

Contrato de Arrendamiento y Condición Resolutoria: Acerca de la Validez Jurídica y la
Aplicación Práctica de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de
Arrendamiento de Vivienda Urbana en Colombia.

Informe final para optar por el título de Abogado

Jorge H. Pineda

Susana Del S. Restrepo

Asesora
Rafaela Sayas Contreras
Abogada

Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho
Cartagena de Indias D.T. y C.
2014

Tabla de Contenido

1. Introducción
2. Historia y Naturaleza Jurídica de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho
 - 2.1 Origen y Desarrollo de la Condición resolutoria de Pleno Derecho
 - 2.1.1 En el Derecho Romano
 - 2.1.2 Edad Media y Derecho Canónico
 - 2.1.3 Derecho Francés y el Código de Napoleón
 - 2.1.4 Chile y el Código De Bello
 - 2.2 Introducción De La Figura En Colombia
3. Historia y Naturaleza Jurídica del Contrato de Arrendamiento
 - 3.1 Edad Antigua - Derecho Romano
 - 3.2 Edad Media
 - 3.3 Edad Moderna
 - 3.4 Edad Contemporánea – Colombia
 - 3.4.1 Contrato de Arrendamiento de Cosas en el Código Civil
 - 3.4.2 Ley 820 de 2003
4. La Condición Resolutoria de Pleno Derecho en el Derecho Comparado

- 4.1 Código Civil Italiano
- 4.2 Código Civil Español
- 4.3 Código Civil Francés
- 4.4 Código Civil Chileno
- 4.5 Código Civil de México
- 4.6 Código Civil de Argentina
- 4.7 Código Civil Alemán (BGB)
- 4.8 Código Civil de Perú
5. Sentencia del 30 de agosto de 2011 de la Corte Suprema de Justicia y su influencia en la Condición Resolutoria de Pleno Derecho
6. La autonomía de la voluntad y su influencia en la figura de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho
7. Validez Jurídica y Aplicación Práctica de la Cláusula Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana.
 - 7.1 Validez jurídica de la Cláusula Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana
 - 7.2 Aplicación práctica de la Cláusula Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana
8. Conclusiones
9. Bibliografía

“Los tiempos cambian, la sociedad se transforma, evoluciona el ser humano, el pensamiento científico, filosófico, social, cultural, político y jurídico, a punto que el ordenamiento necesaria e indefectiblemente debe entenderse y aplicarse en perfecta armonía con la particular naturaleza dinámica de la vida de relación para procurar la simetría de los ciudadanos en el diario vivir, la paz y la justicia cuanto derrotero cardinal de los jueces, más aún tratándose de la responsabilidad, donde “la verdad de ayer no es la de hoy, y ésta, a su turno, deberá ceder su puesto a la de mañana” (XLV, pág. 420).” William Namén Vargas

1. Introducción

Conscientes de la congestión y la mora judicial que sufre nuestra administración de justicia y de la imperiosa necesidad de buscar alternativas más eficaces y rápidas al actual proceso de restitución de inmueble arrendado, nos dimos a la tarea de indagar por la viabilidad de una figura cuya aplicación práctica en ciertos contratos ha sido interpretada con recelo en algunos ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro.

La resolución contractual de pleno derecho es una institución muy poco desarrollada y estudiada en Colombia, por lo general, quien busca disolver un vínculo jurídico de esta índole debe acudir obligatoriamente a la administración de justicia para que el Juez a través de providencia judicial desligue el vínculo. Sin embargo, reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia abre la puerta a la resolución de pleno derecho sin intervención judicial Ex ante; en consecuencia, el espectro de aplicación de esta figura se amplía, tornando lo vedado en posible, tentándonos a plantear su inclusión en contratos donde de corriente no se utilizaría, verbigracia, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, uno de los más utilizados en el devenir social. Así pues, planteamos el siguiente interrogante:

¿Cuán viable es la estipulación de la condición resolutoria de pleno derecho dentro del contrato de arrendamiento de vivienda urbana en Colombia, como alternativa jurídica y práctica al actual proceso de restitución de inmueble arrendado?

En ese orden de ideas, en el presente trabajo trataremos en primer lugar la evolución histórica y la naturaleza jurídica de la condición resolutoria de pleno derecho. Haremos lo propio con el régimen general del contrato de arrendamiento como preámbulo a su modalidad de vivienda urbana. Posteriormente, efectuaremos un estudio de derecho comparado para observar el tratamiento que se le da a la condición resolutoria de pleno derecho en ordenamientos jurídicos foráneos. Luego, analizaremos los argumentos esbozados en la Sentencia del 30 de Agosto de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para establecer sus alcances y sus implicaciones prácticas frente a la condición resolutoria de pleno derecho. Seguidamente, profundizaremos sobre la autonomía de la voluntad privada, uno de los

argumentos principales de la sentencia en mención y por último, expondremos las conclusiones arrojadas por el estudio con base en todo lo desarrollado con anterioridad.

2. Historia y Naturaleza Jurídica de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho

Sea lo primero advertir que nuestra intención ha sido en todo tiempo el estudio histórico de la condición resolutoria de pleno derecho sin embargo, dado que nunca existió ni ha existido un aparte especial en los códigos civiles tendientes a reglamentar esta modalidad de la condición resolutoria, fue preciso seguir el rastro de la primera condición resolutoria de pleno derecho que existió, el Pacto Comisorio Calificado, sin perder de vista que este no es más que una condición resolutoria de pleno derecho limitada al incumplimiento del pago del precio en el contrato de compraventa; es decir, la una es la especie y la otra es el género. Por lo tanto, en lo referente a su evolución histórica lo dicho para la primera es aplicable a la segunda.

En el presente capítulo se analizará en primera medida el origen y la evolución de la condición resolutoria de pleno derecho a través de la historia, evidenciándose los cambios que ha sufrido de una etapa a otra hasta llegar a la actualidad. Posteriormente, se estudiará la introducción y desarrollo de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1 Origen y Desarrollo de la Condición resolutoria de Pleno Derecho

2.1.1 En el Derecho Romano

La condición resolutoria de pleno derecho tiene su origen en el antiguo Derecho Romano. Bien es sabido que en este el contratante cumplido no tenía la posibilidad de pedir la resolución al contratante no cumplido, toda vez que este solo tenía la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato (Sánchez, 1984). Es en respuesta a este vacío cuando aparecen figuras como la “*conductivo causa data causa non escueta*”, la “*condictio ex poenitentia*” y la “*Lex Commissoria*”, cada una para un caso concreto:

“2) La “condictio causa data causa non escueta”, para pedir la resolución del contrato, con devolución de la prestación ya cumplida, cuando el incumplimiento era debido a culpa de la otra parte.

3) La “*condictio ex poenitentia*”, para resolver el contrato independientemente de que hubiera existido culpa en la inexecución del otro contratante.” (Sánchez, 1984)

Por su parte, la *Lex Commissoria* era la estipulación establecida expresamente para la compraventa, por medio de la cual el vendedor se reservaba el derecho de tener por no celebrada la venta si el comprador no pagaba el precio en el tiempo establecido (Panero, 2004); nótese que la definición dada por Panero marca un énfasis en el carácter suspensivo del pacto.

Los principales textos alusivos a la *Lex Commissoria* los encontramos en el Digesto, Libro XVIII, Tit III, cuyo título es “*De Lege Commissoria*” en el que Ulpiano hace algunos apuntes sobre esta figura, como el carácter resolutivo de la misma “*si se hubiese vendido un fundo con el pacto de ley comisoria es mas cierto que la compra se resuelve bajo condición, que no se considere que se celebra bajo condición.*” (Rubio, 1961) Nos alejamos de la definición dada por Panero puesto que da a entender que la naturaleza de la *Lex Commissoria* es la de una condición suspensiva y acogemos la dada por el Ilustre Tratadista Eugéne Petit que va más acorde con el criterio expresado por el sabio Ulpiano:

“Lex Commissoria - Una práctica mucho mas extendida consistía en una convención especial hecha en el momento de la venta, y en virtud de la cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el contrato si el comprador no pagaba el precio en determinado plazo” (Petit, 1980)

La dicotomía planteada por Panero es entendible dada la forma de redacción del digesto y la discrepancia de criterios que existía entre los jurisconsultos que lo escribieron. Sin embargo, en la actualidad la doctrina es unánime al reconocer el carácter resolutivo de lo que hoy es el pacto comisorio en sus modalidades de simple y calificado. Otro de los temas tratados por Ulpiano en el digesto es la facultad discrecional que tiene el vendedor para usarla: “*por que el pacto de ley comisoria que se añade a las ventas, lo utilizará el vendedor si quisiera, no también contra su voluntad (D. 18,3)*”; sobre este punto agrega Ulpiano que una vez elegida una de las opciones no puede el vendedor retractarse:

“inmediatamente que se incurrió en el pacto de la ley comisoria, debe determinar el vendedor si quiere utilizar el pacto o pedir el precio, y que si eligió el pacto de la ley comisoria, después no puede variar”. (D. 18, 3, 4, § 2). (Rubio, 1961)

Paradójicamente y al contrario de lo que podría pensarse, la posibilidad de resolver un contrato de pleno derecho y sin intervención judicial no es una invención del derecho moderno. De hecho esta figura se dio en el derecho romano y era una de las características trascendentales de la Lex Commissoria, bastándole al vendedor manifestarle al comprador la intención de hacer uso de la misma para que la venta se resolviera de pleno derecho con efecto retroactivo. Contrario sensu si el vendedor no entregaba el bien oportunamente, el comprador debía pedir que se le diera su posesión en los estrados judiciales; es así como en principio la Lex Commissoria solo se pactaba en los contratos de compraventa y protegía exclusivamente los intereses del vendedor. (Sánchez R. D., 2005)

2.1.2 Edad Media y Derecho Canónico

En la edad media el derecho canónico, con una marcada tendencia humanística, influyó y permeó en muchas de las instituciones derivadas del derecho romano, modificándolas y muchas veces haciéndolas más equitativas; una de estas instituciones fue por supuesto, la Lex Commissoria.

En el derecho canónico por ejemplo, se consideraba que las distintas obligaciones de un contrato no se asumían solo ante la parte contraria si no también ante Dios, un enunciado que a primera vista parece simple. Sin embargo, era lo que legitimaba la competencia de los Tribunales Eclesiásticos y en muchos casos lo que limitaba la potestad del acreedor. (Sánchez, 1984)

Otro aspecto determinante de la filosofía contractual en el derecho canónico es la connotación que se le daba a la resolución contractual:

“En el derecho canónico, se consideraba como falta a la buena fe reclamar la ejecución de una obligación cuando no se había hecho lo que se debía; la resolución tenía el carácter de un castigo por la mala fe(...)” (Castrillón, 2010)

Bajo el anterior marco ideológico los efectos de la Lex Commissoria fueron matizados, estableciéndose por ejemplo que no era solo potestad del vendedor el uso de la cláusula; ambos contratantes podían esgrimirla, sin embargo, se establecía una especie de requisito tácito

impuesto por la equidad y por la buena fe que consistía en haber cumplido la obligación contraída antes de poder ejercer la resolución.

Otro cambio trascendental que se dio en el derecho canónico fue la necesidad de intervención judicial en la resolución contractual que ya no operaba “ipso jure” como expresa el profesor Sánchez en su obra:

“pero al lado de ese aspecto de fondo, surgió también la cuestión de aplicarlo en la práctica para evitar la anarquía y la inseguridad en materia de contratos. Con ese objeto se exigió por el Derecho canónico que ese desligamiento resolución del contrato no operara automáticamente “ipso jure” en virtud del escueto incumplimiento, como si se tratara de una verdadera condición resolutoria, ni siquiera que dependiera de la sola voluntad unilateral del contratante acreedor, según ocurría con la cláusula de la “lex commissoria” romana, sino que se exigió que cada caso particular se llevara ante el juez” (Sánchez, 1984)

Esta será una de las modificaciones que más repercutirá en la historia de esta figura, generando debates aún ahora entre aquellos que consideran que la intervención judicial es siempre necesaria y quienes consideramos lo contrario, sin necesidad de excluirla. Sin embargo, esta postura hace parte de capítulos posteriores y será analizada en su momento.

Finalmente, puede destacarse otra modificación a la lex commissoria Romana, la cual consiste en que ya no era exclusiva de la compraventa, sino que se extendía a todos los contratos sinalmáticos (Castrillón, 2010)

Luego de las modificaciones realizadas en la edad media, consideramos que se crea una figura diferente a la Lex Commissoria Romana. En este momento es cuando es posible comenzar a hablar de lo que hoy se conoce como pacto comisorio tanto simple como calificado.

2.1.3 Derecho Francés y el Código de Napoleón

Sea lo primero advertir que en este recorrido histórico sobre la Condición resolutoria de Pleno Derecho desde sus orígenes hasta nuestro Código Civil, hemos elegido como siguiente eslabón de la cadena el código de Napoleón. Lo anterior, toda vez que este fue la fuente principal

de donde se basó Don Andrés Bello para la redacción del libro cuarto de su código civil, y por ende también la condición resolutoria. Por esta razón hemos excluido de la cadena el derecho español por considerar, sin restarle mérito alguno, que no tuvo ninguna influencia en la teoría de la Condición resolutoria, puesto que no aportó ningún elemento nuevo a los ya agregados en épocas anteriores; pues bien, es indudable que la legislación española tuvo un gran influjo e importancia en la redacción de los libros dos y tres del código de Bello. Sin embargo, reiteramos que no tuvo mayor influencia sobre la redacción del libro cuarto.

El Código de Napoleón es una de las legislaciones europeas que más ha influido en la formación del derecho civil en América latina. Impregnado de un aura revolucionaria despuntaba como una opción adecuada para las relativamente nuevas repúblicas independientes.

Uno de los grandes méritos del Código de Napoleón fue la unificación del derecho francés. Para ese entonces, el derecho Francés y Francia se encontraban divididos jurídicamente en dos partes; es así como en el sur predominaba el Derecho Romano, denominado escrito, y en el norte se aplicaba mayormente la costumbre imbuida del espíritu germánico. (Ripert & Boulanger, 1988).

Esta unificación indudablemente marcó la naturaleza del Código de Napoleón, siendo las principales fuentes:

1. La costumbre, de donde se tomaron la mayoría de disposiciones concernientes a la capacidad de las mujeres casadas, la potestad marital, comunidad de bienes entre esposo y algunas reglas sobre sucesiones.
2. El derecho Romano de donde se basó para el régimen de la propiedad, las reglas generales de las obligaciones y algunos contratos además de la dote.
3. Ordenanzas reales que se conservaron para la mayoría de los actos del estado civil, las donaciones, testamentos, sustituciones y para la prueba y extinción de la hipoteca.
4. Leyes de la Revolución, regularon principalmente la mayoría de edad, el régimen hipotecario y el matrimonio.

Como fuentes secundarias podemos resaltar, por una parte, el derecho canónico tomado en cuenta para la regulación del matrimonio principalmente, y por otra parte la Jurisprudencia de los antiguos parlamentos, que aportó toda la regulación sobre la ausencia e influyó sobre ciertas partes del derecho Romano. (Ripert & Boulanger, 1988)

Con respecto a esta última anotación consideramos que si bien estas dos fuentes fueron secundarias para la creación del código, fueron determinantes para la concepción de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho. Si evaluamos el recuento histórico hasta este momento recordamos que es en la edad media y bajo el influjo del derecho canónico que se restringe la resolución de pleno derecho que hacía parte de la *lex Commissoria*; esa postura canónica es acogida por el derecho francés, que prohíbe en todos los casos la resolución sin intervención judicial. En ese mismo sentido, la jurisprudencia de los antiguos parlamentos fue fundamental a la hora de interpretar esta figura; podemos afirmar que si la interpretación canónica fue el alma de la Condición resolutoria de Pleno Derecho con intervención judicial, el parlamento francés fue el cuerpo donde esto se materializó, mostrándose contundente frente a este tipo de pactos, es así como el Gran Maestro Pothier nos comenta lo siguiente:

“Supongamos, por ejemplo, que yo os he vendido mi biblioteca pura y simplemente, vos tardáis en pagarme el precio convenido, la inejecución del compromiso que vos habéis contratado de pagarme el precio convenido dará lugar a la extinción de aquel que yo he contratado de entregaros mi biblioteca. Mas esta extinción de mi compromiso no se hará de pleno derecho; no se hará por la sentencia que intervendrá por la citación que yo os hare, para que entendáis declarar que, por no haber retirado a tiempo mi biblioteca y pagado su precio, el contrato deviene nulo. En ese caso queda a discreción del juez el concederos tal plazo que estime justo para que cumpláis vuestra obligación, y transcurrido el mismo ya podre obtener sentencia que pronuncie la rescisión del contrato, y me descargue de mi compromiso.” (Pothier, 2002)

Pothier además de ser un gran catedrático fue juez, igualmente fue el autor francés que más influyó en la creación del código de 1804; sus obras marcan la pauta en muchas instituciones, por lo que es de esperar entonces que el código de Napoleón en los distintos artículos concernientes a la resolución siga el criterio sostenido por Pothier (y Gran parte de los Juristas franceses).

Es así por ejemplo que en materia de resolución contractual Mazeaud considera que existen dos grandes sistemas de resolución por incumplimiento; por una parte el sistema germánico en el cual el acreedor constituye al deudor en mora para cumplir dentro de un plazo razonable. Si finalizado ese plazo el deudor no ha cumplido con su obligación, el demandante tiene la opción de demandar el abono de daños y perjuicios, o considerar resuelto el contrato; esa constitución en mora produce la resolución y en caso que el juez sea llevado a conocer de la misma podrá verificar el incumplimiento.

Por otra parte, encontramos el sistema francés donde la resolución se caracteriza por la intervención de los tribunales y por la libertad de apreciación que le es conferida. Aunque dentro de este sistema existan cláusulas de resolución expresa, los tribunales franceses le dan una interpretación restrictiva, tratando de evitar que la parte fuerte se aproveche de la parte débil. (Sánchez, 1984)

Los criterios expresados por los anteriores autores son plasmados en el Código de Napoleón en el siguiente artículo:

“Artículo 1184: La condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no cumpla su obligación. En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios.

La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias.”(Ley de 21 de marzo de 1804)

El Código Civil Francés no da cabida alguna a la resolución de pleno derecho puesto que es tajante al afirmar que la resolución siempre debe tener intervención judicial. Una de las cláusulas de resolución expresa de las que habla Mazeaud es la concebida en los artículos 1656 y 1657, a los que, como ya se ha dicho, los tribunales franceses dan una interpretación restrictiva.

“Artículo 1656: Si hubiera sido estipulado en el momento de la venta de inmuebles, que, a falta de pago del precio en el plazo convenido, la venta fuera resuelta de pleno derecho, el comprador podrá no obstante pagar después de la expiración del plazo, siempre que no se hubiera

constituido en mora por un requerimiento; pero, después de este requerimiento, el juez no podrá concederle ese plazo.

Artículo 1657: En materia de venta de productos y efectos mobiliarios, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento, en beneficio del vendedor, después de la expiración del plazo convenido para la recepción”.(Ley de 21 de marzo de 1804).

Finalmente, debemos resaltar el aporte principal del derecho francés en lo concerniente a la cláusula resolutoria, y es el de incluirla tácitamente en todos los contratos sinalagmáticos perfectos; esta, ya no debía estipularse expresamente como sucedía con anterioridad sino que se entendía pactada. Al respecto dice Jossierand citado por Rosa Sánchez Barragán:

“JOSSERAND, nos dice que en el antiguo derecho francés la lex commisoraria fue usándose de manera generalizada, hasta el punto que la cláusula comisoraria se convirtió en cláusula de estilo y el derecho consuetudinario terminó por sobreentenderla en todos los contratos sinalagmáticos: aún cuando las partes no se hubieran explicado al respecto, la inejecución por una de ellas llevaba consigo la Resolución del contrato; la condición resolutoria, de expresa que debía ser en Roma, se había convertido en tácita; se la sobreentendía.”(Sánchez R. D., 2005)

2.1.4 Chile y el Código De Bello

Habiendo analizado ya la posición francesa el paso lógico siguiente es el derecho Chileno y el Código Civil de Bello, puesto que no es un secreto que el derecho francés repercutió directamente en la creación de parte de este.

Andrés Bello fue una de las figuras más determinantes en el movimiento codificador en América Latina, prueba de ello es que su código influyó de una forma u otra en los demás países latinoamericanos, de forma directa, siendo adoptado casi en su totalidad como en los casos de Nicaragua, Ecuador y Colombia, o de forma parcial en otros códigos como el Mexicano, Argentino y el Uruguayo. (Castilla, 1987)

Don Andrés Bello empezó a trabajar privadamente en la elaboración de un Código Civil, llamando la atención del congreso de Chile, quien en 1840 creó una comisión para que conjuntamente con Bello redactara el Código Civil Chileno. Sin embargo, la comisión fue

disuelta sin haber alcanzado el fin establecido, por lo que Andrés Bello continuó solo tan ardua empresa logrando presentarla concluida en 1852, siendo aprobada por el Congreso de Chile en 1855 y entrando en vigencia el primero de enero de 1857 (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011).

Ahora bien ¿Cuáles fueron las fuentes que sirvieron de inspiración a Bello para la creación de su código? Sea lo primero advertir que es un error creer que el Código de Bello es una copia de otros Códigos Civiles, puesto que se reduce la obra a una especie de quimera jurídica desprovista de toda genialidad. Al respecto, y en mejores palabras, se expresa el Dr. José Manuel Arias Carrizosa, Ministro de Justicia colombiano en 1987, en el marco del Simposio Internacional de Derecho Civil Organizado por el Ministerio de Justicia y la Superintendencia de Notariado y Registro, en honor a los 100 años del Código Civil Colombiano:

“No es el Código de Bello, como algunos lo afirman tan equivocadamente, copia servil de ordenamiento legal alguno. Las vertientes de que se nutre son las más variadas y reflejan la formación humanista de su autor, que le imprime caracteres de originalidad y relieve a su mérito dentro de la legislación universal. Es desde luego la asimilación de instituciones romanas que Bello conocía bien como sabio romanista que era; manejaba con ductilidad el “Corpus Juris Civilis”, las pandectas o digesto que constituyen la parte más importante del Derecho de Justiniano. Pero hay también clara influencia hispánica que corresponde al dominio que Bello tenía del Derecho Indiano del que en buena parte proviene el lenguaje arcaico que en algunas normas se echa de ver. De ahí que se haya llegado a decir, tal vez con justicia que “el caudal jurídico del Código es el Antiguo Derecho Español”. También el Derecho Germánico tiene influencia en las instituciones concebidas por Bello; particularmente las tomadas de las expuestas por Savigny, que deja su nota, especialmente en lo referente al desarrollo, al principio y al fin de las personas y a la teoría general sobre la posesión. Valga lo dicho para destacar que no es verdad, como suele decirse con superficialidad, que su obra sea calcada del Código de Napoleón, esto sin desconocer la obvia influencia francesa que hay en el Código, particularmente la que proviene de obras como la de Pothier. Es obvio, entonces, que Bello no creó un sistema jurídico original pero que la obra es de autenticidad excepcional, reflejando la personalidad de su autor, que no tiene parangón en las Legislaciones Americanas.”(Carrizosa, 1987)

Hemos reproducido in extenso las palabras del ministro por considerarlas sumamente esclarecedoras a la hora de revisar y analizar las fuentes del Código de Bello. Sin embargo, en aras de una mayor precisión procederemos a mencionar específicamente que influencia tuvieron en particular cada una de las corrientes mencionadas en el trabajo de Bello:

a) Libro Primero - De las Personas: La corriente Germana tuvo influencia en la elaboración de este libro, en lo concerniente a la doctrina del domicilio, el principio y fin de la personalidad humana, y lo concerniente a las personas jurídicas. Sin embargo, se puede apreciar un leve influjo romano y español en lo tocante al matrimonio y las guardas.

b) Libro Segundo - De los Bienes: La doctrina general de este libro fue extractada directamente del Derecho Romano, Germánico y Español y mínimamente del Derecho Francés y algunos estados italianos.

c) Libro Tercero - Sucesión por Causa de Muerte: Las ideas esenciales de este libro son tomadas del Código de Prusia, del de Austria y las instituciones Romanas y las antiguas leyes Españolas.

d) Libro Cuarto - Obligaciones y Contratos: Es el único libro donde predomina la corriente francesa, sobre todo la obra de Pothier y el Código de Napoleón, de las que se valió Bello para la teoría general de las obligaciones y la mayoría de los contratos. Sin embargo, puede encontrarse algún influjo romano y germánico en instituciones como la hipoteca, las capitulaciones matrimoniales, el sistema general de registro, entre otras. (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011, pp. 44-46)

Luego de haber precisado la incidencia de cada uno de los diferentes derechos en la creación de los libros del código Civil de Bello, y habiendo reconocido al derecho francés como la fuente principal del libro cuarto, continuaremos con el estudio de la condición resolutoria de pleno derecho a lo largo de la historia.

En el Código de Bello como en sus predecesores no se encuentra ningún artículo que regule el tema; sin embargo, tampoco se encuentra una prohibición expresa, por el contrario, los artículos referentes al pacto comisorio redactados por Bello inspirados en el artículo 1656 del Código Civil Francés (Lira, 1981), parecen permitirlo tácitamente.

“Art. 1877. Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse.

Art. 1879. Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.”
(Código Civil Chileno, Ley de 14 de diciembre de 1855)

Incluso se plantea la posibilidad de resolver de pleno derecho el contrato de arrendamiento en el artículo 1977.

“Art. 1977. La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días.” (Código Civil Chileno, Ley de 14 de diciembre de 1855)

Finalmente, frente a estas evidencias puede concluirse que la interpretación que tiene la condición resolutoria de pleno derecho en el Código Civil Chileno es más amplia y flexible que la planteada en el derecho francés; incluso, no es descabellado decir que resultó innovador que en 1855 Andrés Bello consagrara la resolución de pleno derecho para el contrato de arrendamiento cuando por ejemplo en España una disposición similar no se adoptó sino hasta 1994.

2.2 Introducción De La Figura En Colombia.

Nuestro Código Civil es casi en su totalidad una copia fiel del Código Civil Chileno. Fue adoptado por primera vez en la Nueva Granda, por el Estado de Santander, que sancionó la ley el 18 de octubre de 1858, seguido del Estado de Cundinamarca, que hizo lo propio el 8 de enero de 1859; años después cuando se erigió la República unitaria, el Código Civil de la Unión de 1873,

una versión bastante próxima al original del señor Bello, fue adoptado para toda la Nación. Luego de la abolición de la Constitución Federal de 1863 y configurada la República unitaria y centralista de Colombia por la Constitución de 1886, fue expedida en el año siguiente por el llamado Consejo Nacional Legislativo la Ley 57 de 1887 por medio de la cual se adopta el Código Civil de la Unión (Hinestrosa), que sería el mismo Código diseñado por Bello con algunas modificaciones con respecto al matrimonio y al divorcio entre otras; modificaciones que no entraremos a estudiar por no ser el tema del presente trabajo.

Con relación a la condición resolutoria de pleno derecho, es aplicable todo lo que se dijo con anterioridad sobre el Código Civil Chileno, puesto que las disposiciones sobre condición resolutoria ordinaria y de pleno derecho son iguales y no han sufrido grandes cambios, por lo que el desarrollo es limitado, veamos:

“ARTICULO 1935. CONCEPTO DE PACTO COMISORIO Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta, y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse.

ARTICULO 1937. PACTO COMISORIO CON EFECTOS DE RESOLUCION IPSO FACTO. Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.” (Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887)

Sin embargo y a modo de conclusión, es importante mencionar que el artículo 2035 del Código Civil Colombiano que correspondía al artículo 1977 del Código Civil Chileno citado con anterioridad, fue derogado por la Ley 820 de 2003, lo que en principio daría luces sobre una interpretación un poco más restrictiva que la planteada en Chile donde actualmente la norma aun se encuentra vigente. Pues bien, luego de este recorrido histórico es posible comprender de mejor manera la naturaleza de la condición resolutoria, su finalidad y la forma en cómo ha sido interpretada a lo largo del tiempo, lo que contribuirá en gran medida al análisis de esta figura en la actualidad.

3. Historia y Naturaleza Jurídica del contrato de arrendamiento

3.1 Edad Antigua - Derecho Romano

No podríamos analizar institución jurídica alguna sin antes remontarnos a su origen y desarrollo en el derecho romano. En ese sentido, podemos comenzar nuestro estudio afirmando que en Roma el contrato de arrendamiento se clasificaba dentro de los simplemente consensuales, ubicándose al lado de la compraventa, la sociedad y el mandato.

“El arrendamiento es un contrato por el cual una persona se compromete con otra a procurarle el goce temporal de una cosa, o a ejecutar por ella cierto trabajo, mediante una remuneración en dinero, llamada merces. El que se obliga a suministrar la cosa o trabajo es el locator; hace una locatio y tiene contra la otra parte la acción locati o ex locato. El que debe el precio de alquiler, o merces, toma el nombre de conductor; hace una conductio y puede ejercitar contra el locator la acción conducti o ex conducto. (Petit, 1999, p. 372)”

Otra definición que nos ayuda a ilustrar el tema en comento es la consagrada en el libro Lecciones de Derecho Romano del profesor Carlos Medellín:

“El arrendamiento, que en el derecho romano se denominó locatio conductio, era un contrato simplemente consensual, sinalagmático perfecto, oneroso y de buena fe, por medio del cual una persona se obligaba a conceder a otra el disfrute temporal de una cosa, o a prestarle un servicio determinado, o a ejecutarle una obra material, mediante una remuneración convenida en dinero y denominada merces. (Medellín, 2009, p. 303)”

Sin embargo, el contrato de arrendamiento no siempre se constituyó en una institución jurídica propia. *“Al contrario, en el antiguo Derecho Romano el arrendamiento era confundido con la compraventa. La idea de los romanos era derivar de la compraventa una serie de contratos que a la postre fueron adquiriendo vida propia.”* (Sáenz, Cabrera & Leal, 2008, p. 7)

Por lo tanto, se entendía al contrato de arrendamiento como una compraventa, con la diferencia de que el objeto del mismo se entregaba por un lapso determinado. De esta forma se concibió por mucho tiempo y cambió principalmente por el desarrollo comercial y las conquistas, así como la necesidad de albergue y de vivienda de los sectores más desfavorecidos económicamente.

Las actuales denominaciones de arrendador y arrendatario se conocían como *locutor* y *conductor*, y existían a su vez diversos tipos de esta clase de negocio jurídico que hacían referencia al arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*), arrendamiento de obra (*locatio operis*), arrendamiento de cosas (*locatio rei* o *rerum*), arrendamiento de pesca en una determinada región, cuya renta percibía el Estado (*locatio conductio piscatus*) y arrendamiento sobre bienes de corporaciones públicas, comunidades religiosas y, en ocasiones, sobre tierras del Estado (*locatio conductio agri vectigalis*).

En ese orden de ideas, explicaremos con mayor detalle los tres tipos contractuales principales que se agrupan bajo la *locatio conductio*:

- “*La locatio conductio rei se entendía como un contrato en virtud del cual el locator entregaba al conductor mediante remuneración, una cosa para que la usara o para que la usara y disfrutara. En ese orden de ideas, al conductor le correspondía la actio conducti para obtener la entrega de la cosa arrendada y su uso o uso y disfrute, y el locator disponía de la actio locati para exigir la merces.*”
- *La locatio conductio operarum fue un contrato en virtud del cual una persona se obligaba a realizar frente a otra ciertos servicios, mediante remuneración. El conductor disponía de la actio conducti para exigir que el trabajo contratado se realizara cuidadosamente y según sus instrucciones. El locator estaba obligado a ejecutar el trabajo, y le correspondía la actio locati para exigir la merces, aunque no se hubiera hecho uso de sus servicios.*
- *En la locatio conductio operis, en cambio, era el locator quien pagaba la merces por la obra. No se trataba de cantidades de trabajo, sino de una obra encargada, que el conductor debía entregar terminada, sobre una cosa que el locator había puesto en sus manos con este fin. La persona que encargaba la obra disponía de la actio locati y con ella podía exigir la entrega de la cosa concluida o reformada. El ejecutor de la obra tenía a su favor la actio conducti para exigir el precio convenido”. (Solé, J. 1996)*

Ahora bien, refiriéndonos específicamente a los efectos de este contrato en cuanto al arrendamiento de cosas, por ser bilateral y sinalagmático perfecto “*generaba desde su perfección misma obligaciones recíprocas a cargo del locator y del conductor. Las primeras se hacían*

efectivas por medio de la acción llamada conducti, y las segundas por la acción denominada locati.”(Medellín, 2009, p. 304).

Finalmente es necesario resaltar un punto de suprema importancia como es la terminación de la *"locatio rerum"* en el derecho romano, la cual se daba primordialmente por diferentes causas:

“1. La expiración del tiempo convenido. La duración ordinaria del arriendo de un fundo rústico entre los romanos era de cinco años. Si, al cabo del tiempo fijado, el arrendatario continúa gozando de la cosa arrendada, sin oposición del arrendador, se forma un nuevo arriendo por el acuerdo tácito de las partes, a condición de que el arrendador sea siempre capaz. Se dice que entonces hay tácita reconducción. El contrato es valedero por un año si se trata del arriendo de un fundo de tierra, y puede renovarse. 2. La pérdida de la cosa arrendada. 3. El mutuo desistimiento, es decir, el acuerdo de las partes para resolver el contrato. 4. La anulación obtenida por el arrendador. Tiene derecho a hacer cesar el arriendo cuando el arrendatario abusa del disfrute, o queda dos años sin pagar la merces, y cuando quiere recuperar la casa arrendada para habitarla el mismo”. (Petit, 1999, p. 375)

3.2 Edad Media

Durante la edad media, el arrendamiento *“tiende a la perpetuidad, quedando embebido en la enfiteusis y otras figuras agrarias afines, de naturaleza real y alejadas de la locación pura del Derecho Romano.*”(Enciclopedia Jurídica, 2013)

“El autarquismo económico que vivió la Europa de la Edad Media, junto con el manejo de la tierra y la creación de instituciones como el feudalismo, impidió en los siglos posteriores al VIII un verdadero avance en las concepciones del contrato de arrendamiento. (...) la situación del latifundista tiende a parecerse a la de un rentista del suelo, la mayoría de los siervos liberados se convertían en colonos que poseían el suelo a cambio de un censo casi siempre hereditario, dando lugar a un arrendamiento a plazos: además de esto los contratos de aparcería o el arriendo de tierras, pagadero con frutos, se empezaron a practicar también en forma amplia. (...) En síntesis, el sistema feudal se caracterizó por la perpetuidad de las relaciones entre el propietario y el terrazguero - terrazgos o arrendamientos enfiteúticos -, perpetuidad que le confería al explotador el dominio útil; es decir, un derecho real directo sobre la cosa. Con la

declinación del feudalismo, se desarrollan algunos arrendamientos que no creaban sino relaciones temporales - arrendamientos que se practicaban desde el siglo XII por los grandes monasterios -; los propietarios no buscaban ya en la concesión de tierras una influencia política, sino el provecho de los alquileres y de las rentas. Sin embargo, los terrazgos perpetuos subsistieron hasta la Revolución Francesa, que hizo que desaparecieran al darle la tierra a los terrazgueros.” (Orjuela, C. 2000)

En virtud de lo anterior, podemos destacar que el desarrollo de la figura del contrato de arrendamiento durante la edad media no tuvo mayor avance. De hecho, el dinamismo contractual que caracterizó al derecho romano sufrió un estancamiento durante este período histórico puesto que lo predominante pasó a ser la perpetuidad en las relaciones entre el propietario de la tierra, que podía ser el señor feudal o en algunos casos la iglesia y el terrazguero o siervo, que no pagaba ya en dinero la *merces* romana sino con parte del producto efectivamente cosechado por él. No fue sino hasta la modernidad y entrada la revolución francesa que vuelven a despertarse las relaciones comerciales y por lo tanto contractuales, toda vez que el siervo se convierte en dueño del latifundio que antes solamente usufructuaba.

3.3 Edad Moderna

Para explicar el desarrollo del contrato de arrendamiento en este período histórico, nos apoyaremos en la investigación de Claudia Marcela Orjuela Pataquiva citada precedentemente, toda vez que esta explica de forma breve y concisa, su tratamiento en el antiguo derecho francés, el derecho español, y finalmente, sus inicios en el ordenamiento jurídico colombiano.

Nos comenta que el antiguo derecho francés distinguió entre los arrendamientos enfitéuticos y terrazgos perpetuos, *“que originaban a favor del arrendatario o terrazguero, un derecho real oponible al adquiriente, transmisible y susceptible de hipoteca”* de los arrendamientos ordinarios *“que no creaban sino derechos personales”*. Por otra parte y al igual que en el Derecho Romano, quien compraba un bien arrendado no estaba obligado a respetar un arrendamiento ordinario, a menos que se pactara lo contrario y esto quedara inserto en el documento del contrato. Con el paso del tiempo estas cláusulas se multiplicaron, *“el arrendador se comprometía a obligar al adquiriente, en caso de compraventa, al mantenimiento del arrendamiento, y no dejaba de cumplir con su compromiso para que no se le exigiera su*

responsabilidad.” Por lo anterior, el arrendamiento le otorgaba al arrendatario mayor estabilidad y el arrendador exigía como contraprestación una renta más elevada.

Pues bien, los revolucionarios franceses y redactores del Código Civil Francés condenaron la perpetuidad de esta clase de contratos, así como prohibieron esto mismo para el arrendamiento de servicios *“por un temor del retorno de las reglas feudales”*. En aras de proteger la agricultura, la Asamblea Constituyente de Francia le brindó mayor estabilidad al arrendamiento rural *“al prohibir la rescisión de los arrendamientos de menos de 6 años en caso de adquisición por un tercero del fundo arrendado”*. Por su parte, de contar este con más del tiempo permitido, el adquirente podía rescindirlo si cumplía con las siguientes condiciones: cultivar por sí mismo, prevenir al arrendatario al menos con un año de anticipación y resarcirlo.

Finalmente cabe resaltar el artículo 1743 del Código Civil Francés, en cuanto protegía al arrendatario rústico o inquilino, en el sentido de que no podía ser este desahuciado por el adquirente si era titular de un arrendamiento que tuviese fecha cierta *“a menos que el arrendador se hubiere reservado ese derecho en su arrendamiento”*. En ese orden de ideas podemos concluir con base en lo comentado sobre el antiguo Derecho Francés, que si bien mostró un avance con relación al derecho medieval, siguió protegiendo los arrendamientos enfiteúticos dejando de presente su importancia frente a los ordinarios.

Ahora bien, nos comenta la autora que *“analizando las leyes españolas, éstas distinguieron entre arrendamiento, flete y alquiler, aplicados respectivamente, al pago por uso de heredad, al transporte y al uso de cualquier otra cosa.”* Así mismo, existían normas para establecer el precio según la clase de los bienes, que podían aumentar o disminuir *“de acuerdo con el rendimiento de los frutos, admitiendo inclusive la pérdida del precio para el dueño de la cosa o para el arrendatario por considerarse que resultaba justo que si éste perdía, igual suerte corriera el locador”*. Las obligaciones de arrendador y arrendatario se entendían principalmente como la facilidad de uso para el primero y el pago del canon y cuidado del bien para el último, reconociéndose el derecho de retención para seguridad en el pago.

Con relación a la terminación del contrato, se consideraba que sucedía al expirar el tiempo pactado, pero cabía la renovación expresa o tácita. Por esta última *“se gozaba de la cosa por un año más, si expirado el plazo primitivo el arrendador permanecía por tres (3) días, al*

mismo precio. Si era casa, la renovación se extendía solo por el tiempo que la habitara el arrendatario.” Si sobrevénia la terminación del contrato por mandato de sentencia “el arrendatario debía indemnizar y, a menos de pacto en contrario, no se reconocían mejoras que valieran más que el arrendamiento.” Por su parte la muerte del arrendador no era causa de terminación del contrato toda vez que este lo debían continuar sus herederos.

Pues bien, se permitía la venta del bien arrendado, *“pudiendo ser arrojado de la cosa el arrendatario antes de concluirse el tiempo, quedando obligado el dueño a pagarle el precio del tiempo que faltare y los perjuicios causados”*. Por otra parte, la inminencia de efectuar obra para impedir la ruina, castigar el mal uso del bien, o cuando el arrendador por no tener otro o quedar impedido de continuar habitando en donde hasta entonces lo hacía y finalmente, por razón del establecimiento del hijo que contraía matrimonio o se volvía caballero *“autorizaba la terminación del contrato”*. Finalmente, podemos mencionar que existía también el censo como el *“derecho de percibir la pensión, rédito anual por traslación de dominio de alguna cosa a favor del obligado a pagar tal rédito, el cual podía ser enfitéutico, reservativo y consignativo”*.

Podemos llegar a la conclusión de que la naturaleza de esta clase de contrato en España era de marcada influencia romanista; lo anterior, debido a que en *“Castilla se había propagado la jurisprudencia romana trasladada con todas sus formalidades y sutilezas a la tercera partida.”* Este influjo se acentuó en lo concerniente a la propiedad, lo que sirvió para brindarle movilidad en contra del estancamiento perpetuo en cabeza de la misma persona, a pesar de que los efectos fueran limitados. Las anteriores son *“razones históricas que permitieron la implantación del sistema de Bello, el cual, como sabemos, apuntado sobre el francés y apoyado en el Derecho Romano, no creaba incompatibilidad entre sí.”*

Por último, podemos destacar que el Código Civil de 1873 introdujo cambios al sistema legal español y de las Indias, siendo sus pilares *“la autonomía y el dominio privado sobre las cosas cuyos bienes datan de los burgueses y comerciantes que regresaron al pasado romano para justificar las normas reguladoras de sus relaciones.”*

3.4 Edad Contemporánea – Colombia

3.4.1 Contrato de Arrendamiento de Cosas en el Código Civil

Para efectos de la presente investigación, específicamente en el marco histórico que nos encontramos desarrollando, trataremos lo concerniente a la evolución del contrato de arrendamiento en la edad contemporánea en principio, teniendo en cuenta la regulación de este en nuestro Código Civil, el cual tiene como materia primigenita el Código Civil Chileno.

Claro está, como es natural se han introducido desde su adopción hasta el día de hoy vastas reformas al Código Civil original bien sea por Ley o Decretos constitucionalmente dotados de fuerza Legal, así como por la vía de la Jurisprudencia. Una de estas modificaciones fue propugnada por la Ley 56 de 1985, diciendo estar *“inspirada en principios de equidad y ante la necesidad de armonizar el ejercicio del derecho a la propiedad y su utilización con el interés social”* por lo que reguló *“los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda y a determinar el valor del canon respectivo y sus ajustes”*. Posteriormente, fue la Ley 820 de 2003 la que modificó el régimen del contrato de arrendamiento de vivienda urbana y lo sigue regulando hasta nuestros días.

Antes de ser regulado por la Ley 820 de 2003, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana en nuestro país se encontraba reglamentado por el Código Civil de 1887, así como por la ley 56 de 1985, la cual se mencionó precedentemente. En ese sentido, es preciso analizar esta clase de contrato de arrendamiento a la luz de tal normatividad, puesto que no podemos dejar de resaltar la importancia jurídica del mismo; lo anterior, toda vez que este sienta las bases para lo que a la postre ha sido toda una teoría jurídica completa en torno a este tipo contractual.

Pues bien, el capítulo I del título XXVI del Código Civil regula todo lo referente al arrendamiento de cosas de los artículos 1974 al 1981. Por su parte, el segundo capítulo trata de las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas y va de los artículos 1982 al 1995. A su vez, el capítulo III reglamenta las obligaciones del arrendatario en el arrendamiento de cosas de los artículos 1996 al 2007.

Por otro lado, el cuarto capítulo trata de la expiración del arrendamiento de cosas de los artículos 2008 al 2027. El capítulo V hace referencia a las reglas particulares al arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios de los artículos 2028 al 2035. El sexto capítulo trata de las reglas particulares, relativas al arrendamiento de predios rústicos de los artículos 2036 al 2044; mientras que del 2045 al 2052 se encuentran subrogados por los artículos 22 y siguientes del

Código Sustantivo del Trabajo y correspondían al capítulo VII sobre arrendamiento de criados domésticos.

Así mismo, el capítulo VIII trata sobre los contratos para la confección de una obra material de los artículos 2053 al 2062. El capítulo IX que va de los artículos 2063 al 2069 trata sobre el arrendamiento de servicios inmateriales y finalmente, el capítulo X trata sobre el arrendamiento de transporte de los artículos 2070 al 2078.

El artículo 1974 del Código Civil que trata de las cosas susceptibles de arrendamiento establece que *“Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorpóreas, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso. Puede arrendarse aún la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción.”*(Ley 57 de 1887).

Por su parte, el artículo 1975 trata sobre el precio del contrato de arrendamiento de cosas y preceptúa lo siguiente: *“El precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha. Llámase renta cuando se paga periódicamente.”*El artículo 1976 establece que *“el precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta.”*(Ley 57 de 1887)

A partir del artículo 1973 del Código Civil, podemos determinar que el contrato de arrendamiento es un acuerdo bilateral en donde se generan obligaciones recíprocas. Una de ellas consiste en ejecutar una obra, prestar un servicio o conceder el goce de un bien; mientras que la otra consiste en pagar un precio determinado por esa obra, servicio o goce.

En ese orden de ideas, podemos destacar las siguientes como características del contrato de arrendamiento:

- *Es un contrato bilateral por cuanto establece obligaciones para cada una de las partes. Para el arrendador su obligación principal es la de entregar al arrendatario el bien objeto de arrendamiento; mientras que la obligación principal para el arrendatario es la de conservar la cosa en el estado en que la recibió, pagar el precio estipulado dentro del contrato de arrendamiento y entregar la cosa a la terminación de dicho contrato.*

- *Es conmutativo ya que cada una de las partes tiene la obligación de dar, hacer o no hacer algo, que es equivalente a lo que la otra parte deba dar, hacer o no hacer.*
- *Igualmente es solemne, debido a que para que tenga validez debe cumplir con ciertos requisitos o formalidades especiales, a falta de ellas, el contrato no tiene validez civil.*
- *Es de ejecución sucesiva ya que presume una serie escalonada de obligaciones debido a que estas no pueden cumplirse en un solo acto. El arrendatario adquiere la obligación de pagar un canon de acuerdo a los periodos que comprendan el arrendamiento.*
- *El contrato de arrendamiento es oneroso debido a que existe una utilidad o beneficio para cada uno de los dos contratantes, igualmente sufren un gravamen ambas partes.*

(Durán, J. 2009)

Finalmente podemos concluir que el Sistema del Código Civil para el contrato que nos ocupa, *“comprende el señalamiento de un régimen particular para el contrato sobre cosas, criados domésticos, obra material, servicios inmateriales y de transporte”* con el paso del tiempo *“el contrato de arrendamiento de transporte y los relativos a criados domésticos, se rigen por estatutos especiales, saliéndose así del Código Civil.”* En ese sentido, la normatividad que nos encontramos desarrollando indica las normas especiales del contrato de arrendamiento de cosas, cuando el objeto sea *“casas, almacenes y otros edificios.”*

Por último, cabe resaltar que *“históricamente, el ordenamiento Civil Colombiano se ha encontrado, salvo algunas excepciones, inscrito dentro del principio de autonomía de la voluntad, con sus limitaciones del orden público y las buenas costumbres”* en ese orden de ideas, *la renta se establecía en la misma forma que en los contratos de compraventa, es decir, “por las partes, o por un tercero”.*(Orjuela, C. 2000)

3.4.2 Ley 820 de 2003

La normatividad vigente que regula el contrato de arrendamiento de vivienda urbana en nuestro país es la Ley 820 de 2003, la cual tiene por objeto *“fijar los criterios que deben servir de base para regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda, en desarrollo de los derechos de los colombianos a una vivienda digna y a la propiedad con función social.”*

Una característica importante de esta Ley que es preciso resaltar consiste en la naturaleza jurídica de sus artículos, toda vez que a pesar de tratarse de un tema sensible para la sociedad, el legislador no determinó que todas sus normas fueran de orden público, sino que limitó esto a algunos asuntos específicos, tales como las normas procedimentales, el pago por consignación, el valor máximo de la renta, las indemnizaciones por terminación unilateral, algunas disposiciones sobre servicios públicos, y las prohibiciones de depósitos y cauciones, dándole a los contratantes un amplio margen de estipulación.

“En efecto, esta Ley no solo reguló el contrato de arrendamiento de vivienda urbana sino que dictó otras disposiciones, entre ellas algunas de tipo procesal, aplicables por supuesto a todos los procesos de restitución inmueble arrendado, indistintamente de la destinación del bien objeto del arrendamiento, las cuales, al ser de derecho y orden público, son de obligatorio cumplimiento, por disposición expresa de su artículo 43 y el 6° del C. de P. Civil.” (Sentencia de 19 de Febrero de 2009, Referencia. Exp. T. No. 25000 22 13 000 2008 00294 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena)

El artículo segundo de la Ley 820 de 2003 define lo que debe entenderse por contrato de arrendamiento de vivienda urbana como *“aquel por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de un inmueble urbano destinado a vivienda, total o parcialmente, y la otra a pagar por este goce un precio determinado.”* El precio es un elemento esencial de este tipo contractual, por lo que omitirlo trae como consecuencia que se genere otro contrato diferente como el comodato o préstamo de uso.

Así mismo, este artículo trae otras definiciones, las cuales son necesarias para este tipo contractual y mencionaremos a continuación:

- *a) Servicios, cosas o usos conexos. Se entienden como servicios, cosas o usos conexos, los servicios públicos domiciliarios y todos los demás inherentes al goce del inmueble y a la satisfacción de las necesidades propias de la habitación en el mismo;*
- *b) Servicios, cosas o usos adicionales. Se entienden como servicios, cosas o usos adicionales los suministrados eventualmente por el arrendador no inherentes al goce del inmueble. En el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, las partes podrán pactar la inclusión o no de servicios, cosas o usos adicionales. En ningún caso, el precio del*

arrendamiento de servicios, cosas o usos adicionales podrá exceder de un cincuenta por ciento (50%) del precio del arrendamiento del respectivo inmueble.

Ahora bien, las partes o sujetos dentro del presente contrato son dos; el arrendador, que tiene como obligaciones las consagradas en el artículo 8° de la mencionada Ley, es decir:

- *1. Entregar al arrendatario en la fecha convenida, o en el momento de la celebración del contrato, el inmueble dado en arrendamiento en buen estado de servicio, seguridad y sanidad y poner a su disposición los servicios, cosas o usos conexos y los adicionales convenidos.*
- *2. Mantener en el inmueble los servicios, las cosas y los usos conexos y adicionales en buen estado de servir para el fin convenido en el contrato.*
- *3. Cuando el contrato de arrendamiento de vivienda urbana conste por escrito, el arrendador deberá suministrar tanto al arrendatario como al codeudor, cuando sea el caso, copia del mismo con firmas originales. Esta obligación deberá ser satisfecha en el plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la fecha de celebración del contrato.*
- *4. Cuando se trate de viviendas sometidas a régimen de propiedad horizontal, el arrendador deberá entregar al arrendatario una copia de la parte normativa del mismo. En el caso de vivienda compartida, el arrendador tiene además, la obligación de mantener en adecuadas condiciones de funcionamiento, de seguridad y de sanidad las zonas o servicios de uso común y de efectuar por su cuenta las reparaciones y sustituciones necesarias, cuando no sean atribuibles a los arrendatarios, y de garantizar el mantenimiento del orden interno de la vivienda;*
- *5. Las demás obligaciones consagradas para los arrendadores en el Capítulo II, Título XXVI, Libro 4 del Código Civil.*

Por otra parte, el arrendatario encuentra sus obligaciones en el artículo 9° de la mencionada normatividad:

- *1. Pagar el precio del arrendamiento dentro del plazo estipulado en el contrato, en el inmueble arrendado o en el lugar convenido.*
- *2. Cuidar el inmueble y las cosas recibidas en arrendamiento. En caso de daños o deterioros distintos a los derivados del uso normal o de la acción del tiempo y que fueren*

imputables al mal uso del inmueble o a su propia culpa, efectuar oportunamente y por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias.

- *3. Pagar a tiempo los servicios, cosas o usos conexos y adicionales, así como las expensas comunes en los casos en que haya lugar, de conformidad con lo establecido en el contrato.*
- *4. Cumplir las normas consagradas en los reglamentos de propiedad horizontal y las que expida el gobierno en protección de los derechos de todos los vecinos. En caso de vivienda compartida y de pensión, el arrendatario está obligado además a cuidar las zonas y servicios de uso común y a efectuar por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias, cuando sean atribuibles a su propia culpa o, a la de sus dependientes, y*
- *5. Las demás obligaciones consagradas para los arrendatarios en el Capítulo III, Título XXVI, libro 4 del Código Civil.*

El contrato de arrendamiento por ser consensual, puede ser verbal o escrito; sin embargo, las partes deben ponerse de acuerdo al menos acerca de los siguientes puntos, en virtud de lo ordenado por el artículo 3° que trata sobre la forma del contrato.

- *a) Nombre e identificación de los contratantes;*
- *b) Identificación del inmueble objeto del contrato;*
- *c) Identificación de la parte del inmueble que se arrienda, cuando sea del caso, así como de las zonas y los servicios compartidos con los demás ocupantes del inmueble;*
- *d) Precio y forma de pago;*
- *e) Relación de los servicios, cosas o usos conexos y adicionales;*
- *f) Término de duración del contrato;*
- *g) Designación de la parte contratante a cuyo cargo esté el pago de los servicios públicos del inmueble objeto del contrato.*

El artículo 4° de la Ley 820 de 2003 nos indica que el contrato de arrendamiento de vivienda urbana se clasifica en cuatro clases, dependiendo del número de personas que integren el contrato o de la parte del inmueble que se va a arrendar.

- *a) Individual. Siempre que una o varias personas naturales reciban para su albergue o el de su familia, o el de terceros, cuando se trate de personas jurídicas, un inmueble con o sin servicios, cosas o usos adicionales;*
- *b) Mancomunado. Cuando dos o más personas naturales reciben el goce de un inmueble o parte de él y se comprometen solidariamente al pago de su precio*
- *c) Compartido. Cuando verse sobre el goce de una parte no independiente del inmueble que se arrienda, sobre el que se comparte el goce del resto del inmueble o parte de él con el arrendador o con otros arrendatarios;*
- *d) De pensión. Cuando verse sobre parte de un inmueble que no sea independiente, e incluya necesariamente servicios, cosas o usos adicionales y se pacte por un término inferior a un (1) año. En este caso, el contrato podrá darse por terminado antes del vencimiento del plazo por cualquiera de las partes previo aviso de diez (10) días, sin indemnización alguna.*

Con relación a la fijación del precio, el artículo 18 indica que *“El precio mensual del arrendamiento será fijado por las partes en moneda legal pero no podrá exceder el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo.”*

Por último, cabe mencionar que la ley 820 de 2003 en su capítulo VII trata lo relacionado con la terminación del contrato de arrendamiento, la cual puede darse por mutuo acuerdo (Artículo 21), por parte del arrendador (Artículo 22 y 23) o por parte del arrendatario (Artículo 24 y 25).

Finalmente, nos gustaría terminar este capítulo mencionando los antecedentes que conllevaron a la expedición de la Ley 820 de 2003 en nuestro país, la cual se pensó para modificar y unificar el régimen de arrendamiento de vivienda urbana. El fin pensado cuando se presentó el proyecto de Ley el primero de noviembre de 2001 por parte del Ministro de Desarrollo Económico Dr. Eduardo Pizano Narváez, fue que la mayoría de los ciudadanos colombianos pudieran obtener una vivienda propia y digna, cumpliendo así con el mandato consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Artículo 51. - Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de

interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

Fue necesario pensar en la creación de una nueva normatividad, toda vez que en ese momento las normas que reglamentaban el contrato de arrendamiento de vivienda urbana se habían quedado obsoletas y no servían para regular las nuevas situaciones que se estaban presentando. Lo que se perseguía con la nueva ley era lograr una legislación más moderna y equitativa, dándole una mayor flexibilidad y agilidad al arrendamiento como tal y al proceso de restitución del bien inmueble arrendado. Se plantearon distintos cambios en cuanto al régimen de servicios públicos domiciliarios, la solidaridad entre el arrendador y el arrendatario y se buscó congregar todas las normas que existían a lo largo de la legislación colombiana.

4. La Condición Resolutoria de Pleno Derecho en el Derecho Comparado

La condición resolutoria y específicamente en su modalidad “*de pleno derecho*” ha sufrido como todas las instituciones jurídicas una evolución histórica, la cual explicamos en el primer capítulo del presente trabajo. Teniendo en cuenta esto, nos permitiremos sintetizar los antecedentes históricos de la resolución contractual por incumplimiento, de la siguiente manera:

- En primer término es menester mencionar su desarrollo en el Derecho Romano, el cual culminó con la inserción del pacto comisorio o “*Lex commissoria*” en el contrato de compraventa, produciendo los efectos automáticos de una condición resolutoria en caso de que el comprador no pagara el precio de la cosa vendida, obligándolo a devolverla con los frutos percibidos y libre de toda carga o gravamen, sin necesidad de intervención judicial.
- A su vez, en el mismo Derecho Romano, con relación a los contratos innominados, se le otorgaba a la parte cumplidora cuando la obligación consistía en una “*datio*”, la acción judicial llamada “*condictio causa data causa non secuta*”, con el fin de obtener la restitución de la cosa dada.

- Por último, en el Derecho Canónico, la parte cumplidora podía acudir al Tribunal Eclesiástico con el fin de que se le desligara del contrato, recuperando así lo que había entregado a su deudor.

A partir del desarrollo histórico que arriba decantamos, se explican los dos grandes sistemas existentes para la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento (Francés y germánico), los cuales fueron explicados en el primer capítulo.

En ese orden de ideas, a continuación analizaremos algunas de las principales legislaciones foráneas con relación al tratamiento que estas consagran para la resolución contractual de pleno derecho en sus respectivos Códigos Civiles vigentes, vislumbrando en cada caso, de cual de los dos grandes sistemas se influencia cada una.

4.1 Código Civil Italiano

Comenzaremos citando los artículos 1453, 1454, 1455, 1456, 1457, 1458 y 1459 del *Codice Civile Italiano* o Código Civil italiano de 1942, el cual preceptúa lo siguiente con relación al tema de la resolución por incumplimiento:

“Art. 1453 Risolubilità del contratto per inadempimento

Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (1878, 1976, 2652), salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno (1223 e seguenti).

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda (Cod. Proc. Civ. 163) di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.”

“Art. 1454 Diffida ad adempiere

Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto (1662,1901).

Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.

Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.”

“Art. 1455 Importanza dell'inadempimento

Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901).”

“Art. 1456 Clausola risolutiva espressa

I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.

In questo caso, la risoluzione si verifica diritto (1517) quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.”

“Art. 1457 Termine essenziale per una delle parti

Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale all'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni (2964).

In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione.”

“Art. 1458 Effetti della risoluzione

La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite (1360).

La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione (2652; att. 165).”

“Art. 1459 Risoluzione nel contratto plurilaterale

Nei contratti indicati dall'art. 1420 l'inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale."

Los artículos anteriores pueden ser traducidos al Español de la siguiente manera:

"Art. 1453 Resolubilidad del contrato por incumplimiento", "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño."

La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiera demandado la resolución."

Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación."

"Art. 1454 Intimación a cumplir", "A la parte incumplidora la otra podrá intimarle por escrito que cumpla dentro de un término conveniente, bajo apercibimiento de que transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto."

El término no podrá ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario de las partes, o que, por la naturaleza del contrato o de acuerdo con los usos, resulte conveniente un término menor."

Transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, este quedará resuelto de derecho"

"Art. 1455 Importancia del incumplimiento", "No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra."

"Art. 1456 Cláusula resolutoria expresa", "[l]os contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la resolución se verifica de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que pretende valerse de la cláusula resolutoria."

"Art. 1457 Término esencial para una de las partes", "Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días."

En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución.”

“Art. 1458 Efectos de la resolución”, “La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución.”

“Art. 1459 Resolución en los contratos plurilaterales”, “En los contratos indicados en el artículo 1420, el incumplimiento de una de las partes no autoriza la resolución del contrato respecto de las otras, a no ser que la prestación incumplida deba, según las circunstancias, considerarse esencial.”

Pues bien, podemos afirmar en primer lugar que el Código Civil Italiano considera que el incumplimiento no puede ser pactado como condición sino como cláusula, como se puede constatar de la simple lectura del artículo 1456, rechazando de plano la *“condición resolutoria implícita como explicación de la resolución del contrato bilateral por incumplimiento”*; lo anterior, toda vez que para ellos el incumplimiento *“no puede ser considerado nunca como una verdadera condición, sino como un defecto que atañe sólo al funcionamiento del contrato”*. En consecuencia, este *“no puede ser pactado ni siquiera como una condición resolutoria expresa o verdadera y propia.”*

Siguiendo lo dicho podemos colegir que gracias a esta cláusula la parte cumplida y por consiguiente perjudicada con el incumplimiento, puede mediante una declaración, provocar la resolución del contrato conforme al artículo 1456; Sin embargo, se excluye de dicha resolución la retroactividad absoluta, *“característica de una verdadera condición, toda vez que conforme al artículo 1458 se limitan a las partes los efectos retroactivos y se excluye de éstos a los terceros, así como el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica.”* (Sánchez, 1984, Pág. 24-25)

Por otra parte, cabe resaltar de este ordenamiento jurídico lo consagrado por el artículo 1455, determinando que cuando el incumplimiento sea de escasa importancia no se podrá resolver el contrato.

En conclusión, si se incumple lo previsto en el texto de la cláusula resolutoria expresamente pactada, el contrato se resolverá de pleno derecho si la parte interesada declara extrajudicialmente a la otra que decide valerse del derecho de resolución; de lo contrario, su silencio se entiende como una renuncia al derecho de resolución y por consiguiente, el derecho y deber de cumplimiento seguirán vigentes.

4.2 Código Civil Español

El Código Civil Español de 1889 en su artículo 1124 reza lo siguiente:

“Artículo 1124. - La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.”

El anterior precepto consagrado en el Código Civil Español, nos permite afirmar para los contratos sinalagmáticos, que si una de las partes incumple las obligaciones a las que se compromete, a la otra le será dable exigir que sea resuelto el vínculo y por lo tanto, quedar ella liberada de toda obligación. En ese orden de ideas la “*resolución por incumplimiento*” cuenta con una doble connotación; por un lado, es una medida de sanción para el contratante no cumplido y por otro, se constituye en una medida de protección del contratante cumplido, fundándose “*en la idea misma del sinalagma y en el hecho de que cada obligación es causa de la obligación recíproca.*” (Sánchez, 1984, Pág. 20)

Por otra parte también podemos advertir que el artículo 1124 no establece una condición resolutoria sino una “*facultad*”, la cual puede llevarse a cabo extrajudicialmente. No obstante, si resulta discutida o de presentarse controversias, deberá llevarse ante el Juez para que resuelva el tema por medio de resolución judicial.

4.3 Código Civil Francés

Los artículos 1183 y 1184 del Código Civil Francés de 1804, establecen losiguiente:

“Article 1183. La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.”

“Article 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.”

Lo anterior puede ser traducido al Español de la siguiente manera:

“Artículo 1183 La condición resolutoria es aquélla que, a su cumplimiento, opera la revocación de la obligación y que remite las cosas al mismo estado que si la obligación no hubiera existido.

No suspende el cumplimiento de la obligación; obliga solamente al acreedor a restituir lo que hubiera recibido, en el caso de que el acontecimiento previsto por la condición se produzca.”

“Artículo 1184 La condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no cumpla su obligación.

En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios.

La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias.”

A partir de los artículos precedentes se desprende que es necesario para que opere la resolución, que las partes hayan dado al contrato un consentimiento condicional; dicho de otra forma, debe establecerse una eventualidad ex ante y al realizarse, se entiende que el contrato quedará resuelto. La acción de resolución otorgada en este caso se concede a la parte que ha ejecutado su obligación, no teniendo la otra el derecho de hacer que se resuelva el contrato. El juez ante quien se presenta dicha demanda, puede conceder un plazo al deudor “según las circunstancias”; no obstante, si el contratante incumplido lo deja pasar sin satisfacer la obligación, la resolución debe ser decretada necesariamente. Por último, al haber dejado de recibir el acreedor lo que le hubiera sido dado si se hubiera ejecutado el contrato, podrá este obtener indemnización de daños y perjuicios estimados por el Juez.

4.4 Código Civil Chileno

Los artículos 1489 y 1977 del Código Civil de Bello de 1855 consagran lo siguiente:

Art. 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria 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.

Art. 1977. La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días.

Se observa a grandes rasgos la influencia del ordenamiento francés sobre el Código Civil Chileno; sin embargo, podemos constatar de la mera lectura del artículo precedente que en este

no se vislumbra por ninguna parte la necesidad de acudir a los estrados judiciales para lograr la resolución o el cumplimiento del contrato. Consecuencia de lo anterior, es la ausencia del “*plazo de gracia*” que se le permite otorgar al Juzgador Francés y que en este ordenamiento no es de recibo.

Además de lo anterior, llama especialmente la atención el artículo 1977 puesto que faculta a terminar de pleno derecho el contrato de arrendamiento a causa del incumplimiento en el pago del canon. Supuesto que en nuestro país resulta impensable. Alrededor de este artículo se desarrolla la tesis de la resolución de pleno derecho en el mencionado contrato. Al respecto, la doctrina chilena se expresa de la siguiente forma:

Laurent, sosteniendo la validez del pacto comisorio calificado en el arrendamiento entrega los efectos del pacto comisorio, al tenor de la intención y términos establecidos por las partes, en atención a que puede ser pactado como una reproducción de la condición resolutoria tácita, y no tiene otros efectos, o para resolver el contrato de pleno derecho, sin intervención del juez. Señala, en consecuencia, que hay dos especies de pactos comisorios en materia de arrendamiento; aquel que equivale a la condición resolutoria tácita y que, en consecuencia, no resuelve el contrato de pleno derecho sino que seguiría la norma establecida en el artículo 1489, y el otro, que equivale a una condición resolutoria ordinaria, en el sentido que el contrato se resolvería sin la intervención del juez, por la sola voluntad del arrendador. Siendo así, debe ser estipulado de una manera expresa. De esta manera, el juez no está llamado a intervenir y desde que consta que las rentas no han sido pagadas y que la voluntad del arrendador de resolver el contrato se declara en la forma prevista en él mismo, el arrendamiento se termina. Sin embargo, si el arrendatario se opone, el juez debe limitarse a constatar que el contrato se ha resuelto por voluntad de las partes. (Derecho: pacto comisorio en el contrato de arrendamiento, recuperado de: <http://angelacc.blogspot.com/2007/10/derecho-pacto-comisorio-en-el-contrato.html>)

4.5 Código Civil de México

El artículo 1949 del Código Civil Federal de 1928 consagra lo siguiente:

Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de

daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Sea lo primero advertir con relación a la interpretación del artículo 1949 del Código Civil Federal, que la doctrina especializada del país azteca no logra ponerse de acuerdo en cuanto a la necesidad o no de la resolución contractual a través de decreto judicial. Por un lado, hay quienes consideran que la facultad de resolver las obligaciones la tiene ipso jure el contratante cumplido en los contratos sinalagmáticos; esto, en virtud de que las codificaciones anteriores a la vigente (1870 – artículo 1537 y 1884 – artículo 1421) exigían de forma expresa que debía acudirse ante el Juez para obtener la mencionada resolución, mientras que el Código actual nada dice al respecto, omitiendo tal exigencia.

Contrario sensu, los detractores de esta línea de pensamiento argumentan que si bien la actual disposición no establece expresamente la necesidad de acudir ante los tribunales para el decreto de la resolución contractual, pensar que no es imperativo por el simple hecho de su omisión legislativa, sería echar por el traste la costumbre jurídica y a su vez se coartaría el derecho del acreedor a elegir entre el cumplimiento forzoso de la obligación contractual o la resolución de este vínculo.

Pues bien, ambas tesis en principio opuestas logran un punto de conciliación en la Jurisprudencia de la Suprema Corte, la cual en diversos fallos acepta la existencia del pacto comisorio expreso así como de la condición resolutoria tácita. El primero, no requiere de la intervención del Juez para su decreto pues produce efectos de pleno derecho; por lo tanto, debe ser establecido claramente por las partes, operando una vez el acreedor constituya en mora al contratante incumplido, invocando por consiguiente el beneficio de la condición resolutoria. Por su parte, la condición resolutoria tácita no produce efecto alguno sino mediante una decisión judicial que declare resuelto el contrato, y es la regla general en todos los contratos de prestaciones recíprocas.

4.6 Código Civil de Argentina

El artículo 1204 del Código Civil de 1869 es del siguiente tenor:

“ARTICULO 1.204.- En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución.”

El artículo precedente es claro en cuanto a la imperatividad o no de acudir a los estrados judiciales para reclamar la resolución contractual. De hecho, establece que en los contratos de obligaciones recíprocas, si una de las partes no ejecuta la prestación a la que se compromete, automáticamente está legitimando a la otra para ejercer la facultad de resolver el vínculo. Para que se de lo anterior es necesario que el acreedor requiera al deudor para que cumpla con su obligación en un plazo legal que no puede ser inferior a quince días, a menos que la costumbre o las partes expresamente hayan establecido uno menor. Vencido este término sin que el requerido haya dado cumplimiento a su obligación, el precepto establece que quedarán resueltas “sin más” las obligaciones emergentes del contrato, con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. Sin embargo, este resarcimiento si debe ventilarse por la vía judicial, puesto que quien va a reconocerlo es el Juzgador, a quien no le es dable pronunciarse sobre la resolución toda vez que esta ya operó ipso jure. Por otro lado, puede a su vez la parte cumplida

acudir ante el Juez no para solicitar la indemnización sino para obligar al deudor al cumplimiento de la obligación pactada.

4.7 Código Civil Alemán (BGB)

El código Civil Alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch*, comúnmente conocido como BGB, fue reformado por la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001, la cual entró en vigencia el primero de enero de 2002.

A continuación citaremos los artículos 323 y 325 de dicha codificación, los cuales establecen lo siguiente:

323. Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,

2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder

3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

(5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht

vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

325. Schadensersatz und Rücktritt

Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

Los preceptos anteriores pueden ser traducidos al Inglés de la siguiente manera:

323. Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract

(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.

(2) The specification of a period of time can be dispensed with if

- 1. the obligor seriously and definitively refuses performance,*
- 2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a specific period and the obligee, in the contract, has made the continuation of his interest in performance subject to performance being rendered in good time, or*
- 3. there are special circumstances which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.*

(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead.

(4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met.

(5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.

(6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance.

325. Damages and revocation

The right to demand damages in the case of a reciprocal contract is not excluded by revocation.

La reforma de la Ley de 26 de noviembre de 2001 tuvo gran influencia en la regulación alemana de la facultad de resolución contractual. Antes de ella, el acreedor en un contrato sinalagmático que se viera afectado por el incumplimiento de la otra parte, debía decidir entre dos remedios legales: si quisiera demandar indemnización por el no cumplimiento o la terminación del contrato, debía fijar un período apropiado de tiempo luego de la inobservancia de la obligación por parte del otro contratante, e incluir una declaración del siguiente tenor: que rehusaría el cumplimiento de la prestación después de expirado ese período. Posteriormente, debía elegir entre la indemnización por el no cumplimiento o la terminación del contrato. Si terminaba el contrato, la Corte afirmaba que no podía demandar la indemnización toda vez que el contrato había sido transformado por la revocación.

Con el nuevo artículo 323 que hoy día se encuentra vigente, dejó de existir la necesidad para la “amenaza de no aceptación”. En vez de eso, el acreedor debe fijar, inútilmente, un período apropiado de tiempo para el cumplimiento. Cuando este haya expirado, el acreedor puede retirarse del contrato, pero no tiene que hacerlo; si así lo desea, puede insistir en su cumplimiento. La exigencia para la observancia del contrato sólo queda excluida cuando el acreedor haya dado por terminado el vínculo definitivamente.

Así mismo, antes del 2002, no le era dable al acreedor pedir la resolución del vínculo con resarcimiento de los daños que el incumplimiento hubiera generado. Esto, puesto que el antiguo artículo 325 imponía al acreedor defraudado la necesidad de “escoger entre la resolución del contrato, con restitución de lo ya prestado pero sin indemnización alguna, o bien el cumplimiento

de la propia prestación con la posibilidad de reclamar indemnización por el incumplimiento de la otra parte.” (Marqués, 2001, Pág. 7)

A partir de la modificación, el nuevo artículo 325 consagra expresamente que “el derecho a reclamar daños en el caso de un contrato de prestaciones recíprocas no se excluye por la revocación (entiéndase resolución)”. (Traducción nuestra)

Marqués, en un artículo publicado en abril de 2001 denominado “La modernización del Derecho Alemán de Obligaciones: La reforma del BGB” expresa con relación a la imposibilidad que existía para solicitar la resolución y al mismo tiempo la indemnización de perjuicios lo siguiente:

En los §§ 323 y 325 BGB proyectados esta distinción desaparece, y la facultad de resolución se concede al acreedor con la posibilidad de reclamar indemnización por los daños que el incumplimiento le haya generado, pudiendo, además, elegir entre el resarcimiento del interés negativo o positivo, siempre que el incumplimiento sea imputable al deudor.

4.8 Código Civil de Perú

El artículo 1429 denominado “Resolución de Pleno Derecho” del Código Civil de Perú de 1984 consagra lo siguiente:

“Resolución de pleno derecho”

“Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.”

El artículo 1429 es aplicable para los contratos sinalagmáticos cuando la parte acreedora se ve perjudicada con el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Por consiguiente, la ley le permite requerir a este mediante carta por la vía notarial para que cumpla con su

obligación, dentro de un plazo que no puede ser inferior a quince días. La consecuencia del no cumplimiento luego de lo mencionado es la resolución del vínculo contractual.

Como puede observarse, no es necesario que el Juez decrete la resolución pues esta se da de pleno derecho, con la posibilidad de solicitar la respectiva indemnización por daños y perjuicios.

5. Sentencia del 30 de agosto de 2011 de la Corte Suprema de Justicia y su influencia en la Condición Resolutoria de Pleno Derecho

Luego del estudio histórico y jurídico de la condición resolutoria de pleno derecho y del contrato de arrendamiento de vivienda urbana, en el presente capítulo procederemos al análisis jurisprudencial de la Sentencia del 30 de agosto de 2011, Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr. William Namén Vargas.

Consideramos que la sentencia en comentario reviste una gran importancia para el desarrollo de nuestro problema de investigación, sin embargo debemos preguntarnos ¿Qué hace tan especial esta sentencia?, vale la pena empezar resaltando al magistrado ponente, el Dr. William Namén Vargas, del cual nos declaramos seguidores, quien se ha caracterizado por su pensamiento de avanzada y cuyas sentencias se han destacado por el exhaustivo estudio jurídico e histórico a los que somete las instituciones que son objeto de sus pronunciamientos.

Cuenta de ello da por ejemplo la sentencia de fecha 24 de agosto de 2009 con ponencia suya, donde la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, luego de 71 años retoma la postura plasmada en la célebre sentencia del 14 de marzo de 1938, en la que por vez primera se consideró que el régimen de responsabilidad consagrado en el artículo 2356 del Código Civil correspondía a un sistema objetivo de responsabilidad, postura que con el tiempo se fue degenerando hasta ser convertida en una extensión más de la “omnipresente” culpa.

La exaltación anterior, podría muy fácilmente confundirse con un honroso lapsus, sin embargo, está lejos de desviarnos de la pregunta planteada en líneas anteriores; por el contrario, es parte integrante de la respuesta, dado que consideramos que las cualidades resaltadas del ponente constituyen prenda de garantía de los argumentos planteados en sus sentencias, siendo imposible tachar sus razonamientos de vacíos o descabellados. Por otra parte, creemos que si se lee y analiza la providencia desde la perspectiva progresista con la que comulga el magistrado que la creó, podremos darle un alcance más extensivo a la misma y entender en mejor medida las ideas en ella planteada. Concomitante con el punto anterior, el fallo contiene un desarrollo detallado de la figura por lo que las conclusiones que pueden desprenderse del análisis de la misma no se limitan a la simple enunciación de postulados, o a las impresiones o elucubraciones de los autores de esta tesis, sino que llevan a costas el peso de una gran fundamentación en la dogmática Civil, creando así en nuestra opinión, una base sólida sobre la cual es posible edificar algunas reglas de validez para la condición resolutoria de pleno derecho en Colombia. Este último aspecto quizá sea el más relevante, toda vez que constituye un planteamiento que consideramos sumamente novedoso, no porque se reconozca expresamente la posibilidad de resolución de pleno derecho, puesto que ya algunas sentencias en el pasado así lo hacen, sino porque ahonda en la posibilidad de resolución ex ante y establece las que consideramos como las primeras reglas expresas de validez para este tipo de cláusulas.

De lo anterior podemos dar fe puesto que nuestros primeros acercamientos al estudio de la condición resolutoria de pleno derecho en el arrendamiento fueron realizados a principios del año 2011, y aún podemos recordar con gran desazón lo frustrante que fue en aquella época no encontrar fundamento jurisprudencial alguno que avalara así fuera en forma incipiente la posibilidad de resolución de pleno derecho. Por lo tanto, en aquel momento nuestro estudio arrojó como conclusión que a la luz de la jurisprudencia no era posible tal alternativa jurídica y menos aun práctica. Sin embargo, con la aparición de esta sentencia nos hemos visto en la obligación de replantear y revisar las conclusiones de aquel estudio.

Recapitulando, las razones por las que consideramos importante esta sentencia, son las siguientes:

- 1- Pensamiento progresista del magistrado.
- 2- Gran fundamentación y estudio serio de la figura.
- 3- Planteamientos innovadores frente a la resolución de pleno derecho.

Pues bien, habiendo justificado las razones por las cuales consideramos relevante la Sentencia del 30 de agosto de 2011, procederemos a adentrarnos en su estudio.

El tipo de proceso que se ventila en esta providencia es un ordinario donde se pretende declarar la responsabilidad civil contractual, promovido por Luis Fernando Gonzales Luque contra la Compañía Nacional de Microbuses - Comnalmicros S.A. El hecho que motiva la litis es la desafiliación de los vehículos de propiedad del demandante luego de darse por terminado unilateralmente el contrato de afiliación por parte del demandado. El demandante considera que el demandado actuó abusivamente al terminar el contrato de forma unilateral, puesto que el clausulado del contrato imponía llegar a un consenso para poder darse la aniquilación del vínculo contractual. Para un mejor entendimiento transcribimos in Extenso los hechos de la misma:

- “1. En la demanda, el demandante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por incumplimiento a los contratos de afiliación o vinculación de los vehículos identificados con placas SA7939, SD 3052, SD3909, SD4629, SD4216 y SD4492 o, en subsidio, su resolución, y en uno u otro caso, condenarla a pagar la indemnización de los daños causados en la cuantía respectiva debidamente indexada más intereses.*
- 2. Fúndase el petitum, en la transgresión de los precitados contratos por Comnalmicros S.A. con su terminación unilateral según comunicación de 13 de diciembre de 1989, contrariando la buena fe y la prórroga automática pactada al finalizar su duración mínima anual, cuando las partes no los concluían de consuno en los treinta días precedentes.*
- 3. Trabada la litis, la sociedad demandada al resistir las pretensiones, invocó la facultad de ambas partes para no renovar los contratos mediante comunicación dirigida por una a otra con treinta días de antelación al vencimiento, y propuso las excepciones perentorias llamadas inexistencia de la obligación, exceso en la cuantía de las pretensiones, compensación, ineptitud sustancial de la demanda, cosa juzgada y la genérica. En escrito separado interpuso las previas de falta de competencia, cosa juzgada y pleito pendiente, todas denegadas por el juzgador.*
- 4. La decisión de primera instancia pronunciada el 20 de diciembre de 2006 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, D.C., desestimó las excepciones*

perentorias, la objeción por error grave al dictamen pericial y declaró la responsabilidad civil contractual de la demandada por la desafiliación de los automotores, condenándola a pagar daños y costas.

5. Apelada la anterior sentencia por la demandada, el Tribunal, en la suya de 3 de junio de 2009, la revocó para negar las súplicas y condenar en costas de instancias al demandante.” (Luis Fernando Luque Contra Compañía Nacional de Microbuses, 2011)”

La decisión de primera instancia que favoreció al Demandante, puede sintetizarse como se ve a continuación:

“La decisión de primera instancia pronunciada el 20 de diciembre de 2006 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, D.C., desestimó las excepciones perentorias, la objeción por error grave al dictamen pericial y declaró la responsabilidad civil contractual de la demandada por la desafiliación de los automotores, condenándola a pagar daños y costas.” (Luis Fernando Luque Contra Compañía Nacional de Microbuses, 2011)

Por su parte, la sentencia de primera instancia fue revocada por el ad quem, favoreciendo al demandado:

“Apelada la anterior sentencia por la demandada, el Tribunal, en la suya de 3 de junio de 2009, la revocó para negar las súplicas y condenar en costas de instancias al demandante.” (Luis Fernando Luque Contra Compañía Nacional de Microbuses, 2011)

Contra la sentencia de segunda instancia el demandante formula recurso extraordinario de casación, con un único cargo amparado en la causal primera. Esgrimiendo principalmente en que el juzgador de segunda instancia se extralimitó interpretando una cláusula cuya interpretación a su juicio era diáfana, así como la incorrecta apreciación del material probatorio.

“CARGO ÚNICO

1. Por la causal primera de casación consagrada en el artículo 368, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia de infringir indirectamente los artículos 1501, 1535, 1602, 1604, 1613, 1614, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623 y 1624 del Código Civil, 822, 830, 870 y 871 del Código de Comercio, y como violación medio, los artículos 175, 177, 179, 180, 187, 217, 218 y 307 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, a causa de trascendentes errores de hecho y de derecho en la interpretación de los contratos y de algunas pruebas.”

Con respecto a las consideraciones de la Corte, comienza la sentencia analizando la autonomía de la voluntad, su incidencia, y alcance dentro de la contratación privada, que a la larga terminará siendo un argumento fundamental a la hora de entrar a determinar la validez de las condiciones resolutorias expresas, por lo anterior y dada su trascendencia volveremos sobre este tema en el capítulo quinto.

Posteriormente, la Corte comienza el estudio de la resolución unilateral de los contratos, reseñando las diferentes figuras que tienen esa virtualidad, reconociendo la falta de regulación legal que existe en Colombia al respecto:

“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. (...)”

Posteriormente, enuncia numerosos contratos a guisa de ejemplos en los que es posible la resolución del vínculo contractual por decisión de uno de los contratantes. Por citar algunos:

“(…)El arrendatario tiene igual derecho por la imposibilidad o mora en la entrega de la cosa arrendada (artículos 1983, 1984 y 2011, Código Civil). El ordenante de una obra puede cesar su confección reembolsando gastos, el valor del trabajo y la ganancia del artífice (artículo 2056, Código Civil).

Cualquiera de las partes podrá terminar el arriendo de servicios inmateriales sin término en todo momento o con el desahucio pactado (cas. civ. sentencia de 22 de junio de 1940, 548). El mandato termina por revocación del mandante o renuncia del mandatario, aquél puede revocarlo a su arbitrio o con justa causa y éste desistir o renunciar al encargo (artículos 2185, 2189 [3], 2191, 2193 Código Civil; 1279, 1283 y 1286, Código de Comercio, aplicables a la

comisión y preposición por remisión del artículo 1308, ibídem). El comodatario debe restituir la cosa en el tiempo acordado, o en caso de silencio, después del uso para el cual se prestó, excepto “si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa”, en cuyo caso, procede la restitución antes del plazo, y en el contrato de comodato precario, el comodante tiene la facultad de pedir la cosa en cualquier tiempo (artículos 2205 y 2219, Código Civil)(...)”.

La Corte a medida que avanza va enervando argumentos en pos de la viabilidad de las cláusulas de terminación unilateral, saliendo al paso de algunos de los reparos más comunes hechos a estas cláusulas, tales como; la pérdida de fuerza vinculante de los contratos; falta de enunciación expresa en el Código Civil; el sometimiento de la relación contractual a una condición potestativa consistente en la mera voluntad de uno de los contratantes; ser una cláusula abusiva; ser una forma de justicia privada y derogatoria de la jurisdicción:

“En cuanto respecta al pacto de terminación unilateral del contrato cuando la ley, costumbre o los usos y prácticas negociales no la establecen, de antaño suele cuestionarse, ya por oponerse a la noción o fuerza normativa del contrato (artículos 1494, 1535, 1602 y 1603, Código Civil; 864 y 871, Código de Comercio), ora por invalidez e ilicitud al someterlo a la condición potestativa consistente en el simple arbitrio o mera voluntad de un contratante (artículo 1535, Código Civil), bien al no enunciarse dentro de las causas legales extintivas, formarse y terminar por acuerdo mutuo de las partes, nunca por decisión de una (artículo 1602, in fine, Código Civil), preverse en forma excepcional, exclusiva y circunscrita a los contratos estatales sin admitir analogía legis o iuris ni aplicación extensiva (artículos 14, 15, 16 y 17, Ley 80 de 1993), resultar abusiva en los restantes (artículo 133.2, Ley 142 de 1994) o, convertirse en mecanismo de “justicia privada”, derogatorio de la jurisdicción del Estado autorizada para terminar el contrato.

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).

El contrato existe ex ante, engendra efectos, termina ex post sin eficacia retroactiva y sólo hacía el futuro. Además, cumplimiento y terminación son distintos. Aquél, no queda al simple arbitrio o mera voluntad de una parte, la última se produce por decisión unilateral de una u otra sin afectar las obligaciones cumplidas.

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).

Tampoco es admisible sostener prima facie, ante sí y por sí, su naturaleza abusiva, extender la presunción al respecto circunscrita a los contratos de servicios públicos bajo condiciones generales (artículo 133.2, Ley 142 de 1994), ésta sí destierra la analogía legis, ajena a los paritarios y susceptible de desvanecerse, sin resultar lógica la supuesta configuración antelada de un abuso de derecho ulterior, el cual podrá presentarse al ejercerse en ciertas condiciones, o tenerla a priori como expresión abusiva de la libertad contractual, por contradecir las reglas de experiencia (cas. civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).”

Este análisis preliminar que hace la Corte descartando las principales críticas que se le han hecho a las cláusulas de terminación unilateral a lo largo de los años, es uno de los aspectos más importantes en la sentencia, puesto que grandes discusiones doctrinales se han producido en torno a cada una de ellas. Sin embargo y luego de lo leído, a nuestro juicio la Corte al esgrimir los argumentos en pos de la viabilidad de estas cláusulas fortalece una de las posturas doctrinales, zanjando de momento la discusión. Por otra parte, vale mencionar que estas son exactamente las mismas críticas que se le hacen a la condición resolutoria de pleno derecho por lo que por ser compatibles las consideraciones de los párrafos transcritos le son aplicables.

Como corolario de los argumentos esgrimidos, es contundente la Corte al expresarse sobre la validez de las cláusulas de terminación unilateral e incluso va aun más allá reconociendo a su vez la validez de las condiciones resolutorias pactadas expresamente:

“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, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.

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).” (Subrayas nuestras)

Hasta este párrafo la Corte solo se había referido a las cláusulas de terminación unilateral y los argumentos decantados solo giraban alrededor de estas; es esta la primera mención expresa que se hace en la sentencia de la condición resolutoria de pleno derecho, y es nada más y nada menos reconociendo su validez en abstracto.

Inmediatamente después la Corte señala la creciente tendencia al uso de cláusulas de terminación unilateral en la actualidad, realizando un pequeño estudio de derecho comparado mostrando la aceptación de estas en el ámbito internacional, citando organismos como la UNIDROIT, Convenios como el de Viena de compraventa internacional, e incluso algunos ordenamientos jurídicos foráneos, como el Italiano el Holandés, entre otros:

“Desde otra perspectiva, la terminación unilateral, es realidad tendencial inocultable en la contratación, particularmente, en la internacional, electrónica y las relaciones comerciales, así como las de consumo, tanto cuanto más por la sensible evolución, secular transformación, dimensión y entendimiento actual de la autonomía privada en la dinámica del tráfico jurídico y los negocios. A tal propósito, los artículos 49 a 64 de la Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, declarada exequible según sentencia C-

529 de 2000 y promulgada por el Decreto 2826 de 2001, autorizan a cada parte para declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial, y diferir el cumplimiento en los contratos con entregas sucesivas cuando es manifiesto “que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones” por las causas señaladas (resolución por anticipación, anticipatory breach of contract).

En idéntico sentido, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, tercera versión adoptada por su Consejo de Administración, establecen el derecho de una parte a resolver el contrato si el incumplimiento de la contraparte constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1.1) o, si antes de la fecha de ejecución del contrato existe certeza que el deudor incurrirá en incumplimiento esencial, el acreedor puede resolverlo (art. 7.3.3), en cuyo caso “[e]l derecho a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte” (art. 7.3.2.1)”

Posteriormente, la Corte señala cuales son las consecuencias de la terminación unilateral esto es, sus efectos y la utilidad práctica de estas:

“Estricto sensu, una o ambas partes son titulares de un derecho potestativo para terminar unilateralmente el contrato, sin aquiescencia, aceptación, beneplácito o consentimiento de la otra, cuyo ejercicio desemboca en acto dispositivo recepticio en cuanto debe ponerse en conocimiento de la otra parte, usualmente con un preaviso mínimo, legal o convencional o, en su defecto, congruo, razonable o suficiente, de forma libre salvo disposición contraria (p. ej., el artículo 1071 del Código de Comercio, exige el escrito para la revocación del seguro), y constitutivo por extinguir el vínculo con efectos liberatorios hacía el futuro (ex nunc) sin alcanzar las prestaciones ejecutadas, cumplidas, consumadas e imposibles de retrotraer, esto es, carece de eficacia retroactiva (ex tunc), cumple la función de terminar el pacto, y por tanto, desligar in futurum a las partes del compromiso sin declaración judicial, menester a propósito de las controversias al respecto.

Se comprende, entonces, la utilidad o función práctica de la figura, esto es, la posibilidad legal o convencional de concluir el contrato por decisión exclusiva, única, espontánea y autónoma de una parte, y sin declaración judicial. También su distinción con el acuerdo extintivo. Una cosa es el mutuo acuerdo para terminar el contrato, y otra pactar causas para terminarlo unilateralmente.

El contrato termina no por acuerdo, sino por decisión unilateral. Exactamente, la terminación unilateral y el acuerdo extintivo, son simultáneamente excluyentes e incompatibles.”

Sobre este punto queremos agregar algo; estamos de acuerdo en los efectos que se le atribuyen a la cláusula de terminación unilateral, sin embargo, consideramos que la causa de tal efecto en algunos casos no es la cláusula en sí, si no el tipo de contrato en el que se desarrolla, es decir, un contrato de ejecución sucesiva, donde retrotraer las cosas al estado anterior a la celebración del contrato se hace imposible, por lo que los efectos son forzosamente hacia el futuro a este tipo de ruptura del vínculo contractual, sea consensual, unilateral o decretada judicialmente se le llama terminación, verbigracia, el contrato de arrendamiento. Por otra parte cuando nos encontramos frente a un contrato de ejecución instantánea por ejemplo, donde es posible retrotraer los efectos del contrato, lo ideal es hablar de resolución, es decir, con efectos hacia el pasado y hacia el futuro.

“Para algunos tratadistas los conceptos de resolución y terminación dependen de la forma en como se ha de cumplir el contrato. Así, si se trata de contratos de ejecución instantánea, se debe hablar de “resolución”, mientras que en los contratos de ejecución sucesiva, para este sector de la doctrina, es mejor hablar de “terminación”. La razón que se suele dar para establecer esta diferencia terminológica está en el efecto práctico que trae consigo la institución de la resolución del artículo 1546 CC que, como se verá más adelante, implica retornar las cosas a su estado anterior, es decir, como si nunca se hubiera celebrado el contrato. Por ello, si la ejecución del contrato es sucesiva y no inmediata no se podría hablar propiamente de “resolución” porque, en la mayoría de los casos, volver las cosas al estado anterior de la celebración de un contrato con prestaciones periódicas o sucesivas puede ser física y materialmente imposible. (Canosa Torrado y Mélich Orsini, citados por Gaitan Martínez y Mantilla Espinosa, 2005, Pág. 147)

Luego entonces podría parecer un contrasentido que el título de este trabajo sea condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento, pues en estricto sentido debería hablarse de terminación por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, sin embargo, el objetivo de este trabajo es estudiar aquella institución jurídica que tiene la virtualidad de disolver el vínculo jurídico sin necesidad de intervención judicial, y esta institución no puede ser otra que la condición resolutoria de pleno derecho, puesto que más allá de la diferencia que pueda existir entre resolver y terminar, ambas son especies del mismo género, ambas disuelven el vínculo jurídico, ambas son condiciones resolutorias entendidas en el más amplio sentido de la palabra.

En las líneas posteriores a los párrafos citados, la Corte establece la diferencia entre prórroga y renovación, siendo la primera una extensión idéntica al contrato anterior y la otra la modificación del contrato primigenio. Aclara que las cláusulas de renovación o prórroga automática en contratos de duración definida no los convierten en indefinidos. Por otra parte, aclara que un contrato de duración indefinida no es eterno, ni perpetuo, porque ninguna relación jurídica puede serlo, por lo que en los contratos de duración indefinida las cláusulas de terminación unilateral son elementos de la naturaleza del mismo, aunque también pueden encontrarse por pacto expreso:

“Contrario sensu, los contratos de duración indefinida, son durables pero sin vocación de perpetuidad, terminan por las causas normativas o convencionales, excluyen por su definición y sentido común, la renovación o prórroga del plazo por indefinido, y su terminación unilateral se justifica no para impedir su conversión en un vínculo perpetuo, ni por equivaler a éste, sino en función del interés de las partes, la utilidad de la relación y la libertad de contratación. Esta facultad rectamente entendida, protege la libertad contractual y sirve al propósito de la función práctica o económica social del negocio jurídico, de suyo transitorio, así sea durante un largo tiempo.

En los contratos de duración indefinida, la terminación unilateral, según resaltó el Tribunal, es elemento natural (naturalia negotii), se entiende pertenecerle e incorpora su contenido por ley, uso o costumbre, sin estipulación a propósito, (artículos 1501, C.C. y 871, C. de Co). No se trata de simple cláusula de estilo, sino de cláusulas de uso común. En oportunidades, deriva de la naturaleza de las cosas, verbi gratia, la terminación in continente por advenimiento de un incumplimiento grave e insuperable (artículos 2189 [3 y 4], 2225, 2251, C.C.), denuncia de contrato de ejecución sucesiva o escalonada a plazo indefinido, y en veces, se pacta (accidentalialia negotii) como cláusula resolutoria o de terminación unilateral expresa, práctica de uso común (artículo 1621, inciso segundo, Código Civil).”

Finalmente, entra la Corte a analizar la figura de las cláusulas resolutorias expresas o de terminación de pleno derecho.

"Por otra parte, en el tráfico jurídico contemporáneo contractual, son frecuentes las cláusulas resolutorias expresas o de terminación ipso jure sin requerir declaración judicial y por decisión unilateral de una parte.

A este respecto, todo contrato, cualquiera fuere su tipología o naturaleza concreta, y en particular, los de ejecución sucesiva, sea a plazo determinado, sea a término indefinido, obliga a las partes a cumplirlo de buena fe durante el plazo fijo o indefinidamente si no lo tiene, y en el de prestaciones correlativas, el incumplimiento o renuencia injustificada, legitima a la parte cumplida o presta a cumplir para exigir judicialmente el cumplimiento o la resolución con indemnización de perjuicios, o sea, la prestación in natura o el subrogado pecuniario con la reparación íntegra de daños (artículos 1546 y 1930, C.C. y 870 C. de Co), en cuyo caso, la resolución debe decretarse judicialmente, genera su terminación, y por lo tanto, la cesación de sus efectos vinculantes a partir de su decreto con la restitución de cosas al estado anterior, las partes se liberan del compromiso y han de restituir lo dado, entregado o ejecutado, salvo aquellas situaciones consumadas no susceptibles de deshacer, en particular, en los contratos de ejecución sucesiva, evento en el cual se produce hacía el futuro (ex nunc) sin afectar el pasado (ex tunc).

Al lado de la condición resolutoria tácita, las partes pueden estipular expressis verbis la condición resolutoria expresa.

Las cláusulas resolutorias expresas, según denota la expresión, resuelven, y por tanto, terminan el contrato. Las más usuales conciernen al incumplimiento de obligaciones precisas y confieren a la parte cumplida o presta al cumplimiento el derecho a terminarlo por decisión autónoma y potestativa en cuanto su ejercicio depende de la exclusiva decisión de la parte interesada cuando se verifica. Sin embargo, la cláusula resolutoria también podrá referir a hipótesis diferentes al incumplimiento."

Seguidamente a este párrafo la Corte hace alusión al pacto comisorio; debe analizarse detenida y cuidadosamente lo que se expone puesto que una mirada aislada al texto podría generar confusiones:

"El pacto comisorio (Lex Commissoria), es modalidad concreta de condición resolutoria expresa. Específicamente, el artículo 1937 del Código Civil regula el pacto comisorio calificado, por el cual, "se estipula que por no pagarse el precio convenido se resuelve ipso facto el contrato

de venta”, pero el “comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio lo más tarde en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda” (art. 406, C. de P.C.), hipótesis singular de condición resolutoria expresa circunscrita al incumplimiento del comprador en el pago del precio, a diferencia de la tácita por el de cualquier parte, obligación y contrato de prestaciones correlativas, así como de la expresa por la inobservancia de una o ambas partes a alguna de las obligaciones distintas especificadas. Tratándose de pacto comisorio calificado la resolución no opera ipso iure o de pleno derecho y exige declaración judicial.

“Otro tanto, acontece en presencia de condición resolutoria tácita. Sin embargo, el pacto comisorio calificado confiere a la parte respectiva la posibilidad de cumplir en el término legal evitando la resolución del contrato, y de no purgar la mora, la ventaja de generarla sin necesidad de analizar la gravedad e injusticia del incumplimiento. Aun cuando el pacto comisorio calificado está previsto en la ley para el contrato de compraventa, ninguna norma excluye o prohíbe pactarlo en otros contratos de prestaciones correlativas, ni ello quebranta el orden público o las buenas costumbres.

“La condición resolutoria resuelve el contrato y, en línea de principio requiere declaración judicial. 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”.

(Negrillas y Subrayas nuestras)

Es necesario que nos detengamos en este punto para hacer algunas anotaciones frente a los párrafos anteriores. Comienza la Corte estableciendo que el pacto comisorio es una modalidad concreta de condición resolutoria e inmediatamente cita el artículo 1937 del CC referente al negocio jurídico de la compraventa. Posteriormente, afirma que a pesar de que el artículo traiga la expresión de pleno derecho debe acudirse ante el juez para su resolución.

Luego agrega que las cláusulas de resolución expresa por motivos distintos al pacto comisorio, pueden resolver el contrato de pleno derecho. Pues bien, consideramos que debe entenderse pacto comisorio de una forma restringida circunscribiéndolo al pacto existente para la compraventa, que incluye un plazo excepcional para cumplir la obligación. Si se analiza lo dicho en la sentencia de esta forma podemos ver que lo que se busca en este punto en particular, es reiterar una postura que ha seguido siempre la Corte al respecto del artículo 1937 CC; de igual forma, consideramos que la interpretación que proponemos va más acorde a la línea de pensamiento y actuar que ha caracterizado al Magistrado Namén, siempre a la vanguardia.

Finalmente, no puede estar haciendo referencia al incumplimiento propiamente dicho, puesto que si así se hiciera, los párrafos siguientes a este carecerían de sentido, toda vez que en ellos se habla expresamente sobre cláusulas de resolución expresa por incumplimiento, entonces sería ilógico establecer una prohibición e inmediatamente proceder a violarla, veamos los párrafos siguientes:

*“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 (terminación unilateral por causa justa del contrato de agencia), bien excepcionalmente ad nutum (revocación del seguro, arras penitenciales, retro venta, retro-compra, contrato individual de trabajo con período de prueba, receso en contratos de consumo, etc.), sea después de preaviso arrendamiento, suministro -artículo 973, párrafo segundo, C. de Co), sea en forma automática o incontinenti (mandato, depósito, mutuo).*

“La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (accidentalía negotii), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de Febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio.

“La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u

obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia Abstracta, global, genérica o en bloque.

“Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.” (Negritas y Subrayas nuestras)

Aquí no solo se habla etéreamente de cláusulas de resolución de pleno derecho si no que se viabilizan y concretan estableciendo las que serían las primeras reglas jurisprudenciales de validez para este tipo de cláusulas, que son:

1. Indicación particular clara y precisa de las obligaciones u obligaciones cuya inobservancia facultan a las partes a terminar el contrato.

Esto repudia la práctica actual en donde se usa aquella cláusula de estilo que faculta a dar por terminado el contrato si se violan “cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato”. Es menester, dada la gravedad de la sanción que se establece, que las partes conozcan claramente cuáles son las obligaciones que al ser violadas pueden traer como consecuencia la terminación de pleno derecho, para así poder proceder con especial prudencia respecto de ellas.

2. Determinar la trascendencia del incumplimiento dentro de la cláusula.

El incumplimiento debe ser grave, y en concordancia con el punto anterior de ser posible deberían tipificar las conductas que dan origen a este.

3. Reciprocidad en el uso de la cláusula.

Para no romper el equilibrio contractual ambas partes deben tener la facultad de dar por terminado el contrato de pleno derecho, sin perjuicio de las demás reglas. No puede ser un beneficio exclusivo de una, aun cuando lo sea esta debe cumplir con ciertos requisitos como pre avisos y términos de gracia.

4. Preaviso razonable de la parte que pretende dar uso a la cláusula dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta. No sobra recalcar que dada la vocación de conservación de los contratos, el fin del preaviso bien puede ser dar la posibilidad de corregir el incumplimiento que se alega; por lo tanto, el término del preaviso debe ser suficiente para ello y lógicamente, debe establecerse en el contrato de forma expresa.
5. Haber cumplido sus obligaciones o haber estado presto a cumplirlas de lo cual debe existir prueba.
6. Ceñirse siempre en el ejercicio de la cláusula a la buena fe contractual, sin llegar al abuso del derecho.

“Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción.

Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda Favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud,

relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución.

Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir Toda disputa, diferencia o controversia a propósito.” (Negritas y Subrayas nuestras)

Los anteriores argumentos ratifican nuestra interpretación dadas las palabras expuestas sobre el pacto comisorio. Luego de esbozar estas reglas de validez, la Corte explica que esta cláusula no es de ninguna manera “justicia privada” por lo que las partes pueden acudir al juez para que ejerza un control posterior y verifique que no se hayan incurrido en abusos.

“La terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa, estructura declaración dispositiva recepticia, análoga al preaviso para terminar los contratos de duración indefinida o enervar las prórrogas automáticas pactadas en los de duración definida, por cuanto debe comunicarse a la otra parte, quien podrá protestar la causa invocada, el ejercicio abusivo o contrario a los dictados de la buena fe por infundada, intempestiva o ilegítima, e incluso su improcedencia por la tolerancia, purga o condonación, o también reconocer la falta.

4. Al ejercerse la facultad de terminación unilateral termina el contrato ipso jure sin intervención judicial. No obstante, existiendo disputa, las partes pueden acudir a la jurisdicción, lo que descarta tomar justicia por mano propia.

Pertinente dejar sentado que la posibilidad reconocida por el orden jurídico a las partes para disponer la terminación unilateral del contrato por las causas y modalidades legales o contractuales (retracto, revocación, renuncia, denuncia de contrato a término indefinido, desistimiento unilateral, cláusulas resolutorias expresas o de terminación unilateral, o incontinenti, etc.), no conceden derecho alguno ni equivalen a tomar justicia por mano propia, menos excluyen el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción para decidir toda diferencia en torno a su eficacia, y ejercicio sin descarrío ni abusos.

Por lo tanto, todas las controversias a propósito de la eficacia de estas estipulaciones o el ejercicio de la prerrogativa legal o contractual, legitiman a las partes para acudir a los jueces competentes, a quienes corresponde su conocimiento y decisión definitiva.

Al respecto, la estipulación podrá contrariar una norma imperativa, resultar abusiva, comportar el ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, vulneración de la confianza legítima, el acto propio (venire contra factum proprium) o la buena fe, o incluso una conducta formalmente ajustada al ordenamiento jurídico o al contenido de la estipulación de terminación unilateral valorada en el marco fáctico concreto de circunstancias, puede devenir abusiva e ilegítima, o en las ad nutum, configurar ejercicio disfuncional, por ejemplo, para inferir intencionalmente un daño, aspectos que en función de la justicia, imponen cuidadoso examen del marco de circunstancias fáctico por los jueces dentro de su autonomía hermenéutica y la discreta valoración de los elementos de convicción.

El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos.”

Finalmente, la Corte termina sus consideraciones analizando la facultad y deber que tiene el juzgador para interpretar el contrato cuando la intención de las partes no es clara o existen problemas entre ellas al momento de interpretarlo. Nos abstenemos de reproducir los textos de la sentencia en este sentido por escapar totalmente al objeto de estudio de este trabajo, y no aportar ningún elemento de juicio nuevo a la discusión. Por último, La Corte decide no casar la sentencia como se denota de los apartes que se transcriben a continuación:

“Tampoco se observa un proceder abusivo e ilegítimo en el ejercicio de la facultad de enervar la prórroga automática de los contratos, toda vez que, se dio el preaviso en los treinta días anteriores al vencimiento del término inicial, expresándose que a su llegada terminaría el contrato, y aún más, si se quiere, los testimonios mostrados por el censor, ponen de presente manifiestas diferencias administrativas entre las partes, que en una relación de confianza como la generada por los contratos, serían bastantes para justificarla.

Como corolario, frustrada la acusación en torno a la interpretación del contrato, ausente los imputados yerros fácticos hermenéuticos, los restantes errores probatorios de hecho o de derecho, y los relativos a la segunda parte del reproche sobre el quantum

de los perjuicios, ciertamente carecen de trascendencia, porque sin incumplimiento no brota la responsabilidad contractual, y sin ésta, nada hay por resarcir o reparar.

7. *El cargo no prospera.*

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 3 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de Fernando González Luque, contra la Compañía Nacional de Microbuses Comnalmicros S.A”.

Pues bien, a modo de conclusión queremos resaltar nuevamente esta sentencia, toda vez que consideramos constituye un primer paso desde el cual comenzar a debatir seriamente el manejo que actualmente se le dan a estas cláusulas en nuestro país. Empero, como todo primer paso no está libre de tropezones o traspies. Es posible que parte de la doctrina o incluso algunos jueces no consideren esta sentencia como lo suficientemente sólida para dar vía libre a las cláusulas de terminación de pleno derecho, sin embargo, el solo hecho que se pueda comenzar a debatir jurisprudencialmente este tema significa un gran avance.

6. La autonomía de la voluntad y su influencia en la figura de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho

La autonomía de la voluntad es sin lugar a dudas, uno de los pilares del Derecho Privado, por lo tanto, su mención no puede ni debe obviarse cuando se están estudiando temas relacionados con el campo de las obligaciones y los contratos como en el presente caso. Por consiguiente, en este capítulo se analizará en principio, la teoría y concepto de la autonomía de la voluntad privada y posteriormente, se ahondará en su influencia en la Condición Resolutoria de Pleno Derecho.

La expresión autonomía privada, se encuentra conformada etimológicamente por los vocablos “*nomos*” que significa ley y “*autos*” que hace referencia a propio o mismo; por lo tanto, podemos definirla como aquella facultad de auto regulación a partir de la creación de

normas o leyes propias. Este postulado, formulado por la doctrina civilista francesa a mediados de los siglos XVIII y XIX, ha sido definido en reiterada jurisprudencia constitucional como “*El poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses.*” (Sentencia C-186/11)

Pues bien, el origen de la autonomía de la voluntad privada lo podemos encontrar en la teoría clásica de los derechos naturales del individuo, que se ha venido desarrollando desde la antigua Grecia. Por lo tanto, hace parte de aquellas libertades previas a la existencia del Estado de las cuales gozan los asociados. Con el devenir histórico, este principio liberal se fue reconociendo rápidamente por los ordenamientos jurídicos y con mayor razón por el *Code Civil* Francés. Esta concepción racionalista de la figura, construida alrededor de los postulados del Estado liberal, se vislumbraba en las siguientes características, las cuales enunciaremos a partir de lo mencionado en la sentencia arriba citada:

- El reconocimiento de una plena libertad para contratar o no, en principio en virtud del solo consentimiento.
- La libertad de los individuos de determinar el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres.
- La actividad negocial se dirigía exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual.
- En caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debía estarse a la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos.

Por lo anterior, el rol estatal se limitaba únicamente a:

- La consagración de una cláusula general que permitiera a los particulares ejercer su libertad contractual.
- La interpretación de la voluntad de los agentes en caso de duda o ambigüedad en los acuerdos de voluntades celebrados por los particulares.
- La sanción coercitiva en caso de su incumplimiento.

Sin embargo, a partir de mediados del siglo XIX con la introducción progresiva del Estado Social de Derecho y una mayor intervención de este en la economía, se fue morigerando la

concepción liberal del mismo, al igual que se restringió el principio de la autonomía de la libertad privada; en consecuencia, la libertad contractual de los particulares subsistió como regla general pero con algunas restricciones:

“(i) (...) cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.” (Sentencia C-186/11)

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano el principio en estudio encuentra sustento legal en el artículo 1602 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTICULO 1602. - “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

No obstante lo anterior, es a partir de la Carta Política de 1991 cuando este principio alcanzó rango constitucional, no en un único precepto, sino derivado de la interpretación sistemática de diferentes artículos consagrados en ella. A continuación enunciaremos los que se encuentran directamente relacionados con la libertad contractual:

Derecho a la propiedad privada:

ARTICULO 58. - <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

La libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa:

ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En sentencia de fecha 30 de Agosto de 2011 de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, analizada en el capítulo precedente, el magistrado ponente Dr. William Namén Vargas, destina buena parte de la providencia para discernir acerca del principio que nos encontramos desarrollando; considerando que la autonomía de la voluntad privada puede entenderse como:

“expresión de la libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el “Estado Social de Derecho” en tanto soportes del sistema democrático (Preámbulo, artículos 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política), confiere al sujeto iuris un poder para engendrar el negocio jurídico (negotium iuridicus, Rechtsgeschäft) rectius, acto dispositivo de intereses jurídicamente relevante.”

Ahora bien, es por la persona que encuentra justificación la existencia del ordenamiento jurídico, el cual le confiere a esta todos los elementos necesarios para disponer de sus intereses en aras de la satisfacción de sus designios o propósitos; así mismo, le permite “*disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato o “acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”*” (Sentencia 30 de Agosto de 2011)

Corolario a lo anterior, podemos afirmar con respecto a la libertad contractual, que el principio de la autonomía de la voluntad privada le otorga al sujeto de derecho los siguientes poderes o facultades:

- La posibilidad de contratar o no hacerlo
- La autonomía para seleccionar con quien contratar
- La escogencia del tipo contractual
- La opción de celebrar el contrato de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa
- La determinación para contratar directamente o mediante apoderado
- La elección de la expresión del acto dispositivo
- La autorización para determinar el contenido y estipulaciones de este, “*asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad*”. (Sentencia 30 de Agosto de 2011)

En ese orden de ideas, se destaca la trascendencia de la libertad contractual en el ejercicio de la contratación privada. Siendo ella el punto de origen desde donde nace, crece, se nutre y ramifica el enmarañado mundo de las estipulaciones contractuales, de las que la condición resolutoria emerge como fruto.

7. Validez Jurídica y Aplicación Práctica de la Cláusula Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana.

El objetivo general de este trabajo de investigación es determinar la validez jurídica y aplicación practica de la resolución de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda

urbana, y a partir de ese estudio, darle respuesta al problema jurídico planteado que es el siguiente:

¿Cuán viable es la estipulación de la condición resolutoria de pleno derecho, dentro del contrato de arrendamiento de vivienda urbana en Colombia, como alternativa jurídica y práctica al actual proceso de restitución de inmueble arrendado?

En este capítulo se desarrollará en primera medida la validez jurídica de la cláusula resolutoria de pleno derecho, para luego realizar lo propio con la posibilidad de aplicación práctica de la misma. En ese orden de ideas, lo dividiremos en los siguientes dos acápite:

- 1- Validez jurídica de la condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana.
- 2- Aplicación práctica de la cláusula resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana.

7.1 Validez Jurídica de la Cláusula Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana

En primera medida, es necesario retomar lo expuesto en el capítulo tercero del presente trabajo, específicamente lo concerniente a la naturaleza jurídica de los artículos que conforman la ley 820 de 2003. Como vimos, la ley en mención no consagra expresamente que sus artículos sean normas de orden público, como si lo hace el Código de Comercio en lo referente a las normas de arrendamiento del establecimiento comercial; por otra parte, la Ley 820 de 2003 permite que un gran número de disposiciones pueden ser modificadas por los contratantes y cuenta de ello dan sus artículos 5º, 18 y 19 entre otros.

Sin embargo, dado el carácter prohibitivo y procesal que tienen algunas de sus disposiciones, resulta obvio que en su articulado existen normas de orden público, sobre las cuales las partes no pueden estipular y son de obligatorio cumplimiento. En general, las concernientes al monto máximo de la renta, el procedimiento de pago por consignación, algunas

reglas sobre los servicios públicos, las prohibiciones a los depósitos y cauciones, y la indemnización por terminación unilateral.

En ese orden de ideas tenemos como primera conclusión previa y necesaria, que la ley 820 de 2003 al no ser de orden público en su totalidad, admite que parte de su clausulado sea sometido a variación por las partes; lo que incluye, por no estar prohibido, las formas de terminación y cláusulas resolutorias de pleno derecho.

Ahora bien, el hecho de no encontrarse prohibidas las estipulaciones contractuales sobre la forma de terminación del arrendamiento de vivienda urbana, no significa necesariamente que en este contrato sean válidas las condiciones resolutorias de pleno derecho, por lo que en este punto es indispensable retomar nuevamente parte de los argumentos desarrollados a lo largo del presente trabajo, con el fin de arribar a una conclusión lógica y fundamentada. En el capítulo quinto se analizó la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, adiada a 30 de agosto de 2011, donde se trató entre otros temas, la viabilidad de las cláusulas resolutorias de pleno derecho y las condiciones que estas deben reunir para su validez, que son:

- 1- Indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia faculta a las partes a terminar el contrato.
- 2- Determinación de la trascendencia del incumplimiento dentro de la cláusula.
- 3- Reciprocidad en el uso de la cláusula.
- 4- Preaviso razonable de la parte que pretende dar uso a la cláusula dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta.
- 5- Haber cumplido sus obligaciones o haber estado presto a cumplirlas.
- 6- Ceñirse siempre en el ejercicio de la cláusula a la buena fe contractual, sin llegar al abuso del derecho.

Luego entonces, siempre que la condición resolutoria de pleno derecho cumpla con estos seis requisitos debe aceptarse su validez jurídica; puesto que como se vio en el capítulo quinto, bajo estos lineamientos no implicaría abuso del derecho, ruptura del equilibrio contractual o derogación de la jurisdicción.

Posteriormente en el capítulo sexto se analizó la autonomía de la voluntad, así como sus alcances y limitaciones dentro de la contratación privada. Esto, toda vez que es el pilar principal por el que discurrieron los razonamientos de la Corte que sirvieron como sustento para concluir la viabilidad de las cláusulas resolutorias de pleno derecho, legitimando su uso en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana; máxime, teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad privada es la que faculta a los contratantes para disponer de sus intereses jurídicos y contractuales como a bien tengan, eso sí, siempre que estos respeten las buenas costumbres y el orden público.

Por lo tanto, consideramos que además de los seis requisitos establecidos por la Corte, es necesario agregar uno más que se encuentra implícito en estos y que se presupone. Este es el efectivo ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en la confección del contrato.

La condición resolutoria de pleno derecho implica de suyo la determinación de las obligaciones relevantes y las necesidades particulares de cada quien, por lo que para pregonarse su validez sería imposible tenerlas preestablecidas en un modelo genérico al que solo le faltara la firma y en el cual podrían pasar desapercibidas.

Dada la contundencia de estas cláusulas es imprescindible que los contratantes manifiesten expresamente su voluntad sobre ellas, así como absolutamente necesario que no quede duda en que efectivamente ambas partes las conocían y aceptaron sus efectos.

Tal vez a priori podría parecer desproporcionado la necesidad de una discusión especial sobre la cláusula de resolución de pleno derecho, pero es que no puede ser de otra forma. Lo anterior, puesto que al ser la voluntad privada su único sustento, esta no puede aparecer resquebrajada o endeble bajo ningún supuesto por que se corre el riesgo de que la cláusula colapse y no alcance sus efectos.

Pues bien, habiendo concluido la validez jurídica de la condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, es menester advertir un supuesto de

incumplimiento bajo el cual resulta improcedente esta cláusula. Este, es el incumplimiento en el pago del canon de arrendamiento, pero ¿Por qué es diferente el tratamiento del incumplimiento de esta obligación a las demás?

La respuesta a ese interrogante la encontramos en los capítulos segundo y cuarto de este trabajo, y no es más que una consecuencia de la evolución histórica de esta figura. En el Código de Don Andrés Bello en su artículo 1977 se habla de la posibilidad que tiene el arrendador de hacer cesar inmediatamente los efectos del contrato de arrendamiento por el incumplimiento del pago del canon; de hecho, el estudio de derecho comparado arrojó que en Chile este artículo se encuentra vigente y sirve como fundamento para terminar de pleno derecho el contrato de arrendamiento. Este artículo, al momento de adoptarse el Código de Bello en Colombia, fue reproducido de forma idéntica en el artículo 2035 del Código Civil Colombiano, y estuvo vigente hasta el año 2003 cuando fue derogado expresamente por la Ley 820 de ese año. Pues bien, de lo anterior es fácil colegir que al derogarse esta norma desaparece igualmente la capacidad de sustentar la terminación de pleno derecho por el incumplimiento en el pago del canon de arrendamiento, además que no tendría sentido y rayaría en la necedad volver a discutir los efectos de un supuesto que fue expresamente derogado. Demostrando el claro interés del legislador en prohibir la posibilidad de resolución de pleno derecho por el incumplimiento del pago del canon, puesto que si deseara tal efecto hubiera dejado incólume en ese entonces el artículo 2035 del Código Civil. Ahora bien, tal prohibición no se hace extensible a los demás supuestos de incumplimiento diferentes al pago del canon, los cuales consideramos válidos por todo lo expuesto hasta el momento.

Recapitulando, concluimos que es jurídicamente viable la condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana siempre y cuando:

- 1- Se cumplan las seis condiciones establecidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 30 de agosto de 2011.
- 2- Se evidencie en forma real, expresa e inequívoca el ejercicio de la voluntad privada de los contratantes al momento de pactar la condición resolutoria de pleno derecho.

- 3- Que la cláusula no verse sobre el incumplimiento de la obligación de pagar el canon de arrendamiento.

7.2 Aplicación Práctica de la Cláusula Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana

El rasgo más importante de estas cláusulas es la capacidad de desligar el vínculo jurídico sin necesidad de acudir a la vía judicial, por lo que es claro que a partir de ese momento el contrato no seguirá produciendo efectos. Sin embargo, subsiste el inconveniente de la necesidad de recuperar el inmueble dado en arrendamiento, si bien puede acontecer que el arrendatario acceda a la entrega pacífica del bien arrendado, en honor a sus estipulaciones contractuales y a la buena fe, no obstante, debemos reconocer que usualmente este no es el escenario más común y que la restitución del bien se torna larga y tortuosa.

Entonces, ¿Existe una alternativa para recuperar la tenencia del bien dado en arrendamiento evitando los procesos judiciales?

Debemos ser contundentes y afirmar sin rodeos que no existe actualmente un proceso que se acople totalmente a las necesidades que impone la condición resolutoria de pleno derecho, esto es, un procedimiento distinto al judicial para recuperar la tenencia del bien arrendado. Luego entonces lo más fácil sería concluir que no es posible llevar a la práctica en su totalidad los efectos que trae la condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento y que es necesaria la creación de un nuevo procedimiento para hacerla totalmente operante e indiscutible.

Empero, lo anterior no es óbice para tratar de formular una alternativa con los medios actuales. Como lo que se pretende es la restitución de la tenencia del bien, la vía más indicada dada la naturaleza del asunto es la vía policiva.

Con relación a la recuperación de la tenencia del bien inmueble arrendado existen tres acciones dentro del ordenamiento policivo tendientes a amparar la tenencia de un bien, por lo que podría encontrarse una respuesta plausible en ellas, estas son:

1. Los amparos de posesión o mera tenencia (art. 125 C.N.P.).

"La policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación".

Este supuesto no es de ayuda toda vez que la tenencia la depreca el arrendatario, por lo cual la legitimación por activa de la acción no corresponde al arrendador, quien no detenta la tenencia y a quien tampoco se le ha arrebatado.

2. El amparo domiciliario (art. 85 C.N.P.)

"El que insista permanecer en domicilio ajeno contra la voluntad de su morador, aunque hubiere entrado con el consentimiento de éste, será expelido por la policía".

Consideramos que esta norma por regla general no es útil a la solución del problema planteado. Observemos que se habla de domicilio ajeno y de morador, recordemos que el Código Civil en su artículo 76 define el domicilio como la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella. Por lo general, las reglas de la experiencia nos indican que quien da en arrendamiento un inmueble no reside en este, y mucho menos lo tiene como domicilio al no tener el ánimo de permanecer en él; por lo que no se cumplirían los supuestos de hecho para la acción policiva. Sin embargo, es posible que en algunos casos muy específicos, el supuesto fáctico de la norma se materialice en la realidad, veamos:

El artículo 4° de la Ley 820 de 2003 trata sobre la clasificación del contrato de arrendamiento de vivienda urbana y en su literal C establece lo siguiente:

"Clasificación. Los contratos de arrendamiento de vivienda urbana se clasifican de la siguiente forma, cualquiera que sea la estipulación al respecto:

c) Compartido. Cuando verse sobre el goce de una parte no independiente del inmueble que se arrienda, sobre el que se comparte el goce del resto del inmueble o parte de él con el arrendador o con otros arrendatarios” (Subrayas nuestras)

Por lo tanto, el inmueble arrendado es el domicilio del arrendador y a su vez este es su morador, por lo que en el evento de hacerse efectiva la cláusula resolutoria de pleno derecho (con los requisitos de validez ya expuestos) y presentándose la renuencia del arrendatario de abandonar el inmueble y morada del arrendador, al no existir ya un contrato por haberse terminado de pleno derecho, este último podría incoar la querrela policiva buscando el amparo a su derecho y el desalojo del arrendatario, evitando el proceso de restitución de inmueble arrendado.

Aunque consideramos esta una posibilidad real y cierta, presenta la desventaja que su campo de aplicación se encuentra extremadamente limitado a una clase específica y muy inusual de arrendamiento de vivienda urbana.

3. Lanzamiento por ocupación de hecho, creado por la Ley 57 de 1905 y regulado por el Decreto 992 de 1930.

“Artículo 15 del Decreto 992 de 1930: Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el jefe de policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca.”

Este artículo constituye a nuestro juicio la mejor alternativa para conseguir la restitución del inmueble arrendado, luego de hacerse efectiva la cláusula de terminación de pleno derecho.

La norma solo justifica la ocupación de hecho bajo dos supuestos; el primero, la existencia de un contrato de arrendamiento y el segundo, el consentimiento del arrendador. Obsérvese que en ausencia de cualquiera de estos requisitos la consecuencia necesaria es el

lanzamiento del ocupante del inmueble. Pues bien, al operar la cláusula de terminación de pleno derecho (con las condiciones dadas por la Corte) el contrato de arrendamiento deja de producir efectos inmediatamente, por tanto, la tenencia legítima del inmueble por parte del antiguo arrendatario que se fundamentaba en este desaparece, por no contar con respaldo jurídico alguno. ¿Qué contrato de arrendamiento exhibirá cuando este ya no existe en la vida jurídica?, En ese orden de ideas, tal tenencia arbitraria del inmueble deviene en una ocupación de hecho.

Cabe mencionar que la búsqueda de jurisprudencia en ese sentido resultó en extremo compleja, puesto que la puntualidad del tema hace difícil encontrar un pronunciamiento expreso sobre el punto en particular. Sin embargo, nuestra búsqueda arrojó como resultado la Sentencia del 30 de mayo de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, Referencia: 11001-3103-034-1999-03339-01.

En esta, el señor Hernando Rodríguez Holguín, demanda a la sociedad Agroindustrial Santa Ana Ltda. por un presunto incumplimiento del contrato de arrendamiento de local comercial. Los antecedentes relevantes son los siguientes:

“1. Mediante demanda que fue repartida al Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el actor, señor HERNANDO RODRÍGUEZ HOLGUÍN, propuso como pretensiones contra la sociedad demandada, AGROINDUSTRIAL SANTA ANA LTDA., en síntesis, que se declarara que entre ellos se celebró el 5 de octubre de 1994 un “contrato de arrendamiento para local comercial” respecto de una parte del predio denominado “El Otoño E”; que esa convención se encontraba vigente; que el actor fue despojado injustamente de la tenencia del mencionado inmueble; y que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a la demandada a restituírsele y a pagarle, por una parte, los perjuicios causados con el referido despojo, estimados en la suma de \$5.000.000,00 mensuales desde el 11 de agosto de 1998, fecha del desalojo, y, por otra, el valor de las mejoras que fueron plantadas en el predio “a ciencia y paciencia del arrendador”.

“2. Notificada de la admisión del libelo introductorio, la demandada se opuso a sus pretensiones y propuso las excepciones de fondo que denominó “inexistencia de contrato de arrendamiento terminó”(sic) por expiración del plazo acordado, debido al cumplimiento del objeto para el cual fue suscrito y por la falta de pago del canon. (...)

“4. El funcionario del conocimiento decidió la primera instancia con fallo de 19 de marzo de 2009, en el que negó prosperidad tanto a las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso, como a las contenidas en la de reconvención; declaró probadas las excepciones de “inexistencia de contrato de arrendamiento entre demandante y demandada por ausencia de precio real” y de “inexistencia del contrato de arrendamiento por ausencia de intención o falta de consentimiento”; y declaró “no probadas las excepciones alegadas por la parte demandada en la demanda de reconvención”.

“5. Apelada tal sentencia por la parte demandante original, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, mediante la suya, que emitió el 23 de octubre de 2009, la confirmó.

El ad quem apoyó su decisión en que sí existió contrato de arrendamiento “para local comercial”. Consideró, adicionalmente, que la destinación pactada fue la de la realización de “Estudios Preliminares y Promoción de Proyecto de Urbanización (...)” e indicó que no se demostró su incumplimiento por parte de la sociedad demandada, pues para la fecha en que se realizó el desalojo (11 de agosto de 1998), el contrato ya había finalizado, dado que ello tuvo ocurrencia a partir del 14 de diciembre de 1994.”

Resaltamos en este momento que lo que la parte demandada original alegó, consistió en la terminación del contrato por la llegada del término pactado. Por consiguiente, su defensa giró en torno a que al momento del proceso de lanzamiento por ocupación de hecho tal contrato de arrendamiento ya no existía y por lo tanto, se configuraban los supuestos para la ocupación de hecho y la consecuente protección policiva. Véase que tanto el juez de primera como el de alzada aceptaron tal planteamiento, el primero negando las pretensiones de la demanda y el segundo confirmando esta decisión. Sin embargo, veamos que dice la Corte al respecto en sus consideraciones:

“2. En lo tocante con el segundo cargo, destaca la Sala que la verdadera razón en que se afincó el Tribunal para negar las pretensiones de la demanda principal fue que no halló comprobado el segundo elemento estructural de la responsabilidad civil contractual, esto es, el incumplimiento culposo de la demandada, aserto que, a su vez, derivó de dos circunstancias específicas: a) que el término del contrato de arrendamiento finalizó el 14 de diciembre de 1994; y b) que, como consecuencia de lo anterior, el lanzamiento por ocupación de hecho, que tuvo lugar el 11 de

agosto de 1998, no pudo afectarlo, precisamente, por su antelada terminación. (Subrayas y negrillas nuestras)

La Corte, a pesar del deficiente recurso de casación expresamente identifica y avala los argumentos que usó el Tribunal para justificar su decisión, que no es otra que la tesis que hemos estado esgrimiendo en párrafos anteriores. ¿Son diferentes los efectos de la terminación del contrato por la llegada del plazo extintivo, de los derivados de la terminación por la operancia de la cláusula resolutoria de pleno derecho? En lo absoluto. Las consecuencias de una y otra son las mismas, es decir, la aniquilación del contrato y de sus efectos hacia el futuro, desde la ocurrencia de la condición o la llegada del plazo.

En ese orden de ideas, concluimos que sí es posible la aplicación práctica de la condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, sin perjuicio de que en el futuro se implementen nuevos mecanismos más acordes con la naturaleza y finalidad de estas cláusulas.

8. Conclusiones

Luego de haber estudiado la evolución histórica y naturaleza jurídica de la condición resolutoria de pleno derecho y del contrato de arrendamiento, así como el manejo dado a la cláusula resolutoria en el ámbito internacional; la validez de la misma, estructurada a partir del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Sentencia del 30 de Agosto de 2011 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. William Namén Vargas y los mecanismos existentes para llevar a buen recaudo sus efectos en la práctica, podemos dar respuesta a la pregunta de investigación planteada de la siguiente manera:

En cuanto a la viabilidad jurídica de la condición resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana en Colombia, queda demostrado que si es jurídicamente viable siempre y cuando:

- 1- Se cumplan las seis condiciones establecidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 30 de agosto de 2011.
- 2- Se evidencie en forma real, expresa e inequívoca el ejercicio de la voluntad privada de los contratantes al momento de pactar la condición resolutoria de pleno derecho.

- 3- Que la cláusula no verse sobre el incumplimiento de la obligación de pagar el canon de arrendamiento.

Por otra parte, como alternativa al actual proceso de restitución de inmueble arrendado, concluimos que si bien no existe un mecanismo ideal o pensado específicamente para la materialización de los efectos de la cláusula resolutoria de pleno derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, las consecuencias que se derivan de la misma permiten la posibilidad de utilizar la vía policiva como medio para su efectivización.

Finalmente, a pesar de que a priori la actividad del Juez se vea disminuida, no quiere decir esto que por lo tanto sea nula, puesto que de ser necesaria la revisión posterior de la restitución policiva del inmueble, estará llamado este a jugar un papel activo propendiendo siempre por el respeto a la buena fe, el orden público y la intención de los contratantes, toda vez que en un Estado Social de Derecho, la ilegalidad nunca será negociable.

9. Bibliografía

Carrizosa, J. M. (1987). 100 Años del Código Civil de la Nación- Simposio Internacional de Derecho Civil. (pp.12,13) Bogotá: Ministerio de Justicia.

Castilla, G. O. (1987). 100 Años del Código Civil de la Nación- Simposio Internacional de Derecho Civil. (pp. 39). Bogotá: Ministerio de Justicia.

Castrillon, V. (2010). El incumplimiento de las obligaciones. Revisat de la Facultad de Derecho de Mexico , Tomo LX (253).

Código Civil Alemán (BGB), Publicación en la Boletín del Reich el 24 de agosto de 1896, entró en vigor el 01 de enero de 1900, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

Código Civil Argentino, Ley 340 de 25 de septiembre de 1869, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de <http://www.codigocivilonline.com.ar/>

Código Civil Chileno, Ley de 14 de diciembre de 1855. (s.f.). Recuperado el 2 de Abril de 2014, de http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf

Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887. (s.f.). Recuperado el 3 de Abril de 2014, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Código Civil Español, Real Decreto de 24 de Julio de 1889, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>

Código Civil Francés, Ley de 21 de Marzo de 1804, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Código Civil Italiano, Decreto Real 16 de Marzo de 1942, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en material Federal, Publicado en el diario oficial de la Federación el 26 de Mayo de 1928, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/codigo_civil.pdf

Código Nacional de Policía, Decreto 1355 DE 1970. (s.f.). Recuperado el 18 de Mayo de 2014, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6945>

Constitución Política de Colombia de 1991, Recuperado el 18 de Mayo de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Derecho: pacto comisorio en el contrato de arrendamiento, Recuperado el 17 de Mayo de 2014 de: <http://angelacc.blogspot.com/2007/10/derecho-pacto-comisorio-en-el-contrato.html>

Durán, J. (2009) Estudio Crítico de la Ley 820 de 2003, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Enciclopedia Jurídica, 2013, Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/arrendamiento-rustico/arrendamiento-rustico.htm>

Gaitan Martínez, J., & Mantilla Espinosa, F. (2007). La Terminación del Contrato: Nuevas tendencias de Derecho Comparado. (pp. 417). Bogotá: Universidad del Rosario .

HERNANDO RODRÍGUEZ HOLGUÍN contra AGROINDUSTRIAL SANTA ANA LTDA.,
Ref.: 11001-3103-034-1999-03339-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 30 de Mayo de 2011).

Hinestrosa, F. (s.f.). (U. E. Colombia, Ed.) Recuperado el 3 de Abril de 2014, de
<http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp10/revPrivado10.pdf>

Lamarca, A. (s.f.). (2011) La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB, Barcelona.

Ley 820 de 2003. (s.f.). Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8738>

Ley 57 de 1905. (s.f.). Recuperado el 18 de Mayo de 2014, de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16034>

Ley 56 de 1985. (s.f.) Recuperado el 18 de Mayo de 2014, de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=278>

Lira, P. (1981). Andres Bello Obras Completas - Código civil de la República de Chile (pp.673-674). Caracas: Fundación de la Casa de Bello.

Luis Fernando Luque Contra Compañía Nacional de Microbuses, 11001-3103-012-1999-01957-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación 30 de Agosto de 2011).

Medellín, C. (2009) Lecciones de Derecho Romano. (pp. 303-304). Colombia. Legis Editores S.A.

Orjuela, C. (2000) El contrato de arrendamiento civil en Colombia y su normatividad vigente. Universidad de la Sabana, Chía, Colombia.

Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2005). Teoría General Del Contrato y Del Negocio Jurídico. (pp.535). Bogotá: Editorial Temis S.A.

- Panero, R. (2004). Derecho Romano. (pp. 566-567). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Petit, E. (1980). Tratado Elemental Derecho Romano. (pp. 398). Mexico, D.F: Editora Nacional, S.A.
- Petit, E. (1999). Tratado Elemental Derecho Romano. (pp. 372-375). Mexico, D.F: Editora Nacional, S.A.
- Pothier, R. (2002). Tratado de las Obligaciones. (pp.245). México D.F: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial.
- Ripert, G., & Boulanger, J. (1988). Tratado de Dereco Civil segun el tratado de Planiol.(pp.55-87) Buenos Aires : La Ley.
- Rubio, T. (11 de febrero de 1961). El Pacto Comisorio. El Pacto Comisorio . Murcia, España: Universidad de Murcia.
- Sáenz L., Cabrera M. & Leal H. (2008) Contrato de Arrendamiento y Proceso de Restitución de Inmueble (Lanzamiento). (pp. 7). Colombia. Leyer Editores Ltda.
- Sanchez, J. R. (1984). La resolución de los contratos por incumplimiento. Mexico: Editorial Porrúa, S.A.
- Sanchez, R. D. (2005). Resolución Contractual. Revista Peruana de Jurisprudencia.
- Sentencia de 19 de Febrero de 2009 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Referencia. Exp. T. No. 25000 22 13 000 2008 00294 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Sentencia C-186 de 2011de la Corte Constitucional M. P. Humberto Antonio Sierra Porto 16 de Marzo de 2011 Referencia: expediente D-8226
- Solé, J. (1996) Delimitación del objeto del contrato de arrendamiento de obras o servicios. Universidad autónoma de Barcelona, Barcelona, España.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2011). Derecho Civil Parte General y Personas Tomo 1(pp.40). Bogota: Temis.

