

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS PARTES PUEBAN PACTAR CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO

En ausencia de una norma expresa, los autores, los jueces arbitrales y los jueces ordinarios han debatido extensamente sobre la posibilidad de que las partes puedan pactar una medida de terminación anticipada y unilateral del contrato, y sobre su alcance y efectos. A pesar de la complejidad técnica y extensión del debate, se puede concluir con argumentos sólidos que en la actualidad se acepta en Colombia la terminación unilateral de los contratos, sometida a unas estrictas condiciones:

- a) Las causales de terminación unilateral deben estar expresamente pactadas en el contrato.
- b) La parte que invoca la causal debe proceder de manera objetiva y razonable, pues su decisión podrá ser revisada por el juez y su uso abusivo es equivalente al incumplimiento del contrato.
- c) Para la aplicación de la causal deben tenerse en cuenta los mecanismos previstos en el contrato, tanto en cuanto a procedimientos como en cuanto a posibles remedios.

I. La resolución o terminación del contrato en el derecho privado colombiano.

En el artículo 1546 del Código Civil Colombiano se consagra la condición resolutoria tácita, así:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Además, en el artículo 1609 del Código Civil se establece la condición resolutoria tácita, en forma de excepción, así:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Por su parte, el artículo 870 del Código de Comercio contempla esta institución bajo los siguientes términos:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”

De esta manera el artículo 1546 del C.C. permite en los contratos bilaterales¹, al contratante que haya cumplido o se haya allanado a cumplir las obligaciones a su cargo, exigir el cumplimiento del contrato o la resolución de este con indemnización de perjuicios.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia (Cas., 24 marzo 1943, LV, 240):

“Pedir que se declare resuelto un contrato por incumplimiento de una de las partes, con las consecuencias de orden legal que esa resolución traiga en relación con ellas, es solicitar de manera perentoria que se condene al que ha faltado a sus compromisos a las consecuencias, que por falta de ese incumplimiento impone la ley, cuales son los perjuicios causados por el incumplimiento, o la multa estipulada por idéntico caso.”

En efecto, el incumplimiento de uno de los contratantes se constituye en una de las causas legales, a que se refiere el artículo 1602 del Código Civil, en virtud de las cuales un contrato válidamente celebrado puede ser privado de su eficacia.

Por su parte, el artículo 1609 del C.C. le permite a una de las partes proponer como excepción, para no cumplir con sus obligaciones, el incumplimiento de la otra parte (excepción de contrato no cumplido); es decir que quien invoca este medio de defensa, puede rehusarse a cumplir la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación que incumple la otra parte. Esta excepción requiere que el excepcionante obre de buena fe y que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo.²

Para que pueda operar la acción resolutoria, se requiere la ausencia de culpa del actor y la mora del contratante demandado³; pues, de no ser así, la acción podría

¹ Obligaciones recíprocas a cargo de ambos sujetos contractuales. Dicha facultad de la acción resolutoria en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactarla, pues se entiende implícita.

² Corte Suprema de Justicia, Cas. 17 septiembre 1954, LXXVIII, 628.

³ Salvo los casos en que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación o que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar, el artículo 1608 del C.C. exige la reconvención judicial como requisito indispensable para la constitución en mora del deudor. Sin embargo, de acuerdo con el art. 90 del C.P.C., la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado produce el efecto del requerimiento o reconvención judicial para constituir en mora al deudor.

fracasar por la excepción de contrato no cumplido propuesta por el otro contratante demandado.⁴

Ahora bien la resolución o terminación de un contrato⁵ es la extinción o cesación de sus efectos, como consecuencia del incumplimiento culpable de una de las partes; y, dependiendo del tipo de contrato, sus efectos serán retroactivos como si éste no hubiera existido jamás, o hacia el futuro.

No sobra agregar que la fuente de las obligaciones deberá provenir de contratos existentes y válidos (por tanto exigibles), pues el objetivo del artículo 1546 del C.C. es proteger a la parte cumplida de los eventuales incumplimientos en que pueda incurrir la otra parte, otorgándole la posibilidad de instaurar esta acción resolutoria para liberarse del vínculo contractual con su deudor incumplido y que le resulta injusto, inequitativo, inútil y dañino.

Al respecto el tratadista Guillermo Ospina Fernández, en su obra Régimen General de las Obligaciones (Ed. Temis, 1980, págs. 521-522), manifiesta:

“En el supuesto de incumplimiento de un contrato, generalmente de índole bilateral, si el otro contratante que ha cumplido o que se ha allanado a cumplir ejerce la acción resolutoria, al acogerla el juez el contrato queda privado de sus efectos, y si estos consisten en obligaciones, quedan ellas extinguidas, o sea que la acción resolutoria próspera es un modo indirecto de extinguir obligaciones.”

La Corte Suprema de Justicia, a partir de una sentencia de 1939, se refiere a la figura de la condición resolutoria tácita así:

"Doctrinalmente se explica la condición resolutoria tácita, o sea la legal, como interpretación de la voluntad de las partes, a consecuencia de lo cual ella no es de orden público. El legislador ha considerado que cada uno de los tratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que el otro tiene derecho a exigir, por cuyo motivo, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes, creó en favor de la otra el derecho de resolver. Se entiende, por lo

⁴ Si el incumplimiento no es culposo estaríamos frente una terminación del contrato por fuerza mayor o por la existencia de la teoría de la imprevisión, pero no correspondería a una resolución del contrato.

⁵ Se habla de resolución cuando se trata de contratos de ejecución instantánea y los efectos de la misma son retroactivos, es decir que se extinguen todos los efectos derivados del contrato como si éste nunca hubiera existido; en cambio, para aquellos contratos de tracto sucesivo en donde las prestaciones se cumplen periódicamente, la figura que se aplica será la terminación y cuyos efectos se entenderán hacia el futuro en respeto de los derechos adquiridos y situaciones consolidadas, es decir permanecen los efectos existentes hasta el momento de la resolución pero no surgen nuevos efectos.

tanto, establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surgen de un negocio jurídico voluntario y bilateral. Con ocasión de esta doctrina, se advierte que algunos expositores fundamentan la razón de ser del citado art. 1546 en la teoría de la causa. Pero también el derecho de resolver un contrato puede fundarse, como ya se dijo, en la voluntad expresa de los contratantes. En este caso se eleva a la categoría de causa de la obligación que contrajo una de las partes, aquella cuyo incumplimiento, según lo pactado expresamente, acarrearía la resolución.”⁶

Así mismo, es importante anotar que la culpa del deudor se presume por el hecho del incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo; lo cual exonera al acreedor de la carga de su prueba y traslada al deudor la carga de probar el caso fortuito, la fuerza mayor o en general, la presencia de una causa extraña a su voluntad que lo inhiba de la presunción en su contra.⁷

Además, del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no se deduce que el acreedor se libere de la carga de demostrar los perjuicios y la relación de causalidad entre estos y la culpa; lo cual necesariamente deberá hacerlo, como requisito indispensable, para que prospere la referida acción resolutoria.

Vale la pena agregar que, si las obligaciones del contrato son de medio, el deudor se libera probando su diligencia; y si las obligaciones son de resultado el deudor debe probar la intervención de una causa extraña para lograr eximirse del cumplimiento de las mismas.

Por último es pertinente señalar que el incumplimiento debe ser esencial, irreparable y definitivo, de tal manera que elimine o desvirtúe la utilidad y finalidad misma del contrato; por lo tanto, antes de proceder con la acción resolutoria, será indispensable determinar la incidencia y la gravedad de la inejecución o incumplimiento defectuoso en el equilibrio económico del contrato y en el desarrollo posterior del mismo.

Según la jurisprudencia colombiana, la resolución no procede cuando el incumplimiento tiene muy escasa importancia. Así lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia:

“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de julio de 1939. Tomo XLIV.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de julio de 1995. Tomo LXXX, 688.

la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.”⁸

II. La validez de las cláusulas de terminación unilateral y anticipada de los contratos, sin acudir a la jurisdicción.

En primer lugar es importante advertir que este tema no ha sido pacífico en la doctrina y jurisprudencia y se constituye en las llamadas “zonas grises” o de “penumbra”, pues existen diversas posiciones y líneas argumentativas al respecto.

No existe en el ordenamiento jurídico colombiano una prohibición general absoluta que impida incluir y ejercer la facultad de terminación anticipada o desistimiento de un contrato; de hecho, existen varias normas que para unos casos específicos (como se verá) de contratos de duración indefinida, de larga duración⁹ y en donde la confianza es soporte de la relación comercial, se consagra expresamente esta facultad¹⁰.

Tampoco existe una norma de carácter general que autorice dicha atribución de terminación unilateral.

1. La Doctrina.

La mayoría de los autores de la escuela clásica de la Doctrina considera que, como regla general, aún existiendo la autorización expresa en el contrato para la declaración de su terminación anticipada y para hacer efectivas las sanciones por incumplimiento descontándolas de los saldos a favor del contratista, es necesario la existencia de una declaración judicial previa del incumplimiento de las

⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984. Magistrado Ponente doctor Humberto Murcia Ballén.

⁹Al respecto el tratadista Ernesto Rengifo García, en el artículo denominado “La terminación y la resolución unilateral del contrato”, Universidad Externado de Colombia, 2009, afirma: “*En contratos de larga duración, basados en la confianza, diluida o deteriorada ésta, la parte afectada puede dar por terminado unilateralmente el contrato, mediando por supuesto un preaviso razonable. Como el tiempo está vinculado al objeto del contrato, su terminación no puede quedar sujeta al capricho o al humor de uno de los contratantes. Por ello, las causas de terminación de un contrato de larga duración son de apreciación estricta y rigurosa, precisamente por tratarse de la cesación unilateral del vínculo y de ser una excepción al principio de la preservación del contrato.*”

¹⁰ (Cfr. LUIS FELIPE BOTERO. “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en derecho privado colombiano”, en AA.VV. La Terminación del Contrato, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 365 a 390: “*La jurisprudencia nacional no es totalmente ajena al reconocimiento del desistimiento como estipulación lícita, soportada exclusivamente en su consagración legal o para aquellos negocios en los que no se pacta el plazo o se frustre la confianza de una de las partes*”: p. 384.)

obligaciones del contrato, del decreto de su resolución o terminación y de la indemnización de perjuicios a que haya lugar¹¹.

Aquellos que sostienen esta tesis tradicional¹² consideran como ilícita la facultad contractual de terminar unilateralmente o desistir anticipadamente de un contrato¹³, salvo que exista consagración expresa en la ley (arrendamiento de muebles por escritura, arrendamiento de vivienda urbana, suministro, compraventa, pacto de arras, seguro por falta de pago de la prima, agencia comercial, contrato de servicios públicos domiciliarios, contrato de trabajo)¹⁴ o para contratos en que no se ha pactado plazo o en aquellos negocios en los cuales es indispensable para su normal desarrollo la confianza recíproca entre los contratantes (mandato, fiducia, la sociedad colectiva civil, el arrendamiento de servicios, la confección de obra material, contrato de cajillas de seguridad)¹⁵.

¹¹ En este sentido algunos de ellos expresan que, a la luz del actual derecho colombiano, siempre la condición resolutoria tácita o expresa deberá ser declarada por el juez. Navia, por ejemplo, señala: “¿Sanción sin intervención judicial? ¿Es ello posible, jurídicamente hablando, en particular desde el punto de vista constitucional? En adición a la resolución judicial, ¿no constituye sanción suficiente y, a la vez, mecanismo adecuado de protección del interés del acreedor, la posibilidad que tiene este de suspender, a su turno, la ejecución de las obligaciones a su cargo, de plantear la *exceptio non adimpleti contractus*? A pesar de la tendencia, podría decirse que universal, a permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al menos por ahora, se mantienen firmes en la necesidad de la intervención judicial” (FELIPE NAVIA ARROYO. *La terminación unilateral del contrato de derecho privado*, Revista de Derecho Privado No. 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 54.) Y más adelante en este ensayo el autor agrega: “En suma, podría decirse que entre nosotros la regla general es que la resolución en virtud de un pacto comisorio no opera automáticamente. En principio, se exige siempre un previo pronunciamiento judicial, o sea, la parte cumplida no puede, ante la inexecución en que haya incurrido la otra y por su sola determinación unilateral, desvincularse del contrato. (...) Probablemente ello se deba al hecho de que el señor BELLO, al igual que los redactores del Code Napoléon, desconfiaba profundamente de los acreedores, especialmente de su dureza para con el deudor. Por lo tanto, permitirles proceder a declarar unilateralmente terminado el contrato, podría fácilmente convertirse en una patente de corso, o sea en una autorización para desvincularse bajo cualquier pretexto”: p. 66.) *La justicia por mano propia desconocería la fuerza normativa y obligatoria del contrato.*”

¹² Dentro de los cuales se encuentran: Fernando Vélez, Guillermo Ospina Fernández, José Melich Orsini, Arturo Valencia Zea, Alberto Tamayo Lombana.

¹³ Para Valencia Zea: “La resolución del contrato requiere sentencia judicial, pues es la sentencia la que declara roto el contrato y no la simple declaración unilateral de la parte a quien se incumple” (Derecho civil, cit., 167.). Ricardo Uribe Holguín sobre este mismo tema afirma: “La resolución jamás se produce *ipso facto* [...] Siempre debe ser pedida, y siempre debe ser declarada judicialmente” (De las obligaciones y de los contratos en general, Bogotá, Temis, segunda edición, 1982, 234.).

¹⁴ Tratándose de la compraventa mercantil, el Código de Comercio permite que el comprador, a quien no se le ha hecho una tradición válida, reclame directamente los perjuicios, sin necesidad de solicitar previamente ante la jurisdicción el cumplimiento o la resolución del contrato (artículo 925 del Código de Comercio).

¹⁵ El profesor Fernando Hinestrosa, al exponer su pensamiento sobre el fenómeno de las restituciones debidas a la disolución del contrato, señala que “en lo que hace a las restituciones consiguientes al aniquilamiento, es

Básicamente, los argumentos expuestos por los defensores de esta teoría se resumen así: (i) si se le dejara a las partes la facultad de terminación unilateral del contrato, podría ser considerada como una condición meramente potestativa del deudor (negación de la fuerza obligatoria de los contratos) y por tanto resultaría inválida (art. 1535¹⁶ C.C.); (ii) el contrato no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, entre las cuales no se encuentra la referida facultad (art. 1602¹⁷ C.C.); (iii) la ausencia de condicionamientos a la obligatoriedad de las estipulaciones contractuales (art. 1603¹⁸ C.C.); En los artículos 864¹⁹ y 871²⁰ del Código de Comercio, se manifiestan estos mismos postulados de la fuerza normativa u obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*); (iv) la terminación unilateral o desistimiento no se encuentra expresamente establecida en el art. 1625²¹ C.C., como un modo de extinguir las obligaciones.

Estas razones expuestas por la mayoría de la doctrina clásica nacional y por algunos autores foráneos, que sustentan su posición sobre la necesidad de acudir

clara la presencia de dos tendencias: aquélla que puede considerarse clásica, con arreglo a la cual, 'el contrato se resuelve –por decisión judicial- con efecto ex tunc y de ese modo se desvanece como si jamás hubiera existido'. Otra doctrina, 'admite una resolución por simple declaración de parte del acreedor, que abre una nueva fase post-contractual en la que las partes desatan los vínculos contractuales de conformidad con el contrato celebrado' y ha venido ganando adhesión, precisamente por su flexibilidad" (FERNANDO HINESTROSA. Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato, ob cit., p. 483.).

¹⁶ “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.”

¹⁷ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

¹⁸ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

¹⁹ “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.”

²⁰ “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

²¹ “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.”

al juez para que declare el incumplimiento y terminación del contrato, han sido refutadas y cuestionadas por varios e importantes tratadistas extranjeros²² y colombianos²³, quienes han demostrado la validez de la facultad de terminación unilateral del contrato y su conformidad con nuestra legislación nacional y han probado las ventajas y beneficios que conlleva el permitir esta terminación anticipada²⁴; claro está señalando algunos límites y presupuestos para su ejercicio, con el fin de controlar el abuso o arbitrariedad en que podría incurrir la parte autorizada al declarar dicha terminación bajo el supuesto de un incumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

En este sentido, al no contrariar el orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C.), resultarían válidas las cláusulas que se pacten, para permitir la referida terminación unilateral, en contratos diferentes a aquellos en donde existe regulación legal especial o no se haya pactado plazo o en los negocios de confianza.

²² Como, por ejemplo, Juan M. Farina quien a su turno indica que los autores modernos franceses (entre otros Christian Larroumet) quienes se inclina por la solución dada por los códigos suizo de las obligaciones, el código civil austriaco y el código civil alemán que disponen que la resolución del contrato opera por una declaración hecha a la otra parte. En este sentido Christian Larroumet en su obra Teoría General del Contrato; Volumen II, pág. 159, afirma: *“Los inconvenientes de la resolución judicial se pueden evitar con la estipulación de una cláusula resolutoria en el contrato. El art. 1184 del C.C. no se opone a la validez de esas cláusulas, autorizadas por la libertad contractual. En efecto, el principio según el cual la resolución se debe pronunciar judicialmente no es un principio de orden público.”*

²³ Ernesto Rengifo García, Ranfer Molina Morales, Luis Felipe Botero Aristizabal, Arturo Sanabria Gómez, José Luis Benavides; José Bonivento (*“Los principales contratos civiles y mercantiles”*, cit., 167) acepta la validez de una cláusula de terminación unilateral: *“Y qué sucede si en el contrato, expresamente, se conviene que el incumplimiento, de alguna de las obligaciones, legitima a la parte cumpliente [sic] a la terminación sin necesidad de moverse el aparato jurisdiccional? Pensamos que esa estipulación negocial produce plenos efectos, esto es, que podría el contratante, que ha atendido sus deberes, aniquilar el contrato, puesto que no existe regla que le cierre el camino a esa solución. Más bien, el querer de las partes es suficiente para imprimir fuerza debeladora al incumplimiento”*.

²⁴ Entre los que sostienen esta tesis se encuentra CARLOS PIZARRO WILSON, quien destaca que la admisión de la resolución privada unilateral y anticipada *“permitiría al acreedor evitar perjuicios y al mismo tiempo establecer relaciones contractuales con terceros para satisfacer su interés (...) La consecuencia principal de la resolución unilateral consiste en evitar que los perjuicios se agraven por el incumplimiento y el mantenimiento del vínculo contractual (...) Se recoge interpretar el artículo 1602, no como la necesidad ante el incumplimiento de forzar al deudor a ejecutar su obligación, sino que abre para el acreedor diversos remedios que puedan satisfacer su interés, entre los cuales pasaría a integrarse la ruptura unilateral del contrato”* (*“La ruptura unilateral del contrato”*, en AA.VV. *La Terminación del Contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 424-426.).

a. El autor Luis Felipe Botero Aristizabal²⁵, frente a las objeciones que se plantean en relación con la validez de la terminación unilateral o desistimiento de un contrato, manifiesta:

“Estos obstáculos o problemas podrían ser resueltos así:

- (i) *Frente al problema de la falta de carácter extintivo del desistimiento, siguiendo a Ospina Fernández, estimamos que este sería un modo extintivo indirecto,²⁶ pues tiene la condición de afectar la fuente misma de la obligación y pleno efecto extintivo aún si no hace parte de la lista no taxativa del artículo 1625 del Código Civil. Para Ospina Fernández, por ejemplo, el desistimiento, bien de origen legal o convencional, tiene plenos efectos extintivos.²⁷*
- (ii) *Respecto del problema de la condición meramente potestativa del deudor, el desistimiento como tal no es una facultad que le permite a quien desiste, decidir si se obliga “si quiere o no”. El desistimiento reconoce la obligatoriedad del vínculo negocial, lo que permite es su extinción ex post por la decisión de uno de los que contrata, sin que pueda ser usada para eludir su compromiso obligacional arbitrariamente. En otras palabras, el desistimiento no condiciona el proyecto prestacional sino que lo integra como una realidad del negocio, que influye en la decisión contractual de las partes que contratan y seguramente determina el contenido del resto de sus prestaciones o su valor económico.”*

Ahora bien, este mismo autor reconoce las bondades de dicha terminación unilateral desde la perspectiva de su función económico-social y frente a lo cual señala: *“Permitiría también que una relación ineficiente –que no cumplida- sea terminada sin necesidad de declaración judicial (efficient breach).²⁸*

²⁵ Cfr. LUIS FELIPE BOTERO. “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en derecho privado colombiano”, en AA.VV. La Terminación del Contrato, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 365 a 390.

²⁶ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá: Temis, 1998, Pág. 315: *“son indirectos aquellos modos que, al afectar la fuente de la obligación, repercuten sobre esta, como la convención extintiva del contrato de que ella emana, la revocación unilateral del contrato (...)”*.

²⁷ *“(…) Por excepción, la ley le concede a una sola de las partes o interesados el derecho potestativo para revocar unilateralmente ciertos contratos, como el mandato (arts. 2189 y ss.), el arrendamiento de servicios (2047 y ss. Y 2066 y ss), la confección de obra material (art. 2056), en los cuales es indispensable, para su normal desarrollo, la inteligencia o confianza recíproca entre dichas partes.*

*Lo propio sucede cuando uno de los contratantes o todos ellos se han reservado el mencionado derecho potestativo, como cuando en el arrendamiento de cosas se ha estipulado que el arrendador, o el arrendatario, o cualquiera de ellos, podrá hacerlo cesar antes del vencimiento del término estipulado. El pacto de arras también implica, por regla general, el derecho de las partes para retractarse unilateralmente, perdiendo el valor de las arras (arts. 1859 y ss.). De suerte que el ejercicio de este derecho potestativo, que puede tener un origen legal o **convencional**, constituye un modo especial de disolución de los contratos y de extinción de las obligaciones.” (Negrilla fuera de texto).*

²⁸ Peña González, Carlos. El análisis económico de las instituciones legales. Revista Apuntes de Derecho – Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales: *“La regla que obliga a cumplir los contratos –pacta sunt*

b. El tratadista Ernesto Rengifo García²⁹, en defensa de la legalidad de la institución de terminación unilateral del contrato por incumplimiento de obligaciones, destaca la buena fe como postulado fundamental que debe estar presente en el pacto de la cláusula de terminación del contrato y de su ejercicio; además, desarrolla algunos presupuestos que se deberán tener en cuenta para que la conducta del acreedor no se constituya en abusiva:

“Ahora bien, si la terminación unilateral (resiliación) ha sido diseñada por las partes en virtud de un pacífico ejercicio de la autonomía privada, esto es, mediante cláusula a propósito previamente discutida entre ambas, o por lo menos suficientemente expuesta, creemos que su legalidad es indiscutible; por el contrario, si su predisposición, o mejor, su ejercicio o aplicación resulta irrazonable (desleal), desproporcionada, contraria a la buena fe, así debería ser juzgada en sede judicial.

El criterio de la buena fe sirve no solo para apreciar el comportamiento de las partes, sino también, y con igual grado de importancia, para desentrañar la genuina voluntad o intención de las partes y para precisar específicamente el alcance de las prestaciones y derechos que del contrato emanan. La buena fe es entendida como expectativa de satisfacción de la otra parte³⁰, como respeto de la confianza recíproca depositada (...).

Pues bien, la buena fe servirá de control a la terminación unilateral del vínculo. Si se han ejecutado obligaciones, el desistimiento no puede propiciar el enriquecimiento sin causa de quien desiste del contrato, ni ser usado a la manera de una condición meramente potestativa, ni ejercerse de manera abusiva.”

(...) No cualquier clase de incumplimiento constituiría motivo para resolver privada y unilateralmente un convenio; se requiere que sea grave o esencial, es decir, que

servanda- que se encuentra a la base del derecho de contratos, puede no ser eficiente en el sentido paretiano o en sentido Kaldor-Hicks. Intuitivamente, una regla de derecho contractual es correcta si induce a la solución más eficiente –aquella que concitaría la unanimidad de los actores o a aquella que un individuo prefiere estrictamente siendo los demás indiferentes a cualquiera de las alternativas en juego. También la eficiencia puede medirse, como sugiere Posner, como maximización de la riqueza, un criterio semejante al de Pareto pero que permite comparar utilidades. Intuitivamente, entonces: si al incumplir Pedro respecto de Diego, por una oferta de Juan, tiene acceso a un beneficio que permita compensar a Diego y así y todo acrecentar su bienestar, la regla del pacta sur servanda es ineficiente (...)

²⁹ Ernesto Rengifo García, “La terminación y la resolución unilateral del contrato”, Universidad Externado de Colombia, 2009.

³⁰ “La buena fe se podría caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación”: EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, trad: José Luis de los Mozos, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, tomo I, 1969, p. 114.”

recaiga sobre prestaciones principales y no accesorias, o mejor, que termine afectando sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor." (Se subraya)

(...) En este orden de ideas, se observa que el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia reclaman la gravedad del incumplimiento para que se pueda resolver o terminar el contrato. La gravedad no existe respecto del incumplimiento de cláusulas secundarias e incluso ella –se agrega– se debe exigir respecto del incumplimiento de las prestaciones fundamentales o principales; es decir que aun en el evento en que se incumpla una cláusula principal, es menester su trascendencia y gravedad en la relación jurídica y por supuesto en el interés del acreedor.

¿Cuáles serían los requisitos para que el acreedor pueda ejercer la facultad resolutoria unilateral? La trascendencia del incumplimiento viene a constituir un límite objetivo a la posibilidad de resolver de manera privada o extrajudicial un acuerdo; así mismo se requiere que el acreedor le comunique al deudor su decisión de la revocación y de otorgarle un plazo razonable para que aquel tenga la oportunidad de ajustar su conducta al comportamiento requerido en el vínculo. Así y sólo así, se podría entender que la facultad de resolución privada ante el incumplimiento se ha ejercido en debida forma, que no constituye un atentado al principio de la buena fe o que no pueda mirarse como un ejercicio abusivo de una facultad contractual, sin perjuicio, por supuesto, del control posterior de legalidad a la revocación que tiene el juez mediante la acción del deudor." (Se subraya).

Por último, este doctrinante resalta que la tendencia generalizada en el derecho comparado es permitir la terminación unilateral y anticipada de los contratos por incumplimiento grave de las obligaciones de una de las partes.³¹

c. El autor Arturo Sanabria Gómez³² explica por qué es más ventajoso y eficiente para los sistemas jurídicos el permitir que los contratantes, asumiendo el riesgo correspondiente por la ruptura contractual, resuelvan unilateralmente el contrato que les ha sido incumplido; señala que en todo caso el juez tendría la oportunidad de revisar la legalidad de la terminación con posterioridad y defiende la legitimidad de estas disposiciones contractuales :

³¹ “La tendencia en las codificaciones modernas es la de permitir la resolución privada o extrajudicial:

Como se verá los “Principios de derecho europeo de contratos” parten de regla según la cual la resolución del contrato se ejerce entre las partes a través de una actuación privada y a iniciativa por supuesto de la parte perjudicada. El artículo 9:304 señala: “Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra tiene derecho a resolver el contrato”.

En los principios UNIDROIT artículo 7.3.1 respecto de la terminación del contrato se dice: “Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial”. Y a renglón seguido se señalan los criterios que se han de tener en la cuenta para efectos de determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial: “(a) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) el incumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; (c) El incumplimiento fue intencional o temerario; (d) El incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra; (e) La terminación del contrato hará sufrir a la parte que no cumple una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”.

Para los “Principios de derecho europeo de los contratos”, art. 8:103, “El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forma parte de la causa del contrato; (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas respecto al contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) O cuando el incumplimiento es intencionado y da motivos a la parte perjudicada para entender que más adelante ya no cabe contar con el cumplimiento de la otra parte”.

El Proyecto Gandolfi o “Código europeo de los contratos” señala en el artículo 107 lo que sigue: “1. En el sentido en que se indica más abajo, un incumplimiento tiene importancia relevante si concierne a una de las prestaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, habida cuenta de la calidad de las personas y de la naturaleza de la prestación, el incumplimiento comporta para el acreedor un perjuicio tal que le priva sustancialmente de lo que, en derecho, se puede esperar del contrato. 2. Se considera que el incumplimiento tiene una importancia relevante cuando: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto. 3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento tiene una importancia mínima respecto de la economía de la relación contractual y del interés del acreedor”

³² ARTURO SANABRIA GÓMEZ. “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV. *La Terminación del Contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p.158 y 159.

“La necesidad de acudir ante un juez para que sea declarada la resolución o terminación del contrato ha sido uno de los puntos más discutidos a lo largo de los años por la doctrina. En efecto, para algunos esta exigencia genera una carga más gravosa para el sujeto al que le fue incumplido el contrato porque éste se ve en la necesidad de iniciar un proceso, con todo lo que esto implica, para liberarse definitivamente del vínculo jurídico con su contratante. Situación que, de hecho, hace del ejercicio de la institución de la resolución de los contratos algo complejo y poco eficiente.

Sin embargo, para un sector mayoritario de la doctrina³³ permitir que las partes resuelvan a su arbitrio el contrato sería tanto como permitir y convalidar el ejercicio de la justicia privada, situación que debe ser rechazada de plano en cualquier Estado de derecho. Dicen los autores que sostienen esta posición que es el Estado, por medio del poder judicial, quien está legitimado para solucionar, de acuerdo con la ley como parámetro objetivo e imparcial, las diferencias que se presenten entre los particulares.

En nuestra opinión, no se hace justicia por su propia mano quien adopta una decisión con efectos jurídicos siempre y cuando esa decisión puede ser revisada por los jueces. De lo contrario, se tendría que llegar a la conclusión de que, cuando se revoca unilateralmente un contrato de mandato o una compañía de seguros resuelve unilateralmente un contrato de seguro por el no pago de la prima, estaría en presencia de una justicia por cuenta propia.

Adicionalmente, el artículo 1546 del Código Civil no ordena que se deba acudir al juez para que éste pronuncie la resolución del contrato. Por el contrario, existen argumentos para sostener que no es necesario hacerlo. En efecto, este artículo, que está incluido en el capítulo de las obligaciones condicionales y modales, indica que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria y, normalmente, los efectos derivados del cumplimiento de una condición resolutoria se producen sin que sea necesario que el juez tenga participación alguna.

Teniendo en cuenta lo anterior y lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil colombiano, estimamos que un sistema mucho más justo y eficiente, que además sería muy provechoso para la descongestión de los juzgados y altos tribunales, consistiría en permitir que los contratantes, asumiendo el riesgo correspondiente, resuelvan unilateralmente el contrato que les ha sido incumplido. En estos casos el otro contratante podrá aceptar la situación, en cuyo caso no será necesaria la intervención del juez, o discutir ante el juez la legalidad de la decisión de la otra parte. En este caso, si la decisión fue fundada; es decir, si hubo un incumplimiento relevante, el juez habrá de confirmar la legalidad de la decisión y condenará al demandante al pago de las costas y expensas del proceso. En el caso contrario; es decir, si la decisión de resolver el contrato fue ilegal, el juez condenará a la parte que la adoptó al pago de los

³³ Dentro de la que se encuentran Fernando Vélez, Guillermo Ospina Fernández, José Melich Orsini, Arturo Valencia Zea, Alberto Tamayo Lombana.

perjuicios causados por esa decisión y al pago de las costas y expensas procesales. Por supuesto, si el contratante cumplido pretende la indemnización de perjuicios, la intervención del juez sería forzosa en la gran mayoría de casos." (Se subraya).

d. Así mismo el doctrinante Ranfer Molina Morales³⁴, en la misma línea de argumentación de los anteriores autores, justifica y defiende la validez de la cláusula de terminación por incumplimiento, desvirtúa las objeciones formuladas por la doctrina clásica que cuestionan su legalidad, destaca los beneficios económicos y de descongestión judicial de este tipo de cláusulas y sustenta la naturalidad de su estipulación:

"Cuando en un contrato bilateral uno de los contratantes incumple, el otro tiene la posibilidad de pedir bien sea la resolución del contrato o la ejecución coactiva de la obligación incumplida, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Es la denominada condición resolutoria tácita, prevista en el artículo 1546 del Código Civil y regulada en forma muy similar en el artículo 871 del Código de Comercio.

*Tradicionalmente se ha asumido que el ejercicio de cualquiera de las anteriores facultades requiere obligatoriamente de la intervención del juez.*³⁵

Y digo asumido, porque si leemos el artículo 1546 notaremos que en ninguna parte se mencionan las palabras "juez" o "judicial". Tan solo se señala que "el otro contratante podrá pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato". Para la doctrina y jurisprudencia clásicas, es obvio que cuando en dicho artículo el legislador habla de "pedir", esa solicitud no puede formularse sino al juez. Personalmente no encuentro tan obvia esa apreciación, ya que también habría podido asumirse que lo de "pedir a su arbitrio" es la posibilidad que tiene el acreedor de optar por una u otra alternativa, la primera de ellas judicial o extrajudicial, dependiendo del caso, y la segunda sí necesariamente ante el juez. Resultaría inconcebible que un individuo ejerciera facultades coactivas sobre otro para hacer cumplir una obligación. En cambio, la posibilidad de poner fin a un contrato sin necesidad de que un juez intervenga parece de lo más natural, máxime si se tiene en cuenta, como más adelante veremos, que nuestros códigos de derecho privado prevén en sus principales contratos facultades de ruptura unilateral o extrajudicial en caso de incumplimiento.

³⁴ Ranfer Molina Morales, "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia 17-2009, pp. 77 a 105.

³⁵ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, cuarta edición, 1994, 549; Arturo Valencia Zea. *Derecho civil iii, De las obligaciones*, sexta edición, Bogotá, Temis, 1982, 167; Mario Baena Upegui. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá, Legis, tercera edición, 2000, 411; Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*, Buenos Aires, Ed-Cono Sur, 1988, 200; Fernando Hinestrosa. *Las obligaciones, Conferencias*. Bogotá, 2.ª edición mimeografiada, 1960, 295.)

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

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

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

“La tendencia actual del derecho comparado es la de ampliar el ámbito de aplicación de la terminación unilateral del contrato, con la que, en primer término, se le permite a una de las partes poner fin a un contrato desprovisto de utilidad dado que ha sido objeto de un incumplimiento grave por parte del otro contratante, lo que le permite a su vez poder celebrar un nuevo contrato con un tercero de manera de lograr el objetivo económico esperado; y en segundo lugar, tal solución contribuye a la descongestión de la administración de justicia.³⁶ (Se subraya).

³⁶ “Los derechos de Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca y Suiza, entre otros, prevén facultades de ruptura unilateral en caso de incumplimiento.

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

Ahora bien, en cuanto a las objeciones que se han formulado en relación con la validez de este tipo de cláusulas, el profesor Molina Morales señala:

“Las anteriores objeciones son infundadas. En primer lugar, la terminación unilateral por incumplimiento no se opone a la fuerza obligatoria de las convenciones, porque aquello de que el contrato no puede ser “invalidado” sino por consentimiento mutuo o por causas legales es sin perjuicio de lo que señale la ley para casos especiales y de lo acordado por las partes al momento de la celebración del contrato. Cuando el artículo 1602 del Código Civil enuncia que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” está haciendo referencia al carácter obligatorio de las disposiciones acordadas por las partes, dentro de las cuales puede estar precisamente una cláusula de terminación unilateral.”

Si las partes han incorporado dicha cláusula dentro de su ley contractual, sería un contrasentido afirmar que su ejecución es contraria a la fuerza obligatoria del contrato. Como bien ha señalado Paulin, “Sanción al incumplimiento, la cláusula persigue un fin legítimo en la medida en que asegura la ejecución de las obligaciones del contrato y contribuye a defender su fuerza obligatoria”³⁷

En ese orden de ideas, con fundamento en la autonomía de la voluntad y en el espíritu de las normas atrás señaladas, es posible concluir que son igualmente válidas tanto las cláusulas que autorizan a dar por terminado unilateralmente un contrato de manera discrecional, como las que facultan a hacerlo cuando hay incumplimiento³⁸

e. Por su parte el profesor **José Luis Benavides**³⁹, desde la perspectiva comparativa del régimen de contratación estatal con las normas que regulan la

Desde hace algunos años la jurisprudencia francesa ha admitido la ruptura unilateral del contrato en ausencia de disposición legal o cláusula convencional, cuando el interés de uno de los contratantes lo exige urgentemente: “La gravedad del comportamiento de una de las partes puede justificar que la otra parte ponga fin de manera unilateral al contrato por su cuenta y riesgo (a ses risques et perils), poco importa que el contrato sea de duración definida o indefinida”. Y se dice “por su cuenta y riesgo”, porque la parte que dé por terminado unilateralmente se expone a verse condenada posteriormente a indemnizar los perjuicios causados por una terminación ilegal o abusiva.”

³⁷ Paulin. *La clause résolutoire*, cit., 151.

³⁸ Hay diferencias en cuanto a su finalidad y efectos entre la cláusula de terminación unilateral *ad nutum* y la de terminación unilateral por incumplimiento. La primera permite a su beneficiario liberarse de un contrato sobre el que ha perdido interés y, puesta en práctica, tiene efectos hacia el futuro. La segunda tiene por objeto sancionar el incumplimiento de un contrato, puede producir efectos retroactivos y da lugar a indemnización de perjuicios.

³⁹ José Luis Benavides, artículo publicado por la Universidad Externado de Colombia, denominado “¿LAS MULTAS SON FINALMENTE IMPOSIBLES EN EL CONTRATO ESTATAL?”.

contratación entre particulares, resalta las diferencias entre ambos regímenes respecto a la estipulación e imposición de sanciones o multas por incumplimiento y reafirma la validez, en virtud de la libertad contractual y autonomía de la voluntad, de las cláusulas de terminación unilateral incorporadas en los contratos celebrados por particulares:

“Y finalmente, en una tercera categoría, podemos clasificar los contratos que han sido organizados por las partes según sus necesidades específicas, de tal suerte que ilustran la amplitud considerable de la autonomía de la voluntad, reconocida a ellas por la jurisprudencia civil, quien no considera ilícitas muchas cláusulas consagradorias de ventajas y sobre todo de poderes importantes de una parte sobre la otra, pactadas para brindar seguridad y garantía sobre el respeto de las condiciones de ejecución según los términos convenidos. En esta categoría no encontramos entonces tipos legales, económicos o sociales de contratos, sino ejemplos de cláusulas drásticas que no han sido sancionadas por el juez del contrato y por consiguiente han de considerarse lícitas y perfectamente posibles en el tráfico jurídico entre los particulares.

En estas condiciones, tanto el derecho positivo, como la tipología socio-económica de las relaciones comerciales, y la amplitud de la autonomía de la voluntad, impiden sostener fundamentadamente que toda decisión unilateral adoptada por una de las partes del contrato con efectos jurídicos sobre la otra está excluida de las relaciones entre particulares y reservada al ejercicio de las potestades públicas en el contrato estatal. Si bien es cierto existen prerrogativas de la administración contratante consagradas en la ley que no son extensibles a los contratos celebrados entre personas privadas – como ocurre con la caducidad, no frente al poder resolutorio que ella conlleva, sino a las graves consecuencias punitivas extrapatrimoniales de la inhabilidad consecuente – ello no significa que a los particulares les esté prohibido pactar cláusulas que conlleven privilegios de control, vigilancia, imposición de reglamentos o sanciones que van hasta la posibilidad de resolver el contrato de pleno derecho sin necesidad de acudir al juez para solicitarlo. Desde luego, el ejercicio de estos poderes está limitado por el orden público y el juez sanciona el abuso del derecho o de la posición dominante, pero, por una parte, estos límites también son controlados por el juez administrativo, quien sanciona la arbitrariedad o el exceso en el ejercicio de las prerrogativas contractuales por parte de la administración contratante, y por otra – lo que resulta paradójico frente a la negación tradicional de los poderes unilaterales de los particulares en sus contratos – la administración, en virtud del principio de legalidad, está más limitada que los particulares en el ejercicio de las prerrogativas contractuales previstas por el legislador, en la medida en que éste fija sus finalidades específicas, restringiendo la habilitación para su utilización, como puede apreciarse de la lectura de las cláusulas 14 y siguientes de la Ley 80 sobre las cláusulas excepcionales, del artículo 45 sobre la terminación unilateral por la

existencia de una causal de nulidad absoluta del contrato, o del alcance de la liquidación unilateral prevista en el artículo 61 del mismo estatuto contractual.

“Esta posición se presenta coherente con la afirmación uniforme de la jurisprudencia del Consejo de Estado que no ve en las multas una cláusula exorbitante, en la medida en que están prevista en los códigos civil y de comercio. En efecto, si están previstas en ellos, es necesario acudir también a la regulación de los contratos civiles y comerciales, así como a los límites extendidos de la autonomía de la voluntad fijados por la jurisprudencia civil. En uno y otro caso, hemos visto que las sanciones unilaterales son perfectamente posibles. Además, por su función y naturaleza dentro del contrato contienen necesariamente una prerrogativa unilateral. Si el objetivo de la multa, como lo afirma también uniformemente la jurisprudencia administrativa, es conminar a la parte incumplida para que ajuste su conducta con el fin de que cumpla el contrato (de tal suerte que su naturaleza no es indemnizatoria sino sancionatoria⁴⁰), ¿cómo podría cumplir sus finalidades esenciales si es impuesta no por una de las partes, con control posterior del juez, sino por éste, a través de una sentencia que será ejecutoria ocho o diez años luego de los hechos que la generaron?

La dinámica de los contratos de derecho privado, en particular los comerciales, y el principio de la autonomía de la voluntad permiten a las partes habilitarse para ejercer prerrogativas de manera unilateral, sin que ello signifique que sean prerrogativas exorbitantes al derecho común o de poder público. El fundamento de las multas y de su imposición unilateral es en estos casos el contrato mismo, que constituye fuente de derecho y obligaciones para las partes.” (Se subraya)

2. La Jurisprudencia

En relación con este tema han existido dos posiciones jurisprudenciales. La primera considera viable jurídicamente la posibilidad que tienen las partes de pactar cláusulas que les permitan terminar unilateralmente un contrato, sin necesidad de acudir para ello al juez del contrato; y la otra línea de la jurisprudencia considera que las partes de un contrato privado no pueden dar por terminado dicho contrato de manera unilateral y que deben acudir al juez del contrato para que éste declare la terminación o resolución; de acuerdo con esta

⁴⁰ CE, sec. III, sentencia del 28 de abril de 2005, *Jorge Humberto Vanegas Rodríguez*, exp. 14393: “Las multas “son de naturaleza sancionatoria, pues no tienen la función de reparar los daños causados con el incumplimiento, de ahí que no sea condición para su procedencia la prueba de los perjuicios causados por quien invoca su aplicación. Su función es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el contrato. Al decir de la doctrina, el objeto primordial de las multas es “actuar en forma compulsiva sobre éste para constreñirlo al mas exacto cumplimiento de sus funciones”. En el mismo sentido, sentencias del 10 de diciembre de 1998, *Postelectras Ltda.*, Exp. 11446; 30 de octubre de 1997, *Medical Internacional de Colombia*, Exp. 10874; 26 de septiembre de 1996, *Importadora Saga Ltda.*, Exp. 10192; 5 de septiembre de 1996, *Oficina técnica Andina Ltda.*, Exp. 10265; 1º de octubre de 1992, *Asinarco Ltda.*, Exp. 6631.

última tesis, las cláusulas contractuales que faculden a las partes para terminar unilateralmente el contrato sin necesidad de acudir a un juez, son inválidas y contrarían principios básicos del derecho privado.

A continuación me permito citar los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes relacionados con el tema objeto de estudio, originados en la jurisdicción ordinaria, contenciosa administrativa y arbitral.

En primer lugar haré referencia aquellas providencias que reconocen y aceptan la validez de las cláusulas que establecen la facultad de terminación anticipada e imposición de sanciones; Posteriormente, haré mención de aquellas que cuestionan su validez y legalidad.

2.1. Sentencias que aceptan la validez de las cláusulas de terminación unilateral de contratos

a) Laudo Arbitral proferido el 19 de agosto de 2005: Terpel de la Sabana contra Tethys Petroleum Company y Meta Petroleum Ltd.

En este Laudo se acepta de manera general la validez de las cláusulas resolutorias en el derecho colombiano y se acogen los requisitos franceses de la enunciación expresa de las obligaciones cobijadas por la cláusula y del aviso al deudor para que en un plazo razonable subsane el incumplimiento:

“Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos, a la cual no tendría porque sustraerse el nuestro, es a la de aceptar la legitimidad de la cláusula resolutoria expresa, que se volvió usual en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada de larga duración, que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor, sin necesidad de intervención judicial ex ante, pero con interpretación restrictiva sujeta a requisitos severos.

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

b) Laudo Arbitral Parque Central Bavaria S. A. contra Clínica la Sabana S. A.

En algunos laudos arbitrales se ha reconocido validez a la cláusula que permite la terminación unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento.

Particularmente, en este laudo se dijo con respecto a la cláusula de terminación unilateral:

"[...] tal estipulación no resulta prohibida por la ley, sino permitida por ella, además, no adolece de objeto ilícito, ni menos, resulta contraria al orden público o las buenas costumbres [...]".

En igual sentido, se pronunciaron el laudo arbitral Terpel de la Sabana contra Tethys Petroleum Company y Meta Petroleum Ltd., 19 de agosto de 2005; y el laudo arbitral Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. contra Maalula Ltda., proferido el 31 de agosto de 2000.

c) Laudo arbitral del 29 de enero de 2007, Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. contra Energía y Finanzas S.A. E.S.P.

"Con respecto a esta conducta asumida por la convocante, es pertinente traer a colación que el inciso segundo del párrafo segundo de la cláusula décima- primera del contrato celebrado entre las partes establece que: "para efectos de dar aplicación a la terminación unilateral del contrato en los términos establecidos en la presente Cláusula, la parte cumplida notificará el incumplimiento, a la parte incumplida, la cual tendrá cinco (5) días hábiles, para resolver el incumplimiento. Pasado este término son resolver el incumplimiento, el contrato se dará por terminado de pleno derecho, sin necesidad de requerimiento adicional o declaración judicial pudiendo la parte cumplida ejercer su derecho al pago de la Cláusula Penal." Y por lo mismo, el proceder de la convocante lo encuentra el Tribunal ajustado a las previsiones contractuales." (Se subraya)

d) Sentencia del 29 de julio de 2005 de la Sala de Casación Civil (Exp. 1993 - 20302).

Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en la jurisprudencia civil, puede verse la, en la que, a propósito de la interpretación del artículo 1203 del Código de Comercio, el cual señala que "[t]oda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno", la Corte señaló que no se trata de una prohibición absoluta y, por lo tanto, luego de celebrado el respectivo contrato de prenda o hipoteca, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, pueden acreedor y deudor celebrar acuerdos que faciliten la realización de la garantía. Y concluyó "[n]o se puede sostener, so capa del carácter obligatorio de las normas procesales (art. 6) que el acreedor prendario o hipotecario está forzado a judicializar el cobro de la deuda sin posibilidad de convenir con su deudor otros modos de extinguir su obligación que incluyan la cosa prendada o hipotecada".

e) Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

“Tratándose de ciertos negocios jurídicos en los que –de ordinario– la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, el legislador –directa o indirectamente– ha posibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del ‘poder potestativo’ conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar– anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; recesso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual (...), en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no despliegue efectos jurídicos para el porvenir (‘negocio abolutivo’), dado que se trata, per se, de negocios de duración”

- f) Sentencia Corte Suprema de Justicia. Cas., 31 de mayo de 1892, VII, 243; citada por ORTEGA TORRES, Código Civil, Bogotá, Temis, 1969, p. 627.

Podría pensarse que al tenor del artículo 1546 del Código Civil, tratándose de la condición resolutoria tácita, esto es, la que va envuelta en todos los contratos bilaterales, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, se requiere inexorablemente la sentencia del juez que declare disuelto el vínculo contractual y que cuando es expresa cabría la resolución privada. La Corte Suprema, en postura que no ha sido la general, había dicho: *“La condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes”.*

- g) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de junio de 1971, G.J. CXXXVIII.

La Corte Suprema ha interpretado el verbo desistir como un derecho potestativo del comprador sin necesidad de pronunciamiento judicial: *“Existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el art. 1546 del C.C. y el desistimiento de que tratan los arts. 1882 y 1878. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede el comprador desistir por sí y ante sí, ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen”*

- h) Corte Suprema de Justicia, Sentencia publicada en el tomo cxxxvii de la Gaceta Judicial

Sobre el alcance de la facultad prevista en el artículo 1882, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de junio de 1971(.) aclaró que el desistimiento de que trata dicho artículo es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez.

- i) Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., Sentencia del 14 de marzo de 1994, Consorcio Colombiano de la Construcción vs Occidental de Colombia Inc., Exp. 3061, G.J. No. 2467.

“Es así como la Corte Suprema de Justicia ha encontrado lícito un contrato de obra civil en el que se previó el poder de la parte que la encargó de darlo por terminado anticipadamente en cualquier momento, aún sin expresión de causa alguna, sin perjuicio de los derechos indemnizatorios del contratista derivados de la resolución, pero cuyo monto estaba concretamente establecido y limitado por las cláusulas contractuales. “Las partes gozan de la autonomía de su voluntad y de la libertad contractual – explica la Corte – de modo que lo estipulado es imperativo para ellas al tenor del artículo 1602 del Código Civil”.

- j) Consejo de Estado – Sección Tercera- sentencia del 23 de septiembre de 2009, C.P. Miryam Guerrero

“Ahora bien, dentro de la autonomía que las partes mantienen en los contratos regidos por el derecho privado, entendiéndose entre ellos los que de antaño se llamaron de derecho privado de la administración, resulta conveniente precisar si es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del contratante y si quien se considera acreedor de las mismas puede aplicarlas por sí, y ante sí, es decir, directamente, o, si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.", resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa.”

- k) Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

En una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, con ponencia del Magistrado William Namén, se considera viable jurídicamente la posibilidad que tienen las partes de pactar cláusulas que les permitan terminar unilateralmente un contrato, sin necesidad de acudir para ello al juez del contrato. Dicha posición jurisprudencial, que desarrolla y unifica las tesis contenidas en sentencias anteriores⁴¹, fue fundamentada en sentencia del 2011⁴² de la siguiente manera:

“...la autoridad de las partes de un negocio jurídico, comprende su celebración y terminación en todo momento por consenso recíproco (mutuus consensus, contrarius consensus, mutuus dissensus, artículos 1602 y 1625 Código Civil) acatando las normas legales.

“Análogamente, el legislador o, las partes, ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual, pueden disponer la terminación unilateral del contrato.

“La figura, describe hipótesis de cesación, extinción o terminación del contrato por acto dispositivo unilateral de una parte y engloba un conjunto heterogéneo de supuestos señalados con expresiones polisémicas, disimiles y anfibológicas, tales las de desistimiento unilateral, receso, retracto, destrato, disolución, renuncia, revocación, rescisión, resiliación o resolución unilateral convencional, cláusulas resolutorias o de terminación unilateral expresas, denuncia de contrato a término indefinido, terminación in continenti por incumplimiento esencial, grave e insuperable, entre otras.

⁴¹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencias del 31 de octubre de 1995 (G.J. 2476, pág. 1269 y ss.); del 31 de mayo de 1892, VII, 243; del 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; y del 23 de febrero de 1961, XCIV, 549.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

(...)

“En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

“El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta accidentalia negotii, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como dissensus o distrato o concluye en éste (cas. civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). (...)

“La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir sólo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo “terminación” (artículo 870, C. d Co), “dar por terminado el contrato” (art. 973, C. de Co), justas causas “para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial” (art. 1325, C. de Co).

(...)

“En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo (...)

“Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (cas. civ. sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a “[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes” (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 1892, VII, 243).”(Se subraya)

Esta reciente sentencia de la Corte Suprema constituye la posición jurídica que prevalece en la actualidad, en tanto desarrolla y unifica posiciones jurisprudenciales anteriores.

Sobre la naturaleza de la condición resolutoria expresa que reviste la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, la Corte Suprema, en esta misma sentencia, dijo:

“Previamente al fin del plazo (ante tempus), nada obsta a las partes terminar el contrato, ya por recíproco consenso (mutuo disenso, acuerdo extintivo), ora unilateralmente en los casos legales, contractuales o, por advenimiento de la condición resolutoria expresa en virtud de incumplimiento grave e insalvable cuando estipulan cláusula resolutoria. En efecto, nada impide a las partes, pactar la terminación unilateral anticipada de un contrato a término definido, pero en ausencia de estipulación o previsión legal, están obligadas por el plazo y deben cumplirlo.

(...)

“Empero, en las “cláusulas resolutorias expresas” y de terminación unilateral del contrato por motivos distintos al pacto comisorio calificado, cuyas causas también pueden ser diversas al incumplimiento, la ley o las partes, pueden prever la terminación ipso jure sin necesidad de declaración judicial ex ante. En esta eventualidad, la condición resolutoria expresa se pacta como un derecho para resolver o terminar el contrato por acto de parte interesada, autónomo, independiente y potestativo, porque podrá ejercerlo o abstenerse de hacerlo.

De por sí, función primordial de estas estipulaciones, es terminar el contrato por declaración unilateral de una parte, ya por incumplimiento, ora conveniencia, oportunidad u otras razones legítimas, bien por las causas disciplinadas en la ley o el contrato...” (Se subraya).

2.2. Sentencias que cuestionan y no aceptan la validez de las cláusulas de terminación unilateral de contratos.

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

Ahora bien: la realidad nos muestra que quien ha sido víctima de un incumplimiento no siempre se toma la molestia de iniciar un proceso judicial para que se declare la terminación, ni tampoco suspende el contrato, sino que prefiere darlo por terminarlo unilateralmente. Sin embargo, quien así procede se arriesga a que lo demanden y a que el juez le recrimine el no haber recurrido a él previamente.

Así por ejemplo, un tribunal de arbitramento le reprochó al demandante (Mitsui de Colombia S. A.), el haber terminado unilateralmente un contrato por el

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

b) Laudo arbitral Betancur Aranzazu contra Bonilla y Arboleda, 14 de diciembre de 1995

“Bien a pesar de que ambas partes aceptan dentro del proceso que ahora se decide la terminación unilateral del contrato por obra de la demandada, esta clase de conductas unilaterales no son de recibo en derecho privado [...]”. Ver también laudo arbitral Mitsui de Colombia vs Metalec Ltda., proferido el 7 septiembre de 1993.

c) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo

“El contrato es ley para las partes; en esto consiste precisamente su fuerza normativa u obligatoria, razón por la cual, en línea de principio, un contrato no podría ser terminado por una de las partes de manera unilateral y siempre habría necesidad, para que quedase aniquilado desde su celebración o desde la ejecutoria de la sentencia, de declaración judicial. Sobre esto ha dicho la Corte Suprema:

“Fácil resulta comprender que los negocios jurídicos, por regla general, fenecen por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 C.C.); o por la declaración judicial de resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625 nral. 9 C.C. y 870 C. de Co); o por el pronunciamiento judicial de nulidad absoluta o relativa, fundado en la existencia de una causal concerniente a su invalidez (arts. 1625 nral. 8 y 1740 y ss, ib). Fuera de estos conocidos supuestos –y de algunos otros expresamente previstos por el legislador (p. ej: tratándose de la teoría de la imprevisión)-, importa acotarlo, las partes de un contrato, merced a la ratio que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado ex ante (principio de fidelidad negocial), lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación –una de ellas referente a la vigencia del acuerdo respectivo-, es insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato –y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial-, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal”

d) Laudo Arbitral del 14 de octubre de 2008, Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá. ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. vs

CENTRAL TERMOELÉCTRICA EL MORRO 1 S.A. E.S.P. OFERTA
MERCANTIL GG-02-01

“Con relación a la terminación unilateral decidida por EL MORRO según consta en el expediente, este Tribunal afirma que esta manera de terminar las relaciones contractuales bilaterales no es de recibo en el derecho privado y por tanto no es posible otorgarle validez a la actuación de una de las partes para poner término al contrato o dar por extinguido el contrato independientemente de las razones que pueda esgrimir para ello. Este actuar en el derecho privado violenta un principio fundamental consistente en que los contratos son ley para las partes y no pueden ser invalidados sino por el mutuo consentimiento o por causas legales de conformidad con lo que prescribe el artículo 1602 del Código Civil y cuyo fundamento es darle certeza jurídica al actuar de las partes.”(Subraya fuera del texto original.)

Esta postura jurisprudencial había sido esbozada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2006, cuando afirmó:

“Ahora, decir que las cláusulas 28ª y 29ª de “incumplimiento” y “terminación” del subcontrato, se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico, es también un error de hecho, pues no consulta la cláusula 39ª, con arreglo a la cual se calificó el contrato como de derecho privado, de naturaleza comercial, lo que traduce que, diciendo el artículo 1602 del código civil que “todo contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causa legal”, al no mediar consentimiento mutuo para disolverlo y habiéndose allanado a cumplir Ecoltec, no podía el consorcio declarar unilateralmente la terminación.

Y tanto menos si no existió causa legal para ello, pues sólo el aparato judicial está habilitado para pronunciarse sobre el particular, que no el consorcio, el cual, so pretexto de interpretar el contrato, dio en su terminación unilateral, modificó la cláusula 7ª en lo pactado respecto del reajuste monetario, se negó a cumplir la cláusula 5ª del Acuerdo 01 y ordenó aplicar los anexos “A”-original y nuevo-simultáneamente para no pagar el reajuste monetario ni las obras adicionales y para no reconocer los precios unitarios pactados en el nuevo anexo “A”.

A pesar de que el consorcio no tomó la determinación ni mucho menos la hizo saber a Ecoltec, el tribunal consideró que tal conducta armoniza con el orden público, la buena fe y las buenas costumbres, sin averiguar en dónde quedaron los derechos de la demandante frente a las obligaciones nacidas del contrato.”⁴³ (Se subraya).

⁴³Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. M.P: Manuel Isidro Ardila Velásquez. Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006). Ref. expediente 1992-15957-01.

III. Conclusión.

Bajo el régimen del derecho privado que le es aplicable a las partes, se entienden válidas las cláusulas que facultan a uno de los contratantes a dar por terminado unilateralmente el contrato, sin necesidad de requerimiento judicial, en el evento de verificarse un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato imputable a la otra parte.

En virtud de los principios de la autonomía de la voluntad, libertad de contratación, igualdad de condiciones contractuales y libre iniciativa privada (artículos 13 y 16 de la C.P.; 1602 y 1625 del C.C.), las partes pueden convenir en los contratos cualquier estipulación siempre y cuando no contraríen el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículos 16 y 1524 del C.C.; y 13 de la Ley 153 de 1887).

En este sentido, es válido que las partes de mutuo acuerdo establezcan mecanismos, formas y procedimientos de auto composición anticipada de sus conflictos e intereses privados como expresión genuina de la autonomía privada, tal como ocurre con la facultad de la declaración de terminación anticipada y unilateral de un contrato y de poder hacer efectivas las cláusulas relativas a las sanciones por incumplimiento de las obligaciones, sin acudir a un juez, siempre y cuando dichas facultades y las causales de incumplimiento estén clara y expresamente pactadas en el contrato. Dichas estipulaciones contractuales de las partes tienen fuerza normativa vinculante y se constituyen en ley para los contratantes.

Esto no excluye la posibilidad de que un juez pueda con posterioridad revisar, verificar y controlar la legalidad de la decisión de la declaratoria de terminación unilateral del contrato por incumplimiento de obligaciones, de tal manera que se hayan cumplido las condiciones para ejercer dicha facultad.

En efecto, el contratante cumplido asume el riesgo de la ruptura contractual (el de ejercitar su derecho en forma ilegal o abusiva) y el otro contratante puede debatir ante el juez la legalidad de la decisión adoptada por su cocontratante y reclamar los perjuicios a que hubiere lugar; por lo tanto, la parte cumplida deberá tener el máximo cuidado y diligencia en la evaluación y calificación del comportamiento del deudor para deducir un incumplimiento grave y esencial de las obligaciones a cargo de éste.

En este punto me parece importante traer una cita del profesor Molina Morales, en la cual señala la situación injusta e inequitativa en que se encontraría la parte

cumplida en caso de que no tuviera la facultad de la terminación unilateral del contrato por incumplimiento:

“La parte afectada por el incumplimiento, cuando no tenga interés en la ejecución coactiva, tiene dos caminos: iniciar un proceso judicial para que el juez declare el incumplimiento y lo libere de sus obligaciones, o suspender el contrato amparada en la excepción de contrato no cumplido (art. 1609 C. C.).

Las opciones de que dispone la víctima del incumplimiento no son las mejores.

La primera de ellas sería iniciar un largo y costoso pleito para que se declare el incumplimiento y se decrete la terminación, lo que agravaría aún más su situación puesto que durante el curso del proceso y mientras el juez profiere sentencia, se vería obligada bien sea a mantener su relación con la parte demandada o a suspender el contrato, pero con la imposibilidad para celebrar uno nuevo con un tercero que de manera definitiva sustituya al anterior. En efecto, una relación contractual que satisfaga las necesidades derivadas de la suspensión sólo podría ser provisional pues el contrato cuya terminación se pretende conserva su fuerza obligatoria. La liberación definitiva del demandante sólo sería posible con una sentencia condenatoria, varios años después de ocurrido el incumplimiento.

La segunda opción sería suspender el contrato, sin necesidad de proceso judicial, lo que permitiría al acreedor abstenerse de ejecutar sus obligaciones, amparado en la excepción de contrato no cumplido. El problema es que con frecuencia esa suspensión ha sido definitiva por cuanto la parte cumplida no tiene interés ni en continuar la relación ni en acudir al juez, ya que su único afán es liberarse de sus obligaciones.

Jurídicamente hablando, sin embargo, más que un mutuo disenso tácito, habría una terminación de hecho o una situación irregular que sólo tendrá solución definitiva cuando prescriban las obligaciones del contrato.

Y mientras ello ocurre, al igual que en el caso del proceso judicial, la parte cumplida tampoco podría reemplazar de manera definitiva a la parte incumplida pues ello implicaría la terminación unilateral del contrato inicial, lo cual no está permitido. La suspensión es una situación temporal en la que siempre es posible la continuación de la relación contractual y no una forma indirecta de terminación unilateral.”

Ahora bien, tal como se anotó, no existe ninguna norma de orden público que le impida a las partes incorporar en los contratos este tipo de cláusulas. De la disposición del artículo 1602 del C.C. (*“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”*) se deriva necesariamente la eficacia normativa vinculante y obligatoria de las estipulaciones contractuales acordadas por las partes, dentro de las cuales puede estar precisamente una cláusula de terminación unilateral.

Si las partes han incorporado dicha cláusula de mutuo acuerdo dentro de su ley contractual, sería un contrasentido afirmar que su ejecución es contraria a las normas de orden público.

Se reitera, no existe en el ordenamiento jurídico Colombia una norma imperativa de orden público que prohíba expresamente la facultad de terminación unilateral de un contrato privado; de ahí, que está permitida la incorporación y el ejercicio de este tipo de cláusulas en los contratos entre particulares.

En palabras del profesor Molina Morales:

“La cláusula de terminación unilateral por incumplimiento es completamente válida y su fundamento no puede ser otro que la autonomía de la voluntad.

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

Por las razones antes expuestas, el libre y espontáneo consentimiento y manifestación de la voluntad de las partes (postulados de la autonomía de la voluntad, buena fe y libertad contractual) se constituyen en el fundamento y pleno sustento de la facultad de imposición de sanciones y terminación anticipada en la forma contemplada en el contrato.

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad la Corte Constitucional, en Sentencias T-338/93 y C-1194/08, afirmó:

“(…) La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.” (…)

“El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres.”