Carlos Alberto
Chinchilla Imbett
Mauro
Grondona
Editores

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales

Fernando Alarcón Rojas
Alberto Maria Benedetti
José Félix Chamie
Carlos Alberto Chinchilla Imbett
Andrea D'Angelo
Matteo Dellacasa
Mauro Grondona
Aída Patricia Hernández Silva
Jorge Herrera M.
Milagros Koteich Khatib
Margarita Morales Huertas
Pablo Moreno Cruz
Martha Lucía Neme Villarreal
Fabrizio Piraino
Paula Natalia Robles Bacca
Javier M. Rodríguez Olmos
Vincenzo Roppo

Universidad Externado de Colombia

CARLOS ALBERTO
CHINCHILLA IMBETT

MAURO
GRONDONA

Editores

INCUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

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

770 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905595

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

346 SCDD 15

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

febrero de 2021

ISBN 978-958-790-559-5

© 2021, carlos alberto chinchilla imbett y mauro grondona (editores)
© 2021, universidad externado de colombia
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

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

Matteo Dellacasa*

Incumplimiento recíproco y remedios contractuales: dentro y fuera del proceso

Sumario: 1. El incumplimiento recíproco: una prueba de fuego para los remedios sinalagmáticos. 2. Las relaciones entre los remedios aplicables ante el incumplimiento: la tutela del interés positivo como criterio ordenador. 3. Cuando ambos contratantes demandan la resolución (y el resarcimiento del daño): la individuación de la parte vencida en el derecho italiano. 4. *Continúa*. Cuando las demandas de resolución son igualmente fundadas. 5. … e igualmente infundadas: ¿pero es preciso distinguir? 6. El incumplimiento recíproco en el derecho colombiano: itinerarios diversos para una misma destinación. 7. Comparación entre Italia y Colombia: para una aplicación selectiva de los efectos que se desprenden de la excepción de incumplimiento. 8. Cuando a la demanda de resolución (y resarcimiento) se contrapone una acción de cumplimiento: los escenarios posibles. 9. Una conclusión. Los remedios contra el incumplimiento (de una sola o de ambas partes) y la meta del interés positivo. Bibliografía.

1. El incumplimiento recíproco: una prueba de fuego para los remedios sinalagmáticos

Los códigos civiles vigentes, en diversas partes del mundo, disciplinan los remedios sinalagmáticos asumiendo que la relación contractual ha sido alterada por el incumplimiento de solo una de las partes. El código civil italiano prevé que cuando, en un contrato bilateral, *uno* de los contratantes "no cumple sus obligaciones, el *otro* puede a su elección pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, salvo, en todo caso, el resarcimiento del daño" (art. 1453, inciso 1.°); el código civil colombiano dispone que "en caso de no cumplirse *por uno* de los contratantes lo pactado", "podrá *el otro*… pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios" (art. 1546); mientras en el *code civil* francés recientemente modificado se encuentra una disposición que identifica los remedios que pueden ser ejercidos por la parte "respecto de la cual el contrato no ha sido cumplido, o lo ha sido imperfectamente" (art. 1217).

El discurso de los intérpretes, respectivamente, se centra, por lo general, sobre la compleja relación que existe entre *parte fedele* e *inadempiente*,

---

* Profesor Ordinario de la Universidad de Pavía.
Traducción por María Elisa Camacho.

contratante cumplidor e *incumplidor, créancier* y *débiteur défaillant*, *aggrieved* y *non-performing party*, *vertragstreue Partei* y *vertragsbrüchige Partei*.

La formulación de las reglas que delimitan el régimen de los remedios contra el incumplimiento implica la adopción de una perspectiva esquemática, que permite identificar con claridad el rol de los sujetos involucrados en la controversia: a una parte incumplidora, que viola el contrato, se opone una parte fiel, legitimada para recurrir a determinados remedios.

Aunque esta formulación se encuentre abierta a la valoración de un amplio número de variables, que entran en juego en la relación entre las partes, las elaboraciones doctrinal y jurisprudencial no pueden prescindir del esquema diseñado sobre la antítesis entre el contratante incumplidor y aquel que –frustrado– invoca tutela. Así lo impone una elemental exigencia de inteligibilidad y claridad, que se presenta cada vez que el discurso se separa de la figura concreta para ganar un mayor nivel de abstracción.

Sin embargo, no es raro que ambas partes desconozcan las obligaciones asumidas con la celebración del contrato, imputándose recíprocamente el incumplimiento y ejerciendo las acciones correspondientes sobre el escenario procesal. Cuando ambos contratantes han perdido el interés en el cumplimiento del intercambio, la controversia se simplifica en la formulación de demandas contrapuestas de resolución, las cuales, comúnmente, son acompañadas por las correspondientes pretensiones de resarcimiento; pero si, en cambio, al menos una de las partes sigue interesada en recibir la prestación de la que es acreedora, es probable que a una demanda de resolución y resarcimiento se contraponga una acción de cumplimiento.

En la primera hipótesis, el resultado más racional de la controversia es, evidentemente, la disolución del contrato por mutuo consenso[1]. Aunque los costos de transacción necesarios para llegar al acuerdo de resolución sean elevados, ciertamente son inferiores a los gastos que se deben sostener en caso de recurrir a la vía judicial.

Sin embargo, no siempre las partes llegan a la resolución consensual del contrato. En general, ellas no solo pretenden liberarse de la relación alterada, sino también obtener el resarcimiento del daño como consecuencia del fracaso

---

1 Sobre este aspecto v., puntualmente, Sacco, R. y De Nova, G. *Il contratto,* Turín, UTET, 2016, pp. 1614: "El doble incumplimiento debería ser, entre personas civilizadas, la premisa para un mutuo disenso, y no debería dar lugar a litigios. Por el contrario, se puede constatar que nuestra Corte de Casación ha tenido que analizar, al menos ciento cuarenta veces desde la entrada en vigor del código, litigios que nacen del incumplimiento bilateral".

de la operación, que –injusta o justamente– sostienen haber sido provocado por el incumplimiento del otro contratante. Por lo tanto, si concuerdan sobre la disolución del vínculo, divergen sobre el resarcimiento del daño que surge como consecuencia de aquel: y es precisamente el estrecho entrelazamiento entre resolución y resarcimiento el que obstaculiza la obtención de un acuerdo idóneo para definir la controversia. Mientras que con relación a la oportunidad de resolver el contrato el conflicto parece fácil de dirimir, la negociación relacionada con el resarcimiento aparece obstaculizada por la inflexibilidad que sigue al fracaso de la operación económica y por las asimetrías informativas relacionadas con el impacto que el incumplimiento produce sobre los respectivos intereses[2]: en otros términos, a la obtención de un acuerdo se opone la dificultad de verificar las declaraciones de la contraparte con relación a los efectos que el incumplimiento ha producido sobre su esfera patrimonial y de valorar la viabilidad de las consiguientes pretensiones resarcitorias. Entonces, algunas veces ocurre que, a pesar de que las partes convergen sobre la necesidad de disolver la relación alterada y orientar en otras direcciones los recursos de los que disponen, la controversia, en todo caso, arriba al escenario procesal.

A pesar de esto, el incumplimiento recíproco no es objeto de una específica disciplina tanto en los sistemas jurídicos de área neolatina –por ejemplo, el francés, el colombiano y el italiano– como tampoco en aquellos del *common law*: en efecto, la ausencia de reglas expresamente orientadas a la solución de los problemas planteados por el incumplimiento bilateral es una constatación común entre los intérpretes de diversas nacionalidades[3]. Las razones

---

2 Sobre la relación entre asimetrías informativas y renegociación del contrato, *cfr.* Shavell, S. "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", 84 *Tex. L. Rev.*, 2006, pp. 831, 844; *id.*, *Foundations of Economic Analysis of Law,* Harvard University Press, 2004, p. 315.

3 Con referencia al derecho italiano, *cfr.* Sacco, R. y De Nova, G. *Il contratto,* cit., pp. 1614; Carnevali, U., Gabrielli, E. y Tamponi, M. *La risoluzione*, en *Tratt. dir. priv.*, Bessone, M. (dir.), xiii, Turín, Giappichelli, 2011, p. 115; Luminoso, A., Carnevali, U., y Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca,* Bolonia y Roma, Zanichelli y Ed.-Foro it., 1990, pp. 78; Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento, Art. 1453-1459. Comm. cod. civ. Schlesinger,* Milán, Giuffrè, 2007, pp. 364. Con relación al derecho colombiano, v., en doctrina, Chinchilla Imbett, C. A. *La excepción de incumplimento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 240; en jurisprudencia, v., recientemente, Cas. 5 de julio de 2019 (SC 1662-2019): "se sigue de lo expuesto, que el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, *como ninguna*

abstractamente concebibles son diversas. Tal vez el legislador, con un optimismo insólito, ha confiado en la resolución consensual del contrato[4]; más probablemente, ha considerado que los remedios construidos sobre el esquema del incumplimiento de una de las partes podrían adaptarse sin demasiada dificultad al caso del incumplimiento bilateral; sin duda, el legislador no se ha animado a intervenir por las características de la materia, afectada por múltiples variables y por tanto difícilmente compatible con reglas generales y abstractas como aquellas que tienen fuente legislativa.

Antes de tomar en consideración las relaciones existentes entre los remedios aplicables, es necesario observar que las cuestiones que plantea el incumplimiento recíproco constituyen el reflejo de la visión, propia de la edad contemporánea, que asigna al contrato la función de programar operaciones económicas destinadas a realizarse en el futuro. El contrato vincula a las partes aunque ellas aún no hayan hecho una inversión para el cumplimiento del negocio, de modo que sus efectos también pueden ser invocados por quien no ha cumplido las obligaciones asumidas con la conclusión del acuerdo, y contra quien no ha obtenido alguna ventaja de la ejecución del mismo[5]. Respectivamente, el resarcimiento que surge como consecuencia de la falta de

---

otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal". Consideraciones análogas se plantean en la motivación de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Chile: nos referimos a la sentencia del 3 de diciembre de 2003, *proceso de Centro Médico Dental Santa Marta contra Manuel Jesús Verdugo Barios*, rol. 512-2003: "no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas». En la jurisprudencia estadounidense, de manera no muy disímil, se observa que en ausencia de normas de carácter legislativo, el juez está obligado a resolver la controversia sobre la base de los principios que se desprenden de los precedentes. Nos referimos a el caso *Admiral Plastics V. Trueblood*, 436 F.2d 1335 (6th Cir, 1971): «The U.C.C. does not provide a remedy for the specific situation of a mutual breaching of a contract. We must therefore turn to other state principles of law and equity".

4 Esta es la hipótesis que podemos entrever en las palabras de Sacco, R. y De Nova, G. *Il contratto,* cit., pp. 1614: "El código no fue tan pesimista como para prever y regular el incumplimiento recíproco".

5 Para una reconstrucción nítida del itinerario que conduce a desvincular los efectos del contrato del requisito de la confianza –así como del presupuesto de la ventaja provista por la contraparte–, *cfr.* Farnsworth, A. *Contracts,* 4th ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2004, pp. 15 ss., 536 ss.; *id.*, *Changing Your Mind. The Law of Regretted Decisions, New Haven,* Yale University Press, 1998, pp. 55 ss. Sobre el punto v. también Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract, Cary*-North Carolina, Oxford University Press, 1995, pp. 444, el cual observa que los *expectation damages* –que salvaguardan el valor del vincula contractual– "can

cumplimiento del contrato no es proporcional a la confianza del contratante defraudado (interés negativo) –es decir, a los gastos en los que ha incurrido y a los negocios desaprovechados–, sino que se moldea conforme con la situación que se habría verificado en caso de que la operación económica plasmada por el contrato se hubiese realizada (intereses positivo)[6].

Entonces, no es necesario que la prestación se haya ejecutado –y que la contraparte haya obtenido una ventaja– para poder invocar los efectos del contrato y ejercer los remedios aplicables ante el incumplimiento. Ahora, si la parte que no ha ejecutado la prestación debida también puede exigir el cumplimiento de la prestación de la otra parte, o el resarcimiento del daño que se desprende del incumplimiento de la correspondiente obligación, se configura la eventualidad de que la controversia que llega al escenario procesal represente una relación incumplida por ambas partes.

No se trata –como se anticipó– de una eventualidad remota, pues es verídico que en una parte significativa de los litigios que tienen por objeto la aplicación de los remedios sinalagmáticos se aprecia que las partes se adeudan recíprocamente el resultado negativo del acuerdo y las responsabilidades que se desprenden de ello.

2. Las relaciones entre los remedios aplicables ante el incumplimiento: la tutela del interés positivo como criterio ordenador

Precisamente porque no constituye objeto de una disciplina específica, el tema al que he dedicado la presente contribución ofrece un buen punto de

---

be awarded even where there has been no action in reliance by the plaintiff, and no benefit received by the defendant".

6 La relación entre la preferencia reconocida por el resarcimiento del interés positivo y la moderna economía de mercado, basada sobre las contrataciones a término y a crédito, es evidenciada por Atiyah, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 398 ss., 455 ss. En igual sentido, con relación al derecho norteamericano, *cfr.* Horwitz, M. J. "The Historical Foundations of Modern Contract Law", *Harvard Law Review,* vol. 87, 1974, marzo, pp. 917, replanteado en Horwitz, M. J. *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 169 ss.; Fuller, L. y Perdue, W. "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale Law Journal, vol. 46,* 1936-1937, pp. 53, 59. En el contexto italiano, *cfr.* Barcellona, M. *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale,* Milán, Giuffrè, 1980, *passim,* esp. pp. 86 ss.

vista para analizar las relaciones entre los remedios contra el incumplimiento. Asimismo, brinda una perspectiva favorable para verificar la plausibilidad de algunas afirmaciones recurrentes en el discurso de los intérpretes.

En primer lugar, tomamos en consideración la relación entre *resolución* y *excepción de incumplimiento*. Los dos remedios tienen una fisionomía y funciones diversas, por lo que se estaría tentado a concluir que su interacción no es problemática: en efecto, es evidente que esos remedios responden a diversos niveles de tutela del contratante defraudado. La resolución disuelve el sinalagma, impidiendo definitivamente su ejecución, mientras que la parte que opone la excepción de incumplimiento se limita a suspender la ejecución de la prestación debida, estimulando a la otra parte al cumplimiento de la contraprestación: si esta última es ofrecida o cumplida, el excepcionante está obligado a cumplir y el sinalagma, en un primer momento suspendido, debe ser repristinado[7].

No obstante, si el contrato no es ejecutado por ambas partes, existe el riesgo de que los dos remedios hagan cortocircuito. Esto se produce, en particular, cuando las partes incumplen en igual medida y aducen como justificación de su propia conducta el incumplimiento de la otra parte: piénsese en la hipótesis en la cual las respectivas prestaciones, que no han sido de ninguna manera

---

7 *Cfr.* Gabrielli, E. "Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione". *Riv. dir. priv.*, 2014, pp. 23; Rossetti, M. *La risoluzione per inadempimento,* Milán. Giuffrè, 2012, pp. 438; Bianca, C. M. *Diritto civile*, v, *La responsabilità*, Milán, Giuffrè, 2012, pp. 374 s.; Roppo, V., *Il contratto,* Milán, Giuffrè, 2011, pp. 920; Benedetti, A. M. *Le autodifese contrattuali*, *Artt. 1460-1462. Comm. cod.* civ. Schlesinger, Milán, Giuffrè, 2011, *passim,* spec. pp. 23 s., 43 ss., 58 ss.; *id*., *L'eccezione di inadempimento,* en Visintini, G. (dir.), *Tratt. resp. contr.*, I, Padova, Cedam, 2009, pp. 634 s.; Tamponi, M. "La risoluzione per inadempimento", en Rescigno, P. y Gabrielli, E. (dirs.), *Tratt. Contr., I contratti in generale*, II, Turín, UTET, 2006, pp. 1782; Vecchi, P. "L'eccezione di inadempimento", en Mazzamuto, S. (dir.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo,* Turín, UTET, 2002, pp. 379; Bigliazzi Geri, L. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1460-1462. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bolonia y Roma, Zanichelli y Ed. Foro it., 1988, pp. 2; Dalmartello, A. "Eccezione di inadempimento", en *Noviss. Dig. it.,* VI, Turín, UTET, 1960, pp. 355. Esta opinión también se observa en la doctrina francesa: *cfr.* Malaurie, P., Aynès, L. y Stoffel-Munck, P. *Les obligations,* París, Defrénois, 2007, pp. 451; Larroumet, C. *Les Obligations. Le Contrat*, París, Economica, 2007, pp. 799 s.; Malinvaud, P. *Droit des obligations*, París, Litec, 2007, pp. 294 s.; Ghestin, J., "L'exception d'inexécution", en Fontaine, M. y Viney, G. (dirs.), *Les sanction d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruselas y París, Bruylant y LGDJ, 2001, pp. 13 s.; Ghestin, J., Jamin, C. y Billiau, M. "Les effets du contrat", en Ghestin, J. (dir.), *Traité de droit civil*, París, LGDJ, 2001, pp. 421. En la doctrina colombiana v. Chinchilla Imbett, C. A. *La excepción de incumplimento contractual. Estructura, función y límites*, cit., pp. 229 ss.

realizadas, sean simultáneamente exigibles y tengan igual relevancia en la economía de la relación de intercambio. Ahora, si fuera cierto que la excepción de incumplimiento *siempre* impide la resolución, en cuanto justifica la falta de ejecución de la prestación debida por el excepcionante *respecto de todas las consecuencias* que descienden del incumplimiento, tendríamos que concluir que el contrato igualmente incumplido no puede ser disuelto. El juez no podría pronunciar la resolución aunque hubiere verificado una alteración grave del sinalagma y sea evidente que este no será realizado porque ambas partes han perdido su interés en la operación económica. Como vemos, a tal conclusión se enderezaba la jurisprudencia colombiana[8] y se orienta todavía un sector de la jurisprudencia italiana[9].

Resultaría un régimen jurídico no solo apartado de la realidad jurídica, sino incluso antitético a esa: el resultado del proceso, que califica el contrato como vinculante y eficaz, choca con la conducta de las partes, que no han cumplido la relación y convergen sobre la oportunidad de su resolución. En cambio, puesto que la calidad del derecho sustancial y de aquel procesal se mide (no en su adecuación a cierta "realidad jurídica" diferente de aquella empírica, sino) en la capacidad de ofrecer soluciones equilibradas y coherentes a conflictos entre intereses contrapuestos, es necesario considerar que, cuando las partes coinciden en solicitar la disolución, el contrato bilateralmente incumplido debe ser resuelto.

La conclusión puede justificarse proponiendo una aplicación selectiva de los efectos que se desprenden de la excepción de incumplimiento, la cual asume diversos matices según los remedios con los cuales interactúa. Así, por ejemplo, justificando el incumplimiento de quien la opone, la excepción impide su condena a resarcir el daño; en cambio, no puede impedir la resolución sino cuando está dirigida a promover la realización del intercambio. El remedio no puede ser utilizado para mantener en vida, de manera artificial, un contrato gravemente alterado contra la voluntad de las mismas partes, aunque su función consista en favorecer el cumplimiento del sinalagma. Para que la *exceptio* pueda impedir la resolución de un contrato bilateralmente incumplido, es entonces necesario que dentro y fuera del proceso la parte que la opone haya manifestado un interés concreto en la realización de la operación económica.

---

8 V. *infra,* § 6.

9 V. *infra,* § 4.

En concreto, la excepción de incumplimiento no imposibilita la resolución de la relación (sino solo el resarcimiento del daño) en presencia de demandas contrapuestas de resolución; en cambio, puede impedir la resolución cuando el contratante que la opone pretende el cumplimiento, con la condición de que su conducta denote un interés real por el cumplimiento del intercambio.

En segundo lugar, el tema requiere una reflexión sobre la relación entre *resolución* y *resarcimiento del daño.* Ambos concurren a tutelar el interés positivo del contratante defraudado. Si esto es cierto para el resarcimiento –que reproduce "por equivalente" la situación prevista por el acuerdo de las partes–, también lo es con relación a la resolución. Liberando a la víctima del incumplimiento de la relación alterada y legitimándola en cambio a obtener la restitución de las prestaciones ejecutadas, tal restitución cubre las eventuales deficiencias del remedio resarcitorio; la resolución del vínculo, correlativamente, reduce la medida del resarcimiento en todo caso debido por la parte incumplidora, quien en virtud del sinalagma se encontraría constreñida a pagar –frente a una prestación que ya no satisface el interés del acreedor– el íntegro valor pecuniario de la prestación correlativa.

En definitiva, los dos remedios concurren a la realización del mismo resultado, por lo que cuando funcionan correctamente se evidencia una tendencial indiferencia entre cumplimiento e incumplimiento[10]. A pesar de esto, no deben ser considerados como si se tratase de una hendíadis, ni siquiera cuando son ejercidos de manera conjunta en el mismo contexto procesal.

La resolución reacciona ante una grave alteración del sinalagma. Si el contrato no ha sido cumplido, aquella exonera a ambas partes de la necesidad de sostener costos inútiles, en la medida en que están destinados a la ejecución de una prestación que ya no responde a los intereses de los respectivos acreedores; en cambio, cuando el contrato ha sido parcialmente ejecutado, el remedio permite recuperar, *in natura* o por el equivalente, bienes y servicios que no serían valorados de manera adecuada y neutralizar, gracias al mecanismo de las restituciones, los desequilibrios patrimoniales que se podrían desprender

---

10 Aquello de la indiferencia entre cumplimiento e incumplimiento es, observándolo bien, el objetivo al cual tienden *todos* los remedios que reaccionan ante el incumplimiento: en esta perspectiva se coloca la contribución de EISENBERG, M. A. "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law", 93 *Calif. L. Rev.* 975, 2005, el cual identifica los obstáculos de carácter jurídico y empírico que impiden el óptimo funcionamiento de los remedios contra el incumplimiento, precluyendo, frecuentemente, la obtención de dicho objetivo.

de una ejecución desigual de la relación. En definitiva, cuando ambas partes han perdido el interés en la realización del intercambio, no parece subsistir alguna razón plausible para negarles las ventajas que derivan de la aplicación del remedio, con la consecuencia de dilatar una relación mutuamente inoportuna.

En cambio, el resarcimiento del daño proyecta sobre el plano de los remedios el interés del contratante fiel en la realización del negocio: interés que es compensado mediante el pago de un equivalente pecuniario. Si, por lo tanto, se evidencia que tal interés ya no subsiste o no se ha concretado en una conducta compatible con el cumplimiento de la operación económica, el resarcimiento no puede ser reconocido. Entonces es bastante probable que en presencia de un incumplimiento bilateral el contrato se resuelva sin el correspondiente reconocimiento a un resarcimiento, en cuanto ninguna de las dos partes ha demostrado estar realmente interesada en la realización del negocio.

Por último, el incumplimiento recíproco nos permite observar un aspecto característico sobre la relación que existe entre *acción de resolución* y *acción de cumplimiento*. La relación entre los dos remedios usualmente es considerada en una perspectiva unidimensional y diacrónica, centrada sobre la posición del contratante defraudado: se trata de determinar si, y en qué condiciones, él pueda pedir la resolución después de haber demandado el cumplimiento, y viceversa (art. 1453, 2.º inciso c.c.). Por el contario, en este estudio, tal relación será analizada bajo una óptica bifocal y sincrónica: aquella necesaria para individuar en qué condiciones puede ser acogida una demanda de cumplimiento propuesta, en vía principal o reconvencional, frente a una acción de resolución ejercida por la contraparte.

Dado que también la acción de cumplimiento se dirige a salvaguardar –esta vez en forma específica– el interés positivo del contratante defraudado, se proponen nuevamente consideraciones análogas a aquellas apenas planteadas con relación al resarcimiento del daño. Si el comportamiento de quien exige el cumplimiento es compatible con la existencia de un interés real en el cumplimiento del intercambio, la acción merece ser acogida, aunque el incumplimiento aducido como fundamento de la demanda contrapuesta de resolución pueda justificar su adopción. Si en cambio la acción de cumplimiento ha sido precedida por una conducta incompatible con aquella necesaria para llevar a cabo la operación económica, el interés positivo de la parte que la ejercita no merece ser protegido, de modo que el contrato estará destinado a resolverse.

En definitiva, frente a la resolución, que disuelve la relación gravemente alterada, operan remedios que tienen la función de estimular, imponer o reproducir en términos monetarios (*id est*, por equivalente) la realización del

intercambio, protegiendo directa o indirectamente el interés positivo. La excepción de incumplimiento estimula la realización del intercambio, la acción de cumplimiento la impone, y el resarcimiento del daño la reproduce "por equivalente". Las relaciones entre tales remedios y la resolución dependen de la conducta que dentro y fuera del proceso ha tenido la parte que los invoca, paralelamente a la propia demanda de resolución o en antítesis a la pretensión resolutoria de la contraparte. Si tal conducta denota una seria actitud dirigida a realizar el intercambio, el interés positivo merece ser tutelado: las demandas de cumplimiento y resarcimiento serán acogidas, mientras que la acción contrapuesta de resolución será contrarrestada en forma eficaz con la excepción de incumplimiento. Si en cambio el comportamiento desplegado es incompatible con una seria predisposición para llevar a cabo la relación, el interés positivo no será protegido, con el correspondiente rechazo de las demandas de cumplimiento y resarcimiento y de la excepción de incumplimiento eventualmente opuesta: el contrato se disuelve sin el reconocimiento de un resarcimiento o incluso con la condena a resarcir el daño sufrido por la contraparte.

Una vez identificados los temas que componen el contexto del incumplimiento recíproco, pasemos ahora a examinar los modos en que son afrontados. En las páginas siguientes, consideraremos, en primer lugar, la eventualidad de que la controversia existente entre las partes converja en la propuesta de demandas contrapuestas de resolución y resarcimiento del daño, reconstruyendo las soluciones adoptadas en el derecho italiano (§§ 3-5) y en aquel colombiano (§ 6), para después proceder a una comparación entre esas (§ 7). Luego dedicaremos algunas reflexiones sobre la situación en la que a las demandas de resolución y resarcimiento propuestas por una de las partes, se contrapone la acción de cumplimiento por parte de la otra (§ 8). Finalmente, concluiremos este ensayo contextualizando los resultados alcanzados dentro del marco de los lineamientos que caracterizan la fisionomía del contrato en la edad contemporánea, cuando la función de la figura se convierte en aquella de programar operaciones económicas y su centro de gravedad se identifica con la protección del interés positivo (§ 9).

3. Cuando ambos contratantes demandan la resolución (y el resarcimiento del daño): individuación de la parte vencida en el derecho italiano

Con base en una orientación consolidada en la jurisprudencia italiana, cuando la controversia desemboca en el planteamiento de demandas de resolución contrapuestas –acompañadas, por lo general, de sus respectivas pretensiones de resarcimiento–, el juez identifica la parte que pierde el litigio valorando comparativamente el comportamiento de los contratantes[11]. Tal estimación es realizada de acuerdo con un método en el que se evalúan diversos criterios: la sucesión cronológica de los respectivos incumplimientos (siendo responsable por la falta de cumplimiento del intercambio el primer contratante que incumple), la subsistencia de una relación etiológica entre aquellos (el fracaso del negocio, atribuible a la parte que con su propio incumplimiento ha causado el de la otra), la comparación sobre su incidencia en la integridad del sinalagma (teniendo que considerarse responsable el contratante que ha comprometido de manera más relevante la realización de la operación económica). En virtud de este tercer parámetro –que podríamos definir "ponderador"–, la resolución y el resarcimiento del daño pueden ser imputados también a la parte que incumple en un segundo momento, en cuanto su prestación es exigible en un momento posterior, si provoca una violación del contrato desproporcionada respecto de aquella producida por la contraparte. La valoración comparativa de la gravedad de los respectivos incumplimientos puede subvertir el resultado que se desprendería de una aplicación mecánica del criterio cronológico[12].

---

11 V., entre muchas otras, Cas., 22 de mayo de 2019, n. 13827; Cas., 10 de mayo de 2019, n. 12549; Cas., 30 de mayo de 2017, n. 13627; Cas., 18 de septiembre de 2015, n. 18320; Cas., 11 de junio de 2013, n. 14648; Cas., 3 de julio de 2013, n. 16637, con nota de Della Chiesa, M., "Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto". *Contratti*, 2014, p. 363; Cas., 10 de octubre de 2011, n. 20743; Cas., 13 de diciembre 2010, n. 25159; Cas., 9 de junio de 2010, n. 13840; Cas., 24 de septiembre de 2009, n. 20614; Cas., 19 de noviembre de 2004, n. 21900; Cas., 17 de febrero de 2004, n. 3002; Cons. de Est., 10 dicembre 2012, n. 6297. En la jurisprudencia de mérito, *cfr.* App. Catania, 21 de marzo de 2019; App. Palermo, 25 de junio de 2012; App. Cagliari, 3 de junio de 2011; Trib. Roma, 13 de noviembre de 2018, *ivi*; Trib. de Milán, 9 de enero de 2018; Trib. Palermo, 12 de enero de 2015; Trib. Milán, 23 de septiembre de 2013; Trib. de Milán, 10 de abril de 2013; Trib. Bolonia, 10 de septiembre de 2012; Trib. Milán, 22 de abril de 2009 todas ampliamente en *Pluris*.

12 *Cfr.* Cas., 3 de julio de 2013, n. 16637; Cas., 10 de octubre de 2011, n. 20743; Cas., 13 de diciembre

La jurisprudencia no se preocupa demasiado en identificar el fundamento normativo de tal principio de derecho, que por lo tanto parece brotar de una necesidad lógica en vez que de una disposición legal. Sin embargo, si se observa atentamente, los criterios que orientan la valoración comparativa de la conducta de las partes –y la consiguiente imputación de la resolución y el resarcimiento del daño–, reproducen los lineamientos de la excepción de incumplimiento.

Es conveniente advertir que la comparación entre el comportamiento de las partes no es necesario cuando sólo una de las dos demandas de resolución es fundada, mientras que la otra no puede ser acogida por la ausencia de los presupuestos a los que la ley subordina la aplicación del remedio. Esto es lo que ocurre cuando solo uno de los dos contratantes que se imputan recíprocamente la resolución incurre en un incumplimiento grave (art. 1455 c.c.) o lo suficiente como para satisfacer los requisitos previstos para una eventual cláusula resolutiva expresa (art. 1456 c.c.).

Por el contrario, una valoración comparativa de la conducta de las partes se hace necesaria cuando el incumplimiento de ambas, aisladamente considerado, pudo haber incidido en la resolución del contrato. Para identificar el contratante cuya demanda de resolución y resarcimiento merecen ser acogidas, en cuanto su incumplimiento se encuentra legitimado frente al de la contraparte, son empleados los criterios que gobiernan la oponibilidad de la excepción de incumplimiento. Pierde el litigio el contratante cuyo incumplimiento justifica el del otro, en cuanto al concluir la comparación resulta anterior (la excepción de incumplimiento garantizando el respeto del orden de las prestaciones acordado por las partes[13]), causalmente determinante (no siendo oponible la excepción cuando los incumplimientos no están de alguna manera interconectados[14], o

---

de 2010, n. 25159; Cas., 24 de septiembre de 2009, n. 20614; Cas., 19 de noviembre de 2004, n. 21900; Cas., 17 de febrero de 2004, n. 2992 [con relación a demandas contrapuestas de resolución]; Trib. Salerno, 28 de julio de 2010; Trib. Vicenza, 16 de junio de 2010. En doctrina, *cfr.* Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento Art. 1453-1459,* cit., pp. 366; Carnevali, U., en Carnevali, U., Gabrielli, E., Tamponi, M. *La risoluzione*, cit., pp. 116; Luminoso, A., Carnevali, U., Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454*, cit., pp. 80.

13 Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco,* Nápoles, esi, 1990, pp. 26 ss.

14 *Cfr. ibidem*, pp. 28, quien comprende dentro de los presupuestos de la excepción de incumplimiento "la sucesión lógico-cronológica» de la «inejecución respecto de aquella de la contraparte". Por lo tanto, la excepción no es oponible cuando las partes se vuelven incumplidas de manera completamente independiente. El autor plantea la hipótesis en virtud de la cual, con base en un contrato de compraventa las partes deban entregar el bien debido y pagar el precio a los representantes de las respectivas contrapartes en el mismo momento, pero en

conciernen a relaciones obligatorias independientes entre ellas[15]), desproporcionado (siendo la proporcionalidad entre "incumplimiento justificante" e "incumplimiento justificado" un corolario del principio de buena fe[16]).

Aunque es cierto que el principio de derecho tradicionalmente reiterado por la jurisprudencia encuentra su propio fundamento normativo en la disciplina de la excepción de incumplimiento (art. 1460 c.c.), es preciso agregar que en presencia de demandas contrapuestas de resolución eso no incide sobre la suerte de la relación –destinada, de todas maneras, a resolverse–, sino sobre el resarcimiento del daño que surge como consecuencia de la resolución[17]. Como se anticipó, cuando solo una de las demandas se considera fundada el juez está obligado a acogerla y rechazar la otra, imputando a la parte vencida el resarcimiento del daño que surge de la disolución del vínculo: en esa eventualidad no se configura ni siquiera la necesidad de hacer una valoración comparativa del comportamiento de las partes. En cambio, esta última se vuelve necesaria cuando ambas demandas, consideradas de manera aislada, son susceptibles de ser acogidas. La excepción de incumplimiento y los criterios diseñados sobre esa no determinan, entonces, la suerte de la relación, siendo evidente que esa está destinada a resolverse. Su función es, más que todo, aquella de identificar la parte a la que debe ser imputado el resarcimiento del daño, o invirtiendo la perspectiva, la parte que merece ser puesta –por medio del resarcimiento del interés positivo– en la situación en la que se habría encontrado si el sinalagma se hubiese cumplido.

---

lugares diversos. Si el bien no es entregado y el precio no s pagado, la excepción no es oponible y ambas partes deben considerarse incumplidas. Más recientemente, en este mismo sentido, Carnevali, U., en Carnevali, U., Gabrielli, E., Tamponi, M. *La risoluzione*, cit., pp. 114, nt. 253.

15 *Cfr.* Cas., 17 de marzo de 2006, n. 5938; Trib. Bérgamo, 20 de febrero de 2019, de manera extensa en *Pluris*.

16 Sobre el punto v. Benedetti, A. M. *Le autodifese contrattuali,* cit., pp. 51; Roppo, V. *Il contratto,* 2.ª ed., cit., pp. 922 ss. En jurisprudencia v., entre muchas otras, Cas., 26 de julio de 2019, n. 20322; Cas., 25 de junio de 2019, n. 16918; Cas., secc. lab., 16 de enero de 2018, n. 836; Cas., 22 de septiembre de 2017, n. 22039; Cas., 14 de septiembre de 2017, n. 21315; Cas., 8 de noviembre de 2016, n. 22626.

17 Sobre el punto, Roppo, V., "Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto", en Consolo C., Pagni, I., Pagliantini S., Roppo, V. y Maugeri, M. R. (dirs.), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bolonia, Il Mulino, 2018, pp. 24; *id*., "A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto", ahora en *Il contratto del duemila,* 3.ª ed., Turín, Giappichelli, 2011, pp. 27 ss.

Cuando la controversia se plantea en sede judicial, y ambos contratantes demandan la resolución, la excepción de incumplimiento –que gobierna la valoración comparativa del comportamiento de las partes– no tiene la función de suspender la ejecución de la prestación y de estimular la realización del intercambio, por cuanto es evidente que el mismo no puede llevarse a cabo. Por el contrario, puesto que la operación económica ya no puede realizarse, porque las partes convergen sobre la oportunidad de liberarse del vínculo, los criterios modelados sobre la *exceptio* permiten determinar cuál de los contratantes tiene razón para ser puesto, mediante el resarcimiento del equivalente, en la situación en la que se habría encontrado si la relación hubiese sido cumplida.

De acuerdo con un enfoque "evolutivo" del comportamiento que las partes adoptan fuera del proceso, cuando aún no han optado por la disolución del vínculo, la excepción de incumplimiento induce al otro contratante a ejecutar la prestación debida, con el resultado de estimular el cumplimiento del intercambio. Bajo la óptica "retrospectiva" del juez llamado a decidir sobre las demandas contrapuestas de resolución, la excepción de incumplimiento desempeña la función de determinar cuál de las dos partes –teniendo en cuenta el fracaso definitivo de la operación– se encuentra legitimada para ser puesta en la situación en la que se habría encontrado en caso de que el negocio se hubiese realizado.

Si observamos atentamente, bajo ambos puntos de vista, la excepción de incumplimiento favorece el interés positivo de la parte fiel, cuyo comportamiento demuestra una concreta actitud dirigida a realizar el programa contractual. Tal perspectiva es abierta si se tiene en cuenta el comportamiento adoptado por las partes fuera del proceso, cuando las respectivas prestaciones se vuelven exigibles: en esta fase el sinalagma todavía puede ser llevado a cabo, no pudiéndose excluir que la contraparte del excepcionante ejecute la prestación debida para obtener la contraprestación. Por el contrario, resulta comprometida si se adopta el punto de vista del juez llamado a decidir sobre las demandas contrapuestas de resolución, cuando, frente a un contrato definitivamente incumplido, el interés positivo puede ser protegido solamente por medio del equivalente pecuniario mediante el resarcimiento del daño.

4. *CONTINÚA*. CUANDO LAS DEMANDAS DE RESOLUCIÓN SON IGUALMENTE FUNDADAS

Algunas veces puede ocurrir que no sea posible identificar el contratante que ha causado el fracaso de la operación, en cuanto, a la luz de los criterios

indicados, ambas partes resultan incumplidoras en igual medida: por lo tanto, las demandas contrapuestas de resolución son igualmente fundadas.

Sobre este punto, la jurisprudencia italiana no ha asumido una posición unívoca. Frente a sentencias que pronuncian la disolución del contrato[18], otras rechazan ambas demandas de resolución, considerando que esta no puede ser pronunciada cuando las partes concurren en igual medida a la falta de cumplimiento del intercambio[19], o consideran un error lógico el hecho de que la valoración comparativa de la conducta de las partes pueda arrojar como resultado una equiparación de sus conductas[20]: evidentemente no se concibe que la controversia concluya en definitiva con la resolución de la relación alterada.

La doctrina en materia civil se encuentra de acuerdo en valorar críticamente la segunda orientación acogida por la jurisprudencia, pues considera que, si se subordina la resolución del contrato a la identificación de la parte "que más ha incumplido", eso asigna al remedio un carácter sancionatorio. Sin embargo, la resolución lo que hace es reaccionar ante una alteración significativa del sinalagma, que justifica la liberación de las partes, de las obligaciones asumidas

---

18 *Cfr.* Cas., 18 de septiembre de 2015, n. 18320 (la máxima oficial es engañosa, en cuanto representa ambas demandas de resolución como rechazadas; en realidad, la S.C. confirma la sentencia de segundo grado que había *declarado resuelto* el contrato considerando infundadas *las demandas de resarcimiento* de ambas partes); App. Nápoles, 18 de julio de 2013, de manera extensa en *Pluris*; Trib. Milán, 10 de agosto de 2009, en *Imm. propr.*, 2010, p. 191.

19 *Cfr.* Cas., 3 de febrero de 2015, n. 1904; Cas., 9 de junio de 2010, n. 13840; Cas., 3 de enero de 2002, n. 27; Cas., 15 de julio de 1971, n. 2303, en *Foro it.,* 1971, I, c. 2167; Trib. Grosseto, 17 de septiembre de 2016, de manera amplia en *Pluris* (*obiter,* siendo la resolución imputada a la parte que encarga un contrato de obra).

20 *Cfr.* Cas., 11 de junio de 2013, n. 14648, con nota de Cecchetto, A. "Risoluzione del contratto ed inadempimenti reciproci: alcune considerazioni critiche". *Foro pad.,* 2014, I, c. 18. Como se lee en la motivación, mientras es posible que la indagación dirigida a identificar la parte a la cual deba ser imputado el fracaso de la operación «arroje un resultado negativo para ambas demandas o excepciones recíprocamente propuestas, en el sentido de que los incumplimientos aducidos no subsistan o no reflejen la gravedad requerida por el art. 1455 del c.c. para la resolución del contrato, de tal manera que las demandas contrapuestas o las excepciones deban ser rechazadas, es innegable, por el contrario, la hipótesis opuesta. En efecto, en los contratos bilaterales no se le permite al juez de mérito pronunciar la resolución del contrato de acuerdo con lo previsto en el art. 1453 del c.c., o de considerar la legitimidad para rechazar el cumplimiento según el art. 1460 del c.c., a favor de ambas partes, porque la valoración de la culpa en el incumplimiento tiene un carácter unitario y el incumplimiento debe ser imputado exclusivamente a aquel contratante que, con su propio comportamiento prevalentemente culpable, haya alterado el nexo de reciprocidad que liga las obligaciones asumidas con el contrato, dando lugar el incumplimiento justificado de la otra parte». En iguales términos la motivación de Cas., del 3 de enero de 2002, n. 27.

con la conclusión del contrato y la restitución de las prestaciones ejecutadas, prescindiendo de la necesidad de identificar cual de ellas sea responsable del fracaso de la operación[21]. En otros términos, en el momento en que se toma una decisión sobre la resolución, el juez no está obligado a individuar la parte que comparativamente más incumplió, sino solo a verificar la subsistencia de un incumplimiento idóneo para provocar una grave alteración de la relación de intercambio. Para convalidar esta conclusión, basta con observar que el remedio no se dirige a sancionar a *uno de los dos contratantes*, sino a liberar a *ambos* de las obligaciones asumidas con la conclusión del contrato y a permitir la restitución de las prestaciones respectivamente ejecutadas.

Si, sobre la suerte de las demandas contrapuestas de resolución la doctrina converge, considerando ambas merecedoras de adopción, se observan posiciones diversas con relación a las pretensiones de resarcimiento simultáneamente ejercidas por las partes. Con base en una primera opinión, ninguno de los contratantes podría obtener el resarcimiento del daño que se desprende de la resolución del contrato en la medida en que ha contribuido a producirla con su propio incumplimiento, el cual ha determinado, como el de la contraparte, la falta de realización del intercambio. En presencia de demandas de resolución igualmente fundadas, sería resarcible solamente el daño que no deriva de la disolución de la relación, como aquel que el incumplimiento ocasiona al acreedor o a sus intereses patrimoniales ajenos a la esfera del contrato[22]. Otros consideran que ambos contratantes, en la medida en que han incumplido, están obligados a resarcir el daño que se desprende de la resolución, sin perjuicio de la posibilidad de que las respectivas obligaciones sean compensadas en sede judicial[23].

---

21 *Cfr.* Sacco, R. y De Nova, G. *Il contratto,* cit., pp. 1615 ss.; Iorio, G. "La sorte del contratto di fronte a contrapposte domande di risoluzione per inadempimento", *Contratti,* 2015, pp. 569 ss.; ROPPO, V. *Il contratto,* 2ª ed., cit., pp. 915; Cristiano, F. "Mutuo dissenso e domande reciproche di risoluzione per inadempimento", *Contratti,* 2010, pp. 786; Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento Art. 1453-1459,* cit., pp. 369; Consolo, C. "Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento", *Riv. dir. civ.,* 1995, I, pp. 333 ss.; Luminoso, A., Carnevali, U., Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454,* cit., pp. 113 ss.

22 *Cfr.* Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco,* cit., pp. 118 ss. En la jurisprudencia v. una solución análoga en Cas., 27 de septiembre de 2016, n. 18932: "el juicio que se forma sobre la paridad en la gravedad de los incumplimientos no permite la atribución, incluso con fines resarcitorios, de un incumplimiento culpable, el cual constituye el elemento que fundamenta el juicio de responsabilidad"; Cas., 13 de junio de 1977, n. 2279.

23 *Cfr.* Consolo, C. "Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento", cit.,

Quien escribe comparte las críticas expresadas en la doctrina respecto de la orientación que excluye la resolución del contrato igualmente incumplido. El remedio no tiene la función de sancionar al contratante al que le es imputable el fracaso de la operación, sino que está dirigido a liberar a las partes de una relación gravemente alterada y a permitir la restitución de las prestaciones ejecutadas.

Sin embargo, la cuestión requiere algunas consideraciones ulteriores, a la luz de las cuales consideramos necesario concluir que el contrato igualmente incumplido está destinado a resolverse sin que ninguna de las partes pueda exigir el resarcimiento del daño derivado de la falta de realización del intercambio. En otros términos, el resultado de la controversia se identifica con una resolución sin resarcimiento.

En primer lugar, es preciso corroborar que la resolución por incumplimiento y el resarcimiento del daño son remedios distintos tanto en sus presupuestos como en sus funciones, de manera que las demandas por medio de las cuales se ejercen dentro del contexto procesal pueden tener una suerte diversa. El resarcimiento busca compensar a la parte que sufre el incumplimiento por la falta de realización del intercambio y presupone, por lo tanto, que aquella haya demostrado que estaba efectivamente interesada en la realización de la operación económica. En cambio, la resolución opera ante el mal funcionamiento del sinalagma, liberando a ambas partes de sus respectivas obligaciones (lo que permite evitar los costos que de otra manera serían necesarios para realizar una operación que ya no responde a aquella programada) y legitimándolas a obtener la restitución de las prestaciones cumplidas (lo que permite recuperar los valores que de otra manera estarían destinados a realizar un intercambio gravemente alterado). A diferencia del resarcimiento, que siendo objeto de una obligación empobrece el patrimonio de *una de las partes* en ventaja del patrimonio de la otra, la resolución incide sobre la esfera de *ambos contratantes.* Por lo tanto, debe considerarse que la resolución puede declararse, aunque no sea posible determinar a cuál de las dos partes sea imputable el fracaso de la operación. Por otra parte, los contratantes convergen sobre la oportunidad de no continuar con la relación alterada: una eventual sentencia de rechazo tendría consecuencias paradójicas, en cuanto dilataría un vínculo en el que ambas

---

pp. 333 ss.; Luminoso, A., Carnevali, U., Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454,* cit., pp. 28 ss., nt. 3.

partes han perdido interés, inmovilizando los recursos de los que disponen e impidiendo la recuperación de las prestaciones eventualmente ejecutadas.

En cambio, la orientación aquí criticada le resta autonomía a los dos remedios y considerando la resolución y el resarcimiento como si fueran una hendíadis, parece concebir la primera como un accesorio del segundo. Por lo que al no ser posible identificar la parte a la cual es imputable el fracaso de la operación – porque los incumplimientos son iguales, y las partes resultan igualmente desinteresadas en el cumplimiento de la relación – el contrato no se resuelve, sin resarcimiento, no hay resolución.

El escenario posterior al pronunciamiento de la sentencia que rechaza la resolución es realmente singular: pues aunque las partes hayan manifestado claramente la voluntad de liberarse de la relación alterada pidiendo la resolución, el contrato es formalmente vinculante y eficaz. En la mejor, y más probable de las hipótesis, la sentencia será simplemente ignorada, quedando el contrato inejecutado en la práctica: pero una solución que se pronostica será llanamente desatendida, no puede considerarse satisfactoria[24].

Se podría objetar que la sentencia de rechazo es la consecuencia de una aplicación rigurosa y lineal de la excepción de incumplimiento. Dado que los contratantes han contribuido en igual medida a la falta de ejecución de la relación, los respectivos incumplimientos se encuentran justificados, de modo que el juez no puede imputar a ninguno de ellos el resarcimiento del daño ni pronunciar la resolución. Por otra parte, se afirma de manera reiterada en la jurisprudencia[25] y en la doctrina[26] que la excepción de incumplimiento no solo impide la condena a cumplir, sino también la resolución del contrato.

---

24 En efecto, la misma jurisprudencia considera justificada la conducta de la parte que como consecuencia del rechazo de las demandas contrapuestas de resolución se niega a cumplir el contrato. *Cfr.* App. Lecce., 25 de febrero de 2013, *Foro it*., 2013, I, c., pp. 1669: "Con posterioridad a la cosa juzgada de la sentencia por medio de la cual se habían rechazado las demandas recíprocas de resolución de un contrato preliminar, debe considerarse justificado el incumplimiento de la parte que ya no tiene interés en la ejecución del contrato, habiendo pasado el término establecido para la prestación de la contraparte, considerado esencial o de todas formas de una importancia no escasa".

25 *Cfr.* Cas., 14 de marzo de 2011, n. 5933; Cas., 28 de marzo de 2001, n. 4529, *Contratti,* 2001, pp. 753, con comentario de Carnevali, U. *Preliminare di compravendita e sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione*; Cas., 13 de abril de 2000, n. 4809; Cas., 11 de agosto de 1997, n. 7480; Cas., 13 de julio de 1982, n. 4122.

26 *Cfr.* Gabrielli, E. "Risoluzione del contratto per inadempimento. Domanda di risoluzione per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue"*, Giur. it.,* 2018, pp. 47; Benedetti, A. M. *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 25; Roppo, V. *Il contratto,* 2.ª ed., cit., pp. 920;

No obstante, la cuestión no puede ser plenamente compartida. Desde luego, la excepción de incumplimiento promovida por partes que recíprocamente han incumplido paraliza el resarcimiento del daño: si se opone de manera fundada, impide imputar a las partes las consecuencias que se desprenden de la falta de realización del intercambio. En cambio, la misma excepción no puede imposibilitar la adopción de las demandas de resolución propuestas por ambas partes: en efecto, si su función es aquella de suspender la prestación debida por el excepcionante –e induciendo a la contraparte a cumplir, favorecer la realización del intercambio–, en este ámbito vendría utilizada para mantener artificialmente en vida una relación irremediablemente alterada. Entonces sería evidentemente contradictoria –es decir, contraria a la buena fe (art. 1460, 2.º inciso c.c.)– la pretensión de evitar la disolución del contrato manifestada por aquella misma parte que pide la resolución.

En definitiva, la excepción de incumplimiento puede impedir la resolución cuando dentro y fuera del proceso la parte que la opone manifiesta de manera seria y auténtica una actitud dirigida al cumplimiento de la relación: esto es lo que sucede, como veremos, cuando la excepción se combina con una acción de cumplimiento y el comportamiento global de quien la opone, demuestra que está realmente interesado en el negocio. Si en cambio el contratante que propone la excepción manifiesta una conducta incompatible con el cumplimiento del intercambio –como ocurre cuando demanda la resolución–, la misma excepción impide la condena a resarcir el daño, pero no la disolución del contrato.

Aunque es cierto que en la hipótesis considerada el contrato está destinado a resolverse, a ninguna de las partes corresponde el resarcimiento del daño derivado de la falta de realización del intercambio, de modo que el resultado de la controversia se identifica con una resolución sin resarcimiento.

Como se ha observado de manera persuasiva, ninguno de los contratantes puede exigir el resarcimiento del daño "de resolución" en cuanto su propio incumplimiento ha sido suficiente para provocarla: el incumplimiento resolutorio de cada una de las partes interrumpe el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la contraparte y el daño que se desprende de la disolución del contrato[27].

Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento Art. 1453-1459*, cit., pp. 365; Bigliazzi Geri, L. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1460-1462*, cit., pp. 45 ss.

27 *Cfr.* Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco,* cit., pp. 118 ss.

La solución puede encontrar su justificación en un argumento ulterior, centrado en el análisis del comportamiento de las partes. Si es cierto que estas últimas han incumplido de igual manera, ninguna de ellas ha ejecutado u ofrecido la prestación adoptando modalidades y tiempos compatibles con la realización de la operación económica programada en el contrato. Ejecutando u ofreciendo la prestación antes de que la relación resultara gravemente alterada, cada una de las partes habría neutralizado la excepción de incumplimiento del otro contratante (art. 1460 c.c.), al cual, por lo tanto, habrían sido imputados tanto la resolución como el resarcimiento del daño. Si esto no ha tenido lugar, se puede considerar que ambas partes no han concebido suficiente para ejecutar u ofrecer su prestación debida, la posibilidad de recibir la prestación esperada, demostrando así no estar realmente interesadas en la realización del intercambio. De modo que, en definitiva, ninguna de ellas tiene razón en exigir el resarcimiento del daño para proteger el propio interés positivo.

5. ... e igualmente infundadas: ¿pero es preciso distinguir?

En la práctica del derecho se advierte una tercera hipótesis, diferente de aquella examinada antes, en cuanto tendría lugar cuando ambas demandas de resolución son igualmente infundadas. Puede suceder que hayan sido propuestas de manera prematura, siendo imputable a ambos contratantes un retardo que no sea grave; que las partes hayan cumplido de forma levemente inexacta (aunque la eventualidad es un poco improbable, siendo en cambio más factible que al menos una de ellas –y especialmente el deudor de la prestación no pecuniaria– exija el pago del precio); de tal forma que, nuevamente, a la falta de fundamento de las dos demandas le siga el juego de las excepciones de incumplimiento, las cuales, opuestas recíprocamente, parecen legitimar la conducta de ambas partes.

Sobre este punto la jurisprudencia es inestable. En algunas ocasiones declara la resolución sin reconocer el resarcimiento. Dado que no se verifica en cabeza de ninguna de las dos partes un incumplimiento idóneo como para justificar la resolución, el fundamento de la misma se extrae de un acuerdo implícito que se desprende a su vez de la interposición de demandas contrapuestas de resolución (mutuo consenso) [28] y –como alternativa o por añadidura– de

28 *Cfr.* Cas., 19 de marzo de 2018, n. 6675; Cas., 19 de diciembre de 2014, n. 26907, con comentario

la imposibilidad de cumplir el contrato como consecuencia de los efectos impeditivos de las dos acciones[29]: con base en el art. 1453 del c.c. la demanda de resolución impide al actor exigir el cumplimiento (inciso 1.º) y al demandado exigir la prestación (inciso 2.º), de tal manera que, cuando ambos contratantes la proponen, la realización del intercambio resulta comprometida[30]. Esta orientación no es acogida en otros pronunciamientos, en los que se considera que la resolución fundada sobre el mutuo consenso o sobre la imposibilidad de cumplir la relación contrasta con el principio de congruencia entre lo pedido y lo resuelto (art. 112 c.p.c.): en efecto, la resolución es pronunciada sobre la base de un hecho diverso del incumplimiento que las partes deducen como fundamento de sus respectivas demandas[31]. Para evitar incurrir en la violación de la normatividad procesal, el juez que considera infundadas ambas demandas está obligado a rechazarlas: con la consecuencia de que el contrato respecto del cual las partes piden la resolución sigue siendo vinculante y eficaz.

---

de Iorio, G. "La sorte del contratto di fronte a contrapposte domande di risoluzione per inadempimento", *Contratti,* 2015, p. 569; Trib. Pescara, 22 de mayo de 2018, de manera extensa en *Pluris*; Trib. Milán, 28 de febrero de 2013, en *Imm. propr.,* 2013, p. 536; Coll. Arb. Florencia, 2 de julio de 1991 (Pedata *Pres.*, Bigliardi, Franceschi), con comentario de Criscuolo, F., "Contrapposte domande di risoluzione per reciproco preteso inadempimento e cessazione degli effetti del contratto per mutuo dissenso". *Riv. arbitrato,* 1993, pp. 111 ss.

29 *Cfr.* Cas., 3 de julio de 2013, n. 16637, cit.; Cas., 18 de mayo de 2005, n. 10389; Cas., 24 de noviembre de 2000, n. 15167; Cas., 4 de abril de 2000, n. 4089; Cas., 18 de junio de 1982, n. 3744. En la jurisprudencia de mérito, *cfr.* App. Palermo, 14 de junio de 2017; App. Catania, 13 de enero de 2009; App. Roma, 8 de noviembre de 2007; Trib. Cassino, 23 de agosto de 2016; Trib. Reggio Emilia, 31 de octubre de 2013; Trib. Roma, 12 de julio de 2011, todas de manera extensa en *Pluris.*

30 Solo algunas sentencias de mérito reconocen los extremos del mutuo consenso en la inercia prolongada de las partes – por lo tanto, en su conducta extrajudicial – rechazando con base en esto las demandas que presuponen la eficacia del contrato: *cfr.* Trib. Milán, 16 de julio de 2014, de manera extensa en *Pluris*; Trib. Plasencia, 9 de marzo de 2010, con comentario de Cristiano, F. "Mutuo dissenso e domande reciproche di risoluzione per inadempimento". *Contratti*, 2010, pp. 785. Como tendremos la oportunidad de comprobar, dicha orientación, marginal en la jurisprudencia italiana, se afirma con mayor fuerza en la jurisprudencia colombiana y en la estadounidense.

31 *Cfr.* Cas., 5 de junio de 2018, n. 14409; Cas., 17 de julio de 2017, n. 17665, con comentario de Cerri, F., "Reciproche domande di risoluzione per inadempimento e mutuo dissenso*:* electa una via non datur recursus ad alteram", *Corr. giur.,* 2018, pp. 1378, y comentario de Gabrielli, E., "Risoluzione del contratto per inadempimento. Domanda di risoluzione per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue", *Giur. it.,* 2018, pp. 47; Cas., 16 de febrero de 2016, n. 2984; Cas., 6 de noviembre de 2014, n. 23702; Cas., 25 de febrero de 2014, n. 4493; Cas., 8 de julio de 1983, n. 4600; Cas., secc. un., 15 de enero de 1983, n. 329, *Foro it.,* 1983, I, c. 654.

Tampoco en la doctrina se percibe una orientación unívoca. Con base en una primera opinión autorizada, el contrato está destinado inevitablemente a disolverse: si la resolución solicitada por ambas partes fuera negada, el proceso tendría un resultado paradójico, en cuanto los contratantes estarían obligados a cumplir una relación cuya disolución es auspiciada por ambos de manera unánime[32]. De llegar a compartir esta posición, podemos agregar que es muy probable que la sentencia que rechaza las pretensiones sea respetada por las partes en la medida en la cual excluye el resarcimiento del daño que se desprende de la resolución; mientras que será sustancialmente ignorada en aquello que concierne a la resolución, no siendo real la hipótesis de que como consecuencia de la decisión la relación contractual sea llevada a cabo.

De acuerdo con otras voces doctrinales, cuando ambas demandas de resolución son infundadas, el juez está obligado a rechazarlas. Si, por una parte, en ausencia de los presupuestos previstos por la ley, no puede ser pronunciada la resolución por incumplimiento[33], por otra, una declaratoria de disolución del contrato por mutuo consenso o por imposibilidad sobrevenida de las prestaciones violaría el principio de congruencia entre lo pedido y lo resuelto (art. 112 c.p.c.)[34].

Dicho principio garantiza el respeto de la voluntad de las partes contra eventuales interferencias judiciales y asegura la adhesión de la tutela jurisdiccional a los intereses que se pretenden hacer valer en sede procesal. Se observa

---

32 *Cfr.* Roppo, V., *Il contratto,* 2ª ed., cit., p. 915. Favorable a admitir la resolución del contrato por mutuo consenso, en virtud de los efectos impeditivos producidos por las demandas enfrentadas de resolución, Galgano, F. *Diritto civile e commerciale,* 4ª ed., II, 1, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale,* Padova, Cedam, 2004, pp. 567.

33 Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento Art. 1453-1459,* cit., pp. 373; Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco*, cit., pp. 49 ss.

34 *Cfr.* Iorio, G. "La sorte del contratto di fronte a contrapposte domande di risoluzione per inadempimento", cit., pp. 569 ss.; Gabrielli, E. "Risoluzione del contratto per inadempimento. Domanda di risoluzione per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue", cit., pp. 47 ss.; Gallo, P. "Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza", *Giur. it.,* 2017, pp. 316; Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento Art. 1453-1459,* cit., pp. 373 ss.; Cerri, F. "Reciproche domande di risoluzione", cit., pp. 1379; Criscuolo, F. "Contrapposte domande di risoluzione per reciproco preteso inadempimento e cessazione degli effetti del contratto per mutuo dissenso", cit., pp. 115 ss. En sentido contrario v. Galgano, F. *Diritto civile e commerciale,* 4ª ed., II, 1, cit., pp. 567, quien considera admisible la declaratoria de resolución del contrato por mutuo consenso a la luz del principio procesal "según el cual el juez no viola el art. 112 del cod. proc. civ. si, como en el caso en cuestión, admite una demanda implícita en las demandas de parte".

entonces que cuando las partes solicitan la resolución y el resarcimiento del daño, la disolución del contrato por mutuo consenso o por la imposibilidad de cumplir la relación altera su voluntad, pues dicha declaración no tiene por fundamento el incumplimiento que es el que impulsa las pretensiones de las partes. A partir del momento en que la resolución no es acogida junto con el resarcimiento del daño, los contratantes se liberan de la relación disfuncional, pero sufren el sacrificio del interés positivo cuya tutela buscaban por medio de su decisión de actuar en juicio[35]. Para no interferir con la decisión tomada por las partes, el juez estaría obligado a rechazar las demandas contrapuestas de resolución y resarcimiento: después de la sentencia de rechazo la relación se mantiene, de modo que mientras no sea espontáneamente ejecutada cada uno de los contratantes puede perseguir su propio interés positivo exigiendo coactivamente el cumplimiento del intercambio[36].

En opinión de quien escribe, también en esta hipótesis –como en aquella que ve contrapuestas dos demandas igualmente fundadas– el contrato se resuelve sin el correspondiente reconocimiento de un resarcimiento. Reconstruyendo el debate doctrinal, se ha trazado la contraposición entre una tesis de inspiración "realista" (en cuanto asume el contrato inevitablemente destinado a resolverse en consideración de la orientación convergente de las partes) y una tesis de impronta "formalista" (porque asume que la resolución no puede ser pronunciada aunque resulta evidente que también como consecuencia de la sentencia que rechaza las pretensiones, el sinalagma no tiene alguna posibilidad efectiva de ser llevado a cabo).

Ahora bien, la antítesis entre las dos posiciones puede ser superada si se analiza la concreta funcionalidad de los remedios aplicables a esta vicisitud. En efecto, se puede considerar que, aun cuando en el momento de la notificación ambas demandas sean infundadas, el juez puede pronunciar la resolución del contrato *por incumplimiento*, sin tener que argumentar la existencia de un mutuo consenso o reconocer una suerte de imposibilidad de ejecutar la relación. En otros términos, nos parece probable que, si se asume el punto de vista del juez llamado a decidir sobre las demandas contrapuestas de resolución, la hipótesis

---

35 *Cfr.* Iorio, G. "La sorte del contratto di fronte a contrapposte domande di risoluzione per inadempimento", cit., p. 571; Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco,* cit., pp. 51 ss. En igual sentido Criscuolo, F. "Contrapposte domande di risoluzione per reciproco preteso inadempimento e cessazione degli effetti del contratto per mutuo dissenso", cit., pp. 115.

36 Iorio, G. "La sorte del contratto di fronte a contrapposte domande di risoluzione per inadempimento", cit., p. 571.

no se diferencia de aquella, considerada previamente, que las considera ambas fundadas: el contrato se resuelve por incumplimiento, pero a ninguna de las partes le corresponde el resarcimiento del daño.

Para comprobar esta orientación resulta necesario advertir que el juez debe pronunciar la resolución teniendo como referencia la situación existente, no en el momento de la demanda, sino en el momento en el que se profiere la sentencia: esta es la interpretación más atendible de la regulación prevista en el código. Nos referimos al art. 1453, inciso 3.º c.c., con base en el cual «desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no puede cumplir su propia obligación».

Ciertamente, si en el momento de la notificación la demanda *es fundada*, el deudor no puede evitar su adopción ejecutando u ofreciendo la prestación en el curso del juicio[37]. La disposición impide al deudor usar el tiempo del proceso para sanar el incumplimiento pasado y refuerza, de esta manera, la eficacia disuasoria del remedio resolutorio: si la demanda es fundada al acto de la notificación, y el acreedor persiste en el ejercicio de la acción, la resolución no puede ser evitada.

En cambio, cuando la demanda *no es fundada*, el juez no decide sobre la base de la situación cristalizada en el momento de la notificación, sino del escenario que se vislumbra cuando pronuncia la sentencia: se sigue que el tiempo que transcurre entre el momento de la notificación de la demanda (hipotéticamente infundada) y aquel en que se pronuncia la sentencia puede contribuir a integrar el requisito de la gravedad del incumplimiento y a justificar la resolución del contrato (art. 1455 c.c.)[38].

---

37 En este sentido v., entre otros, Bianca, C. M. *Diritto civile,* V, *La responsabilità,* Giuffrè, 2012, pp. 299; Luminoso, A., Carnevali, U., Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454*, cit., pp. 106; Smiroldo, A. *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milán, Giuffrè, 1982, p. 382.

38 En jurisprudencia, *cfr.* Cas., 11 de junio de 2013, n. 14649; Cas., 26 de octubre de 2012, n. 18500; Cas., 29 de agosto de 2011, n. 17717 [para justificar la adopción de la demanda de resolución propuesta por el promitente enajenante y del rechazo de la acción de cumplimiento interpuesta por el promitente adquirente, que no había ofrecido el precio prometido en el curso del proceso]; Cas., 6 de octubre de 2004, n. 19948; Cas., 1° de junio de 2004, n. 10490; Cas., 20 de febrero de 2004, n. 3378; Cas., 23 de febrero de 2002, n. 2661 [como justificación de la adopción de la demanda de cumplimiento propuesta por el promitente adquirente que había ofrecido el pago del precio en el curso del proceso y del rechazo de la acción de resolución propuesta por el promitente enajenante]; Cas., 4 de junio de 1999, n. 5494; Cas., 20 de febrero de 1998, n. 1783; Cas., 18 de junio de 1991, n. 6880; Cas. 29 de agosto de 1990, n. 8955; Cas., 11 de febrero de 1987, n. 1497; Cas., 18 de mayo de 1985, n. 3058; Cas., 15 de marzo de 1980,

En caso de que el juez tuviera que basar su propia decisión sobre la situación cristalizada en el momento de la notificación, pronunciaría una sentencia de rechazo aunque el sinalagma se encuentre gravemente alterado: de modo que la parte que ha pedido la resolución se vería constreñida a cumplir una relación que ya está deteriorada.

De resto, el deudor convenido en juicio por una demanda infundada puede evitar la resolución ofreciendo la prestación en el curso del proceso antes de que su incumplimiento alcance el umbral de gravedad; y si está realmente interesado en la ejecución de la relación, es probable que al ofrecimiento de la prestación se acompañe una demanda reconvencional de cumplimiento.

---

n. 1751. En el mismo sentido se encuentra orientada la doctrina mayoritaria: *cfr.* BIANCA, C. M. *Diritto civile,* V, *La responsabilità,* 2.ª ed., cit., pp. 299 ss., 311 ss.; DELLACASA, M. "Il giudizio di risoluzione", en *Roppo,* V. (Dir.), *Tratt. contr., Rimedi-2, Vol. V,* Milán, Giuffrè, 2006, pp. 248 ss.; SACCO, R., y DE NOVA, G. *Il contratto,* cit., pp. 636; PAGNI, I. *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, 1998, pp. 370; CONSOLO, C., *Il processo nella risoluzione del contratto,* cit., pp. 302, 307; CARNEVALI, U., en Luminoso, A., Carnevali, U., Costanza, M., *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454,* cit., pp. 104 ss.; SMIROLDO, A. *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 384 ss. Con base en una orientación diversa – que parece ganar consenso en la jurisprudencia más reciente, fuera del campo de los contratos "de duración" – el juez valora el fundamento de la demanda atendiendo la situación "cristalizada" en el momento de la notificación, siendo por lo tanto irrelevante el retardo producido en el curso del juicio: *cfr.* Cas., 21 de abril de 2015, n. 8108; Cas., 23 de diciembre de 2014, n. 27359; Cas., 10 de septiembre de 2009, n. 19559; Cas., 14 de mayo de 2004, n. 9200, *Giur. it.*, 2005, pp. 477, con comentario que adhiere a esa opinión BATTELLI, E. "Domanda di risoluzione e criteri di valutazione dell'inadempimento", *Giur, it, 2005,* pp. *471 – 491.*; Cas., 11 de febrero de 2000, n. 1525; Cas., 6 de abril 2000, n. 4317, con comentario en ese sentido de DE GIORGI, D. "Adempimento tardivo e risoluzione del contratto", *Corr. giur.*, 2000, pp. 1338 y comentario que adhiere de TRIOLA, R. "Osservazioni in tema di rapporti tra domanda di risoluzione e adempimento tardivo". *Vita not.*, 2000, pp. 1366; Cas., 4 de febrero de 1994, n. 1460, con comentario de VITIELLO, P. "Risoluzione per inadempimento e adempimento tardivo", *Giur. it.,* 1995, I, 1, pp.1380; Cas. 1° junio de 1993, n. 6121; Cas. 14 de agosto de 1986, n. 5050, en *Foro it.*, 1987, I, 1, c. 93, con nota editorial de STRAZIOTA, P. Además de los autores de los comentarios recientemente citados, adhieren a tal orientación en NANNI, L., COSTANZA, M., CARNEVALI, U. *Risoluzione per inadempimento,* I, 2. *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca,* Bolonia y Roma, Zanichelli y Ed. Foro it., 2007, p. 31; ROSSETTI, M. "La risoluzione per inadempimento", en Rossetti, M., Balletti, C., Martino, V., *Risoluzione. Inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità*, en Cendon, P. (dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, XIII, Turín, UTET, 2000, pp. 98 ss. Para conocer una reconstrucción cuidadosa de la jurisprudencia, *cfr.* DE MENECH, C. "La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma c.c. nella giurisprudenza", *Contratti,* 2014, pp. 573 ss.

La interpretación propuesta le asegura al juicio de resolución un oportuno margen de elasticidad, en cuanto le permite al juez tener en cuenta el impacto que el incumplimiento, que se ha prolongado en el curso del proceso, ha tenido sobre los intereses de las partes. Esta es coherente con la *ratio* del artículo 1453, inciso 3.º c.c.: aquella de inducir al deudor a cumplir, asegurando al remedio una adecuada eficacia disuasoria. Si la demanda de resolución es fundada, el tiempo del proceso no puede ser utilizado para sanar el incumplimiento pasado: esto induce al deudor a cumplir antes de ser convenido en juicio. En cambio cuando la demanda es infundada, por ejemplo porque es propuesta prematuramente, el deudor convenido en juicio tiene la carga de ofrecer la prestación antes de que el propio incumplimiento se vuelva grave, ejercitando eventualmente una acción reconvencional de cumplimiento.

La carga de ofrecer la prestación –que no subsistiría si el juez decidiera con base en la situación cristalizada en el momento de la demanda– favorece la definición judicial de la controversia. Al finalizar el proceso el destino de la relación es claro, mientras que si el juez rechaza la demanda de resolución por ser "originariamente infundada" los problemas generados por el incumplimiento quedarían inalterados, o probablemente agravados en consideración del hecho de que la ejecución del contrato ha quedado suspendida durante todo el tiempo del juicio[39]. De esta manera se neutraliza el riesgo de que el deudor demandado especule en torno a la falta de fundamento de la acción de resolución, obteniendo el rechazo cuando no tiene verdaderas intensiones de cumplir el contrato para conservar la disponibilidad de la prestación recibida o para ser remunerado, en un segundo momento, frente al propio consenso a la disolución del vínculo.

Volviendo ahora a la hipótesis en la cual *ambas* demandas de resolución sean infundadas en el momento de la notificación, debemos suponer que ninguna de las dos partes haya ofrecido la prestación en el curso del juicio antes de que su incumplimiento alcanzara el umbral de gravedad: si alguna de ellas lo hubiere hecho, el equilibrio se rompería, con la consecuencia de que la resolución y el resarcimiento serían adeudados por la contraparte. Si esto es cierto, cuando el juez pronuncia la sentencia –meses o años después de iniciado el proceso–, el incumplimiento de ambas partes se torna probablemente bastante grave:

---

39 Para una valoración verídica sobre la manera en la cual el tiempo del proceso incide sobre la relación incumplida, se reenvía a Roppo, V. "A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto", cit., p. 27.

aunque las demandas contrapuestas de resolución no estuvieran fundadas en el momento de la notificación, en el momento de la decisión el sinalagma se encuentra gravemente alterado.

Por lo tanto, también en la hipótesis aquí considerada, la resolución del contrato puede estar fundada sobre el incumplimiento de ambas partes, y esto permite superar las objeciones –centradas sobre el principio de congruencia entre lo pedido y lo resuelto (art. 112 c.p.c.) – hechas a la orientación que infiere de las demandas de resolución un mutuo consenso y reconoce en sus efectos preclusivos la imposibilidad de llevar a cabo la relación: el juez pronuncia la resolución sobre la base de aquel mismo incumplimiento que las partes deducen como fundamento de sus respectivas demandas.

En el caso que, después, las demandas sean consideradas infundadas en cuanto los incumplimientos de las partes se justifican recíprocamente, se replantean consideraciones análogas a aquellas expuestas con relación al caso de las demandas de resolución originariamente fundadas[40]. La excepción de incumplimiento impide la condena a resarcir el daño, pero no impide la resolución del contrato: siendo su función aquella de estimular el cumplimiento del intercambio, no puede ser invocada para mantener en vida, contra la voluntad unánime de las partes, un acuerdo (que en la medida en que ha sido incumplido en el curso del proceso, resulta) gravemente alterado. Por otra parte, es evidentemente contradictorio –por lo tanto, contrario al precepto de buena fe (art. 1460, 2.º inciso c.c.)– el comportamiento de quien propone la excepción para evitar la resolución, cuando él mismo la ha solicitado. También en este terreno, en definitiva, se necesita una aplicación selectiva de los efectos de la la excepción de incumplimiento: si puede ser opuesta con suceso ante una acción de resarcimiento, no impide la resolución del contrato.

También con relación al resarcimiento del daño, el discurso no difiere de forma significativa de aquel expuesto con relación a la hipótesis de las demandas de resolución igualmente fundadas: en efecto, en la perspectiva aquí trazada, las dos situaciones se superponen sustancialmente. Si es cierto que el juez debe decidir tomando como referencia el escenario existente en el momento de la sentencia, se debe tener en cuenta que antes o después del inicio del proceso ninguna de las dos partes haya ejecutado u ofrecido la prestación conforme a tiempos y modalidades compatibles con el cumplimiento del contrato: si alguna de ellas lo hubiese hecho, sólo su demanda de resolución habría sido acogida

---

40 V. *supra*, § 4.

y el resarcimiento habría sido imputado a la contraparte. Ambos contratantes han manifestado un claro desinterés por el cumplimiento de la relación, no sólo proponiendo la demanda de resolución, sino también absteniéndose de ejecutar u ofrecer la prestación. La inercia de las partes demuestra que su interés en obtener la correspondiente prestación es menos intensa que el interés de evitar incurrir en los gastos necesarios para promover el cumplimiento: en definitiva ninguna de ellas ha demostrado de manera seria y confiable su propia intención de cumplir el intercambio.

Por esta razón, la sentencia que resuelve el contrato, pero que no acoge la pretensión resarcitoria del daño, no altera la elección de los contratantes, sino que refleja fielmente su comportamiento. Si por una parte la resolución responde a la voluntad convergente de las partes, por otro lado su conducta demuestra la falta de interés en el cumplimiento del intercambio, de tal manera que ambas demandas de resarcimiento merecen ser desestimadas: los contratantes pueden pretender liberarse de la relación incumplida, pero no ser tutelados en su interés positivo.

6. El incumplimiento recíproco en el derecho colombiano: itinerarios diversos para una misma destinación

Intentemos ahora –aunque sea con una cierta dosis de aproximación– individuar las soluciones adoptadas en el derecho colombiano.

En la jurisprudencia menos reciente, en presencia de incumplimientos equivalentes, el juez rechazaba las demandas contrapuestas de resolución[41]. La orientación sería objeto de las críticas expuestas al analizar el derecho italiano[42]. La resolución era negada aunque la relación resultara alterada y no hubiese posibilidades concretas de ejecución en cuanto ambas partes pedían la disolución. Por su parte, si el contrato había sido parcialmente ejecutado, de pronto de manera desigual, se producía una situación de desequilibrio, porque el rechazo de las demandas de disolución impedía el reconocimiento de las restituciones[43].

---

41 *Cfr.* Cas. 5 de noviembre de 1979; Cas. 18 de marzo de 1977; Cas. 10 de marzo de 1977; Cas. 7 de octubre de 1976.

42 V. *supra*, § 4.

43 *Cfr.* Hinestrosa, F. *Tratado de las Obligaciones,* II, *El negocio jurídico*, v. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 891 ss.

Por ello debe considerarse favorable la inversión de esa tendencia que, a partir de los años setenta del siglo pasado, condujo a la jurisprudencia colombiana a admitir la resolución del contrato bilateralmente incumplido. A esta conclusión se llega siguiendo caminos diversos.

Algunos pronunciamientos declaran la resolución por mutuo consenso, reconociendo en el incumplimiento bilateral, un acuerdo implícito sobre la disolución del vínculo: esto conlleva, evidentemente, a que la resolución no sea adoptada junto con el resarcimiento del daño[44]. La solución es afín a aquella adoptada en algunas sentencias proferidas en el contexto italiano, en donde, sin embargo, el mutuo consenso no es inferido de la conducta extrajudicial de las partes, sino de las respectivas demandas de resolución[45].

Más estrechas son las analogías con algunos pronunciamientos de la jurisprudencia estadounidense. En efecto, también en la parte septentrional del continente se ha considerado que, cuando el intercambio debe realizarse simultáneamente –como ocurre toda vez que no hayan sido pactados términos diversos para el cumplimiento–, la parte interesada en hacer valer los efectos del contrato tiene la carga de ofrecer la prestación debida[46]: ante la ausencia de la oferta, las acciones dirigidas a obtener la ejecución de la prestación correspondiente o el resarcimiento del daño que se desprende del incumplimiento serían rechazadas, como ocurriría –en los sistemas italiano y colombiano– en el caso que el convenido opusiera la excepción de incumplimiento. Si además son las dos partes quienes no ofrecen sus respectivas prestaciones dentro de un término compatible con la ejecución del intercambio, de su comportamiento se infiere un tácito consenso (*mutual rescission*): en consecuencia, las demandas de cumplimiento y resarcimiento, eventualmente propuestas en un segundo momento, están destinadas a ser rechazadas, y las sumas eventualmente pagadas a título de arras deben ser restituidas al *solvens*[47].

---

44 Cas. 25 de junio de 2018 (SC 2307-2018); Cas. 11 de marzo de 2002; Cas. 8 de noviembre de 1989; Cas. 16 de julio de 1985; Cas. 5 de noviembre de 1979; Cas. 3 de febrero de 1970.

45 V., *supra,* ntt. 28, 29.

46 V., sobre el punto, FARNSWORTH, A. *Contracts,* 4th ed., cit., pp. 542 ss.

47 *Cfr. Atlas Noble v. Krizman Enterprises,* 692 Fed. Appx. 256 (6th Cir., 2017); *Admiral Plastics Corp. v. Trueblood,* 436 F.2d 1335 (6th Cir., 1971); *The Hallet & Davis Piano Company V. The Starr Piano Company*, 85 Ohio St. 196 (S.C. Ohio, 1911); *Mowry v. Kirk & Cheever,* 19 Ohio St. 375 (S.C. Ohio, 1869).
Algunas veces la misma conclusión se justifica con base en la simple comprobación de que ninguna de las partes ha ofrecido seriamente la prestación debida, sin que se aluda expresamente a un acuerdo resolutorio. Este es el caso de *Pellettier v. Dwyer,* 334 A.2d 867 (S. C.

Diversa es la solución adoptada a finales de los años setenta en una sentencia aislada de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en la que se pronunció la resolución del contrato condenando a ambas partes al resarcimiento del daño[48]. La solución parece incompatible con lo previsto en el art. 1609 c.c., con base en el cual el incumplimiento de una de las partes excluye la mora de la otra: así es adoptado el remedio de la excepción de incumplimiento. Dado que en este ámbito la mora constituye el presupuesto de la responsabilidad por incumplimiento, cuando los contratantes desatienden en la misma medida los compromisos asumidos con la conclusión del contrato, no pueden obtener el resarcimiento del daño derivado de la falta de cumplimiento del intercambio[49].

También se aprecia una tercera orientación que reconoce la resolución del contrato por incumplimiento excluyendo el resarcimiento del daño como consecuencia de la disolución del vínculo[50]. Esta posición resulta en plena sintonía con lo previsto en el art. 1609 del c.c., que reconoce en el incumplimiento de una de las partes, la aptitud para excluir la mora de la otra–y el consiguiente derecho a obtener el resarcimiento del daño–pero no la resolución del contrato.

En definitiva, con excepción de la sentencia "excéntrica" a la que hicimos referencia, la jurisprudencia colombiana admite la resolución del contrato –alternativamente justificada sobre la base del mutuo consenso, o del incumplimiento bilateral–, pero excluye que las partes puedan exigir el resarcimiento del daño.

La solución es sustancialmente compartida por los intérpretes, quienes, sin embargo, afrontan el tema del incumplimiento recíproco sobre la base de presupuestos sensiblemente diversos.

Maine, 1975): se considera que el promitente vendedor de un inmueble no puede retener las arras recibidas del promitente comprador en el momento de concluir el contrato (*deposit*), sino que está obligado a restituirlas, en la medida en que no demostró que estaba preparado para cumplir, a través de la formulación de un verdadero ofrecimiento de la prestación, dentro del término pactado para la transferencia de la propiedad del inmueble. Análoga es la argumentación expuesta en la motivación de *Raudabaugh v. Hart,* 61 Ohio St. 73 (S.C. Ohio, 1899): sin hacer referencia a un acuerdo resolutorio, es rechazada la acción de resarcimiento del daño ejercida por el comprador de un terreno que tiene yacimientos de petróleo y gas natural, en consideración del hecho que el actor no había demostrado, por medio de la formulación de un ofrecimiento serio y verdadero, estar en grado de pagar el valor pactado.
En literatura v. de nuevo FARNSWORTH, A. *Contracts,* 4th ed., cit., p. 542.

48 Cas. 29 de noviembre de 1978.

49 V. al respecto la crítica de CHINCHILLA IMBETT, C. A. *La excepción de incumplimento contractual. Estructura, función y límites,* cit., pp. 237 ss.

50 *Cfr.* Cas. 5 de julio de 2019 (SC 1662.2019); Cas. 7 de diciembre de 1982.

En un reciente y muy destacable estudio monográfico se sostiene que el art. 1546 c.c. puede ser aplicado solamente con la condición de que una sola de las partes haya incumplido[51]. El codificador colombiano, de manera análoga a aquel italiano, reconoce a *uno* de los contratantes la legitimación para solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, junto al resarcimiento del daño, cuando se verifica el incumplimiento del *otro*. Por el contrario, no se contempla la variante del incumplimiento bilateral, de manera que el intérprete llamado a decidir sobre demandas contrapuestas de resolución tendría que afrontar una laguna del sistema normativo.

Por lo tanto, en primer lugar, el juez tendría que comparar la conducta de los contratantes, en sintonía con el "método" de la jurisprudencia italiana. Si la indagación permite identificar la parte que con su propio incumplimiento ha justificado el incumplimiento de la otra parte, o si solo una de ellas resulta haber incumplido, la laguna sólo es aparente: pues solo uno de los incumplimientos que se han expuesto como fundamento de las demandas contrapuestas subsiste o es injustificado, de manera que la resolución del contrato y el resarcimiento del daño se desprenden de la aplicación del art. 1546 c.c.

En cambio, la disposición no sería aplicable cuando las partes concurren en la misma medida a la falta de realización del intercambio: estamos en presencia, entonces, de "un auténtico caso"[52] de incumplimiento recíproco, que justifica la resolución del contrato, pero no el resarcimiento del daño. Aunque resulta evidente que este último no puede ser reconocido en cuanto el incumplimiento de cada uno de los contratantes excluye la mora del otro (art. 1609 c.c.), el fundamento normativo de la resolución tampoco logra evidenciarse. El autor propone evaluar el rol del juez, que en ausencia de una norma aplicable a la vicisitud planteada, estaría legitimado para decidir el resultado de la controversia que sea más coherente con los intereses de las partes y con los principios generales del ordenamiento: este sería, evidentemente, la resolución del contrato, no siendo razonable ni eficiente la elección de dilatar una relación no querida por ambas partes. Una sentencia reciente de legitimidad –probablemente influenciada por el estudio aquí sintetizado– comparte la opinión que considera que en esta hipótesis subsiste una laguna del sistema

---

51 *Cfr.* Chinchilla Imbett, C. A. *La excepción de incumplimento contractual. Estructura, función y límites,* cit., pp. 240 ss.

52 *Ibidem*, p. 244.

normativo, pero asume que puede ser colmada mediante la aplicación analógica del mismo art. 1546 del c.c.[53].

Diversa es la orientación de otro autor reconocido, quien considera la disposición citada, igualmente aplicable en el caso de incumplimiento recíproco: en otros términos, no se advierte la subsistencia de una laguna, de manera que la resolución se apoya de todas maneras sobre un sólido fundamento normativo[54]. Como se observa mordazmente, el remedio no constituye un premio para el contratante fiel (que como tal tendría que demostrar su inocencia) ni una sanción para aquel que ha incumplido (por lo tanto, incompatible con la subsistencia de una circunstancia que justifique su comportamiento): este reacciona ante el incumplimiento como factor objetivo del mal funcionamiento del vínculo, de manera que resulta ciertamente aplicable incluso cuando las partes han contribuido en la misma medida a la falta de cumplimiento del intercambio.

El autor comparte la solución adoptada por la jurisprudencia, que admite la resolución, pero excluye el resarcimiento del daño. A esta conclusión conduce una aplicación lineal del art. 1609 del c.c., con base en el cual el incumplimiento de una de las partes excluye la mora de la otra, sin impedir por esto la aplicación del remedio resolutorio.

7. Comparación entre Italia y Colombia: para una aplicación selectiva de los efectos que se desprenden de la excepción de incumplimiento

La comparación entre el derecho italiano y el colombiano permite, por una parte, individuar aspectos definidos y compartidos, que no parecen necesitar profundizaciones ulteriores. Por otro lado, permite proponer una

---

53 *Cfr.* Cas. 5 de julio de 2019 (SC 1662.2019): "en la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto [se alude al art. 1546 c.c., citado previamente en la motivación] y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615".

54 *Cfr.* Hinestrosa, F. *Tratado de las Obligaciones,* II, *El negocio jurídico*, v. II, cit., pp. 891-895.

reconstrucción dirigida a simplificar el acercamiento del intérprete a una materia que no siempre es diáfana.

Cuando ambas partes no cumplen sus respectivas obligaciones, y demandan recíprocamente la resolución, ocurre con frecuencia que sea posible identificar cual de ellas ha determinado la falta de cumplimiento del intercambio. Los criterios adoptados en el contexto italiano para efectuar tal valoración se presentan como el producto de la elaboración jurisprudencial, la cual, a su vez, responde a una necesidad primero lógica antes que jurídica. No obstante, esos criterios tienen un fundamento normativo, que se identifica en la disciplina de la excepción de incumplimiento (art. 1460 c.c.). Sobre la base de esta última, resulta vencido el contratante cuya prestación ha sido primero exigible, aquel que ha causado el incumplimiento de la contraparte, aquel que ha contribuido en medida preponderante al fracaso de la operación.

Asimismo, el juez puede recurrir al precepto de buena fe, expresamente invocado por la disposición citada, para valorar de manera orgánica la conducta de las partes. La buena fe *in executivis* permite extender la comparación entre los singulares incumplimientos al comportamiento global de los contratantes después de la conclusión del acuerdo. Piénsese en la cooperación necesaria para que el deudor pueda cumplir la prestación debida: aunque según una opinión difundida, aquella no constituye objeto de una obligación, de manera que su ausencia no implica un incumplimiento[55], la conducta no cooperativa del acreedor puede contribuir a justificar la imputación de la resolución y del resarcimiento del daño.

Si bien es cierto que la dinámica de la relación existente entre las partes está gobernada por la *exceptio inadimpleti contractus*, es necesario concluir que cuando es posible identificar el contratante al que le es imputable la disolución del vínculo, no se configura precisamente un incumplimiento recíproco. Solo una de las partes puede considerarse incumplidora –y, en particular, aquella a la cual es imputable la resolución–, mientras que la otra tiene un comportamiento lícito, en cuanto que la falta de ejecución de la prestación debida se encuentra justificada por el incumplimiento del otro contratante. Se puede seguir hablando por comodidad de «incumplimiento recíproco», pero con la conciencia del hecho de que la violación del contrato es unilateral, porque la

---

55 Para una reconstrucción del debate doctrinal relativo a la calificación de la cooperación al cumplimiento, v. Dellacasa, M. *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore. Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo,* vi, Milán, Giuffrè, 2019, pp. 70 ss.

conducta de una de las partes, que no ejecuta la prestación debida, está justificada por el incumplimiento de la otra[56].

La excepción de incumplimiento asume un rol diferente teniendo en cuenta el punto de vista adoptado. Bajo la óptica "evolutiva" que las partes adoptan en sede extrajudicial, cuando todavía es posible que el contrato sea cumplido, el remedio desempeña la función de legitimar la suspensión de la prestación debida por parte del excepcionante e inducir a la contraparte a cumplir: por lo tanto, eso estimula, el cumplimiento del intercambio. En cambio, bajo la óptica "retrospectiva" del juez llamado a decidir sobre las demandas contrapuestas de resolución, el contrato resulta definitivamente incumplido. Entonces, la disciplina de la excepción de incumplimiento gobierna la valoración comparativa del comportamiento de las partes: aquí no se trata de perseguir el cumplimiento del intercambio – siendo este fin, ya irrealizable – sino de identificar cual de los dos contratantes deba resarcir el daño.

En ambas fases, la excepción de incumplimiento protege el interés positivo de la parte que la opone. Si se asume el punto de vista del excepcionante que recurre al remedio en sede extrajudicial, el resultado se logra induciendo a la contraparte a cumplir o a ofrecer la prestación debida; si se adopta aquel del juez –que debe constatar el fracaso de la interacción entre las partes, en cuanto ambas demandan la resolución–, la valoración comparativa de la conducta de los contratantes modelada sobre la excepción de incumplimiento permite determinar a cuál de ellas es imputable la falta de cumplimiento del intercambio.

Sin embargo, algunas veces no es posible imputar a una de las partes el fracaso de la operación, ni siquiera después de una atenta comparación, en la medida en que ellas han incumplido en la misma medida.

Oportunamente, en opinión de quien escribe, la doctrina y la jurisprudencia colombianas no distinguen la hipótesis en la cual las demandas de resolución sean igualmente fundadas de aquella en la que son igualmente infundadas en el momento de la notificación. Cuando el juez pronuncia la sentencia, el sinalagma se encuentra gravemente alterado, porque ninguna de las partes ha ejecutado u ofrecido la prestación debida durante todo el curso del proceso o, de todas maneras, antes de que el propio incumplimiento justifique la resolución del contrato; mientras que las convergentes demandas de resolución denotan de la manera más clara posible que la operación económica no tiene ninguna posibilidad real de cumplirse.

---

56 Compartimos aquí un comentario de MANTUCCI, D. *L'inadempimento reciproco,* cit., p. 28.

Asimismo, es conveniente que la jurisprudencia colombiana haya abandonado la orientación que excluía la resolución del contrato bilateralmente incumplido a pesar de las demandas convergentes de las partes; y es deseable que esa misma orientación también sea desestimada de manera definitiva en el contexto italiano.

Cuando los incumplimientos son equivalentes –como sucede cuando las prestaciones inejecutadas son simultáneamente exigibles, y las violaciones contrapuestas igualmente graves–, ambas partes están legitimadas para oponer la excepción de incumplimiento. Sin embargo, el remedio no puede ser usado para dilatar contra la voluntad de las mismas partes una relación irremediablemente alterada, siendo su función aquella –por completo diversa y, si se observa bien, antitética– de favorecer el cumplimiento del intercambio y favorecer, de esta manera, el interés positivo del contratante fiel. Cuando la controversia arriba al escenario procesal y confluye en el planteamiento de demandas contrapuestas de resolución, es evidente que la excepción de incumplimiento opuesta por ambas partes no ha producido el cumplimiento del intercambio, en cuanto esas convergen solo sobre la perspectiva de la disolución del vínculo. Por lo tanto, si la excepción de incumplimiento no sirve para evitar la resolución, esta última no es adoptada junto con el resarcimiento: dado que ninguno de los dos contratantes ha ejecutado u ofrecido la prestación debida antes de que el vínculo resultara gravemente alterado –aquello que habría inducido a imputar a la contraparte la responsabilidad por el fracaso de la operación–, su interés positivo no merece ser protegido.

En el derecho italiano la opinión aquí sostenida puede ser argumentada sobre la base de la fisionomía de la excepción de incumplimiento. Por una parte, el remedio favorece el cumplimiento del intercambio, pero no puede impedir la disolución de una relación definitivamente incumplida; por otra, la pretensión de utilizarlo para evitar la resolución es a todas luces contradictoria, por lo tanto, contraria a la buena fe (art. 1460 c.c.), en cuanto presentada por aquella misma parte que demanda la disolución del vínculo.

En el contexto colombiano la conclusión es incluso más segura y fácilmente argumentable porque encuentra su fundamento en lo previsto en el art. 1609 c.c., que acoge la figura de la excepción de incumplimiento regulando exclusivamente sus relaciones con el resarcimiento del daño. En efecto, la disposición se limita a prever que el incumplimiento de uno de los contratantes excluye la mora del otro, impidiendo su condena a resarcir el daño. En este ámbito, una reconstrucción selectiva del rol de la excepción de incumplimiento tiene un fundamento normativo todavía más sólido: si se atiende lo previsto en la

disposición, es fácil concluir que el incumplimiento de una de las partes no justifica el de la otra respecto de todas las consecuencias que de allí se desprenden [y en particular, a la resolución del contrato], sino sólo con relación a los daños y al correspondiente resarcimiento.

También a la luz de estas consideraciones, podemos advertir cómo en el sistema colombiano no parece existir una laguna, la cual existiría, en cambio, si se considerara que el art. 1546 c.c. no puede ser aplicado cuando el incumplimiento es bilateral. La referencia al incumplimiento de *una* de las partes, después del cual la *otra* puede a su elección solicitar la resolución o el cumplimiento, salvo el resarcimiento del daño, no conduce a excluir la aplicación de la disposición a aquella vicisitud en la que el incumplimiento es de *ambos* contratantes. El codificador prevé los remedios aplicables ante el incumplimiento, disciplinando las relaciones, e indicando la legitimación para ejercerlos: por lo tanto, la mención de una parte que incumple y de una contraparte legitimada a actuar, no refleja una elección restrictiva, sino que responde a una necesidad lógica, como también a la exigencia de formular el enunciado normativo de manera clara y directa. Por lo tanto, si el tenor literal del art. 1546 c.c. no ofrece argumentos idóneos para excluir la aplicabilidad de la disposición, el sistema normativo colombiano no puede considerarse pantanoso. Incluso cuando el incumplimiento es bilateral, la resolución se apoya sobre una sólida base normativa, mientras que si se asume la existencia de una laguna se estaría constreñido a invocar el gobierno del juez o a recurrir a la aplicación analógica del mismo art. 1546 c.c.

Como se acaba de constatar, por lo demás, la regulación del art. 1609 c.c. permite aplicar "selectivamente" los efectos de la excepción de incumplimiento. Si bien es cierto que el incumplimiento de una de las partes impide la condena de la otra, igualmente incumplida, a resarcir el daño, eso no impide la resolución. Cuando se verifica un auténtico caso de incumplimiento recíproco, la relación se resuelve teniendo en cuenta el art. 1546 c.c. sin que ninguno de los contratantes obtenga el resarcimiento del daño.

En la perspectiva indagada hasta este momento, el contrato igualmente incumplido se resuelve *por incumplimiento*. En ambos sistemas, algunos intérpretes arriban a un resultado análogo reconociendo en el comportamiento de las partes un acuerdo tácito que tiene por objeto la disolución del vínculo incumplido. En el contexto italiano, tal acuerdo es inferido de las demandas contrapuestas de resolución[57]; en el colombiano, de la conducta extrajudicial

57 V. *supra*, ntt. 28-30.

de los contratantes[58]. Además, se ha identificado una orientación análoga en la jurisprudencia estadounidense[59]: si las partes obligadas a ejecutar simultáneamente las respectivas prestaciones no las ofrecen dentro de un término compatible con el cumplimiento del contrato, se considera que están de acuerdo con la disolución del contrato, con el consecuente rechazo de las acciones de cumplimiento y resarcimiento ejercidas en un segundo momento.

La preferencia de quien escribe es por el derrotero que reconoce el fundamento de la resolución en el incumplimiento: itinerario por el que se transita cuando el contrato resulta "simétricamente incumplido", aplicando de manera selectiva los efectos de la excepción de incumplimiento. El recorrido alternativo, es decir, aquel centrado sobe el mutuo consenso, debe valorarse con obstáculos que no son fácilmente superables. Como se puede evidenciar, solo a costa de una cierta interpretación forzada podría inferirse la voluntad de resolver consensualmente el contrato de la simple *inercia* de las partes que se abstienen de ofrecer la prestación debida (como argumentan la jurisprudencia colombiana y la estadounidense) o de la presencia de demandas *contrapuestas* de resolución y resarcimiento (tal como lo considera la jurisprudencia italiana). Si además el contrato incumplido requiere una forma escrita, es aún más dudoso que la voluntad de resolverlo pueda ser manifestada de manera válida mediante comportamientos concluyentes[60]. No menos relevantes son las objeciones que la solución suscita en el ámbito procesal: si ambas partes solicitan la resolución y el resarcimiento del daño, deduciendo como fundamento de sus respectivas demandas el incumplimiento del otro contratante, una sentencia que pronunciara la disolución de la relación por mutuo consenso violaría el principio de congruencia entre lo pedido y lo resuelto (art. 112 c.p.c. it.) [61].

Por lo demás, la tesis que asume el incumplimiento como fundamento de la resolución reproduce de manera eficiente la evolución de la relación entre las partes, mientras que aquella centrada sobre un hipotético mutuo consenso parece estar caracterizada por una cierta dosis de hipocresía. Las partes habrían podido resolver el contrato mediante un acuerdo concluido fuera del contexto procesal; pero, dado que la controversia ha llegado a la sede judicial,

---

58 V. *supra*, nt. 44.

59 V. *supra*, nt. 47.

60 Sobre la forma del mutuo disenso se reenvía a la investigación monográfica de ACHILLE, D. *La risoluzione per mutuo dissenso*, Nápoles, ESI, 2013, pp. 101 ss.

61 V. *supra*, ntt. 31, 34.

es evidente que la negociación ha fracasado o no ha sido de ninguna manera intentada. Reconocer en el comportamiento de los litigantes un acuerdo tácito, y sobre esta base fundar la resolución, significa, entonces, valorar una representación distorsionada de la realidad[62]. Es más acorde con la dinámica de la relación entre las partes aceptar que la relación se resuelve como consecuencia del incumplimiento, pero –siendo ambos contratantes igualmente desinteresados en el cumplimiento del intercambio– ninguno de ellos puede obtener el resarcimiento del daño, en cuanto su interés positivo no merece ser protegido.

8. Cuando a la demanda de resolución (y resarcimiento) se contrapone una acción de cumplimiento: los escenarios posibles

Hasta este momento hemos razonado asumiendo que ambos contratantes pretenden la resolución y el resarcimiento del daño. Pasemos ahora a considerar los escenarios que se pueden presentar cuando, frente a la demanda de resolución propuesta por una de las partes, la otra pide el cumplimiento, sin importar si lo hace de manera principal o reconvencional.

También en esta hipótesis el resultado de la controversia se puede dar por descontado cuando sólo una de las dos demandas, considerada aisladamente, cumple los requisitos para ser acogida. Por lo tanto, si el incumplimiento que se deduce como fundamento de la resolución es de escasa importancia, la correspondiente demanda será rechazada; por el contrario, será acogida la acción de cumplimiento ejercida por la contraparte, con la condición de que sea acompañada por el ofrecimiento de la prestación.

La valoración se vuelve más delicada cuando ambas acciones son susceptibles de ser acogidas, y en particular cuando el incumplimiento de la parte que pretende la ejecución del sinalagma es suficiente para justificar la resolución del contrato. También sobre este terreno, la solución de la controversia requiere un

---

62 De esto es bien consciente la misma Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Cfr.* Cas. 7 de diciembre de 1982, cit.: "En la medida en que se mantenía la aludida interpretación del artículo 1609, la tesis del mutuo disenso tácito como modo de disolver el contrato fue indudablemente una forma justiciera de evitar el estancamiento del os contratos, evento que daba lugar a serias injusticias. *Empero, la aplicación de esa doctrina pugna generalmente con la realidad. Si ambas partes estuvieran ciertamente de acuerdo en deshacer el contrato, lo resuelven de mutuo acuerdo…* Una cosa es el incumplimiento y otra muy distinta el acuerdo de los contratantes para disolver un contrato. El incumplimiento, aisladamente considerado, no tiene connotación en relación con la posible voluntad de resolver el contrato" (cursiva agregada).

atento análisis de la conducta de las partes: en particular, el juez está llamado a verificar si el contratante que exige el cumplimiento ha tenido un comportamiento compatible con la realización del intercambio, de manera que su interés positivo merezca ser protegido, aunque no haya ejecutado la prestación debida.

Se ha observado que, cuando ambas partes demandan la resolución, el litigio se concentra en el resarcimiento del daño. Siendo claro que la operación económica no está destinada a realizarse, el interés positivo puede ser protegido sólo "por el equivalente" mediante el resarcimiento. En cambio, si una de las partes obtiene el cumplimiento, su interés positivo es tutelado de manera específica, por medio del ejercicio coactivo del intercambio. Muy a menudo, también la acción de cumplimiento está orientada a obtener el pago de una suma de dinero, especialmente de la retribución debida por la adquisición de bienes o servicios; sin embargo, esa puede ser acogida sólo si la parte que la ejerce ofrece la prestación debida, siendo de lo contrario oponible por la contraparte una excepción de incumplimiento.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la controversia no vierte solamente sobre el resarcimiento del daño, sino también sobre el cumplimiento de la relación, se establece la exigencia de proteger el interés de la parte fiel a obtener la prestación esperada, siempre que ella sea merecedora de tutela. Esto significa, revirtiendo la perspectiva, que la resolución no puede ser pronunciada cuando la parte que la demanda ha justificado con su propio comportamiento el incumplimiento del otro contratante (o, mejor, la falta de ejecución de la prestación a ella debida), siempre que este último haya demostrado estar realmente interesado en la realización del intercambio.

Así pues, también en este escenario se hace necesaria una valoración comparativa de la conducta de las partes, que reproduce la fisionomía de la excepción de incumplimiento[63]. Por otra parte, puesto que la posibilidad de que el contrato sea cumplido se mantiene, la misma excepción puede de forma eficaz, contrarrestar la acción de resolución y preparar el camino para la adopción de la contrapuesta acción de cumplimiento. En otros términos, sobre este terreno, la *exceptio* no interfiere exclusivamente con el remedio resarcitorio, sino que gobierna la dialéctica entre resolución y cumplimiento. A la luz de esta necesaria precisión, se pueden plantear diversos escenarios hipotéticos.

---

63 Para un cotejo de la jurisprudencia, *cfr.* Cas., 17 de febrero de 2004, n. 2992; Cas., 30 de enero de 1995, n. 1077; App. Nápoles, 11 de febrero de 2010, en *Contratti 2010*, pp. 601.

Con frecuencia, la valoración comparativa del comportamiento de las partes –conducida a la luz de los criterios ya recordados con relación a la hipótesis de las demandas contrapuestas de resolución[64]– permite individuar el contratante al que le es imputable la falta de cumplimiento del intercambio y el consecuente planteamiento de la controversia en sede judicial. Cuando el incumplimiento comparativamente más relevante es imputable a la parte que pide el cumplimiento, serán acogidas las demandas de resolución y resarcimiento solicitadas por la contraparte: la relación se resolverá, y el interés positivo del contratante que ha pedido la resolución, será tutelado por el equivalente mediante el resarcimiento del daño. Si en cambio, a la luz de los criterios indicados, la falta de cumplimiento del sinalagma es atribuible a la parte que pide la resolución, la contraparte puede lograr la desestimación de la respectiva demanda oponiendo de manera eficaz la excepción de incumplimiento y ejercitando la contrapuesta acción de cumplimiento. En esta hipótesis, la excepción de incumplimiento se opone de manera eficaz no solo frente a la acción de resarcimiento, sino también frente a aquella de resolución, en cuanto es útil para promover la realización del intercambio. Puesto que el incumplimiento del excepcionante (o, mejor, la falta de ejecución de la prestación debida) se encuentra justificado por el de la contraparte, su interés positivo merece ser tutelado, con la consecuencia de que la acción de cumplimiento ejercida por ella en contraposición a aquella de resolución, está destinada a ser acogida.

No obstante, también en esta representación de la controversia, puede suceder que las partes hayan contribuido en la misma medida al fracaso de la operación. Esto es lo que podría verificarse, por ejemplo, en el caso que la entrega del bien y el pago del precio deban darse simultáneamente, pero ninguno de los dos contratantes ofrezca la prestación; y, cuando ya ha transcurrido un período de tiempo considerable, lo suficiente como para justificar la disolución del contrato, el vendedor conteste a las demandas de resolución y resarcimiento interpuestas por el comprador ofreciendo la entrega de la *res* y pidiendo por medio de demanda de reconvención el pago del precio. También se puede presentar una hipótesis en la que, después de la conclusión de un contrato preliminar de venta de un inmueble, el promitente comprador omita designar al notario competente para la redacción de la escritura y convocar delante del notario a la contraparte, en cuanto no ha obtenido la financiación esperada y por lo tanto no dispone del dinero suficiente para pagar el precio; cuando,

64 V. *supra*, § 3.

mucho tiempo después, el comprador adquiere la liquidez necesaria, invita al promitente vendedor a presentarse delante del notario y al ser declinada su solicitud por el vendedor, el promitente comprador lo demanda ejerciendo una acción dirigida a obtener la transferencia coactiva del inmueble (art. 2932 c.c.), a la que le oponen mediante demanda de reconvención, la resolución y el resarcimiento del daño.

En esta eventualidad, en la que ambas partes han incumplido de la misma manera, el contrato está destinado a resolverse[65]. Puesto que la acción de resolución cumple los requisitos para ser acogida, la contrapuesta acción de cumplimiento implicaría una ejecución coactiva de una relación gravemente alterada. Por lo demás, el comportamiento del contratante que exige el cumplimiento denota que en el periodo durante el cual la operación económica habría debido realizarse no manifestó una verdadera actitud para el cumplimiento del intercambio. Diversamente, el comprador habría ofrecido la prestación debida y pretendido la contraprestación: y entonces la relación habría sido realizada, o se habría resuelto por el incumplimiento de la contraparte con el correspondiente reconocimiento a un resarcimiento. Por el contrario, puesto que la prestación no ha sido ofrecida –o lo ha sido con grave retardo–, el interés positivo –de la parte que exige el cumplimiento– no merece ser protegido, y el contrato está destinado a resolverse.

Asumiendo invariablemente que ambas partes han incumplido, en cuanto ninguna de ellas manifiesta una verdadera disposición para el cumplimiento del intercambio, la resolución no puede ser declarada junto con el resarcimiento del daño. De esta manera se confirma la necesidad de que el rol de la excepción de incumplimiento opere de forma selectiva: si el contratante que la opone no ha manifestado un interés concreto en la realización del negocio, ella impide el resarcimiento del daño, pero no la resolución del contrato.

La opinión aquí sostenida encuentra una indirecta, pero significativa comprobación en la orientación de la jurisprudencia italiana que reconoce al acreedor la legitimación para rechazar la prestación que le ha sido ofrecida con grave retado aunque no haya interpuesto una demanda de resolución. Puesto que, con base en el art. 1453, inciso 3.º c.c., el deudor no puede cumplir la obligación "desde la fecha de la demanda de resolución", algunos intérpretes

---

65 En este sentido v., en doctrina, Roppo, V. *Il contratto*, 2.ª ed., cit., p. 915; Sicchiero, G. *La risoluzione per inadempimento Art. 1453-1459,* cit., pp. 375; Luminoso, A., Carnevali, U., Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454*, cit., pp. 29 ss., nt. 3; Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco*, cit., pp. 129 ss.

consideran, argumentando *a contrario sensu*, que el deudor puede evitar la resolución ofreciendo la prestación antes de la notificación de la demanda. Con dos sentencias pronunciadas hacia finales del siglo pasado, y confirmadas por la jurisprudencia posterior, las secciones unidas del órgano judicial se orientan diversamente: aunque no haya propuesto demanda de resolución el acreedor puede rechazar la prestación que le ha sido ofrecida con grave retraso y contrarrestar la acción de cumplimiento ejercida por la contraparte, demandando en forma reconvencional la resolución u oponiéndola por vía de excepción[66].

Las controversias que ofrecen la ocasión para afirmar tal principio de derecho involucran en ambos casos contratos preliminares de venta de inmuebles. Transcurrido un período de tiempo considerable desde el término previsto para la conclusión del contrato definitivo, lo suficiente como para cumplir los requisitos para considerarse un retardo grave, el promitente adquirente ofrece el pago del precio, y –a causa del rechazo a recibirlo y a firmar la escritura, por parte del promitente enajenante– lo demanda pretendiendo la transferencia coactiva del inmueble conforme a lo previsto en el art. 2932 del c.c. Las secciones unidas, entonces, se manifiestan favorablemente a la resolución del contrato, pues lo consideran atendible, a diferencia del cumplimiento: aunque el promitente enajenante, destinatario de la oferta efectuada con grave retardo, haya tardado en proponer demanda de resolución, puede contraponerse de manera exitosa frente a la acción de cumplimiento ejercida por el promitente adquirente.

Por lo demás, a la luz de tal orientación, es admisible la hipótesis de que la controversia culmine con una resolución sin resarcimiento. Con toda probabilidad, la parte legitimada para obtener la declaración de resolución no actúa en juicio porque no está interesada en obtener el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento, y no habiendo emprendido la ejecución del contrato, no

---

66 *Cfr.* Cas., secc. un., 6 de junio de 1997, n. 5086, con comentario de Carbone, V. *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento? Corr. giur.,* 1997, p. 768; con comentario de Barbiera, L. "Tardivo adempimento del debitore, rifiuto del creditore e risoluzione del contratto". *Contratti,* 1997, p. 450; con comentario de Costanza, M. "Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento". *Giust. civ.,* 1997, I, p. 2765; Cas., secc. un., 9 de julio de 1997, n. 6224 con comentario de Picardi, L. "Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto". *Giust. civ.,* 1998, I, p. 825. Posteriormente al doble pronunciamiento de las secciones unidas v., en igual sentido, Cas., 5 de septiembre de 2006, n. 19074, con comentario de Dellacasa, M. "Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione "atipica". *Riv. dir. civ.,* 2007, II, p. 509 (s.m.); Cas., 2 de mayo de 2006, n. 10127; Trib. Padua, 12 de agosto de 2011, *Obbl. contr.,* 2011, p. 786; Trib. Roma, 4 de noviembre de 2008, de manera amplia en *Pluris.*

tiene título para exigir la restitución de la prestación ejecutada: algunas veces es esta la posición del promitente enajenante cuando el promitente adquirente no logra reunir el dinero necesario para pagar la retribución debida frente a la transferencia de la propiedad del inmueble. Pues bien, gracias al principio de derecho apoyado por las secciones unidas, la parte fiel es aliviada de la carga de demandar la resolución y puede manifestar la voluntad de disolver el vínculo, en sede extrajudicial, rechazando la oferta y anticipándola mediante una declaración dirigida a la contraparte[67]. Grava entonces sobre esta última, interesada en el cumplimiento del vínculo, la carga de actuar en juicio ejerciendo la acción de cumplimiento: pero si el retardo con el cual ha ofrecido la prestación es evidentemente grave, es probable que se abstenga del ejercicio de la acción para evitar ser condenada a resarcir el daño y a paga las costas procesales. A esto le sigue que la controversia generada por el incumplimiento puede agotarse por fuera del proceso, en la definitiva inejecución de la relación (es decir, en su resolución) que no es acogida junto con el resarcimiento del daño.

9. Una conclusión. Los remedios contra el incumplimiento (de una sola, o de ambas partes) y la meta del interés positivo

En los sistemas jurídicos occidentales de la edad contemporánea –cuyo inicio se identifica convencionalmente con las revoluciones industrial y francesa– los efectos del contrato no se fundan sobre la confianza de las partes; por ello, estas últimas pueden exigir el cumplimiento o pretender el resarcimiento del daño que se desprende del incumplimiento, aunque no hayan ejecutado las prestaciones respectivamente debidas o hecho algún gasto para recibir y valorar aquellas esperadas.

Este es uno de los significados de la fórmula que reconoce valor de ley al contrato «legalmente celebrado» acuñada por el *Code civil* de 1804 (art. 1134, c. 1), reproducida por la reciente modificación (art. 1103) y adoptada por los códigos civiles influidos en varios aspectos por el modelo francés, como aquel colombiano (art. 1602) e italiano (art. 1372): para que las partes puedan invocar los efectos del contrato, sirviéndose de los remedios aplicables en caso de incumplimiento, no resulta necesario que hayan depositado su confianza

67 Para un análisis de este aspecto v. Dellacasa, M. "Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo", *Riv. dir. civ.*, 2015, I, pp. 50 ss.

en el cumplimiento del mismo, siendo suficiente que el acuerdo haya sido válidamente concluido.

El resarcimiento del daño que se desprende del incumplimiento, respectivamente, es proporcional al interés positivo: la parte que sufre el incumplimiento no debe demostrar los costos en los que incurrió y las oportunidades de ganancias perdidas, sino que puede pretender ser puesta en la situación en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido. Reproduciendo en términos monetarios el resultado que habría derivado del cumplimiento de la relación, el resarcimiento del interés positivo contribuye con la función reconocida al contrato en la economía contemporánea: aquella de programar la realización de operaciones económicas. Con dicha función es coherente que las partes emprendan las actividades necesarias para cumplir el negocio, con frecuencia en momentos diversos, cuando transcurre un tiempo considerable desde la conclusión del acuerdo en virtud del cual se han vinculado.

Las cuestiones afrontadas en el ámbito de la presente contribución constituyen un reflejo de tal concepción. Si el acuerdo es suficiente para vincular a las partes –no siendo necesario que ellas demuestren haber invertido en virtud de su perspectiva en el cumplimiento–, también quien no ha cumplido la prestación debida puede invocar los efectos del contrato, y en particular obtener el resarcimiento del daño que se desprende del incumplimiento. En efecto, en el derecho inglés, los primeros casos en los cuales se discute el incumplimiento de ambas partes, y de los correspondientes remedios, se emontan a los últimos años del 700[68], cuando ya es bien

---

68 A partir de *Kingston v. Preston,* 99 Engl. Rep. 437, 438 (K.B. 1773). Entre un comerciante de seda y su aprendiz existe un contrato en virtud del cual el primero –transcurrido un poco más de un año desde la conclusión del acuerdo– habría tenido que transferir su empresa al segundo por un precio fraccionado en cuotas mensuales, y cubierto con una garantía idónea. Ante la oposición del comerciante de transferir la empresa, porque el aprendiz no tenía la garantía prometida, este último demanda al primero pretendiendo el resarcimiento del daño derivado de la falta de realización del negocio. La acción es rechazada una vez que se comprueba la correspondencia existente entre la transferencia de la empresa y la garantía que habría tenido que ser proporcionada al comerciante. Este último se había obligado a transferir la empresa a cambio de una remuneración fraccionada en cuotas mensuales teniendo en cuenta precisamente la garantía que le había sido prometida, de manera que su oposición a cumplir resulta del todo justificada, con la consecuencia de que la acción de resarcimiento del aprendiz es considerada infundada. La sentencia por medio de la cual se rechaza la pretensión de cumplimiento declara, de hecho, la liberación de las partes de las obligaciones asumidas con la celebración del acuerdo incumplido, sin que ninguna de ellas pueda pretender el resarcimiento del daño que

sabido[69] que el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento no requiere la ejecución preventiva de la prestación debida.

Quedando en firme ese presupuesto –que permite al incumplimiento recíproco adquirir importancia sobre el plano aplicativo–, resulta evidente que el interés positivo de cada una de las partes puede ser protegido solamente en la medida en la cual su conducta sea compatible con la realización de la operación económica prevista con el acuerdo contractual.

Si la conducta denota una verdadera actitud dirigida a cumplir el intercambio, el interés positivo merece ser protegido, de manera que la parte está legitimada para ejercer las acciones de cumplimiento y resarcimiento, aunque no haya cumplido sus obligaciones ni incurrido en los costos que de otra manera serían necesarios para el cumplimiento de la operación económica: es lo que acaece, en particular, cuando el incumplimiento de una de las partes (o, mejor, la falta de ejecución de la prestación debida) está justificado por el de la otra; la conducta no es compatible con una verdadera intención de realización del negocio, el interés positivo no es merecedor de tutela: de ahí se deriva que las demandas de cumplimiento y resarcimiento estén destinadas a ser rechazadas.

Si, además, el comportamiento de ambas partes es incompatible con el cumplimiento del intercambio, su interés positivo no merece ser protegido: es lo que ocurre cuando, siendo las prestaciones recíprocas simultáneamente exigibles, ninguna de ellas las ejecuta u ofrece antes de que los objetivos del negocio resulten gravemente alterados. En esta hipótesis, el cumplimiento coactivo y el resarcimiento del daño –que tutelan el interés positivo– no son evidentemente aplicables. Y puesto que no es razonable conservar una relación igualmente incumplida, en cuanto no responde por el interés de ninguno de los dos contratantes, la única solución plausible del conflicto provocado con

---

se desprende de la falta de cumplimiento del negocio: un resultado que un jurista continental podría describir en términos de "resolución sin resarcimiento".

69 Gracias a la elaboración de la *action of assumpsit*, que asume una fisionomía muy definida a finales del siglo XVI. Con relación a este tema, *cfr.* FARNSWORTH, A. *Contracts,* 4th ed., cit., p. 536, quien observa que los remedios sinalagmáticos –con base en los cuales la parte fiel puede rechazar temporal o definitivamente la ejecución de la prestación debida– se desarrollan en el derecho inglés solamente a partir de finales del siglo XVI, "when the development of the action of assumpsit made it clear that a wholly executory bilateral contract was enforceable. Prior to that time, the builder [l'appaltatore che per ipotesi non fosse stato pagato dal committente] had been confined to the action of debt, and the requirement of a *quid pro quo* precluded any claim until the builder had actually conferred a benefit on the owner by performing".

el incumplimiento se identifica en una resolución que no es adoptada junto con el resarcimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ACHILLE, D. *La risoluzione per mutuo dissenso,* Nápoles, ESI, 2013.

ATIYAH, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, Cary-North Carolina, Oxford University Press, 1995.

ATIYAH, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

BARBIERA, L. "Tardivo adempimento del debitore, rifiuto del creditore e risoluzione del contratto". *Contratti*, 1997, p. 450.

BARCELLONA, M. *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milán, Giuffrè, 1980.

BATTELLI, E. "Domanda di risoluzione e criteri di valutazione dell'inadempimento", *Giur*, *it*, 2005.

BENEDETTI, A. M. *L'eccezione di inadempimento*, en Visintini, G. (dir.), *Tratt. resp. contr.*, I, Padova, Cedam, 2009.

BENEDETTI, A. M. *Le autodifese contrattuali*, *Artt. 1460-1462. Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milán, Giuffrè, 2011.

BIANCA, C. M. *Diritto civile,* V, *La responsabilità,* 2.ª ed., Giuffrè, 2012.

BIGLIAZZI GERI, L. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1460-1462. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca,* Bolonia y Roma, Zanichelli y Ed. Foro it., 1988.

CARBONE, V. *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento? Corr. giur.,* 1997, p. 768.

CARNEVALI, U., GABRIELLI, E. y TAMPONI, M. *La risoluzione*, Bessone, M. (dir.), en *Tratt. dir. priv.*, XIII, Turín, Giappichelli, 2011.

CARNEVALI, U. *Preliminare di compravendita e sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione. Contratti*, 2001, p. 753.

Cecchetto, A. "Risoluzione del contratto ed inadempimenti reciproci: alcune considerazioni critiche". *Foro pad*., 2014, I, c. 18.

Cerri, F. "Reciproche domande di risoluzione per inadempimento e mutuo dissenso: electa una via non datur recursus ad alteram", *Corr. giur.*, 2018, p. 1378.

Chinchilla Imbett, C. A. *La excepción de incumplimento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Consolo, C. "Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento", *Riv. dir. civ.,* 1995, I.

Costanza, M. "Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento". *Giust. civ.,* 1997, I, p. 2765.

Criscuolo, F. "Contrapposte domande di risoluzione per reciproco preteso inadempimento e cessazione degli effetti del contratto per mutuo dissenso". *Riv. arbitrato,* 1993, pp. 111 ss.

Cristiano, F. "Mutuo dissenso e domande reciproche di risoluzione per inadempimento", *Contratti,* 2010.

Dalmartello, A. "Eccezione di inadempimento", en *Noviss. Dig. it.,* VI, Turín, UTET, 1960.

De Giorgi, D. "Adempimento tardivo e risoluzione del contratto", *Corr. giur.*, 2000, p. 1338.

De Menech, C. "La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma c.c. nella giurisprudenza", *Contratti,* 2014.

Della Chiesa, M. *Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto. Contratti*, 2014,

Dellacasa, M. *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore. Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo,* VI, Milán, Giuffrè, 2019.

Dellacasa, M. "Il giudizio di risoluzione", en Roppo, V. (dir.), *Tratt. contr.*, *Rimedi-2,* vol. V, Milán, Giuffrè, 2006.

Dellacasa, M. "Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione 'atipica'". *Riv. dir. civ.,* 2007, II, p. 509 (s. m.).

Dellacasa, M. "Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo", *Riv. dir. civ.*, 2015, I.

Eisenberg, M. A. "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law", 93 *Calif. L. Rev.* 975, 2005.

Farnsworth, A. *Changing Your Mind. The Law of Regretted Decisions, New Haven,* Yale University Press, 1998.

Farnsworth, A. *Contracts,* 4th ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2004.

Fuller, L. y Perdue, W. "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale Law Journal, vol. 46,* 1936-1937.

Gabrielli, E. "Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione". *Riv. dir. priv.,* 2014.

Gabrielli, E. "Risoluzione del contratto per inadempimento. Domanda di risoluzione per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue", *Giur. it.,* 2018.

Galgano, F. *Diritto civile e commerciale,* 4.ª ed., II, 1, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale,* Padova, Cedam, 2004.

Gallo, P. "Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza", *Giur. it.,* 2017.

Ghestin, J. "L'exception d'inexécution", en Fontaine, M. y Viney, G. (dirs.), *Les sanction d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruselas y París, Bruylant y LGDJ, 2001.

Ghestin, J., Jamin, C. y Billiau, M. "Les effets du contrat", en Ghestin, J. (dir.), *Traité de droit civil*, París, LGDJ, 2001.

Hinestrosa, F. *Tratado de las Obligaciones,* II, *El Negocio Jurídico*, v. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Horwitz, M. J. "The Historical Foundations of Modern Contract Law", *Harvard Law Review,* vol. 87, 1974, marzo, p. 917, replanteado en Horwitz, M. J., *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

Iorio, G. "La sorte del contratto di fronte a contrapposte domande di risoluzione per inadempimento", *Contratti,* 2015.

Larroumet, C. *Les Obligations. Le Contrat,* 6éme éd., París, Economica, 2007.

Luminoso, A., Carnevali, U. y Costanza M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca,* Bolonia y Roma, Zanichelli y Ed. Foro it., 1990.

Luminoso, A., Carnevali, U. y Costanza, M. *Della risoluzione per inadempimento Art. 1453-1454,* cit., pp. 113 ss.

Malaurie, P., Aynès, L. y Stoffel-Munck, P. *Les obligations,* París, Defrénois, 2007.

Malinvaud, P., *Droit des obligations,* 10éme éd., París, Litec, 2007.

Mantucci, D. *L'inadempimento reciproco,* Nápoles, esi, 1990.

Nanni, L., Costanza, M. y Carnevali, U. *Risoluzione per inadempimento,* i, 2, en *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca,* Bolonia y Roma, Zanichelli y Ed. Foro it., 2007.

Pagni, I. *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, 1998.

Picardi, L. "Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto". *Giust. civ.,* 1998, i, p. 825,

Roppo, V. "A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto", ahora en *Il contratto del duemila,* 3.ª ed., Turín, Giappichelli, 2011.

Roppo, V. "Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto", en Consolo, C., Pagni, I., Pagliantini, S., Roppo, V. y Maugeri, M. R. (dirs.), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bolonia, Il Mulino, 2018.

Roppo, V. *Il contratto,* Milán, Giuffrè, 2011.

Rossetti, M. "La risoluzione per inadempimento", en Rossetti, M., Balletti y Martino, V. *Risoluzione. Inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità*, en Cendon, P. (dir.), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, xiii, Turín, utet, 2000.

Rossetti, M. *La risoluzione per inadempimento*, Milán, Giuffrè, 2012.

Sacco, R. y De Nova, G. *Il contratto,* Turín, utet, 2016.

Shavell, S. "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", 84 *Tex. L. Rev.*, 2006, pp. 831, 844.

SHAVELL, S. *Foundations of Economic Analysis of Law,* Harvard University Press, 2004.

SICCHIERO, G. *La risoluzione per inadempimento, Art. 1453-1459. Comm. cod. civ. Schlesinger,* Milán, Giuffrè, 2007.

SMIROLDO, A. *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milán, Giuffrè, 1982.

TAMPONI, M. *La risoluzione per inadempimento, Tratt. Contr., I contratti in generale*, Rescigno, P. y Gabrielli, E. (dirs.), II, Turín, UTET, 2006.

VECCHI, P. "L'eccezione di inadempimento", en Mazzamuto, S. (dir.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo,* Turín, UTET, 2002.

VITIELLO, P. "Risoluzione per inadempimento e adempimento tardivo". *Giur. it.*, 1995, I.

JURISPRUDENCIA

CHILE

Corte Suprema de Chile: Sentencia del 3 de diciembre de 2003.

COLOMBIA

Cas. 5 de julio de 2019 (SC 1662-2019).

Cas., 2 de mayo de 2006, n. 10127.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Cas., 7 de diciembre de 1982.

Cas., 10 de marzo de 1977.

Cas., 11 de marzo de 2002.

Cas., 16 de julio de 1985.

Cas., 18 de marzo de 1977.

Cas., 25 de junio de 2018 (SC 2307-2018).

Cas., 3 de febrero de 1970.

Cas., 5 de julio de 2019 (SC 166 2.2019).

Cas., 7 de octubre de 1976.

ESTADOS UNIDOS

Admiral Plastics V. Trueblood, 436 F.2d 1335 (6th Cir, 1971).

ITALIA

App. Lecce, 25 de febrero de 2013, *Foro it*., 2013, I, c., pp. 1669.

App. Catania, 13 de enero de 2009.

App. Nápoles, 11 de febrero de 2010, en *Contratti*, 2010, p. 601.

App. Palermo, 14 de junio de 2017.

App. Roma, 8 de noviembre de 2007.

App. Cagliari, 3 de junio de 2011.

App. Catania, 21 de marzo de 2019.

App. Nápoles, 18 de julio de 2013.

App. Palermo, 25 de junio de 2012.

Cas., 1° de junio de 2004, n. 10490.

Cas., 1° junio de 1993, n. 6121.

Cas., 10 de mayo de 2019, n. 12549.

Cas., 10 de octubre de 2011, n. 20743.

Cas., 10 de septiembre de 2009, n. 19559.

Cas., 11 de agosto de 1997, n. 7480.

Cas., 11 de febrero de 1987, n. 1497.

Cas., 11 de febrero de 2000, n. 1525.

Cas., 11 de junio de 2013, n. 14648.

Cas., 11 de junio de 2013, n. 14648.

Cas., 11 de junio de 2013, n. 14649.

Cas., 13 de abril de 2000, n. 4809.

Cas., 13 de diciembre 2010, n. 25159.

Cas., 13 de julio de 1982, n. 4122.

Cas., 13 de junio de 1977, n. 2279.

Cas., 14 de agosto de 1986, n. 5050, en *Foro it*., 1987, I, 1, c. 93.

Cas., 14 de marzo de 2011, n. 5933.

Cas., 14 de mayo de 2004, n. 9200.

Cas., 14 de septiembre de 2017, n. 21315.

Cas., 15 de julio de 1971, n. 2303, en *Foro it.,* 1971, I, c. 2167.

Cas., 15 de marzo de 1980, n. 1751.

Cas., 16 de febrero de 2016, n. 2984.

Cas., 17 de febrero de 2004, n. 2992.

Cas., 17 de febrero de 2004, n. 3002.

Cas., 17 de julio de 2017, n. 17665.

Cas., 18 de junio de 1982, n. 3744.

Cas., 18 de junio de 1991, n. 6880.

Cas., 18 de mayo de 1985, n. 3058.

Cas., 18 de mayo de 2005, n. 10389.

Cas., 18 de septiembre de 2015, n. 18320.

Cas., 19 de diciembre de 2014, n. 26907.

Cas., 19 de marzo de 2018, n. 6675.

Cas., 19 de noviembre de 2004, n. 21900.

Cas., 20 de febrero de 1998, n. 1783.

Cas., 20 de febrero de 2004, n. 3378.

Cas., 21 de abril de 2015, n. 8108.

Cas., 22 de mayo de 2019, n. 13827.

Cas., 22 de septiembre de 2017, n. 22039.

Cas., 23 de diciembre de 2014, n. 27359.

Cas., 23 de febrero de 2002, n. 2661.

Cas., 24 de noviembre de 2000, n. 15167.

Cas., 24 de septiembre de 2009, n. 20614.

Cas., 25 de febrero de 2014, n. 4493.

Cas., 25 de junio de 2019, n. 16918.

Cas., 26 de julio de 2019, n. 20322.

Cas., 26 de octubre de 2012, n. 18500.

Cas., 27 de septiembre de 2016, n. 18932.

Cas., 28 de marzo de 2001, n. 4529.

Cas., 29 de agosto de 1990, n. 8955.

Cas., 29 de agosto de 2011, n. 17717.

Cas., 3 de enero de 2002, n. 27.

Cas., 3 de febrero de 2015, n. 1904.

Cas., 3 de julio de 2013, n. 16637.

Cas., 30 de enero de 1995, n. 1077.

Cas., 30 de mayo de 2017, n. 13627;

Cas., 4 de abril de 2000, n. 4089.

Cas., 4 de febrero de 1994, n. 1460.

Cas., 4 de junio de 1999, n. 5494.

Cas., 5 de junio de 2018, n. 14409.

Cas., 5 de noviembre de 1979.

Cas., 6 de abril 2000, n. 4317.

Cas., 6 de noviembre de 2014, n. 23702.

Cas., 6 de octubre de 2004, n. 19948.

Cas., 7 de diciembre de 1982.

Cas., 8 de julio de 1983, n. 4600.

Cas., 8 de noviembre de 1989.

Cas., 8 de noviembre de 2016, n. 22626.

Cas., 9 de junio de 2010, n. 13840.

Cas., del 3 de enero de 2002, n. 27.

Cas., secc. lab., 16 de enero de 2018, n. 836.

Cas., secc. un., 15 de enero de 1983, n. 329, en *Foro it.,* 1983, I, c. 654.

Coll. Arb. Florencia, 2 de julio de 1991 (Pedata *Pres.*, Bigliardi, Franceschi).

Trib. Bolonia, 10 de septiembre de 2012.

Trib. Cassino, 23 de agosto de 2016.

Trib. de Milán, 10 de abril de 2013.

Trib. de Milán, 9 de enero de 2018.

Trib. Grosseto, 17 de septiembre de 2016.

Trib. Milán, 10 de agosto de 2009, en *Imm. propr.*, 2010, p. 191.

Trib. Milán, 16 de julio de 2014, de manera extensa en *Pluris.*

Trib. Milán, 22 de abril de 2009.

Trib. Milán, 23 de septiembre de 2013.

Trib. Milán, 28 de febrero de 2013, en *Imm. propr.,* 2013, p. 536.

Trib. Padua, 12 de agosto de 2011, en *Obbl. contr.,* 2011, p. 786.

Trib. Palermo, 12 de enero de 2015.

Trib. Pescara, 22 de mayo de 2018.

Trib. Plasencia, 9 de marzo de 2010.

Trib. Reggio Emilia, 31 de octubre de 2013.

Trib. Roma, 4 de noviembre de 2008.

Trib. Roma, 12 de julio de 2011.

Trib. Roma, 13 de noviembre de 2018.

Trib. Salerno, 28 de julio de 2010.

Trib. Vicenza, 16 de junio de 2010.

Consejo de Estado (It.)

Cons. de Estado., 10 dicembre 2012, n. 6297.

REINO UNIDO

Kingston v. Preston, 99 Engl. Rep. 437, 438 (K.B. 1773).

Carlos Alberto Chinchilla Imbett
Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Génova. Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

Mauro Grondona
Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Pisa. Profesor Ordinario de la Universidad de Génova, Italia.

Universidad Externado de Colombia

La inejecución del contrato constituye aquel evento incierto que acaece luego de la celebración del contrato, evento que deberá ser combatido por las partes con el fin de proteger los intereses inmersos en la relación negocial. De hecho, el sistema jurídico predispone de un conjunto de tutelas, acciones o derechos dirigidos a garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el buen éxito de su expectativa y ofrece remedios que buscan la corrección en caso de malfuncionamiento del contrato, todo con el fin de permitir el restablecimiento del sinalagma y la tutela de los intereses de las partes.

El presente libro contiene un conjunto de reflexiones en torno al incumplimiento, cuya construcción se hace de forma armónica y sistemática, de manera que se explique y analice el sistema de nociones que circundan la problemática de la inejecución del contrato, así como los aspectos más relevantes de los remedios que disponen las partes para lograr su tutela frente al incumplimiento, basados en la doctrina civilista más relevante y el análisis crítico de la jurisprudencia que se ha ocupado de dichos temas.

La obra inicia con una introducción en la que se tratan los problemas y las prospectivas en materia remedial. Posteriormente los temas están organizados en cuatro partes. La primera desarrolla los aspectos relativos a la ejecución y la inejecución del contrato; la segunda, los remedios que tienen como finalidad la conservación del contrato; la tercera, los remedios que buscan la terminación del vínculo contractual; y, finalmente, algunos instrumentos que consiguen el restablecimiento del vínculo luego de aplicado el remedio y la protección de la parte afectada por el incumplimiento.

Este libro constituye un insumo importante para la doctrina civil, elaborado por profesores de las universidades de Génova, Pavia y Palermo y por profesores de la Universidad Externado de Colombia, lo cual no solo representa una manera de repensar el sistema remedial, sino una muestra del trabajo fraterno y conjunto de las doctrinas italiana y colombiana, ambas preocupadas por cumplir con la labor de elaborar soluciones razonables, equilibradas y pragmáticamente eficaces en materia contractual, de manera que se cumpla con la finalidad del derecho de ser una ciencia práctica que busca lo justo y lo bueno.