

**LINEA JURISPRUDENCIAL - MUTUO DISENSO TÁCITO COMO UNA FORMA
DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES**

JUAN CARLOS ARTEAGA CAGUASANGO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
PASTO
2014**

**LINEA JURISPRUDENCIAL - MUTUO DISENÑO TÁCITO COMO FORMA DE
TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES**

JUAN CARLOS ARTEAGA CAGUASANGO

**Asesor: DANIEL ZAMBRANO ZAMBRANO
Abogado Especialista en Derecho Comercial**

Trabajo presentado para optar a título de especialista en Derecho Comercial

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
PASTO
2014**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el Trabajo de Grado
son responsabilidad exclusiva de los autores”

Artículo1 del Acuerdo No 324 de Octubre 11 de 1966,
emanado del Honorable Consejo Directivo de la
Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERASO
JURADO

RAÚL MONTEZUMA ENRÍQUEZ
JURADO

DANIEL ZAMBRANO ZAMBRANO
ASESOR

San Juan de Pasto, 6 de diciembre de 2013.

DEDICATORIA

A mi familia y a mi madre, por su ejemplo de constancia y tenacidad

Juan Carlos Arteaga C.

RESUMEN

Con fundamento en la línea jurisprudencial se denota la variación de la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia en torno al *Mutuo Disenso Tácito*. Se realiza un breve análisis sobre la evolución y aplicación del mutuo disenso tácito en la solución de conflictos presentados en los contratos bilaterales.

En síntesis, se expone la vía sustancial y procesal que se puede adelantar frente a los inconvenientes que precedan al incumplimiento recíproco de las partes intervinientes en un contrato bilateral.

Como soporte de lo anterior, se presenta el resultado de la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil sobre un concepto jurídico de creación judicial y doctrinario.

ABSTRACT

By using a line of case-law, the variation of the civil jurisprudence of the Supreme Court of Justice according to the *Mutual Dissent Tacitus* is studied. A brief analysis about the evolution and application of the *Mutual Dissent Tacitus* in the conflict solving of bilateral contracts is performed.

As a result, the substantive and procedural pathway that may be advanced in case of a reciprocal nonfulfillment between the parties is presented. In addition, the evolution and actual state of thought of the Supreme Court of Justice – Civil Chamber regarding a legal concept of judicial and doctrinal creation is addressed.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
1. MUTUO DISENSO TÁCITO COMO UNA FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES	12
1.1. FORMAS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS	12
1.2. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.....	14
1.3. DERECHO DE ACCIÓN Y POSIBLES ACCIONES JUDICIALES PARA LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS	14
1.4. ACCION DE RESOLUCIÓN Y ACCIÓN DE RESCILIACIÓN.....	15
1.5. CLÁUSULA PENAL	17
2. MUTUO DISENSO	21
2.1. MUTUO DISENSO EXPRESO	21
2.2. MUTUO DISENSO TÁCITO	21
3. JUSTIFICACIÓN DE LA LÍNEA.....	25
4. ANÁLISIS ESTÁTICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.	27
4.1. Ficha Análisis: Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.....	27
4.2. Ficha Análisis: Sentencia de 7 de diciembre de 1982. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.....	29
4.3. Ficha Análisis: Sentencia de 15 de julio de 1985. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	31
4.4. Ficha Análisis: Sentencia de 5 de junio de 2007. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	32
4.5. Ficha Análisis: Sentencia de 14 de diciembre de 2010. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.....	33
4.6. Ficha Análisis: Sentencia de 16 de abril de 2002. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	35
4.7. Ficha Análisis: Sentencia de 7 de marzo de 2000. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	37

4.8. Ficha Análisis: Sentencia de 17 de septiembre de 1954. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.....	40
4.9. Ficha Análisis: Sentencia de 1 de diciembre de 1993. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.....	42
4.10.Ficha Análisis: Sentencia de 28 de febrero de 2012. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	44
5. ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	52
6. PROBLEMA JURÍDICO.....	46
6.1. Primera tesis	46
6.2. Segunda tesis	46
7. EXPLICACIÓN METODOLÓGICA DE LA LÍNEA	47
7.1. Punto arquimédico de apoyo	47
7.2. Ingeniería de reversa.....	47
7.2.1. Nicho citacional	47
7.2.2. Lapso estudiado	48
7.2.3. Patrón Fáctico similar	48
7.2.4. Telaraña y puntos nodales	49
7.2.5. Sentencias hito o fundantes:	49
8. SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES	54
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA.....	57

GLOSARIO

Contrato bilateral: acuerdo de voluntades, en el cual las partes se obligan recíprocamente a una prestación de dar, hacer o no hacer.

Jurisprudencia: conjunto de decisiones de las altas Cortes que conforman el sistema normativo.

Línea Jurisprudencial: Es un método de investigación que permite conocer las tendencias y definiciones que sobre un problema jurídico y dentro de un patrón fáctico ha adoptado alguna de las Altas Cortes.

Mutuo disenso: acuerdo bilateral de terminar un contrato

Mutuo disenso expreso: manifestación expresa de las partes de terminar un contrato bilateral.

Mutuo disenso tácito: manifestación tácita de las partes de terminar un contrato bilateral.

Ratio decidendi: Principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica.

Resciliación: como acción judicial que permite la terminación de los contratos.

Rescisión: Figura de derecho sustancial y procesal que busca dejar sin efectos jurídicos al objeto de la obligación o contrato.

Subregla: Formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto.

INTRODUCCIÓN

En virtud del Principio de la autonomía de la voluntad privada, las partes involucradas en un Contrato bilateral, pueden crear, modificar o extinguir el objeto contractual y con ello las prestaciones u obligaciones a las cuales se sujeta cada uno de los contratantes.

Es así, que los contrayentes, pueden finiquitar dicho acuerdo de voluntades y terminar el contrato, sin dar mayor preponderancia a la causa que impulsa tal decisión, lo anterior según permite el artículo 1602 del Código Civil Colombiano. A esta posibilidad se la conoce como Mutuo disenso expreso.

Por otra parte, en muchas circunstancias, las partes incumplen recíprocamente las obligaciones plasmadas en el contrato, y no existiendo una manifestación expresa en cuanto a la voluntad de las partes si de terminar o cumplir con lo allí pactado, este contrato persistiría en forma indefinida hasta que una de las partes se legitime por activa a fin de lograr incoar una acción judicial que posibilite la terminación del conflicto, o a su vez, se adelante la ejecución forzosa de las obligaciones morosas, destrabando así el conflicto.

Es así, que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil de Casación crea la figura a denominarse *Mutuo Disenso Tácito*, la cual responde jurídicamente a solucionar un conflicto entre aquellas partes que incumplan recíprocamente un contrato bilateral, y en el cual ninguna de las partes intenta terminar o ejecutar las prestaciones pactadas.

Sin embargo, la aplicación del mutuo disenso, debe responder inequívocamente a la manifestación tácita de las partes de no cumplir el contrato y a su vez de terminar dicho acuerdo. En otrora, se entendía que el mero incumplimiento bilateral del contrato daba lugar al mutuo disenso tácito.

Con apoyo en la línea jurisprudencial que rodea el tema, se intenta establecer las condiciones y requisitos de procedencia del *mutuo disenso tácito*.

1. MUTUO DISENSO TÁCITO COMO UNA FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES

1.1. FORMAS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

El contrato como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad privada, tiene su soporte legal en lo señalado en el artículo 1602¹ del Código Civil colombiano. Es de esta manera que las partes contratantes establecen el objeto del mismo, así como los vínculos jurídicos a los cuales cada persona se obliga en dicho acuerdo.

De la misma manera, que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada, los contrayentes plasman su voluntad en la configuración de un acuerdo contractual, obligándose cada uno con determinadas prestaciones, así mismo pueden los contratantes extinguir por mutuo acuerdo dicho contrato.

Salvo excepciones, no interesa si se trata de un contrato que se encuentre de forma escrita o verbal, en igual sentido aplica si se trata de un acuerdo en derecho comercial o en derecho civil.

Dentro del giro ordinario de los contratos, existen múltiples situaciones de hecho en las cuales media el incumplimiento de uno de los contratantes o de todas las partes, configurándose diversas soluciones jurídicas a emplear dependiendo del caso puntal a analizar.

Existiendo una clara diversidad de contratos, tales como contratos unilaterales, gratuitos, onerosos, conmutativos, aleatorios, principales, accesorios, reales, solemnes, consensuales, de adhesión, típicos, y atípicos, el análisis de la figura a tratar, el mutuo disenso tácito, es necesario concentrarse en el denominado contrato bilateral.

Dentro de los contratos bilaterales, en el evento de incumplimiento de uno de los contratantes respecto de las obligaciones pactadas en dicho acuerdo, es posible

¹“COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. CODIGO CIVIL. BOGOTÁ: LEYES. 2005. ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

acudir para dirimir un eventual conflicto a lo dispuesto en el artículo 1546 del C.C., el cual enseña lo siguiente:

“CONDICION RESOLUTORIA TACITA: En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

En efecto, la condición resolutoria tácita, permite al contratante cumplido solicitar la resolución del contrato, junto con la reclamación de los perjuicios causados y la indemnización, siendo pertinente señalar, que es necesario observar con detenimiento la estructura de la cláusula penal, si está se estipuló en el acuerdo bilateral.

Con base en esta cláusula resolutoria, la parte cumplida, dependiendo de su interés respecto del contrato, puede adelantar la resolución de dicho acuerdo, o en su defecto, adelantar la acción pertinente a fin de obtener el cumplimiento de las prestaciones incumplidas por su contraparte, adicionándose los perjuicios causados.

En igual sentido, se puede observar la anterior posición, en el Código de Comercio, artículo 870² y 942.

Es de resaltar, que las bases en cuanto a los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que sustente la resolución de un contrato por incumplimiento, a los presupuestos de la solicitud de resciliación son distintos, tal como se observará más adelante.

Con el propósito de que todo contrato nazca a la vida jurídica y produzca efectos, es necesario que se verifique el cumplimiento de los cuatro elementos o requisitos de todo acto o negocio jurídico, a saber, capacidad de las partes, un consentimiento sin vicios, objeto y causa lícita. A falta de uno de ellos y dependiendo de la órbita dispositiva de quien obre como demandante, puede aducir la rescisión de dicho contrato por nulidad absoluta, nulidad relativa o lesión

²Ibidem, “ARTÍCULO 870. <RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN POR MORA>. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”

enorme; por otra parte se adelantará la acción de resciliación por mutuo disenso tácito.

De forma ambigua se puede incoar la acción de resolución del contrato por mutuo disenso.

1.2. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El artículo 1625 del Código Civil Colombiano establece el listado taxativo de las formas como se extinguen las obligaciones, entre ellas están el pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, la declaración de nulidad o por rescisión, la condición resolutoria y por prescripción de la obligación.

Es así, que en el tema objeto de estudio, se encuentra la condición resolutoria, como aquella dispuesta en el artículo 1546 del C.C., como una forma de extinción de los acuerdos bilaterales.

En igual sentido se puede observar el mutuo disenso, en sus dos formas (expreso y tácito), como una forma de extinción de las obligaciones contractuales.

1.3. DERECHO DE ACCIÓN Y POSIBLES ACCIONES JUDICIALES PARA LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los acuerdos contractuales se pueden terminar a través de dos maneras, la primera de forma consensual, en la cual se establecen las condiciones de su finalización o la segunda, cuando una de las partes incumple las prestaciones del contrato, derivándose en consecuencia múltiples posibilidades jurídicas, siendo pertinente observar detalladamente el caso en concreto; empero, se puede sintetizar esas posibilidades de la siguiente manera: frente al incumplimiento total o parcial de uno de los contratantes, se puede acudir a lo señalado en el enunciado normativo del artículo 1546 del Código Civil Colombiano, a través de la cual, la parte cumplida o aquella que siquiera se allane a cumplir con sus obligaciones contractuales, puede a su arbitrio solicitar la resolución del contrato o en su defecto el cumplimiento del mismo. Cabe anotar, que el contrato surtió efectos hacía el pasado, intentando resarcir los perjuicios causados por ello.

Frente a la anterior opción, se encuentra la solicitud de *resciliación*, siendo aquella que se adelanta frente al incumplimiento recíproco de las obligaciones, encontrándose un amplio sector de la doctrina que aduce que es también aquel derecho de acción que se ejerce con el propósito de terminar los efectos de un contrato con obligaciones de tracto sucesivo, manteniéndose aún vigente el contrato suscrito, es decir, se busca terminar con un acuerdo que rige hacia futuro y sus posteriores efectos.

Ahora bien, si el conflicto que se suscita entre los contratantes deviene de un incumplimiento recíproco, este puede solventarse de la siguiente manera: a través de la solicitud de resolución o rescisión según sea el caso, según la tipología de las prestaciones pactadas en el contrato.

Esta disolución puede ser de carácter expreso, o tácita. Expreso cuando así las partes lo convienen dentro del pacto, sin importar si se trata de un contrato de orden escrita o verbal, claro está, que dependerá del tipo de contrato para que surta efectos jurídicos, pues, no acontecerá lo mismo con un contrato solemne que con uno de tipo consensual.

Si la terminación del contrato no se realiza mancomunadamente entre los contratantes, es necesario acudir a la justicia ordinaria, siendo la decisión judicial la que resuelve dicho acuerdo.

1.4. ACCION DE RESOLUCIÓN Y ACCIÓN DE RESCILIACIÓN

Teniendo como soporte el art. 1546 del C.C., el cual enseña lo siguiente:

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

De igual manera, según el artículo 1609 op cit,

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

Se indica que a partir de los enunciados, se establece como reglas de la condición resolutoria de los contratos, los siguientes requisitos:

- a. Que se haya celebrado un contrato con el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos: es de señalar que los de validez son los dispuestos en el artículo 1502 del C.C., los cuales se muestran como requisitos para poder obligarse. Los de existencia son aquellos que se presentan como desarrollo doctrinario, siendo necesario verificar el tipo de contrato, a saber, puede ser el requisito de *solemnidad*.
- b. El cumplimiento por parte del demandante o prueba de haber estado presto a cumplir sus deberes tal como se pactó.

Con el fin de que salga avante la acción resolutoria, es necesario allegar prueba siquiera sumaria del cumplimiento de sus prestaciones u obligaciones de quien adelante la acción, con el objetivo de que la parte demandante se legitime por activa dentro del ejercicio del derecho de acción incoado, máxime si este solicita el reconocimiento de perjuicios. De no probar dicho cumplimiento debe verificarse que la parte activa está dispuesta o se allana a su cumplimiento.

Tal como lo comenta CANOSA TORRADO: *“...el contratante diligente, actor en el proceso de resolución, deberá demostrar que ha cumplido (cuando la ejecución de su obligación debió realizarse previamente a la del deudor) o que esta presto a cumplir (cuando la ejecución de las obligaciones es simultánea). Pero cuando la ejecución de la obligación del actor esta sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición le bastara demostrar su disposición a cumplir en época futura...”*³

- c. El incumplimiento del demandado.

El incumplimiento puede ser total o parcial, es total, cuando se verifique el incumplimiento total por parte del sujeto pasivo de la prestación correspondiente al objeto del contrato. Caso contrario, es parcial, si se denota el cumplimiento de algunas de las prestaciones u obligaciones y otras no se cumplieron o se hicieron de forma sesgada.

³ CANOSA TORRADO, FERNANDO. “La resolución de los contratos . Incumplimiento y mutuo disenso” .Bogotá D.C.. Ediciones Doctrina y ley , Pág. 315.

De igual manera, es necesario corroborar la legitimación por pasiva de la contraparte, es decir, el demandado será el contratante incumplido o deudor.

Los efectos y las consecuencias de la presente acción, es obtener la disolución del contrato, y con la decisión de que las cosas vuelvan a su estado anterior, en la medida de lo posible. Como alternativa frente a la imposibilidad anterior, se condenará a la parte incumplida al pago del valor equivalente del objeto o prestación debida, junto con los perjuicios causados.

Sin embargo, quien demanda para que se le indemnice debe probar que ha sufrido los perjuicios que reclama y cuantificar dichos perjuicios, excepto cuando se trata de sumas de dinero y exista cláusula penal (arts. 1592 y 1619 del C.C.).

Por su parte, la acción de resciliación de los contratos, busca dejar sin efectos jurídicos a los acuerdos bilaterales hacia el futuro, en este orden de ideas, el contrato debe encontrarse vigente o sus prestaciones sean de tracto sucesivo, aplicándose los mismos requisitos de lo señalado para la acción resolutoria.

Dentro de las posibles acciones judiciales a adelantarse por uno de los contratantes, como ya se anotó anteriormente, a fin de tomar el camino procesal correcto, es prudente realizar un análisis pormenorizado de las condiciones fácticas y jurídicas que envuelven el contrato y a sus partes en conflicto. Es así, que si en el acuerdo bilateral no se ha pactado cláusula penal, se puede solicitar por el contratante cumplido o que se allane a cumplir la resolución de dicho acuerdo, más los perjuicios o indemnización causados; en su defecto puede solicitar el cumplimiento de dicho acuerdo más los perjuicios ocasionados por la mora.

Pero si existió pacto penal, es necesario denotar su posibilidad en cuanto a la ejecución del mismo, o buscar un procedimiento declarativo que permita posteriormente la ejecución de la cláusula penal previo reconocimiento judicial.

1.5. CLÁUSULA PENAL

Al efecto, es de prever lo expuesto jurisprudencial y doctrinariamente sobre la cláusula penal, realizando para ello un pequeño recuento de lo concerniente a las normas sustanciales y procesales que se confrontan al respecto.

Si bien el concepto de cláusula penal en Colombia tiene distintas acepciones⁴, tales como configurarse una cláusula de apremio o garantía, también se la considera como una carga sancionatoria o multa. En principio, la cláusula penal se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico como un pago anticipado de perjuicios, connotación diversa de la cláusula entendida como sanción o pena, la cual debe ser expresa según lo reglado por el artículo 1600 del Código Civil.

Bajo el supuesto de entenderse la cláusula penal como un pacto anticipado de perjuicios, se concibe dos modalidades a saber: un pacto anticipado de perjuicios moratorios y pacto anticipado de perjuicios compensatorios; la indemnización de perjuicios moratorios se refieren al retardo o falta transitoria de pago, mientras que la compensatoria son aquellos que se causan con la “inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación”, lo cual quiere decir, que se origina por la falta total o parcial del pago a realizarse. De esta manera, su diferencia se encuentra en que la moratoria es subsidiaria a la ejecución de la obligación principal, en tanto que la compensatoria excluye dicho convenio para sustituir el valor del objeto adeudado en todo o en parte.

Cuando uno de los contratantes incumple sus obligaciones contractuales puede dar lugar al cobro forzoso de la cláusula penal, y frente a la elección de cobrar el pacto indemnizatorio moratorio o compensatorio, esta decisión se encuentra dentro de la ponderación de intereses que realiza cada parte legitimada como acreedora para exigir el cumplimiento de su contraparte, de tal suerte que esta es la que determina si le interesa el cumplimiento del contrato con el cobro de perjuicios moratorios u obtener el pago de la cláusula compensatoria, constituyéndose esta última como una forma de obtener el cumplimiento del contrato.

En igual sentido es de entender que no toda cláusula penal se puede cobrar ejecutivamente, pues dependiendo de su naturaleza, es pertinente adelantar un proceso declarativo, pues este último es el medio por el cual se permite satisfacer materialmente una obligación clara, expresa y exigible a cargo de su deudor, fundamentándose en documentos que tengan la calidad de plena prueba contra su directo obligado, es decir, dentro de una acción coactiva no hay lugar a determinar o declarar la existencia de derechos ni hay lugar a debatir tampoco la existencia del título ejecutivo, como tampoco es facultad del Juez declarar la existencia de

⁴ CASTRO RUÍZ, Marcela. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Edición Uniandes – Temis. 2010. Bogotá.

una obligación, previa interpretación del alcance de las estipulaciones pactadas por las partes.

En conclusión, es la ley, como fuente formal de derecho la que determina cuando un instrumento presta mérito ejecutivo o no.

De acuerdo con lo instruido por el artículo 1594 del C.C., la cláusula penal con la connotación de perjuicios compensatorios, no sería susceptible de ser cobrada a través de un proceso ejecutivo, a excepción de lo dispuesto en los artículos 494, 495 y 500 del C. P. C., normas que permiten su cobro pero de manera subsidiaria al cumplimiento del objeto del contrato; por consiguiente no puede cobrarse los perjuicios compensatorios como pretensión principal, puesto que se vislumbraría la idea de que el Juez está profiriendo una condena en el auto interlocutorio que libra orden de pago o lo que es lo mismo está declarando la existencia de un derecho.

Por otra parte, “la cláusula penal pactada expresamente como moratoria o por el simple retardo y que, por tanto, puede aparejarse a la obligación principal, es susceptible de cobro mediante proceso ejecutivo en los casos y en la medida en que el legislador admita también el cobro de perjuicios moratorios: en obligaciones de dar cosa mueble distinta de dinero (artículos 493 y 499, íb), en obligaciones de hacer (500.1 y 500.3, íb) y en obligaciones de no hacer (502.1, íb)”⁵

En síntesis, es la naturaleza de la cláusula penal la que orienta a la parte demandante para distinguir cuando es susceptible de cobrarse ejecutivamente y es cuando la ley permite cobrar los perjuicios ya sea compensatorios o moratorios, tal como se expuso anteriormente, y en los demás eventos es necesario acudir al proceso declarativo para que el Juez realice la respectiva condena previo cotejo de la actividad probatoria, dinamismo distinto del observado para los asuntos ejecutivos.

De forma concreta en las acciones declarativas tendientes a obtener la manifestación judicial de terminación de un contrato bajo el supuesto del mutuo disenso tácito no da lugar a la reclamación de perjuicios o en su evento al reconocimiento de la cláusula penal. Caso contrario ocurre en la acción de resolución, pues se entiende que existe un contratante cumplido que opta no por

⁵ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Vol. 2 Ed. Doctrina y Ley Ltda.. 2004. Pág. 115. Bogotá D.C..

la ejecución del contrato sino su efectiva terminación, dando lugar al cobro de los perjuicios causados o aquellos perjuicios pactados de forma anticipada en la cláusula penal.

2. MUTUO DISENSO

Dentro de las posibilidades de terminación de los negocios jurídicos bilaterales se encuentran la Resolución y/o Resciliación por mutuo disenso.

De conformidad con lo señalado por el artículo 1602 del C.C., el acuerdo de voluntades legalmente celebrado, constituye ley para las partes, y no puede ser invalidado sin el consentimiento mutuo o por causas legales; este consentimiento mutuo tiene varias acepciones a tratarse, derivándose de ella el mutuo disenso o mutuo consentimiento, el mismo que puede definirse como “el acuerdo de las partes para dejar sin efectos, el contrato previamente celebrado. (...) El mutuo acuerdo, es entonces, una aplicación del principio de la autonomía privada y puede ser expreso o tácito”⁶

2.1. MUTUO DISENSO EXPRESO

Según el citado artículo 1602, permite el mutuo disenso expreso de los contratos, pues en virtud del citado principio de la autonomía de la voluntad privada, los contratantes en ejercicio de las prerrogativas legales que les asisten en cuanto a los derechos reales y personales, pueden finiquitar el contrato válidamente celebrado.

En este evento, se está dejando de lado cualquier tipo de incumplimiento o cumplimiento parcial, es la manifestación expresa de terminar un contrato y por ende finalizar cualquier vínculo jurídico que ate a las partes y sus posteriores efectos jurídicos.

2.2. MUTUO DISENSO TÁCITO

Centrando la atención en el *Mutuo Disenso Tácito*, el mismo que ha sido el resultado del desarrollo jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia⁷, no

⁶ FIERRO MENDEZ, Rafael Enrique. Teoría General del Contrato. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2007. Págs.250 y 251. Bogotá D.C..

⁷ CANOSA TORRADO, Fernando. La Resolución de los contratos. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005. Pág. 131.

encuentra un despliegue propio en la legislación, y se puede conceptualizar como aquel que “se predica de los contratos en los cuales se han incumplido recíprocamente, por los contratantes, las obligaciones a que estaban sometidos.”⁸

De esta manera, se puede afirmar que la conceptualización de las características y el campo de aplicación del Mutuo Disenso tácito no ha sido pacífico, encontrándose distintas posturas a lo largo del manejo jurisprudencial, máxime si se observa el campo de aplicación en las áreas de Derecho Civil y Derecho Comercial, en tanto las variables y situaciones frente a contratos bilaterales son perennes, pues es usual el incumplimiento parcial o recíproco de las obligaciones contractuales.

Frente al incumplimiento de uno de los contratantes, existe como solución jurídica solicitar la condición resolutoria tácita, la cual se encuentra consagrada en el ya mencionado artículo 1546 del C.C..

De conformidad con lo señalado en el artículo 1609 op cit, “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”, siendo este un requisito indispensable para adelantar la acción resolutoria.

Una forma de oposición a la pretensión procesal incoada por la parte actora, es la formulación de la excepción perentoria denominada “*exceptio non adimpleti contractus*”, lo que denota como defensa del demandado el incumplimiento de las prestaciones estipuladas en el acuerdo contractual por la parte demandante y el demandado, es decir, se observa un incumplimiento recíproco, no dando lugar al reclamo de perjuicios por parte del demandante pero si procediendo la resolución o resciliación del contrato según el caso.

Ahora bien, según se ha expuesto, existe solución legal al incumplimiento de uno de los contratantes, sea haciendo uso de los enunciados normativos de los artículos 1602, 1546 y 1609 del Código Civil Colombiano, sin embargo no existe fundamento normativo que permita finalizar un acuerdo de voluntades que ha sido incumplido por parte de los dos contratantes.

⁸ Ibid., Pág. 133.

Frente a la falta de cumplimiento de las obligaciones que le conciernen a una de las partes o inferir el allanamiento a cumplir dichas prestaciones, que a su vez permitiría la legitimación por activa y lograr reclamar la resolución o ejecución del contrato, esta discusión se tornaría indefinida por la ausencia de interés a cumplir con los requisitos que posibilita o habilita a cualquiera de las partes a adelantar la acción declaratoria tal como se ha expuesto en los apartes anteriores, a excepción de los contratos intuitu personae, no extinguirían sus obligaciones contractuales, y permaneciendo incólume el contrato de forma indefinida.

De tal suerte, que la Corte Suprema de Justicia, con el propósito de brindar una solución jurídica a este tipo de situaciones, en virtud del desarrollo jurisprudencial expone como una forma de extinción de obligaciones bilaterales el incumplimiento mutuo de dichas prestaciones.

Como enseña el profesor Hinestroza Forero, en lo que denomina “mutuo disenso (distracto) por conducta concluyente en los contratos bilaterales”:

“Ello conduce a la imposibilidad de seguir adelante en la ejecución de las prestaciones, como también de eliminar los efectos del contrato, con el riesgo de desequilibrios e injusticias mayúsculos en fuerza de lo ejecutado hasta entonces, parálisis insoluble que mantuvo inveteradamente la jurisprudencia. Con todo, desde hace algo más de veinticinco años, la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, con oscilaciones, comenzó a abrir la posibilidad de obviar esa paralización ad eternum del contrato bilateral mutuamente incumplido, tomando ese incumplimiento bilateral como un desistimiento mutuo o una conducta concluyente en el sentido a destruir. Hoy parece estabilizada su posición en el sentido de interpretar la coincidencia de ambas partes en su negativa de ejecutar sus obligaciones como un desistimiento o convenio de retractación, de manera de poder deshacer y liquidar razonable y equitativamente un contrato que habiendo surtido algunos efectos, las partes no quieren continuar ejecutando, pero tampoco quieren declarar terminado.”⁹

Es de prever distintas situaciones alrededor del concepto de mutuo disenso tácito.

⁹ HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las obligaciones. Ed. Universidad Externado de Colombia. Págs. 900-901. Bogotá D.C..

Una de ellas será la inejecución recíproca de los contratantes, sin mayor intención de los intervinientes de cumplir o en su defecto de terminar el contrato.

La siguiente situación fáctica, es que frente a la falta de ejecución de las prestaciones a las cuales se encuentran obligados los contrayentes, está la intención de las partes de terminar dicho contrato, así no lo manifiesten de forma expresa.

En orden a brindar una respuesta al anterior problema, la Corte Suprema de Justicia, empieza señalando que el incumplimiento recíproco de las partes en un contrato bilateral da lugar a la aplicación del mutuo disenso tácito.

Sin embargo, posteriormente, aunado al incumplimiento recíproco se añade que las partes deben evidenciar inequívocamente su intención de finiquitar aquel acuerdo de voluntades para que proceda con la figura jurídica ya mentada, tal como se explica en el siguiente apartado jurisprudencial:

“En Sentencia de Casación de Septiembre 23 de 1974, dijo la Corte:...” La voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer. (...) 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 los fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso (...) contra el resultado inaceptable de entenderlas sometidas a la indefinida expectativa de que – en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le de vigencia definitiva a través de la prescripción..”¹⁰

¹⁰ Ibid., Pag. 900.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA LÍNEA.

Con el propósito de visualizar el alcance del *Mutuo Disenso Tácito*, es necesario observar su desarrollo jurisprudencial, máxime si se trata de una figura creada por ficción judicial y no legal.

Como se denotó en el capítulo anterior, en un inicio, el sólo incumplimiento recíproco de las partes respecto de las obligaciones contractuales y sin mayores pretensiones, daba lugar a originarse el mutuo disenso tácito y como consecuencia de ello se declare vía judicial la terminación del contrato.

Sin embargo, de forma posterior, no sólo el incumplimiento recíproco configuraba el mutuo disenso, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil de Casación, indica que es necesario aunarse la manifestación inequívoca de las partes en cuanto a su intención de finiquitar dicho contrato, y sólo en cumplimiento de tales condiciones se configura el mutuo disenso tácito.

En síntesis, resulta necesario evidenciar el tramo de la línea jurisprudencial entorno al presente tema, con apoyo al *análisis dinámico* de sentencias

Con el propósito de visualizar la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia respecto del tema tratado, es necesario realizar un “*análisis dinámico*”¹¹ de la jurisprudencia obrante sobre ello.

Al efecto, se parte de un análisis estático que se realiza sobre cada sentencia obtenida, posteriormente con fundamento en determinadas herramientas tales como el *patrón fáctico*, *sentencias relevantes* (sentencias hito) y estructurar la teoría según los pronunciamientos estudiados.¹²

Posteriormente, hilando la posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a través de los distintos pronunciamientos proferidos se logrará entender de forma coherente la variación de los requisitos de la procedencia del Mutuo disenso tácito, siendo este el *análisis dinámico* de la línea jurisprudencial propuesta.

¹¹ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Ed. Legis, Bogotá. 2006. Pags. 139 y ss.

¹² *Ibidem*. 140.

Con base en lo anterior, se procede en el siguiente capítulo a realizar un análisis estático¹³ de cada sentencia y posteriormente se realizará el correspondiente análisis dinámico.

¹³ Op, cit. Pag. 193.

4. ANÁLISIS ESTÁTICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático	
ASPECTOS FORMALES	
4.1. Denominación: Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	
Magistrado ponente: Dr. Alberto Ospina Botero	
Supuestos fácticos: Proceso ordinario adelantado por L.B. De Gómez frente a A.R.C., los contratantes celebraron un contrato de promesa de compraventa sobre un bien inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá. Se fijó un término de ocho meses para la suscripción de la escritura pública contados a partir del contrato (5 de julio de 1972). En caso de incumplimiento, se pagará la suma de Cien mil pesos al contratante cumplido. A pesar de que la demandante ha estado dispuesta a cumplir con las obligaciones contractuales, el demandado no ha comparecido a suscribir la escritura pública en razón que no posee el bien prometido. Según describe la sentencia del Tribunal, la parte demandante entrega un bien inmueble estimado en \$300.000.000.00, más dinero en efectivo \$300.000.000.00, fijándose un fecha precisa para suscribir la escritura, sin embargo ninguno de ellos acudió a la notaria en el plazo pactado, en consecuencia evidenciándose un incumplimiento recíproco.	
ASPECTOS DE FONDO	
Problema Jurídico: La Corte entra a evaluar dos cargos, el primero respecto de la falla técnica que en que incurre el recurrente al atacar la sentencia del Tribunal por interpretación errónea del art. 1546 del C.C., en tanto el Tribunal no invoca tales preceptos. El segundo cargo infiere el siguiente problema : ¿es la acción resolutoria la aplicable frente al incumplimiento de las partes o solo está legitimado aquel que se allane o cumpla con sus obligaciones?	
Ratio Decidendi: La Corte Suprema de Justicia señala, que efectivamente la Condición resolutoria es aplicable para aquel contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir con sus obligaciones en contratos bilaterales, ostentando la posibilidad del cumplimiento o de la resolución del contrato y si ninguna cumple, procediendo de mutuo consentimiento dejar sin efectos el negocio jurídico bilateral, lo anterior con fundamento en el artículo 1602 del C.C., lo anterior a través del mutuo disenso tácito, la que requiere una intervención judicial, siendo necesario la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las obligaciones contractuales, debiéndose entender la conducta de los contratantes de no cumplir con el contrato como una manifestación de “anonadar el vínculo contractual”. Por otro lado, no se puede confundir la disolución del contrato por resolución, ya que esta posibilidad corresponde a una forma legal de terminación del negocio (Art. 1546 C.C.) respecto de la disolución del contrato por mutuo disenso	
Decisión: La Corte Suprema de Justicia, no despachando favorablemente las pretensiones por parte del Tribunal, tampoco casa la sentencia, por lo cual no prosperan los cargos alegados.	
TIPOS DE CITACIÓN	
Caótica	

Conceptual
Analógica restringida
Analógica abierta
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS En esta sentencia fundadora, se puede establecer como subregla la siguiente: 1. Con soporte en lo prescrito en el artículo 1546 del C.C., todo contrato bilateral tiene implícita la condición resolutoria cuando existe incumplimiento de los contratantes. 2. Cuando el incumplimiento sea recíproco, procede el mutuo disenso tácito.
Anotaciones

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático	
ASPECTOS FORMALES	
4.2. Denominación: Sentencia de 7 de diciembre de 1982. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	
Magistrado ponente: Dr. Jorge Salcedo Segura	
Supuestos fácticos: Se arguye un contrato de promesa de permuta respecto de un predio triangular de dos hectáreas y unos ganados, este bien se destinaría para vivienda del prometiende comprador. El precio fue de Quinientos millones de pesos, pagándose Doscientos millones y el saldo con ganado. Así mismo se obligaron a realizar varias obligaciones de hacer. Se fijó una fecha precisa y determinada para la suscripción de la correspondiente Escritura pública, pero ninguna de las parte asistió como tampoco ninguno de los dos se encontraba a paz y salvo respecto de los impuestos adeudados. El inmueble fue entregado materialmente. En ese orden de ideas se adelanta proceso ordinario para obtener la resolución del contrato por incumplimiento del comprador. De forma subsidiaria se solicitó la nulidad del contrato. Se constata que efectivamente el demandado canceló la totalidad del precio pactado. Es así que en Apelación, el Tribunal de Bogotá decide terminar el contrato por mutuo disenso tácito.	
ASPECTOS DE FONDO	
Problema Jurídico: Como primer cargo se alude la violación directa de los artículos 1603, 1604, 1608, 1609, 1620, 1621, y 1622 del C.C. como consecuencia de una mala apreciación del contrato de promesa y sus pruebas, no existiendo incumplimiento del demandado, es así que la Corte identifica dos problemas: 1. Que el demandado no incumplió con sus obligaciones y 2. En el supuesto de incumplimiento, no hay prueba de declarar disuelto el contrato por mutuo disenso tácito.	
Ratio Decidendi: El acreedor que también ha incumplido con sus obligaciones no le da derecho a exigir el cumplimiento como tampoco la ejecución del contrato, caso contrario puede adelantar las posibilidades descritas en el artículo 1546 del C.C.. Ahora bien, aducir que el mero incumplimiento contractual puede derivar el mutuo disenso, es elevar el incumplimiento como un modo de extinción de las obligaciones y/o acciones. En nuestra legislación civil si se establece norma expresa respecto del incumplimiento recíproco, en tanto el art. 1609 op cit, establece que si en los contratos bilaterales ninguno cumple con sus obligaciones, estos no entran en mora, cuya consecuencia inmediata es perder la reclamación de perjuicios y cláusula penal. Sin embargo cualquiera de ellos puede demandar la obligación principal o su resolución, pero sin los perjuicios, indemnización y cláusula penal, no resultando aplicable la figura del mutuo disenso tácito	
Decisión: La Corte Suprema de Justicia, mantiene la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios, pero “no por mutuo disenso sino por incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes...”	
TIPOS DE CITACIÓN	
Caótica	
Conceptual: 5 de noviembre de 1979	

Analógica restringida
Analógica abierta
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS 1. Frente al incumplimiento recíproco del acuerdo bilateral, ninguno se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte. 2. No se puede asemejar el simple incumplimiento recíproco como una forma de extinción de las obligaciones. 3. Se puede adelantar la acción judicial tendiente a obtener el cumplimiento de la obligación principal o la resolución del contrato, sin el cobro de perjuicios o cláusula penal en aquellos casos de incumplimiento recíproco.
Anotaciones

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático	
ASPECTOS FORMALES	
4.3. Denominación: Sentencia de 15 de julio de 1985. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	
Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández	
Supuestos fácticos: A través de un Contrato de promesa de compraventa de bien inmueble, se pactó la transferencia del bien con varios pagos en distintos instalamentos, fijándose de igual manera una fecha precisa para la suscripción de la escritura pública. Ahora bien, el vendedor demanda la resolución del contrato con fundamento en la falta oportuna de los pagos de dinero prometidos, como tampoco de los intereses convenidos. El demandado tampoco concurrió a la Notaria, configurándose varios elementos de incumplimiento, debiéndose en consecuencia terminar el contrato por mutuo disenso tácito en tanto fue la causa para que el demandante desistiera del cumplimiento de sus obligaciones. El demandado en demanda de reconvención afirma haber pagado la totalidad del precio pactado el demandante está obligado a cumplir con la transferencia del bien inmueble	
ASPECTOS DE FONDO	
Problema Jurídico: Se ataca la sentencia del Ad quem a través de tres cargos, planteándose como principal interrogante que a la falta de pruebas del cumplimiento de una de las partes de sus obligaciones, se constata el incumplimiento recíproco, así mismo la falta de interés de las partes de resolver o cumplir el contrato daría lugar al mutuo disenso tácito?	
Ratio Decidendi: En el expediente no se prueba que alguna de las partes hayan dado lugar al cumplimiento de sus obligaciones, siendo necesario acudir al a figura del mutuo disenso tácito por el simple incumplimiento de las obligaciones contractuales para disolver el negocio jurídico, lo anterior ante la evidente manifestación de los contratantes de salir avante con las obligaciones endilgadas a cada uno.	
Decisión: No prosperan los cargos resaltados.	
TIPOS DE CITACIÓN	
Caótica	
Conceptual: sentencia de 5 de noviembre de 1979	
Analógica restringida	
Analógica abierta	
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS	
El mero incumplimiento recíproco de las partes da lugar a la aplicación del mutuo disenso tácito del contrato de promesa de compraventa.	
Anotaciones	

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático	
ASPECTOS FORMALES	
4.4. Denominación: Sentencia de 5 de junio de 2007. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	
Magistrado ponente: Dr. Edgardo Villamil Portilla	
Supuestos fácticos: Se pretende la disolución de contrato de promesa de compraventa contraído entre una persona natural y el Banco Comercial de Barranquilla, en liquidación, en tanto el Banco se comprometió a transferir el predio prometido, sin embargo la posesión no se hizo efectiva por encontrarse el inmueble ocupado por colonos. Por otra parte, ninguno de los contratantes acudieron a la Notaria en la fecha indicada. El juez de primera instancia deniega las pretensiones infiriendo falta de legitimación por activa y el Tribunal de turno resuelve el asunto declarando probada la excepción de prescripción.	
ASPECTOS DE FONDO	
Problema Jurídico: La Corte Suprema de Justicia, trata de disolver la siguiente incógnita: ¿en el evento de pactarse el cumplimiento de varias obligaciones sucesivas, la desatención de la primera libera a los contratantes de su cumplimiento?	
Ratio Decidendi: Entratándose de varias obligaciones que deben ser cumplidas sucesivamente en el tiempo, el mutuo disenso tácito puede originarse en el incumplimiento de las primeras obligaciones y no en las subsidiarias, lo anterior, frente al argumento que la obligación de acudir a la Notaria nunca nació en razón a obligaciones previas como garantizar la posesión efectiva al comprador, de esta manera prescribiéndose las obligaciones en tanto transcurrió más de veinte años. Es así que se puede observar que no existe “desinencia de la voluntad contractual” sino una recíproca acusación de incumplimiento, en tanto cada uno de los contratantes infiere reclamar el cumplimiento de su contraparte, no habiendo vestigios de disolver tácitamente el contrato, por tanto no acudiendo a la figura de mutuo disenso tácito.	
Decisión: No prospera el cargo alegado.	
TIPOS DE CITACIÓN	
Caótica	
Conceptual	
Analógica restringida	
Analógica abierta	
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS Es necesario discernir con precisión los supuestos fácticos como soporte del petitum, pues en ese orden de ideas no se puede acudir a la figura de mutuo disenso tácito cuando una de las partes pretende el cumplimiento del contrato por su contraparte.	
Anotaciones: La sentencia no refiere ningún tipo de citación.	

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático
ASPECTOS FORMALES
4.5. Denominación: Sentencia de 14 de diciembre de 2010. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.
Magistrado ponente: Dr. Arturo Solarte Rodríguez
Supuestos fácticos: En demanda ordinaria se pretende la resolución de un contrato de promesa de compraventa de inmueble por incumplimiento de la parte demandada en tanto no pagó el precio acordado. Como pretensión subsidaria se solicita se declare resuelto por mutuo disenso ante el incumplimiento de la parte demandada y la voluntad del actor de no perseverar con el contrato. Como segunda pretensión subsidaria solicita se decrete la nulidad del referido contrato por falta de requisitos esenciales. El contrato no se perfeccionó en tanto no se presentaron los paz y salvos que estaba obligada la promitente compradora a presentar, retractándose del negocio la vendedora. El juez de conocimiento deniega las súplicas de la demanda, así como las excepciones alegadas por la parte pasiva y declara mutuamente incumplido el contrato y resuelve el contrato sin perjuicios para las partes. El Tribunal de Neiva, decide modificar el fallo, en tanto sostiene que las partes muestran la intención de persistir con el contrato celebrado, no siendo plausible la figura del mutuo disenso tácito.
ASPECTOS DE FONDO
Problema Jurídico: Frente a la actitud de uno de los contratantes de deshacer el contrato puede operar la resolución del contrato o el mutuo disenso cuando su contraparte persiste en el vínculo contractual?
Ratio Decidendi: A fin de proceder de conformidad, se elucidan los supuestos relatados en el artículo 1546 del C.C., en tanto se exige del actor el cumplimiento de sus obligaciones por lo menos estar presto a ellas, facultándose la legitimidad de la acción resolutoria. Por otra parte, la resciliación es una prerrogativa que le asiste a las partes para deshacer el vínculo contractual. Respecto del mutuo disenso tácito requiere necesariamente el abandono recíproco de las prestaciones que se derivan del contrato y se exteriorice el propósito de los contratantes de no persistir con las obligaciones contractuales, el cual debe aniquilarse. Es así que se reafirma lo expuesto, en tanto “s preciso que “la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de ‘desistencia’ que constituye su sustancia” (Cas. Civ., sent., mar. 7/2000; se resalta).” En el plenario se demuestra que la parte demandante ha estado dispuesta a deshacer el contrato, no concurriendo el mutuo disenso por su contraparte.
Decisión: La H. Corte Suprema de Justicia revoca la decisión tomada por el Tribunal y deniega las excepciones propuestas por los demandados, acogiendo a la primera pretensión del líbelo demandatorio, resolviendo el contrato por el retracto de la actora. Disponiendo la restituciones mutuas.
TIPOS DE CITACIÓN

Caótica
Conceptual: sentencia 1 de diciembre de 1993, Sentencia, marzo. 7/2000
Analógica restringida: G.J., tomo CLIX, págs. 309 y ss
Analógica abierta: sentencias de 12 de agosto de 1974, nov. 5/79, jul. 16/85, jun. 7/89, sep. 15/98, y feb. 12/2007.
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS 1. Se establece como subregla el incumplimiento o abandono recíproco de las obligaciones contractuales para que proceda el mutuo disenso tácito. 2. Se exteriorice la intención de no continuar con el contrato, de no persistir con las obligaciones pactadas
Anotaciones

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático	
ASPECTOS FORMALES	
4.6. Denominación: Sentencia de 16 de abril de 2002. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.	
Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno	
Supuestos fácticos: Solicita la parte actora se resuelva el contrato de promesa de compraventa de un lote de terreno y su construcción, junto las indemnizaciones que hubiere a lugar. Sin embargo, pesaba sobre el bien una hipoteca que la vendedora se comprometió a cancelar, incumpliendo con tal obligación, por tanto el comprador se abstiene de cumplir con su prerrogativas. No obstante, el vendedor intenta mantener el contrato, cancelando a su contraparte la suma de diez millones de pesos, sin cumplir con el saldo total. La vendedora contesta la demanda, negando las pretensiones y a su vez adelantando demanda de reconvencción para que se declare resuelto el contrato por incumplimiento de su comprador. El Juzgador de primera instancia declara no probadas las excepciones, resuelve el contrato y ordena la restitución mutua de las prestaciones, sin lugar a cobrar perjuicio alguno. El Tribunal revoca la sentencia y declara la nulidad del contrato de promesa, ordenando la restitución al demandante – comprador la suma de treinta millones de pesos más la corrección monetaria e intereses legales.	
ASPECTOS DE FONDO	
Problema Jurídico:	
Ratio Decidendi: Se involucra en la decisión los factores determinantes de una nulidad absoluta por falta de requisitos formales en la configuración de la promesa de compra venta, no lográndose comprobar tales requisitos se analiza la resolución del contrato por incumplimiento mutuo, necesiéndose comprobar que aparte del incumplimiento exista la conducta de las partes de disolver el negocio jurídico. Si bien del acervo probatorio no se denota explícitamente esta situación, en tanto las partes persistieron en el cumplimiento de sus obligaciones, se les atribuye recíprocamente el incumplimiento de sus obligaciones a fin de argumentar cada una a su favor la resolución del contrato. De esta manera, es el vendedor quien incumple primero las obligaciones, dando lugar a la absolucón de la parte demandada de los efectos graves endilgados para el incumplimiento de las obligaciones.	
Decisión: La Corte Suprema de Justicia no casa la decisión tomada por el Tribunal.	
TIPOS DE CITACIÓN	
Caótica	
Conceptual	
Analógica restringida	
Analógica abierta	
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS	
Se verifica como requisito del mutuo disenso tácito, la conducta inequívoca de las partes	

involucradas de disolver el negocio jurídico. Si persisten en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, no procede el mutuo disenso.

Anotaciones: Ninguna citación.

MUTUO DISENNO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático
ASPECTOS FORMALES
4.7. Denominación: Sentencia de 7 de marzo de 2000. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.
Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno
Supuestos fácticos: Se adelanta proceso ordinario solicitándose se declare resuelto un contrato de promesa de compraventa de bien inmueble denominado “El Amarilla”, suscrito el día 4 de septiembre del año 1973, por Campo Elías Rodríguez (q.e.p.d.) y Teodiselda Sierra de Rodríguez. De igual forma se solicitó restituir la posesión del bien inmueble, junto con los frutos civiles y naturales causados a partir de recibir el bien. Dentro de la obligaciones pactadas, se encuentra que el día 28 de febrero de 1974 se firmaría en la Notaría 10ª de la ciudad de Bogotá la escritura pública de compraventa del bien descrito, ahora bien, el documento público pese a la asistencia de los contratantes no se suscribió en razón a que el vendedor no era el propietario del bien sino el poseedor fruto de la adquisición de derechos y acciones de un legatario. Posteriormente se entregó los documentos necesarios al señor Ricardo Vanegas Melendez, con el propósito de que la sociedad “SECAL LTDA.”, adelante un proceso de pertenencia que nunca adelantó, de esta manera el Sr. Campo Elías Rodríguez propuso una demanda reivindicatoria contra la mentada sociedad, para recuperar la posesión del bien, pretensión que fue negada en razón a la falta de legitimación por no ser el propietario, debiéndose adelantar las acciones judiciales propias derivadas del incumplimiento del contrato. De igual manera, Señor Campo Elías Rodríguez adelantó demanda ordinaria de pertenencia, proceso que resultó infructuoso por no acreditar la posesión del bien. En los supuestos fácticos relata lo siguiente tal como se describe en la sentencia : “f) En virtud de las decisiones judiciales relatadas, los prometientes vendedores se colocaron “en imposibilidad jurídica absoluta de cumplir con lo estipulado en el contrato de promesa” y, a su vez, la sociedad demandada evidenció “su intención de no cumplir lo estipulado en la citada promesa”, por lo cual “no queda otra solución para no mantener indefinidamente esta situación, que la de solicitar la resolución de la promesa y las consecuentes restituciones a que haya lugar””. Por su parte, el demandado Ricardo Vanegas Melendez contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepción previa de contrato no cumplido, ineficacia jurídica del contrato de promesa de contrato de compraventa e imposibilidad de transferencia del dominio del predio en cuestión. De esta manera, la primera instancia resuelve el asunto denegando las pretensiones, decisión que fue confirmada por el Tribunal
ASPECTOS DE FONDO
Problema Jurídico: El máximo Tribunal, analiza dos cargos dentro de la presente sentencia, el primero respecto de la falla prevista en el numeral quinto del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en tanto se aduce falta de jurisdicción infiriéndose pertenecer el asunto a la jurisdicción de Familia. El segundo cargo acusa la violación indirecta de errores de hecho en la apreciación probatoria de los siguientes artículos 740 y 1609 del Código Civil por aplicación indebida, y por falta de aplicación de los artículos 1602, 1603, 1608, 1613, 1614, 1615, 1620, 1621, 1622, 1624, 1625, 1544, 1546, 1746, 962, 752 y 756 del Código Civil.

Ratio Decidendi: A fin de resolver el segundo cargo, la Corte Suprema de Justicia, realiza un análisis del desarrollo de los contrato bilaterales y sus consecuentes efectos jurídicos, tales como ocurre con la el incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo anterior a fin de obtener la resolución del mismo por incumplimiento; frente a esta situación se necesitan el lleno de ciertos requisitos, lo anterior a fin de que prospere la acción procesal por incumplimiento del acuerdo, a través de la condición resolutoria tácita, no siendo posible de esta manera sustraerse de la las obligaciones contraídas De esta manera no procede la resolución del negocio contractual en la medida que la parte solicitante también ha incurrido en el incumplimiento, siendo necesario el desarrollo de las obligaciones tratadas, resultando en consecuencia la contraparte el incumplido, lo anterior a fin de adelantar la acción resolutoria. Empero, puede acontecer que ninguno de los contratantes cumpla con sus obligaciones, descartándose la posibilidad de la resolución que cualquiera invoque de conformidad con el artículo 1546 del C.C., dando lugar la mutuo disenso o distracto contractual, la cual se origina en los artículos 1602 y 1625 del C.C., figura jurídica que permite la extinción de la relaciones jurídicas cuya fuente es el contrato, definiéndose en palabras de la Corte como “la voluntad coincidente de las partes interesadas, expresada ella en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo expreso o tácito, en el sentido de consentir la disolución del vínculo. ”Es así, que el mutuo disenso tácito, es necesario esclarecer “que no siempre que medie el incumplimiento de ambos contratantes y por consiguiente que el artículo 1546 del Código Civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica de 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 voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...” Tal como lo explica la Corte, es necesario que la conducta de las partes sea lo suficientemente clara al señalar la intención de las dos parte de desistir del contrato suscrito, no basta que una de ellas concurra al incumplimiento por la conducta negligente de su contraparte, cambiando las pretensiones sustancialmente en la medida que solicita con carácter restitutorio los efectos propios de una resolución por el incumplimiento. A pesar de los anteriores argumentos, dentro del caso concreto en estudio, las partes controvierten la acción resolutorio y no se avizora conductas de mutuo disenso, tal es así que se propone como excepción perentoria la de contrato no cumplido
Decisión: La Corte Suprema de Justicia, no despachando favorablemente las pretensiones por parte del Tribunal, tampoco casa la sentencia, por lo cual no prosperan los cargos alegados.
TIPOS DE CITACIÓN
Caótica
Conceptual
Analógica restringida:(G. J. Tomo CLXXX, pág. 130y Tomo CLVIII, pág. 217
Analógica abierta
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS

1.- En el evento de configurarse el incumplimiento de los contratantes, y si ninguno de ellos a cumplido con su obligación o siquiera se allane a realizar la prestación debida, se debe descartar la acción resolutoria prevista con fundamento en el artículo 1546 del C.C.

2.- Existen marcadas diferencias entre el incumplimiento resolutorio y el mutuo disenso, sin embargo son de fácil confusión por el órgano jurisdiccional. A través del incumplimiento resolutorio de forma unilateral por parte del contratante cumplido del negocio jurídico tiene la facultad de solicitar las restituciones y aquellas indemnizaciones por daños tenga a su favor.

A diferencia que por el mutuo disenso, la figura jurídica opera sobre la base de la convención extintiva del acto jurídico que se originó con el contrato, sin lugar a indemnizaciones o resarcimiento alguno.

3.- El incumplimiento resolutorio, resulta del contratante cumplido o de la mora de alguno de las partes.

Anotaciones

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático
ASPECTOS FORMALES
4.8. Denominación: Sentencia de 17 de septiembre de 1954. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.
Magistrado ponente: Dr. Alberto Zuleta Ángel
Supuestos fácticos: Los señores Abelardo Gómez Bautista y Graciela Rodríguez de Gómez, vendieron un bien inmueble a Isaías E. Pérez, bien ubicado en el Municipio de Usme, por la cantidad de Diez mil pesos, a pagarse de la siguiente manera: Quinientos pesos al momento de suscribirse la escritura pública, seis mil pesos el día 25 de julio de 1951 y la suma de tres mil quinientos pesos el día 15 de marzo de 1952. Por su parte, los vendedores se obligarán a entregar real y materialmente el bien el día 25 de julio de 1951. Para garantizar el pago de los \$6.000.00 se hipotecó el bien comprometido, y para garantizar el pago de los \$3.500.00 se da en garantía real otro bien ubicado en el Municipio de Pasca, el mismo que posteriormente se vendería al acreedor en dación de pago de la obligación respecto de los \$3.500.00. Sin embargo, los esposos Gomez Bautista y Graciela Rodriguez de Gómez, demandan a Isaías Pérez por el incumplimiento del acuerdo original, en tanto no entregó las sumas acordadas, esto es los \$500 pesos sino solamente \$200 pesos, así como la suma de \$6.000 pesos. La demanda de resolución de contrato no prospera en razón de la excepción de contrato no cumplido propuesta por la parte pasiva. Por su parte, el Tribunal revoca el fallo en consideración de verificarse el incumplimiento recíproco de las partes, dando lugar a la resolución del contrato
ASPECTOS DE FONDO
Problema Jurídico: El interrogante jurídico refiere a si frente al incumplimiento de las partes de sus obligaciones contractuales opera o no la resolución de los contratos?
Ratio Decidendi: Dentro de los contratos bilaterales, es requisito sine qua non el cumplimiento de las propias obligaciones para que se pueda exigir el cumplimiento o la resolución del contrato respecto de su contraparte. “Que esta regla sobre ejecución simultánea de las obligaciones sólo deja de aplicarse: a) cuando las mismas partes han señalado el orden en que deben ser cumplidas tales obligaciones, caso en el cual el contratante a quien le corresponde cumplir en primer término no puede rehusar el cumplimiento; y b) cuando la naturaleza misma del contrato, como ocurre en algunos contratos de tracto sucesivo, se opone al cumplimiento simultáneo de las respectivas obligaciones;” Es así que se debe demostrar el cumplimiento de la obligación por parte del contratante cumplido que exige, a su vez, la parte deudora puede anteponer la excepción de contrato no cumplido, de conformidad con el artículo 1609 del C.C., lo anterior por cuanto los contrato deben ejecutarse de buena fe Que para proponer eficazmente la excepción de contrato no cumplido, sólo se requiere: a), que el excepción ante obre de buena fe; y b), que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo; Ahora bien, para que proceda la excepción enunciada, no es necesario que quien la alegue

demuestre el cumplimiento de sus obligaciones, de esta manera, procede la excepción frente al incumplimiento recíproco de las obligaciones. En esta ocasión, la Corte señala que la acción resolutorio prospera cuando el deudor está constituido en mora, situación donde el demandante debe demostrar que ha cumplido con sus obligaciones y de esta manera legitimar su acción procesal. En el caso del incumplimiento recíproco, no es posible aducirse la acción resolutorio y a ninguno se lo puede considerar en mora, sólo resta según cita en fallo de 25 de marzo de 1950, lo siguiente: <i>“en el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2° del artículo 1546 del C. C., situación ésta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las respectivas acciones”.</i> Finalmente, la Corte explica que en el evento de encontrarse un incumplimiento recíproco de las obligaciones, y se aduzca la excepción de contrato no cumplido, esta “no persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales” y que “equivale, por su estructura y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo”.
Decisión: La Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia, despachando favorablemente la resistencia de las pretensiones, formulada por la pasiva.
TIPOS DE CITACIÓN
Caótica: 25 de marzo de 1950
Conceptual: 29 de febrero de 1936, 23 de marzo de 1943, junio 13 de 1946 y 25 de marzo de 1950 (G. J., Tomos 43, 55, 60 y 67, respectivamente)
Analógica restringida
Analógica abierta
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS Para proponer eficazmente la excepción de contrato no cumplido, sólo se requiere: a), que el excepcionante obre de buena fe; y b), que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo;
Anotaciones

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático
ASPECTOS FORMALES
4.9. Denominación: Sentencia de 1 de diciembre de 1993. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.
Magistrado ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Supuestos fácticos: Entre las partes procesales se celebró una promesa de compraventa de un bien inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, en razón que los promitentes compradores, parte demandada no realizaron los pagos en las fechas estipuladas, de esta manera se adelantó proceso ordinario de resolución de promesa de compraventa, solicitándose en consecuencia la restitución del bien inmueble y el pago de perjuicios estimados en suma superior a \$16.000.000.00, así mismo se solicita se cancelen la suma de \$6.744.000, por concepto de incremento de la UPAC, y los intereses moratorios correspondientes. Frente a las pretensiones del demandante, se proponen las siguientes defensas de fondo: ilegitimidad en la persona demandante por cuanto se vendió el predio a un tercero, inexistencia del incumplimiento de la parte demandada e imposibilidad del demandante del cumplimiento del contrato de promesa de compraventa. De tal suerte que el juez de primera instancia concede la falta de legitimación por activa y deniega las pretensiones. Por su parte, en sede de apelación el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoca parcialmente el fallo, considerando que el negocio era válido en tanto existía una cesión del crédito sobre la cual se notificó el deudor, por otra parte, se aduce la posibilidad de aplicación de lo dispuesto por el citado artículo 1546 del C.C., en tanto se evidencia el incumplimiento recíproco de las partes de las obligaciones contractuales.
ASPECTOS DE FONDO
Problema Jurídico: La Corte entra a evaluar dos cargos, invocándose una falta al interpretar erróneamente el art. 1546 del C.C., en tanto el Tribunal no invoca tales preceptos. El segundo cargo infiere el siguiente problema : ¿Frente al incumplimiento recíproco de las obligaciones las cuales denotan la clara intención de no realizar el contrato existe un incumplimiento resolutorio o se entiende el mutuo desistimiento tácito?
Ratio Decidendi: En obligaciones contractuales bilaterales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1546 del C.C., va implícita la posibilidad de adelantar la resolución de dicho contrato por el incumplimiento, siempre y cuando se verifique por parte de quien adelanta esta figura jurídica el cumplimiento de sus obligaciones, es así que no es posible inferirse esta solución cuando las partes han incurrido en faltas a sus obligaciones recíprocas y de ejecución simultánea no puede facultárseles la resolución tácita de sus obligaciones en virtud de la inseguridad jurídica que apoyaría a todos los contratantes incumplidos, tal como lo enseña la Corte: “Lo natural es entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en”... en caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2do del artículo 1546 del Código Civil... ”, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda

culpa, habiendo cumplido escrupulosamente con sus deberes, al paso que sea la otra quien de modo a ella imputable no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente."

De igual manera la Corte, señala que el negocio jurídico no puede resultar atascado hasta que alguno de los contratantes cumpla los requisitos de la acción resolutoria, o la "indefinida expectativa" del cumplimiento o del paso del tiempo para invocar la prescripción de las obligaciones, frente a lo cual es posible aducirse el mutuo disenso, entre sus dos variables: el expreso y el tácito. Frente al mutuo disenso tácito, se explica como "una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada gama de circunstancias que pueden dar lugar a la extinción sobreviniente de relaciones jurídicas de fuente contractual dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución del artículo 1546 del Código Civil, toda vez que en tanto esta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir por una causa legal, en la hipótesis del mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas, expresada ella en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo expreso o tácito en el sentido de consentir la disolución que de semejante estado de cosas se desprende, es decir, emergente de una auténtica convención extintiva con contenido negativo y por lo mismo contrario al del contrato desatendido, convención que al tenor de cuanto se dejó apuntado líneas atrás, puede hacerse explícita o venir determinada por la actitud displicente de los contratantes frente al cumplimiento de sus respectivas obligaciones y rotunda por lo tanto en poner de presente, valga reiterar, el querer implícito y recíproco de ellos enderezado a no impedir la frustración definitiva de dicho contrato."

Decisión: La Corte Suprema de Justicia, no casa la sentencia.

TIPOS DE CITACIÓN

Caótica

Conceptual CLXXX, Pág. 130, CLVIII, Pág 217.

Analógica restringida

Analógica abierta—Tomo CLIX, pags. 309 y ss.

SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS

- 1.- Con el propósito de que salga avante la figura de mutuo disenso tácito no sólo debe relatarse el incumplimiento bilateral sino además es necesario evidenciarse la intención de los contratantes de no seguir con el acuerdo pactado, so pena de otorgar seguridad jurídica al simple incumplimiento mutuo de los contratos, pues se avalaría sin consecuencias su disenso.
- 2.- Se debe discriminar los presupuestos procesales del mutuo disenso tácito de los requeridos para la resolución del contrato prevista en el artículo 1546 del C.C..

Anotaciones

MUTUO DISENSO TÁCITO COMO FORMA DE TERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS BILATERALES Ficha de Análisis estático
ASPECTOS FORMALES
4.10. Denominación: Sentencia de 28 de febrero de 2012. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia.
Magistrado ponente: Dra. Ruth Marina Díaz
Supuestos fácticos: De acuerdo con los hechos esgrimidos en la sentencia, se realizó la promesa de compraventa de una finca de 57 hectáreas, ubicada en el Municipio de Concordia, por un valor de \$250.000.000, a pagarse en múltiples cuotas, la parte actora, que obró como compradora, reclama la resolución del contrato de compraventa por mutuo disenso, y en consecuencia de ello la restitución mutua de lo entregado. Dentro de la oposición, el vendedor aduce como excepciones previas y perentorias, las siguientes: <i>“inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad”</i> e <i>“indebida acumulación de pretensiones”</i>, <i>“inexistencia del mutuo disenso”</i>, <i>“inexistencia del incumplimiento por parte del demandado”</i>, <i>“incumplimiento del contrato por la demandante”</i>, <i>“buena fe del demandado”</i>, <i>“falta de causa para demandar”</i> y <i>“la genérica que llegaré a demostrarse”</i> De esta manera, el Juez Civil del Circuito de Fredonia resuelve el asunto denegando las pretensiones por cuanto no se demuestra la falta de interés de finiquitar el contrato por parte del demandado. Contrario sensu, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoca el fallo, amparando las pretensiones reclamadas previa consideración de la existencia del mutuo disenso tácito, evidenciándose el incumplimiento recíproco de las partes de las obligaciones contractuales.
ASPECTOS DE FONDO
Problema Jurídico: Dentro de la sentencia reseñada, se invocan dos cargos, siendo admisible por la Corte solamente el segundo, a saber: se acusa la sentencia del ad quem no estar acorde con los supuestos fácticos, las pretensiones y/o las excepciones formuladas, no existiendo coherencia en la decisión.
Ratio Decidendi: La Corte realiza un análisis de los presupuestos de congruencia que debe guardar el fallo con lo debatido en el trámite procesal, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304 y 305 del C.P.C., es así, que entra a estudiar la figura del mutuo disenso tácito, señalando que el vicio in procedendo reclamado se fundamenta en la no aplicación de la figura en mención. Apoyándose en otras sentencias, explica que el mutuo disenso tácito <i>“requiere el abandono recíproco de las prestaciones que se derivan del respectivo convenio y, por consiguiente, que la actitud de los contratantes exteriorice que su firme propósito es que lo pactado no perviva o lo que es igual, que ellos anhelan su desvinculación de las obligaciones surgidas con ocasión del negocio jurídico, el cual, por ende, debe aniquilarse.”</i> En igual sentido, aduce que esa conducta debe ser recíproca y con la intención de <i>“desistencia”</i>, la cual se desvirtúa si una de las partes a pesar del incumplimiento de la obligación, se encuentra justificada su conducta por el incumplimiento de su contraparte.

Decisión: La Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia.	
TIPOS DE CITACIÓN	
Caótica	
Conceptual: Sentencias de 7 de marzo de 2000, 1 de diciembre de 1993, 17 de febrero de 2007, y 18 de diciembre de 2009.	
Analógica restringida: Sentencia de 7 de marzo de 2000, reiterada en la sentencia de 14 de diciembre de 2010	
Analógica abierta	
SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDAS 1. Se establece como subregla, que la figura del mutuo disenso tácito, requiere del abandono recíproco de las prestaciones u obligaciones. 2. Que la actitud de los contratantes exteriorice de no cumplir las obligaciones pactadas. 3. La intención de los contratantes respecto del contrato incumplido sea disolver dicho acuerdo. 4. Es necesario que los supuestos fácticos tendientes a demostrar la intención de los contratantes de disolver dicho contrato, el mutuo disenso tácito no puede declararse de oficio por el juzgador, si una de los contratantes no evidencia o no consiente dicha resolución, no prospera la Figura en estudio.	
Anotaciones	

5. ANÁLISIS DINÁMICO DE LA LÍNEA JURÍSPRUDENCIAL

5.1. PROBLEMA JURÍDICO Y POSIBLES TESIS

El problema jurídico que se pretende desarrollar es el siguiente: ¿El *Mutuo Disenso Tácito* como una forma de disolver el contrato obedece al acuerdo de voluntades tácito de finiquitar dicho contrato o simplemente se origina por el incumplimiento de las partes?

De esta manera, se pueden observar las siguientes tesis:

- 5.1.1. **Primera tesis (SI):** Se configura el *mutuo disenso tácito*, cuando los contratantes dejan de cumplir recíprocamente con sus obligaciones, y existe una reiterada posición de no cumplir con el objeto plasmado en el negocio jurídico contractual, exteriorizándose la intención de terminar dicho acuerdo.
- 5.1.2. **Segunda tesis (NO):** Por otra parte, es posible entender el simple incumplimiento bilateral de las obligaciones como el *mutuo disenso tácito*.

En esta posición, es necesario distinguir las siguientes situaciones: el incumplimiento de las partes no puede corresponder al “ánimo de disolver un contrato por mutuo acuerdo”¹⁴, entrando a regular esta circunstancia el artículo 1609 del C.C., permitiendo la resolución del contrato o la ejecución del mismo, sin la posibilidad del reclamar perjuicios y cláusula penal, como efectos de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, en tanto reseña el citado enunciado normativo que “si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora.”

De esta manera, resulta como primera posición a analizarse si el mero incumplimiento da lugar a considerarse la aplicación de un *mutuo disenso tácito*, o caso contrario, es necesario añadir a ese incumplimiento recíproco la intención inequívoca de las partes de terminar el contrato para que de lugar a la figura en mención.

¹⁴ Canosa Torrado, Op cit. 135.

6. EXPLICACIÓN METODOLÓGICA DE LA LÍNEA

6.1. Punto arquimédico de apoyo

Dentro de los fallos recientes, se cuenta con el proferido por el Dr. Arturo Solarte Rodríguez, en sentencia de 14 de diciembre de 2010, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, siendo este pronunciamiento el punto de apoyo o el punto arquimédico que permitirá el posterior desarrollo de la línea jurisprudencial.

6.2. Ingeniería de reversa

Como segundo paso siguiente a la obtención del punto arquimédico, se tiene lo que el profesor LOPEZ MEDINA denomina “*ingeniería de reversa*”¹⁵, el cual permite a través de varias herramientas estudiar cuales son las sentencias que han construido la actual posición de la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, realizándose dentro de esta *ingeniería* establecer las sentencias citadas y por consiguiente delimitar el mismo en un *nicho citacional*, de esta manera obtener la sentencia hito o fundante, establecer el lapso de tiempo o periodo estudiados, los supuestos fácticos que predominan o *patrón fáctico* y finalmente construir la *telaraña* y *los puntos nodales* de la línea jurisprudencial sobre el mutuo disenso tácito.

6.2.1. Nicho citacional

SENTENCIAS DE PRIMER NIVEL	CITACIÓN ANALÓGICA
Sentencia de 14 de diciembre de 2010. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Arturo Solarte Rodríguez	Sentencia de 7 de marzo de 2000. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia de 1 de diciembre de 1993. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
Sentencia de 7 de marzo de 2000. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno	Sentencia de 16 de julio de 1985. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernandez
Sentencia de 1 de diciembre de 1993. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia	Sentencia de 16 de julio de 1985. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia

¹⁵ LOPEZ MEDINA, op cit. Pág. 170.

Magistrado ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.	Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernandez
Sentencia de 16 de julio de 1985. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernandez	
Sentencia de 7 de diciembre de 1982. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Jorge Salcedo Segura.	
Sentencia de 1 de julio de 2009. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. William Namén Vargas	Sentencia de 7 de marzo de 2000. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno
SENTENCIAS DE SEGUNDO NIVEL	CITACIÓN ANALÓGICA
Sentencia de 5 de junio de 2007. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Edgardo Villamil Portilla	
Sentencia de 16 de abril de 2002. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno	
Sentencia de 17 de septiembre de 1954. Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente: Dr. Alberto Zuleta Ángel	

6.2.2. Lapso estudiado

Se realizó un estudio total de 10 sentencias, dentro del periodo comprendido entre los años 1954 y 2010.

6.2.3. Patrón Fáctico similar

Los supuestos fácticos que se evidencian en las sentencias corresponden a la disolución de contratos de promesa de compra venta de bien inmueble, en tanto

las partes incumplen recíprocamente con las obligaciones propias de esta figura contractual.

6.2.4. Telaraña y puntos nodales

Por cada año las sentencias analizadas son las siguientes:

1954	1979	1982	1985	1993	2000	2002	2007	2009	2010	2012
17 Sep. Albert o Zuleta Ángel	5 Nov. Albert o Ospin a Botero	7 Dic. Jorge Salced o Segura	16 Julio. José A. Bonivent o F.	1 Dic. Carlos E. Jaramill o Schloss	7 Marzo . Silvio F. Trejos Bueno	16 Abril. Silvio F. Trejo s Bueno	12 Feb. Edgard o Villamil	1 Julio- Namén Vargas	14 dic. Arturo Solart e	28 Feb. Ruth Marin a Díaz
							5 Junio. Edgard o Villamil			
								14 Agos. César J.Valenci a		

6.2.5. Sentencias hito o fundantes:

Dentro del análisis dinámico de la línea jurisprudencial y la explicación metodológica de la misma, es necesario hacer hincapié sobre el concepto de sentencias hito¹⁶, así como en su clasificación.

En efecto, se considera sentencia hito aquellos pronunciamientos judiciales que revisten cierta importancia respecto de la materia objeto de estudio, en efecto esta no interesa si atiende positiva o negativamente los intereses de una parte, o si acoge las pretensiones u su oposición; se intenta con las sentencias hito estructurar el pensamiento judicial sobre determinado tema, tanto así que pueden ser aquellas decisiones que representan al gran cúmulo de pronunciamientos o sentencias proferidas por los juzgadores.

¹⁶ LÓPEZ MEDINA, op cit. Pág. 163 y ss..

De esta manera, son sentencias que representan un considerable peso en cuanto a las divergencias que se pueden presentar en torno a un tema puesto en consideración.

Acudiendo al citado profesor López Medina, presenta de forma gráfica una clasificación de las sentencias hito que se pueden considerar en el estudio de la línea jurisprudencial, a saber:

- 1) Fundadora de línea, 2) Consolidadora de línea, 3) Modificadora de línea, 4) Sentencia Reconceptualizadora y 5) Sentencia Dominante¹⁷.

Brevemente se definirá cada una de ellas, plasmándose de igual manera aquella sentencia que ha resultado de la línea en análisis.

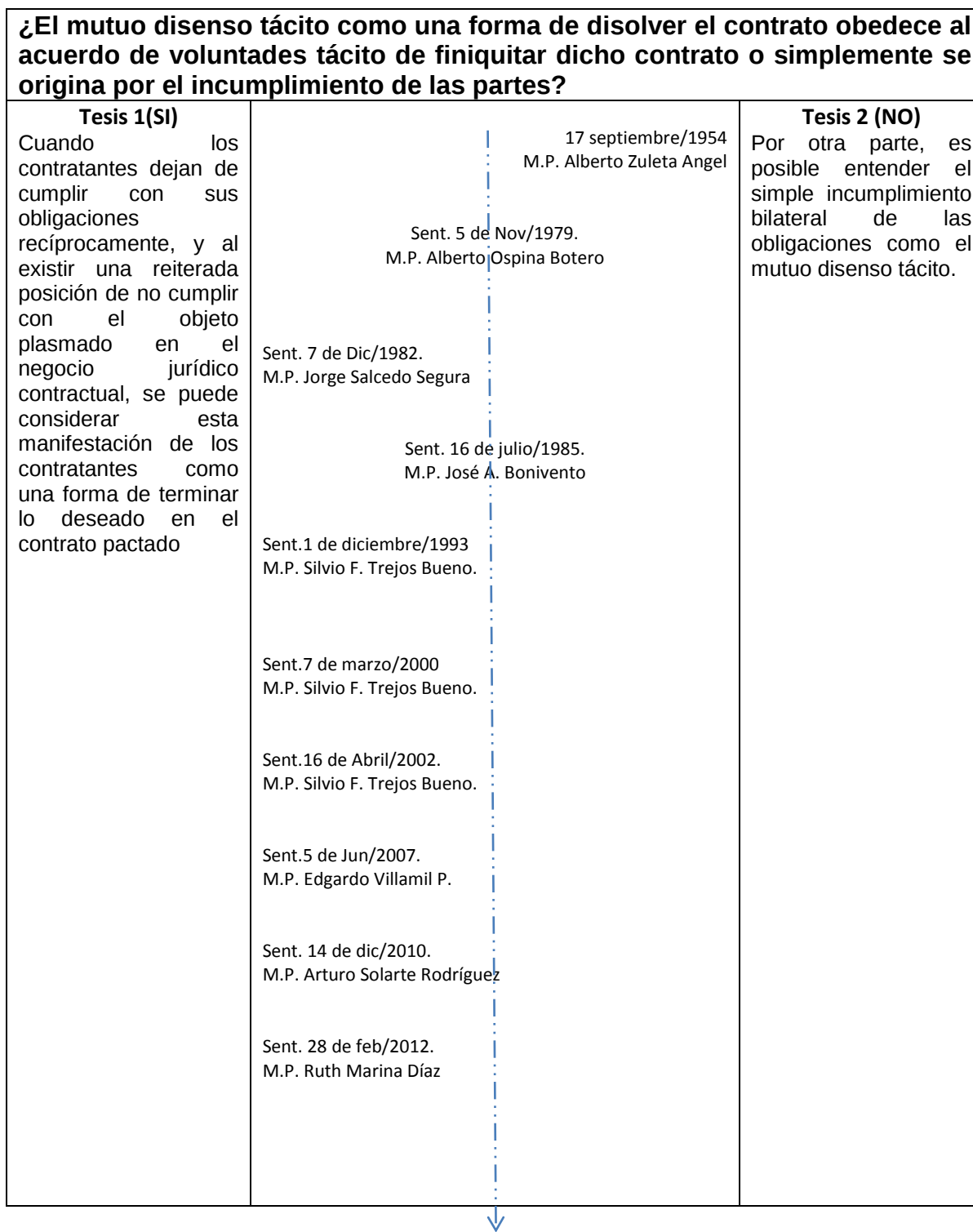
- 1) Sentencia Fundadora de línea: será aquella fundante dentro de una teoría o posición frente al tema objeto de estudio. En tratándose de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, usualmente se puede obtener de los pronunciamientos derivados de los primeros años de creación del máximo tribunal constitucional. No acontece lo mismo respecto de la Corte Suprema de Justicia, por la dificultad propia de acceder a los recursos de información y mucho más de los pronunciamientos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.
No obstante lo anterior, a prevención de lo expuesto se puede considerar como sentencia fundadora respecto del Mutuo disenso tácito, la sentencia de 17 de septiembre de 1954, con M.p. Dr. Alberto Zuleta Ángel.
- 2) Sentencias Consolidadoras de línea: a través de esta clasificación de sentencia hito, se puede considerar como aquella que fortalece mediante una subregla el tema en conflicto. Brindando un balance o estabilidad al inicialmente propuesto en la sentencia fundadora. Como sentencia consolidadora se puede clasificar la siguiente: Sentencia de 16 de julio de 1985, Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.
- 3) Sentencias Modificadoras de línea: tal como su nombre lo indica, determinará un fuerte cambio en la estructura del análisis dinámico de la línea. En efecto, se considera como tales las siguientes: Sentencia 5 de noviembre de 1979 del Magistrado Ponente, Dr. Alberto Ospina Botero y Sentencia de 1 de diciembre de 1993 de M.p. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- 4) Sentencias Reconceptualizadora de línea: por medio de estos pronunciamientos se intenta “redefinir” la ratio decidendi de fallos anteriores.”¹⁸ En ese orden de ideas, se define como reconceptualizadora la dictada por el M.p. Dr. Silvio Fernando Trejos bueno, sentencia de 1 de diciembre de 1993.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem. Pág. 165.

- 5) Sentencia Dominante: como aquella sentencia que impera dentro del ordenamiento jurídico y se observa como de obligatoria observancia en el análisis de cualquier conflicto con similares patrones fácticos. Sentencia 7 de marzo de 2000. M.p. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

7. ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



En síntesis, con fundamento en el análisis estático y dinámico de los pronunciamientos judiciales que giran en torno al *Mutuo Disenso Tácito*, se observa que la Sentencia de 14 de diciembre de 2010, proferida por el M.p. Dr. Arturo Solarte Rodríguez, sirve de punto de apoyo o arquimédico.

Es así que haciendo uso de la “*ingeniería de reversa*”, se logra construir un nicho citacional y obteniendo en consecuencia las sentencias hito según clasificación propuesta.

Siendo la sentencia de 7 de marzo de 2000 una decisión de vital importancia y considerada como *sentencia dominante*, en razón a la construcción del argumento y las subreglas predominantes que rigen el mutuo disenso tácito. Es esta providencia la que se ubica en el nicho citacional como una sentencia de primer nivel y a su vez, se cita conceptualmente en las demás.

Por otra parte, es de recalcar dos pronunciamientos, la sentencia de 5 de noviembre de 1979 del Magistrado Ponente, Dr. Alberto Ospina Botero y Sentencia de 1 de diciembre de 1993 de M.p. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno, que intentan consolidar la posición hoy en día vigente respecto de las reglas a seguir en aplicación del mutuo disenso tácito, prerrogativas que más adelante se disciernen.

8. SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES

Antes de entrar a determinar las subreglas consolidadas de la línea jurisprudencia, es preciso denotar el alcance del término *subregla*, es así que con fundamento en los supuestos fácticos que analiza cada providencia judicial, la Corte Suprema de Justicia va fijando sistemáticamente y muchas veces reiteradamente ciertas formulaciones o prerrogativas a un caso en particular. A estas prescripciones se las denomina reglas o subreglas.

De esta manera, la subregla es parte fundante en el cuerpo argumentativo de cada sentencia, que a su vez, será referencia en otros asuntos y así brindar una posible solución judicial a un caso con patrones fácticos similares.

Previo al análisis estático y dinámico de las sentencias que forman la línea jurisprudencial del *Mutuo disenso tácito*, se puede visualizar como subreglas consolidadas y vigentes las siguientes:

1.- En el evento de configurarse el incumplimiento de los contratantes, y si ninguno de ellos ha cumplido con su obligación o siquiera se allane a realizar la prestación debida, se debe descartar la acción resolutoria prevista con fundamento en el artículo 1546 del C.C.

2.- Existen marcadas diferencias entre el incumplimiento resolutorio y el mutuo disenso, sin embargo son de fácil confusión por el órgano jurisdiccional. A través del incumplimiento resolutorio de forma unilateral por parte del contratante cumplido del negocio jurídico tiene la facultad de solicitar las restituciones y aquellas indemnizaciones por daños tenga a su favor.

A diferencia que por el mutuo disenso, la figura jurídica opera sobre la base de la convención extintiva del acto jurídico que se originó con el contrato, sin lugar a indemnizaciones o resarcimiento alguno.

3.- El incumplimiento resolutorio, resulta del contratante cumplido o de la mora de alguno de las partes.

4.- Por otra parte, a fin de resultar avante la excepción de contrato no cumplido, es necesario: “ a), que el excepcionante obre de buena fe; y b), que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo”.

CONCLUSIONES

Es el mutuo disenso o distracto tácito una figura de desarrollo eminentemente jurisprudencial frente al incumplimiento de aquellas partes que obren en contratos bilaterales.

Si bien el mutuo disenso expreso tiene su fundamento legal en el artículo 1602 del C.C., no ocurre lo mismo cuando acaece el incumplimiento de prestaciones recíprocas o de ejecución simultánea, originando un conflicto de difícil solución e identificación para resolver de conformidad con las posibilidades jurídicas adecuadas.

De esta manera, en sentencias de vieja data, la Corte Suprema de Justicia infiere que frente al cumplimiento de obligaciones de forma recíproca, se podía ajustar la teoría de la acción resolutoria, prevista en el artículo 1546 op cit. claro está, que esta acción no daba lugar al resarcimiento de los perjuicios, tesis propia de la mora o del incumplimiento de uno de los contratantes, tal como se observa en la sentencia fechada 17 de septiembre de 1954, M.p. Dr. Alberto Zuleta Ángel.

Sin embargo, posteriormente, la Corte reconduce la posición en el sentido de aplicar el *Mutuo Disenso Tácito* en aquellos eventos de incumplimiento recíproco de las obligaciones.

Es así, que frente a la dificultad de identificar en los casos concretos bajo estudio que figura jurídica identificar, es claro que se denota un estudio jurisprudencial distinto al planteado en el presente trabajo, en tanto, se trataría de realizar una línea jurisprudencial que muestre el desarrollo de tales sendas en cuanto a la aplicación o no del incumplimiento recíproco frente al mutuo disenso tácito en las situaciones que se percate un incumplimiento recíproco y no se manifiesta la intención de disolver las obligaciones o el vínculo contractual de forma tácita.

La jurisprudencia y las subreglas, determinan claramente que los requisitos presupuestales para la aplicación del mutuo disenso tácito, no solamente es necesario que exista un incumplimiento recíproco de las partes sino que adicionalmente se verifique por el juzgador la intención inequívoca de las partes de finiquitar el acuerdo bilateral pactado.

Caso contrario, intuir el mero incumplimiento recíproco como *mutuo disenso tácito* dará lugar a fomentar la inseguridad jurídica de los contratos, considerados estos como ley para las partes, principio esencial del derecho privado. Pues bien, aún incluso frente al incumplimiento recíproco, las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada deben exteriorizar la intención de terminar el contrato.

No obstante, según lo expuesto, resulta una duda por absolver en el siguiente supuesto, se ha vislumbrado las posibilidades jurídicas que tienen las partes frente al incumplimiento de uno de los contratantes, así como del incumplimiento recíproco con la manifestación expresa (mutuo disenso expreso) y con la intención de terminar el contrato (mutuo disenso tácito). Pero ¿cuándo se extingue un contrato o las prestaciones pactadas en él, si existe un incumplimiento mutuo y no se verifica o se exterioriza la intención de finiquitar dicho acuerdo como tampoco la intención de las partes de cumplir sus obligaciones?; sin duda alguna la solución más cercana es acudir a la prescripción (mediante acción o excepción) de sus derechos o a la caducidad de su acción, no denotándose una solución distinta a las observadas en apartes anteriores.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, Editorial LEYER. 2011.

CÓDIGO DE COMERCIO. Editorial Legis. 2009

CANOSA TORRADO, Fernando. “La resolución de los contratos . Incumplimiento y mutuo disenso”. Ediciones Doctrina y ley

FIERRO MENDEZ, Rafael Enríque. Teoría General del Contrato. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2007.

HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las obligaciones. Editorial Universidad Externado de Colombia

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Editorial Legis. 2006.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 17 septiembre de 1954, M.p. Alberto Zuleta Ángel

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 5 de noviembre de 1979, M.p. Alberto Ospina Botero

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 7 de diciembre de 1982, M.p. Jorge Salcedo Segura

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 16 de julio de 1985, M.p. José A. Bonivento

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 1 de diciembre de 1993, M.p. Carlos Esteban Jaramillo Scholss

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 7 de marzo de 2000, M.p. Silvio F. Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 16 de abril de 2002, M.p. Silvio F. Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 5 de junio de 2007, M.pd. Edgardo Villamil P.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de 14 de diciembre de 2010, M.p. Arturo Solarte Rodríguez

Web.:<http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>. Visitada el 5 de septiembre de 2013.

Web.:<http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/5294/1/129834.pdf>. Visitada el día 10 de junio de 2013.