Problemas jurisprudenciales sobre mutuo incumplimiento.

**PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES SOBRE MUTUO
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN COLOMBIA DETERMINANTES DE
NUEVA INTERPRETACIÓN**

José Helvert Ramos Nocua

Autor

Escrito en

BOGOTÁ D. C.

Resumen

El presente escrito contiene la exposición de una tesis que en el contexto del derecho colombiano se propone como solución al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, a la que se arribó, tras el análisis de varias interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias consultadas en torno a las nociones jurídicas de la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, la excepción de contrato no cumplido, el mutuo disenso, la forma y bilateralidad de los contratos, y la mora y retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Summary

This text has the exposition about a thesis that in the context of the Colombian law has a purpose give a solution of a common problem and mutual failure of trading promise, to which arrival, after the analysis of different jurisprudential and doctrinal interpretations consulted about legal notions of the resolution for breach of bilateral contracts, the exception of unfulfilled contracts, the common dissent, as the form and the bilaterally of contracts, the delay and the retardation in the contractual obligations fulfillment.

Palabras claves: Resolución por incumplimiento, mutuo disenso expreso y tácito, excepción de contrato no cumplido, mora y retardo, forma y bilateralidad contractual.

**PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES SOBRE MUTUO INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL EN COLOMBIA DETERMINANTES DE NUEVA
INTERPRETACION**

En el derecho privado colombiano ha sido ardua la discusión sobre cuál debería ser la interpretación jurídica adecuada para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa. De ello es testimonio la gran variedad de posturas interpretativas que se encuentran en la evolución jurisprudencial del país; así, se aprecian dos modalidades de la tesis denominada mutuo disenso tácito: por una parte, la que hace ver al mutuo y simultáneo incumplimiento como suficiente para estructurar el mutuo disenso tácito (Corte Suprema de Justicia [CSJ] 1974); y por la otra, la que exige para la configuración de éste, la presencia del mutuo y concomitante incumplimiento (CSJ, 1979) más otras circunstancias de cada uno de los contratantes de las que se pueda inferir con certeza que fue la voluntad recíproca de ellos prescindir del contrato. Igualmente, se hallan otras posturas: por ejemplo, la que permite, (CSJ, 1982) la procedencia concurrente de la resolución, el cumplimiento, y el mutuo disenso tácito; o la que sólo acepta (CSJ, 1978) la resolución y el mutuo disenso tácito; o la que según (Canosa; 1985/2005; Oviedo, 2010) niega la procedencia de las pretensiones de resolución o de cumplimiento pero sin establecer fórmula alguna de solución; e incluso la interpretación reciente (CSJ, 2010b) en cuya virtud cualquiera de los contratantes mutua y

simultáneamente incumplidos tendría como única salida la solicitud de cumplimiento.

Se observa que en todo ese acaecer jurisprudencial ha sido protagónica la referencia de instituciones tales como la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*); la resolución de los contratos por incumplimiento; el imperio de la autonomía de la voluntad; el mutuo disenso expreso y tácito; el régimen de extinción de las obligaciones; el derecho de los ciudadanos al libre acceso a la administración de justicia, e incluso, el régimen de nulidades de los actos jurídicos.

Todo este escenario, como se ve entre los autores nacionales (Bohórquez, 2002; Canosa, 1985/2005; Hinestrosa, 2002; Oviedo, 2010; Romero, 2009; A. Tamayo, 2009; Mantilla, 2009) por sí solo es revelador de lo arduo y polémico que ha sido para la jurisprudencia afrontar el problema.

No obstante, pareciera que aún no se ha encontrado una solución satisfactoria y concluyente dadas las contradicciones y vacíos de que adolece cada una de las tesis jurisprudenciales enunciadas incluida la interpretación vigente. Ello justifica el objeto de estudios como el aquí se propone.

Al efecto, resulta pertinente advertir que en consideración de la complejidad de la temática enunciada se hace necesario dividir el presente trabajo en dos capítulos: el primero aplicado al problema del mutuo disenso tácito, y el segundo, dedicado al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento. Por tanto, el tema a

tratar en cada capítulo tendrá sus propios objetivos, problemas e hipótesis, como se especifica a continuación.

Primer Capítulo

Problemática. En cuanto al primer capítulo se proponen los siguientes interrogantes: ¿Es acertada lógica y jurídicamente la postura jurisprudencial del mutuo disenso tácito para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento? ¿Es dable afirmar la licitud del mutuo disenso tácito a pesar de requerirse para su perfeccionamiento del ilícito del mutuo incumplimiento? ¿Se cumplen en dicha postura los postulados de la forma y bilateralidad de los contratos, y la congruencia de los fallos judiciales? ¿La denominación “mutuo disenso” resulta adecuada para denotar la extinción de los contratos por el acuerdo de las partes? ¿Es el mutuo disenso tácito acto o convención que extingue obligaciones, o acto o convención que crea obligaciones? ¿El mutuo disenso tácito realmente resuelve el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento?

Objetivo general del primer capítulo. Establecer si es satisfactoriamente concluyente la teoría jurisprudencial del mutuo disenso tácito que se ha venido aplicando para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa.

Objetivos específicos del primer capítulo. Son los siguientes: hacer exposición de los argumentos vertidos en cada una de las modalidades de mutuo

disenso tácito jurisprudencial que han existido en Colombia y de la problemática que, según la misma jurisprudencia, dio lugar a la construcción de cada una de ellas; analizar si resulta posible afirmar la licitud del mutuo disenso tácito a pesar de requerirse para su perfeccionamiento el ilícito del mutuo incumplimiento; exponer algunas consideraciones doctrinarias en torno del mutuo disenso expreso y tácito haciendo especial relevancia en los aspectos del consentimiento, la forma y la bilateralidad de los contratos, y si en consecuencia tales postulados resultan cumplidos en la interpretación de la jurisprudencia colombiana; establecer si realmente es adecuado considerar al mutuo disenso tácito como un acto extintivo de contratos en vez de considerarlo en sí mismo como contrato creador de obligaciones de extinguir otro contrato; determinar si resulta apropiada la denominación mutuo disenso tácito para denotar la extinción de los contratos por acuerdo de las partes; señalar si en la jurisprudencia del mutuo disenso tácito se ha observado el criterio rector de la congruencia de las providencias judiciales tal como la jurisprudencia (CSJ, 2011) lo tiene establecido. Plantear una propuesta frente al mutuo disenso tácito jurisprudencial.

Hipótesis del primer capítulo. No resulta jurídica y lógicamente acertada la construcción jurisprudencial del mutuo disenso tácito que se aplica en la solución del problema del mutuo y simultáneo incumplimiento; con las tesis jurisprudenciales del mutuo disenso tácito se vulneran los postulados inherentes a la forma y la bilateralidad de los contratos; no resulta adecuada la denominación “mutuo disenso” para denotar la extinción de los contratos por el acuerdo de las

partes; el postulado de la congruencia de los fallos judiciales resulta vulnerado con la tesis de mutuo disenso tácito; es acertado un salvamento de voto de la jurisprudencia (CSJ, 1979) que hace ver en el mutuo disenso tácito un acto viciado de nulidad por estar presentes en su perfeccionamiento los ilícitos de los incumplimientos mutuos de los contratantes. El mutuo disenso tácito no resuelve el problema del mutuo y concomitante incumplimiento.

Segundo Capítulo.

Problemática del segundo capítulo. ¿Existe en la jurisprudencia colombiana una solución argumentativamente sostenible para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa?; ¿Es fundado considerar que el contratante que no ha incurrido en incumplimiento es el único que puede pedir la resolución o de cumplimiento del contrato? ¿Resulta realmente procedente la excepción de contrato no cumplido frente a la pretensiones de resolución o de cumplimiento en el supuesto del recíproco incumplimiento?; ¿Es posible aplicar en la solución del problema la distinción que hace la jurisprudencia (CSJ, 1995) entre retardo y mora?

Objetivo general del segundo capítulo. Proponer una tesis que sin los inconvenientes de las interpretaciones de la jurisprudencia colombiana, permita resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa, e incluso de los demás contratos bilaterales, según el caso.

Objetivos específicos del segundo capítulo. Describir el entendimiento que se expone por la jurisprudencia colombiana y por algunos doctrinantes nacionales y extranjeros sobre las instituciones de la resolución de los contratos por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido y las nociones de retardo y mora, y establecer la funcionalidad de tales figuras en la solución del incumplimiento recíproco y simultáneo.

Hipótesis del segundo capítulo. No existe en la jurisprudencia colombiana una solución argumentativa sostenible para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa. Es infundado considerar que solo al contratante que no ha incurrido en incumplimiento le pueden prosperar las pretensiones de resolución o de cumplimiento. No es realmente procedente la excepción de contrato no cumplido frente a las pretensiones de resolución o de cumplimiento en el supuesto del recíproco incumplimiento. Se puede aplicar en la solución de la problemática planteada la distinción que hace la jurisprudencia entre retardo y mora, pero siendo posible constituir en ésta a los mutuamente incumplidos.

Las inquietudes expuestas se constituyen en el referente de este trabajo que se justifica por el interés que despierta el debate jurisprudencial sobre el tema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa, pero sobre todo en la necesidad de establecer una solución que resulte coherente con los postulados de la lógica, la realidad histórica, la juridicidad y la justicia.

En consecuencia, la investigación busca hacer un aporte en la solución de las problemáticas a tratar en cada uno de los capítulos que se proponen, dadas las dificultades y vacíos que se observan en la jurisprudencia a pesar de la gran diversidad de interpretaciones que se encuentran en ella.

Por lo tanto, la investigación se establece en la consideración de ser la administración de justicia fuente de credibilidad entre los ciudadanos, y en la necesidad de una aplicación e interpretación de la ley coherente con el fundamento del ordenamiento jurídico. Por último, se precisa que no obstante ser el incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa la materia objeto del presente estudio, las conclusiones a que se arribe podrías resultar aplicables al incumplimiento mutuo y simultáneo de otros contratos bilaterales.

Antes de emprender el desarrollo de las temáticas enunciadas es pertinente hacer algunas precisiones en torno del contrato de promesa de compraventa: en cuanto al régimen civil, la regulación normativa específica se encuentra en el artículo 89 de la ley 153 de 1.887, y respecto de régimen mercantil, la regulación se ve en el artículo 861 del código de comercio. Desde el punto de vista de su forma, al decir aquella norma que “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo (...) que la promesa conste por escrito...”, es predicable su carácter solmene tal como lo enseña la doctrina (Bonivento, 1999: Polanco 2003: A. Tamayo 2008). No obstante, en el contexto del derecho mercantil se observa que existe polémica entre la postura de quienes sostienen el

carácter solemne del contrato, y la de quienes afirman (Díaz, 1999) su carácter consensual.

Por otra parte, se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia (Bonivento, 1999; CSJ, 1985; Oviedo, 2010; Pérez, 2009), que el contrato de promesa de compraventa civil o mercantil da origen a obligaciones recíprocas de hacer; en tal sentido, como dice J. Tamayo (1996/2007), cada contratante cumpliría su obligación haciendo la celebración del contrato prometido, bien en forma consensual, o mediante la solemnidad de la escritura pública según se trate de bienes mueble o inmuebles.

De acuerdo con los autores (Bonivento, 1999; Díaz, 1999; Mantilla, 2009; Oviedo, 2010; Pérez, 2009), conviene destacar que los prometientes contratantes deben actuar de manera simultánea en el cumplimiento de sus obligaciones de hacer; y que necesariamente tales obligaciones nacen sujetas a plazo. Esto último resultaría importante en la referencia del retardo y la mora.

PRIMERA PARTE

EL MUTUO Y SIMULTÁNEO INCUMPLIMIENTO UN PROBLEMA SIN RESOLVER EN EL MUTUO DISENSO TÁCITO DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Como se viene de mencionar, la construcción jurisprudencial del mutuo disenso tácito se ha constituido en una alternativa en el derecho privado colombiano para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento contractual. Sin embargo, tal interpretación parece adolecer de varios

inconvenientes. Por una parte, porque, solo resolvería algunos casos de mutuo y simultáneo incumplimiento, quedándose los demás, sin solución alguna; al respecto se encuentran en la doctrina nacional opiniones diversas: así, mientras algunos autores (Emiliani, 2001; Hinestrosa, 2003) revelan su prevención frente a ella sin hacer propuesta alguna; otros exponen alternativas interesantes de solución, como la de A. Tamayo (2009) que sugiere la necesidad de regulación legislativa; o como la de Mantilla (2.009) que propone acudir a la interpretación analógica; o la interpretación (Oviedo, 2.010; Salcedo, 2.006) que compartiendo una postura jurisprudencial CSJ, (1982) propone frente al mutuo y simultáneo incumplimiento la procedencia de la resolución o el cumplimiento pero sin perjuicios por no existir mora. Por otra parte, porque con dicha interpretación pareciera que no se observan los postulados de la forma y la bilateralidad de los contratos.

Se procede entonces al análisis de la interpretación jurisprudencial en comento a efectos de ponderar su consistencia. Por razones pedagógicas, en cuanto a lo que es objeto de este primer capítulo, se examina en orden cronológico tres interpretaciones jurisprudenciales así: una primera tesis en la que no se dejó posibilidad alguna para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento; una segunda tesis en la que se expone la primera modalidad de mutuo disenso que existió en el país; y la tercera tesis que se refiere a la segunda modalidad de mutuo disenso tácito, constituida en la interpretación con aceptación vigente. Se hace exposición de las inconsistencias encontradas por la

jurisprudencia en la primera y segunda tesis por las que se concluyó en el mutuo disenso tácito actual. Es conveniente precisar, que además de las tres interpretaciones mencionadas, existen otras que serán objeto de estudio en el segundo capítulo. Se hace alusión a la manera como algunos autores nacionales y extranjeros explican la teoría del mutuo disenso; luego se toma referencia de las nociones de la forma y bilateralidad de los contratos, para al final, hacer algunas críticas y conclusiones en vista de los objetivos planteados.

Tesis del Mutuo y Simultáneo Incumplimiento como Problema sin Salida en la Jurisprudencia Colombiana

Esta es la primera interpretación jurisprudencial que sobre resolución y mutuo y simultáneo incumplimiento contractual se produjo en el país. Se encuentra en un pronunciamiento del 7 de diciembre de 1897 mediante el cual, según la doctrina y la jurisprudencia (Canosa, 1.985/2005; CSJ, 1982; Mantilla, 2009; Oviedo, 2010; Salcedo; 2006), se sentenció que la posibilidad de obtener la resolución del contrato incumplido, o su exigibilidad, solo sería procedente a discreción del contratante no incumplido; tal interpretación se hizo con fundamento en los artículos 1.546 y 1.609 del código civil.

Significaba, entonces, que ante el mutuo y simultáneo incumplimiento, ninguno de los contratantes podía hacer uso de tales opciones, dado que contra cualquiera de ellas resultaba procedente la excepción de contrato no cumplido a favor del contratante incumplido.

Desde entonces, en lo que tiene que ver con la resolución contractual por incumplimiento, tal interpretación se ha mantenido vigente en la jurisprudencia (CSJ, 1979, 1985, 1993, 1994, 2003, 2007; 2010) salvo las siguientes posturas: una, (CSJ, 1982) mediante la cual se admitió la posibilidad de exigir la resolución o el cumplimiento según la voluntad del demandante; otra, CSJ, (1978) en cuya virtud se permitió la resolución con exclusión del cumplimiento; y las dos posturas enunciadas sobre mutuo disenso tácito.

Problemática de la tesis. Como bien observa la doctrina colombiana (Canosa, 1985/2005; Hernández, 1994; Hinestrosa, 2003; León, 1995; Mantilla, 2009; Ordoñez, 1992; Oviedo, 2010; Ospina y Ospina, 2009; A. Tamayo, 2009; Valencia y Ortiz, 2004) con tal interpretación, los contratantes mutua y simultáneamente incumplidos se quedaban sin la posibilidad de encontrar en los jueces solución alguna a su conflicto; debían permanecer entonces en la indefinición. Utilicemos el siguiente ejemplo: por virtud de un contrato de promesa de compraventa, el prometiende vendedor hace entrega material del inmueble prometido en venta y recibe una parte del precio. Se pacta que el saldo del precio, que es bastante, se pagará en la fecha estipulada para la celebración del contrato prometido. Sin embargo ninguno de los prometiendes cumple lo pactado; es decir, ni se paga el saldo del precio, ni se celebra la compraventa prometida.

Como se puede ver, el prometiende vendedor no podría demandar la resolución para que las cosas vuelvan al estado anterior, y así recobrar el inmueble; tampoco podría demandar cumplimiento para obtener el pago del saldo

del precio. Era una interpretación que resultaba injusta para uno de los contratantes si no contaba con la actitud ética del otro; éste, incluso, podía sacar ventaja de la situación esperando la operancia de la prescripción, o simplemente permaneciendo en el inmueble aprovechando sus frutos.

Segunda Tesis. Primera Modalidad de Mutuo Disenso Tácito

Jurisprudencial como Solución al Problema del Mutuo y Simultáneo

Incumplimiento

No obstante las circunstancias anotadas, solo hasta 1974 la jurisprudencia vino a pronunciarse con una interpretación que constituyó un avance, y sobre todo, una superación de las dificultades de la primera tesis: fue la modalidad inicial de mutuo disenso tácito que existió en el país, la cual era explicada por la misma jurisprudencia CSJ (1974) así: “De ahí también el lógico resultado de la disolución o desistencia por mutuo disenso tácito, en que exactamente debe traducirse la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en el pacto” (p. 246).

Se establecía, entonces, que así como el contrato es creado por un acuerdo de voluntades, de la misma manera, se puede extinguir por otro acuerdo denominado mutuo disenso. Para ello se halló fundamento normativo en los artículos 1602 y 1625 del código civil. Así, se dijo, que el mutuo disenso puede ser expreso, o puede ser tácito, explicándose el primero como la manifestación clara y expresa de las voluntades de los contratantes de acabar el contrato; y el

segundo, como el acuerdo de voluntades extintivo que se infiere de los comportamientos de los contratantes.

La novedad de la interpretación consistió en establecer que los comportamientos mutuos y simultáneos de incumplimiento de un contrato permitirían concluir que los contratantes lo quisieron extinguir; esto es, que el mutuo y simultáneo incumplimiento sería igual mutuo disenso tácito. De esa manera al acabarse el contrato, las cosas tendrían que volver al estado precontractual.

Obviamente la excepción de contrato no cumplido no resulta procedente frente a la petición de mutuo disenso tácito puesto que ella solo estaría concebida para enervar la resolución o el cumplimiento que propusiese el contratante incumplido.

Se mantuvo la doctrina según la cual, la petición de resolución o de cumplimiento del contrato sólo podía ser propuesta por el contratante que no hubiera incumplido, o que hubiera estado dispuesto a cumplir cuando sus obligaciones no fueran exigibles; esto último, en el caso de obligaciones recíprocas de exigibilidad no simultánea.

En el mismo sentido se señaló, que no procedía el cobro de perjuicios por el incumplimiento en atención a que conforme al artículo 1609 del código civil, ninguno de los contratantes estaría en mora.

Problemática de la tesis. No obstante, lo innovador de la interpretación, se detectó en ella la siguiente problemática: ¿es adecuado sostener que de manera

necesaria el mutuo y simultáneo incumplimiento es suficiente para inferir que los contratantes quisieron extinguir un contrato entre ellos? Frente a ello la jurisprudencia posterior (CSJ, 1979; 1985) ha contestado negativamente; puesto que sería posible un incumplimiento mutuo de los contratantes sin que ellos realmente quisiesen acabar su contrato. Es decir, el mutuo y simultáneo incumplimiento no resultaba suficiente para concluir con certeza que las partes tuvieron voluntad recíproca de extinguir el contrato. Puede verse que con la interpretación se contrariaba el principio probatorio según el cual, como se ve entre los autores (Devis, 1994; Parra, 2007), la certeza debe ser el fundamento del juez para dar por existente o inexistente un hecho, que para el caso, tiene que ver con la certeza de la voluntad recíproca de extinguir.

Desde el punto de vista de la congruencia entendida por la doctrina y la jurisprudencia (Canosa, CSJ, 1993; 2010b; 1993; 1985/2005; López, 2005; Quinche, 2001/2005; Sanabria, 2011) como la concordancia que debe existir entre la sentencia y las pretensiones, excepciones, hechos y pruebas del proceso, es de resaltar, que en la tesis jurisprudencial en comentario CSJ (1974) no aparece que el demandante haya planteado expresamente la pretensión de mutuo disenso tácito del contrato; no obstante, el mismo fue declarado oficiosamente, sin haberse hecho argumentación alguna al efecto. Es evidente, que con ello resultaban vulnerados los artículos 305 y 306 del código de procedimiento civil que para la época ya estaban vigentes. Es de anotar que en el proceso que dio

lugar a aquella jurisprudencia, según ella misma lo dice, solo se había solicitado la rescisión del contrato por vicios inhibitorios.

Los mencionados inconvenientes de la tesis inicial del mutuo disenso tácito hizo que la jurisprudencia (CSJ, 1979) a manera de rectificación doctrinaria concluyera en la segunda modalidad de mutuo disenso tácito, la cual se procede a explicar.

Tercera tesis. Segunda Modalidad de Mutuo Disenso Tácito Jurisprudencial ante las Deficiencias de la Primera Modalidad.

Mediante esta nueva interpretación se determina que para estructurar el mutuo disenso tácito, es necesario, además del mutuo y simultáneo incumplimiento, de otras circunstancias predicables de ambos contratantes de las que se pueda inferir sin ninguna duda que fue su recíproca voluntad deshacer un contrato entre ellos. Los siguientes son los términos de la jurisprudencia (CSJ, 1979):

“Ahora bien, no siempre que ocurre el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa del desistimiento de la convención. (...) No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en qué consiste la inejecución sean expresivos, tacita u

expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato” (p. 314).

Reiterando la interpretación se dice en otro pronunciamiento (CSJ, 1985) que “Se cierra, por tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea” (p. 153).

Llama la atención, que en la segunda tesis al igual que en la primera, el mutuo y simultáneo incumplimiento es exigido como un presupuesto sin el cual el mutuo disenso tácito no puede existir.

Así quedaban superadas las dificultades de las tesis del mutuo disenso tácito inicial. Se mantiene la doctrina, según la cual, sólo se puede demandar la resolución o el cumplimiento de los contratos, por el contratante que no haya incumplido, o que esté dispuesto a cumplir en caso de no ser exigibles sus obligaciones.

Igualmente, frente a la solicitud de mutuo disenso tácito, la excepción de contrato no cumplido tampoco resulta procedente. Además, como el mutuo disenso tácito implica que ninguno de los contratantes esté en mora conforme al artículo 1.609 del código civil, no es procedente la solicitud recíproca de perjuicios.

Esta interpretación es acogida actualmente por la jurisprudencia colombiana como una alternativa para resolver el problema del mutuo y simultáneo

incumplimiento. (CSJ, 2007; 2010a; Consejo de Estado [CDE], 2004; Corte Constitucional [CC] 2008).

Problemática de la tesis. La jurisprudencia, en salvamento de voto (CSJ, 1979) hace referencia a algunas inconsistencias por las que, según ella, no se podría compartir la tesis del mutuo disenso tácito. En tal sentido, se hace ver como equivocada la afirmación de ser constitutiva la sentencia que decreta el mutuo disenso tácito por cuanto no hay norma que así lo establezca; asimismo, se señala que no está bien interpretar el mutuo disenso como acto consensual cuando el contrato a extinguir es solemne, esto es, que si éste es solemne, aquel debe ser solemne; igualmente, se dice que incumplir un contrato es conducta ilícita, y que por tanto, de ello, no se puede derivar válidamente un contrato; en consecuencia el mutuo disenso tácito sería ineficaz. Además de las observaciones de la jurisprudencia se podría señalar como aporte de éste trabajo, que con la teoría jurisprudencial del mutuo disenso tácito se vulnerarían los aspectos de la forma y bilateralidad de los contratos.

Se procede a analizar la doctrina del mutuo disenso tácito jurisprudencial vertida en las dos modalidades enunciadas, a efectos de proponer si es o no sostenible. Para ello, en primer lugar se toma referencia doctrinaria de la noción; luego se analiza la operancia del consentimiento en el mutuo disenso tácito y expreso; posteriormente se analizan la noción a la luz de las características de la forma y la bilateralidad de las obligaciones; y al final se exponen unas conclusiones.

El Mutuo Disenso

Su expresión semántica en la doctrina. Advierte Núñez (1996) que de entrada, la expresión “mutuo disenso” no deja de llamar la atención y de causar perplejidad, porque en realidad significa algo diferente de lo que sugiere su tenor literal; que no se entiende cómo puede ser disenso el acuerdo de voluntades por el que se pone fin a una situación jurídica. En tal sentido, Lasarte (2009a), sugiere que no resulta feliz la denominación de mutuo disenso. El cuestionamiento se reitera por Kees (2001) así:

“...se habla de mutuo disenso para describir el acuerdo dirigido a dejar sin efectos una relación obligatoria preexistente. Sin embargo, lo que existe en ese caso es un verdadero acuerdo, o sea, un mutuo consentimiento, con el fin de desligarse de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo anterior” (p. 436)

Mientras tanto Messineo (1952) sostiene que en realidad la expresión “mutuo disenso” se refiere en la segunda palabra al efecto que se provoca en el contrato a extinguir, a la vez que la palabra “mutuo” denota el acuerdo de voluntades que sirve de medio para eliminar los efectos ulteriores del contrato originario.

Su consagración normativa. Desde éste punto de vista los autores (Arroyo, 1986; y Núñez, 1996) anotan que el mutuo disenso si bien es admitido en los artículos 1.134 del código civil francés, 1.374 del código civil italiano, sin embargo, no son objeto de regulación; destacan que en tales disposiciones el contrato tiene

fuerza de ley entre los contratantes, y que por lo mismo, los contratos se pueden resolver “por mutuo disenso”. Refieren que en el código español ni siquiera se menciona el mutuo disenso, pero que aún así, ello no es óbice para que tanto doctrina como jurisprudencia lo acepten. Asimismo que la figura tiene consagración en el artículo 406 del código civil portugués.

Igualmente registran que en Latinoamérica el mutuo disenso se encuentra en el artículo 1.625 del código civil de Ecuador; en el artículo 1.159 del código civil de Venezuela; en el artículo 1.234 del código civil de Bolivia; en el artículo 1.567 del código civil de Chile; en el artículo 1.294 del código civil de Uruguay; en el artículo 2.298 del código civil de Guatemala; en el artículo 2.272 del código civil de Perú; en el artículo 1.625 del código civil de Colombia.

El concepto de mutuo disenso. En efecto, se encuentran entre la doctrina extranjera algunas definiciones (Álvarez 2009; Arroyo 1986; Carrasco, 201; Díez-Picazo, 1996; Lasarte, 2009a; Messineo, 1952; Mosset 1995; Núñez 1996; Petit 1980; Putti, 2009; Roppo, 2001) que hacen en ver en el mutuo disenso un contrato que tiene por objeto la extinción de otro contrato anterior cuyas partes de aquel son las mismas de éste, denotando que es como destruir lo que antes se construyó; opinión ésta que es compartida por los autores colombianos (Canosa, 1985/2005; Casadiegos, 2.003; Emiliani, 2001, Hinestrosa, 2002; León, 1995; Mantilla, 2009; Ospina y Ospina, 2009; Salcedo, 2006; A. Tamayo, 2008); subrayan que como acto jurídico que es, en su celebración se deben cumplir los presupuestos generales y esenciales de eficacia contemplados para cualquier tipo

de contrato o convención; esto es, el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa lícitos, y el cumplimiento de las formalidades que exige la ley o se imponen por las partes.

Es de resaltar que en tales definiciones se hace ver el mutuo disenso como acuerdo extintivo de un contrato; también se dice que equivale a la extinción de los efectos de una relación obligacional originada de un contrato.

Se encuentra que el artículo 1200 del código civil argentino, en vez de referirse a mutuo disenso, utiliza la expresión “rescisión por mutuo consentimiento” Aún así, se constata que la doctrina de ese país (Kees, 2001; Miquel, 2008; Mosset 1995) continúa empleando la expresión mutuo disenso o mutuo distracto.

Doctrina sobre la Formación del Consentimiento en el Mutuo Disenso.

Al respecto se observa en la doctrina (Diez-Picazo, 1996; Pérez, 1999; Pothier, 1947; Suescúm, 2005; A. Tamayo, 2008; Vélez, 1983) que el consentimiento es elemento sustancial constitutivo o alma de cualquier contrato; y que consiste en la común intención de los contratantes para crear un contrato.

En tal sentido, en cuanto al mutuo disenso, refieren los autores (Álvarez, 2009; Bianca, 2007; Canosa, 1985/2005; Carrasco, 2011; Hinestrosa, 2003; Mosset, 1995; Núñez, 1996; Ospina y Ospina, 2009; A. Tamayo, 2009; Valencia y Ortiz, 2004; Putti, 2009) que el consentimiento puede tener dos modos de manifestarse: el expreso entendido como la explícita, clara, palpable, específica y recíproca expresión de voluntad de las partes con el que se constituye un contrato

extintivo de otro contrato entre ellas; y el modo tácito, referido al comportamiento y circunstancias fácticas imputables a cada uno de los contratantes de las que se puede concluir que aceptan extinguir un contrato previo entre ellos.

En tal sentido, Núñez, (1996) advierte, que al contrario de lo que ha ocurrido en el mutuo disenso expreso, en cuanto al mutuo disenso tácito se ha presentado mucha discusión.

Posturas sobre formación del consentimiento en el mutuo disenso tácito. Expone Núñez, (1996) que en reiteradas ocasiones frente al supuesto de haber transcurrido un tiempo prolongado luego del incumplimiento sin ninguna manifestación de los contratantes mutuamente incumplidos, la jurisprudencia denegó la pretensión del mutuo disenso tácito; que en cambio, en otras ocasiones, para la jurisprudencia fue suficiente el mero silencio para aceptar la disolución del contrato por mutuo disenso tácito.

Desde el punto de vista del papel del incumplimiento, en cuanto al derecho español, la doctrina (Álvarez, 2009; Carrasco, 2011; Núñez, 1996; Lasarte, 2009) y la jurisprudencia civil (Tribunal Supremo Español [TSE] 2.005, 2010) enseñan que aquel no es suficiente por sí mismo para concluir la existencia del mutuo disenso tácito; que para ello, es necesario de otras circunstancias de los contratantes indicativas de su voluntad recíproca de prescindir del contrato.

Respecto del derecho argentino los autores (Miquel, 2008; Mosset 1995) manifiestan que es admisible la tácita manifestación del consentimiento para la

configuración del mutuo disenso tácito. Lo mismo se advierte respecto del derecho panameño en la exposición de Arroyo (1986).

Conviene subrayar, que no obstante lo dicho por tales doctrinas, no se advierte que en la legislación de algún país exista norma que expresamente consagre la modalidad de mutuo disenso tácito.

Por otra parte, se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia (Bianca, 2007; Carrasco, 2011; CSJ, 1979, 1982; Messineo, 1952; Oviedo, 2010) que el mutuo disenso solo puede ser consensual cuando el contrato a extinguir es consensual; y solemne cuando el contrato a extinguir es solemne, debiéndose observar en el perfeccionamiento de aquel las solemnidades de éste.

El mutuo disenso tácito en la doctrina colombiana. Por su parte, los autores colombianos (Emiliani, 2001; Fierro, 2007; Hernández, 1994; Hinestrosa, 2002; Pérez, 2009; Salcedo, 2006; A. Tamayo, 2009) compartiendo la interpretación jurisprudencial vigente, sugieren definir el mutuo disenso tácito como la circunstancia de tener por extinguido un contrato ante la verificación de su mutuo y simultáneo incumplimiento acompañado de otras circunstancias predicables de quienes fueron partes en él reveladoras sin ninguna duda de su voluntad recíproca de realizar aquella extinción. Opinión esta que es expuesta por Canosa (1985/2005), en los siguientes términos:

El fenómeno es complejo, ya que cuando las partes incumplen recíprocamente sus obligaciones no podemos afirmar que demuestren la más mínima intención de disolver un contrato por medio de la figura

del mutuo disenso. (...) Ante todo, debemos afirmar que, como requisito esencial para que él se configure, se requiere que de la conducta de los contratantes emerja nítidamente la voluntad negativa en cumplir el contrato; es decir, que ese negligente u omisivo actuar los lleve a determinar de manera inequívoca el no ejecutar el contrato. (...) En este orden de ideas, y reafirmando lo ya expresado, digamos que nuestra Corte Suprema de Justicia ha proferido trascendentales fallos en la materia, en donde se dan las más acertadas y a la vez contradictorias interpretaciones y soluciones jurídicas” (p. 132).

En el mismo sentido la jurisprudencia colombiana, (CSJ, 1989, 1985, 1993, 2003, 2007, 2010a, 2010b).

Crítica a la Construcción Jurisprudencial del Mutuo Disenso Tácito desde el Punto de Vista de la Forma.

Pareciera posible afirmar que tal interpretación adolece de inconsistencias; ello resultaría del análisis de las normas al efecto establecidas en el derecho privado colombiano. Veamos.

Aspectos generales sobre la forma de los contratos. El código civil colombiano señala: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. Y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento” (art. 1501)

A su vez el código del comercio prescribe: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad” (art. 824)

Estas normas, de acuerdo con los autores colombianos (Becerra, 2006; Cancino, 1979; Díaz, 1999; Emiliani, 2001; Pérez, 2009; Ospina y Ospina, 2009; A. Tamayo, 2008; Valencia y Ortiz, 2004) permiten establecer las siguientes tres reglas: un contrato es consensual cuando para su perfeccionamiento se requiere del acuerdo de voluntades, expresado de cualquier forma, sobre los elementos de la esencia de aquel; al efecto, enseñan que la consensualidad se puede establecer del examen de cada tipo contractual, bien sea porque de manera expresa la consagre la ley, ora porque no se diga por la ley si el contrato es consensual, solemne o real, en cuyo caso, según refiere Becerra (2006), se acepta que genéricamente el contrato es consensual o de forma libre. Es decir que, como advierte Betancourt (2006) “un contrato será solemne cuando una norma le dé el carácter del tal” (p. 186), o en su defecto, cuando lo acuerden los contratantes en autonomía de su voluntad.

En el mismo sentido, Cárdenas (1999) al señalar lo siguiente: “En la forma, la libertad contractual se traduce en el hecho de que, en principio, las personas pueden expresar su voluntad de contratar como a bien lo tengan, lo cual implica que solo se requerirá de formalidades cuando la ley lo exija...” (p. 303).

En la misma línea de pensamiento Baena (2000) al enseñar que “El derecho moderno tiende a hacer más dinámicas las relaciones jurídicas, y por ende, a eliminar la ritualidad de los actos” (p. 46). O Nomen (2011), cuando dice:

Los negocios jurídicos de ordinario, son de forma libre, admite la posibilidad de presentarse en su materialidad por todo medio idóneo para expresar la disposición de intereses y, por consiguiente, la declaración, la manifestación, la conducta concluyente, la conducta omisiva, el lenguaje verbal o articulado y, más ampliamente, la conducta socialmente tipificada cuanto dispositiva, es forma del acto. Por excepción, de manera taxativa, clara, expresa, estricta y no susceptible de aplicación e interpretación extensiva, tampoco de exclusión e inobservancia, la libertad de expresión se restringe a una única forma dispuesta por el ordenamiento en atención a determinadas categorías, siendo necesaria e imprescindible para su existencia (*ad substantiam actus*) (p. 46)

Igualmente se mira en la doctrina extranjera (Bénabent, 2007; Bercovits, 2009; Bianca, 2007; Brebbia, 1979; Carrasco, 2011; Cariota, 1956; Cordovera 2001; Ferri, 2004; Larroument, 1.999; Messineo, 1952; Mosset, 1995; Pothier, 1947) la reiteración de la consensualidad contractual como regla genérica; porque como dice (Bonecasse trad.1997/1997), “se considera actualmente que el último refugio del formalismo está en los actos solemnes” (p. 769). O Larroument (trad. 1990/1999a) refiriéndose al código

de Napoleón: “El desarrollo del formalismo no debe hacer perder de vista que los contratos solemnes, siguen siendo actualmente la excepción, como le eran en 1.804” (p. 109).

La forma de los contratos en la jurisprudencia colombiana. Al respecto se encuentra reiteración de ser los contratos consensuales la regla general; por ejemplo el siguiente pronunciamiento (CSJ, 2.010a):

En torno de dicha temática, la Sala tiene señalado que "la formación del contrato implica, en no pocas ocasiones, una fase preparatoria, en desarrollo de la cual los interesados progresivamente definen los términos —principales y accesorios— del contrato mismo que se pretende celebrar, en aras de explicitar su voluntad de cara al respectivo negocio. Solo en el evento de que la intención de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto —determinante— materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico.

Igualmente interpretación se observa en la jurisdicción contenciosa administrativa (CE, 2010) en criterio que comparte la Superintendencia Bancaria de Colombia al conceptuar que: “Tanto más concluyente lo dicho, si se tiene en cuenta que el artículo 824 del Código de Comercio, a la vez que consagra el principio de la consensualidad de los contratos mercantiles, prevé la existencia legal de negocios solemnes y la consecuencia jurídica que acarrea el desconocimiento de las correspondientes formalidades” (Concepto 91003822-1 de febrero 15 de 1991)

También se encuentra el mismo criterio en la justicia arbitral que se ha pronunciado así:

En primer lugar, el Código Civil, en sus artículos 1.500 -al definir los contratos solemnes- y, 1.501 -al precisar la noción de elemento esencial de cada contrato-, sienta las bases a partir de las cuales se desarrolla el concepto de la inexistencia de los negocios jurídicos. En este orden de ideas, se considera inexistente, bien el acto jurídico que, estando sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales (*ad substantiam actus*), carece de ellas, por lo cual “no produce ningún efecto civil”, bien aquél al que le falta uno o más elementos que le son esenciales, caso en el cual “no produce efecto alguno. Por su parte, el artículo 898 del Código de Comercio considera ineficaz el negocio jurídico celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falta alguno

de sus elementos esenciales. A diferencia de la nulidad, la inexistencia opera de pleno derecho y no requiere pronunciamiento judicial para que se configure la ineficacia del acto jurídico (Laudo arbitral de 7 de abril de 1999)

Así las cosas, resultaría evidente que en Colombia el contrato de mutuo disenso en cualquier de sus modalidades, expreso o tácito, tendría que ser consensual, puesto que en el ordenamiento jurídico no existe norma legal alguna que expresamente consagre solemnidad determinada y exclusiva para su perfeccionamiento. Tampoco podría ser real, porque para su perfeccionamiento no se requiere de tradición o entrega de bien específico alguno. Sin embargo, no se advierte que en la jurisprudencia y doctrina colombianas se haya reflexionado en mayor medida al respecto.

Desconocimiento del carácter consensual del mutuo disenso tácito por la jurisprudencia colombiana. De acuerdo con lo se viene de decir pareciera que la jurisprudencia colombiana tuviese establecido el carácter solemne para aquel acto. Obsérvese que para el perfeccionamiento de cada una de las modalidades de mutuo disenso tácito, siempre se exige la concurrencia del recíproco y simultáneo incumplimiento de las obligaciones del contrato a extinguir, estableciéndose que si ello no ocurre, el mutuo disenso tácito no nace; es decir, que no podría existir mutuo disenso tácito sin mutuo incumplimiento. En pertinencia con lo que se comenta dice la jurisprudencia (CSJ, 1974):

Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso (p, 246)

O la siguiente jurisprudencia en cuanto a la tesis actual, a manera de reiteración (CSJ, 1979):

Ahora bien, no siempre que ocurre el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa del desistimiento de la convención. (...) No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tacita u expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato" (p. 314).

En la misma dirección el siguiente pronunciamiento jurisprudencial: (CSJ, 1985):

La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. (...) Esta última manera de

disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anular el vínculo contractual (p. 132)

También este otro pronunciamiento (CSJ, 1993):

Y por lo que respecta al mutuo disenso tácito, desprovisto en realidad de regulación orgánica en la codificación civil, pero no por eso menos importante desde el punto de vista práctico, según lo ha puntualizado esta corporación, (G. J., tomo CLXXX. pág. 130), es imperioso hacer hincapié en que no siempre que medie culpa de ambos agentes, (o sea que incumplan recíprocamente) y por consiguiente el artículo 1.546 del código civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica del tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura; “es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de la voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato, (G. J., tomo CLVIII, pág. 217), o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de desistencia que constituye su sustancia. (p. 715)

Así ha sido hasta la actualidad la interpretación jurisprudencial (CDE, 2003; CC, 2008; CSJ, 2010a).

No puede quedar duda de la connotación solemne del contrato de mutuo disenso tácito proclamada por la jurisprudencia colombiana, con lo cual, se habría vulnerado la regla, según la cual, un contrato sólo puede ser solemne por virtud de la ley o por voluntad de los contratantes.

Podría concluirse que mediante la tesis del mutuo disenso tácito la jurisprudencia estaría estableciendo como excepcional el carácter consensual de los contratos, y como general el carácter solemne; es más, podría pensarse, incluso, que por vía jurisprudencial se habría creado un nuevo tipo contractual bajo la denominación de mutuo disenso tácito.

Con ello, la jurisprudencia habría estado usurpando la función del legislador o la voluntad contractual en el establecimiento de solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, o para la tipificación de éstos. Aspecto éste que tendría que ver con la afectación de la estructura de la organización y funcionamiento de las ramas del poder público, la seguridad jurídica, y la supremacía de la constitución política, que como se observa entre los autores (Quiroga, 2011; Velandia (2001), es presupuesto para la realización del Estado democrático y de derecho. Esta es una de las razones para sostener como posible que en el derecho privado colombiano no es admisible la manera como la jurisprudencia ha concebido el contrato de mutuo disenso tácito.

El supuesto de no ser solemne el mutuo disenso tácito. Podría plantearse, como en efecto tendría que ser, que el contrato de mutuo disenso tácito no es realmente solemne, sino consensual, para así, no contrariar la regla general de la consensualidad de los contratos, y no incurrir en los problemas mencionados en el aparte anterior.

Ello significaría, que en cualquiera de las dos modalidades de mutuo disenso tácito, la exigencia del mutuo y simultáneo incumplimiento resultaría ser una circunstancia fáctica no establecida como presupuesto de su formación, sino como hecho indiciario para inferir su existencia.

Resultaría aplicable la doctrina general de los indicios tal como la describen autores (Azula, 1998; Devis, 1994; Parra, 2007). Sería de entender, en consecuencia, que cuando las partes desatienden las obligaciones del contrato primigenio no lo hacen bajo el entendido de estar incumpliendo, sino bajo la consideración legítima de encontrarse extinguido ese contrato. En otras palabras, las desatenciones mutuas de tales obligaciones no serían incumplimientos en sí, sino circunstancias reveladoras de haberse extinguido el contrato por mutuo acuerdo. Sin embargo, ello presenciaría la dificultad consistente en que las desatenciones mutuas como hechos indicadores, no resultarían suficientes para dar certeza de la existencia del mutuo consentimiento que se requiere para perfeccionar el mutuo disenso tácito.

Tal vez esta situación fue vista de manera insospechada por la jurisprudencia colombiana para abandonar el criterio inicial, y exigir como se hace

en la segunda modalidad de mutuo disenso tácito, que además del mutuo incumplimiento, deben concurrir otras circunstancias que indiquen sin ninguna duda que fue voluntad de los contratantes celebrar un acuerdo para obligarse a extinguir otro contrato entre ellos. Obsérvese el siguiente ejemplo: Habiéndose celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre el bien X, posteriormente el prometiente vendedor y el prometiente comprador de manera expresa manifiestan celebrar un nuevo contrato por el cual el primero promete vender al segundo aquel bien, pero por un precio diferente; no se hace mención alguna al primer contrato.

Podría decirse que la celebración del segundo contrato sería hecho indicador de haber existido en cada contratante una voluntad previa de contenido extintivo como consecuencia de un acuerdo al respecto. Por eso el nuevo contrato no podría ser considerado también como mutuo disenso tácito.

Es más, sería posible, incluso, la verificación de un mutuo disenso tácito, antes de vencerse el tiempo para el cumplimiento del contrato a extinguir. En consecuencia no se podrían compartir opiniones como la de Lasarte (1987/2009b) cuando explica que:

Puede ocurrir que el mutuo disenso no se plasme en un contrato cuya finalidad única realmente sea extinguir una relación preexistente, sino que vaya implícita en un nuevo contrato entre las partes que establezca una nueva relación entre ellas y que resulte incompatible con el mantenimiento de la vinculación anterior (p. 400).

De la misma manera el tenor literal del artículo 218 inciso 4 del código de comercio argentino citado por Lorenzetti (2007) al decir que “El comportamiento de las partes anterior y posterior al acto es la mejor explicación de las partes al tiempo de celebrar el contrato” (p. 20).

Por tales razones, quizás podrían estar equivocadas doctrinas de autores como Hinestroza (2007a), por la que se sostiene que los comportamientos distintos de la suscripción o hechura de un documento o de la pronunciación de palabras en determinado sentido, en sí mismos pueden constituir negocios jurídicos, tal como ocurriría en los casos de los gestos, la alzada de brazo, o el golpe de mesa en un remate o rueda de bolsa o cualquiera otro, incluido el mero silencio; o de (Betti, trad. 1959) al decir que:

Se trata no ya de inferir de la actitud exterior la existencia de una voluntad meramente interna, sino de colegir por la conducta, encuadrada en el complejo de circunstancias, el significado objetivo del negocio jurídico, que no está implícito sino explícito e indirecto (p. 111).

Quizás, tales comportamientos solo sean señales de haberse aceptado un contrato, y acaso sea equivocado considerarlos en sí mismos como contrato. Es más, la celebración del nuevo contrato de compraventa, en el ejemplo en comento, también es hecho indicador del cumplimiento de las obligaciones recíprocas extintivas emergidas del contrato de mutuo disenso tácito.

Se puede ver, entonces, que tanto el mutuo disenso como el cumplimiento de las obligaciones de él emanadas, tuvieron lugar por lo menos un instante antes

de la celebración del segundo contrato de promesa, incluso pudieron haber sucedido con gran tiempo de antelación.

Pero si la certeza de su existencia solo se puede tener de las circunstancias de las que se infiere, no queda más que aceptar que el momento de tal existencia solo se dio un instante antes del tiempo en que ocurrieron tales circunstancias. Esto supone, que también se tenga certeza de la ocurrencia de esas circunstancias y del momento de su acaecimiento. De esta manera, se hace observación del principio de seguridad jurídica y del principio de conservación de los contratos.

Por las anteriores argumentaciones se concluye que en la concepción del mutuo disenso tácito la jurisprudencia colombiana habrían pasado desapercibidos los aspectos normativos de la forma contrariando así al ordenamiento jurídico.

Crítica a la Elaboración Jurisprudencial del Mutuo Disenso Tácito desde el Punto de Vista de de la Bilateralidad.

Podría decirse que el tema de la bilateralidad de los contratos encuentra su fundamento normativo en las siguientes normas: Artículo 1496 del código civil: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente"; Artículo 1494 del código civil: "Las obligaciones nacen ya del concurso real de voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones". Artículo 1495 del código civil. "El contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa";

Artículo 1602 del código civil.”Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”; Artículo 1625 del código civil. “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”;

Artículo 864 del código de comercio. “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”

Artículo 232 inciso 2 del código de procedimiento civil que se refiere a “obligaciones originadas en contrato o convención”

Frente al contenido de tal normatividad, la doctrina colombiana (Emiliani, 2001, Hinestrosa; 2003; Ospina y Ospina, 2009; Pérez Vives, 2009; A. Tamayo, 2008; Valencia y Ortiz, 2004;) enseña que la bilateralidad de un contrato consiste en la reciprocidad de las obligaciones derivadas de él resultando cada una de las partes contratantes como acreedora y deudora de la otra. Así mismo señalan que el contrato o convención es un acuerdo de voluntades por el que se crea, modifica o extinguen derechos y obligaciones. Sin embargo distinguen entre convención y contrato para decir que éste siendo una especie de aquella solo se puede entender como acuerdo que crea obligaciones.

En el mismo sentido, sugieren que con ocasión de la influencia recibida por el código civil colombiano del código civil francés, el derecho privado colombiano se halla fundado en el principio de la autonomía de la voluntad privada y la

libertad contractual. Explicaciones estas que resultan congruentes con las exposiciones doctrinarias (Bénabent, 2007; Carrasco; 2011; Diez-Picazo, 1996; Gómez, 2008; Larroument, 1.999; Melich, 1979; Planiol y Ripert; Polo, 2009; Pothier, 1947) sobre legislaciones de otros países que siguen al código Napoleónico.

Doctrina extranjera sobre el carácter bilateral del mutuo disenso tácito.

Giorgi y Carriota Ferrara citados por Núñez (1996) sostienen que el mutuo disenso puede explicarse como una doble remisión o condonación de las obligaciones nacidas de un contrato.

Otros doctinantes, (Carrasco, 2011; Diez-Picazo, 1986; Santos Briz, y Vatenit citados también por Núñez, 1996) exponen que el mutuo disenso se refiere a un negocio jurídico de carácter bilateral y vinculante para los disidentes; que por eso no se puede admitir que el mutuo disenso implique dos renunciaciones unilaterales desprovistas de vinculación entre sí. Señalan que no se trata de dos revocaciones hechas a un mismo tiempo por cada contratante en cuya virtud cada uno se desvincula de su prestación; que aunque en la práctica se revele que con el mutuo disenso los contratantes renuncian a los derechos y obligaciones del contrato sinalagmático previo, lo que realmente determina el mutuo disenso es la extinción del contrato anterior; de ahí que no esté bien admitir que del mutuo disenso surgen obligaciones de no hacer o de no exigir o de otra clase; esto porque con él, solo se produce la extinción de los efectos del contrato previo; pero que aún así, dicen, se mantiene el carácter bilateral del mutuo disenso. Esto

último, por cuanto la bilateralidad de los contratos no implica que necesariamente se generen obligaciones para ambos contratantes; que ello es así, porque el contenido de un contrato no solo se limita a generar obligaciones o situaciones jurídicas, sino que tal contenido puede consistir en la modificación o extinción de obligaciones preexistentes; pero que si siempre que ese contenido se refiera a las dos partes contratantes, es porque existe contrato bilateral.

La bilateralidad del mutuo disenso en la doctrina colombiana. De la misma manera, la doctrina colombiana (Canosa, 1985/2005; Emiliani, 2001, Hinestroza; 2003 Mantilla, 2009; Oviedo, 2010; Ordoñez, 1992; Ospina y Ospina, 2009; Pérez Vives, 2009; A. Tamayo, 2008; Valencia y Ortiz, 2004;) expone en relación con el mutuo disenso, que éste es un acuerdo que ostenta las características de cualquier acto con eficacia para producir efectos jurídicos. No obstante, se observa que se refieren a tal acuerdo enseñando que se trata de un acto extintivo de un contrato, aunque algunas veces lo mencionan como acto extintivo de obligaciones.

Se resalta que en esa tendencia no se considera al mutuo disenso como acto creador de obligaciones; es decir, que no sería contrato sino convención, precisamente, por ser acto extintivo. Ello no deja de llamar la atención frente a la consagración que hace el código civil colombiano de ser bilateral un contrato “cuando las partes se obligan recíprocamente” (Art. 1496).

Asimismo, J. Tamayo (1983/2007) llama la atención sobre la importancia de distinguir entre contrato y obligación; en consecuencia, no sería lo mismo extinguir un contrato que extinguir una obligación.

Por otra parte, según Ospina (1994), existen mecanismos directos e indirectos de extinción de las obligaciones, correspondiendo los primeros a los que extinguen una o varias obligaciones pero consideradas individualmente, como la remisión, aspecto este que implica la existencia del contrato fuente de aquellas; en tanto que los segundos conllevan a la extinción indirecta de las obligaciones como efecto de la extinción del contrato de fuente ellas, como el mutuo disenso; esto, con fundamento en el artículo 1.625 que se refiere a la extinción de las obligaciones, y el artículo 1.602 que alude a la extinción del contrato por acuerdo mutuo, o mutuo disenso.

La bilateralidad del mutuo disenso tácito en la jurisprudencia colombiana. Desde el punto de vista de la bilateralidad de los contratos enseña la jurisprudencia (CDE, 2001) que:

La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero.

Ya en cuanto al mutuo disenso tácito en particular pareciera que la jurisprudencia colombiana (CDE, 2001) entendiera a éste como un acto extintivo.

Obsérvese el siguiente aparte jurisprudencial (CSJ, 1974) que corresponde a la primera tesis de mutuo disenso tácito que existió en el país:

Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso (p, 246)

Lo mismo en las siguientes citas que corresponden a la segunda modalidad de mutuo disenso tácito descrita en líneas atrás. (CSJ, 1979):

El mutuo disenso puede ser expreso o tácito. Esta última manera de disolver el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anular el vínculo contractual (p. 315)

Como reiteración de lo afirmado ésta otra sentencia (CSJ, 1985):

Cuando se dan las circunstancias de desatención, recíprocamente imputables a ambas partes, deberá acudirse al artículo 1.602, en cuanto previene que un contrato puede invalidarse o, mejor, disolverse

por el consentimiento mutuo; esto es, para convenir que cuando se ofrece el incumplimiento recíproco, por las conductas negativas de los contratantes, pueda alguna de ellas, no permanecer vinculada a un negocio (131)

O el siguiente pronunciamiento (CSJ, 1993):

Es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de la voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato (...); o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de desistencia que constituye su sustancia” p. 715)

Y éste fragmento (CSJ, 1994):

Es menester, entonces, que amén de dicho incumplimiento se descubra una conducta que sea ciertamente reveladora de la voluntad de las partes, dirigida incontestablemente a disolver el vínculo obligacional, es decir, no una actitud que apenas sí haga probable que dicha voluntad es inferible, sino una que permita concluir con certeza, esto es, sin dejar espacio a la duda, que ya por nadie se quiere el contrato (pp. 139-140).

Como se ve, para la jurisprudencia colombiana el mutuo disenso tácito solo tendría que ser entendido como acto extintivo de contratos u obligaciones; es

decir no sería concebido como acto creador. Lo mismo para la doctrina tal como se acaba de ver. Sin embargo, tal interpretación podría resultar equivocada. Veamos.

El mutuo disenso expreso o tácito podría ser considerado como acto creador de obligaciones extintivas. El artículo 1494 menciona que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”. El artículo 1495 del código civil habla de “contrato o convención” Además el artículo 232 del código de procedimiento se refiere a “obligaciones originadas en contrato o convención”. Al mismo tiempo el artículo 864 del código de comercio utiliza la expresión “contrato” como acuerdo para “constituir, regular o extinguir”, sin siquiera mencionar la palabra convención. Y en el mismo sentido, el artículo 1.496 establece que “el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente”

Obsérvese que en tales normas no se hace distinción alguna entre contrato y convención. Incluso se habla de “obligaciones originadas en contrato o convención”; o de contrato como “acuerdo para constituir, regular o extinguir”. Por ello, podría aceptarse, como sugiere A. Tamayo, (2008), que las nociones de “contrato o convención” son lo mismo; por tanto, solo tendrían como efectos la producción de obligaciones. Conviene destacar que la ley colombiana por ninguna parte menciona que del acuerdo contractual o convencional no nazcan obligaciones.

Por eso, no podría compartirse la doctrina que predica la existencia de acuerdos bilaterales sin contenido obligacional, de lo que sería ejemplo, según se dice, el mutuo disenso. Y mucho menos cuando la ley expresamente refiere el contrato bilateral como el acuerdo, en cuya virtud, las partes se obligan recíprocamente. Art. 1496 del código civil.

En definitiva, todo acuerdo que se designe como contrato o convención solo podría ser considerado como acto generador de obligaciones.

Así las cosas, la afirmación de ser el mutuo disenso, expreso o tácito, un acuerdo creador de obligaciones, al contrario de lo que sugiere la doctrina y la jurisprudencia, parece ser la más adecuada. No se podría entender cómo los contratantes extinguirían un contrato sin haberse obligado a ello.

El mutuo disenso creador y el mutuo disenso extintivo como fenómenos distintos. Al respecto conviene, mirar por un lado, cuáles serían las obligaciones que surgen del acuerdo de mutuo disenso, sea expreso o tácito, teniendo en cuenta que cada contratante debe resultar obligado. Y por el otro, cuál sería la modalidad de tales obligaciones desde el punto de vista de su contenido. En cuanto a esto último, las obligaciones serían de hacer; y en cuanto a lo primero, cada contratante resultaría obligado a hacer lo pertinente para que el contrato a extinguir, en efecto, quede terminado. Y ¿qué sería lo que tiene que hacer cada contratante? Concurrir a extinguir el contrato. Por ejemplo, A y B acuerdan terminar un contrato de hipoteca aceptando que la obligación a que ésta

se refiere se quede sin tal garantía real. Y en virtud de tal acuerdo acuden a la notaría a hacer la escritura con la que extinguen dicha hipoteca.

Obsérvese que uno es el acto por el que se acuerda extinguir, y otro el acto de extinción; lo primero sería el contrato de mutuo disenso, y lo segundo, la ejecución o cumplimiento de lo que en él se acordó. O sea, que lo extintivo no sería el contrato de mutuo disenso en sí, sino el cumplimiento de las obligaciones surgidas de él. Por eso, no estaría bien decir que es contrato de mutuo disenso el acto por el que los contratantes extinguen un contrato entre ellos. Quizás, esa sea la razón por la que, en el ordenamiento jurídico colombiano, solo se hable de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sin mencionar la obligación de extinguir como modalidad diferente de éstas. En realidad las obligaciones de extinguir no serían más que obligaciones de hacer.

Así el contrato de mutuo disenso tendría contenido obligacional siendo además bilateral, a diferencia de lo dicho por la doctrina antes referida. (Núñez, 1996).

Ahora, desde el punto de vista de la denominación, tampoco se podría compartir que al acuerdo del que surgen obligaciones de extinguir un contrato se lo llame mutuo disenso. Como se ve, es por acuerdo que se adquieren las obligaciones de extinguir. Tampoco el acto de extinción sería mutuo disenso, pues el mismo solo sería acto de cumplimiento, el cual, supone que cada contratante concorra con su voluntad a extinguir. A este respecto, cabe preguntar ¿en qué momento quedarían cumplidas las obligaciones nacidas del acuerdo, mal

denominado “mutuo disenso”? La respuesta sería: en el momento en que cada uno de los contratantes cumplan su obligación de hacer extinción. Y si esta extinción es el resultado del actuar voluntario de cada uno de ellos, quiere decir, que la misma también ocurriría por mutuo acuerdo.

El verdadero sentido que tendría el artículo 1602. Pero, ¿Cuál sería en el derecho colombiano la norma positiva en la que encontraría fundamento la afirmación de que los contratos se pueden extinguir de mutuo acuerdo? El artículo 1602 del código civil. Es decir, que el cumplimiento voluntario de las obligaciones recíprocas de extinguir un contrato, es lo que estaría regulado en esta norma.

Por tanto, no se podría admitir que el artículo 1602 sea el fundamento normativo del acuerdo del que surgen obligaciones recíprocas de extinguir un contrato. Este acuerdo se regularía por los artículos 1494, 1495, 1496 y 1501 del código civil; el artículo 864 del código del comercio; y el artículo 232 del código de procedimiento civil.

Como se observa, habrían dos mutuos acuerdos: uno, del que nacen las obligaciones de extinguir un contrato, y el otro, el acto de cumplimiento de tales obligaciones por mutuo acuerdo.

Por otra parte, cabría mirar de qué manera se podría establecer la existencia del consentimiento en cada uno de tales acuerdos. Se podría contestar que de manera expresa o de manera tácita.

Conviene centrar la atención sobre la forma tácita. En cuanto al acuerdo creador de obligaciones de extinguir un contrato se podría afirmar que el

consentimiento resulta de circunstancias o hechos de las partes de los que se puede inferir con certeza que fue su voluntad recíproca obligarse a extinguir un contrato entre ellas. Sería un mutuo disenso tácito creador.

Y en cuanto al cumplimiento de mutuo acuerdo de las obligaciones de extinguir, el consentimiento habría de concluirse también de circunstancias que denoten sin ninguna duda que fue voluntad recíproca de los contratantes cumplir sus obligaciones de extinguir. Sería un mutuo disenso extintivo.

No se podrían confundir el contrato de “mutuo disenso” con el cumplimiento de las obligaciones emanadas de él. Por ello, resultaría insostenible la opinión de la doctrina y la jurisprudencia colombiana según la cual la convención sería un acto extintivo. Lo extintivo sería el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la convención. Lo que ocurre es que generalmente unos mismos hechos sirven para probar tanto el acuerdo creador como el acuerdo extintivo.

Retomemos el ejemplo atrás citado: Cuando habiéndose celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre un bien X, posteriormente el prometiente vendedor y el prometiente comprador expresamente manifiestan que celebran un nuevo contrato, por el cual, el primero promete vender al segundo aquel bien, pero por un precio diferente; sin embargo, no señalan expresamente que extinguen el primer contrato.

Como se ve, los mismos hechos en cuanto a la nueva promesa, permitirían concluir la voluntad recíproca de obligarse a extinguir, y la otra voluntad de cumplimiento de mutuo acuerdo. Pero no es que los hechos de la celebración del

nuevo contrato de promesa constituyan por sí mismos el contrato creador de obligaciones de extinguir, mal llamado, se reitera, mutuo disenso tácito. Solo servirían como hechos indicadores de que existió la voluntad mutua de obligarse a extinguir. Tampoco tales hechos, podrían ser considerados como la extinción en sí del contrato; también serían hechos indicadores de que las obligaciones de extinguir se habrían cumplido de mutuo acuerdo.

Lo mismo se podría decir de los hechos de mutuo incumplimiento y de otras circunstancias que denoten la voluntad de obligarse a extinguir y la voluntad de cumplimiento mutuo. Aunque como se dijo en el punto de la forma del mutuo disenso tácito, realmente no se podría hablar de mutuo incumplimiento, sino de desatención del contrato bajo la creencia de estar extinguido éste.

Lo anterior resulta coherente con lo establecido en las normas, y sobre todo con el fundamento dogmático y filosófico de nuestro derecho de contratos: la voluntad.

Se podría concluir que el mal llamado mutuo disenso tácito sería bilateral porque crea obligaciones de extinguir, y que el mismo, sería diferente del acto de cumplimiento de las obligaciones nacidas de él. Por ello, no se podría compartir la doctrina (Bianca, 2007; Carrasco, 2011; CSJ, 1982; Messineo, 1952; Oviedo, 2010) en cuya virtud el mutuo disenso tácito no podría ser consensual, si el contrato a extinguir es solemne; pues lo solemne sería el cumplimiento del contrato de mutuo disenso; pero éste siempre sería consensual.

Necesidad de un mutuo disenso creador. En definitiva, si se entendiera el mutuo disenso, sea expreso o tácito, únicamente como acto extintivo de un contrato, ello implicaría dejar a un lado la fuente de donde debieron nacer las obligaciones recíprocas de extinguir, que no podría ser otra que el acuerdo previo voluntades. Válgase la redundancia.

Ahora, si se dijese que el acto extintivo denominado mutuo disenso no equivale a cumplimiento de obligaciones recíprocas de extinguir, querría decir, entonces, que tal acto no obedecería a acuerdo alguno de voluntades. En otras palabras, el mutuo disenso carecería de fuente o causa, a no ser que se pensara en que esa fuente o causa fuera la ley.

Sin embargo, esto último sería interesante, porque entonces estaríamos presenciando en el mutuo disenso un tipo contractual insólito en estos tiempos.

Sería un contrato que quedaría perfeccionado y cumplido al mismo tiempo con un mismo acto; el de la extinción del contrato a terminar.

Lo mismo podría decirse en cuanto al entendimiento de la convención como acto extintivo. Como se ve, el mutuo disenso, expreso o tácito, no sería consensual por necesitar para su existencia la extinción del contrato a terminar. Se repite, sería un contrato en el que su perfeccionamiento sería al mismo tiempo su cumplimiento.

Tal estado de cosas, no resultaría acorde con los fundamentos del derecho contractual moderno, que como se dijo arriba, no son otros que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Por ello, estaría equivocada la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia colombianas al sugerir que el mutuo disenso debe ser entendido como acuerdo extintivo que no obedece a un acuerdo previo. Esto en cuanto al mutuo disenso expreso y tácito.

El Postulado de la Congruencia de las Sentencias.

Al respecto, se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia colombiana (Canosa, 1985/2005; CSJ, 1993; 2010b; 2011; López, 2005; Murcia, 1999; Quinche, 2001/2005; Sanabria, 2011; Tolosa, 2008) que de acuerdo con los artículos 305 y 306 del código de procedimiento civil, la congruencia de las sentencias consiste en la concordancia que debe existir entre la sentencia y las pretensiones, excepciones, hechos y pruebas del proceso. En este sentido manifiesta Azula, (2011) que “el código de procedimiento civil (art. 305) prohíbe expresamente la ultra petita, es decir, cuando el juzgador reconoce más de lo pedido, y la extra petita, esto es, si el juez se pronuncia fuera de lo pedido” (p. 213).

Pudiera pensarse en que la interpretación de la jurisprudencia es la de considerar al mutuo disenso como contrato consensual. Querría decir, en tal caso, como se explicó antes, que se necesitaría del mutuo disenso creador y del mutuo disenso extintivo para tener por terminado el contrato a extinguir.

Si ese fuera el entendimiento de la jurisprudencia, entonces, se habría estado desconociendo el principio de la congruencia por fallos extra petita. Ello sería así, si se repara que en cada demanda que ha prosperado solo se ha

pedido la terminación del contrato por mutuo disenso, que sería el extintivo. No se encuentra en la jurisprudencia que se haya pretendido la declaratoria de existencia del mutuo disenso creador.

Habría fallo extra petita porque al decretarse la terminación del contrato a extinguir por mutuo disenso, con ello, se estaría resolviendo que existió el mutuo disenso creador de las obligaciones de extinguir, cuando esto último no se solicitó. Se habría decidido por fuera de lo pedido. Esta es otra de las razones que no permitiría compartir la forma que en se ha planteado la tesis jurisprudencial del mutuo disenso tácito.

El Incumplimiento Contractual como Hecho Ilícito.

La doctrina hace alusión a la distinción entre hechos jurídicos lícitos y hechos jurídicos ilícitos. En este sentido, como enseñan Santos (2005), aquellos se refieren a situaciones que se originan o no en la voluntad con la virtud de producir consecuencias jurídicas sin implicar vulneración alguna del orden normativo; tal es el caso de las manifestaciones de voluntad que tienen por finalidad producir efectos jurídicos como el contrato de promesa de compraventa, el contrato compraventa, el mutuo disenso expreso, y los contratos en general.

A su vez los hechos jurídicos ilícitos, dice J. Tamayo, (2007) se refieren a la circunstancia de incurrir las personas en acciones u omisiones que contravienen el ordenamiento jurídico, como el incumplimiento de las obligaciones que se originan en los contratos, en los cuasicontratos o en la ley.

Lo anterior conlleva a afirmar, entonces, que el mutuo disenso tácito jurisprudencial es también ilícito por estar fundado en una ilicitud consistente en el mutuo y simultáneo incumplimiento, aspecto este que es determinante de causal de nulidad absoluta por objeto ilícito. O sea que el mutuo disenso tácito jurisprudencial nacería viciado de nulidad absoluta. En cuanto a la ilicitud por objeto ilícito, algunos autores (Ortiz, 2007; Ramírez, 2008) enseñan que no es permitido perfeccionar actos, negocios y contratos que contravengan los principios fundantes del sistema jurídico.

Repárese asimismo lo que al respecto se enseña en el siguiente salvamento de voto de la jurisprudencia (CSJ, 1979):

Estimo además, que de la conducta ilícita de incumplir un contrato no puede derivarse válidamente un mutuo disenso tácito. Nadie puede quitarse la carga de un contrato que no le conviene incumpliendo las obligaciones que éste le impone, como nadie puede tampoco librarse de él cometiendo hechos de violencia o fraude. En derecho los ilícitos no son jurídicamente eficaces (p. 317).

Al respecto cabe decir, que realmente, el problema de estar viciado de nulidad el mutuo disenso tácito actual, obedece a la exigencia del incumplimiento mutuo como requisito solemne para su perfeccionamiento. Empero, esa dificultad queda superada en la tesis que se propone en este trabajo, dado que el mutuo y simultáneo incumplimiento deja de ser considerado como necesario para la

existencia del contrato de mutuo disenso tácito. Este es otra consideración para ratificar la hipótesis de ser insostenible el mutuo disenso tácito jurisprudencial.

Conclusiones en Cuanto al Primer Capítulo.

La jurisprudencia colombiana parece haber establecido el carácter solemne del mutuo disenso tácito por exigir para su perfeccionamiento la concurrencia necesaria y específica del mutuo y simultáneo incumplimiento del contrato a extinguir. Empero, respecto del mutuo disenso tácito, en la tesis vigente, se observa que, por una parte, sería solemne por requerir del mutuo incumplimiento, y por la otra, consensual en cuanto a las demás circunstancias reveladoras de su voluntad recíproca de extinguir, en cuanto los contratantes podrían utilizar cualquier forma como medio de expresión de su consentimiento.

Por ello, al asumir la jurisprudencia la función de establecer solemnidades, habría vulnerado la ley que de manera exclusiva circunscribe tal competencia a la voluntad del legislador o a la de los contratantes, con lo cual resultarían desconocidos los principios fundantes del poder público; incluso estaría asumiendo la función tipificadora de contratos.

Pareciera que el mutuo disenso tácito es entendido por la jurisprudencia colombiana solo como acto extintivo de contratos, lo cual sería equivocado, por no tenerse en cuenta que es distinto el acuerdo del que nacen obligaciones de extinguir un contrato, del acto de cumplimiento de las mismas que también supone acuerdo de voluntades. En este sentido, el artículo 1.602 del código civil resultaría ser el sustento normativo del cumplimiento de las obligaciones de

extinguir un contrato, mientras que los artículos 1.494, 1.495, 1.496, del código civil, 864 del código de comercio y 232 del código de procedimiento civil, configurarían el fundamento legal del acuerdo generador de las obligaciones de extinguir aquel. De manera que lo que es extintivo no sería el contrato de mutuo disenso tácito en sí, sino el cumplimiento de las obligaciones emanadas de él.

La obligación a cargo de cada contratante disidente o retractante tendría como contenido u objeto una prestación de hacer consistente en prestar su voluntad para formar el consentimiento con el que se habría de extinguir un contrato anterior entre ellos.

Resultaría inadecuado denominar como mutuo disenso al acuerdo o contrato que genera obligaciones de extinguir otro contrato, por cuanto se trataría es de un mutuo consentimiento, como en cualquier otro contrato.

Por lo mismo sería equivocado conceptuar que la noción de convención se refiere a un acto extintivo de obligaciones cuando la ley de manera expresa establece que de ella surgen obligaciones. Bastaría mirar lo consagrado en los artículos 232 del código de procediendo civil y 1494 y 1.495 del código civil.

Existiría mutuo consentimiento en el acto o actos que originan obligaciones de extinguir un contrato, como existiría mutuo consentimiento en el acto de cumplimiento de éstas.

Con la construcción jurisprudencial del mutuo disenso tácito se vulneraría el principio de la consonancia de las decisiones judiciales.

El mutuo disenso tácito jurisprudencial nacería viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito en consideración a que se constituye por un acto doblemente ilícito consistente en el mutuo incumplimiento.

En el derecho privado colombiano no sería admisible la manera como la jurisprudencia colombiana ha concebido las tesis del mutuo disenso tácito frente al mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa y de los contrato bilaterales en general. En consecuencia, la problemática del mutuo y simultáneo incumplimiento no habría encontrado solución en las dos modalidades de mutuo disenso que ha propuesta la jurisprudencia.

Propuesta

De acuerdo con las consideraciones hechas a lo largo de presente capítulo por las que se confirman las hipótesis inicialmente enunciadas, se plantea la siguiente propuesta que se deja a consideración para las observaciones y críticas a que haya lugar manifestándose desde ya el ánimo receptivo frente a las disuasiones que se puedan hacer.

Se sugiere interpretar el mutuo disenso como un acuerdo de voluntades por el cual cada uno de los disidentes se obliga a favor del otro a prestar su voluntad para extinguir un contrato previo entre ellos. Esto con fundamento en los artículos 1.494 y 1.495 del código civil que refieren el contrato o convención como acto que genera obligaciones de dar, hacer, o no hacer; y en el artículo 232 del código de procedimiento civil, que de manera expresa señala que de la convención nacen

obligaciones; así el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de extinguir un contrato previo, originadas del acuerdo de mutuo disenso, sería equivalente a la extinción de dicho contrato; incluso sería apropiado prescindir de la denominación mutuo disenso para adoptar otra que denote acuerdo mutuo; algo así como contrato de mutuo retracto, o contrato de mutua prescindencia contractual, o, contrato de mutua desistencia contractual.

Desde el punto de vista de la forma, el contrato sería necesariamente consensual en virtud del principio general en tal sentido, pudiéndose concluir su existencia de cualquier acto o actos de cada una de las partes de los que con certeza se pueda inferir que fue su voluntad recíproca la celebración de aquel.

Se prescinde del incumplimiento como requisito solemne; de esta manera el contrato de mutua prescindencia contractual, o de mutuo retracto contractual puede existir antes, al tiempo o después del momento establecido para el cumplimiento del contrato a extinguir, pero siempre bajo la consideración de no entenderse la mutua desatención del contrato como incumplimiento, sino, de ser el caso, como expresión de haberse acordado su extinción. En este sentido, queda superada la dificultad de la ilicitud del mutuo disenso tácito jurisprudencial que se da por la exigencia para su perfeccionamiento de la ilicitud del mutuo incumplimiento.

Por último debe decirse, que con la tesis que se propone en este primer capítulo, no se resuelve problema alguno de mutuo y simultáneo incumplimiento, pues, se reitera, la desatención del contrato no puede ser considerada como

incumplimiento, sino como señal de haberse aceptado el acuerdo generador de obligaciones de extinguir, e incluso como señal de haberse cumplido éstas.

SEGUNDO PARTE

PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES SOBRE MUTUO INCUMPLIMIENTO

CONTRACTUAL EN COLOMBIA DETERMINANTES DE NUEVA

INTERPRETACION

Como se expuso en el primer capítulo, el mutuo y simultaneo incumplimiento del contrato de promesa de compraventa es un problema que en el derecho privado colombiano carecería de solución, a la luz de la teoría jurisprudencial del mutuo disenso tácito; incluso, aceptándose la manera en que se concibe esta teoría, el problema estaría sin resolver.

Piénsese, por ejemplo, en un mutuo y simultáneo incumplimiento que no es mutuo disenso tácito; esto, por no concurrir las circunstancias adicionales reveladoras de la voluntad recíproca de los contratantes de prescindir del contrato, tal como lo exige la jurisprudencia. Mírese que en tal supuesto, por estar los contratantes en incumplimiento, ninguno podría demandar la resolución, ni el cumplimiento, porque frente a cualquiera de esos pedimentos, según la misma jurisprudencia (CSJ, 1985; 1993, 2003, 2007, 2010b, 2011), la otra parte puede oponerse.

En tal estado de cosas, ha de desenvolverse el presente estudio. En efecto, en función de los objetivos propuestos se procede en primer lugar a exponer brevemente las explicaciones dadas por algunos autores nacionales y extranjeros

en torno de la evolución histórica de la resolución de los contratos por incumplimiento y de la excepción de contrato no cumplido. En segundo lugar, se procede a analizar la manera en que son entendidas tales figuras en algunas legislaciones de hoy, tomando referencia, en lo pertinente, de la noción de mutuo disenso tácito. En tercer lugar, se hace descripción de las interpretaciones que la jurisprudencia colombiana ha realizado alrededor de tales figuras, y de la nociones de retardo y mora, para lo cual se retoman las posturas analizadas en el primer capítulo; en este sentido, en la medida en que se avance en la enunciación de tales posturas se irá haciendo exposición de los problemas que se encuentren en cada una de ellas. En cuarto lugar, con fundamento en los estudios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos, se hacen algunas críticas que han de servir como justificación de las conclusiones con que se confirmen o desvirtúen las hipótesis planteadas. Conviene señalar que estos análisis se hacen desde los contratos bilaterales para aplicarlos al incumplimiento mutuo y simultáneo de los contratos de promesa de compraventa.

Referencia Histórica de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento y la Excepción de Contrato no Cumplido.

El origen de la resolución de los contratos por incumplimiento tal como se concibe en la actualidad sigue siendo un tema poco pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia; en efecto, advierte Álvarez (2009) que para algunos autores el origen de la figura se remonta a la lex comisoria establecida en el derecho romano en cuanto los contratos de compraventa; mientras que para otros, su

origen se encuentra únicamente en los denominados contratos innominados también del derecho romano; en tanto que otros refieren su génesis en el derecho canónico; a la vez que otros conciben su nacimiento en el antiguo derecho francés sustituido por el código de Napoleón, encontrándose, incluso, opiniones que refieren ser ésta codificación la fuente de la institución resolutoria por incumplimiento. Veamos.

En Cuanto a la Lex Comisoria.

Se observa en algunos autores (Arangio, 1952; Arguello, 1979; Iglesias, J., 1958; Josserand, 1937/trad.1950; López, 2007; Melich1979; Planiol y Ripert, 1946) que en un comienzo las relaciones romanas de intercambio estaban fundadas en el trueque, o en la compraventa como contrato real, de manera que el concepto abstracto de obligación carecía de la importancia que posteriormente fue adquiriendo con la evolución de las formas contractuales frente a las nuevas prácticas de interrelación que el desarrollo de la sociedad iba imponiendo determinadas por las necesidades del comercio y el progreso de la cultura intelectual; más adelante, dicen, la experiencia mostró que ante el incumplimiento de cualquiera de las partes, la otra solo podía exigir cumplimiento.

Esto implicó que en algunas ocasiones se frustrara la pretensión del vendedor frente al incumplimiento en el pago del precio, por lo que se impuso por costumbre, agregar al contrato de compraventa una cláusula que, de acuerdo a Medellín (1966), denominaron *pactum legis commissoriae* y que modernamente tomó el nombre de pacto comisorio. Mediante ésta, exponen algunos autores

(Canosa, 1985/2005; Díez-Picazo, 1996; Ospina y Ospina, 2009; Miquel, 2008; Morales, 2006; Mosset, 1995; Valencia y Ortiz, 2004), las partes de manera expresa acordaban la resolución del contrato para el caso del incumplimiento del comprador en el pago del precio. Esta explicación es compartida por nuestra jurisprudencia CSJ, (1979). La idea era que al darse la resolución el vendedor pudiera recuperar el bien que había vendido y entregado al comprador, sin recibir el pago del precio.

Es de observar, en cuanto a la costumbre, que en el derecho romano según Castillejo (2004) “el viejo derecho privado fue en sus comienzos un derecho sacro y consuetudinario basado en el respeto de los convenios entre los individuos (...) Cicerón dice que ciertas normas se hicieron costumbre por motivos de utilidad...” (p. 269, 270). Tal sería el caso de la utilidad de cláusula de *lex comisorio*.

Pero asimismo, según los autores en cita, el vendedor también tenía la opción de pedir el cumplimiento en vez de la resolución, advirtiéndose que luego de elegir la opción, su decisión era irrevocable; se revela que la *lex comisorio* operaba de pleno derecho, al contrario de lo establecido en el artículo 1.184 del código Napoleónico que exige sentencia judicial para la resolución por incumplimiento.

Llama la atención que la cláusula se estableció solo para el evento del no pago del precio; si por ejemplo el vendedor incumplía su obligación de entregar el bien vendido, solo contaba el comprador con la acción de cumplimiento.

En Cuanto a los Contratos Innominados.

Enseñan los autores (Álvarez, 2009; Bonecasse, trad. 1997; Casadiegos, 2003; Cubides, 1978/1994; Medellín, 1996; Monfort, 1999; Morales, 2006; Mosset 1995; Petit, trad. 1980; Salcedo, 2006; A. Tamayo, 2007) que en el derecho romano no era suficiente el consentimiento, la causa y el objeto para que existiera contrato; que era preciso para ello de un requisito adicional denominado causa civil, la cual, era entendida como la razón justificativa de la tutela jurídica de los contratos mediante el sistema de las acciones; esa causa justificativa se refería a ciertos presupuestos que debían observarse según la modalidad de contrato de que se tratara so pena de la ineficacia del mismo; así, por ejemplo, se presenciaban los contratos verbis que se celebraban utilizando ciertas formas verbales como la stipulatio; los contratos litteris cuya existencia dependía de la forma escrita o de una inscripción en el registro del acreedor con el acuerdo del deudor, destacándose el nomen transcripticium como la litteris más utilizada; los contratos reales o datio rei que se perfeccionaban mediante la entrega de la cosa.

Posteriormente, el principio de no ser suficiente el consentimiento para producir efectos jurídicos, según observa Lasarte (2009b), se atenuó dando lugar al surgimiento de los contrato consensuales de compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato; aquellos y estos contratos tenían asignada una acción para su cumplimiento.

Pero al lado de esos contratos formales y consensuales, el derecho romano presenció el advenimiento de los llamados contratos innominados, entendidos, según Petit (1980), como convenciones sinalagmáticas cuyo perfeccionamiento solo ocurría cuando uno de los contratantes realizaba una prestación para obtener del otro contratante una contraprestación; así, exhiben los expositores (Álvarez, 2009; Melich, 1979; Morales, 2006; Mosset, 2005; Ospina, 1994) que dentro de tal categoría se distinguieron cuatro modalidades: los contratos *do ut des* o *doy para que des*; los contratos *do ut facias* o *doy para que hagas*; los contratos *facio ut des* o *hago para que des*; y los contratos *facio ut facias* o *hago para que hagas*.

Llama la atención la variedad de acciones a que hubo lugar con respecto a los contratos innominados así como las circunstancias en que aquellas fueron surgiendo; en este sentido, se advierte que durante mucho tiempo los romanos se resistieron a admitir que quien hubiera realizado una prestación a fin de obtener una contraprestación de otro, tuviera acción para exigir el cumplimiento de ésta.

Por eso antes de instituirse la acción de cumplimiento, según los autores en cita, se establecieron otras acciones que tenían como propósito evitar el enriquecimiento injustificado o sin causa de aquel a cuyo respecto se había realizado prestación frente a la cual nada ejecutaba; se observa que primeramente se estableció el mecanismo de la *condictio ob rem dati* pero solo para los contratos *do ut des* y *do ut facias*, pues por su ejercicio era posible obtener la restitución o repetición del bien que se había entregado; tal alternativa

no se extendió a los contratos *facio ut des* y *facio ut facias* por la imposibilidad de repetición de lo hecho o del servicio prestado.

Empero, luego se estableció para estos contratos la denominada *actio doli*, por la que se podía obtener una indemnización que compensaba la prestación de hacer, mecanismo éste que resultó dispendioso por la exigencia de una conducta fraudulenta de quien se había beneficiado con el servicio prestado sin haber realizado la prestación correspondiente; además porque la acción tenía la corta duración de un año e implicaba excesiva rigurosidad por conllevar la consecuencia de infamia para el contratante demandado.

Ya para la época justiniana, se encuentra que la *condictio ob re* *data* cambió su denominación por la de *condictio causa data causa non secuta*, con la particularidad de resultar aplicable a todos los contratos innominados para permitir, según los tratadistas (Álvarez, 2009; Medellín, 1996; Miquel 2008; Morales, 2006) la repetición de lo dado en los contratos *do ut des* y *do ut facias*, o la indemnización de lo hecho en los contratos *facio ut des* y *facio ut facias*.

Pero a su vez, en esta misma época, según dice, Melich (1979) aparece la acción para alcanzar el cumplimiento de los contratos innominados llamada *actio praescriptis verbis*. Es este sentido, Arrubla (1991/2004) comenta que:

Así, los contratos innominados son aquellos que, carentes de una causa obligandi específica, se forman posteriormente -en la evolución del sistema-, a semejanza de la causa real nominada, requieren de la

presencia de una causa civilis genérica para su eficacia obligatoria, y tienen no una actio propia, sino la general praescriptis verbis (p. 45).

Cabe mencionar, según Álvarez (2009), que la procedencia de la *condictio causa data causa non secuta* estaba supeditada a la presencia del elemento culpa en el demandado. Pero así, se encuentra que el derecho romano instituyó la *condictio ex poenitentia* con la finalidad de permitir la resolución de los contratos innominados cuando el contratante a demandar no había incurrido en culpa en la desatención de su prestación.

De manera que, entonces, por las razones históricas mencionadas resultaron coexistiendo para los contratos innominados la *actio praescriptis verbis*, la *condictio causa data causa non secuta*, y la *condictio ex poenitentia*: la primera destinada a obtener el cumplimiento, la segunda para obtener la resolución ante la culpa en el incumplimiento, y la tercera para alcanzar la resolución aún sin haber el demandado incurrido en culpa. Las anteriores explicaciones resultan trascendentes en cuanto al objeto del presente trabajo.

Excepción de Contrato no Cumplido y Resolución de los Contratos en el Derecho Canónico.

Según algunos doctrinantes (Diez-Picazo, 1996; Miquel, 2008; Morales, 2006; Ospina y Ospina, 2009; Orterling y Castillo, 2005; Pizarro 2010) la excepción de contrato no cumplido surgió en la edad media con los canonistas, quienes, con base en los postulados de la moral cristiana, explicaron que cuando

un contratante adquiere una obligación, compromete su cumplimiento bajo la gravedad del juramento.

Por tanto, si el contratante no cumplía su obligación, quedaba en situación de perjurio, y por ende en pecador. Al respecto, los autores (Mosset, 1995; Taranto, 2001) señalan que era lo mismo obligación moral que obligación jurídica. Se superaba la concepción romana que negaba acción al pacto carente de forma para otorgarla con fundamento en el respeto de la palabra. De ahí que todo acuerdo de voluntades resultara obligatorio.

Al respecto dice Betancourt (1996): "...y entonces la regla general vino a ser el consensualismo, que otorgaba valor a la voluntad manifestada de cualquier manera" (p. 1850). Por su parte Planiol y Ripert (1946) comenta que "Es indudable que en esta materia influyó el derecho canónico. Los canonistas enseñan el respeto de la fe jurada. Pacta sunt servanda. Aunque no hubiese juramento, se cometía una falta al no mantener la palabra dada" (p. 822).

De esta manera el contrato se constituía en un vínculo que por virtud del juramento debía tenerse como irrevocable e indisoluble. Por eso su incumplimiento resultaba severamente reprochable.

Ello explica porqué al incumplido, según Salcedo, (2006), se le imponía la drástica sanción de no poder reclamar en cuanto al contrato, y de hacerlo, tenía el otro contratante para oponerle, con fundamento en el pecado de aquel, la excepción de contrato no cumplido.

Ratifican esta doctrina, el autor Miquel, (2008) cuando dice: “Puesto que el incumplimiento de una parte supone traicionar la buena fe contractual en las relaciones sinalagmáticas, el incumplido no merece tutela jurídica para su derecho a la contraprestación” (p. 38).

Sin embargo, no deja de llamar la atención que siendo indisoluble el contrato tuviera el contratante cumplido la facultad de prescindir del cumplimiento para en cambio pedir la resolución. Acaso ante tal indisolubilidad ¿podía haber argumento moral que justificara la resolución?; O acaso, ¿el argumento para pedirla tenía que ser necesariamente diferente de aquel en que se fundaba la connotación indisoluble del contrato?

Veamos en la doctrina lo que enseña Álvarez (2009): “La vida práctica, exigía muchas veces que tampoco se mantuvieran firmes los juramentos. En numerosas ocasiones, el daño resultante del cumplimiento de la promesa era mucho mayor del que, por el contrario, se producía dejándola incumplida por ambas partes” (p. 20)

Si el derecho canónico estaba basado en la moral y la equidad, no queda más que suponer que era también moral el fundamento que servía para justificar la opción de prescindir del contrato en vez de persistir en él; así la moral estaría satisfecha al tener el contratante cumplido la opción del menor daño; es posible que este argumento de la resolución canónica resulte coincidente con los fundamentos de Dumoulin, Domat, y Pothier citados por Melich (1979) sobre la resolución por incumplimiento.

Pero ¿cómo justificar que obedeciendo el carácter indisoluble del contrato a la moral, resultara también moral que éste pudiera disolverse? Continuando con el autor Álvarez, (2009) se dice que “Para conciliar el principio de la indisolubilidad de las obligaciones asumidas por juramento promisorio, de una parte, y, de otra, las necesidades de la vida práctica, los canonistas encontraron un recurso hábil en la doctrina de las condiciones tácitas” (p. 20). En coincidencia dice Melich (1979) que:

Para ajustar las consecuencias de tal análisis a los principios de la moral cristiana y a un probabilismo aconsejado por la prudencia, los canonistas acuden al expediente de presumir que el deudor ha subordinado sus compromisos a ciertas condiciones tácitas. (...) Si esta condición no se realiza, la promesa pierde toda su fuerza obligatoria (p. 63).

En la misma línea Gastaldi, (1985) al enseñar que:

Es que fue precisamente el derecho canónico, basada en el principio de la buena fe, el que contribuyó a afirmar el principio de interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales. (...).

De acuerdo a esos postulados las normas canónicas formularon una verdadera teoría general de la resolución de los contratos. (p. 39)

Es decir, si un contratante no cumple, el contrato se resuelve, porque se entiende que los contratantes así lo acordaron al momento de su celebración;

como se puede observar se aplicaba un doble criterio como justificación de la disolución del contrato: el religioso y la voluntad.

Sin embargo, al parecer, no era suficiente el incumplimiento de uno de ellos para que se diera la resolución, pues era precisa, la concurrencia de otras circunstancias: una, que el contratante no incumplido eligiera la resolución, y otra, que el juez eclesiástico le diera su aprobación. Repárese al efecto lo que dice Álvarez:

Era necesario que el contratante diligente acudiera ante el juez eclesiástico para ser desligado por este de su propia obligación y, naturalmente, el juez gozaba de una facultad de decisión, teniendo libertad para pronunciar o denegar la resolución, según las circunstancias que concurrieran en cada caso (p. 21)

Cabe preguntar, ¿cuál podría ser la razón para imponer que el contrato se cumpliera a pesar de la solicitud de resolución del contratante no pecador?; ¿Acaso se buscaba que el contratante incumplido tuviera la oportunidad de alegar alguna circunstancia que le impidió cumplir? Quizás se pueda pensar, que siendo la voluntad el fundamento del derecho canónico, pudiera el contratante incumplido no ser sancionado con la resolución en el supuesto de aparecer que la causa del incumplimiento le fue ajena a su voluntad; esto para el supuesto de seguir siendo posible la ejecución luego del incumplimiento.

En otras palabras, habría lugar a la sanción de la resolución solo en el evento del incumplimiento imputable a la voluntad o culpa del incumplido, claro

está, en el evento de haber optado el contratante diligente por la resolución; o sea que no habiendo justificación del incumplimiento de un contratante, la suerte del contrato ya vendría a depender solo de la discreción del otro contratante.

Pero ¿qué podría justificar esta discreción? La voluntad presunta de los contratantes en cuya virtud se entiende que si alguno no cumple, el otro puede pedir la resolución; este aspecto es trascendental en la evolución de la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, y en cuanto a los objetivos del presente estudio.

Obsérvese que en la concepción canónica, ante el incumplimiento de uno de los contratantes la suerte del contrato y del incumplido queda dependiendo de dos circunstancias cada una con su propio fundamento: por una parte, la voluntad; y por la otra, el carácter religioso o moral. Es preciso explicar el fenómeno tomando los dos aspectos por separado.

El derecho canónico desde el punto de vista de la voluntad. Se analiza este punto, en primer lugar, desde el punto de vista de la voluntad inmersa en la cláusula tácita de resolución por incumplimiento, para luego, de manera separada, hacer similar análisis desde el punto de vista religioso, en el propósito final de mirar cómo serían los resultados al involucrar de manera paralela y concomitante tales puntos vista.

Veamos. Si la doctrina canónica explica que ante el incumplimiento de un contratante, el otro conserva la opción de pedir el cumplimiento, es dable afirmar, entonces, que tal incumplimiento, aún cuando indispensable, no es suficiente para

que se dé la resolución. Pero entonces, ¿qué más se necesita? Que el contratante que tiene la opción manifieste su voluntad de resolver el contrato; mientras esto no ocurra, se repite, no puede haber resolución.

O sea que la cláusula tácita canonista de entenderse resuelto el contrato ante el incumplimiento de algún contratante, debe ser complementada con la expresión: siempre que el otro contratante opte por la resolución.

Ahora bien, es de resaltar que la resolución del contrato solo puede pedirse por virtud de la cláusula tácita, la cual, como se dijo en líneas anteriores, conforme a (Diez-Picazo, 1996; Melich, 1979), los canonistas entienden agregada al contrato como voluntad presunta de los contratantes en tal sentido; o sea que para llegar a la resolución se necesitaría: el contrato, la sobreentendida cláusula de resolución, el incumplimiento de un contratante y la manifestación del otro contratante de su voluntad de resolver.

En tanto que el fundamento para pedir el cumplimiento viene a depender en sí del contrato mismo, sin agregados. No puede desconocerse que antes de llegar el contrato al escenario del derecho canónico traía consigo la posibilidad de la exigencia de su cumplimiento; se reitera, sin cláusula adicional alguna. Por eso, se puede incluso como lo dice la jurisprudencia (CSJ, 2012) renunciar a la resolución del contrato sin que por ello, éste deje de existir. Puede decirse, entonces, que para pedir el cumplimiento se necesitaría: el contrato, y el incumplimiento.

Vistas así las cosas, ¿cómo entender entonces la cláusula tácita de resolución por incumplimiento? Como una estipulación sobreentendida, por la cual, se supone que los contratantes disponen que el contrato quede resuelto si alguno de ellos incumple y el otro así lo prefiere, en lugar de pedir cumplimiento.

Cabría preguntar ¿si quedaría inhabilitado un contratante para pedir cumplimiento solo por haber incumplido, no habiendo incurrido el otro contratante en incumplimiento? La respuesta ha de ser negativa: esto porque no puede entenderse que el contrato esté resuelto mientras el otro contratante no manifieste su voluntad de resolver.

Ahora, si el contrato se resuelve por la manifestación de la voluntad de un contratante en tal sentido, ello implica que, en ese supuesto, ambos contratantes se queden sin la posibilidad de pedir su cumplimiento; precisamente por la extinción del contrato como fuente de obligaciones; significa, entonces, que cualquiera de los contratantes puede acudir al juez a hacer efectivos los efectos de la resolución, claro está, bajo el supuesto de aportar la prueba idónea de haberse verificado la resolución.

Quiere decir, que necesariamente la resolución se da por fuera del proceso, de la misma manera que se da por fuera del proceso la celebración de un contrato consensual.

¿Cómo podría defenderse el contratante cumplido frente a la demanda del incumplido? La respuesta depende de lo que se demande, y de lo que elija el contratante cumplido: si se demanda cumplimiento y el demandado elige

resolución, la excepción que podría proponer éste sería la de preferencia de resolución por incumplimiento con fundamento en la voluntad recíproca de las partes contenida en la estipulación tácita. Debe advertirse que ésta excepción tendría fundamento distinto del que correspondería a la excepción de contrato no cumplido, aspecto que se precisará enseguida cuando se analice el derecho canónico desde el punto de vista religioso.

Si el incumplido demanda resolución, el contratante cumplido podría oponer la excepción de improcedencia de la resolución por no haber incumplido el demandado; esta excepción también sería diferente a la excepción de contrato no cumplido.

Si el contratante incumplido demanda cumplimiento y el demandado cumplido prefiere no resolver el contrato, la pretensión de aquel debe prosperar. Tampoco procedería la excepción de contrato no cumplido. Significaría entonces, que si el contratante cumpliente opta por el cumplimiento, el contratante incumplido no pierde por ello la posibilidad de pedir que se cumplan las prestaciones a su favor; se repite, por no ser procedente la excepción de contrato no cumplido.

Analicemos el caso de haber incurrido un contratante en incumplimiento con posterioridad al incumplimiento del otro: en tal hipótesis la suerte del contratante primeramente incumplido queda dependiendo de la discreción del otro contratante, de manera semejante al supuesto anterior.

Por último veamos el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento: es de destacar que en tal caso surge para cada contratante el derecho de pedir la

resolución por el incumplimiento del otro; es decir, que es suficiente que un contratante opte por la resolución para que el contrato quede resuelto. Ilustremos la situación con un ejemplo: imaginemos al contratante A y al contratante B. Si el contratante A opta por la resolución, el contratante B no puede oponerse porque por su voluntad aceptó que por su incumplimiento le permitiría a A obtener la resolución por la preferencia de éste en tal sentido. No procede la excepción de contrato no cumplido.

Lo mismo podría decirse si es B quien opta por la resolución. A no podría oponerse porque por su voluntad aceptó que por su incumplimiento le permitiría a B obtener la resolución si éste optaba por tal opción. Tampoco procedería la excepción de contrato no cumplido.

En últimas, la circunstancia del cumplimiento del contrato solo podría darse si ninguno de los contratantes opta por la resolución; porque la excepción de contrato no cumplido es improcedente.

De esta manera podría resultar resuelto el problema del mutuo y simultaneo incumplimiento de los contratos bilaterales, sin embargo, ello dependerá de la regulación del ordenamiento jurídico de cada país.

El derecho canónico desde el aspecto religioso. Visto el derecho canónico desde el enfoque exclusivo de la voluntad en cuanto a los aspectos incumplimiento, resolución de los contratos bilaterales y excepciones procedentes, se procede ahora a la reflexión sobre los mismos aspectos pero

desde el criterio religioso o moral. Conviene señalar que éste sería, realmente, el criterio constitutivo del fundamento de la excepción de contrato no cumplido.

En efecto, como se dijo antes, la respuesta del derecho canónico frente al incumplimiento de un contratante, tenía connotación sancionatoria; de ahí que se hubiera establecido, (Álvarez, 2009; Díez-Picazo, 1996; Melich, 1979; Mosset, 1995; Salcedo, 2006; Tamayo, 2008) que era inmoral permitir al contratante incumplido por pecador que reclamara al otro. Y que también se considerara a la resolución como sanción.

Por eso frente al reclamo del contratante perjuredo por incumplido, el otro podía oponerle con fundamento en el pecado de aquel, la excepción de contrato no cumplido; es evidente el carácter sancionatorio de esta excepción, lo que se explica por su fundamento religioso.

Al respecto, es procedente analizar aquí, si, para impedir al incumplido demandar, era necesario que la otra parte no hubiera incumplido, o si para tal efecto, era indiferente el incumplimiento de ésta; esto para el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento.

En este sentido, es dable pensar, que la sanción resulta imponible al contratante incumplido sin mirar si el otro contratante está o no incumplido; así, en el simultáneo y mutuo incumplimiento ambos estarían impedidos para demandar por estar los dos en pecado; es decir que a cada uno le prosperaría la excepción de contrato no cumplido frente a la demanda de cumplimiento o de resolución del otro.

Esto resulta congruente con el pasaje bíblico según San Juan (2007) que dice: “El que esté libre de pecado que tire la primera piedra” (p. 1353) sugiriendo con ello, que si alguien está en pecado, nada puede pedir.

Sin embargo, en la hipótesis de incumplir un contratante con posterioridad al incumplimiento del otro, ha de concluirse que aquel ya no estaría en pecado, por estar facultado para pedir la resolución en virtud de la voluntad de las partes ínsita en la cláusula tácita. Por tanto, en tal caso, no procedería la excepción de contrato no cumplido. Podría decirse que es en este punto donde se da la conciliación entre el carácter indisoluble del contrato y la posibilidad de resolverlo.

Resulta entonces evidente que el fundamento de la voluntad termina imponiéndose sobre el fundamento moral cristiano de la indisolubilidad.

Pero ¿qué ocurriría si frente a la solicitud de cumplimiento o de resolución a instancia del contratante incumplido, el otro contratante no propone la excepción de contrato no cumplido?

Si se sigue el carácter sancionatorio del derecho canónico se impone establecer que el juez eclesiástico tendría la facultad de declarar de manera oficiosa la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido. Así quedaría castigado el pecado cometido por el incumplido.

El derecho canónico desde los aspectos del carácter sancionatorio y de la voluntad. Vistos por separado los puntos de vista de la voluntad y el criterio sancionatorio de la moral cristiana, se procede ahora a examinar cuales serían las

consecuencias a que habría lugar en el supuesto de involucrasen de manera paralela y concomitante tales puntos de vista. Veamos con ejemplos.

Si B demanda cumplimiento, a A le prosperaría la excepción de contrato no cumplido con fundamento en el criterio sancionatorio religioso del derecho canónico; en cambio, si en el mismo supuesto, se aplica el criterio de la voluntad contenido en la cláusula tácita, B podría demandar cumplimiento mientras A no manifieste su voluntad de resolver el contrato.

Llama la atención en tales los supuestos, los resultados a que se llega según se aplique el criterio sancionatorio del derecho canónico, o el criterio de la cláusula tácita. Obsérvese que si se prescinde del criterio sancionatorio, el contratante incumplido no está impedido para demandar el cumplimiento. Si se aplican al tiempo la cláusula tácita y el criterio sancionatorio el incumplido resulta impedido para demandar; quizás esto no ha sido tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora, si ante la solicitud de cumplimiento de B, A prefiere resolver, le basta a éste manifestar su voluntad en tal sentido para que el contrato quede resuelto, y si se está dentro del proceso judicial, le basta proponer la excepción de preferencia de resolución del contrato; ante la manifestación de tal preferencia, ya ninguno de los contratantes puede pedir cumplimiento, precisamente por haberse resuelto el contrato. En este mismo sentido, tanto A como B pueden exigir los efectos de la resolución siempre que de ella exista la prueba correspondiente.

De esta manera quedaría resuelto otro problema, y es el consistente en tener el deudor incumplido que soportar mayor gravamen ante la imposibilidad de demandar resolución o cumplimiento, al gravamen que tendría que soportar si tuviera que indemnizar los perjuicios realmente causados con su incumplimiento.

Al efecto repárese el siguiente ejemplo a la luz del derecho colombiano: un prometiente vendedor incumplió contrato de promesa de compraventa por no acudir a la notaría a otorgar la escritura de venta prometida, habiendo estado el prometiente comprador dispuesto a cumplir; al celebrarse aquella promesa el comprador pagó 50 millones como adelanto del precio acordado de 400 millones, a la vez que le fue entregada la finca prometida en venta. Como consecuencia del incumplimiento, el comprador alega haber sufrido perjuicios por 100 millones.

Como puede verse, al aplicarse la concepción sancionatoria del derecho canónico, el prometiente vendedor por incumplido, no podría pedir resolución, ni cumplimiento, procediendo en su contra la excepción de contrato no cumplido; es decir, que su incumplimiento le saldría constando los 350 millones que del precio le quedó a deber el prometiente comprador. O sea, pagaría mucho más que el valor del perjuicio realmente causado.

En cambio, si con prescindencia del criterio sancionatorio religioso, se aplica solo el aspecto de la voluntad contenida en la cláusula tácita de resolución por incumplimiento, al quedar resuelto el contrato por la manifestación del contratante no incumplido en tal sentido, y tener cualquiera de los contratantes la posibilidad

de pedir los efectos de la resolución, el incumplido resultaría pagando solo los perjuicios que realmente causó con su incumplimiento.

Ahora, si con base en la cláusula, B demanda cumplimiento, y A no manifiesta su voluntad de resolver proponiendo la respectiva excepción, B puede obtener el cumplimiento. Pero si en esta hipótesis, se agrega la intervención del carácter sancionatorio del derecho canónico, a B no le prospera el cumplimiento, pues por pecador, procedería en su contra la excepción de contrato no cumplido.

Si B demanda la resolución del contrato, A con fundamento en la cláusula tácita puede oponerle la excepción de ausencia del derecho a preferir la resolución por A no haber incumplido. Ahora, si A incumplió luego de haber incumplido B, es de entenderse que por tal circunstancia es A quien tiene la potestad de resolver y no B. Pero si en tal supuesto se agrega la intervención del carácter sancionatorio del derecho canónico, además de la excepción de preferencia de la resolución, también procedería contra B, por pecador, la excepción de contrato no cumplido. Como puede verse, proceden dos excepciones, pero cada una con fundamento diferente.

El supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratantes. Como en tal supuesto, con fundamento en el criterio de la voluntad de la cláusula tácita, surge en favor de cada contratante el derecho de pedir la resolución por el incumplimiento del otro, basta que alguno de ellos manifieste su voluntad en tal sentido para que el contrato quede resuelto; ninguno de los dos

puede oponerse por haber sido su voluntad aceptar que por su incumplimiento le permitiría al otro obtener la resolución por la preferencia de éste en tal sentido.

Pero si al mutuo y simultáneo incumplimiento se agrega el criterio sancionatorio del derecho canónico, ninguno de los dos podría pedir la resolución, pues al estar ambos en pecado, resultaría procedente la excepción de contrato no cumplido.

Significa lo anterior, que si alguno demanda cumplimiento y el otro no manifiesta su voluntad de resolver, el contrato debe cumplirse, porque como se dijo antes, el contrato es ejecutable, mientras no se manifieste la voluntad de resolver por el contratante facultado para ello; pero si en el mismo supuesto se imprime el carácter sancionatorio del derecho canónico, a ninguno de los contratantes se le permitiría obtener el cumplimiento, por resultar procedente también la excepción de contrato no cumplido.

Quizás estos aspectos tampoco no han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al mutuo y simultáneo incumplimiento que en el criterio jurisprudencial colombiano no alcanza a ser mutuo disenso tácito, por no darse, además del mutuo incumplimiento, las circunstancias adicionales que revelen inequívocamente que fue la voluntad recíproca de los contratantes dejar sin efectos el contrato.

No obstante, las consideraciones hechas hasta aquí en cuanto del derecho canónico en torno de la resolución de los contratos por incumplimiento y del mutuo y simultáneo incumplimiento, así como de las excepciones que podrían

proceder frente a los pedimentos de cumplimiento o de resolución, y de las implicaciones de los aspectos de la voluntad y del carácter religioso sancionatorio, quedan expuestas a la valoración del ordenamiento jurídico de cada país para la verificación de su procedencia o no, como argumentos para la solución del problema del mutuo y simultáneo incumplimiento y del problema de la mayor onerosidad por la excepción de contrato no cumplido frente al perjuicio realmente causado con ocasión del incumplimiento de los contratos sinalagmáticos.

Para tal propósito resulta procedente analizar los antecedentes inmediatos del código civil francés por haber sido éste la inspiración de los códigos civiles de otros países como el colombiano en cuanto a las temáticas en consideración.

La Doctrina Laica en la Resolución de los Contratos.

De manera paralela al derecho canónico, según se encuentra en los autores (Melich (1979; Valencia y Ortiz. 2009; Ospina y Ospina, 2009), existió un grupo de juristas denominados glosadores y pos glosadores quienes se caracterizaron por su dedicación al estudio de los textos romanos, entre los que se hace mención a un doctrinante de nombre Bartolo quien en sus conclusiones resalta la referencia al concepto de causa final, noción ésta que luego fue retomada por juristas de gran autoridad intelectual como Dumoulin, Connano, Domat y Pothier, entre otros.

Señala Melich (1979) que Bartolo entendió la causa final como la contraprestación opuesta a la obligación; que sin embargo, solo se debería hablar de causa final en los contratos innominados en consideración a la imperfección de éstos por no haberse ejecutado la prestación recíproca; de esta manera, ante la

inejecución de la prestación pendiente, se podrían neutralizar los efectos del contrato. Por lo tanto, los llamados contratos nominados, aunque sinalagmáticos, quedaban excluidos de aquella noción, por ser perfectos.

Refiere Álvarez, (2.009) que otro autor importante es Dumoulin por haber sido uno de los primeros en proponer la resolución del contrato de compraventa, sin necesidad de cláusula expresa al efecto, siempre que el vendedor al momento de contratar hubiera tenido el propósito de recibir el precio para satisfacer un interés concreto también conocido por el comprador. Ejemplo: cuando Carlos vendía una casa a Juan con el propósito de utilizar el precio en la recuperación de una finca que aquel tenía vendida a Pedro con pacto de retroventa. En cambio, si la venta se hacía con el propósito de obtener el precio sin la intención de destinarlo a satisfacer un interés concreto conocido por el comprador, la resolución no procedía.

Como se puede observar, la resolución empezaba a tener connotaciones de generalidad.

Llama la atención su coincidencia con el derecho canónico en lo que tiene que ver con el argumento moral o de equidad por el que éste último justificó la posibilidad de no mantener indisolubles los contratos a pesar del juramento; sin embargo, quizás sea adecuado decir que a pesar de tal coincidencia, también existe diferencia: obsérvese que mientras en la concepción de Dumoulin la resolución se justifica como explica Mesina (2000) por la presencia de un interés concreto frustrado por la inejecución de la contraprestación, en el derecho

canónico la resolución se justifica por cualquier circunstancia que haga más equitativo optar por la resolución del contrato que mantener su existencia.

Discusión sobre el carácter general de la resolución por incumplimiento. Es de tener en cuenta que, según Álvarez, (2009), el antiguo derecho francés escrito, más identificado con la distinción romana entre contratos nominados e innominados, se resistió por mucho tiempo a aceptar que la resolución contractual tuviera el carácter general del derecho canónico. Más flexible fue el derecho consuetudinario frente a las tendencias innovadoras, que según Díez-Picazo, (1996) dio origen al sistema de la resolución del código civil.

De ahí que la doctrina haga mención a la polémica entre los romanistas y los seguidores de la tesis que, a diferencia de aquellos, propugnaba porque la resolución de los contratos fuese permitida en todos los contratos sinalagmáticos, incluidos los nominados del derecho romano; en efecto, dice Mosset (1995) que los comentaristas o pos glosadores, más atentos a las nuevas exigencias de la vida de los negocios, aun cuando inspirados en los principios romanos, entendían, la necesidad de formular interpretaciones extremadamente elásticas.

Concepto este ratificado por otros autores (Urbina, Acosta, Duran, Palomares, 2011; Melich, 1979) al advertir que se necesitó de una profunda evolución histórica, económica y científica para que los juristas se atrevieran a dejar de lado los textos romanos a efectos de dar soluciones acordes con las nuevas realidades.

La idea era encontrar una salida que permitiera la resolución de todos los contratos sinalagmáticos, incluido el de compraventa y los nominados en general.

En congruencia con lo anterior, refiere (Melich, 1979) que en el siglo XVI un magistrado de nombre Connano propone que se debe tener en cuenta la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, y que éstos, según Capitan citado por Melich, (1979), por originar obligaciones recíprocas, comprenden indistintamente a los contratos nominados e innominados.

Empero, la búsqueda se hizo difícil, por la connotación del contrato de compraventa; tanto así, que con la solución de las dificultades de este contrato, particularmente en las ventas a término, quedó expedito el camino para el establecimiento de la resolución por incumplimiento, sin necesidad de estipulación expresa, en todos los contratos sinalagmáticos incluidos los nominados del derecho romano.

El problema de la venta al contado y la venta a término en el antiguo derecho Francés. Al respecto es pertinente hacer algunas acotaciones. Enseña (Melich (1979) que en Francia seguía vigente el principio del derecho romano, según el cual, la propiedad no se adquiría por el comprador si el precio no había sido pagado, o no había sido suministrada garantía de cumplimiento por el comprador, o si el vendedor no había seguido la fe del comprador, o no se había establecido expresamente el pacto comisorio, o alguna otra estipulación.

Que en este sentido, se presentó una distinción entre la venta al contado y la venta a término, resultando posible en la primera modalidad que si el comprador

no pagaba el precio, el vendedor, podía recuperar el bien vendido por vía de la acción reivindicatoria, acción que en cambio se negó para la venta a término por presumirse que en tal caso el vendedor había seguido la fe del comprador, aspecto éste aceptado al unísono por los derechos consuetudinario y escrito de toda Francia del siglo XVII.

Por tanto se necesitaba encontrar una solución que permitiera al vendedor recuperar el bien vendido en las ventas a término, las cuales, entre otras cosas, eran las que más se celebraban por el incremento comercial e inmobiliario. Ello indujo a intentar restringir la presunción con el objeto de permitir al vendedor la acción reivindicatoria en las ventas a término.

Sin embargo, además de estimarse, que en las ventas al contado la entrega de la cosa no implicaba seguir la fe del comprador conservando el vendedor la facultad de reivindicar el bien, apareció en la jurisprudencia el criterio interpretativo de ser la cosa entregada por virtud de la venta, una garantía; ahora, entonces, el vendedor contaba, según Boyer citado por Melich (1979) con dos mecanismos de protección que podía ejercer a su discreción: la acción reivindicatoria, y el privilegio de la garantía sobre el bien por el que podía hacerlo vender y con preferencia de otros acreedores del comprador, pagarse de lo que éste le debía. Así, a los acreedores del comprador les resultaba indiferente la opción que prefiriera el vendedor.

En cuanto a las ventas a término con entrega del bien seguía sin encontrarse solución alguna que permitiera protección al vendedor frente al incumplimiento del comprador en el pago del precio.

Hasta que apareció la nueva redacción del artículo 194 de la costumbre de Paris que según el autor en cita dice: “Sin embargo, aún si el vendedor ha concedido un término para el pago, si la cosa fuere embargada en manos del deudor comprador, por la acción de otro acreedor, el vendedor podrá impedir la venta y ser preferido sobre el precio de la cosa, a los demás acreedores”

Finalmente, acabó aceptándose en el derecho escrito francés, que en las ventas a término, el vendedor tuviera el privilegio de hacer efectiva la garantía sobre la cosa vendida, sin necesidad de pacto expreso, mientras que en el derecho consuetudinario, se aceptaba además la acción reivindicatoria.

El privilegio de garantía y la acción reivindicatoria. Resulta interesante, dice Melich (1979), la coincidencia que se observa entre el argumento del privilegio de garantía y el de la acción reivindicatoria, que no es otro que la equidad; pues no se veía justo que el vendedor que había entregado el bien vendido con término para el pago del precio, no tuviera algún derecho o privilegio sobre la cosa entregada para impedir que los acreedores del comprador hicieran efectivos sus créditos sobre ella. En otras palabras, se trataba de evitar un enriquecimiento sin causa o injustificado en el comprador.

Pero, si bien se podía ejercer la acción reivindicatoria, o la de privilegio de garantía, según el caso, cabe preguntar: ¿Qué ocurría con el contrato? ¿Si éste

debía considerarse extinguido o existente para la procedencia de tal acción o de tal privilegio?

Veamos primero el privilegio de garantía. Se puede decir que realmente se trataba de una ejecución con garantía lo cual supone la existencia del contrato. Pues de no suponerse su vigencia, no se podría justificar que el vendedor tuviera la facultad de hacer vender el bien para con el producto de la venta pagarse el precio que le debía el comprador. Habría aquí cierto criterio de equidad, realizable, sin necesidad de destruir el contrato, por ser el bien entregado un cuerpo cierto, aspecto que sería imposible en el supuesto de haberse entregado bienes de género.

Sin embargo, hay un aspecto que resulta trascendente: y es que si bien el contrato se mantenía vigente, el privilegio de garantía no necesitaba de estipulación expresa.

En cuanto a la reivindicación: es lógico pensar que para su procedencia el contrato debe suponerse extinguido; pues fue por el contrato que el bien llegó a manos del comprador; de manera que entonces, la reivindicación resultaría siendo la consecuencia de la extinción del contrato.

Siendo esto así, quedaría por resolver de qué manera se podría fundamentar la ocurrencia de tal extinción.

Si se acude al concepto de causa final que, según la explicación que hace (Melich; 1979) sobre la teoría de Bartolo, en los contratos bilaterales consiste en la contraprestación esperada, debe concluirse que el contrato se extingue por

quedar sin causa al no ejecutarse tal contraprestación, lo que debe tener como consecuencia necesaria que haya lugar a la reivindicación del bien entregado con ocasión del contrato extinguido.

En cambio, en la tesis de Dumoulin citado por Melich, (1979) solo habría lugar a la resolución si se da la frustración del interés patrimonial que el acreedor esperaba satisfacer con la obtención de la prestación pactada a su favor y que el deudor no cumplió; es decir, no se trataba de resolver el contrato solo por el incumplimiento; si a pesar de éste, no se frustraba ningún interés particular del acreedor más que el de no obtener la prestación, no podía proceder la resolución.

No puede desconocerse el contenido ético de tal planteamiento que, como se dijo antes, resulta coincidente con la razón propuesta por el derecho canónico como justificación de la resolución del contrato indisoluble por el juramento.

Quizás por ello haya sido más fácil su acogida en las provincias del derecho consuetudinario francés, que en las provincias de derecho escrito, más apegadas éstas, como dice, Álvarez, (2009), a la distinción romana entre contratos nominados e innominados; de ahí que, según este autor, la tradición romanista no se haya interrumpido en la jurisprudencia de derecho escrito del parlamento de Toulouse hasta la promulgación del código napoleónico.

La voluntad como fundamento del derecho privado. Lo anterior, encontraba respaldo en el movimiento filosófico que realzaba cada vez más las ideas de la voluntad como fundamento del derecho, y que vino a fortalecer con el mayor ímpetu, al postulado según el cual el solo consentimiento obliga, tal como

advierte Polo (2009) refiriéndose al fundamento de la legislación civil española al enseñar que:

En el decreto de bases, y después en el artículo 1255 del código civil, reside la noción de libertad contractual, proclamada por la revolución francesa y palanca suprema de toda la vida social y jurídica que domina, no solo el contrato contemplado en los códigos, civil y de comercio, sino el íntegro ordenamiento. La libertad contractual aparece ligada a los presupuestos filosóficos del idealismo que, en el orden del derecho, cristaliza en el dogma de la autonomía de la voluntad. (p. 83)

Tan importante vieron los franceses a la libertad contractual y a la voluntad que hasta incluso en cuanto al matrimonio la constitución francesa de 1791 citada por Monroy (2007) estableció de manera categórica que “La ley no reconoce en el matrimonio más que un contrato civil” (p. 247. Si esto se proclamó respecto del matrimonio, qué no sería de los demás contratos.

Aportes de la Doctrina Laica en la Evolución de la Resolución por Incumplimiento. De las anteriores reseñas, podrían considerarse como aportes de la doctrina laica y la jurisprudencia francesa tanto de derecho consuetudinario como de derecho escrito, a la evolución de la resolución de los contratos por incumplimiento, los siguientes: en primer lugar el concepto de causa entendida como la contraprestación de la obligación; en segunda medida, la bilateralidad de los contratos como noción predicable indistintamente de los contratos nominados e innominados; en tercer aspecto, la posibilidad de aplicar la resolución por

incumplimiento tanto a los contratos nominados como innominados sin necesidad de cláusula expresa; en cuarto lugar, la noción ética como elemento de justificación de la extinción por incumplimiento del contrato de compraventa determinante de la reivindicación del bien vendido; en quinto aspecto, el criterio también ético del privilegio de garantía en favor del vendedor, sin necesidad de estipulación expresa; y en sexto punto, la reiteración del aspecto de la voluntad como fundamento de los contratos.

Doctrina influyente en la Consagración de la Resolución por Incumplimiento en el Código Napoleónico

Puede decirse, en términos generales, que las implicaciones descritas del derecho canónico, más los resultados enunciados de la doctrina laica y la jurisprudencia francesa en el propósito de superar las dificultades de la distinción entre contratos nominados e innominados, para así permitir la resolución por incumplimiento en todos los contratos bilaterales, y la adopción definitiva de la voluntad como fundamento del derecho, constituían el panorama existente a la promulgación del artículo 1.184 del código civil Napoleónico, por el cual, de manera definitiva se adoptaba la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales; al efecto repárese en lo que enseñan Planiol y Ripert (1946) en el siguiente aparte:

La resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes no es un hecho antiguo en el desarrollo de las instituciones. El derecho romano no la conocía. Apareció por primera vez en el contrato de venta

en el que fue objeto un pacto especial Lex comisorio. El vendedor y el comprador convenían que la venta se tendría por no celebrada, si el precio no se pagaba en el plazo fijado: *ut res inepta sit, si ad diem pecunia soluta non sit*. El uso de este pacto, tan ventajoso para el vendedor, se extendió de tal manera que se terminó por sobreentenderlo. Los antiguos parlamentos franceses ya no exigían que se insertara en las ventas. El vendedor no pagado, podía demandar la resolución aunque no hubiese tenido la precaución de pactarla. Se generalizó además la aplicación del pacto comisorio: se sobreentendió en todo contrato sinalagmático. Fue así como progresivamente se llegó a la formula general que nos da el art. 1184 (p. 900).

Norma aquella en cuyo favor fueron decisivos los conceptos de Domat y Pothier, como se puede ver enseguida. En efecto, Capitan citado por Álvarez, (1979) refiriéndose a la doctrina de Domat transcribe que:

La inejecución de las convenciones por parte de uno de los contratantes puede dar lugar a la resolución, ya que él no quiera o no pueda ejecutar sus compromisos, aunque no haya cláusula resolutoria, así también si el vendedor no entrega la cosa vendida; Y en estos casos la convención o inmediatamente, si hay lugar a ello, o después de un plazo arbitrario, y con indemnización de los daños y perjuicios que la inejecución puede haber causado (p. 27).

Igualmente, Capitan en cita de Melich, (1979), tomando la concepción de Domat enseña que:

Aunque no exista cláusula resolutoria por falta de pago en el plazo convenido o de ejecutarse alguna otra convención, la venta no dejará por eso de disolverse, si la falta de pago y la inejecución dan a ello lugar después de la mora, y según las circunstancias. Porque las partes no quieren que subsista el contrato mas que en el caso de que cada una ejecute sus prestaciones (p. 162)

Posteriormente, dice Álvarez, 2009) que:

Pothier recoge de los autores que le precedieron y de la práctica forense la doctrina de la condición resolutoria tácita y la presenta como un atemperamento del rigor de los principios jurídicos, basado en la voluntad presunta de las partes e impuesto por razones de equidad y por la oportunidad que ofrece para satisfacer mediante él necesidades de la vida práctica (p. 24).

Se observa en estas citas el carácter general y tácito de la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, pues se aplica a todos los contratos sinalagmáticos, sin necesidad de estipulación expresa al respecto; así quedan superadas las diferencias doctrinarias y jurisprudenciales entre los seguidores de la distinción entre contratos nominados e innominados, y los de la opinión opuesta.

Voluntad presunta o tácita en la resolución por incumplimiento. De otra parte, se reitera por la doctrina (Álvarez, 2009; Claro del Solar, 1979; Díez-Picazo, 1996) que el derecho a pedir la resolución, se fundamenta en la voluntad presunta de las partes que han celebrado el contrato, aspecto que resulta lógico, si se tiene en cuenta que la voluntad es el fundamento de los contratos. Así, ha de entenderse que desde la celebración del contrato, las partes pactaron resolverlo en caso de verificarse el incumplimiento de uno de ellos; es evidente que esto resulta coincidente con lo establecido por el derecho canónico sobre el punto; esto desde el punto de vista de la voluntad contenida en la cláusula tácita canónica.

En este sentido el artículo 1124 del código civil español en la siguiente enseñanza de Gómez (2008): “En caso de incumplimiento de una de las partes, aparece la alternativa conocida como condición resolutoria tácita que da derecho, a la otra, a elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución” (p. 295). De la misma manera, Josserand, (1939/trad. 1950) al enseñar que “La resolución del contrato, aún cuando constituya una sanción inherente a la ley contractual, no es en modo alguno de orden público, sino interpretativa de la voluntad de las partes” (p. 267).

Cabe preguntar qué otro aspecto pudo servir de fundamento a la consagración legislativa en el código civil francés de la resolución por incumplimiento. Al respecto contesta Pothier, según expone (Álvarez, 2009) en cuanto al contrato de compraventa, que si para el vendedor son necesarios

grandes gastos para obtener el pago del precio de manera que resulte precisa la disolución del contrato, debe permitirse al vendedor que pida ésta. Obsérvese el aspecto práctico y de equidad que se sugiere en tal argumentación.

La sentencia judicial como presupuesto de la resolución por incumplimiento en el código francés. Otro aspecto del artículo 1.184 del código civil francés que llama la atención es el referente a la necesidad de sentencia judicial para que pueda tener existencia la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Es decir, no basta que alguno de los contratantes incumpla, y que el otro manifieste su voluntad de resolver; pues la resolución no opera de pleno derecho.

Al respecto, Pothier comentado por Álvarez, (1979), enseña que la tardanza de uno de las contratantes en cumplir con su obligación no es siempre suficiente para que el otro pueda pedir la resolución; pues es necesario que esta se haga pronunciar por el juez quien tiene la opción de concederla o de negarla. En éste último caso, debe conceder un plazo prudente para que el deudor cumpla, y si no lo hace, ahí sí decreta la resolución. Concepto, este acogido expresamente en la consagración legislativa del citado artículo 1.184, y que por lo mismo, no puede desconocerse.

Pero, ¿cuál puede ser la razón de esa discreción que tiene el juez de conceder un plazo adicional para el cumplimiento, según las circunstancias, antes de decretar la resolución? Veamos lo que dice Locré comentando a Favard en cita de Melich, 1979):

El lapso que se le permite al juez acordar al deudor antes de que la resolución se consume, está fundado en razones de humanidad. Es una excepción, si se quiere, al artículo 1.134 del código civil francés que establece que la convención debe ser ley para las partes contratantes; pero coexistiendo el artículo 1.184 del mismo código, es claro que todos los contratos se forman bajo el imperio de estas dos disposiciones, una de las cuales atempera el rigor de la otra. Es así que se las concilia y que se da al juez un preciso derecho, pues a través del mismo se tiende a socorrer a aquel a quien circunstancias desgraciadas han impedido cumplir en la fecha establecida, los compromisos que ha asumido (pp. 79-80)

En el mismo sentido, Bigot de Preameneu en la cita de (Melich, 1979) que dice

Ella, la condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contrato sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no satisfaga puntualmente su compromiso. (...) Pero, sería siempre necesario constatar la inejecución, verificar las causas de ella, distinguirla de un simple retardo, y en el examen de las causas puede ser que la halle tan favorables, que el juez se encuentre forzado por la equidad a acordar un plazo (p. 79)

Como se puede ver, la razón de concederle el juez al incumplido un plazo adicional para que cumpla depende de las circunstancias por las que no cumplió;

si estas circunstancias, son justificadas, como por ejemplo una fuerza mayor, según el caso, no se debería resolver el contrato, antes de concederse nueva oportunidad para cumplir. Incluso, si en la nueva oportunidad, aparecen nuevas circunstancias justificadoras de un nuevo incumplimiento, quizás sería, adecuado, conceder nueva oportunidad para cumplir antes que la resolución.

De esta manera, la resolución solo sería posible, ante el incumplimiento injustificado, lo cual, también es equitativo.

El aspecto de la mora en la resolución por incumplimiento. Al respecto, dice Capitan en cita de Melich (1979) tomando la concepción de Domat:

Aunque no exista cláusula resolutoria por falta de pago en el plazo convenido o de ejecutarse alguna otra convención, la venta no dejará por eso de disolverse, si la falta de pago y la inejecución dan a ello lugar después de la mora, y según las circunstancias. Porque las partes no quieren que subsista el contrato mas que en el caso de que cada una ejecute sus prestaciones (p. 72)

Se ve posible afirmar, de acuerdo con la cita, que la mora consiste en haber incumplido el contrato de manera injustificada; y que la resolución por incumplimiento solo es procedente ante la mora del incumplido; en otras palabras, la mora, de acuerdo con el artículo 1.184 del código civil francés, tendría dos consecuencias: la resolución y el pago de perjuicios, se repite, por haber incumplido injustificadamente.

En cambio, para la procedencia de la solicitud de cumplimiento es diferente; porque no sería necesario estar en mora. Y esto porque el cumplimiento es cualidad natural de la esencia del contrato. Sin embargo, esto dependería de la cargas de los riesgos ante la imposibilidad de cumplimiento. En tanto que la resolución es efecto de la cláusula resolutoria ya sea expresa ya sea tácita, y no del contrato mismo. Incluso sería dable decir que bien podría existir el contrato sin necesidad de tal cláusula; pero no podría existir contrato sin la connotación de su exigibilidad porque entonces no sería contrato.

Así las cosas, para pedir el cumplimiento, solo sería necesario que el deudor no haya cumplido en el tiempo en que ha debido hacerlo y que el mismo sea posible; ahora, se podría cobrar perjuicios, además del cumplimiento, pero para ello, se necesitaría la mora.

Expuestos los antecedentes históricos, se procede ahora a hacer referencia breve a la manera como se explica en la actualidad la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales y la excepción de contrato no cumplido, en cuanto al derecho privado francés, español, italiano y argentino, de acuerdo a lo que se enseña por algunos autores; esto sin perder de vista que, como dicen los autores (Álvarez, 2009; Bianca, 2007; Diez-Picazo, 1996; Melich, 1979; Valencia y Ortiz, 2004; A. Tamayo, 2008; Valencia y Ortiz, 2009), el código civil francés se constituye en el referente legislativo de mayor influencia en tales legislaciones, y de muchas otras, entre ellas, la colombiana. Posteriormente, respecto del derecho colombiano, se hace una síntesis del contenido y

problemática de cada una de las tesis jurisprudenciales consultadas con ocasión del presente trabajo; a continuación se hace exposición de algunas interpretaciones de la doctrina colombiana, para al final hacer un análisis crítico en torno de la resolución contractual por incumplimiento que ha de servir de base para la descripción de las conclusiones del presente estudio.

Resolución Contractual por Incumplimiento, Excepción de Contrato no Cumplido, y Mutuo disenso Tácito en el Derecho Francés.

Desde el punto de vista de la resolución dice el artículo 1184 del código civil francés lo siguiente, en traducción de Melich (1979):

Artículo 1.184. La condición resolutoria se sobrentiende en todos los contratos sinalagmáticos para el caso de que una parte no cumpla su obligación. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte que no recibió la prestación a que se obligó la otra, puede optar entre obligar a esta a que la cumpla, mientras sea posible, o reclamar la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe demandarse a los tribunales, y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias. (p. 40)

Al respecto, la doctrina francesa (Chabas, C. 2010; Lequette, Y. Terré, F. Simler, P. 2002) sintetiza los siguientes aspectos: la resolución presupone el incumplimiento de contrataros sinalagmático incluidos los imperfectos. La resolución del contrato por incumplimiento no procede de pleno derecho.

Asimismo, la jurisprudencia civil (Corte de Casación Francesa [CCF] 2009) citada por Chabas, C. (2010) acepta que la resolución puede proceder incluso en el incumplimiento de obligaciones accesorias siempre que ello se justifique; pero, sea que se trate de obligaciones esenciales o de obligaciones accesorias, de acuerdo con la jurisprudencia, CCF, (1993) el incumplimiento debe ser grave; esto, de manera tal, que el incumplimiento implique dejar sin causa la obligación del otro.

Por otra parte, la doctrina (Billiau, M. Ghestin, J. Jamin, C. 2001; Chabas, C. 2010; Lequette, P. “et al”. 2002) enseña que si bien se exigía por la jurisprudencia y la doctrina que el incumplimiento fuera imputable a título de culpa, tal interpretación ha cambiado, para aceptar ahora que es posible, según el caso, la resolución por incumplimiento a título de causa extraña. Igualmente, enseña Larroumet, (1990b) que:

La resolución de artículo 1184 del C. C., la debe pronunciar el juez encargado, por iniciativa de la obligación inexecutada. En ningún caso, el deudor de esta obligación podrá tener la iniciativa de la resolución. Esto es lo más normal, porque, al basarse la resolución en la desaparición de la causa de la obligación, es la causa de la obligación de quien se queja de la inexecución la que viene a faltar y no la del otro contratante (p. 150).

Es decir, que el incumplido carecería de la posibilidad de pedir la resolución, lo cual resulta aplicable al contratante mutua y simultáneamente incumplido, y al

contratante que incumplió primero. En otras palabras, el único que podría pedir la resolución sería el contratante que no incurre en incumplimiento.

Sin embargo, la jurisprudencia (CCF, 1974; 1975; 1990; 2001) citada por Chabas, (2010) ha establecido que en el supuesto de incumplimientos recíprocos y simultáneos, si ambos contratantes piden la resolución, el juez podrá decretarla, teniendo en cuenta los agravios recíprocos o compartidos de las partes.

La excepción de contrato no cumplido en el derecho francés. Desde el punto de vista de la excepción de contrato no cumplido denominada excepción de inejecución, se advierte entre los autores (Hinestrosa, 2007b; Larroumet, (1999b), que si bien se encuentra consagrada para casos específicos, no tiene en cambio, regulación positiva con carácter general; en tal sentido, se enseña (Billiau “et al”, 2001; Lequette, P. “et al”. 2002) que la jurisprudencia francesa ha establecido el carácter general de aquella excepción para los contratos con prestaciones recíprocas, y que su efecto es de connotación dilatoria.

Expresa Larroumet, (1999b) que “la exceptio non adimpleti contractus consiste en la prerrogativa que se reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras ésta no ejecute la suya” (p. 138). Y más adelante agrega “en el caso en que la inejecución sea imputable al deudor contra el cual se invoca, este no dispone de ningún medio para mantener en jaque la excepción” (p. 139). Es decir, que el contratante que primero incumplió, o que incumplió al tiempo con el otro contratante, no estaría habilitado para proponer tal excepción.

Por otra parte, se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia (Billiau “et al”, 2001; CCF, 1973; Chabas, 2010; Lequette, P. “et al”. 2002) que la excepción de inejecución permite al acreedor de una obligación incumplida, no ejecutar la suya mientras el inicialmente incumplido no cumpla, de tal manera que una vez verificado el cumplimiento por éste, se termina el efecto de la excepción para quedar aquel obligado a cumplir. De ahí que la excepción sea meramente dilatoria; esto sin perjuicio de la opción de resolución que tiene la contraparte del incumplido.

Llama la atención la situación que se presenta en el supuesto de obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo: por ejemplo el contratante A debe cumplir en enero mientras que el contratante B debe hacerlo posteriormente en mayo. Si A incumple, se halla en la doctrina Larroument, (1999b) que desde el mismo momento del incumplimiento surge para B el derecho de pedir la resolución; en cambio el derecho a proponer la excepción de contrato no cumplido, le surgiría a B como, como dice Mantilla (2007), no en el momento de la inejecución, sino en el momento establecido para cumplir la suya, es decir, en mayo.

El mutuo disenso tácito en el derecho francés. En lo que tiene que ver con el mutuo disenso, se observa en la doctrina, (1996; Núñez; 1996) que en el derecho francés, el mismo puede verificarse en virtud de un acuerdo tácito de voluntades y apreciarse con fundamento en pruebas de libre apreciación por parte

del juez. El mutuo y simultáneo incumplimiento, por sí solo, es decir, sin otros hechos de convicción, no sería suficiente para concluir el mutuo disenso tácito.

**Resolución por Incumplimiento, Excepción de Contrato no Cumplido, y
Mutuo Disenso Tácito en el Derecho Español.**

El Artículo 1124 del código civil español citado por Delgado, Chapado, González y Muley (2004) establece que:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible. El tribunal decretará la resolución que se reclame, al no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la ley hipotecaria (p. 284).

Se encuentra en la doctrina española (Álvarez, 2009; Carrasco, 2011; Díez-Picazo, 1996; Lasarte, 2009a; J. Gómez, 2008; Núñez, 1996) que tal norma constituye el soporte normativo de la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales; al respecto se manifiesta que los autores en general están de acuerdo en que para concluir la resolución contractual es necesario que se

trate de obligaciones contractuales recíprocas incumplidas gravemente por uno de los contratantes, es decir, que no existan razones de peso en el contratante que no haya incumplido para continuar con la vigencia del contrato; asimismo exponen que quien demande la resolución o el cumplimiento no debe haber incumplido so pena de ser procedente la excepción de contrato no cumplido. En el mismo sentido la jurisprudencia española (Tribunal Supremo Español [TSE] 1994; 2008a; 2010b; 2011; 2012)

En torno de la imputabilidad se registra por los autores y la jurisprudencia de España (Carrasco, 2011; González, 2011; TSE, 2010a) una evolución, dado que en un comienzo era preciso que el incumplimiento fuera imputable a la voluntad del incumplidor para que procediera la resolución del contrato; tal situación ha venido cambiando hasta el punto de aceptarse actualmente, que se puede prescindir de la voluntad en la imputación del incumplimiento resolutorio. Al respecto dice Díez-Picazo, (1996) que:

Coexisten tres líneas del pensamiento del tribunal supremo, que son inarmónicas entre sí: la que mantiene todavía la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde; la que introduce una simple suavización o mitigación del rigor que la máxima supone en el enjuiciamiento de la voluntad de incumplimiento; y la que, finalmente busca la objetivación en el tratamiento del incumplimiento resolutorio con independencia de la indicación de la voluntad del incumplidor, encontrando las condiciones objetivas que justifican la resolución en el mero hecho del

incumplimiento o en la frustración del fin del contrato. De todo ello se puede extraer la conclusión de que, aunque no se puede todavía levantar el acta de defunción de la máxima sobre la voluntad deliberadamente rebelde, se pueda certificar una indudable crisis de tal doctrina (p. 718).

Por otro lado, además de la resolución, el contratante que no ha incumplido, también tiene la opción de pedir el cumplimiento según enseña Álvarez (2009) en el siguiente tenor:

Reiterada doctrina legal proclama que constituye un principio básico en materia de resolución contractual aquel que niega dicha facultad al titular de una obligación recíproca, que hubiere dejado de cumplir lo que a él incumbía; que solo el contratante que satisface la prestación es el que puede pedir el cumplimiento del contrato y también su resolución con independencia de daños y perjuicios (p. 185).

El mutuo disenso tácito en el derecho español. Por otra parte, se observa en la doctrina española (Carrasco, 2011; Diez-Picazo, 1996; J. Gómez, 2008; Lasarte, 2009; Núñez 1996) que para el caso del mutuo y simultáneo incumplimiento, se acepta la teoría del mutuo disenso tácito, aún cuando en el código civil español ni siquiera se hace mención a tal figura. Al respecto, Álvarez citando algunas jurisprudencias españolas recientes señala que:

Algunas resoluciones judiciales ante el incumplimiento de las dos partes contratantes y ante la apreciación de una voluntad resolutoria en

ambas, aplican la doctrina de la resolución por mutuo disenso tácito o apartamiento del contrato, determinante de la resolución del vínculo preexistente (Ss. 8 jun. 1992, 1 feb. 1997, 2 nov. 1999, 6 may. 2002. 5 nov. 2003 y de jul. 2007) (p. 190).

Como puede verse en la cita, y que coincide con la jurisprudencia (TSE, 1992; 2000; 2005; 2008b; 2010c) no es suficiente el mutuo y simultáneo incumplimiento para la configuración del mutuo disenso tácito; pues para ello, se hace necesario, además, de la constatación de la voluntad recíproca de los contratantes con ánimo de deshacer el contrato. Todo lo anterior, porque en el derecho español, de acuerdo con la doctrina (De los Mozos, 2000; Gómez, 2008; Gramunt, 2003; Maluquer, 2003) es tradición que el contrato cumple una función equivalente a la de ser expresión del reconocimiento de la voluntad privada. Este criterio es compartido por la jurisprudencia española TSE, (2009) tal como se ve en el siguiente aparte:

A ese negocio jurídico consensual y extintivo se puede llegar no sólo por medio de declaraciones expresas, sino también mediante declaraciones tácitas o actos concluyentes, esto es, con palabras, signos o actos que no sirven para exteriorizar directamente la voluntad extintiva de quienes los emplean o ejecutan, pero de los que la misma se infiere o deduce inequívocamente (p. 5)

En la misma línea jurisprudencial este pronunciamiento del TSE, (1992) en cuanto al mutuo disenso tácito.

Queda por establecer cuál sería la solución en el supuesto de hallarse los dos contratantes en incumplimiento recíproco y simultáneo pero sin haber existido en ellos comportamientos o hechos de los que se pueda inferir con certeza que fue su voluntad recíproca deshacer el contrato. Sobre este particular es pertinente observar los siguientes aspectos: la improcedencia de la resolución en el mutuo incumplimiento; la mora, y la excepción de contrato no cumplido o de inejecución. En cuanto a lo primero, y en confirmación de la doctrina antes citada, la jurisprudencia española TSE, (1999) motiva que:

No era procedente, de conformidad con la doctrina de que no cabe accionar la resolución contractual por incumplimiento del otro contratante, cuando el que reclama no ha cumplido, salvo que este incumplimiento sea una consecuencia necesaria del otro. (SS. 22 marzo, 9 julio y 20 diciembre 1.993 y 14 enero y 6 febrero 1.999, entre otras) (p. 5).

Y en el mismo sentido el doctrinante Carrasco (2011) al manifestar lo siguiente:

El incumplimiento (resolutorio) mutuo no equivale a disenso contractual acordado, y el juzgador habrá de resolver según lo alegado y probado por cada parte, sin caer en la tentación de compensar los incumplimientos y dar por acabado el contrato sin especiales consecuencias resarcitorias. Pero la tentación de sentenciar en el sentido enunciado es sugestiva cuando ambos quieren terminar el

contrato, pero ninguna de las dos partes consigue probar el incumplimiento del otro o precisamente ambos lo prueban; en éstos casos el juzgador debería desestimar ambas pretensiones, por falta de los requisitos para que prospere la resolución reclamada, dejando a las partes (¡indefinidamente, conforme al principio de preclusión del artículo 400 LE Civ!) atadas a un contrato que ninguno quiere (p. 1108, 1109).

En cuanto al aspecto de la mora, el inciso tercero del artículo 1100 del código civil español citado por Delgado, Chapado, González y Muley (2004) dice:

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro” (p. 279).

Con relación a esta norma dice Carrasco (2011): “...el deudor no se encuentra en mora en tanto la contraparte no cumpla, y ello dentro y fuera del proceso.” (p. 1054). Esta opinión, según refieren algunos doctrinantes (Álvarez, 2009; Carrasco, 2011; Diez-Picazo, 1996; González, 2011; Núñez, 1996) es compartida por la doctrina y jurisprudencia en general.

La excepción de contrato no cumplido en el derecho español. En lo que tiene que ver con éste aspecto, la jurisprudencia del TES, (2012) y los autores en cita, y de manera específica Carrasco, 2011, hacen ver que:

La excepción de contrato no cumplido es una defensa de derecho material que permite al deudor de una obligación sinalagmática negarse al cumplimiento en tanto la otra parte tampoco haya cumplido –u ofrecido el cumplimiento- de su propia prestación (exceptio inadimpleti contractus en sentido estricto) (p. 1054).

Llama la curiosidad el efecto dilatorio o temporal que se predica de la excepción de incumplimiento en cuanto al derecho español; en efecto Díez-Picazo, (1996) enseña:

Si ninguno de los contratantes ha cumplido y ambas obligaciones, simultáneas en orden a su cumplimiento, son ya exigibles, cualquiera de las dos partes puede constituir a la otra en mora, pero en este caso es precisa la interpelación y, además, que el interpelante al mismo tiempo ponga la prestación a su cargo a disposición de la otra parte o, lo que es lo mismo, que se allane a cumplir. (p. 643).

De acuerdo con lo anotado, querría decir, entonces, que si los dos contratantes no han cumplido debidamente sus obligaciones mutuamente exigibles a un mismo tiempo, por ello, ninguno estaría en incumplimiento hasta tanto la otra cumpla o se allane a cumplir, lo cual, sería un contrasentido.

Asimismo, la expresión “cumplir debidamente” que aparece en la parte final del artículo 1100 del código civil español, estaría limitada a la verificación de la prestación en la forma acordada, con prescindencia del tiempo para su realización; es decir, que el no cumplimiento de las obligaciones en el tiempo

establecido para ello, no hace que tal incumplimiento sea indebido. Cabe anotar aquí que en el código civil colombiano, no habría lugar a esta dificultad, en cuanto que el artículo 1609 es contundente al decir que “ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”; es decir que en Colombia cumplir debidamente comprende también el tiempo.

Por otra parte, se hace decir a la expresión “ninguno de los obligados incurre en mora mientras el otro no cumpla o se allane a cumplir”, que no incurrir en mora equivale a no cumplir; significaría entonces, que en el mutuo y simultáneo incumplimiento, no habría lugar a pedir resolución o cumplimiento, por no haber incurrido los contratantes en mora o incumplimiento. Como consecuencia de esto último, se hace decir a la norma que del incumplimiento mutuo y simultáneo nace para cada uno de los incumplidos el derecho a impedir el cumplimiento o resolución que exija el otro, o sea la excepción de inejecución.

Como se puede observar, en cuanto al derecho español, pareciera que la cuestión continuara sin hallar respuestas concluyentes.

Resolución por Incumplimiento, Excepción de Contrato no Cumplido y Mutuo Disenso Tácito en el Derecho Italiano.

Desde el punto vista normativo la regulación de estas figuras de manera general se encuentra en los artículos 1453 a 1460 del código civil italiano de 1942. Se observa entre los autores italianos (Amadio, 2006; Messineo, 1952; Nanni, 2009; Pisciotta; 2000; Scognamiglio, 1983) que para la admisión de la

resolución contractual por incumplimiento es necesaria la verificación de los siguientes requisitos: que se trate de contratos sinalagmáticos; que quien pretenda la resolución no haya incurrido en incumplimiento, es decir, que la parte contraria sea la única incumplida, salvo según Roppo (2001), el caso de los incumplimientos recíprocos y simultáneos; que el incumplimiento revista una gravedad tal que realmente justifique la resolución; que el incumplimiento sea imputable al incumplido, aunque no siempre a título de culpa.

En punto de la gravedad del incumplimiento, la doctrina (Amadio, 2006; Nanni, 2009; Pisciotta; 2000; Roppo, 2001) sugiere que la resolución por incumplimiento contractual debe ser entendida como una medida excepcional frente a la idea de la conservación de los contratos. Por eso, según la jurisprudencia, (Corte Suprema di Cassazione italiana [CSCI] 2005) el incumplimiento idóneo para producir la destrucción del contrato, no debe ser cualquiera, sino solo aquel que por su gravedad justifique la destrucción del contrato en vez de su continuidad. En tal orden de ideas, según la jurisprudencia, (CSCI, 1993; 1994) la gravedad debe valorarse desde los criterios objetivo y subjetivo: mientras el primero impone ponderar la trascendencia del incumplimiento en la función económica del contrato, por el segundo ha de mirarse la frustración o no del interés del contratante afectado.

Desde el punto de vista de la imputabilidad del incumplimiento resolutorio Putti, (2009) advierte que ella puede aceptarse, según el caso, sin necesidad del fundamento subjetivo; como por ejemplo cuando el incumplimiento sobreviene por

circunstancia exclusiva del deudor. Asimismo, reitera que la resolución no puede tener acogida si a su vez el proponente no ha cumplido su propia obligación.

No obstante, frente a los incumplimientos recíprocos y simultáneos pareciera ser posible la resolución como excepción a dicha regla.

En efecto, los autores (Nanni, 2009; Pisciotto, 2000; Roppo, 2001) manifiestan que debe hacerse una valoración comparativa de los respectivos incumplimientos con fundamento en criterios tales como el cronológico o el de causalidad, para así establecer quien incumplió primero, o, cual incumplimiento fue causa del otro. Indican, sin embargo, que es posible contemplar incumplimientos resolutorios recíprocos de igual grado y que por lo mismo, escapen al juicio de los mencionados criterios cronológicos y de causalidad; en tal caso, enseñan, si ambos contratantes piden la resolución no puede haber obstáculo para concederla.

En cuanto al mutuo disenso tácito en el derecho italiano. Sobre esto observa Putti (2009) que la solicitud recíproca de resolución podría ser considerada como una manifestación de voluntad mutua de los contratantes de extinguir el contrato; sería un mutuo disenso. Por ello, continúa, podría comprometerse la prohibición de las decisiones extra petita en cuanto la resolución presupone incumplimiento mientras que el mutuo disenso presupone acuerdo; de manera que si ambos contratantes solicitan resolución y ésta procede, es porque se verificó el incumplimiento que es su fundamento. O sea,

frente a la solicitud recíproca de resolución no podría proceder el mutuo disenso por estar éste fundado en el acuerdo y no el incumplimiento.

Más interesante es la interpretación de Roppo, (2001) quien frente a los incumplimientos recíprocos dice que si una parte pide la resolución y la otra solicita cumplimiento “el juez deberá preferir aquella” (p. 977).

La excepción de contrato no cumplido o de inejecución en el derecho italiano. Como se puede ver, pareciera que es posible admitir el mutuo y simultáneo incumplimiento como fundamento de la resolución del contrato. Empero, tal interpretación no deja de llamar la curiosidad frente a la denominada excepción de inejecución consagrada en el artículo 1460 del código civil italiano cuyo tenor dice: “En los contratos con prestaciones correlativas, cada uno de los contratantes podrá negarse a cumplir su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente su obligación, salvo que por las partes se hayan fijado plazos diferentes para el cumplimiento o derive de la naturaleza del contrato...”

De la lectura de la norma, se ve que en los incumplimientos simultáneos cada uno de los contratantes puede negarse a cumplir; esto para cuando alguno solicite cumplimiento. Pero frente a la solicitud de resolución, no aparece norma que permita alegar el incumplimiento del otro como fundamento para impedir su prosperidad. Por eso podría compartirse que en el mutuo y simultáneo incumplimiento sea procedente la resolución del contrato.

Resulta pertinente analizar lo que se viene diciendo en cuanto al supuesto de obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo. Por ejemplo el contratante A debe cumplir en enero mientras que el contratante B debe hacerlo posteriormente en mayo. Al respecto se podrían dar los siguientes supuestos: A está incumplido pero aún no se ha vencido el tiempo para la ejecución de la obligación de B. Veamos.

Si A demanda cumplimiento B tendría dos opciones frente a la demanda: una, alegar la excepción de inexigibilidad de la obligación de B; y la otra, hacer uso del derecho de resolver el contrato. No podría alegar la excepción de inejecución porque aún no está obligado a ejecutar. Obsérvese este otro supuesto: A está incumplido y B tampoco cumplió su obligación en el tiempo establecido para ello; si A demanda cumplimiento, B frente a la demanda podría invocar cualquiera de las dos opciones arriba descritas y además, podría alegar la excepción de inejecución. Pero además, B podría demandar cumplimiento en cualquiera de los supuestos que se han mencionado.

Ahora, veamos qué ocurriría si A incumplido demanda resolución antes de B incumplir: en tal caso, B no podría interponer la excepción de inejecución porque no se le ha demandado cumplimiento; tampoco podría interponer la excepción de inexigibilidad de su obligación porque A no está demandando cumplimiento.

Pero entonces ¿qué opción tendría B para atajar la solicitud de A? B podría interponer la excepción de ausencia del derecho de A a pedir la resolución, porque tal derecho no ha nacido, por B no haber incumplido. Pero además, B

podría demandar la resolución por ser un derecho suyo que surgió con ocasión del incumplimiento de A.

Pero volviendo al incumplimiento mutuo y simultáneo, ¿cómo justificar que los contratantes no pueden pedir cumplimiento, mientras que en cambio, sí pueden pedir resolución? No pueden pedir cumplimiento por prohibirlo el artículo 1460 del código civil italiano; pueden pedir la resolución por no estar prohibido por la ley. Incluso podría decirse que la ley italiana tiene consagrado expresamente el derecho a la resolución para tal supuesto. A esto serviría de argumento lo dicho atrás en cuanto al derecho canónico desde el punto de vista de la voluntad.

Resolución por Incumplimiento, Excepción de Contrato no Cumplido, y Mutuo Disenso en el Derecho Argentino.

Al respecto, Miquel (2008) enseña que mediante decreto ley 4777 de 1963 ratificado por la ley nacional 16478, que modificó el artículo 216 del código de comercio, y mediante ley 17711 de 1968 que modificó el artículo 1204 del código civil, el régimen civil y mercantil del derecho argentino ha quedado unificado; Al respecto expresa que el tenor literal de tales normas es:

En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir

al incumplidor el cumplimiento de su obligación; en un plazo no inferior a 15 días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida quedaran resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. (...) La parte que haya cumplido, podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución. (p. 43-44).

El mutuo disenso en el derecho argentino excepción de contrato no cumplido. A su vez, el código civil argentino citado por Mosset (1995/2007) establece que: “Artículo 1200. Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos (...)” (p. 395); Y más adelante agrega

El artículo 1201 del código civil consagra la denominada exceptio non adimpleti contractus o excepción de contrato no cumplido o ejecutado o excepción de incumplimiento contractual, en los siguientes términos: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo. (p. 431).

Con base en las anteriores normas, se encuentra en la doctrina (Kees, 2001; Lago, 2008; Miquel, 2008;) que para obtener la resolución de los contratos por incumplimiento, es necesario que se trate de contratos con prestaciones recíprocas; que quien la solicite no esté incurso en incumplimiento; y que esté verificado el incumplimiento del deudor.

De otra parte, llama la atención que en la legislación de este país están expresamente consagradas la ley las instituciones del mutuo disenso y la excepción de contrato no cumplido. Aquella figura, reconocida como aplicación de la autonomía privada, la cual, según Stigitz (2001) es fundamento de los contratos, sin más límites, que las normas imperativas “que por mandato legal asumen condición de regla preferente en la escala de valores sobre el precepto privado” (p. 156).

Resolución por Incumplimiento de los Contratos Bilaterales en el Derecho Peruano.

El artículo 1428 del código civil peruano citado por Soto (2008) establece “que cuando alguna de las falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios” (pp. 480).

En este mismo sentido, Forno (2001) establece que en el derecho peruano existen las dos formas clásicas de resolución de contratos: una, la resolución judicial que se actúa a través de un proceso judicial o arbitral conforma al artículo 1428, y la otra, referida a la resolución por cláusula expresa del artículo 1430;

destaca que de manera novedosa el artículo 1429 establece una tercera modalidad denominada resolución por autoridad del acreedor. En cuanto a la primera modalidad, señala que:

En consecuencia, la resolución se presenta siempre como un remedio opcional alternativo, cuya actuación depende de un acto decisonal del acreedor (...) permitiendo así que este puede disponer en todo momento de una forma de protección que procura reponer las cosas al estado anterior al del sufrimiento de la lesión (379).

Soto (2008) señala que "...mediante la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causa sobreviniente a su celebración, causal, que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor" (pp. 480).

Se procede ahora al examen de las interpretaciones que se han hecho en el derecho colombiano para resolver el problema del incumplimiento contractual mutuo y simultáneo. Se empieza haciendo exposición de cada una de las posturas interpretativas que ha producido la jurisprudencia colombiana, para hacer luego referencia breve a algunas propuestas doctrinarias al respecto. En la medida en que se analicen aquellas y éstas, se va haciendo exposición de los problemas de que podría adolecer cada una de ellas. Se observa que cada postura interpretativa constituye una configuración que resulta de la manera de interpretarse la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido, el retardo y la mora, y el mutuo disenso tácito; es decir, que cada postura depende de la función se le da a cada una de estas nociones. De otro

lado, se previene que como algunas de las posturas jurisprudenciales ya fueron analizadas en el capítulo primero de éste trabajo, aquí se toma su referencia solo para hacer mención de lo más esencial y del problema encontrado en cada una de ellas; en lo demás se hace remisión a lo allí explicado.

Tesis del mutuo y Simultáneo Incumplimiento como Problema sin Salida en la Jurisprudencia Colombiana.

Esta postura que data del 7 de diciembre de 1897, es al parecer la primera interpretación que apareció en el país sobre resolución y mutuo y simultáneo incumplimiento. Como se enseña en la doctrina y la jurisprudencia (Canosa, 1.985/2005; CSJ, 1982; Mantilla, 2009; Oviedo, 2010; Salcedo, 2006), con tal interpretación se sentenció que, con fundamento en los artículos 1546 y 1609 del código civil, en el caso del mutuo y simultaneo incumplimiento, ninguno de los contratantes podía demandar la resolución del contrato, ni su cumplimiento, porque frente a cualquier petición de estas, el otro contratante encontraba procedente a su favor la excepción de contrato no cumplido. Esto, porque de acuerdo con el artículo 1609, según la interpretación en comento, los contratantes no están en mora si han incumplido mutua y simultáneamente.

Conviene destacar que si cualquiera de los contratantes incumplía primero que el otro aquel ya no podía aquel proponer la excepción de contrato no cumplido, estando legitimado el último para demandar a su discreción la resolución o el cumplimiento del contrato; en otras palabras, solo el contratante

que no hubiera incurrido en incumplimiento podía demandar la resolución o el cumplimiento.

Problemática de la tesis. Como se observa, el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento se quedaba sin solución, radicando en ello el problema de la interpretación jurisprudencial inicial.

Desde entonces, en lo que tiene que ver con la procedencia de la resolución por incumplimiento, tal interpretación se ha mantenido vigente en la jurisprudencia (CSJ, 1979, 1985, 1993, 1994, 2003, 2007; 2010a), salvo dos posturas que más adelante se explican (CSJ, 1978; 1982), mediante las cuales, se permitió la resolución aún en el caso del mutuo y simultáneo incumplimiento.

El Mutuo Disenso Tácito como Solución al Problema del Mutuo y Simultáneo Incumplimiento en la Jurisprudencia Colombiana.

No obstante las circunstancias anotadas, solo hasta 1974 la jurisprudencia vino a pronunciarse con una interpretación que constituía un avance, y sobre todo, una superación de las dificultades de la primera interpretación en cuanto al mutuo y simultáneo incumplimiento: fue la tesis inicial que existió en el país sobre de mutuo disenso tácito, la cual se explicaba por la jurisprudencia CSJ (1974) diciendo que así como el contrato es creado por un acuerdo de voluntades, de la misma manera, se puede extinguir por otro acuerdo denominado mutuo disenso.

Para ello se halló fundamento normativo en los artículos 1602 y 1625 del código civil. Así, se dijo entonces, que el mutuo disenso puede ser expreso, o puede ser tácito, explicando el primero como la manifestación clara y expresa de

las voluntades de los contratantes de acabar el contrato; y el segundo, como el acuerdo de voluntades extintivo que se infiere del comportamiento de los contratantes.

La novedad de tal interpretación consistió en establecer que los comportamientos mutuos y simultáneos de incumplimiento de un contrato permitirían concluir que los contratantes lo quisieron extinguir; esto es, que el mutuo y simultáneo incumplimiento sería igual a mutuo disenso tácito. De esta manera al extinguirse el contrato, las cosas volvían al estado anterior.

Obviamente la excepción de contrato no cumplido no resultaba procedente frente a la petición de mutuo disenso tácito puesto que ella solo estaba concebida para enervar la resolución o el cumplimiento que propusiese el contratante incumplido. O sea la petición de mutuo disenso tácito, era diferente a las peticiones de resolución o de cumplimiento, por tener un fundamento propio diferente al de éstas.

Se mantuvo la doctrina según la cual, la petición de resolución o de cumplimiento del contrato sólo podía ser propuesta por el contratante que no hubiera incumplido, o que hubiera estado dispuesto a cumplir cuando sus obligaciones no fueran exigibles; esto último, en el caso de obligaciones recíprocas de exigibilidad no simultánea.

Se señaló, que no procedía el cobro de perjuicios por el incumplimiento en atención a que conforme al artículo 1609 del código civil, ninguno de los contratantes estaba en mora.

Problemática de la tesis. No obstante, lo innovador de la interpretación, se detectó en ella la siguiente problemática: ¿es adecuado sostener que de manera necesaria el mutuo y simultáneo incumplimiento es suficiente para inferir que los contratantes quisieron extinguir un contrato entre ellos? Frente a ello la jurisprudencia posterior (CSJ, 1979; 1985) contestó que no; puesto que sería posible un incumplimiento mutuo de los contratantes sin que ellos realmente quisiesen acabar su contrato. Es decir, el mutuo y simultáneo incumplimiento no resultaba suficiente para concluir con certeza que las partes tuvieron voluntad recíproca de extinguir el contrato.

Los mencionados inconvenientes de la tesis inicial del mutuo disenso tácito hizo que la jurisprudencia (CSJ, 1979) a manera de rectificación adoptara una nueva concepción del mutuo disenso tácito, la cual se procede a explicar.

La Otra Tesis Jurisprudencial de Mutuo Disenso Tácito ante las Deficiencias de la Primera Tesis.

Mediante esta nueva interpretación, (CC, 2008; CDE, 2004; CSJ, 1979; 1985; 2007, 2009, 2010a) se determinó que para estructurar el mutuo disenso tácito, es necesario que, además del mutuo y simultáneo incumplimiento, se den otras circunstancias predicables de ambos contratantes de las que se pueda inferir sin ninguna duda que fue su recíproca voluntad deshacer un contrato entre ellos.

Igualmente, frente a la solicitud de mutuo disenso tácito, la excepción de contrato no cumplido tampoco resultaba procedente. Además, como el mutuo

disenso tácito implica que ninguno de los contratantes esté en mora conforme al artículo 1.609 del código civil, por ello no resulta procedente la solicitud recíproca de perjuicios.

Problemática de la tesis. Sin embargo, como ya se ha sugerido, la interpretación tendría inconvenientes. Veamos. Se enseña que la expresión “ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos” del artículo 1609 sería equivalente a estar facultado para proponer la excepción de contrato no cumplido. En otras palabras, no estar en mora sería igual a la facultad de no cumplir, o a la facultad de no resolver. Imaginemos a los contratantes A y B. Significaría que si el contratante A opta por no cumplir, el contratante B tendría que someterse a la elección de A. Pero como B también estaría facultado para no cumplir o no resolver, si éste optara por la resolución, A tendría que someterse a la elección de B.

En últimas, según la interpretación jurisprudencial en estudio, la facultad de no cumplir o de no resolver que tendría cada contratante quedaría neutralizada por la facultad de no cumplir o de no resolver que también tendría el otro contratante. Ello equivaldría en el fondo a que ninguno de los contratantes estaría facultado para pedir resolución o para pedir cumplimiento.

Pero, ¿a qué equivaldría la circunstancia de no poderse obtener la resolución del contrato por ninguna de las partes? Equivaldría a que el contrato continuaría existiendo. Y por la otra parte, ¿a qué equivaldría la circunstancia de

no poderse obtener el cumplimiento del contrato por ninguno de los contratantes? Equivaldría a que el contrato carecería de obligaciones para cumplir, es decir, que quedaría vacío, como si no existiese. Sería como decir, que el contrato queda existiendo y que no queda existiendo. A eso equivaldría la expresión “ninguno de los contratantes esta en mora” del artículo 1609, según la interpretación de la postura jurisprudencial en análisis. Este podría ser uno de los inconvenientes de tal impetración.

Por otra parte, en cuanto al mutuo disenso tácito, se observa que la excepción de contrato no cumplido tendría una función diferente a la de impedir la resolución o el cumplimiento; ahora estaría destinada a evitar la pretensión de perjuicios que se acumule a la de mutuo disenso tácito. Esto porque de conformidad con el artículo 1609, los contratantes no podrían estar en mora por haber incumplido mutua y simultáneamente. Sin embargo, es de observar que el fundamento de la excepción es el incumplimiento del contratante contra quien se opone; como se ve, se sigue considerando al contrato como incumplido y no como terminado por acuerdo de voluntades. Este sería otro de los inconvenientes de la interpretación. Y esto, porque si un contrato terminó por acuerdo de voluntades no se sería lógico decir que el contrato fue incumplido.

Quizás ello sea consecuencia del equívoco de interpretar que el mutuo y simultáneo incumplimiento es presupuesto para la existencia del mutuo disenso tácito. Se podría afirmar que si bien en el mutuo disenso tácito ninguno de los contratantes está en mora, esta circunstancia no ocurre por haber los

contratantes, incumplido mutua y simultáneamente. No se está en mora porque el contrato se extinguió por acuerdo de las partes.

Ahora, ¿qué ocurriría si con ocasión del contrato extinguido alguno de los contratantes causó perjuicios al otro? Que de acuerdo con la jurisprudencia tales perjuicios no se podrían cobrar por las razones ya explicadas, entre otras, por no estar en mora. Sin embargo, ello quizás sea equivocado. Además, no sería justo. Aquellos perjuicios sí se podrían cobrar, pero no con fundamento directo en el contrato que se extinguió, sino con fundamento en el acuerdo de mutuo disenso; porque si tales perjuicios se causaron y aun después del mutuo disenso permanecen sin ser indemnizados, querría decir, que no se habrían cumplido a cabalidad las obligaciones originadas en el acuerdo de mutuo disenso, entre las que estarían las de hacer volver las cosas al estado anterior.

Otro inconveniente estaría en que deja sin resolver el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento que no alcanza a ser mutuo disenso tácito; esto, por dos razones: la primera por no concurrir las circunstancias adicionales reveladoras de la voluntad recíproca de los contratantes de prescindir del contrato, tal como lo exige la jurisprudencia; y la segunda, porque al haber incurrido los contratantes en mutuo y simultáneo incumplimiento, ninguno podría demandar ni resolución, ni cumplimiento, por resultar procedente a favor de cualquiera ellos, según la misma jurisprudencia (CSJ, 1985; 1993, 2003, 2007, 2010a, 2011), la excepción de contrato no cumplido. Es decir, se vuelve a incurrir en la problemática de la primera interpretación jurisprudencial de 1897.

Por otra parte, se desconoce el principio de la consensualidad de los contratos, al exigir la formalidad específica del incumplimiento mutuo y simultáneo como presupuesto sin el cual el mutuo disenso tácito no puede existir. Asimismo, al considerar al mutuo disenso tácito como acto extintivo, deja sin explicar cual sería la fuente o causa de éste. Algunos de éstos inconvenientes serían también predicables de la otra tesis de mutuo disenso explicada en líneas atrás.

Para mayor entendimiento de las dificultades de las dos posturas sobre mutuo disenso tácito mírese en el capítulo primero lo explicado al respecto en más detalle.

Tesis de la Resolución del Contrato Frente al Mutuo y Simultáneo

Incumplimiento.

En esta interpretación, la jurisprudencia (CSJ, 1978) estableció que en el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento es posible la procedencia de la resolución del contrato no siendo posible pedir cumplimiento. Para ello, en cuanto a la excepción de contrato no cumplido se dijo lo siguiente:

Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir, que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, “dando y dando”. (...) Ni el demandante ni el demandado ofrecieron el pago, ni estuvieron listos a hacerlo: No concurrieron a pagarse mutuamente, dando y dando, por motivos distintos del incumplimiento del otro, no constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito. El demandado no puede entonces proponer legítimamente la

excepción de contrato no cumplido, como quiera que su incumplimiento no encuentre justificación. (pp. 298-299)

Obsérvese que habiendo mutuo y simultáneo incumplimiento, el fundamento de la excepción de contrato no cumplido, ya no es consecuencia del incumplimiento del otro; como se ve, ese fundamento se desprende de la circunstancia de no haber sido el incumplimiento del excepcionante causado por fuerza mayor o caso fortuito. En otras palabras, que la excepción de contrato no cumplido se hace procedente por la presencia de una fuerza mayo o de un caso fortuito que haya impedido el cumplimiento.

Pero frente a lo que se acaba de decir, de manera contradictoria o diversa aparece lo siguiente:

Concluyese que el tribunal, estuviera o no estuviera probado el incumplimiento que ahora alega Corpacero, no podía dar aplicación al artículo 1609, como lo pretende la parte recurrente puesto que no aparece en el proceso que el incumplimiento de la misma obligación por la parte demandada se debiera a aquel otro supuesto incumplimiento. (pp. 299-300).

La anterior cita se refería igualmente a la hipótesis de mutuo y simultáneo incumplimiento. Lo interesante, es la diferencia de fundamento que se otorga a la excepción de contrato no cumplido. Ya no es la fuerza mayor, sino el hecho de haber sido el incumplimiento del excepcionante generado por el incumplimiento del otro contratante.

En lo que tiene que ver con la indemnización perjuicios menciona que “cada contratante está obligado a indemnizar al otro, si culpablemente no ha pagado, no obstante que él también tenga derecho a ser indemnizado por el otro y sin perjuicio de que haya compensación total o parcial de las recíprocas indemnizaciones” (p. 298). Enseguida se menciona que para tener derecho a la indemnización de todas maneras los contratantes deben estar en mora. Sin embargo, en cuanto a ésta y al incumplimiento mutuo establece:

“El texto del artículo 1609 no puede apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de resolver el contrato (...) Solo que la demanda de resarcimiento de perjuicios, y por tanto la de resolución o la de cumplimiento, que contienen pretensiones a las cuales se puede acumular siempre la de responsabilidad, únicamente tiene eficacia si el deudor fue constituido en mora. (p. 298)

Problemática de la tesis. Como se puede ver, no resulta comprensible cual sería el entendimiento que habría de darse al artículo 1609; es decir, no es claro si a la expresión “ninguna de las partes está en mora” habría que darle el sentido de excepción de inejecución para impedir la resolución o el cumplimiento, o si habría que darle el sentido de no posibilidad de cobro de perjuicios solamente.

Por otra parte, siendo posible en el mutuo y simultáneo incumplimiento la resolución pero no el cumplimiento, no se establece qué excepción procedería en tal supuesto en el caso de ser demandado el cumplimiento.

Llama la atención la solución que se da ante el incumplimiento de obligaciones cuya exigibilidad no es simultánea: si un contratante incumplió primero que el otro y luego éste cumple siguiendo incumplido aquel, solo procedería cumplimiento; sin embargo, la jurisprudencia no explica qué excepción podría proponer en tal caso el incumplido que fuese demandado en resolución. ¿Acaso tal incumplido podría proponer una defensa que se llamase excepción de cumplimiento del cumplido?

Por último, la postura jurisprudencial señala que ante el mutuo y simultáneo incumplimiento, además de proceder la resolución, también es procedente el mutuo disenso tácito. Esto supone, entonces, que no habría diferencia entre resolución y mutuo disenso tácito, dado que tendrían los mismos supuestos. Respecto de esto último, es de advertir que para el tiempo en que se profirió la sentencia que se comenta (CSJ, 1978) aún estaba vigente la primera modalidad de mutuo disenso tácito cuyo problema se explicó arriba. Como dice Ordóñez, (1991) las confusiones de la interpretación jurisprudencial son evidentes.

Tesis de la Alternativa Discrecional de Resolución o de Cumplimiento ante la Mutua y Simultánea Inejecución.

En esta interpretación (CSJ, 1982) se enseña que frente al mutuo y simultáneo incumplimiento, cualquiera de los contratantes puede demandar, según su discreción, la resolución o el cumplimiento; pero también que pueden pedir el mutuo disenso tácito. Empero no es procedente la solicitud de perjuicios.

En la interpretación se hace distinción entre las nociones de retardo y retardo en aplicación de los artículos 1.546, 1.594, 1.609, 1615, 1.731 del código civil; para esto, se enseña que el retardo consiste en el supuesto de no cumplirse las obligaciones en el tiempo para ello.

Que en cambio la mora se constituye en la circunstancia que permite el cobro de perjuicios, cláusula penal, y la inversión de la carga del riesgo del cuerpo cierto que se debe. Y que de conformidad con el artículo 1.609 de código civil, la circunstancia del mutuo y simultáneo incumplimiento solo es determinante de que ninguno de los contratantes esté mora, no queriendo decir, ello que no estén en retardo.

Que en consecuencia, ante el mutuo y simultáneo incumplimiento sería procedente la resolución o el cumplimiento por estar en retardo, pero no procedería la solicitud de perjuicios y demás efectos de la mora por no existir ésta. Que en tal sentido, la excepción de contrato no cumplido solo tendría la función de impedir que se hagan efectivos los efectos de la mora, pero no podría impedir la resolución o el cumplimiento.

Problemática de la tesis. Se podrían señalar las siguientes dificultades: una de ellas, como dice Mantilla (2009), consistiría en que se deja sin resolver el problema a que habría lugar en el supuesto de presentarse uno de los contratantes pidiendo resolución mientras que el otro pide cumplimiento; como se puede ver, la situación quedaría sin salida frente al principio de igualdad del artículo 13 constitucional.

Otro inconveniente que se observa, hace referencia al aspecto de interpretarse que son lo mismo la resolución por mutuo y simultáneo incumplimiento, y el mutuo disenso tácito. Quizás se haya arribado a tal conclusión por haberse entendido que el mutuo y simultáneo incumplimiento es requisito imprescindible de existencia del mutuo disenso tácito, lo cual, como se vio en el capítulo primero, es equivocado. El problema se agrava al resultar procedente también la solicitud mutua de cumplimiento.

Sin embargo, podría destacarse como positivo que se hubiera empezado a decir que la circunstancia de no estar en mora de que habla el artículo 1609 no podría tenerse como equivalente a la excepción de contrato no cumplido para impedir o la resolución, o el cumplimiento. Empero no se comparte que en el mutuo y simultáneo incumplimiento no se pueda en ningún caso cobrar perjuicios, cláusula penal u obtener la inversión de la carga del riesgo, como se explica más adelante.

Tesis del Cumplimiento como Única Salida en el Mutuo y Simultáneo

Incumplimiento que no es Mutuo Disenso Tácito.

De acuerdo con esta interpretación (2010b), el único que tiene legitimación para solicitar la resolución contractual por incumplimiento es el contratante que no haya incumplido; que en tal sentido, conforme a los artículos 1546 y 1609 del código civil, la excepción de contrato no cumplido resulta procedente contra el contratante incumplido que demande la resolución, aún en el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento; que frente a la solicitud de cumplimiento por

cualquiera de los contratantes mutua y simultáneamente incumplidos, no es procedente la excepción de contrato no cumplido siempre que quien demande la ejecución cumpla o se allane a cumplir; que en la solicitud de cumplimiento que formule cualquiera de los incumplidos no es procedente cobrar perjuicios al otro en cuanto el demandante también incumplió.

Problemática de la tesis. No obstante lo reciente de la interpretación, pareciera que no es posible estar de acuerdo con ella, por las siguientes razones: porque hace decir a los 1546 y 1609 del código civil que en ellos está consagrada la excepción de contrato no cumplido para oponerla al incumplido que demanda la resolución, cuando en realidad dichos artículos por ninguna parte se refieren a tal excepción; porque le otorga a la excepción de contrato no cumplido la connotación de sanción por el incumplimiento; porque no establece qué excepción podría proponer el incumplido que procede a demandar cumplimiento sin haberse allanado a cumplir; aunque quizás la excepción a proponer sería la de inejecución con carácter dilatorio; porque no dice cual sería la razón por la que no se puede pedir perjuicios con la solicitud de ejecución; porque no establece qué excepción se podría proponer cuando el que incurrió en mutuo y simultáneo incumplimiento solicita perjuicios con la ejecución.

Por último, en cuanto al artículo 1546 del código civil deja sin resolver el problema que se presentaría cuando el que incumplió primero causó un perjuicio con su incumplimiento mucho menor frente al valor de su acreencia. La sanción por haber incumplido podría resultar exagerada.

Sin embargo, se podría aceptar que cualquiera de los mutua y simultáneamente incumplidos tenga como única opción la solicitud de cumplimiento, si no existiera el artículo 1546 del código civil.

La Resolución Contractual por Incumplimiento y Excepción de Contrato no Cumplido en la Doctrina Colombiana.

El entendimiento que tiene la doctrina Colombia en torno de la interpretación de estas nociones no es del todo uniforme. Así, desde el punto de vista de la resolución por incumplimiento consagrada en el artículo 1546 del código civil colombiano, se encuentra una postura (Canosa, 1985/2005; Díaz, 1999; Gómez, 1987; Fierro, 2007; Hinestrosa, 2003; Peña, 2010; E. Ospina y G. Ospina, 2009; Ortiz y Valencia, 2004; Romero, 2009; Tamayo, 2009; Ternera, 2009) que identificándose con la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia, expone que la misma solo puede proceder en favor del contratante que no haya incumplido contra el que no cumplió. Adicionalmente, está de acuerdo con la idea de ser necesaria la sentencia judicial para que exista la resolución; esto es, que no operaría de pleno derecho. Pero además, según la misma doctrina, también es procedente la solicitud de cumplimiento en vez de la resolución; esto a discreción del que no haya incurrido en incumplimiento, contra el incumplido.

En tal sentido, frente a la solicitud de resolución o de cumplimiento, la excepción de contrato no cumplido resultaría procedente contra el primero que incumplió, o que incumplió simultáneamente; es decir, no procedería la excepción contra un contratante incumplido cuando el otro incumplió primero. Y tampoco

habría lugar a la resolución o al cumplimiento en el caso del mutuo y simultáneo incumplimiento.

Tesis doctrinaria de la resolución o el cumplimiento como opciones frente al mutuo y simultáneo incumplimiento. Mediante ésta interpretación (Fierro, 2007; Oviedo, 2010; Romero, 2009; Salcedo, 2006) se establece que en el caso del mutuo y simultáneo incumplimiento es posible pedir la resolución o cumplimiento por cualquiera de los contratantes incumplidos, no siendo posible, sin embargo, el cobro de perjuicios entre las partes por no estar en mora. En este sentido, la excepción de contrato no cumplido, sería procedente solo para evitar el cobro de perjuicios y demás efectos de la mora, pero no para atajar la resolución o el cumplimiento. Por otra parte, se señala que el mutuo y simultáneo incumplimiento no puede ser considerado como suficiente para concluir el mutuo disenso tácito; que por tanto sería necesario verificar en las partes otros aspectos que revelen con certeza que fue su voluntad recíproca extinguir el contrato.

Sin embargo, Oviedo (2010) hace ver que la sentencia judicial no es necesaria para la existencia del mutuo disenso tácito.

Como se observa, la interpretación deja sin saber a quién dar la razón en el supuesto de aspirar un contratante al cumplimiento mientras el otro pide la resolución.

Tesis doctrinaria sobre resolución e Improcedencia de la excepción de contrato no cumplido. En dos estudios que se complementan (Mantilla y Ternara, 2009; Mantilla, 2009) se encuentra que se está de acuerdo con la

opinión general de la jurisprudencia colombiana en cuanto a que el cumplimiento o la resolución por incumplimiento contractual, según el artículo 1.546 del código civil, solo pueden proceder en favor del contratante no incurso en incumplimiento. En coherencia con ello, la excepción de contrato no cumplido o “excepción de inejecución” del artículo 1609 únicamente puede ser ejercida por el contratante que no haya incumplido; procedería entonces, contra el contratante que incumplió primero, o contra el contratante que incumplió sus obligaciones exigibles al tiempo con las del otro. En resumen, la resolución, el cumplimiento y la excepción de inejecución, según la adopción en cita, no serían procedentes en el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento. Se menciona que la excepción de inejecución solo tiene carácter dilatorio; que en tal sentido, en el supuesto de ser uno de los contratantes el único incumplido, el otro contratante por virtud de la excepción podría suspender el contrato desde el incumplimiento hasta cuando el incumplido cumpla o se allane a cumplir; pero que una vez verificado el pago o el allanamiento, cesa la suspensión del contrato, teniendo el otro contratante que cumplir sus obligaciones pendientes de ejecución. Por último, señala la interpretación, que el mutuo y simultáneo incumplimiento, carece de regulación normativa en el derecho colombiano; que por tanto, por vía analógica, se podría resolver el problema creando una nueva forma de resolución del contrato, y que ésta podría ser propuesta por cualquiera de los contratantes sin que el otro se pueda oponer; que no obstante haberse suspendido el contrato, ambos contratantes estarían en mora, esto es, que habría lugar a cobrar perjuicios,

cláusula penal, e inversión de la carga del riesgo respecto del cuerpo cierto debido; pero que en relación con los efectos de la mora, sería posible la compensación de perjuicios recíprocos en aplicación de los artículos 1714 y 1715 del código civil.

Problemática de la interpretación. Veamos un ejemplo. A y B celebran un contrato. El contratante A debe cumplir su obligación el día 1, y B debe cumplir después el día 15. A no cumple y demanda antes del día 15 que B le cumpla; en tal supuesto, según la interpretación, B no podría proponer la excepción de inejecución sino hasta el día 15 que es cuando se hace exigible su obligación. Empero, no se encuentra en la teoría explicación alguna sobre cuál sería la excepción que podría proponer B antes del día 15 para defenderse, ni cuál sería el fundamento de tal excepción. No obstante, bien pudiera decirse que la excepción a proponer sería la de plazo pendiente para la exigibilidad de la obligación de B; pero entonces, inmediatamente se observa que en esta excepción sería indiferente el incumplimiento de A; es decir, que hasta antes del día 15 daría lo mismo que A hubiera incumplido o no.

Ahora ¿qué excepción podría plantear B si no quiere resolver, en caso de ser demandado en resolución antes del día 15? Según la postura, no podría ser la excepción de inejecución. Obsérvese que se trata de atacar una pretensión lo cual tiene que hacerse con una excepción; quizás pudiera pensarse en que le bastaría a A demandar cumplimiento, pero entonces, ello se haría como pretensión, no como excepción. No procedería la excepción de pleito pendiente

en cuanto la resolución se demandó primero. Entonces, ¿que hacer? La respuesta sería obvia: alegar como excepción que el contratante que incumplió primero no puede alegar resolución; llama la atención que ahora sí el fundamento de la excepción es el incumplimiento de A. Pero, ¿acaso ello no sería excepción de incumplimiento? obsérvese que ya no es indiferente el incumplimiento de A antes del día 15.

En cuanto al carácter dilatorio de la excepción. Pareciera que no es posible sostener que el cumplimiento tardío de un contratante que incumplió primero, sea la razón para hacer cesar la suspensión del contrato a que hubo lugar con ocasión de la excepción de inejecución; porque ello sería, como dice la jurisprudencia C. S. J, (2009), atentar contra la facultad de resolver el contrato que tendría el contratante que no incumplió primero. Tal vez lo que se podría decir es que si éste contratante no hace ningún reparo ante el cumplimiento tardío del que incumplió primero, ello sería hecho indicador de la voluntad de aquel de persistir en el contrato; pero entonces, ya no sería el cumplimiento en sí del que incumplió primero lo que haría cesar la suspensión del contrato, sino la voluntad del otro contratante.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la mora recíproca a que habría lugar con la resolución por incumplimiento mutuo y simultaneo construida por vía analógica. Quizás no se pueda compartir que los contratantes hayan incurrido en mora solo por haber incumplido, dado que el artículo 1609 de manera expresa menciona que ninguno de los contratantes esta en mora mientras o el otro no

cumpla o se allane a cumplir. Asimismo, no se compartir que sea menester acudir a la analogía para resolver el problema; ello por las razones que más adelante se expone.

Por último, no se podría estar de acuerdo en que un contratante no pueda demandar nada cuando por su incumplimiento, por ejemplo, realmente causó perjuicios por 100, siendo su deuda de 150 y su acreencia de 500. Ello sería injusto, y no se compadecería con los principios de responsabilidad que ordenan indemnizar por los perjuicios realmente causados. Como se ve el incumplimiento sería sancionado con un valor realmente superior al perjuicio ocasionado.

En un trabajo de grado Hernández y Jaramillo, (1994) proponen que el problema de la indefinición a que habría lugar con el mutuo y simultaneo incumplimiento por no proceder la resolución o el cumplimiento, se podría resolver aplicando el mandato constitucional mediante el cual no pueden existir penas y medidas de seguridad imprescriptibles conforme al artículo 28 constitucional; que entonces, al no ser constitucional el mantenimiento de la indefinición, debería permitirse a los mutua y simultáneamente incumplidos demandar a su discreción la resolución o el cumplimiento. Sin embargo, inmediatamente se observa que la interpretación deja sin saber a quién dar la razón en el supuesto de aspirar un contratante al cumplimiento mientras el otro reclama la resolución. Llama la atención la circunstancia de considerarse al incumplimiento como una falta sancionable.

La resolución, y la excepción de contrato no cumplido como exclusiva en el mutuo y simultaneo incumplimiento. Valencia y Ortiz (2004) están de acuerdo en que la resolución contractual por incumplimiento del artículo 1546 del código solo puede demandarse por el contratante que no haya incumplido primero; que por tanto no sería aplicable a los casos de incumplimiento mutuo y simultaneo; en el mismo sentido señalan que la resolución es una sanción que se impone al incumplido, y al mismo tiempo un derecho para el otro contratante; que el contratante que no incumplió primero tiene a su discreción la facultad de demandar la resolución el cumplimiento pero que tales peticiones, desde el punto de vista procesal, no se puede acumular ni siquiera en forma subsidiaria; así mismo, enseñan que la excepción de contrato no cumplido tendría fundamento en el artículo 1609 y que no podría proponerse en el caso de que el incumplimiento no sea mutuo y simultáneo, esto es, que solo procede en éste último; dicen también que la excepción de contrato no cumplido consiste en que cada una de las partes puede aplazar el cumplimiento hasta que la otra ejecute; vale decir, puede abstenerse de cumplir, mientras el otra no cumpla.

Problemática de la interpretación. Veamos. No refiere qué excepción podría proponerse frente a las solicitudes de resolución o de cumplimiento incoadas por el que primero incumplió. Hace ver que la expresión “ninguna de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane cumplirlo en la forma y tiempo debidos” sería equivalente a la facultad de mantenerse en incumplimiento mientras el otro no

cumpla. Sugiere que la expresión “cumplir en el tiempo debido, no equivale a cumplir en el momento en que la obligación se hace exigible, es decir, al vencerse el plazo, o al cumplirse la condición o la nacer la obligación pura y simple, sino que el tiempo debido para cumplir sería cuando alguno de los contratantes cumpla o se allane a cumplir; es decir que al hablar de aplazamiento por cada uno de los incumplidos, sería como si ninguno hubiera incumplido. En otras palabras, pareciera darse a entender que la actitud recíproca de incumplimiento, sería una circunstancia de la que se debe inferir que los contratantes quisieron aplazar el cumplimiento hasta la ocurrencia de un hecho condicional consistente en el cumplimiento del otro.

Por último, en cuanto al artículo 1546 del código civil deja sin resolver el problema que se presentaría cuando el que incumplió primero causó un perjuicio con su incumplimiento mucho menor frente al valor de su acreencia.

Otros (Canosa, 1985/2005; Ospina y Ospina, 2009; Tamayo, 2008) muestran que la excepción de contrato no cumplido sería procedente en el mutuo y simultaneo incumplimiento, y también cuando las obligaciones recíprocas no sean de ejecución instantánea, salvo cuando quien la propone haya incumplido primeramente el contrato.

Del Retardo y la Mora en la Doctrina y Jurisprudencia Colombiana.

Se encuentra que estas dos nociones han sido referentes importantes en la evolución jurisprudencial del país sobre el mutuo y simultáneo incumplimiento. Su alusión es trascendental para los efectos del presente trabajo. Sin embargo,

conviene prevenir que el tema de la mora es objeto de mucha discusión en varios aspectos; por ejemplo en la jurisprudencia, (CSJ, 1982, 1994,1995) se encuentra una postura que distingue en retardo y mora para decir que solo se puede cobrar perjuicios si el deudor está en mora, pero que si no se verifica ésta, solo se puede cobrar la obligación incumplida, por estar en retardo; mientras que otro criterio jurisprudencial CSJ, (1985) pareciera sugerir que para exigir la obligación incumplida también se necesita estar en mora.

En efecto, se observa que para concebir la mencionada distinción, la doctrina y la jurisprudencia (Betancourt, 1996; CSJ, 1982; 1995; Peña, 2010a; Salcedo, 2006) encuentran fundamento en los artículos 1530, 1.551, 1.553, 1.594, 1.608, 1.615, 1616, 1.731, entre otras disposiciones del código civil.

Se muestra que conforme a los artículos 1530 y 1551 del código civil las obligaciones pueden nacer sujetas a plazo o a condición siempre que así se pacte; que en cuanto al plazo, entendido según Ospina (1994) como “un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho” (p. 216), no se puede exigir la obligación antes de expirar aquel, según el artículo 1553; y respecto de la condición, conforme al artículo 1536, que no puede haber exigibilidad mientras no ocurra el hecho condicional.

Enseñan que existe retardo cuando habiéndose vencido el plazo, o verificado el hecho condicional, el deudor continúa sin cumplir. Se dice también que las obligaciones pueden nacer exigibles cuando así lo acuerdan las partes, o cuando no se estableció plazo o condición para su cumplimiento; y que

igualmente habría retardo, si no se cumplen inmediatamente. En últimas, una obligación sería exigible por haber incurrido el deudor en retardo.

Que en cambio, la mora es diferente según lo indican las normas del código civil que se refieren a ella. En este sentido, se encuentra en la doctrina (Aristizábal (2010; Fierro, 2007; Mantilla, 2009; Ospina, 1994; Oviedo, 2010; Salcedo, 2006) que de acuerdo con el artículo 1615 se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor está constituido en mora; que conforme al artículo 1594 “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...”; y que según el artículo 1731 por estar el deudor constituido en mora se invierte la carga del riesgo del cuerpo cierto debido que perece durante ella.

Es decir, que mientras el retardo habilita para ejecutar la obligación principal, la constitución en mora habilita para cobrar perjuicios, clausula penal o para permitir la inversión de la carga del riesgo del cuerpo cierto debido. De ahí la afirmación según la cual, si solo ha habido retardo pero no constitución en mora, no es posible exigirle perjuicios al deudor si no solo la obligación principal. Esta misma interpretación se encuentra en cuanto al derecho chileno por su similitud con el colombiano, tal como se observa en Fueyo, (2004)

Pero ¿qué debe ocurrir para que el deudor esté constituido en mora? Tal como dice la doctrina en cita y la jurisprudencia (CC, 2002; CDE, 2010; CSJ, 1982; 1994, 1995), la respuesta está en los tres numerales del artículo 1608 del código civil. Veamos: en cuanto al primer numeral, se enseña que si se deja

vencer el plazo sin que el deudor cumpla su obligación, por esa sola circunstancia, ese deudor queda constituido en mora. Sin embargo, a manera de excepción, se observa que, conforme al artículo 1594, para el cobro de la cláusula penal, no basta que el deudor no cumpla al vencerse el plazo, para que éste quede constituido en mora, siendo necesario requerimiento expreso al efecto.

El numeral segundo, se refiere al supuesto en que el deudor debiendo cumplir su obligación dentro de cierto tiempo, lo deja pasar sin cumplir, de manera que después, se pueda pensar que la prestación incumplida ya no interesa al creador; por esta circunstancia, sin más, se produce la constitución en mora. Sería el caso de un cantante que se obliga a dar serenata el día de los quince años de una joven, y sin embargo deja pasar la fecha sin cumplir.

Fuera de regulado en los numerales 1 y 2, el numeral 3 del citado artículo establece que en todos los demás casos el acreedor debe reconvenir judicialmente al deudor que ha incurrido en incumplimiento para constituirlo en mora. En este supuesto, según la doctrina y jurisprudencia en cita, quedarían las obligaciones que nacieron exigibles y las condicionales.

En últimas, pareciera que estar constituido en mora el deudor, equivale a que se le puede cobrar perjuicios, cláusula penal, además de la inversión de la carga del riesgo en las obligaciones de cuerpo cierto.

El numeral 1 del artículo 1608 y el artículo 1609 de código civil: ¿una antinomia? Pareciera que entre estas dos normas hay contradicción. Si la constitución en mora ocurre por no cumplirse las obligaciones en el plazo

establecido, ello permitiría pensar que se daría la constitución en mora en cuanto a las obligaciones a plazo que se incumplieron de manera simultánea y recíproca, puesto que el numeral primero en cita no hace exclusión alguna al respecto. Es decir, que en el incumplimiento mutuo y simultáneo, los incumplidos estarían en mora.

Sin embargo, frente a esto último, enseguida aparece el artículo 1609 del código civil para decir que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Es decir que si verifica el incumplimiento de obligaciones a plazo, por ser de exigibilidad simultánea, tal supuesto estaría excluido de la regulación del numeral primero del artículo 1608.

Pero ¿Cómo resolver la contradicción? Se podría acudir a la interpretación hermenéutica conforme al numeral 2 del artículo 5 de la ley 57 de 1887 que dice “cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior”. Primaría, en consecuencia, el artículo 1609.

Se podría concluir, entonces, que si se da el mutuo y simultáneo incumplimiento de obligaciones a plazo, por esa circunstancia, ninguno de los incumplidos está en mora. Ello no quiere decir que los incumplidos no estén en retardo. O sea, que se podrían exigir el cumplimiento, pero no perjuicios y cláusula penal. Se podría afirmar que así quedaría resuelto el problema del mutuo

y simultáneo incumplimiento en caso de entenderse que la resolución contractual por incumplimiento del artículo 1546 del código civil, solo es procedente a favor del contratante no incumplido. Sin embargo, pareciera que la cláusula del citado artículo 1546 puede ser ejercida aún en el supuesto del mutuo y simultáneo incumplimiento.

Ahora, ¿Sería posible pensar en la posibilidad de constituir en mora a los contratantes incursos en incumplimiento mutuo y simultáneo? Pareciera que sí. Veamos. Conviene observar con detenimiento el tenor literal de la norma. Mírese que dice “ninguno de los contratantes está en mora”. No está diciendo que “ninguno de los contratantes estará en mora”, lo cual sería diferente.

Ello querría decir, que cada uno de los que incumplieron de manera mutua y simultánea podría ser constituido en mora a instancia del otro. Bastaría realizar las gestiones de reconvención o requerimiento que para el caso serían necesarias por exigirlo así el numeral 3 del artículo 1.608 del código civil, que dice, “en los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente requerido por el acreedor” casos éstos, entre los que estaría el mutuo y simultáneo incumplimiento. Esto último, porque, como se dijo arriba, tal supuesto está excluido de lo regulado en el numeral 1 del artículo 1608. En tal sentido, como dice la doctrina (Azula 2.011; Canosa, 1985/2005) en el caso de proceso, bastaría con lo establecido en el artículo 90 de código de procedimiento civil.

Por lo anterior, resultaría cuestionable la jurisprudencia cuando frente al mutuo y simultáneo incumplimiento advierte que la mora purga la mora, puesto

que al decirlo así, se hace entender que los dos contratantes incurrieron en mora, pero que por su incumplimiento simultáneo, la mora del uno purgó la del otro.

Así, se hace decir a la norma lo que no dice. Por ningún lado el artículo 1.609 dice que la mora purga la mora; lo que dice es que ninguno de los contratantes está en mora.

Por tanto sería equivocada la interpretación de un sector de la doctrina y la jurisprudencia (Oviedo, 2010; Salcedo, 2006; CSJ, 1982) que con base en el artículo 1609, conciben la denominada excepción de contrato no cumplido, como un mecanismo jurídico para atajar la solicitud de perjuicios y demás efectos de la mora.

Además, no sería apropiado hablar de excepción de contrato no cumplido, porque la norma no lo dice. Se repite, lo único que dice es que “ninguno de los contratantes esta en mora”: De manera, que si un contratante mutua y simultáneamente incumplido le cobra perjuicios al otro sin haberlo constituido en mora, la excepción que podría proponer éste no tendría la denominación de “excepción de contrato no cumplido”, sino, la de “excepción de ausencia de constitución en mora”.

Por tanto, podría concluirse, que aún en el mutuo y simultáneo incumplimiento cada contratante puede constituir en mora al otro, para de esa manera poderle cobrar los perjuicios sufridos.

Por supuesto que en tal evento, como acertadamente advierte Mantilla (2009), habría lugar a las compensaciones correspondientes, teniendo en cuenta

que el monto de los perjuicios de un contratante no necesariamente tiene que ser igual al monto de los perjuicios del otro.

De esta manera se daría real aplicación al principio según el cual el perjuicio debe ser integralmente indemnizado. Artículo 16 de la ley 446 de 1.998.

Por último, si se acepta que la resolución por incumplimiento del artículo 1546 es procedente en el mutuo y simultáneo incumplimiento, igualmente sería necesario constituir en mora para obtener la indemnización de perjuicios, para así hacer armonía con lo establecido en el artículo 1615 del código civil.

La Acción Alternativa de Resolución o de Cumplimiento del Artículo 1.546.

Señala el inciso primero de ésta norma que si uno de los contratantes incumple, por ello se resuelve el contrato. Significa, entonces, que ocurriendo el incumplimiento de alguna de las partes, ya no habría lugar a la ejecución del contrato, por haberse dado su resolución.

Sin embargo, se evidencia una contradicción entre el primer y segundo inciso, al decir éste, que a discreción del otro contratante se puede pedir la resolución o el cumplimiento; esto, puesto que si se mantiene vigente la posibilidad de ejecutar, ello supone que el contrato no se resolvió a pesar de haberse incumplido.

Por tanto, se puede afirmar, entonces, que en el derecho privado colombiano son necesarios para tener por resuelto un contrato bilateral por su incumplimiento, los siguientes presupuestos: además de la existencia y validez del contrato, que

éste haya sido incumplido por alguno de los contratantes; y que el otro contratante prefiera esta opción en lugar del cumplimiento.

Opción ésta que encuentra fundamentación suficiente en lo establecido en el inciso segundo del artículo 1.546 dada su connotación de ley, y en los antecedentes históricos que sin lugar a dudas influyeron en la consagración de dicha disposición; tal el caso del derecho canónico desde el punto de vista de la voluntad, y de las doctrinas posteriores que inspiraron la expedición del código civil napoleónico. Esto, bajo el entendido de la exclusión del criterio religioso sancionatorio del derecho canónico, tal como se analizó precedentemente en el aparte destinado al derecho canónico.

Fundamentación que se fortalece con lo establecido en los artículos 1.494, 1.495 y 1.502 del código civil; 864 del código del comercio, y 232 del código de procedimiento civil, que se refieren al contrato como acuerdo de voluntades del que nacen obligaciones.

Todo ello por constituir la voluntad el fundamento de la contratación que, como lo enseñan la jurisprudencia y la doctrina (Betancourt, 1996; CSJ, 2011; Gutiérrez, 2001) es reconocida como principio general del derecho; incluso en las legislaciones socialistas, según exposición de Kemelmajer (2008)

Razón por la que no se podría desconocer, que siendo la voluntad el fundamento de los contratos, fuese ajena a tal voluntad, la cláusula de su resolución.

Por ello debe entenderse, que al momento de celebrarse un contrato bilateral, en él queda pactado que si cualquiera de los contratantes incumple, por ello queda obligado a permitirle al otro que pida la resolución o el cumplimiento según su discreción.

Pero mientras no se ejerza tal opción, el contrato permanece sin resolver, y por eso cualquiera de las partes podría pedir su cumplimiento, aún el incumplido.

De ahí que incluso resulte posible que en el caso de mutuo y simultáneo incumplimiento cualquiera de los contratantes pueda pedir la resolución o el cumplimiento.

Pero siendo esto así ¿Cómo resolver la contradicción que se presentaría en la hipótesis de preferir uno de los contratantes la resolución mientras que el otro opta por el cumplimiento? Si se entiende que por la celebración del contrato cada contratante adquirió el derecho resolverlo según su discreción ante el incumplimiento del otro, ha de entenderse, que si alguno de ellos incumple, por ello queda obligado a permitirle al otro la resolución, y por lo mismo, no podría oponerse.

¿Cómo se solucionaría el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento? Estando los dos contratantes mutua y simultáneamente incumplidos, cada uno tendría el derecho de pedir la resolución, no pudiendo el otro interponer excepción alguna; esto, se repite, porque desde la celebración del contrato cada uno se obligó a que si incumplía, le permitiría al otro el derecho de pedir la resolución; así, resultaría suficiente que uno de los contratantes opte por

la resolución para que el contrato quede resuelto, y por lo mismo, ya no pueda el otro pedir el cumplimiento; y ello es obvio, porque, si se dio la extinción del contrato, con ello, se extinguieron las obligaciones surgidas de él.

Lo anterior equivale a decir que la única manera para que no se produzca la resolución es que ninguno de los contratantes opte por ella. En otras palabras, sin ninguna de las partes opta por la resolución, a ambas les es procedente pedir que el contrato se cumpla, a pesar de su incumplimiento.

La opción de resolución o cumplimiento frente al derecho de contradicción. Es de advertir que el presente estudio parte del supuesto de la existencia y validez del contrato, y de la fuerza suficiente del incumplimiento para justificar su resolución.

Ilustremos con un ejemplo. Se trata del mutuo y simultáneo incumplimiento entre A y B. Si A demanda la resolución, B no puede oponerse porque a ello se obligó si incumplía. No le procedería a B ninguna excepción;

Con el mismo argumento si es B quien demanda resolución, A no podría oponerse.

Si A pide cumplimiento y B prefiere la resolución éste encontraría procedente a su favor la excepción de derecho de preferencia de resolución del contrato; en este caso, es de entenderse, que no sería posible el cumplimiento porque el contrato ha quedado extinguido. Entonces con base en ello, A debiendo prescindir del cumplimiento, le quedaría solo seguir las consecuencias de la resolución que provocó B frente a lo cual éste no se podría oponer, precisamente

por haber preferido resolver. Por ello se comparte la opinión de Gómez Estrada, (1983/1987) al decir que:

Ejercitada la acción resolutoria tácita, el comprador queda sujeto a ella, sin posibilidad alguna para sustraerse a sus efectos, ni evitar que la resolución se decrete; no puede él presentarse al juicio a manifestar que está dispuesto a pagar el precio, para en esa forma hacerle perder operancia a la acción resolutoria promovida en contra suya (127).

Lo mismo si es B quien demanda cumplimiento y A opta por la resolución, pues entonces, a éste le prospera la excepción de derecho de preferencia de resolución del contrato.

Ahora si A pide cumplimiento y B no interpone la excepción de derecho de preferencia de resolución del contrato, el contrato se debe cumplir; igual, si B pide cumplimiento y A no interpone la excepción de preferencia de resolución el contrato se debe cumplir.

Obsérvese que en ninguna de las hipótesis anteriores se hace mención a la denominada excepción de contrato no cumplido.

De esta manera, con base en el artículo 1.546 queda resuelto el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento que no es mutuo disenso tácito. Se prescinde del artículo 1.609 del código civil colombiano invocado por la doctrina y la jurisprudencia como fundamento de la solución del mutuo y simultáneo incumplimiento.

El artículo 1609 no sería consagración de la excepción de contrato no cumplido. Al respecto serían pertinentes algunas consideraciones. Observemos la redacción de la norma. “Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”

Mírese bien que la expresión de la norma es: “ninguno de los contratantes está en mora” Por ninguna parte está diciendo que es procedente la excepción de contrato no cumplido contra un contratante como consecuencia de haber éste incumplido primero, o de manera simultánea con el otro contratante, un contrato.

Tampoco está diciendo que por virtud de tal excepción, el proponente de ella, está habilitado para negarse a cumplir, o para negarse a resolver, o para negarse a pagar perjuicios, al contrario de lo que sugiere la jurisprudencia colombiana (CSJ, 1979, 1982, 1985, 2009)

Pareciera que la jurisprudencia continúa asignando a la excepción de contrato no cumplido el carácter sancionatorio que ella tuvo en el derecho canónico. Circunstancia que llevaría a suponer que en el ordenamiento jurídico aún estaría vigente la doctrina del contrato juramento y de la excepción de contrato no cumplido, para imponer como sanción al incumplido, por pecador o perjuero, la imposibilidad de reclamar frente al contrato.

En otras palabras, querría decir que nuestro sistema jurídico tendría el doble fundamento que inspiraba al derecho canónico: por una parte el fundamento de la

voluntad; y por la otra, el fundamento de la religiosidad entendida como enseña Vizcaíno (1993) como reglas, órdenes y prohibiciones dictadas por Dios.

Veamos el siguiente ejemplo. A y B incumplieron simultáneamente. Si a tal supuesto se aplica únicamente el criterio de la voluntad contenido en la cláusula de resolución la situación sería así: Si A demanda la resolución, B no puede oponerse porque a ello se obligó si incumplía. No le procedería a B ninguna excepción;

En cambio si se regula tal supuesto con el carácter religioso del derecho canónico y a la vez con el criterio de la voluntad, la situación sería así: Si A demanda la resolución, B podría oponer la excepción de contrato no cumplido.

Variemos el ejemplo. Si A pide cumplimiento y B prefiere resolución. Si regulamos tal supuesto solo con el criterio de la voluntad contenido en la cláusula de resolución, la situación sería así: B encontraría procedente a su favor la excepción de derecho de preferencia de resolución del contrato; en este caso, es de entenderse, que no sería posible el cumplimiento porque el contrato ha quedado extinguido. Entonces con base en ello, A debiendo prescindir del cumplimiento, solo tendría que seguir las consecuencias de la resolución que provocó B frente a lo cual éste no se podría oponer, precisamente por haber preferido resolver.

Hagamos intervenir en el mismo ejemplo el criterio religioso del derecho canónico, y a la vez el criterio de la voluntad. Veamos. A pide cumplimiento y B prefiere resolución. B tendría a su favor la excepción de derecho de preferencia

de resolución del contrato, por virtud de la cláusula de resolución; pero además podría, con el criterio religioso, proponer la excepción de contrato no cumplido. Pero ¿Qué pasaría si solo invoca la excepción de contrato no cumplido? La respuesta sería obvia: impediría la prosperidad de la solicitud de cumplimiento quedando el contrato en la indefinición.

Por último, veamos este otro supuesto solo con la intervención de la voluntad de la cláusula de resolución: A pide cumplimiento y B no manifiesta si ejerce la excepción de derecho de preferencia de resolución del contrato. En tal caso el contrato continuaría vigente y entonces prosperaría la petición de cumplimiento. Es decir, como B no ejerció su derecho de resolver, el contrato debe cumplir sus efectos por mantenerse vigente. Pero de todas maneras, no queda en la indefinición.

Ahora, hagamos intervenir en el mismo ejemplo el criterio religioso del derecho canónico, y a la vez el criterio de la voluntad: A pide cumplimiento y B no manifiesta si ejerce la excepción de derecho de preferencia de resolución del contrato. Si se aplica el criterio de la voluntad prospera la petición de cumplimiento, por las razones recién explicadas. Pero si se hace intervenir el criterio religioso del derecho canónico, le prosperaría a B la excepción de contrato no cumplido. Como se ve el contrato quedaría en la indefinición.

Quizás, tales circunstancias no han sido observadas por la doctrina y la jurisprudencia, y por ello, no habría sido posible encontrar una solución al problema del incumplimiento mutuo y simultáneo; porque no se ha visto que el

único fundamento de los sistemas jurídicos que siguen el código napoleónico, entre ellos el colombiano, es la voluntad.

Por ello resulta posible concluir que en el derecho privado colombiano la excepción de contrato no cumplido no puede ser admitida, por lo menos con el criterio sancionatorio que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia.

De ahí que se pueda afirmar que el artículo 1.609 realmente no regula ni establece la pretendida excepción de contrato no cumplido que la jurisprudencia y la doctrina han creído encontrar en él. Baste solo con mirar su redacción.

Esa la razón por la cual el mutuo y simultaneo incumplimiento solo puede ser regulado por el artículo 1.546 del código civil. Por eso podría ser equivocada la interpretación jurisprudencial (CSJ, 1979) en cuya virtud la opción de resolución o de cumplimiento del artículo 1.546 solo es posibilidad en favor del contratante cumplido o que esté dispuesto a cumplir.

Conclusiones

En el derecho privado colombiano el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa y de los contratos bilaterales en general, se encontraría sin hallar una solución sostenible; tal situación a pesar de la gran variedad de interpretaciones que se encuentran en la doctrina y la jurisprudencia colombiana al respecto.

El fundamento del que se habría valido la jurisprudencia y la doctrina en Colombia para sustentar la excepción de contrato no cumplido, sería en sí, el mismo fundamento del que se habría valido el derecho canónico para sustentar

que nada podía reclamar el contratante que incumplía un contrato juramento; es decir, que se le habría dado al contratante incumplido actual, el carácter de pecador y perjuro, y por eso, merecedor de no ser escuchado.

Pareciera que la denominada excepción de contrato no cumplido, entendida como la facultad otorgada a un contratante para oponerse a la resolución o al cumplimiento que demande el otro por haber éste incumplido primero o al tiempo con aquel, un contrato bilateral, sería la causa que habría impedido solucionar el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento en Colombia. Tal circunstancia por haberse interpretado, quizás de manera desprevenida, que el mutuo y simultáneo incumplimiento estaría regulado por el criterio sancionatorio religioso del derecho canónico, y no por el criterio de la voluntad como fundamento preeminente del derecho colombiano de contratos.

La excepción de contrato no cumplido, sin embargo, carecería de regulación normativa en el derecho privado colombiano; en consecuencia, sería equivocada la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que hacen ver en el artículo 1609 del código civil la consagración de tal excepción. En este sentido, la interpretación que se podría hacer del artículo 1609, es que si los dos contratantes incurrieron en mutuo y simultáneo incumplimiento, por ello, ninguno está en mora. Eso no querría decir, que cada uno de ellos no pueda constituir en mora al otro.

El criterio de la voluntad como fundamento del derecho privado colombiano contenido en el artículo 1.546 del código civil resultaría suficiente para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos bilaterales.

En consecuencia, se podría interpretar que hace parte del contrato bilateral, el acuerdo consistente en que si alguno de los contratantes incumple, por ello queda obligado a permitirle al otro la resolución o el cumplimiento según la discreción de éste último.

En este sentido, la expresión "...en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado..." contenida en el artículo 1546 del código civil, no debería interpretarse como circunscrita al evento exclusivo de haber incumplido un contratante y de no haber incumplido el otro. Se podría interpretar que si el contrato es un acuerdo entre dos o más contratantes que se puede resolver si uno de ellos incumple, con mayor razón, se podría resolver si incumplen los dos, o todos.

En el derecho privado colombiano, por existir el artículo 1546 del código civil, la única solución posible para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento, dependería de la discreción del contratante, respecto del cual, se ha incumplido primero o al tiempo con él, un contrato. Sin ambos contratantes incumplieron simultáneamente, bastaría que uno de ellos opte por la resolución, para que el contrato se resuelva, a lo que no se podría oponer el otro por haberse obligado a ello; pero sin en tal supuesto, ninguno opta por la resolución, el contrato se debe cumplir.

Sería posible interpretar que en Colombia existe "la excepción de preferencia de resolución del contrato" que podría proponer el contratante con derecho a pedir la resolución cuando es demandado en cumplimiento. Pero el fundamento de tal

excepción estaría en el artículo 1546 con base en el criterio de la voluntad, que sería diferente al criterio en que se habría fundado la denominada excepción de contrato no cumplido.

Sea que el contrato deba resolverse, sea que deba cumplirse, según la discreción del contratante que tiene derecho a pedir la resolución, en cualquiera de tales casos se podrían hacer efectivos los efectos de la mora siempre que se constituya en ésta al incumplido en el caso del mutuo y simultáneo incumplimiento.

De esta manera, quedaría resuelto el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento que no alcanza a constituirse en mutuo disenso tácito en la interpretación de la jurisprudencia; aunque, como se explicó en el primer capítulo de este estudio, no se podría compartir que la teoría del mutuo disenso tácito sirva para solucionar dicho problema.

Incluso estaría resuelto otro problema: el de la injusticia de la interpretación en cuya virtud, el contratante que incumplió primero, no puede demandar nada cuando por su incumplimiento, por ejemplo, realmente causó perjuicios por 100, siendo su deuda de 150 y su acreencia de 500.

En tal caso, el incumplido solo tendría derecho a demandar cumplimiento, y en el supuesto de que el otro contratante, no proponga la excepción de preferencia de resolución del contrato, éste se tendría que cumplir; pues se entendería, que si aquel no propone tal excepción, es porque prefiere que el contrato se cumpla.

Referencias Bibliográficas

- Acosta, J. (2011) La Constitucionalización de la buena fe contractual: perspectivas para la seguridad negocial. En A. Echeverri, J. Acosta y J. Gual, *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias contemporáneas*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, e Ibáñez.
- Acosta, J. Duran, R. Palomares, J. Urbina, E. (2011). *Derecho de los contratos en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, e Ibáñez.
- Addis, F. (2006). Inattuazione e risoluzione: I rimedi. En V. Roppo, *Trattato del contratto*. (Vol. 5, pp. 1-119). Milano: Dott. A. Giuffré Editore.
- Albaladejo, (2007). *Compendio de derecho civil*. Madrid: Edisofer s. l.
- Alessandri, A. (1980). *Derecho civil teoría de las obligaciones*. Santiago de Chile: Imprenta Esfuerzo.
- Álvarez, R. (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. (4ta ed.). Granada España: Colmenares.
- Amadio, G. (2006). Inattuazione e risoluzione: la fattispecie. En V. Roppo, *Trattato del contratto*. (Vol. 5, pp. 1-119). Milano: Dott. A. Giuffré Editore.
- Arangio, V. (1952). *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: De palma.
- Arguello, L. (1979). *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Astrea.
- Aristizábal, D. (2010). Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas Universidad Pontificia Bolivariana Colombia* 40 (112), 175-201

- Arroyo, D. (1986). *Algunas causales de terminación de los contratos y sus denominaciones*. Panamá: Propiedad del autor. (Este texto se consultó en la biblioteca de la Universidad Externado de Colombia Bogotá).
- Arrubla, J. (2004). *Contratos mercantiles*. (2da ed. Vol. 2). Bogotá: Dike.
- Azula, J. (1998). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Temis.
- Azula, J. (2011). *Manual de derecho procesal*. (8va ed. Vol. 2) Bogotá: Temis.
- Baena, M. (2000). *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. 3ra ed. Bogotá: Legis.
- Becerra, H. (2006). *Derecho comercial de los títulos valores*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Bénabent, A. (2007). *Derecho civil les obligations*. 11 ed. Paris: 2007.
- Bercovits, R. (2009). *Tratado de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Betancourt, M. (1996). *Derecho privado categorías básicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. (s.n. trad.). Madrid: Editorial Revista de derecho privado.
- Bianca, C. (2007). *Derecho civil*. (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Billiau, M. Ghestin, J. Jamin, C. (2001). *Tratado de derecho civil*. Paris: Danger.
- Bohórquez, A. (2009). *De los negocios jurídicos en el derecho colombiano*. 4ta. ed. Bogotá: Doctrina y ley Ltda.

- Bonecasse, J. (1999). *Tratado elemental de derecho civil*. (E. Figueroa, Trad.) (Vol. 1). México: Editorial Harla.
- Bonivento, J. (1999). *Contrato de promesa. La promesa de compraventa de bienes inmuebles*. Bogotá: Librería del profesional.
- Bonivento, J. (2004). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. (16ta ed.). Bogotá: Ediciones el profesional Ltda.
- Brebbia, R. (1979). *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea.
- Cámara de Comercio de Bogotá, (1999). *Laudo arbitral de 7 abril*. Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana "Inurbe" vs. Fiduciaria Tequendama S. A.
- Cancino, F. (1979). *El consentimiento y contratos consensuales*. Bogotá: Editorial Temis; 1.979.
- Canosa, F. (2005). *La resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso*. (5ta ed.). Bogotá: Doctrina y ley.
- Cárdenas, M. (1999). Justicia contractual. En E. Quiceno, *Derecho civil y comercial* (pp. 301-359) Bogotá: Dike.
- Cariota, L. (1956). *El negocio jurídico*. (J. Guerrero, Trad.). Madrid: Aguilar.
- Carrasco, A. (2011). *Derecho de contratos*. Navarra: Editorial Aranzadi S. A.
- Casadiegos, F. (2003). *Curso de derecho romano*. Tunja: Universidad Santo Tomás, e Ibáñez.
- Castillejo, J. (2004). *Historia del derecho Romano*. Madrid: Dykinson, S. L.

- Castro, J. (2011). Formación del consentimiento. En A. Echeverri, J. Gual y J. Acosta. *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias contemporáneas*. (pp. 79-96). Bogotá: Universidad Santo Tomás, e Ibáñez.
- Chabas, C. (2010). C. *Résolution-Résiliation*. Paris: Dalloz.
- Claro, L. (1979). *Derecho civil chileno*. (Vol. 5). Santiago: Jurídica de Chile.
- Cordobera, R. (2001). La formación del contrato. En F. trigo; R. Stiglitz, *Contratos*. (pp. 73-88). Buenos Aires: La Roca.
- Cubides, M. (1994). *Derecho notarial colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Delgado, L., Chapado, M., González, E. y Muley M. (2004). Textos legales básicos, código civil y legislación especial. (3ra ed.). Madrid: Colex.
- Devis, H. (1994) *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*. (10ma ed. Vol. 2). Bogotá: Dike.
- De los Mozos, J. (2000). La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del código civil español. En A. Alterini, J. De Los Mozos y C. Soto. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea, teoría general y principios*. (Vol. 1, pp. 189-212). Lima y Bogotá: Palestra, y Temis S. A.
- Díaz, E. (1999). La comercialidad en el código de comercio colombiano. En E. Quiceno, *Derecho civil y comercial* (pp. 109-190) Bogotá: Dike.
- Díez-Picazo, L. (1986). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (Vol. 1). Madrid: Tecnos.

- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (5ta ed., Vol. 2). Madrid: Editorial civitas.
- Emiliani, R. (2001). *Curso Razonado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Escobar, G. (1994). *Negocios civiles y mercantiles. Teoría general de los contratos*. (Vol. 2). Medellín: Dike.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato curso de derecho civil*. Lima: Grijley.
- Fierro, R. (2007). *Teoría general del contrato. Contratos civiles y mercantiles*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda.
- Forno, F. (2001). El plazo esencial y la tutela resolutoria. En A. Alterini, J. De Los Mozos y C. Soto. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea, teoría general y principios*. (Vol. 2, pp. 379-617) Lima y Bogotá: Palestra, y Temis S. A.
- Fueyo, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Gamboa, L. (2009). *Extinción del contrato*. En M. Castro, *Derecho de las obligaciones* (pp. 623-663). Bogotá: Universidad de los Andes, y Temis S. A.
- Gastaldi, J. (1985). *Pacto comisorio*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Billiau, M. Ghestin, J. Jamin, C. (2001). *Tratado de derecho civil*. Paris: Danger.
- Gramunt, M. (2003). Hecho jurídico y acto jurídico. En C. Maluquer, *codificación persona y negocio jurídico*. (pp. 699-731) Barcelona: Bosch S. A.

- Gómez, C. Estrada (1987). *De los principales contratos civiles*. (2da Ed.). Bogotá: Librería del profesional.
- Gómez, J. (2008). Los contratos atípicos o innominados. En J. Oviedo, *Derecho privado y globalización*. (Vol. 3, pp. 259-313). Bogotá: Ibáñez.
- González, M. (2011). Eficacia del contrato. En R. Bercovitz, *Tratado de contratos*. (Vol. 1, pp. 1118-1206) . Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez, C. (2001). Los contratos atípicos. En A. Alterini, J. De Los Mozos y C. Soto. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea, teoría general y principios*. (Vol. 2, pp. 293-321). Lima y Bogotá: Palestra, y Temis S. A.
- Hernández, F. (1994). *Excepción de contrato no cumplido*. Tesis de grado no publicada. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2007a). Interpretación de la conducta concluyente negocial. En C. Coaguila, *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (Vol. 2, pp. 787-800). Bogotá y Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, Grijley, y Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2007b). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. *Revista Colección derecho patrimonial Universidad Externado de Colombia* 1, 180-200

- Iglesias, J. (1958). *Derecho romano. Instituciones de derecho romano privado*. Barcelona: Ariel S. A.
- Josserand, L. (1939). *Derecho civil Teoría general de las obligaciones*. (S. Cunchillos, Trad. 1950). Buenos Aires: Bosch y Cía.
- Jaramillo, C. (2009). Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos. En F. Mantilla y F. Ternera, *Los contratos en el derecho privado*. (pp. 27-45). Bogotá: Legis y Universidad del Rosario.
- Kees, A. (2001) Extinción del contrato por declaración de una de las partes. En A. Alterini, J. De Los Mozos y C. Soto. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea, teoría general y principios*. (Vol. 2, pp. 419-450). Lima y Bogotá: Palestra, y Temis S. A.
- Kemelmajer, A. (2008). Reflexiones sobre la interpretación de los contratos. En J. Oviedo, *Derecho privado y globalización*. (Vol. 3, pp. 19-107). Bogotá: Ibáñez.
- Lago, D. (2008). Resolución del contrato y medida cautelar impeditiva. En F. Pérez, *Derecho de los contratos. Técnica de la contratación actual*. (pp. 129-144)
- Lasarte, C. (2009a). *Contratos Principios del derecho civil*. (12da ed.). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Lasarte, C. (2009b). *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*. (15ta ed.). Madrid: Tecnos.

Larroument, C. (1999a). *Teoría general del contrato*. (J. Guerrero, Trad.) (Vol. 1).

Bogotá: Editorial Temis S. A.

Larroument, C. (1999b). *Teoría general del contrato*. (J. Guerrero, Trad.) (Vol. 2).

Bogotá: Editorial Temis S. A.

León, A. (1995). *La excepción de contrato no cumplido frente a la acción por incumplimiento*. Tesis de grado no publicada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. No. Topográfico T 346. G. L579 E

López, H. (2009). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. (9na ed.).

Bogotá: Editorial Dupré Editores.

López, F. (2007). *Introducción al derecho mercantil*. Bogotá: Temis S. A.

Lequette, Y. Terré, F. Simler, P. (2002). *Droit civil les obligations*. Paris: 2010.

Lorenzetti, R. (2007). La interpretación del texto. En C. Coaguila, *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (Vol. 1, pp. 8-26). Bogotá y Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, Grijley, y Universidad Externado.

Maluquer, C. (2003). El negocio jurídico. En C. Maluquer, *codificación persona y negocio jurídico*. (pp. 302-314). Barcelona: Bosch S. A.

Mantilla, F. (2009). La excepción de inejecución. En F. Mantilla y F. Ternera, *Los contratos en el derecho privado*. (pp. 247-176). Bogotá: Legis y Universidad del Rosario.

Mantilla, F. y Ternera, F. (2009). La Resolución. En F. Mantilla y F. Ternera, *Los contratos en el derecho privado*. (pp. 277-292). Bogotá: Legis y Universidad del Rosario.

- Medellín, C. (1996). *Lecciones elementales de derecho romano*. (2da ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Mélich-Orsini, J. (1979). *La resolución del contrato por incumplimiento*. Bogotá: Temis.
- Mélich-Orsini, J.. (2007). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. *Revista Colección derecho patrimonial Universidad Externado de Colombia* 1, 203-215.
- Messina, G. (2000). La causa y la frustración del contrato. En A. Alterini, J. De Los Mozos y C. Soto. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea, teoría general y principios*. (Vol. 1, pp. 50-67). Lima, y Bogotá: Palestra, y Temis S. A.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. (s.n. trad.). (Vol. 3). Buenos Aires: Editorial Ediciones jurídicas Europa-América.
- Miquel, J. (2008). *Resolución de los contratos por incumplimiento*. (3ra ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Monfort, M. (1999). *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslaticios de dominio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Monroy, M. (2007). *Derecho de familia y de menores*. Bogotá. Ediciones del profesional Ltda.
- Morales, R. (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima Perú: Editora Jurídica Grijley.

- Mosset, J. (2005). *Responsabilidad civil y contratos. Contratos aspectos generales*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-culzoni.
- Mosset, J. (1995/2007). *Contratos*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-culzoni.
- Murcia, H. (1999). *Recurso de casación*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Namen, W. (2011). Autonomía privada. En J. Acosta, A. Echeverri y J. Gual, *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias contemporáneas*. (pp. 35-55). Bogotá: Universidad Santo Tomás, e Ibáñez.
- Nanni, L. (2009). La risoluzione del contratto per inadempimento. En G. Visintine, *Inadempimento e rimedi*. (Vol 1, pp. 433-472). Padova: Cedam.
- Núñez, M. (1996). *El mutuo disenso*. Madrid: Estudios Ciencias Jurídicas.
- Ortiz, Á. (2007). *Manual de obligaciones*. (4ta ed.). Bogotá: Temis.
- Ospina, G. (1994). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis; 1.994.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2009) *Teoría general de los contratos y de los demás actos o negocios jurídicos*. (7ma ed.) Bogotá: Temis S. A.
- Ordoñez, A. (1992). *El incumplimiento recíproco del contrato y la corrección monetaria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Orterling, F. y Castillo, M. (2005). *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Universidad Católica del Perú fondo Editorial.
- Oviedo, J. (2010). *El contrato de promesa en el derecho Privado*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Parra, J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Décima sexta (16ta ed.). Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda.

- Peña, L. (2010). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, y Temis S. A.
- Pérez, A. (2009). *Teoría General de las obligaciones*. (Obrar revisada por A. Tamayo). (4ta ed., Vol. 1). Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda. Obrar revisada por Alberto Tamayo Lombana.
- Petit, E. (trad. 1980). *Tratado elemental de Derecho Romano*. (J. Ferrández, Trad.) Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Pisciotta, G. (2000). *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffe Editore.
- Pizarro, C. (2010). La excepción por incumplimiento en el derecho civil chileno. En C. Pizarro y A. Vidal. (pp. 525-545). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1946). *Derecho civil*. (L. Pérez, Trad. 1997). (3ra ed., Vol. 8). Paris: Harla S. A.
- Planiol M, y Ripert G. (s.f.) *Tratado elemental de derecho civil*. (2da ed.). México: Cárdenas editor y distribuidor.
- Polo, E. (2009). *Reflexiones metodológicas sobre el estudio y la enseñanza del derecho mercantil*. *Revista internacional foro de derecho mercantil Legis*, 8 (24) pp. 77-89.
- Polanco, (2003). *Contratos*. Cali: Universidad Libre
- Pothier, R. (Trad. 1947). (s.n. trad.). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Atalaya. Sin nombre del traductor.
- Putti, P. (2009). La Risoluzione En N,Lipari y P. Resigno, *Obbligagazioni II el contratto en generale*. (Vol. 3, pp. 1134-1171). Milano: Giuffré Editore.

- Quinche, M. (2005). *Vías de hecho acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Doctrina y ley Ltda.
- Quiroga, E. (2011). *Derecho procesal constitucional*. Tomo 2. Bogotá: V C editores Ltda.
- Ramírez, E. (2008). *La ineficacia del negocio jurídico*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Romero, R. (2009). Tratamiento jurisprudencial del incumplimiento en los contratos bilaterales. En M. Castro, *Derecho de las obligaciones* (pp. 623-663). Bogotá: Temis S. A., y Universidad de los Andes.
- Roppo, V. (2001). *Il contratto*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore.
- San Juan, (2007). *Biblia*. (Cap. 8, Vers. 1 al 11).
- Salcedo, J. (2006). *Teoría general del derecho civil*. (Vol. 1). Bogotá: Doctrina y ley Ltda.
- Santos, J. (2005). *Instituciones de responsabilidad civil*. (Vol. 2). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Soto, C. (2008). Inmutabilidad de las penas convencionales. En J. Oviedo, *Derecho privado y globalización*. (Vol. 3, pp. 471-506). Bogotá: Ibáñez.
- Scognamiglio, R. (1.983). *Teoría general del contrato*. (F. Hinestrosa, Trad. 1983). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Scognamiglio, R. (2004). *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima Perú: Editorial jurídica Grijley.

- Stigitz, R. (2001). Contenido del contrato. En F. trigo; R. Stiglitz, *Contratos*. (pp. 149-186) Buenos Aires: Ediciones la Roca.
- Suescúm, J. (2005). *Derecho privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. (2da Ed.). Bogotá: Legis.
- Tamayo, A. (2008) *Manual de obligaciones*. (7ma ed.). Bogotá: Doctrina y ley Ltda.
- Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. (3ra ed.). Bogotá: Ediciones
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. (2ra ed., Vol. 1). Bogotá: Legis.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. (2da ed., Vol. 2). Bogotá: Legis.
- Taranto, H. (2001). Excepción de incumplimiento. En F. trigo; R. Stiglitz, *Contratos*. (pp. 259-276). Buenos Aires: La Roca.
- Tolosa, L. (2008). *Teoría y técnica de casación*. (2da ed.). Bogotá: Doctrina y ley Ltda.
- Sanabria, H (2011). En J. Parra; XXXII Congreso colombiano de derecho procesal. *Aspectos procesales de la resolución de contratos por incumplimiento*. (pp. 403-431). (32da ed.). Bogotá: Universidad Libre.
- Universidad Externado de Colombia, Facultad de derecho. (2.004) *Principios de Unidroit sobre los contratos internacionales*. Bogotá.

Uribe, R. (1975). *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Velandia, E. (2001). *Estudios de derecho procesal constitucional*. (Vol. 2) Bogotá: Editores Ltda.

Valencia, A. y Ortiz, Á. (2004). *Derecho civil de las obligaciones*. (9na ed., Vol. 3). Bogotá: Temis.

Vélez, F. (1983). *Estudios sobre derecho civil colombiano*. (Vol. 6). Bogotá: Lex Ltda.

Vizcaíno, A. (1993). *Contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Jurídica Radar

Referencias Jurisprudenciales

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, 1 de febrero de 1994 in Revue Trimestrielle de Droit Civil 1994, p. 356, obs. J. Mestre, citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*. Paris: Dalloz.

Corte de Casación francesa, (1974); Com. 11 de marzo de 1974, Bull. civ. IV, No. 83, citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*. Paris: Dalloz.

Corte de Casación francesa francesa, (1975); Civilization. Primero, 5 de noviembre de 1975, Bull. civ. I, N ° 316. - Civilization, citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*. Paris: Dalloz.

Corte de Casación francesa, (1990); Civilization. Primero, 29 de octubre de 1990, N ° 87 -18.068, citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*. Paris: Dalloz

Corte de Casación francesa, (1993); Sala civil No. 3. Sentencia 5 de mayo de 1993, No. 91-17097, citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*.

Paris: Dalloz.

Corte de Casación francesa, (2.001); Com. 29 de mayo 2001, N ° 97-18580 citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*. Paris: Dalloz.

Corte de Casación francesa, (2.009); Sala comercial No. 3. Sentencia 3 de febrero de 2009, N ° 08-15307 citada por Chabas, C. (2010). *Résolution-Résiliation*.

Paris: Dalloz.

Corte Suprema di Cassazione italiana, (1993). Sentencia de 29 de abril de 1993;

No.5065 citada por Putti, P. (2009). La Risoluzione En N,Lipari y P. Resigno, *Obbligagazioni Il el contratto en generale*. (Vol. 3, pp. 1134-1171).

Milano: Giuffré Editore.

Corte Suprema di Cassazione italiana, (1994). Sentencia de 4 de mayo de 1994;

No.4275 citada por Putti, P. (2009). La Risoluzione En N,Lipari y P. Resigno, *Obbligagazioni Il el contratto en generale*. (Vol. 3, pp. 1134-1171).

Milano: Giuffré Editore.

Corte Suprema di Cassazione italiana, (2005). Sentencia de 13 de febrero de

2005; No. 587 citada por Nanni, L. (2009). La Risoluzione En N,Lipari y P. Resigno, *Obbligagazioni Il el contratto en generale*. (Vol. 3, pp. 1134-1171).

Milano: Giuffré Editore.

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (1992). *Sentencia 21 de mayo de 1992*

Roj: STS 4068/1992

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (1994). *Sentencia 21 de marzo de 1994* Roj: STS 1918/1994

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (1994). *Sentencia 21 de marzo de 1994* Roj: STS 2560/1994

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (1999). *Sentencia 2 de noviembre de 1999* Roj: STS 6855/1999

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2000). *Sentencia 17 de febrero de 2000* Roj: STS 1197/2000

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2005). *Sentencia 21 de octubre de 2005* Roj: STS 6410/2005

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2008a). *Sentencia 31 de enero de 2008* Roj: STS 207/2008

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2008b). *Sentencia 21 de febrero de 2008* Roj: STS 2554/2008

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2009). *Sentencia 26 de mayo de 2009* Roj: STS 3489/2009

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2010a). *Sentencia 6 de septiembre de 2010* Roj: STS 4573/2010

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2010b). *Sentencia 4 de octubre de 2010* Roj: STS 4789/2010

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2010c). *Sentencia 8 de octubre de 2010* Roj: STS 5065/2010

Tribunal Supremo Español Sala de lo Civil, (2012). *Sentencia 18 de mayo de 2012* Roj: STS 3446/2012

Consejo de Estado de Colombia, (2001). *Sentencia 13415 de Marzo 15 de 2001*.

Consejera ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia, (2004). *Sentencia de 3 octubre, expediente 14.394*. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia, (2010). *Sentencia 2009-00708 de enero 19, radi.*

11001-03-15-000-2009-00708-00. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Corte Constitucional colombiana, (2002). *Sentencia T-901 de 24 de octubre:*

Expediente T-614051. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional colombiana, (2008). *Sentencia T-1274 de 18 de diciembre,*

expediente T-1.930.567. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1974). *Sentencia de 23 de septiembre*.

M. P. Ernesto Escallón Vargas. Tomo 148 primera parte: Gaceta judicial No. 2378-2389. (pp. 235-247)

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1978). *Sentencia de 29 de noviembre*. M.

P. Ricardo Uribe Holguín. Tomo 158 primera parte: Gaceta judicial No. 2399. (pp. 293-305)

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1979). *Sentencia del 5 de noviembre*. M.

P. Alberto Ospina Botero. Tomo 159 primera parte: Gaceta judicial No. 2400. (pp. 306-318)

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1982). Sentencia del 7 de diciembre. M. P. Jorge Salcedo Segura. Tomo 165: Gaceta judicial No. 2406. (pp. 341-350)

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1985). Sentencia del 16 julio. M. P. José Alejandro Bonivento Fernández. Tomo 180: Gaceta judicial No. 2419. (pp. 125-137)

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1993). Sentencia del 1 de diciembre. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Tomo 225 segunda parte: Gaceta judicial No. 2464. (pp. 708-717)

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1994). Sentencia del 2 de febrero. M. P. Rafael Romero Sierra. Tomo 228 primera parte: Gaceta judicial No. 2467. (pp. 126-140).

Corte Suprema de Justicia colombiana, (1995). *Sentencia del 10 de julio de 1.995, expediente 4540*. M. P. Pedro Lafont Pianetta. *Revista jurisprudencia y doctrina, septiembre 1995, (285), 993*

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2007). *Sentencia de 14 de agosto de 2.007, expediente 08837-01*. M. P. Cesar Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2008). *Sentencia 13 de mayo de 2.008*. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2009). *Sentencia de 18 de diciembre, referencia 41001-3103-004-1996-09616-01*. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2010a). Sentencia 2001-00418 de febrero 26 de 2010. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2010b). Sentencia 2010-00140 de junio 4 de 2010. M. P. William Namen Vargas.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2011). *Sentencia 34145 de 13 abril*. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia colombiana, (2012). *Sentencia 11001 31 03 042 2007 00067 01 de 23 de marzo de 2.012*. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.