

Carlos Alberto
Chinchilla Imbett

Mauro
Grondona

Editores

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales

Fernando Alarcón Rojas

Alberto Maria Benedetti

José Félix Chamie

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Andrea D'Angelo

Matteo Dellacasa

Mauro Grondona

Aída Patricia Hernández Silva

Jorge Herrera M.

Milagros Koteich Khatib

Margarita Morales Huertas

Pablo Moreno Cruz

Martha Lucía Neme Villarreal

Fabrizio Piraino

Paula Natalia Robles Bacca

Javier M. Rodríguez Olmos

Vincenzo Roppo

Universidad
Externado
de Colombia

INCUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES

CARLOS ALBERTO
CHINCHILLA IMBETT

MAURO
GRONDONA

Editores

INCUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales / Aída Patricia Hernández Silva [y otros] ; Carlos Alberto Chinchilla Imbett, Mario Grondona (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021. 770 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905595

1. Responsabilidad contractual - Colombia 2. Responsabilidad civil - Colombia 3. Incumplimiento de contrato -- Aspectos constitucionales - Colombia 4. Derecho civil -- Colombia I. Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, editor II. Grondona, Mauro, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

febrero de 2021

ISBN 978-958-790-559-5

© 2021, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT Y MAURO GRONDONA (EDITORES)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

AÍDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA
ALBERTO MARIA BENEDETTI
ANDREA D'ANGELO
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT
FABRIZIO PIRAINO
FERNANDO ALARCÓN ROJAS
JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS
JORGE HERRERA M.
JOSÉ FÉLIX CHAMIE

MARGARITA MORALES HUERTAS
MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL
MATTEO DELLACASA
MAURO GRONDONA
MILAGROS KOTEICH KHATIB
PABLO MORENO CRUZ
PAULA NATALIA ROBLES BACCA
VINCENZO ROPPO

Presentación

Carlos Alberto Chinchilla Imbett y Mauro Grondona

Introducción a los remedios contractuales: problemas y perspectivas

Vincenzo Roppo

PARTE PRIMERA

DE LA EJECUCIÓN E INEJECUCIÓN DEL CONTRATO

El cumplimiento de la obligación

Fabrizio Piraino

El valor del tiempo en el cumplimiento de las obligaciones

Paula Natalia Robles Bacca

La integración del contrato como presupuesto de la determinación del incumplimiento

Martha Lucía Neme Villarreal

El incumplimiento del contrato: la imputabilidad y la gravedad a la luz de la economía de la relación

Mauro Grondona

PARTE SEGUNDA

DE LOS REMEDIOS QUE TIENEN COMO FINALIDAD LA CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

¿Una nueva excepción de incumplimiento?

Alberto Maria Benedetti

La tolerancia temporal del incumplimiento y el riesgo del ocultamiento del conflicto social

Pablo Moreno Cruz

El derecho a la subsanación del incumplimiento como mecanismo que contribuye al equilibrio de la posición del deudor y del acreedor: análisis a partir de algunos modelos del derecho comparado

Javier M. Rodríguez Olmos

Ejecución in natura de la obligación contractual incumplida

Aída Patricia Hernández Silva

La revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevvenida de la prestación

José Félix Chamie

PARTE TERCERA

DE LOS REMEDIOS QUE TIENEN COMO FINALIDAD LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

La resolución por incumplimiento contractual en la llamada “condición resolutoria tácita” y su carácter irrenunciable

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

La terminación unilateral por incumplimiento en el derecho colombiano

Margarita Morales Huertas

Incumplimiento recíproco y remedios contractuales: dentro y fuera del proceso

Matteo Dellacasa

La resolución del contrato por imposibilidad sobrevvenida de la prestación

José Félix Chamie

PARTE CUARTA

REMEDIOS QUE TIENEN COMO FINALIDAD LA RECONSTRUCCIÓN DEL SINALAGMA Y LA PROTECCIÓN DE LAS PARTES

Justificación causal de la prestación y restituciones

Andrea D'Angelo

Las restituciones consecutivas a la ineficacia del contrato en derecho el colombiano

Jorge Herrera M.

La nulidad parcial como remedio del contrato. Un breve apuntamiento histórico

Fernando Alarcón Rojas

Indemnización de perjuicios contractuales: nuevos daños, nuevas formas de reparación

Milagros Koteich Khatib

Notas al pie

PRESENTACIÓN

Es para nosotros un agrado presentar al público esta obra, vigorosa y ambiciosa, resultado de un proyecto de investigación conjunto, adelantado por profesores italianos y colombianos, los cuales, en un encuentro académico en abril del 2019 en la Universidad Externado de Colombia, se centraron en analizar el tema del incumplimiento y el sistema de remedios contractuales, y también recogieron sus intervenciones, las ajustaron y las enriquecieron para convertirlas en estupendos capítulos de libro, los cuales fueron organizados para componer la presente obra bajo nuestra dirección. Además, fueron invitados otros colegas para enriquecer el contenido de la obra y fortalecer los objetivos nobles con los que inició el proyecto.

Naturalmente, no nos corresponde decir en qué medida los objetivos de este proyecto de investigación se lograron; los lectores y las lectoras serán los encargados de tal labor. Por nuestra parte, esperamos que las personas que lean este libro vengan de distintos sectores y con formación variada, pues cada capítulo absuelve al mismo tiempo tres funciones diferentes: didáctica, científica y operativa.

A nuestro modo de ver, y es nuestra esperanza, el libro desarrolla una primaria función didáctica porque el tema de los remedios es tratado no solo de modo amplio y profundo (lo cual no significa que no requiera en el futuro próximo ulteriores esfuerzos de reflexión teórica y de elaboración práctica), sino de forma que pueda ser entendido por quien se encuentra en el recorrido de formación académica con miras a convertirse en jurista. En efecto, en primer lugar, se configura un objetivo informativo y formativo: informativo, porque los capítulos son ricos de detalladas informaciones que cubren prevalentemente el derecho colombiano y el

derecho italiano, sin olvidar las referencias al sistema remedial francés, alemán y, por supuesto, al variado mundo del *common law*. Además de las referencias al derecho de las obligaciones y los contratos de distintos países de América Latina, todas realizadas por los amigos y las amigas colombianos que participan en la obra, lo cual evidencia una prospectiva de un derecho privado común latinoamericano, empresa de un gran valor y muy importante en cuanto permite probar la madurez de una academia rica, sensible y propositiva, de la cual el mundo puede aprender.

De hecho, esta obra demuestra el cambio de discurso, del lenguaje de los derechos al lenguaje de los remedios, en el que se pretende dar igual relevancia al derecho subjetivo como a los mecanismos adecuados y efectivos para su implementación, es decir, teniendo en cuenta la óptica de la tutela del derecho. Esto supone entender el cambio del rol del juez en el sistema de fuentes del derecho y el conjunto de tutelas dentro del ordenamiento jurídico y su efectividad. En ese sentido, desde esta primaria función didáctica, nosotros auguramos que el libro pueda ser considerado un buen punto de inicio para continuar en la obra de aproximación y de investigación de un lenguaje común de remedios.

Después está la segunda función: la distintivamente dogmática. Pero es importante entender bien la palabra dogmática, pues hoy (al menos en Europa) es considerada con cierta sospecha. Se necesita clarificar (mejor, repetir, pues la cultura jurídica más sensible está ya perfectamente persuadida con mayores argumentos de los que estamos por exponer) que hay una “dogmática buena” y una “dogmática mala”; esta última fluye con y por medio del formalismo obtuso, con el absolutismo conceptual, con el ideologismo negador de la realidad histórica, pues parte de la idea de que la tradición (o “una cierta” tradición, o la que se afirma ser “la” tradición) entrega determinados

conceptos, determinadas categorías, determinadas ideas, frente a los cuales debemos ser fieles continuadores (o, sinceramente, repetidores más o menos cansados).

Así, la “dogmática mala” impide al jurista el necesario esfuerzo de analizar de manera crítica y con imaginación constructiva la tradición, es decir, afrontar la *sapientia* y la sabiduría que el pasado ha elaborado progresivamente para atender los problemas nuevos, las exigencias de una sociedad cada vez más compleja y los intereses dignos de protección del ordenamiento. De hecho, la imaginación, incluso en el derecho, es factor decisivo, tal como se demuestra con los razonamientos de los grandes juristas de cada época y de cada latitud -basta aprender de la refinación del derecho romano y el *ius controversum* realizado por los grandes juristas clásicos-. Si la imaginación no se revela por escollos y dificultades del jurista y no son adecuadamente confrontados, la consecuencia es profundamente negativa: el derecho hablará un idioma incapaz de ser escuchado por los ciudadanos, con la paradoja que, por una íntimamente contradictoria pero tenaz fidelidad dogmática, se asistirá a una progresiva desnaturalización de todo aquello que el mismo derecho quisiera defender, manteniendo al derecho igual a sí mismo (cuando debería cambiar para poder desarrollar mejor su propia función ordenadora), o, peor, actualizando de forma indebida un pasado que es ciertamente conocido y valorizado, pero en clave rigurosamente histórica. También desde este último punto de vista, la doctrina romanista, como la que gozamos y fomentamos en el Externado, es digna de una atenta consideración, pues analiza el derecho como un fenómeno en continuo movimiento, cual expresión del espíritu humano dirigido a la organización de los agregados sociales y a la disciplina de las relaciones intersubjetivas, en el que participan figuras del pasado que han tenido una evolución hasta llegar a lo que son en la actualidad: el resultado de una gradación histórica de

creación, desarrollo, eliminación y adaptación. De ahí la importancia de desentrañar un problema del derecho actual recurriendo, según el argumento, a los orígenes del instituto en cuestión, pero no como un ejercicio de arqueología jurídica, sino como un ejercicio de conectar al derecho con la realidad, con sus fundamentos, consciente de que el derecho está al servicio del hombre, y no viceversa, un ejercicio que le permita al jurista lograr el mejoramiento del derecho, el cual se podría conseguir mediante la corrección o eliminación de las *iniquitates* presentes en el ordenamiento jurídico en que participa.

Por su parte, está la “dogmática buena”, la cual tiene dos perspectivas y dos ambiciones, ambas indispensables y concomitantes para un funcionamiento eficaz del derecho, pues se considera que el derecho no puede ser naturalmente reducido a los preceptos y a las prescripciones, sino que debe pensarse como un grandioso instrumento de inteligencia social, cuyo desarrollo está determinado por cada ser humano. Es decir, la eficacia del derecho no es el simple proceso de señalar y describir las concretizaciones judiciales del principio codificado, ni defender a ultranza la primacía legal, la técnica codificadora y el poder de la autonomía privada sin ese proceso de razonamiento y sedimentación de las reglas que les son propias a ciertas figuras. Es un derecho practicado y efectivo en el que el jurista no se reduce a la lógica abstracta, sino que individualiza y compara los intereses concretamente percibidos en las relaciones de la vida social. De este punto de vista, la responsabilidad intelectual, cultural y social de la doctrina es inmensa, y aquí nosotros nos remitimos a nuestra querida y preciosa academia, que no conoce ni espacios ni límites, que une a cada persona que ama el conocimiento y que participa de la construcción colectiva del saber jurídico.

Ahora bien, las dos perspectivas y las dos ambiciones pueden ser sintéticamente tratadas de la siguiente manera:

La primera tiene que ver con el rigor del razonamiento jurídico, y por lo tanto con la transparencia argumentativa, con la coherencia entre los puntos de partida y los puntos de llegada. Para conseguir estos objetivos, no hay duda de que la posesión firme de las categorías y de los conceptos sea indispensable. Pero el punto es qué categorías y conceptos son los vectores de la juridicidad, entendida esta última en un sentido de atribuirle al derecho una dimensión que va más allá de lo estrictamente técnico y, por ende, se extiende al plano incluso de lo sociológico y lo institucional. Esto nos lleva a la segunda perspectiva (y a la segunda ambición): el carácter dinámico de las categorías jurídicas, pues la “dogmática buena” debe estar en grado de moverse entre la continuidad y la discontinuidad con relación a las exigencias del presente, tal como lo demuestran los remedios contractuales; exigencias que no son hoy de carácter nacional, sino que hacen parte de los distintos ordenamientos jurídicos, los cuales están ciertamente divididos por razones sociales, económicas y políticas, pero que encuentran en el plano jurídico un posible punto de convergencia. O de todas formas hacen que emerja la necesidad o, mejor, la oportunidad de ir en la búsqueda de un punto de convergencia. En este punto no hay duda de que el contrato y las vicisitudes del contrato tienen la fuerza de permitir el diálogo entre los ordenamientos y los sistemas jurídicos, más allá de su lejanía o cercanía, en términos de comparación jurídica.

Llegamos de esta forma a la tercera función que confiamos el libro pueda desarrollar: la operativa. Es la función que tiene que ver con la relación entre la teoría y la práctica y, por lo tanto, entre doctrina, jurisprudencia y la experiencia judicial (tampoco son olvidadas las distintas ramas del derecho público, en especial en materia de contratación estatal, pues las dinámicas del derecho privado en materia comercial son de completo interés y necesario entendimiento). Desde este punto de vista, entonces,

esperamos que los análisis realizados a lo largo de la obra (que en la mayoría de los casos hacen alusión a la jurisprudencia civil, sin dejar de lado las sentencias de la Corte Constitucional en cuanto se presentan con mayor extensión en las problemáticas contractuales, como testimonio de la capacidad de adaptación del contrato y como fiel reflejo de una lectura dinámica de las categorías en la que la idea rectora es la comunicación constante y armónica entre las distintas fuentes del derecho, especialmente entre la Constitución y el Código Civil) puedan servir de ayuda no solo a la jurisprudencia, sino a la práctica del derecho, en cuanto las construcciones, desde el derecho italiano como en el derecho colombiano, buscan soluciones que sean las más adecuadas, justas, a los contextos a los que se refieren. Por último, el tema de los remedios contractuales y del incumplimiento requiere una comprensión del contexto en el que el contrato se encuentre inmerso; de lo contrario, el contrato se encontrará sometido a propuestas teóricas y a soluciones prácticas que podrán ser, como tales, conceptualmente armónicas, e incluso estéticamente preciosas, pero que luego no satisfacen los intereses concretos que subyacen en el vínculo negocial, generando graves daños a la dimensión institucional del derecho, que entre sus otras funciones tiene la de la pacificación social, la cual no se realiza en la comprensión de las distintas instancias económico-sociales, sino en el constante impulso reformador de los instrumentos conceptuales y de las soluciones prácticas para lograr lo bueno y lo justo en el caso concreto.

Hasta ahora hemos abordado tangencialmente la temática expuesta en el libro. Quisiéramos exponer una idea más concreta sobre el libro, sin la pretensión de realizar un resumen del contenido de todos sus capítulos, lo cual significaría dañar su riqueza intrínseca.

El volumen está dividido en cuatro partes que cubren toda el área de los remedios, entre el discurso de la

obligación y del contrato. En el momento en el cual la relación obligacional, que tiene la propia fuente en el contrato, entra en una fase crítica (tanto por razones imputables a la conducta de una parte o de ambas, como por razones extrínsecas a la específica relación comercial), se abren múltiples problemas que van reconducidos a los remedios contractuales. En ese sentido, se trata, en primer lugar, de configurar la subsistencia del incumplimiento, valorizando la eventual imputabilidad y relevancia; posteriormente, de frente a una relación jurídica comprometida por su inejecución, se debe establecer de qué manera y cómo el derecho puede y debe intervenir a través de los remedios. En este punto se abre la distinción entre los remedios conservativos y destructivos del contrato (además del tema transversal del resarcimiento del daño) a la luz del vínculo contractual, de manera que se pueda ofrecer una solución que resulte ser la más oportuna sobre la base de la finalidad y la función del contrato, del contexto socio-económico en el cual el contrato fue celebrado, de los valores constitucionales, de los principios generales de la contratación contemporánea, de las razonables expectativas de las partes y sus intereses, económicos o no; todo sin olvidar el tipo de contrato en atención a la cualificación de los sujetos comerciales, pues una situación es que el contrato se celebre entre empresas, otra distinta es que se celebre con un consumidor para la adquisición de un servicio o un bien de consumo; o que una de las partes se encuentre en situación objetiva de debilidad o que sea de especial protección constitucional. Frente a este panorama, ¿puede la respuesta del derecho ser uniforme? ¿Cómo formular respuestas diferenciadas? ¿Se deja el trabajo solo a la jurisprudencia? ¿Se prefiere la intervención del legislador para que proceda a reestructurar las categorías o a crear nuevas? Estas preguntas han sido naturalmente resueltas en los ordenamientos jurídicos colombiano e italiano en el curso de los últimos años; sin embargo, el rol de la doctrina

civilista es fundamental para que exista un razonamiento reflexivo, pausado, atento a las particularidades del caso concreto, respetuoso de los principios de la contratación, todo con el fin de cerrarle el paso a la “dogmática mala” y abrir las puertas a la “dogmática buena”.

Finalmente, no sobra decir que con esta obra no solo presentamos una manera de repensar el sistema remedial, sino ofrecemos una muestra del trabajo fraterno y conjunto de la doctrina italiana y colombiana, ambas preocupadas por cumplir con la tarea de elaborar soluciones razonables, equilibradas y pragmáticamente eficaces, de manera que se cumpla con la finalidad del derecho de ser una ciencia práctica que busca lo justo y lo bueno. Es sin duda el símbolo de los espacios de diálogo entre el Externado y la universidad italiana, cuyo resultado son los vínculos que se han creado y han perdurado en el tiempo, en los que se combinan las diferentes generaciones para hablar en un mismo lenguaje, en el que el rigor científico, la solidaridad y la amistad sincera son los vehículos de construcción del derecho.

CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT
Profesor Universidad Externado de Colombia

MAURO GRONDONA
Profesor Universidad de Génova, Italia

VINCENZO ROPPO*

*Introducción a los remedios contractuales:
problemas y perspectivas*

Sumario: 1. Para introducir. 2. El sistema de los remedios por el incumplimiento: resolutorios y no resolutorios (conservativos). 3. Remedios resolutorios: el requisito del umbral de gravedad. 4. Remedios no resolutorios: monetarios y no monetarios. 5. Relaciones recíprocas entre los remedios: ¿acumulables o alternativos? 6. No existe, en general, preferencia de la ley por los remedios no resolutorios con base en el supuesto “principio de conservación del contrato”. 7. El problema del remedio resolutorio: la incertidumbre sobre la suerte del contrato, y la alternativa entre la resolución judicial o extrajudicial. 8. Pluralidad de los modelos de resolución (judicial y extrajudicial) en función de las diversas tipologías contractuales: los contratos que tienen por objeto la propiedad (de bienes infungibles). 9. Los contratos sobre la titularidad de bienes fungibles, y la exigencia de certeza inmediata. 10. Continúa: los contratos de colaboración, y la fuerza del hecho. 11. ... sin impedir que al litigio se aplique (por vía judicial) la solución justa: quien resuelve lo hace “bajo su riesgo y responsabilidad”; el juicio se desplaza del terreno de la resolución al terreno de los resarcimientos.

1. PARA INTRODUCIR

El contrato es el corazón del derecho civil, porque es la máxima expresión de la autonomía privada, y esta es el fundamento y la sustancia misma del derecho civil. ¿Y cuál es el corazón del contrato, del derecho de los contratos? Yo considero que es el sistema de los remedios contractuales: porque la verdadera relevancia, el sentido profundo de la disciplina legal del contrato, no se manifiestan en las situaciones fisiológicas en las que el contrato nace con normalidad y funciona con normalidad, sino en los casos en

los cuales su modo de ser y de funcionar presenta alguna patología, cuando el contrato padece de algún defecto o perturbación que lo convierten en un contrato problemático.

El contrato problemático por excelencia es aquel que se vuelve disfuncional por el incumplimiento, que es la vicisitud más crítica, podríamos decir la más trágica, que el contrato se arriesga a sufrir. Por lo tanto, es válido decir que la presente obra -que se ocupa de los remedios contractuales, y lo hace de manera selectiva, concentrándose en los remedios por el incumplimiento- toca el corazón del corazón del derecho civil, y lo hace en su punto más sensible y crucial.

2. EL SISTEMA DE LOS REMEDIOS POR EL INCUMPLIMIENTO: RESOLUTORIOS Y NO RESOLUTORIOS (CONSERVATIVOS)

En primer lugar, advierto que me refiero a incumplimiento en sentido amplio, comprendiendo incluso la entrega de un bien que no se adecúa a los parámetros debidos, como cuando tiene lugar la garantía por vicios en la compraventa. Aunque estos últimos remedios tienen una disciplina -dictada con relación a particulares contratos típicos, en especial compraventa y locación- un poco diversa de aquella aplicable al incumplimiento en sentido estricto, del cual se ocupan las normas sobre el contrato en general.

Bajo esta óptica, comenzamos por destacar que el sistema de los remedios por el incumplimiento tiene una estructura bipartita, de acuerdo con la manera en que el remedio incide sobre el contrato: por una parte, los remedios extintivos, que cancelan el contrato (como lo hace generalmente la resolución por incumplimiento, de modo que podemos hablar más precisamente de remedios resolutorios); por otra parte, los remedios no resolutorios, que mantienen en vida el contrato.

3. REMEDIOS RESOLUTORIOS: EL REQUISITO DEL UMBRAL DE GRAVEDAD

Hay un dato común entre los remedios resolutorios, que indico con la fórmula “requisito del umbral de gravedad”: en el sentido de que el remedio procede solo si el incumplimiento supera un cierto umbral de gravedad; pues si en cambio permanece por debajo de aquel, podrán activarse otros remedios, mas no la resolución. La *ratio* es un principio de proporcionalidad entre la perturbación y el remedio aplicable: la resolución es un remedio muy grave porque cancela el contrato, y por lo tanto solo se justifica respecto de una perturbación que tenga un correspondiente nivel de gravedad.

De ahí la regla en virtud de la cual, en general, el contrato se resuelve por incumplimiento solo si el incumplimiento es bastante grave, es decir que no tiene “escasa importancia”; asimismo, la regla conforme a la cual el contrato de compraventa puede resolverse como consecuencia de los defectos presentes en la cosa, solo cuando los defectos son muy graves, es decir, lo suficiente como para volver la cosa “inidónea para el uso al que está destinada o disminuyen de manera apreciable el valor”; por último, la regla aplicable al contrato de locación cuando las anomalías o vicios de la obra pueden conducir a la resolución del contrato solo cuando son bastante graves, esto es, de tal entidad como para que la obra sea “del todo inadecuada a su destinación”.

Puede observarse una analogía con otros remedios extintivos, diversos de la resolución, que el sistema prevé como una reacción frente a defectos del contrato diferentes del incumplimiento. Por ejemplo: el error causa la nulidad del contrato solo si es “esencial”, y en ciertos casos solo si ha determinado el consentimiento; el dolo, para hacer nulo el contrato, debe ser contundente, es decir, tan grave que, de no haber existido engaño de una de las partes, “la otra no hubiera celebrado el contrato”; la incapacidad natural torna nulo el contrato solo si el incapaz resulta afectado por un “grave perjuicio”¹. Igualmente: el contrato es rescindible

solo si ha sido determinado no por cualquier estado de peligro, sino por un peligro muy serio como el “peligro actual de un daño grave a la persona”; o por un estado de necesidad que induzca a una de las partes a aceptar no cualquier desproporción entre la prestación debida y aquella recibida, sino una desproporción que llegue a ser *ultra dimidium*.

4. REMEDIOS NO RESOLUTORIOS: MONETARIOS Y NO MONETARIOS

Hasta ahora hemos descrito los remedios no resolutorios en términos exclusivamente negativos: son los remedios que *no* cancelan el contrato. Cuando se pasa a definirlos de manera positiva, se constata que son varios y diversos entre ellos. Para ordenarlos podemos clasificarlos en dos categorías: remedios monetarios y remedios no monetarios.

Los remedios no monetarios son aquellos que conceden a la parte perjudicada por el incumplimiento alguna utilidad diferente del dinero. En el interior de esta familia el remedio principal es la acción de cumplimiento, pero podemos agregar la excepción de incumplimiento. Pasando de la disciplina general del contrato a aquella de los singulares tipos contractuales, encontramos los remedios de la reparación o sustitución del bien que no es conforme con el contrato en la venta de bienes de consumo, y la eliminación de los vicios o alteraciones de la obra en el contrato de locación.

Por su parte, los remedios monetarios satisfacen el interés de la parte protegida otorgándole una suma de dinero. Mencionamos la reducción del precio por los vicios en la cosa vendida, y por los vicios o alteraciones en el contrato de locación. Sobre todo nos referimos al resarcimiento del daño, que es el principal remedio de carácter monetario concedido a la víctima del incumplimiento.

5. RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE LOS REMEDIOS: ¿ACUMULABLES O ALTERNATIVOS?

¿Los remedios previstos a favor de la víctima del incumplimiento se excluyen mutuamente, en el sentido de que el ejercicio de uno de ellos excluye acudir a los otros? ¿O pueden acumularse entre ellos?

Depende. Algunas veces el criterio es la acumulación. El remedio más compatible con el ejercicio simultáneo de otros remedios es el remedio monetario por excelencia, es decir, el resarcimiento: que puede acumularse con la resolución, pero también con la acción de cumplimiento (caso en el cual comprende el daño que se desprende por el retardo en la obtención de la prestación), e igualmente con otro remedio monetario consistente en la reducción del precio en la compraventa de una cosa que padece ciertos vicios.

En ciertos casos el resarcimiento es -por definición- alternativo a la resolución: así, cuando el incumplimiento está por debajo del umbral del remedio resolutorio porque es de “escasa importancia”, la víctima puede solicitar el resarcimiento, pero no la resolución.

A veces los remedios, monetario y resolutorio, se excluyen mutuamente: por ejemplo, en la venta de una cosa con vicios, el remedio monetario de la reducción del precio es una alternativa de la resolución.

En la locación, cuando la obra presenta vicios o alteraciones insuficientes como para justificar la resolución del contrato, la alternativa se presenta entre el remedio no monetario (eliminación de los vicios o defectos) y monetario (reducción del precio).

6. NO EXISTE, EN GENERAL, PREFERENCIA DE LA LEY POR LOS REMEDIOS NO RESOLUTORIOS CON BASE EN EL SUPUESTO “PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO”

Es bastante difundida, y, por lo demás, se repite de manera acrítica, la idea de que existe una preferencia en la ley por los remedios no resolutorios con base en el “principio de conservación del contrato”. Déjenme decir que esta afirmación pertenece a la familia de las *fake news* jurídicas.

En general, se puede dudar sobre la existencia de un principio de conservación del contrato. Para ser honestos, también en este ámbito (como en muchos otros) el “principio de conservación del contrato” es enarbolado con demasiada frecuencia por los intérpretes de manera mecánica y sin una verdadera constatación, por lo que corre el riesgo de revelarse -en la mejor de las hipótesis- un fetiche vacío, carente de contenidos significativos, y -en la peor hipótesis- un vehículo de soluciones erradas.

En efecto, hay casos en los cuales la ley considera oportuno que un contrato sea cancelado por los defectos o alteraciones que presenta (con el remedio de la resolución, del que nos ocupamos aquí, o de la nulidad absoluta o de la anulabilidad): hay otros casos en los que la ley, ante un contrato que también presenta algún defecto o alteración, considera que no se le deben aplicar remedios extintivos (por ejemplo, la resolución), sino un remedio no extintivo. Pero cuando la ley dice que el contrato no se resuelve si el incumplimiento es de escasa importancia, no lo hace en nombre de un general principio de conservación del contrato, y no lo hace porque en línea de principio prefiera mantener en vez de cancelar los contratos, sino por un principio de proporcionalidad, para ajustar la gravedad del remedio a la gravedad del defecto o alteración.

El umbral de gravedad puede ser más alto o más bajo según los casos: en la locación es más alto que en la compraventa, es más difícil arribar a la resolución que solo puede desencadenarse en casos extremos en los que “los defectos o los vicios de la obra son de tal envergadura que hacen de ella algo inadecuado para su destinación”. Pero la regla no responde a un abstracto principio de conservación

(pues, además, no se entiende por qué una locación debería ser abstractamente más merecedora de conservación que una compraventa), sino a una razón más concreta y específica: las consecuencias de la resolución son más problemáticas y difícilmente manejables en la locación, y por esto se quiere reducir la resolución de la locación a casos extremos e infrecuentes. Es evidente la extrema dificultad de administrar, según criterios de racionalidad y economicidad, las consecuencias de la disolución de la relación en un contrato con las características de la locación, una vez que la obra ha sido (aunque de manera imperfecta) confeccionada.

Si el locador ya ha sido retribuido por la obra, debe restituir el precio de la locación; si no le han pagado, no puede pretender alguna retribución; ¡sin embargo, ha incurrido en algunos gastos para realizar (aunque de manera imperfecta) la obra! Se podría pensar que el locador se considere compensado al retener o adquirir la propiedad de la obra por él ejecutada (así como, resuelta la compraventa, el vendedor ya no tiene derecho al precio, sino que recupera la propiedad de la cosa: *quid*, pero, ¿si la obra es realizada sobre el terreno que pertenece al locatario? Y sobre todo: ¿qué sentido tiene atribuir al locador la propiedad de una obra que nunca había pensado ni programado tener, y en la que probablemente no tiene ningún interés?).

En cambio, en una compraventa la resolución tiene consecuencias más fáciles de manejar: la cosa regresa a las manos del vendedor, a quien le pertenecía antes. De ahí que la disciplina de la garantía por los vicios en la compraventa -lejos de perseguir algún “principio de conservación del contrato”- ubica el remedio dirigido a su preservación (reducción del precio) y el remedio extintivo (resolución) en una posición neutral, sin demostrar una actitud de *favor* hacia el primero o de aversión hacia el segundo, que se observa en materia de locación.

Cuando estamos por encima del umbral de gravedad que permite la resolución con base en el principio de proporcionalidad, frecuentemente la ley plantea la alternativa entre el remedio resolutorio y el no resolutorio, poniéndolos sobre el mismo plano, dejando la elección al titular del remedio y permaneciendo neutral frente a dicha elección. De acuerdo con la disciplina general del incumplimiento, la víctima puede elegir libremente -ante la indiferencia de la ley- entre demandar el cumplimiento o la resolución; incluso hay más probabilidades de que se consolide la resolución en vez de la conservación del contrato, por la regla en virtud de la cual la elección inicial del cumplimiento no impide solicitar después la opción opuesta de la resolución, mientras que, una vez se opta por la resolución, no es admitida una sucesiva elección contraria que se dirija a mantener en vida el contrato. En la disciplina de los vicios de la cosa vendida, el comprador puede elegir libremente entre resolución y reducción del precio, sin que la ley manifieste preferencia por esta última y aversión por la primera.

Existe solo un sector en el que se puede observar una cierta preferencia por los remedios no resolutorios y es aquel de la garantía en la venta de los bienes de consumo, pues inicialmente el consumidor adquirente tiene derecho a la reparación o sustitución del bien. Solo cuando estos remedios no resolutorios se revelan impracticables o problemáticos, se abre el abanico de remedios aplicables, de los cuales uno es resolutorio (la resolución) y el otro no resolutorio (la reducción del precio): y la ley los coloca sobre el mismo plano, sin manifestar preferencia por el segundo respecto del primero.

7. EL PROBLEMA DEL REMEDIO RESOLUTORIO: LA INCERTIDUMBRE SOBRE LA SUERTE DEL CONTRATO, Y LA ALTERNATIVA ENTRE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL

Cuando se cumplen los requisitos para la resolución, surge un problema. Según el modelo tradicional, la resolución por el incumplimiento se obtiene por vía judicial, por medio de una acción resolutoria que termina con una sentencia: la sentencia (constitutiva) es la que produce la resolución. Pero la sentencia puede llegar a proferirse mucho tiempo después de que el contrato entró en crisis con la (sospecha) de incumplimiento y durante todo el tiempo del proceso (que pueden ser muchos años) la suerte del contrato queda envuelta en la incertidumbre: las partes no saben si el contrato está destinado a morir o continúa vivo; y ante esta situación no logran organizar de manera racional las actividades que conciernen a las prestaciones que hacen parte del objeto del contrato.

Habría un modo para eliminar esta incertidumbre: renunciar al proceso judicial y, por tanto, hacer depender la resolución de un factor extrajudicial. Así pudo haber sido acordado por las partes, en cuyo caso no hay ningún problema. La otra alternativa es que se trate de la elección unilateral de la parte que reclama el incumplimiento: un acto extrajudicial, negocial, unilateral, dirigido a disolver el contrato. En sustancia, un receso².

Sin embargo, renunciar al proceso judicial tiene un costo, porque el juicio es un “bien” cuyo valor agregado es la imparcialidad del juez, lo que constituye una garantía para las dos partes litigantes. Renunciando al proceso judicial, la suerte del contrato (¿muere o subsiste?) dependería de la voluntad de uno de los interesados, y se determina según su propio beneficio, mientras que la parte contraria sufre la elección, que puede ser lesiva de su interés.

Se trata de sopesar apropiadamente dos valores, dos bienes en conflicto: el bien del juicio y el bien de la pronta certeza. Para hacerlo es necesario individuar adecuadas líneas metodológicas.

8. PLURALIDAD DE LOS MODELOS DE RESOLUCIÓN (JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL) EN FUNCIÓN DE LAS DIVERSAS TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES: LOS CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO LA PROPIEDAD (DE BIENES INFUNGIBLES)

La primera cuestión tiene que ver con el reconocimiento de la pluralidad de los modelos (régimenes) de resolución del contrato por incumplimiento. Lo hemos visto en la comparación entre compraventa y locación, pero el discurso se puede generalizar. En suma: a cada significativa tipología contractual, su propio régimen resolutorio, basado sobre la forma en que se resuelve la alternativa entre privilegiar el bien de la certeza o el bien del juicio.

Mi tesis es que esta alternativa no puede disiparse de una vez por todas, a favor de uno u otro término, sino que debe resolverse en direcciones diversas, según el “sentido” que la alternativa entre muerte y vida del contrato asume para el particular contrato que en cada caso está en juego: porque es el “sentido” de la resolución el que define si es necesario u oportuno, con miras a la determinación del efecto resolutorio, pasar por un proceso judicial, o, por el contrario, seguir una línea de “desintermediación judicial” recurriendo a la vía de la “extrajudicialidad”.

Imaginemos que las partes litigan sobre la resolución por incumplimiento de la compraventa de un bien como un inmueble, un paquete accionario, una obra de arte: el vendedor sostiene el incumplimiento del comprador, y sobre esta base quiere resolver el contrato y de esta manera recuperar la propiedad del bien, mientras que el comprador, negando su propio incumplimiento o de cualquier forma los presupuestos de la resolución, afirma que el contrato debe mantenerse y que por ello el bien sigue siendo suyo.

El objeto de este tipo de litigios tiene una doble característica. En primer lugar, se trata de un *objeto significativo*, porque el interés de los litigantes en su resultado es férreo, pues de este depende cuál de las dos partes litigantes tendrá en definitiva la propiedad del bien,