una pérdida desproporcionada a causa de su cumplimiento (Unidroit, Principios sobre contratos comerciales internacionales. Roma, 2010, p.24).

Lo anterior denota que la intención o temeridad a la que se hace referencia en los Principios Unidroit, constituyen un tipo nuevo de incumplimiento equiparable al dolo en el derecho europeo continental, equiparando la pérdida desproporcionada de la parte afecta al concepto de incumplimiento esencial que regula la Convención de Viena. En ese sentido, es posible afirmar que varios son los incumplimientos que pueden ser considerados como resolutorios a la luz de los instrumentos modernos de contratación, pero no todos dan lugar al incumplimiento esencial.

El concepto de incumplimiento esencial tal y como se entiende a la luz del derecho uniforme de los contratos plantea varios supuestos a través de los cuales es posible hablar de incumplimiento esencial. Así lo deja ver la Convención de Viena cuando regula los incumplimientos resolutorios y dentro de estos a su vez incorpora el incumplimiento esencial, pero al contrastar los incumplimientos resolutorios con los tipos de incumplimiento esencial que regulan los PECL, hay una gran relación entre ellos, ratificando de este modo el concepto de incumplimiento esencial que se asemeja con los denominados incumplimientos resolutorios o susceptibles de ejercer la acción resolutoria, entendida como una facultad y prerrogativa del contratante afectado. Es un concepto general, amplio, que abarca distintas opciones y situaciones bajo las cuales puede considerarse la facultad de terminar el contrato (Vidal Olivares, 2010, pp.499-501).

Es necesario aclarar que frente a la figura del incumplimiento esencial como presupuesto para que proceda la resolución, es comúnmente utilizada la expresión incumplimiento grave de manera análoga, lo cual (Vidal Olivares, 2010, p.501) es una manera de entender el cumplimiento esencial como un concepto genérico, del cual se desprende la acepción de incumplimiento grave, que pretende afianzar y ratificar la necesidad de la ocurrencia del incumplimiento esencial. Es decir, por incumplimiento esencial se entiende aquel incumplimiento importante, sustancial que afecta la esencia del contrato, o como lo define el derecho inglés, aquel que afecta la parte fundamental, el interés fundamental del contrato (Cartwright, 2007, p.256). Sin embargo, cuando se habla de incumplimiento grave, se pretende reafirmar el entendido que se tiene de incumplimiento esencial, pero de una manera específica, atendiendo a las circunstancias del caso, que permitan identificar en mayor medida la procedencia de la resolución, para de esa manera separar el incumplimiento de poca importancia, frente al incumplimiento que sí es importante y que conduce al acreedor afectado y sobre todo al juzgador, a catalogar ese incumplimiento como resolutorio, en razón a la gravedad del mismo, por cuanto afecta de manera trascendente el fundamento del contrato, su finalidad, su razón de ser (Elgueta Ortiz, 1942, pp.121-122).

No obstante, cuando se hace referencia a la esencia del contrato, esta no puede ser entendida, respecto de los requisitos de validez del mismo para su perfeccionamiento, sino respecto del interés que tenía el acreedor afectado y de las expectativas que se frustran en razón al incumplimiento, se hace referencia entonces al incumplimiento que afecta sustancialmente el interés económico del contrato, frustra su realización y el resultado esperado (Vidal Olivares, 2010, p.476).

En ese sentido, es menester expresar que en Colombia todo incumplimiento que da lugar a la resolución, es susceptible de ser catalogado como un incumplimiento esencial, pues este es el principal supuesto en que se encuentra soportada la actual jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior reafirma que los criterios mediante los cuales en Colombia es posible hablar de incumplimiento esencial del contrato como requisitos para ejercer la resolución del mismo, es coincidente con los criterios regulados en los instrumentos modernos de contratación y que actualmente han sido incorporados mayoritariamente en el derecho continental.

REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL VIGENTES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sea lo primero manifestar, que la Convención de Viena de 1980 entró en vigor en Colombia el 1 de agosto de 2002 por cuanto el 4 de agosto de 1999 se expidió la ley 518 declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-529 del 2000 de acuerdo al trámite previsto en la Constitución Nacional para la incorporación en el derecho nacional, posteriormente fue reglamentada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2826 del 21 de noviembre de 2001, con el objetivo de promover su promulgación determinando su vigencia a partir del 1 de agosto de 2002, fecha a partir de la cual quedó integrada al derecho interno de Colombia.

En ese orden, Colombia no se ha quedado atrás en cuanto a la incorporación de uno de los instrumentos normativos de modernización de contratos más importantes actualmente y que por supuesto nos permiten ratificar no solo la importancia que ello implica para el derecho privado colombiano, en cuanto al estudio y aplicación de la Convención en las controversias suscitadas entre los particulares en ese orden, sino que además se ratifica o refuerza la importancia del tema objeto de estudio, en cuanto el incumplimiento esencial como supuesto para ejercer la acción resolutoria, encuentra sustento fundamentalmente en dicho instrumento normativo de Viena.

Por tal motivo, se hace necesario hacer una revisión de la legislación colombiana, en cuanto a los supuestos normativos respecto de los cuales podríamos determinar si en efecto, del estado actual de las normas generales y especiales el Código Civil y el Código de Comercio, es posible hablar de incumplimiento esencial del contrato como supuesto para que proceda la resolución pretendida por uno de los contratantes. Al revisar las reglas sobre contratos, se observa que hay ciertas acciones conducentes a la resolución del contrato, que sí requieren la gravedad del supuesto que también puede calificarse como de incumplimiento.

La acción redhibitoria en el Código Civil y Comercial colombianos

La acción redhibitoria se encuentra regulada en el artículo 1914 del Código Civil (934 Código de Comercio) como una acción de tipo especial frente al supuesto de los vicios redhibitorios, que permite al comprador rescindir la venta o que se rebaje el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, lo cual supone

que el vicio sea “grave”, pues el mismo artículo 1914 en concordancia con el artículo 1915 nos permite concluir tal afirmación al enunciar las calidades requeridas para considerar cuales son los vicios redhibitorios susceptibles para ejercer la referida acción. El Código Civil textualmente regula que los vicios sean tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural o que sirviendo, sirva de modo imperfecto de tal manera que el comprador jamás hubiera comprado la cosa, o habiéndola comprado lo hubiera hecho a un menor precio.

Al realizar una revisión de lo que al respecto ha dicho la doctrina en Colombia, encontramos autores como Gómez Estrada para quien el vicio que se alega como redhibitorio requiere que este revista “cierta entidad”. No todo vicio es susceptible de la acción redhibitoria, pues si así fuera, los contratos celebrados diariamente no tendrían seguridad ninguna (1999, p.92).

La necesidad de que el vicio alegado sea grave para poder ejercer la acción redhibitoria, también se encuentra regulado por el artículo 1925 del Código Civil cuando requiere que el vicio debe ser de la importancia que expresa el numeral segundo del artículo 1915 para poder lograr la rescisión de la venta, o de lo contrario solo se podrá obtener la rebaja del precio. Podría hablarse en este caso de una cierta jerarquía en cuanto a la gravedad del vicio alegado de que trata el artículo 1915, sin embargo es una tarea del juez, lo único que queda claro es la necesidad de que los vicios que sustenta la acción redhibitoria han de ser “graves” como lo requiere el artículo 1915, o menos graves, aunque ha de revestir cierta trascendencia (Gómez Estrada, 1999, p.95).

La acción redhibitoria que regula el artículo 1914 del Código Civil (934 Código de Comercio), no trata de cualquier defecto, el vicio requerido “debe ser de cierta magnitud”, la gravedad del vicio no está sujeta a lo regulado en el numeral segundo del artículo 1915, más aún, el vicio debe afectar el uso de la cosa, sin que la llegue a inhabilitar, queriendo de este modo explicarse respecto de la diferencia que tiene la pretensión de resolución del contrato y la de rebaja de precio, en los casos donde el vicio sea considerado menos grave (Bonivento Fernández, 2000, p.137). De este modo, es claro que para ejercer la acción de resolución por vicios ocultos es requisito indispensable que el vicio sea grave y no cualquier defecto o vicio sin ningún tipo de trascendencia o importancia que afecte determinantemente el contrato celebrado (Bonivento Fernández, 2000, p.134).

En ese orden de ideas, es claro que configurándose los presupuestos para ejercer la acción redhibitoria después de celebrado un contrato de venta, es requisito intrínseco que el vicio o los vicios que llegaren a generarse con posterioridad a la venta han de ser “graves”, de una trascendencia tal que de haber existido con anterioridad habría sido preferible no celebrar el contrato.

La acción redhibitoria al ser una acción de tipo especial, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se distingue del incumplimiento general del contrato que consagra el Código Civil en el artículo 1546 y 870 del Código de Comercio, pues en materia de vicios redhibitorios se encuentra la acción redhibitoria que puede dar lugar a la resolución del contrato o en su defecto la rebaja del precio a través de la acción estimatoria.

En sentencia de casación de fecha 19 de octubre de 1999, expediente 4823, se decidió el recurso de casación impuesto en virtud de un contrato de venta celebrado entre la Sociedad Inmoco S.A. y la Sociedad Harinera del Valle S.A., cuyo objeto era la compraventa de una máquina empacadora marca Rovema, de acuerdo con las indicaciones dadas por funcionarios de la vendedora según el contrato. La Corte fijó el siguiente problema jurídico: ¿en un contrato de compraventa mercantil, qué grado de desperfecto de una máquina es bastante para el éxito de la acción resolutoria general contemplada en el artículo 870 del Código de Comercio?

Para dar respuesta al problema planteado, la Corte realizó varias precisiones tales como: al identificar las acciones que nacen de los vicios de la cosa se encuentra la acción redhibitoria que el Código de Comercio designó con el apelativo de resolutoria, también se encuentra la de rebaja del precio o estimatoria; el fundamento para hacer uso de tales acciones es que “el vicio sea grave, oculto, anterior al contrato, hacerse patente después de la entrega y ser alegado dentro de la oportunidad legal”, esto es, según lo contemplado por el artículo 938 del Código de Comercio, dentro de seis meses a partir de la entrega.

Según la Corte, “la presencia del vicio no da lugar *per se*, a la indemnización de perjuicio; depende del conocimiento que el vendedor hubiera tenido o debió tener, al tiempo del contrato, del vicio o defecto”, lo que configura una diferencia con la acción resolutoria general o común (artículo 870 Código de Comercio). Finalmente, para la Corte la naturaleza del vicio es lo que determina

las opciones que el comprador pueda hacer valer, si la acción redhibitoria o la estimatoria por rebaja de precio, no obstante, la Corte también expresa que esto es posible sin que sea inexorable que todo defecto origine la acción resolutoria general del artículo 870 del Código de Comercio (Sentencia 7524, 2005).

De lo anterior, resultan varios interrogantes y dudas, pues si bien está claro que el vicio necesario para hacer uso de la acción redhibitoria debe ser grave, no lo es el hecho de identificar con claridad cuándo se puede hacer uso de la referida acción (redhibitoria) y por qué ese mismo vicio puede originar el uso de la acción resolutoria general.

Diferimos de la decisión tomada por la Corte, en cuanto a pesar de los intentos que se hicieron por recuperar la máquina y mantener la validez del contrato, no es menos cierto que el hecho de que la máquina tuviera un defecto casi que de fábrica que obligara a estar constantemente cambiando las piezas, que no permitiera llenar el número de bolsas requeridas y que no fuera de la calidad idónea para la venta, generando pérdidas para la empresa compradora (Harinera del Valle), que finalmente debió adquirir otra máquina para reemplazar la existente, consideramos que si hay lugar a la prosperidad de la pretensión resolutoria, por cuanto la acción redhibitoria con fines de resolución que regula el Código en los casos de defectos graves de la cosa, precisamente lo que pretenden es concederle al comprador afectado la facultad de resolver el contrato, pues en definitiva la cosa no ha servido para el fin para el que fue comprada.

En consonancia con la postura de la Corte en el citado fallo y después de revisar el alcance de la acción redhibitoria por vicios ocultos, no existe claridad entre la diferencia que realiza la Corte en relación con la acción resolutoria general, pues ambas tienen como sustento la ocurrencia de un vicio grave. Ahora, si bien la Corte establece dos diferencias tendientes, la primera para identificar que el vicio que acontece en la acción redhibitoria siempre debe ser anterior al contrato y que hubiera sido de conocimiento del vendedor, lo cual no ocurre en la acción resolutoria general donde el incumplimiento sí está ligado sin consideraciones adicionales al incumplimiento en que recae la resolución; en la segunda diferencia encontramos que en la acción de resolución general hay lugar a las restituciones mutuas, mientras que en la redhibitoria no.

Tales diferencias si bien son válidas, no son lo suficientemente claras para identificar cuándo en algunos casos es posible hacer uso de la acción redhibitoria del artículo 934 del Código de Comercio (1914 del Código Civil) y, en casos muy excepcionales, los mismos hechos pueda conllevar el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 870 del Código de Comercio (1546 del Código Civil).

La misma Corte manifiesta que indistintamente de la procedencia de la acción redhibitoria, de modo posterior el mismo vicio puede desencadenar en un incumplimiento susceptible de la acción resolutoria común o general del artículo 870 del Código de Comercio (Sentencia 7524, 2005).

De acuerdo a ello, se ha suscitado un debate en la doctrina nacional referente a si la acción redhibitoria debe distinguirse o no del incumplimiento contractual, en ese sentido el doctor Oviedo Albán ha planteado interrogantes como el siguiente: “cuando el vendedor entrega una cosa, en el sentido de ponerla a disposición del comprador materialmente pero que presenta vicios ocultos ¿incurrir en incumplimiento de la obligación de entrega que surge del contrato?” (2015, p.172).

Para el citado autor, de acuerdo a la postura planteada por diversos autores franceses posterior a la adopción del Código Civil, cuando el vendedor entrega una cosa viciada incurre en incumplimiento contractual y la acción redhibitoria se asimila a la resolución por inejecución. Este planteamiento ha sido recogido por diversos autores, los cuales al defender la dualidad de supuestos han generado dos tesis, una tesis dualista que a su vez presenta diversos matices (Oviedo, 2015, pp.172-173) y una tesis monista que aunque conserva la separación de supuestos, por el contrario, al considerar el supuesto de entrega de la cosa viciada como una forma de incumplimiento, defiende que estos son coincidentes, pues además de configurarse los supuestos que dan lugar a las acciones edilicias por vicio redhibitorios, se constituye en un incumplimiento de entregar una cosa de acuerdo a lo pactado en el contrato, permitiendo ejercer además las acciones generales por incumplimiento (Oviedo, 2015, p.193).

En igual sentido el citado autor ha manifestado que:

no existe claridad en la jurisprudencia colombiana en torno a la gravedad del vicio, o al menos se ha venido abriendo paso una

nueva interpretación que permite encontrar dos líneas diferentes: una que asume que se trata de un vicio grave cuando este es de tal magnitud que inutiliza el bien o reduce su utilización y otra según la cual la inutilidad total significa incumplimiento del contrato que da lugar a las acciones generales. La primera de las líneas jurisprudenciales mencionadas es la correcta, pues el tenor literal del artículo 1915 del Código Civil es el que la respalda (Oviedo, Muñoz & Mantilla, 2013).

Por su parte Muñoz Laverde frente a las consideraciones de Oviedo manifiesta lo siguiente:

Nada en la legislación colombiana permite aseverar, frente a la existencia de vicios graves, que la acción redhibitoria propiamente dicha (resolutoria) sea exclusiva para los eventos de imposibilidad absoluta en el uso de la cosa, y que la estimatoria deba emplearse necesariamente en caso de funcionalidad parcial. Por eso, considero desacertado sostener la improcedencia de la resolución de la compraventa si la cosa vendida, no obstante el vicio grave, conserva la posibilidad de ser usada (Oviedo et. al., 2013).

De acuerdo con lo expresado por Muñoz Laverde, en consonancia con la postura de Oviedo Albán, si bien en la legislación colombiana no es claro identificar si frente a un vicio parcial en lugar de ser válida la acción redhibitoria deba prosperar la acción estimatoria, lo que se quiere es que la jurisprudencia pueda clarificar su postura al respecto cuando manifiesta que la acción redhibitoria se predica y encuentra su sustento en un vicio grave, pero al mismo tiempo cuando expresa que ese vicio grave que no genera la inutilidad de la cosa daría lugar a la acción redhibitoria (resolutoria) consagrada en el artículo 934 del Código de Comercio y no la acción resolutoria del artículo 870 del Código de Comercio, generando con ello una contradicción pues precisamente para hacer uso de una acción u otra lo que el legislador manifiesta es que el vicio sea grave, pues no cualquier descontento o imperfección genera la resolución del contrato. Lo importante entonces es clarificar cuando procede la acción redhibitoria y cuando la acción resolutoria general si ambas encuentran su sustento en que el vicio sea grave (Oviedo et. al., 2013).

En igual sentido, Mantilla Espinoza expresa: “El dilema lo creó el legislador mismo: consagró acciones con un plazo de prescripción de varios años junto a otras con un término de unos cuantos meses, sin tener en cuenta que todas abordaban el mismo problema y sin delimitar claramente el campo de aplicación de cada una. Problema que se agrava por las otras acciones que, eventualmente, estarían en juego: garantías del derecho del consumo, de buen funcionamiento, nulidad por error en las calidades sustanciales de la cosa. Pero, mientras el legislador no resuelva, mediante la delimitación y unificación de las acciones, la decisión le compete a la jurisprudencia” (Oviedo et. al., 2013).

Lo expresado por Mantilla Espinoza, es un aporte interesante frente al debate que genera el tema si se tiene en cuenta que la misma jurisprudencia de la Corte lo ha reconocido al expresar que el legislador reconoce que hay una escala de desperfectos que pueden aquejar la cosa vendida, diferencia de grado y de intensidad que causa un deterioro mayor o menor a la convención; pues existen diferencias en aspectos como el origen histórico, los supuestos constitutivos, las consecuencias jurídicas de su prosperidad y los términos de prescripción que distancian las categorías mencionadas hasta hacerlas inconfundibles (Sentencia 7524, 2005).

Si bien la Corte reconoce que existe una diferencia o escala de desperfectos, que a su vez tienen un remedio distinto en cada caso, de acuerdo a los supuestos constitutivos, no es menos cierto que ni el legislador, ni la jurisprudencia han logrado clarificar con exactitud cuándo y bajo qué circunstancias proceden cada uno, pues en ocasiones cuando se afirma que solo cuando hay inutilidad de la cosa es posible la resolución por incumplimiento general, se contraria la Corte en su argumentación cuando manifiesta la necesidad de que el vicio sea grave para dar lugar a la acción redhibitoria entendida como una acción de resolución del contrato.

La contradicción a la que hacemos referencia tiene sustento en razón a que la Corte manifiesta que el mismo vicio grave respecto del cual se predica la procedencia de la acción redhibitoria, puede causar el uso de la acción resolutoria general, así las cosas por qué no considerar la acción redhibitoria como una acción tendiente a regular el incumplimiento de contrato o como una acción resolutoria del contrato que de manera específica regula el incumplimiento imperfecto o defectuoso de la cosa vendida, que tiene cabida en

el incumplimiento general que consagra el artículo 1546 y 870 que a su vez regulan los diferentes tipos de incumplimientos que pueden resultar dentro del desarrollo de la relación negocial o contractual.

Es entendible que se quiera hacer una diferenciación en cuanto a la procedencia de un tipo de acción u otra atendiendo a los términos de prescripción de la misma, pero es precisamente en razón a esos términos y características de modo general que plantea la Corte, lo que justifica que la acción redhibitoria pueda entenderse como una acción de resolución de contrato en razón al incumplimiento particular o especial que regula, pero que a su vez es un incumplimiento contractual.

El incumplimiento del contrato y la facultad de resolución en el contrato de compraventa, de promesa y permuta

En ese mismo orden, el artículo 1930 del Código Civil otorga facultad al vendedor para pedir que se pague el precio pactado, a contrario sensu, o pedir la resolución del contrato de venta en el evento de encontrarse el comprador en mora de pagar el precio convenido. Nos encontramos en este caso de manera puntual en el incumplimiento de una obligación principal del contrato, en la que además el precio es considerado un elemento de la esencia, razón por lo cual, de no existir el pago del mismo, no tiene el contratante incumplidor razón alguna para seguir vinculado al contrato y en el que claramente además de la insatisfacción generada en una de las partes contratantes, hay pérdida del interés práctico perseguido.

La resolución del contrato otorgada por el referido artículo 1930 del Código Civil, resulta ser una extensión de la acción resolutoria general consagrada en el artículo 1546 (Valencia Zea, 2004, p.126), mientras que para Gómez Estrada (1999, p.103) y Bonivento Fernández, el artículo 1930 se convierte en una repetición inútil e innecesaria (2000, p.149). A nuestro modo de ver, se convierte en una ratificación de la existencia del supuesto de incumplimiento esencial para que proceda la resolución, por cuanto reafirma la necesidad de que el incumplimiento acaecido por uno de los contratantes afecte de modo sustancial el contrato para que proceda la resolución. Situación que ocurre en un contrato como el de compraventa, en el cual el precio resulta ser una obligación no solo principal sino verdaderamente importante, por tratarse el precio de un elemento de la esencia y por tener un contenido económico de gran interés para las partes, el no pago de este, según el precio pactado, no

solo afecta la economía del contrato, sino que además genera la pérdida del interés de la otra parte a la que se le ha incumplido la obligación de pagar, configurándose así, un incumplimiento esencial del contrato.

La sentencia que mejor explica la procedencia de la acción resolutoria frente al incumplimiento esencial como supuesto para que proceda la resolución es la de fecha 19 de diciembre de 2009, en la cual se decide el recurso de casación impuesto en razón a que la sociedad Fajardo & Cía. S. en C. celebró contrato de compraventa con la sociedad Inversiones Sánchez Rodríguez Insaro Ltda., el día 14 de marzo de 1987, mediante el cual se transfirió el derecho de dominio del establecimiento industrial y comercial denominado Gaseosa Cóndor, por la suma de 86 millones de pesos, dentro de la misma venta se incluyó la venta de un lote ubicado en la ciudad de Neiva cuyo dominio debía ser transferido el 1 de abril de 1987, se adicionó un documento manifestando que la venta sería por la suma de 210 millones de pesos.

Llegada la fecha de suscribir la escritura, la vendedora compareció a la notaría pero no suscribió la escritura por incumplimiento de la compradora, quien adeudaba 50 millones de pesos. El debate se extendió al escenario judicial, la vendedora al contestar la demanda presentó la excepción *exceptio non adimpleti contractus*, en primera instancia el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva declaró la resolución del contrato por mutuo incumplimiento, el Tribunal de Neiva en segunda instancia revocó el fallo, declaró impróspera la excepción propuesta y declaró resuelto el contrato ordenando las restituciones mutuas.

Por su parte, la Corte Suprema a causa del recurso de casación impuesto contra la sentencia del Tribunal de apelación que también declaró la resolución del contrato, decidió revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que “no toda separación por parte del deudor respecto del ‘programa obligacional’ previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual–, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria,

además de afectarse el principio de conservación del contrato” (Sentencia 9616, 2009).

Consideramos que esta es la sentencia de mayor importancia, o por lo menos la que mejor y más ampliamente explica el ejercicio de la acción resolutoria frente a la procedencia del incumplimiento esencial como supuesto para que proceda la resolución, por cuanto aclara por qué no se configura el supuesto o la hipótesis que requiere el artículo 1546 del Código Civil (870 del código comercio), para que haya lugar a la tutela jurídica frente al incumplimiento generado por una de las partes contratantes.

A través de esta sentencia encontramos presente el requisito de la importancia al que hace referencia la Corte y que la Ley requiere para considerar el incumplimiento susceptible de resolución, es decir, la necesidad del incumplimiento esencial del contrato. Así, el presente caso guarda relación con algunas de las sentencias que serán analizadas en cuanto el incumplimiento acaecido es un tipo de incumplimiento parcial y donde el valor del saldo de la prestación adeudada es ínfimo, en comparación con el monto pagado, razón por la cual no se configuran los requisitos necesarios para optar por la resolución del contrato.

Esta línea de análisis referente a la esencialidad del incumplimiento como requisito para que proceda la resolución del contrato tiene sus antecedentes en diversos fallos de casación de la Corte Suprema, dentro de los de mayor importancia encontramos el debate suscitado como producto de la celebración del contrato de promesa de venta que analizaremos seguidamente.

Contrato de promesa

En igual sentido, el contrato de promesa regulado en el artículo 1611 del Código Civil producirá los mismos efectos de cualquier contrato válidamente celebrado siempre que conste por escrito, que la promesa contenga una condición o un plazo que fije la época de celebración del contrato, que se determine claramente el contrato de tal manera que para su perfeccionamiento solo falten las formalidades legales (Código Civil, 2013).

Así las cosas, el incumplimiento del contrato de promesa genera a una de las partes afectadas la facultad de ejecutar forzosamente el cumplimiento, obligándole a suscribir el contrato o en su defecto ejercer la acción de

resolución con indemnización de perjuicios de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil (Oviedo, 2010, p.92).

Lo anterior tiene sustento además en la jurisprudencia de la Corte Suprema: “Respecto del contrato de promesa cuando una de las partes incumple con las obligaciones de su cargo, procede sin duda el ejercicio por parte de la otra de la facultad resolutoria consagrada en el artículo 1546 del C.C. (G. J. Tomo CLII, p.447), y que vale tanto para la obligación fundamental consistente en celebrar el negocio prometido como respecto de otras que por lo general la acompañan y representan la ejecución anticipada de prestaciones a este último (Sentencia S-081, 1993) también en (Oviedo, 2010, p.94).

En ese sentido, la interpretación de la legislación vigente y la jurisprudencia permiten establecer que al igual que en el contrato de compraventa, el supuesto de incumplimiento esencial como requisito para ejercer la acción resolutoria tiene aplicabilidad en el contrato de promesa válidamente celebrado, para ello traemos a colación algunas sentencias de la Corte suprema fundamentadas en el contrato de promesa de venta y compraventa respectivamente que sustentan tal afirmación.

Los hechos de la primera sentencia que queremos compartir y analizar se resumen en que el demandante de apellido Garcés alega el incumplimiento del contrato suscrito, al no recibir la totalidad del dinero pactado en la fecha convenida de parte del señor Agudelo Suárez, quien tuvo la intención de pago instaurando un proceso de pago por consignación, al cual el demandante se opuso y se negó a recibir el saldo del monto adeudado, razón por la cual instauró la correspondiente acción resolutoria.

Las pretensiones fueron acogidas en primera instancia por cuanto se encontró probado el incumplimiento del comprador respecto del pago total del precio, sin embargo, las pretensiones de la demanda fueron negadas en sentencia de segunda instancia, porque según lo expresado por el Tribunal el deudor solo dejó de pagar cien mil pesos, es decir, la veintidosava parte y “cualquier insignificante mora no autoriza para ejercer la acción resolutoria”, por su parte la Corte Suprema decidió no casar la sentencia recurrida, principalmente por considerar que es necesario detenerse sobre el requisito de la importancia que la Ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión aducida; argumentando que no es posible resolver el contrato si

el incumplimiento tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra, así en el presente caso existió una mala interpretación del Tribunal toda vez el acreedor no compareció a la notaría el día y hora señalados a recibir el saldo del precio y a suscribir la escritura pública, además ciertamente el valor adeudado es un monto muy bajo comparado con el precio total, la regla de derecho aplicada por la Corte Suprema tiene sustento en el análisis del requisito de la importancia que la Ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión resolutoria consagrado en el artículo 1546 del Código Civil (Sentencia 2415, 1984).

Así mismo, en sentencia de casación del 22 de octubre de 2003 (Sentencia 7451, 2003), cuyos hechos se resumen en la celebración de un contrato de compraventa de bien inmueble celebrado en la ciudad de Bogotá en el que el precio del inmueble se acordó pagar en 12 cuotas semestrales mediante letras de cambio. La demandada dejó de cancelar ocho letras de cambio a pesar de ocupar el predio y el demandante pretendió lograr el pago por la vía ejecutiva pero el resultado no fue positivo.

En primera instancia se desestimaron las pretensiones de la demanda, al considerarse que la acción de resolución y de cumplimiento son excluyentes y que el demandante optó por el cumplimiento al iniciar proceso ejecutivo, contrario a ello en segunda instancia el Tribunal de Bogotá ordenó la resolución del contrato y las restituciones mutuas, al considerar que con fundamento en el artículo 1546 y 1930 del Código Civil, el demandante estaba legalmente autorizado para iniciar la correspondiente acción de resolución o solicitar la ejecución forzada de la prestación.

A pesar de la similitud existente en cuanto a los hechos en las anteriores sentencias, así como la semejanza que existe entre el tipo de incumplimiento, el cual, en los dos casos constituye un incumplimiento parcial, las condiciones fácticas de los hechos varían. Al tratarse de un incumplimiento parcial del contrato, la Corte Suprema se detiene en el análisis de varios requisitos que a su juicio, son importantes para determinar o no, la gravedad del incumplimiento. Uno de estos requisitos es por ejemplo, la cuantía del incumplimiento parcial, el propósito serio que tenía el deudor de pagar el dinero, el consentimiento del acreedor de la mora que posteriormente pretendió utilizar como fundamento para instaurar la acción resolutoria.

De estos requisitos se derivan algunos criterios que van a configurar el incumplimiento esencial del contrato a la luz de la interpretación realizada por la Corte Suprema del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Tal es el caso de la cuantía en el cumplimiento de la prestación debida, que va a tener incidencia en la afectación o no de la economía del contrato; el propósito serio del contratante incumplidor de mantener la relación negocial y el allanamiento a la mora frente a los retrasos en el pago en que incurre el contratante incumplidor, que dan cuenta del interés que mantienen las partes de continuar con el contrato o no, además de configurarse con este último requisito una medida de control si se quiere, para que ese contratante que habiendo recibido pagos extemporáneos y aceptando esa situación en repetidas ocasiones, pretenda posteriormente sacar provecho de tal condición a su arbitrio mediante el ejercicio de la acción resolutoria.

Al realizar un análisis de los requisitos enunciados (únicamente respecto del segundo caso estudiado en providencia proferida en el año 2003 por la Corte Suprema), nos dan cuenta del medio de tutela tan importante en que se convierte la acción resolutoria en aquellos casos en los que a pesar de pretender el cumplimiento mediante el ejercicio de otras vías judiciales, como lo es la acción ejecutiva, sin que se obtenga el resultado esperado, el acreedor continua gozando de la facultad o medio de tutela en que se constituye la acción resolutoria, para solicitar la protección de sus derechos, permitiendo al contratante afectado liberarse de un contrato en el que ha perdido el interés.

Es posible afirmar que a pesar del régimen principalmente subjetivo que rige en los códigos de tradición continental, ha sido la jurisprudencia la que ha dado lugar a otros requisitos para ejercer la acción resolutoria, tal es el caso del incumplimiento esencial, que no es ajeno al régimen objetivo de responsabilidad, tal y como lo expresa la misma Corte al manifestar que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente, encontrando así una relación con los criterios objetivos que emanan principalmente del derecho uniforme y del *common law*, donde tiene su origen el concepto de incumplimiento esencial del contrato.

La sentencia proferida por la Corte en el año de 1984, ratifica su importancia en cuanto constituye precedente de la decisión adoptada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 19 de octubre de 1999 (Sentencia 4823, 1999), en la cual se decide el recurso de casación impuesto contra sentencia proferida

por el Tribunal de Florencia el 5 de noviembre de 1993, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación que a su vez impuso el apoderado de la parte demandada dentro del proceso de resolución de contrato de compraventa de vehículo campero celebrado entre el señor Fermín Guevara como comprador y el señor Cabrera Toledo (vendedor), el cual fue incumplido por el comprador Guevara, al no pagar el saldo del precio pactado por la venta del vehículo, a pesar de que el vendedor sí cumplió con su obligación de entrega. El vendedor presentó demanda en ejercicio de la acción de resolución de contrato, solicitando la restitución del bien, el pago de los frutos civiles, el pago de los intereses contados desde la fecha en que se recibió el bien y el pago de la cláusula penal por incumplimiento pactada en la suma de dos millones de pesos.

Así mismo el vendedor inició proceso reivindicatorio contra Agapito Obregón, tercero a quien había sido entregado el vehículo por parte del señor Guevara, por lo cual hubo acumulación de procesos. El Juez de primera instancia concedió todas las pretensiones de la demanda, por lo que fue objeto del recurso de apelación, y en su lugar el Tribunal revocó la sentencia, negando la pretensión de resolución de contratos y acogiendo de manera subsidiaria la pretensión de pago insoluto de seis millones de pesos así como la corrección monetaria conceptuada por el Banco de la República, pagar la cláusula penal y la entrega del vehículo a favor del demandante.

El Tribunal sustentó su decisión en el cumplimiento del vendedor al entregar la cosa y el incumplimiento del comprador al no pagar la totalidad del precio pactado, sustentado en el artículo 1930 del Código Civil concluyó que el vendedor estaba legitimado y tenía interés para pretender el pago del precio o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Se negó la pretensión reivindicatoria al considerar que el tercero a quien el comprador había vendido el bien, es considerado un tercero de buena fe.

Después de analizar la situación fáctica, la Corte consideró que se vulneraron las normas de derecho sustancial (artículo 1546 del Código Civil) por falta de aplicación, por cuanto la situación fáctica se subsumía en la hipótesis prevista, objeto de tutela jurídica de la pretensión resolutoria, en donde además del requisito de existencia del contrato bilateral válido, del cumplimiento del acreedor y del incumplimiento del deudor, “es necesario detenerse

sobre el requisito de la importancia que la Ley requiere para que prospere la pretensión aducida”.

En el presente caso estamos en presencia igualmente de un incumplimiento parcial del contrato, tal y como ocurrió en la sentencia de 1984, en la que se fundamenta la Corte Suprema para casar la sentencia del Tribunal de Florencia en segunda instancia, y en consecuencia conceder las suplicas de las dos acciones impuestas de manera independiente, tanto la acción de resolución del contrato de conformidad con el requisito de la importancia en el incumplimiento acaecido y la acción reivindicatoria, ordenando la restitución del vehículo, atendiendo a la mala fe del tercero adquirente, la cual encontró probada.

La necesidad de que el incumplimiento sea grave, importante o de trascendencia, tal y como expresa la Corte Suprema, no se predica solo del incumplimiento de un tipo de prestaciones o de otras, la Corte ha sido muy clara, al manifestar que este requisito también es aplicable a los incumplimientos defectuosos, o parciales o tardíos, respecto de una de las prestaciones del contrato.

Así se ratifica mediante sentencia del 15 de marzo de 1990, cuyos hechos consisten en que la sociedad Andesa Ltda., y el señor Juan Manuel Arboleda Puyana celebraron un contrato de promesa de venta de una bodega junto con el terreno en que sería construida, además de la obligación de transferir el dominio, el señor Arboleda se comprometió a construir la bodega con las especificaciones que quedaron determinadas en el contrato, el precio acordado fue de 7.500.000 pesos, pagaderos en varias cuotas, exigibles de acuerdo a los avances de la obra, sin los cuales no habría exigibilidad por parte del acreedor. Se fijó como fecha de suscripción de la escritura de venta el día 2 de agosto de 1982, el promitente vendedor tomó una póliza de seguros de cumplimiento con la aseguradora Confianza S.A., el promitente vendedor antes de que se cumpliera el plazo fijado para suscribir la escritura, manifestó la imposibilidad del cumplimiento en la entrega de la obra, sin embargo la sociedad demandante alega otros motivos del incumplimiento, como lo es la enajenación del inmueble a un tercero, la compañía aseguradora exigió que se demostrara en juicio el incumplimiento y los daños causados a la sociedad demandante.

En esta oportunidad, la Corte resolvió casar la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de apelación de Bogotá, que había revocado el fallo del *a-quo* denegando las pretensiones de la demanda, para en su lugar confirmar la sentencia de primera instancia, en la cual se había declarado resuelto el contrato y se había ordenado la restitución de las sumas de dinero entregadas, así como al pago de los perjuicios sufridos.

El fundamento principal de esta sentencia, entre otros fue el siguiente:

ese conjunto de factores que permiten la constitución legal del derecho de resolución, sobre la base incuestionable de una relación jurídica bilateral de origen contractual –susceptible por esta índole de admitirlo– bien puede reducirse a una fórmula esquemática simple, reducida a los siguientes términos: un incumplimiento de entidad o gravedad suficiente, imputable al demandado, siempre que el actor no haya observado, por su parte, un incumplimiento excluyente del derecho de resolución, que no se halle en situación de incumplimiento, respecto de las obligaciones a su cargo. (Sentencia 2439, 1990)

Para la Corte, lo más importante en el caso bajo estudio, es la gravedad o entidad suficiente del incumplimiento para resolver el contrato, nótese cómo el incumplimiento de una de las partes frustra completamente el fin práctico perseguido en el contrato, en cuanto manifiesta su imposibilidad de entregar lo pactado a tiempo, no se habla simplemente de un incumplimiento tardío o extemporáneo, se está en presencia de una imposibilidad total, manifiesta antes del vencimiento del termino pactado, por cuanto quedó demostrado en el proceso que el vendedor transfirió el inmueble a un tercero, así mismo, el contratante cumplidor, en cambio, realizó los pagos convenidos en proporción a los avances de la obra, no obstante la economía del contrato y el interés del mismo se vieron frustrados de manera directa, grave e importante, evidenciándose claramente un incumplimiento susceptible de resolución.

De este modo compartimos la decisión adoptada por la Corte en esta oportunidad, en cuanto además de dar aplicación al artículo 1546 del Código Civil para declarar la resolución del contrato, la Corte ratifica la importancia que tiene el requisito de la gravedad en el incumplimiento, o lo que es lo mismo el incumplimiento esencial, esclareciendo en mayor medida las características del mismo, tal y como se ha venido expresando a lo largo de la investigación,

esto es, que el incumplimiento sea de una trascendencia tal que se afecte el interés de las partes, que se afecte la economía del contrato, que se prive al acreedor afectado de lo que tenía derecho a recibir en virtud del contrato, en fin que sea un incumplimiento tal que no permita el ejercicio de otro remedio favorable para él, sino la resolución del contrato.

Nótese además como esta sentencia guarda relación con la regulación de la Convención de Viena y los restantes instrumentos normativos de modernización de contrato, en el sentido de proteger al acreedor afectado en el evento de un incumplimiento futuro de la prestación, pues en el presente caso el deudor de modo anticipado expresó la imposibilidad del cumplimiento, lo que se constituía en razón más que suficiente para otorgar derecho al acreedor para perder la confianza en el cumplimiento futuro y por ende para resolver el contrato, con la diferencia de que en el derecho privado colombiano, no era posible al acreedor ejercer la resolución hasta tanto fuera declarada judicialmente, como en efecto sucedió.

Contrato de permuta

Siguiendo la misma línea de análisis, es procedente hablar también de la resolución del contrato de permuta, el cual se encuentra regulado en el inciso segundo del artículo 905 del Código de Comercio y artículo 1955 del Código Civil.

El contrato de permuta es definido como un convenio por el cual las partes que lo celebran quedan obligados a entregarse mutuamente una cosa por otra, o parte de una cosa y parte de dinero por una cosa o por una cosa de dinero, siempre que la cosa que se entrega a cambio de la otra valga más que el dinero entregado (Lafont Pianeta, 2015, p.112). Así mismo, la regulación aplicada a la compraventa se aplica al contrato de permuta en todo lo que no se oponga a la naturaleza de ese contrato (Código de Comercio, 2013, artículo 950). En síntesis, es un contrato por el cual las partes se obligan recíprocamente a entregar una cosa o un derecho, sin distinguir si las cosas entregadas son en especie o cuerpo cierto (Bonivento Fernández, 2000, p.377).

Aunque no se encuentra regulado de modo expreso en este tipo de contrato el incumplimiento esencial, de acuerdo a la regulación efectuada por los artículos 905 del Código de Comercio y 1955 del Código Civil, que permiten aplicar las mismas reglas del contrato de compraventa al de permuta en lo

que no sea contrario al primero, es posible afirmar que también en este tipo de contrato procede la acción resolutoria regulada en los artículos 1546 y 870 del Código Civil y de comercio respectivamente, en razón a ello, en el contrato de permuta también se encuentra regulado de modo implícito el supuesto del incumplimiento esencial del contrato que se requiere para que prospere la referida acción de resolución judicial. Así lo expresa Bonivento Fernández al resaltar que la acción resolutoria tiene vigencia en este contrato en razón al incumplimiento en la entrega de una de las cosas o derechos permutados (2015, p.379).

Lo anterior se encuentra soportado en la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha emitido pronunciamiento en este sentido. Así tenemos un caso consistente en que los señores Lagos Bolívar y Perico Aldana celebraron contrato de permuta, mediante el cual el segundo se obligó a transferir al primero las fincas Las Palmas y Las Camelias con todas su anexidades y en contraprestación este se obligó a transferir a aquel la finca El Vergel sobre la cual pesaba una hipoteca por un millón de pesos.

El contrato de permuta también comprendió dos automotores intercambiados mutuamente. Las partes elevaron el acuerdo a escritura pública, transfiriéndose las propiedades y cancelando la hipoteca que tenía uno de los inmuebles, y constituyéndose otra por la suma de 540 mil pesos. El demandado incumplió el contrato al no transferir la propiedad de la finca Las Camelias como parte de pago de la finca El Vergel.

El juez de primera instancia declaró infundada la excepción de contrato no cumplido formulada por el señor Aldana, concedió las pretensiones de la demanda y condenó al pago de la suma de 540 mil pesos con los intereses causados.

La Corte Suprema decidió no casar la sentencia proferida por el tribunal de apelación que negó las pretensiones de la demanda en segunda instancia, al considerar que hay “razones de orden jurídico, pero también económico, que permiten afirmar que la alternativa que ofrece el art. 1546 del Código Civil, encuentra un límite en eventos como el descrito, donde, según se vio, el contrato ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del demandante, y no a raíz de la demanda”. Estas circunstancias excluyen de por sí el aniquilamiento de la relación material, de

un lado por quedar eliminada la idea de desistimiento y, de otro, en consideración a la irrelevancia del incumplimiento, frente al interés económico del contrato. Respecto a lo primero, el cumplimiento parcial de una misma obligación o de varias escindibles, sumada a la intención de llevar a cabo las prestaciones aún pendientes, trasluce, a no dudarlo, una manifestación inequívoca de perseverar en todo lo pactado.

En torno a lo segundo, no sobra repetir que el contrato fue cumplido en importante porcentaje de las prestaciones, pues como bien lo enseña el expediente todo el conflicto surge por la no transferencia del pequeño lote Las Camelias, hoy, entre otras cosas poseído por el propio demandante (Sentencia 4636, 1997).

Es importante resaltar que del análisis efectuado por la Corte respecto al presente caso, en sus consideraciones no solamente se refiere a las razones jurídicas, sino fundamentalmente a las razones de orden económico, lo cual deja ver claramente que para la Corte la finalidad económica, el contenido económico del contrato es de suma importancia, para determinar o no la ocurrencia del incumplimiento susceptible de resolución, es decir, como incumplimiento esencial del contrato.

Otra sentencia que guarda relación con los hechos del anterior fallo, consistió en la celebración de un contrato de promesa de permuta de bien inmueble; en dicho contrato el señor Ceballos se comprometía transferir a la señora Molina un apartamento ubicado en la ciudad de Cartagena y a cambio ella le transmitiría a aquel una camioneta cabinada, un apartamento, un local comercial y 10 millones de pesos. La señora Molina entregó la camioneta y el local comercial, pero no el apartamento; por su parte el señor Ceballos sí transfirió la propiedad del apartamento localizado en la ciudad de Cartagena a la señora Molina.

En primera instancia se desestimaron las pretensiones de la demanda, pero en sentencia de casación, la Corte Suprema decidió casar la Sentencia del Tribunal, proferida en segunda instancia, mediante la cual había manifestado la imposibilidad de ejercer la acción resolutoria en dicho acuerdo, al carecer a su juicio de sentido jurídico y práctico del análisis de esa convención, a lo cual la Corte expresó lo siguiente: “el contrato preparatorio de permuta, al igual que todos los contratos de tal naturaleza en general, son pasibles,

en lo pertinente, de las mismas reglas y principios que estereotipan los contratos definitivos, específicamente del artículo 1546 en cuestión. No en vano, el contrato preparatorio, en sí, es un negocio jurídico del que dimanar los efectos consustanciales a dicha categoría volitiva” (Sentencia 7386, 2003).

De lo anterior, tenemos que frente al caso puntual, no solo es procedente ejercer la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil respecto del contrato de promesa de permuta, sino que además se configura perfectamente para la Corte el presupuesto de incumplimiento injustificado de la parte demandada, que deviene en esencial frente a la inejecución de la prestación debida al demandante, como lo era la de transferir el apartamento ubicado en la ciudad de Medellín, teniendo en cuenta que el demandante había transferido el dominio que tenía sobre el apartamento ubicado en la ciudad de Cartagena, tal y como quedó prometido en el contrato que a todas luces era de un precio mayoritario en comparación con los otros bienes recibidos, configurándose una desventaja y afectándose considerablemente la economía del contrato ante el incumplimiento acaecido.

Obligaciones del arrendador en el contrato de arrendamiento

De igual manera, si se revisan los artículos 1983 y 1984 del Código Civil, sobre las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas, se advierte que el Código Civil distingue si la falta de entrega de la cosa objeto del contrato de parte del arrendador es posible o no, a efectos de permitir la terminación del contrato con indemnización de perjuicios y también en caso de mora en tal obligación de entrega, se detiene en precisar si en dicho supuesto es viable o no la entrega, con el fin de establecer cuáles son las acciones de que dispone el arrendatario, es decir, si la terminación con indemnización de perjuicios o simplemente la indemnización consagrada en el inciso primero del artículo 1984 (Código Civil, 2013).

Tal y como se observa, de acuerdo a la regulación que consagra el Código Civil en las normas precitadas, también es posible ejercer la acción de resolución en el contrato de arrendamiento de cosas, así lo expresan autores como Valencia Zea, para quien es posible tanto la resolución como la terminación: “Ocurre lo primero frente a la imposibilidad del arrendador de entregar la cosa, esto es, antes de iniciar la ejecución del contrato, mientras que habrá terminación una vez haya comenzado el disfrute de la cosa, por lo que no es posible hablar de destruir el disfrute que ha tenido el arrendatario de

la cosa, por tanto en este evento el código se refiere a la terminación del contrato, pues no hay efectos retroactivos (2004, p.135), tal y como ocurre en los contratos de ejecución sucesiva, en donde la resolución no tiene efectos retroactivos, sino únicamente para el futuro”.

El Código Civil en el artículo 1973 define el contrato de arrendamiento como un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado (Código Civil, 2013, artículo 1973), así las cosas, el código distingue entre las acciones de que disponen las partes, distinguiendo en primer lugar la resolución del contrato (o disolución por incumplimiento) lo que genera un debate a nivel doctrinal respecto a si debe o no comprenderse o asimilarse la disolución de la que habla el código con la resolución que regula de modo general el artículo 1546 del Código Civil (Molina, 2009, p.82), la cual procede cuando por hecho o culpa del arrendador o sus agentes es imposible la entrega de la cosa o este se constituye en mora de entregar causando con ellos tres circunstancias bajo las cuales es posible la terminación del contrato, esto es, cuando se disminuye notablemente la utilidad del contrato para el arrendatario, cuando se ha deteriorado la cosa o por haber cesado la motivación del contrato (Código Civil, 2013, artículos 1973-1984).

Dentro de las varias acciones que dispone el arrendatario frente al incumplimiento del arrendador, se encuentra también (Código Civil, 2013, artículos 1990-1991) la acción de terminación o rescisión por mal estado de la cosa arrendada; además encontramos la acción redhibitoria por vicios de la cosa arrendada, en la que es procedente la indemnización de perjuicios, en este caso es preciso determinar en primer lugar si el vicio imposibilita o no el uso o el goce de la cosa y si es anterior o no al contrato, pues en el primer caso habría lugar a la resolución del mismo con indemnización de perjuicios, mientras que si es posterior habría que determinar si la imposibilidad del uso o disfrute puede dar lugar a la terminación o en su defecto a la rebaja del precio (Durán Gómez, 2009, p.34).

De acuerdo a ello encontramos diversas acciones sustentadas en supuestos distintos, dentro de los cuales se destaca la imposibilidad en la entrega de la cosa por parte del arrendador y la mora en la entrega siempre que se cumplan alguno de los tres supuestos que generan consecuencias adversas

para el arrendatario a causa de la referida mora en que incurre el arrendador, no obstante, aunque el código distingue entre terminación y disolución aclarando a su vez cuándo procede la indemnización, en la doctrina no se encuentra claramente determinado si es posible hablar al mismo tiempo de disolución y resolución de modo equiparable.

Mientras que para autores como Valencia Zea y Bonivento Fernández la disolución que regula el Código Civil en el artículo 1983 frente a la obligación del arrendador de entregar la cosa es equivalente a la acción de resolución que regula el artículo 1546 del mismo código, para otra parte de la doctrina no es así, tal es el caso de Molina, cuando afirma que frente a la expresión “disolución” y “desistir” que regula el artículo 1882 del Código Civil en el caso particular del contrato de compraventa, no se requiere sentencia judicial, pues según manifiesta el citado autor el mismo artículo 2008 del Código Civil que trata sobre la expiración del contrato de arrendamiento sugiere el carácter excepcional de la intervención del juez cuando manifiesta que el contrato termina “por sentencia o de prefecto en los casos en que la Ley lo ha previsto” (2009, p.82).

Por su parte, Valencia Zea expresa: 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 que incumple (2004, p.167), la terminación procede de modo posterior al inicio de la ejecución del contrato diferenciándose de la resolución en cuanto no procede las restituciones mutuas (Valencia Zea, 2004, p.135).

Para el autor Bohórquez Ordúz, si el arrendador no entrega el bien dentro del término estipulado, incurre en la única causal que puede generar la resolución del contrato por incumplimiento, pues para el citado autor esta se configura en la única hipótesis en la que el contrato no ha comenzado a ejecutarse y por lo tanto, las partes pueden ser devueltas a la situación que tenían originalmente, toda vez que en los demás eventos de incumplimiento, la pretensión no podría ser de resolución sino de terminación del contrato (2005, p.152).

Según manifiesta el referido autor, los artículos 1983 y 9184 del Código Civil permiten al arrendatario desistir del contrato, por lo cual el desistimiento y la resolución son alternativas con que este cuenta para alcanzar la extinción del contrato pudiendo en ambas reclamar la indemnización de perjuicios,

aunque con resultados diferentes pues con la resolución la terminación del contrato se alcanza por la vía judicial mediante sentencia, mientras que con el desistimiento finalizará con la decisión comunicada al arrendador (Bohórquez Orduz, 2005, p.153).

Así las cosas, en cuanto a la imposibilidad de entregar la cosa por parte del arrendador, Cardona Hernández manifiesta que se refiere a la conducta culposa del arrendador y que tiene aplicación la sanción por incumplimiento del artículo 1546 del Código Civil, no la resolución del contrato, al considerar que no es procedente, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, sino en cuanto a la indemnización de perjuicios pues el inciso segundo del artículo 1983 del Código Civil consagra el principio de la culpa in contrahendo por tanto no queda exonerado de responsabilidad aunque hubiese actuado de buena fe. Así mismo, manifiesta el citado autor que no se habla de resolución sino de desistimiento, en el sentido de poner fin al contrato, de suspender sus efectos (2001, pp.117-118).

Frente al supuesto que consagra el artículo 1984 referente a la mora de parte del arrendador, el autor Cardona Hernández, critica la norma en cuanto en el primer inciso solo contempla la indemnización de perjuicios frente a la mora, apartándose de las reglas generales que sobre mora consagran las obligaciones, según manifiesta, cuando lo obvio es que pudiera terminar el contrato. Por su parte en lo que al inciso segundo respecta, expresa que las circunstancias frente a las cuales es posible que opere la terminación ya se encuentran enmarcadas por el mismo artículo, citando a su vez un ejemplo propio del tratadista Gómez Estrada: “la casa se arrendó para establecimiento de diversiones durante unas fiestas públicas y estas pasaron, o si se arrendó para una temporada y esta pasó” (2008, p.118).

En lo que respecta al supuesto de incumplimiento esencial, en el contrato de arrendamiento de cosas se hace mucho más claro identificar su procedencia en el evento de la ocurrencia de mora en la entrega de la cosa, pues se vislumbran algunos de los criterios que a la luz del derecho comparado, los instrumentos modernos de contratación y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema han de tenerse en cuenta para catalogar el incumplimiento como esencial. Se trata del interés del acreedor (Bonivento Fernández, 2000, p.357), el fin práctico perseguido y la economía del contrato, en cuanto de manera expresa el artículo 1984 hace referencia a “la disminución de las utilidades

del arrendatario, así como también haber cesado las circunstancias que lo motivaron”.

Después de analizar la acciones de las cuales dispone el arrendatario frente al incumplimiento por parte del arrendador, es preciso manifestar que si bien no hay una clara distinción entre la noción y los efectos que tienen la disolución y la resolución, que en el caso particular del contrato de arrendamiento es más coincidente con la terminación del contrato en cuanto no es necesario acudir al juez, salvo en el evento de perseguir la indemnización de perjuicios, ello no quiere decir, que no pueda verse en la disolución, una extensión de la acción general por incumplimiento que regula el artículo 1546 del Código Civil, y con ello ratificar el hecho de que también frente a un incumplimiento del arrendador en cuanto su obligación principal como es la de la entrega de la cosa o aún tratándose de mora cuando con la entrega tardía se afecte el fin práctico perseguido en el contrato y el interés de la otra parte, hay lugar al *incumplimiento esencial*, para que opere la terminación del contrato aunque de modo específico no se acuda al juez para su declaración.

Del contrato de suministro que regula el Código de Comercio y la facultad de resolución

Además de todo ello, el artículo 973 del Código de Comercio, ubicado en las reglas sobre suministro, establece que 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” y “cuando el incumplimiento por sí solo es capaz de mermar la confianza de esa parte para hacer los suministros sucesivos”.

Si revisamos lo que al respecto ha expresado la doctrina en Colombia, para el autor Arrubla Paucar el incumplimiento que se requiere para que proceda la terminación del contrato de suministro, no es cualquier tipo de incumplimiento, debe ser un incumplimiento de cierta importancia, capaz de causar perjuicios al otro contratante y generar además la pérdida de confianza a causa del incumplimiento respecto de las obligaciones futuras. Para el citado autor, si esto no ocurre no hay lugar para la terminación del contrato (2004, p.248). De lo expresado anteriormente, también encontramos la opinión de autores como Bohórquez Ordúz para quien el incumplimiento regulado en el artículo 973 del Código de Comercio no es liso y llano, pues como él manifiesta

exige cierto grado al fenómeno, es decir, exige un incumplimiento que sea de una entidad tal capaz de menoscabar la confianza del otro contratante (Bohórquez Orduz, 2005, p.269).

Para el tratadista Arrubla Paucar el artículo 973 del Código de Comercio combina dos elementos, un elemento objetivo que se reduce al incumplimiento propiamente y otro elemento subjetivo relativo a la duda que genera la capacidad del contratante incumplidor para atender los compromisos del contrato. El autor cita un ejemplo que considera típico en este caso, se trata de la insolvencia del otro contratante (2008, p.50). Así mismo, se juega el criterio de la importancia económica de la prestación fallida lo que considera criterio objetivo, con el de la confianza en el exacto cumplimiento futuro, entendido como criterio subjetivo (Garrigues, 1964, p.427).

En atención a la armonización del principio de la unidad de relación y de la autonomía de las prestaciones singulares (Garrigues, 1964, p.426), el incumplimiento de las prestaciones futuras en el contrato de suministro no dará lugar a la terminación del contrato ni afectará las prestaciones futuras del mismo, si no se causan perjuicios graves, es decir, debe existir un incumplimiento de cierta importancia, de cierta entidad, para que de ese modo se pueda restar confianza al deudor sobre el cumplimiento futuro de su obligación (Arrubla, 2008, p.51).

Mantilla Espinoza expresa que para la Corte Suprema de Justicia, la gravedad del incumplimiento de que trata el artículo 973 del Código de Comercio no puede comprenderse de forma absoluta, sino que ha de tenerse en cuenta cada caso concreto, de tal modo que se pueda determinar las particularidades del caso para establecer las razones de la inejecución, así no es posible sostener un tipo de incumplimiento grave que pueda aplicarse a todos los casos, pues esto supondría un sinsentido, precisamente esa es la orientación del artículo 973 (2005, p.55).

Por su parte, para Lisandro Peña, la parte afectada por el incumplimiento en el contrato de suministro podrá darlo por terminado siempre que los perjuicios sean graves o tengan cierta importancia, capaz por sí sola de mermar la confianza de la otra parte para hacer los suministros sucesivos (2012, p.278).

No obstante lo anterior, también en el contrato de suministro se cierne un debate respecto a la procedencia o no de la resolución judicial, así lo consi-

deran autores como Bonivento Fernández para quien la terminación que regula el artículo 973 no es extrajudicial, pues siempre es judicial manifiesta, el aniquilamiento de un contrato en el derecho privado colombiano se encuentra soportado principalmente en el uso del aparato jurisdiccional para lograr ese cometido (1995, p.167).

La crítica a esta postura la realiza Molina cuando afirma que la norma es clara y no puede el intérprete modificar su alcance basado en un dogma, así mismo expresa que el referido artículo 973 sí concede al acreedor la facultad de terminación del contrato de modo unilateral sin que ello lo prive del derecho a pedir la indemnización de perjuicios (2009, p.83).

Así se ratifica la procedencia de la terminación del contrato y no de la resolución declarada judicialmente, aún en caso de incumplimiento, pues para Lisandro Peña, el carácter de tracto sucesivo del suministro hace que de él deba predicarse que termina, no que se resuelve. La razón es la imposibilidad de volver las cosas atrás, tanto en el suministro de servicios como de cosas, pues en ambos casos ya se ha utilizado o consumido (2012, p.279).

En ese mismo entender, Correa Arango expresa que en razón a la reciprocidad que existe en el contrato de suministro en cuanto a sus prestaciones, el incumplimiento de una de esas prestaciones no afecta a la otra, en el sentido de que el incumplimiento de una prestación actual no debe afectar las prestaciones anteriores a la que se incumple, considera además el referido autor que la extinción del contrato no es automática ni en razón de cualquier tipo de incumplimiento, toda vez que este no puede ser de una entidad reducida o mínima, o no ser importante, de acuerdo a ello el contratante que sí cumplió se encuentra facultado para solicitar la terminación y no la resolución, en razón a que el contrato de suministro es de los tipos de contratos en que no es posible volver las cosas a su estado inicial o precontractual (1991, p.2013).

De lo anterior se deduce que si bien la regulación vigente de las normas del Código Civil y de Comercio en su estado actual, no expresan de manera taxativa la procedencia del incumplimiento esencial, de la interpretación del artículo 973 del Código de Comercio, no solo se ratifica su procedencia, sino que además encuentra una similitud o cercanía, frente a los avances que al respecto han creado los instrumentos modernos de contratación, al regular la

terminación del contrato cuando existe desconfianza en el cumplimiento de las prestaciones futuras.

Así, el supuesto de incumplimiento esencial que regula el artículo 973 del Código de Comercio, guarda relación o se encuentra en consonancia con los tipos de incumplimiento esencial estipulados en la Convención de Viena relacionado con la pérdida de confianza respecto al cumplimiento futuro de la obligación por parte de uno de los contratantes (Vidal Olivares, 2010, pp.472-474) por lo que no puede dejarse de lado tal situación frente al estudio de la regulación del contrato de suministro, pues su relación con los supuestos de incumplimiento esencial que regula la convención de Viena es inminente, máxime cuando expresamente así lo consagra el artículo 72 y 73 de la convención al considerar que ese es otro de los supuestos frente a los cuales procede también la acción de resolución.

El contrato de agencia mercantil

Por otra parte, el artículo 1325 del Código de Comercio, de manera taxativa expresa que son justas causas para dar por terminado el contrato de agencia comercial, cuando ocurre el “incumplimiento grave” del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la Ley; o cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario, y por parte del agente cualquiera acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente.

El contrato de agencia consiste en un encargo estable, continuo y duradero que se ejecuta mediante el ejercicio de una actividad profesional autónoma y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, desarrollando distintas acciones de diversa naturaleza para lograr la realización de negocios usualmente homogéneos y en masa (Sentencia 01889, 2011).

El cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales son de gran importancia para el normal desarrollo del contrato de agencia si se tiene en cuenta que las relaciones de cooperación entre las partes, se extienden en el tiempo y están o deben estar presididas por la confianza (Gómez Mejía, 1980, p.203), así la satisfacción económica de las partes en cuanto al cumplimiento de las obligaciones recíprocas, se ve sustentada sobre todo en la complejidad de las acciones desplegadas por el agente cuyo destino es promover

negocios y recibir en consecuencia la retribución a cargo de la otra parte, lo que se convierte en la razón determinante de la partes para cumplimiento del contrato (Farina, 1999, p.448).

En cuanto a la facultad que otorga el artículo 1325 para dar por terminado el contrato unilateralmente frente a cualquier acción u omisión que afecte gravemente el interés de la otra parte, Gómez Mejía manifiesta que este no se configura como un incumplimiento de una obligación surgida en virtud del contrato, sino que más bien este incumplimiento se encuentra tipificado como una causal autónoma prevista en el literal a) de los numerales 1 y 2 del artículo 1325 citado. Así mismo, la necesidad del incumplimiento grave para que proceda la terminación unilateral del contrato por parte del agenciado se configura como un requisito discriminatorio hacia el agenciado (Gómez Mejía, 1980, p.203).

De este modo, en lo que tiene que ver con la aplicación de las normas que regulan la resolución por incumplimiento en el contrato de agencia, la respuesta es positiva pero no ante cualquier tipo de incumplimiento, pues no todo incumplimiento faculta a la otra parte para actuar de modo correlativo en cuanto a la prestación que a este le corresponde, siendo necesario comparar y establecer la importancia del incumplimiento en atención a la finalidad económica, por ejemplo, sí el agente no paga al agenciado las comisiones obtenidas de acuerdo a los plazos pactados, este podrá “intimarlo en el término y con los efectos previstos del artículo 216 del Código de Comercio”, artículo 870 del Código de Comercio colombiano. No todo incumplimiento puede ocasionar una resolución, se hace necesario que el incumplimiento ocasione perjuicios a la otra parte, además el incumplimiento debe ser imputable al agente, evitando que se haya generado por caso fortuito o fuerza mayor (Farina, 1999, p.449).

Por su parte, para determinar la procedencia de la terminación del contrato de agencia en caso de incumplimiento grave, a causa de la acción u omisión del agente que cause afectación grave a la otra parte, Bernal Salamanca ha expresado que se hace necesario como primera medida estudiar los intereses que persigue el empresario y se verifique su afectación; en segundo lugar determinar dentro de las escalas subjetivas de interpretación, la gravedad de estas; y tercero establecer el nexo de causalidad entre ellos por tratarse la

afectación causada, una consecuencia del actuar o de la omisión directa del agente (2014, p.78).

Pese al desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal que ha tenido este contrato en Colombia, los debates objeto de discusión se han centrado fundamentalmente en temas como; la prestación especial a la que tiene derecho el agenciado una vez ha operado la terminación del contrato; si las causas de terminación son únicamente las previstas en la Ley; si la onerosidad es uno de los elementos de la esencia (Giraldo Bustamante, 2015, p.116), pero no ha surgido debate alguno relacionado con el requisito de la gravedad en el incumplimiento del agente como requisito para que proceda la resolución, si en efecto este requisito se constituye en discriminatorio o no, tal como lo indica Gómez Mejía (1980, p.203), y tampoco queda completamente claro si en efecto una vez constatado el cumplimiento del supuesto que exige que los perjuicios sean graves, procede la terminación o es necesario acudir al juez para que la terminación sea declarada judicialmente.

No obstante lo anterior, lo que sí es claro es que el supuesto de incumplimiento esencial que hemos venido estudiando no pasa desapercibido en lo que respecta al contrato de agencia, cuando de manera expresa las normas que lo regulan, hacen referencia a la necesidad que existe de que el incumplimiento acaecido respecto de las obligaciones tanto contractuales como legales del agente comercial y del empresario, sea considerado *grave*.

Consideraciones que se derivan del análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Luego de realizar una revisión del estado actual de las normas que sobre contratos en general regulan tanto el Código Civil como el Código de Comercio y después de analizar y comparar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, respecto de la procedencia de la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, a la luz del incumplimiento esencial del contrato como supuesto para que proceda la resolución, tenemos que en el derecho privado colombiano si bien no existe de manera taxativa en el estado actual de las normas vigentes, el requisito del incumplimiento esencial para que proceda la resolución, ha sido la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil, quien ha determinado el incumplimiento esencial del contrato como requisito para que proceda la resolución pretendida. Si bien la sentencia de casación de la Corte Suprema

no utiliza de modo directo el concepto de incumplimiento esencial, sí expresa la necesidad de tal requisito, al requerir que el incumplimiento determinante para que proceda la resolución sea grave.

En este sentido el incumplimiento grave viene a ser una expresión del incumplimiento esencial, tal y como quedó dicho de manera precedente al analizar si existe o no algún tipo de semejanza entre el tipo de incumplimiento grave o esencial, aclarando que el incumplimiento esencial de conformidad con el derecho uniforme de contratos resulta ser un concepto más amplio en el que el incumplimiento grave viene a ser una expresión de aquel.

De conformidad con todo lo expuesto anteriormente, es posible afirmar que el supuesto del incumplimiento esencial para que proceda la resolución, opera frente a todos los contratos (aunque mayoritariamente haya sido susceptible de estudio en los contratos de compraventa, como se reafirma en la Convención de Viena, que reguló principalmente lo concerniente a la compraventa internacional de mercaderías), tanto en materia civil y comercial, especialmente en contratos tales como: la compraventa, el arrendamiento, el suministro, la agencia comercial etc., así las cosas, es posible afirmar que es necesario que el incumplimiento sea considerado grave.

Al parecer el concepto de “incumplimiento esencial” no es ajeno al legislador nacional, aunque no se encuentre de modo explícito en las reglas generales que de incumplimiento regula tanto el Código Civil como el Código de Comercio.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la regulación que de incumplimiento esencial han efectuado la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, al realizar un paralelo con la regulación vigente, se puede catalogar el incumplimiento esencial en Colombia, como un incumplimiento de tipo general, dentro del que pueden identificarse varios tipos de incumplimientos resolutorios o susceptibles de terminación del contrato, los cuales pueden ser demandados mediante el ejercicio de la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil (870 del Código de Comercio), que bien podrían tornarse como incumplimientos parciales o totales, defectuosos o tardíos, pero revestidos de cierta gravedad o de entidad suficiente para que prospere la resolución pretendida.

Podría decirse entonces que en Colombia el incumplimiento esencial opera de modo inverso a los instrumentos modernos de contratación, de acuerdo a la regulación que de incumplimiento esencial encontramos en tales instrumentos, el incumplimiento esencial viene a ser un tipo de incumplimiento resolutorio, mientras que en Colombia se entiende todo incumplimiento esencial como resolutorio.

De lo anterior resulta claro, que la gravedad del incumplimiento requerido para que prospere la acción resolutoria de un contrato, no es predicable, únicamente, del incumplimiento total o parcial de una obligación, o incluso del incumplimiento extemporáneo o tardío, como lo ha expresado la Corte en las referidas sentencias, sino que además es posible ejercer la acción de resolución frente a incumplimientos defectuosos, caso en el cual para que prospere la acción resolutoria general que consagra el artículo 1546 del Código Civil (870 del Código de Comercio) es requisito indispensable que las disfuncionalidades que se predicen sean de una magnitud tal que justifiquen la resolución (Sentencia 7524, 2005).

Así mismo, vemos que la acción redhibitoria que regula el artículo 934 del Código Civil guarda relación con la falta de conformidad que regula además la Convención de Viena en su artículo 50 y 51, de este modo vemos como a pesar de las diferencias y similitudes que existen entre los instrumentos modernos de contratación y la regulación vigente en Colombia, hay aspectos que vale la pena resaltar, para procurar alcanzar las modificaciones normativas que requiere el derecho privado en Colombia, y de esa forma ir a la vanguardia en cuanto a las exigencias que el mercado globalizado nos exige hoy, principalmente la necesidad de articular un sistema de remedio frente al incumplimiento.

Subreglas de derecho de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Con fundamento en todo lo expuesto, es pertinente identificar las subreglas que la Corte ha determinado, para la configuración del incumplimiento esencial, susceptible de resolver el contrato demandado:

- La existencia de un contrato válido.
- El incumplimiento original de uno de los dos contratantes.

- El cumplimiento del acreedor afectado o que se encuentre llano a cumplir.
- La gravedad del incumplimiento acaecido, o que sea de una entidad, importancia suficiente que se entienda como un incumplimiento resolutorio.

No obstante la existencia de tales requisitos, el último de ellos, es considerado en gran importancia para la prosperidad de la acción resolutoria, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, tal y como se ha indicado precedentemente, pues bien, para catalogar un incumplimiento grave, de entidad suficiente, o lo que es mejor, para determinar un incumplimiento como esencial requisito indispensable de la resolución de un contrato en Colombia, se requiere:

1. Identificar el tipo de obligación u obligaciones incumplidas, es decir, si nos encontramos frente a una obligación principal, o en su defecto una obligación accesoria del contrato.
2. Identificar el tipo de incumplimiento acaecido, si este es total, parcial, defectuoso, tardío o extemporáneo.
3. Seguidamente será necesario analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento.
4. Determinar los criterios por los que las partes hayan convenido.
5. Analizar y determinar la afectación que se haya presentado en el interés del contrato.
6. Que se haya frustrado el fin práctico perseguido con la celebración del contrato.
7. Determinar el impacto que se haya generado en la economía del contrato.

De lo anterior, tenemos que es preciso analizar, estudiar y determinar la gravedad del incumplimiento en cada uno de los casos bajo estudio de los jueces, no obstante, estos requisitos planteados por la Corte de manera general, aceptados principalmente por la influencia del derecho comparado, se convierten en presupuestos de gran importancia, a la hora de resolver los casos llevados a instancia judicial en materia de resolución e incumplimiento de contrato, pues si bien la legislación no estableció de manera taxativa cuándo procede o no y bajo qué presupuestos se configura la resolución del contrato, la jurisprudencia colombiana, como en la mayoría de países que

comparten nuestro sistema jurídico, ha sido la encargada de determinar los requisitos necesarios para catalogar un incumplimiento resolutorio.

Actualmente, tales presupuestos, han sido determinados en mejor medida por los instrumentos modernos de contratación, los cuales han contemplado de manera específica, los tipos de incumplimientos resolutorios y, de modo más puntual, nos ayudan a identificar cuándo estamos en presencia de un incumplimiento esencial.

Después de analizar y hacer una comparación de tales presupuestos, en contraste con los requisitos que plantea la jurisprudencia colombiana, es posible afirmar que son coincidentes de modo considerable con los presupuestos necesarios para catalogar un incumplimiento como esencial en países de derecho continental, diferenciándose principalmente respecto de los instrumentos modernos de contratación, en aspectos como la procedencia del incumplimiento futuro, el cual es un aspecto, sobre el que todavía, en Colombia, la Corte no ha fijado postura, ni lo ha considerado viable.

Así las cosas, del análisis de la jurisprudencia de la Corte, tenemos que el entendido que tiene la Corte de incumplimiento esencial, se resume en los siguientes términos: “un incumplimiento de entidad y 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” (Sentencia 2439, 1990).

La esencialidad del incumplimiento, no es predicable del tipo de obligación sobre la cual recae la inexecución, es decir, si la obligación que se incumple es principal o es accesoria, lo verdaderamente importante, es el incumplimiento en sí mismo, en la medida en que este afecte diametralmente la finalidad del contrato, la economía del mismo, y el interés de las partes, sin embargo, de manera secundaria, sí es procedente analizar la importancia del incumplimiento que recae respecto de una obligación u otra, en la medida en que se afecta o no la esencia del contrato.

Tal es el caso de los contratos, donde el tiempo no resulta un factor esencial, como en el contrato de compraventa, donde resulta más de la esencia del contrato el pago, frente al contrato de suministro, donde el cumplimiento de una prestación puede verse gravemente afectada por no tener en cuenta el

tiempo estipulado en el contrato para satisfacer la prestación requerida, no obstante frente a un caso u otro, lo importante será como ya quedo dicho, analizar el incumplimiento en sí mismo, y su afectación a la economía del contrato y al interés del acreedor.

La definición de incumplimiento esencial que resulta del análisis efectuado por la Corte, después de sentar su postura al respecto, es aquel incumplimiento jurídicamente relevante, de entidad suficiente, que lesiona el derecho del crédito del acreedor afectado, que es suficientemente grave, de gran importancia y trascendencia, como para ser considerado un incumplimiento resolutorio del contrato válidamente celebrado por las partes contratantes.

El incumplimiento esencial es un incumplimiento que rompe enteramente el contrato, lo destruye, de tal modo que no quedan más opciones para la parte afectada que su resolución y la correspondiente indemnización, y en algunos casos, la posibilidad de contratar con otra persona de acuerdo a las condiciones del mercado para ello.

CONCLUSIONES

- De acuerdo a la revisión de las normas que regulan el incumplimiento del contrato y la resolución del mismo en el derecho colombiano, tanto en materia civil como comercial, se puede manifestar sin lugar a dudas que, de manera taxativa, no se contempla la figura o el requisito del incumplimiento esencial del contrato para que proceda la resolución pretendida, por el contratante afectado.
- Revisadas las normas del Código Civil y de Comercio en su estado actual sí es posible realizar distinciones del incumplimiento esencial para que proceda la resolución del contrato pretendida por la parte que lo alega.
- Los criterios que han de tenerse en cuenta para catalogar un incumplimiento de esencial en Colombia son: la trascendencia e importancia del incumplimiento alegado, establecer qué tanto afecta el interés práctico del acreedor, determinar si afecta la economía del contrato y analizar qué han pactado las partes al respecto.
- El incumplimiento esencial del contrato, requerido para que proceda la resolución, es aplicable tanto al incumplimiento total, como parcial, al extemporáneo o tardío, así como al incumplimiento defectuoso.

- La imperiosa necesidad de reformar y actualizar el Código Civil en materia de contratos, en consonancia con los remedios procedentes frente al incumplimiento, a la luz de los instrumentos internacionales de contratación, adoptando un sistema unificado y articulado de remedios frente al incumplimiento.
- La necesidad de consolidar una sola regulación en materia contractual y de remedios frente al incumplimiento, en consonancia con el nuevo derecho de contratos que propenda por el desarrollo jurídico, comercial y económico del país.
- Debe entenderse como incumplimiento resolutorio en Colombia, todos aquellos incumplimientos susceptibles de ejercer la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil (870 de Código de Comercio) y que han de ser catalogados como de una magnitud tal, que sean susceptibles de resolver el contrato judicialmente. Lo anterior, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema, los requisitos establecidos por ella, y de la interpretación de las normas vigentes en materia civil y comercial.
- La acción resolutoria que regula el artículo 1546 del Código Civil (870 Código de Comercio), es aplicable a todos los contratos, siempre que el incumplimiento acaecido frustre el fin práctico perseguido por el acreedor y afecte la economía del contrato.
- La falta de claridad que existe tanto legal como jurisprudencial frente al ejercicio de la acción redhibitoria en cuanto si debe entenderse o no como una forma de incumplimiento de contrato, frente al ejercicio de la acción resolutoria general que regula el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, por lo que resulta procedente una modificación a los Códigos Civil y Comercial en ese sentido.
- La necesidad de reformar el Código Civil frente al ejercicio de la acción resolutoria general en el sentido de identificar claramente en qué eventos es posible la resolución sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional, si se tiene en cuenta que de acuerdo a las regulaciones especiales relativas a contratos en particular como el suministro y la agencia hay mucha contradicción y vacíos frente a si es posible o no terminar el contrato sin necesidad de acudir al juez.

REFERENCIAS

- Arrubla P. J. A. (2008). *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Bohórquez Orduz, A. (2005). *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Bonivento Fernández, J. (2000). *Los principales contratos civiles y mercantiles*. Bogotá, Colombia: Librería del Profesional.
- Buendía, J. A. (2014). *Utilización de los Principios de Derecho Europeo de Contratos por los Tribunales Españoles*. (Tesis doctoral). Ballaterra, España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Cabanillas Sánchez, A. (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez Picazo y Ponce de León. Madrid, España: Editorial Thomson – Civitas.
- Cardona Hernández, G. (2001). *Contratos Civiles*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Cartwright, J. (2007). *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. USA: Hart Publishing.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI). (2014). *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. New York, Estados Unidos: Publicaciones y Biblioteca oficina de las Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG-digest-2012-s.pdf>
- Correa Arango, G. (1991). *De los contratos mercantiles*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Díez Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias*. Navarra, España: Editorial Thomson - Civitas, Cizur Menor, volumen II, sexta edición.
- Durán Gómez, J. (2009). *Estudio Crítico de la Ley 820* (Tesis pregrado). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Elgueta Ortiz, A. (1942). *La resolución y el incumplimiento recíproco*. Santiago, Chile: Memoria de Licenciatura. Universidad de Chile.
- Fanrsworth, E. A. (1999). *Contracts*. USA: Aspen Publishers.
- Farina, M. J. (1999). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Fueyo Laneri, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Garrigues, J. (1964). *Tratado de derecho mercantil*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Giraldo Bustamante, C. J. (2015). *Modernización de las obligaciones y los contratos. Algunas reflexiones sobre los contratos de distribución, en especial sobre los contratos de concesión y agencia mercantil* (pp.91-118). Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Gómez Estrada, C. (2008). *De los principales contratos civiles*. 4ta Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Gómez Mejía, J. A. (1980). *Contratos comerciales*. Bogotá, Colombia: Editorial Kelly.
- Gómez, Estrada, C. (1999). *De los principales Contratos Civiles*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Gómez, Estrada, C. (2012). *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y*

- contratos y comparación con el Marco Común de Referencia*. ADC, tomo LXV, fase I. España: Universidad Autónoma de Madrid.
- González, M. del C. (2009). *El incumplimiento del contrato*. Tratado contratos tomo I. (pp.1158-1201), Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Goñi Urriza, N. (2011). *El incumplimiento esencial del contrato en el derecho inglés. Contratos, Teoría general, principios y tendencia* (pp.423-459), Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Graffi, L. (2003). Jurisprudencia sobre el concepto de infracción fundamental en la Convención de Viena sobre las ventas. *Revista de Derecho Internacional de los Negocios*, 3, 338-349.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, volumen II. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Unidroit (2010). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma, Italia. Recuperado de: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>
- Lafont Pianeta, R. (2015). *Manual de contratos. Panorama de la negociación y contratación contemporánea*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Larroumet, C. (2003). *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Mantilla Espinoza, F. (2005). La resolución de los contratos en el derecho colombiano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 43-71.
- Meoro, C. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Molina, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado Externado*, 17-2009, 77-105.
- Morales Moreno, M. (2016). *Claves de la modernización del derecho de contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Oviedo, J. (2003). Aplicación de los Principios de Unidroit a los Contratos Comerciales Internacionales. *Criterio Jurídico*, 3, 7-33.
- Oviedo, J. (2010). *El contrato de promesa en el derecho privado*. Depalma, Argentina: Grupo Editorial Ibáñez.
- Oviedo, J. (2015). *La garantía por vicios ocultos en la compraventa. Estudio de derecho privado chileno y colombiano a la luz de las nuevas tendencias en obligaciones y contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Oviedo, J., Muñoz, L. S., Mantilla, F. (12 de marzo de 2013). *El vicio redhibitorio como incumplimiento de la obligación de entrega*. Ámbito jurídico. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti-130312-14-el-vicio-redhibitorio-como-incumplimiento-de-la-obligacion-de-entrega>.
- Palazón Garrido, M. L. (2014). *Los remedios al incumplimiento en el Derecho comparado*. Navarra, España: Editorial Thomson Reuters - Aranzadi.
- Peña, L. (2012). *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Pizarro, C. y Vidal Olivares, Á. (2010). *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Pizarro, W. C. y Vidal Olivares, Á. (2010). *Incumplimiento contractual. Resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Del Rosario.
- Rivera Restrepo, J. M. (2016). Marco común de Referencia y Derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual. *Dikaion*, 25(2), 266-268.