



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC3666-2021

Radicación n.º 66001-31-03-003-2012-00061-01

(Aprobado en sala de decisión virtual de once de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021).-

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **URIEL DARÍO MUÑOZ SÁNCHEZ** frente a la sentencia proferida el 7 de febrero de 2017 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario que adelantó contra **INVERSIONES PINILLOS S. EN C. S.**, con demanda de reconvención que esta última enfiló respecto de aquél.

ANTECEDENTES

1. Demanda inicial: Mediante libelo que correspondió en reparto al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, se solicitó, en forma principal, declarar que Uriel Darío Muñoz Sánchez -promitente comprador- ha cumplido y está dispuesto a cumplir las obligaciones que convino en el contrato de promesa de compraventa que suscribió con la sociedad Inversiones Pinillos S. en C. S., -promitente vendedora- y que como consecuencia de ello, esta última debe suscribir a favor de aquél, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, la escritura pública que le transfiera el dominio del inmueble al que se refiere el acuerdo de voluntades, y pagarle además, el equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total de la compraventa, a título de cláusula penal.

Como primera pretensión subsidiaria, se pidió declarar resuelta, por incumplimiento de la convocada, la promesa de compraventa ajustada entre las partes; y como segunda súplica eventual, se reclamó decretar el mutuo disenso del aludido negocio jurídico. Para ambas, se deprecó como corolario, condenar a la enjuiciada a pagar al accionante, la suma de novecientos sesenta y un millones veintiocho mil ochocientos sesenta y seis pesos (\$961.028.866), con corrección monetaria; y el treinta por ciento (30%) del valor total de la compraventa, por concepto de cláusula penal¹.

2. En sustento de dichos pedimentos, se esgrimieron los hechos que a continuación se resumen:

¹ Folios 54 a 56 del c. 1.

2.1. El 12 de octubre de 2011, Uriel Darío Muñoz Sánchez -promitente comprador- celebró contrato de promesa de compraventa con la sociedad Inversiones Salazar Pinillos S. en C. S. -promitente vendedora-, respecto de un lote de terreno con todas sus anexidades y mejoras, denominado “*El Camino*”, de 30.212,50 metros cuadrados, ubicado en el municipio de Pereira.

2.2. El valor convenido por el bien fue de mil ochocientos setenta y cinco millones de pesos (\$1.875.000.000), que el promitente comprador se obligó a cancelar de la siguiente manera: doscientos millones de pesos (\$200.000.000) entregados en efectivo el día en el que se firmó la promesa; ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), que Uriel Darío Muñoz se comprometió a suministrar, para liberar el predio de procesos judiciales y coactivos en curso; y el saldo de ochocientos setenta y cinco millones de pesos (\$875.000.000), pagaderos un año después de suscrita la escritura pública de compraventa, y garantizados con hipoteca a constituirse sobre el mismo inmueble.

2.3. En la fecha indicada para suscribir la escritura pública de compraventa, 10 de noviembre de 2011, no se pudo llevar a cabo ese cometido, porque la vendedora no contaba con paz y salvos del impuesto predial y de valorización, al existir sobre el fundo una deuda de más de ciento treinta millones de pesos (\$130.000.000).

2.4. No obstante acordarse una nueva calenda para suscribir el instrumento público (30 de noviembre de 2011), el

representante legal de la sociedad demandada, Rafael Armando Salazar Jaramillo, optó por no ir, y a cambio, a través de su abogado informó al promitente comprador que no acudiría a la Notaría hasta tanto no se hubiera registrado en instrumentos públicos la cancelación de todas las medidas cautelares sobre el fundo.

2.5. Uriel Darío Muñoz Sánchez se allanó a cumplir con los compromisos acordados, y por ello, para levantar los gravámenes que pesaban sobre el bien, pagó la suma de setecientos sesenta y un millones veintiocho mil ochocientos sesenta y seis pesos (\$761.028.866), que adicionados a los doscientos millones de pesos (\$200.000.000) sufragados inicialmente, totalizan novecientos sesenta y un millones veintiocho mil ochocientos sesenta y seis pesos (\$961.028.866).

2.6. Pero contrariamente a la actitud del promitente comprador, el representante legal de la convocada manifestó que no suscribiría la escritura pública de compraventa, a menos que se le pagara de inmediato el resto del dinero y la cláusula penal, ignorando así que el excedente se cancelaría en un año, y que para garantizar su cumplimiento se constituiría una hipoteca sobre el mismo inmueble.

2.7. El representante legal de la accionada, además de no haber entregado el inmueble pese al pago de una significativa cantidad de dinero, se ha desentendido del contrato de promesa, al extremo de fijar un aviso de venta en el mismo

predio, por el que se pide ahora tres mil quinientos millones de pesos (\$3.500.000.000)².

3. La sociedad accionada compareció al proceso por intermedio de apoderado judicial, quien se opuso rotundamente al despacho favorable de las aspiraciones deducidas por el actor, y en cuanto a los hechos aceptó unos y negó otros. Además, propuso las excepciones de mérito que denominó *“contrato no cumplido por parte del promitente comprador”, “el derecho que le asiste a la parte demandada para cobrar el 30% de la sanción y el derecho de retener que le asiste a la misma demandada los valores recibidos como forma de pago”, “nulidad de la promesa de compraventa por inexistencia de la misma”, “alteración del documento que hace ineficaz la promesa de compraventa”, “lesión enorme causada a [la demandante] con ocasión de la suscripción de la promesa de compraventa” y “compensación”*³.

4. Demanda de reconvención: Por separado, Inversiones Salazar Pinillos S. en C. S. contrademandó a Uriel Darío Muñoz Sánchez, para que en sentencia se declare que entre ellos se celebró un contrato de promesa de compraventa sobre el inmueble conocido como *“El Camino Real”*; que la primera sufrió lesión enorme por efecto del precio fijado, \$1.875.000.000; y que en tal virtud debe rescindirse ese negocio jurídico⁴.

² Folios 46 a 53 del c. 1.

³ Folios 99 a 119 del c. 1.

⁴ Folios 4 al 10 del c. 2.

5. En sustento de sus súplicas, el contrademandante señaló que para la fecha de suscripción de la promesa de compraventa, el predio valía más de cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000), lo que hace que el precio que se acordó en mil ochocientos setenta y cinco millones de pesos (\$1.875.000.000), contenga una desproporción que tipifica lesión enorme.

6. Frente al anterior pliego, Uriel Darío Muñoz Sánchez se pronunció puntualmente, asintiendo sobre algunos hechos y negando otros, oponiéndose a lo pedido por carecer de fundamentación jurídica y fáctica, y excepcionando de fondo *“inexistencia del contrato de compraventa”*⁵.

7. Agotado el trámite del proceso ordinario, la primera instancia concluyó con sentencia del 12 de septiembre de 2014, mediante la cual se declaró la nulidad absoluta de la promesa de compraventa suscrita entre las partes el 11 de octubre de 2011; y se ordenó a la demandada restituir al demandante la suma, previamente indexada, de mil treinta y siete millones setecientos noventa y seis mil cuatrocientos once pesos con sesenta y un centavos (\$1.037.796.411,61)⁶.

8. Apelada la decisión por ambos extremos, el Tribunal, en decisión mayoritaria, la revocó con su fallo de 7 de febrero de 2017, y en su lugar negó todas las pretensiones formuladas en la demanda inicial y en el libelo de reconvención⁷.

⁵ Folios 12 a 20 del c. 2.

⁶ Folios 223 a 242 del c. 1.

⁷ Folios 31 a 40 del c. 1.

LA SENTENCIA DEL AD QUEM

Los razonamientos que le llevaron a adoptar la mencionada determinación son los que en resumen se compendian⁸, así:

1. No hay reparo a los presupuestos procesales, tampoco nulidad que pueda dar al traste con lo actuado, las partes se encuentran legitimadas, y no existe error en la formulación de las pretensiones.

2. Al abordar el estudio del contrato de promesa de compraventa, la primera instancia halló falencias que lo invalidaban, por no haberse establecido de manera concreta el día en el que se suscribiría la escritura pública de compraventa; conclusión que no comparte el Tribunal, porque el requisito del ordinal tercero del artículo 89 de la ley 153 de 1887, relacionado con el *“plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”* está satisfecho, pues en la cláusula tercera se señaló que *“la escritura pública que perfecciona el presente contrato y el gravamen de hipoteca por la suma restante será otorgada por la sociedad promitente vendedora ante la Notaría Primera del Círculo de Pereira o en cualquier Notaría a elección de las partes a más tardar el día dieciocho de octubre (corregido con 10 de noviembre) del año 2011...”*, y en la forma en la que viene redactada conduce a que la fecha en la que debe celebrarse el contrato prometido es determinada, *“pues se designó y delimitó en forma precisa*

⁸ Folios 31 a 40 del c. 9.

que no era otra diferente al lapso ocurrido entre el 11 de octubre (firma de la promesa de compraventa) y el 18 siguiente”.

El contrato de promesa, en consecuencia, no está viciado, a pesar de que aparezca una corrección en cuanto “a la fecha para la firma”, al sobrescribirse “noviembre 10”, ya que el perito “saldó” la irregularidad cuando concluyó que la fecha primigenia fue 18 de octubre de 2011, “que es la que se tendrá en cuenta para todos los efectos”.

3. Al analizar la pretensión principal relacionada con el cumplimiento del contrato de promesa, debe tenerse en cuenta que de la suma de \$800.000.000 a que se comprometió a pagar el promitente comprador, este admitió en los hechos 10 y 11 de su libelo, que pagó \$761.028.866., correspondientes a diferentes obligaciones que tenía la demandada. Además, buena parte de la suma finalmente cancelada, lo fue con posterioridad a la fecha que se ha tenido como probada para firmar el documento, e incluso, más allá del 10 de noviembre de 2011.

Así que, sumado a lo anterior, el hecho de que ninguno de los contratantes acudiera al sitio convenido para sellar el contrato que se prometió, deriva en que la acción de cumplimiento tiene que fracasar, por quedar insatisfecho el presupuesto de que el demandante hubiera honrado lo suyo, o al menos, se hubiese allanado a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

4. Por las mismas razones anotadas, *“se viene a menos”* la primera pretensión subsidiaria, ya que le está vedado al contratante que incumple sus obligaciones acudir a la resolución del contrato, si se tiene en cuenta, además, que *“las obligaciones contraídas eran sucesivas, y antes de la firma de la escritura se requería el pago de la segunda cuota, para proceder con posterioridad a la entrega del bien y a la satisfacción de la totalidad del precio”*.

5. En relación con la segunda pretensión subsidiaria, concerniente a la resolución del contrato de promesa por mutuo disenso, su no prosperidad surge de lo ya explicado sobre el cumplimiento o resolución del contrato, y la circunstancia de que ningún planteamiento fáctico se hizo en la demanda que permita determinar en qué consistió el abandono recíproco de los contratantes a las obligaciones contraídas.

Además, como lo reconoció en su demanda, el accionante siempre estuvo presto a satisfacer las obligaciones plasmadas en el contrato de promesa, mientras el demandado se centró en que le fue imposible cumplir lo pactado porque su contraparte no acudió a la Notaría y no se allanó a satisfacer las prestaciones acordadas, es decir, *“que ni por asomo ha planteado retracto alguno de su parte que, en cualquier caso, tampoco hubiera sido suficiente para dar por sentado el mutuo disenso, pues [...] la voluntad del demandante debía ir en el mismo sentido, lo que, por sus propias manifestaciones, pero además, por la conducta desplegada, concretamente los pagos*

realizados, tendía más bien a la satisfacción de las cargas adquiridas para llevar a feliz término el contrato”.

6. En lo referente a la demanda de reconvención, se tiene que la promesa de contrato es ajena a esta modalidad de rescisión, por cuanto se trata de un acto preparatorio, que no admite la *“acción lesiva, pues ella solo puede abrirse paso cuando este último se perfeccione”*.

7. Como recapitulación, se tiene que la nulidad declarada por el juzgado es inexistente, lo que da pie para revocar su fallo, y a partir de allí ni la pretensión tendiente al cumplimiento del contrato, como tampoco las subsidiarias pueden prosperar, ocurriendo otro tanto con las súplicas del pliego de reconvención.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

En el respectivo libelo con el que se sustenta el recurso extraordinario, se formula y explica un solo cargo, no obstante lo cual, en el acápite de *“causales de casación”*, se indica que *“se invocan además todas las causales genéricas que resulten probadas de oficio cuando se evidencie que sea ostensible la causal que se erige y que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos o garantías constitucionales; considerando que efectivamente se vulneran normas de rango constitucional en el presente caso”*.

ÚNICO CARGO

Con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso, se acusa la sentencia del Tribunal por infringir en forma directa *“una norma jurídica sustancial”*, al omitir resolver de fondo el asunto puesto a su conocimiento, ya que *“revocó en segunda instancia un tema resuelto [en la primera]”*, y sin embargo *“no dictó el fallo sustitutivo que debía corresponder”*, desatendiendo así los deberes de permitir el acceso material a la justicia, propender por la tutela efectiva de los derechos, y fallar con *“clara congruencia entre la ratio decidendi [...] y la parte resolutive”*.

Para explicar su censura, el recurrente expuso lo siguiente:

1. El *ad-quem* entendió en forma correcta las pretensiones, y no se discute la valoración probatoria que hizo con relación a si la promesa de compraventa tenía o no *“fecha cierta”* o *“determinable”*, *“pues el juez en sus decisiones está sometido solamente al imperio de la ley, y así lo interpreta y sustenta el Tribunal”*.

Por eso, el *“grave error”* del fallador de segundo grado está en que debió, con las consideraciones allí expresadas, *“inventar”*, *“imaginar”*, *“pensar”*, *“concluir”* y *“dictar”* una sentencia de fondo, aplicando al caso *“cuando menos [...] las normas contenidas en el Código Civil que regulan el mutuo disenso”*, lo que hubiera permitido poner fin a un conflicto jurídico que involucraba: *“1. Un negocio jurídico que no se llevó a cabo, 2. Unas partes que tuvieron incumplimientos recíprocos,*

3. *Unas partes que acudieron a la juez para dirimir el conflicto,*
4. *Un dinero que [se] entregó por valor aproximado de 1000 millones,* 5. *Un inmueble que está en poder del demandado,* 6. *Un dinero que igualmente está en poder del demandado,* 7. *Un deseo de las partes de buscar la definición de un juez,* 8. *Un servicio público de justicia a cargo del Estado para dar solución, [y]* 9. *Un Tribunal que dejó las cosas en el aire con un discurso jurídico inane para las partes”.*

Es por lo anterior y por no haber acogido los argumentos del juzgador de primera instancia sobre la nulidad de la promesa con base en el numeral 3º del artículo 1611 del Código Civil, que se deja en la incertidumbre la “*ejecutoria*” de la promesa de compraventa. El *ad-quem* debió, en consecuencia, resolver “*cuando menos basado en un mutuo disenso*”.

2. En cuanto a las normas de derecho sustancial infringidas y que debieron constituir la base esencial del fallo censurado, se encuentra que se transgredió el artículo 229 de la Constitución Política, donde se exige una justicia efectiva o material y no simplemente formal, en el sentido de que se protejan de verdad los derechos alegados en el proceso.

Es claro, a partir del concepto de acceso a la justicia material, desarrollado por la Corte Constitucional, que cualquier persona puede acudir a los funcionarios que administran justicia, para que ellos resuelvan de fondo el litigio, “*sin dejar a la deriva a las partes*”.

La jurisdicción, de acuerdo con lo previsto en los artículos 4º y 7º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, debe actuar con prontitud, cumplimiento y eficacia en la solución de los asuntos que se someten a su conocimiento, y en este caso particular, el Tribunal no fue lo suficientemente eficaz, porque dejó a las partes en *“una incertidumbre sobre los hechos materia de litigio”*, y al demandante con un *“detrimento patrimonial, debido a que este pagó parte del dinero por un inmueble”*, que cinco años después de la promesa de venta no ha adquirido aún.

Adicionalmente, en este caso se desconoce el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos, definido como *“la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”*.

3. En consecuencia, se debe casar la sentencia recurrida, para que en sede de instancia la Corte *“dicte la que corresponda”*.

CONSIDERACIONES

1. El contenido y alcance del ataque

En la censura del único cargo propuesto, no se cuestiona que el Tribunal revocara la decisión del *a-quo*, consistente en decretar la nulidad del contrato de promesa de compraventa base de las súplicas, así como tampoco que en segunda instancia esa Corporación desestimara las acciones alternativas de cumplimiento y de resolución de dicho negocio jurídico, por no satisfacerse el presupuesto de que el demandante hubiese honrado sus compromisos, o al menos se hubiese allanado a hacerlo en la forma y tiempo debidos. Esos son aspectos indisputados en casación, y sobre los cuales, por lo tanto, no puede volver su mirada la Corte.

La inconformidad radica, entonces, en que el *ad-quem* omitió dictar una “*sentencia de fondo*” para superar la incertidumbre contractual a la que quedan sometidas las partes.

Aduce así el censor, que para dar solución a este caso (en el que las partes incumplieron recíprocamente sus obligaciones, a la demandada se le dio una suma superior a 1000 millones de pesos y la promitente vendedora no entregó el inmueble), ese fallador debió acudir, por lo menos, a las disposiciones que en el Código Civil “*regulan*” el mutuo disenso.

2. El deficiente planteamiento del cargo

La entrada en vigencia de una nueva codificación procesal civil, no significó despojar al recurso de casación de

ciertas exigencias formales y técnicas en el planteamiento de la respectiva demanda de sustentación, por lo cual, el estudio del fondo de la cuestión tratada en las instancias, está supeditado a la previa satisfacción plena de las mismas.

Por lo tanto, no le basta al recurrente con presentar, de cualquier manera, un memorial en apoyo de su impugnación extraordinaria, ya que es preciso que, por ejemplo, cuando se invoca la causal primera de casación prevista en el artículo 336 de la Ley 1564 de 2012, consistente en *“La violación directa de una norma jurídica sustancial”*, se señale, como lo advierte el canon 344 *ibídem*, *“cualquier disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa”*.

En ese orden, resulta imperioso para la parte que ataca la sentencia por el sendero de la casación, y que a la vez invoca la violación de la ley sustantiva, sustentar la inconformidad con un escrito que indique las normas sustanciales infringidas que hayan sido la base de lo decidido o debieron serlo, entendiéndose por tales, aquellas que *“en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación”*⁹.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 1º de abril de 2004. Exp. No. 08758-31-84-001-1999-00915-01

Ahora bien, bastante se ha discutido sobre si dentro del espectro de las normas sustanciales se encuentran las de estirpe constitucional. La Sala, atendiendo el avance de la constitucionalización del derecho en todos los campos, incluido el procesal, o por lo menos la inclusión de las normas legales dentro de la constitucionalidad y su calidad de norma de carácter superior, ha respondido afirmativamente a esa cuestión, aceptando, en consecuencia, no solo que textos constitucionales pueden ser sustanciales para los propósitos de la casación, sino que, eventualmente y con el cumplimiento de ciertos presupuestos, sirven de apoyo a los cargos primero y segundo del artículo 336 del Código General del Proceso, que hablan sobre la infracción de la ley sustantiva.

Al respecto, se dijo en la sentencia de casación SC6795-2017, que

“Los mandatos hallados en la Norma Normarum, atendiendo el carácter vinculante y no simplemente programático que regentan, amén de tener una aplicación predominante frente al resto del ordenamiento estatal, pueden tener vocación de sustancial sin que sea inexorable su desarrollo legal; incluso, cuando el juzgador aplica las normas sustantivas ‘contenidas en la ley sin tomar las previsiones que se imponen para mantener la correspondencia entre ésta y la Carta Política, produce un dislocamiento del andamiaje jurídico en que se asienta el correspondiente derecho legal’. La Constitución como texto normativo donde aparecen insertos los principios rectores de la Nación personificada, por sabido se tiene, no puede entenderse hoy dada su textura abierta, como un mandato destinado únicamente al legislativo, que sólo afectará a los demás órganos estatales en la medida que sus directrices se hayan reproducido en forma de normas jurídicas; ello sería tanto como negar el tránsito del Estado Legislativo al Constitucional. En esa dirección, el concepto de ley sustancial no solamente se predica de las normas de rango simplemente legal; por ende comprende las reglas constitucionales que reconocen las garantías fundamentales de la persona, así como toda otra disposición de la Constitución en la medida en que aquella regule

*una relación jurídica en lo concerniente a derechos en los implicados en la misma. Lo anterior significa, bien se ha dicho, que nada obsta para fundar ‘un cargo en casación por violación de normas de la Constitución’; máxime cuando, este recurso extraordinario no está consagrado en interés únicamente de la ley, sino igual y fundamentalmente, de un escaño superior dentro de nuestra estructura de fuentes del derecho concretado en la Constitución Política. Con todo, **es necesario que al menos constituyan, cuando esas disposiciones resultan denunciadas, las reglas jurídicas conforme a las cuales ‘pueda decidirse directamente un determinado asunto o litigio’** (Auto abr. 10 de 2000, rad. 0484)” (Resaltado a propósito).*

En el presente cargo, si bien la parte recurrente relacionó como norma sustancial vulnerada el artículo 229 de la Constitución Política, atinente al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo cierto es que el litigio no versó sobre la vulneración o amenaza de esa garantía superior, ya que lo planteado, debatido y resuelto en las instancias tuvo como marco la acción de cumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, la resolución del mismo, su terminación por mutuo disenso tácito, y en la nulidad absoluta del negocio por no colmar todos los requerimientos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Es decir, que aunque se aceptara la sustancialidad del referido normado constitucional, la comentada exigencia formal en casación no está acá satisfecha cabalmente, porque, se insiste, el eje sobre el que giró el litigio no fue el acceso a la administración de justicia del demandante Uriel Darío Muñoz Sánchez en el proceso ordinario, toda vez que en primera instancia la cuestión se focalizó en la falta de una de las condiciones contempladas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para que la promesa de contrato allegada

produjera obligaciones; y en el segundo grado, además de lo anterior, el estudio se extendió a las acciones alternativas de cumplimiento y resolución consagradas en el artículo 1546 del Código Civil, y a la eventual aplicación de la figura del mutuo disenso tácito.

Tampoco se logra acatar la mencionada obligación formal con la evocación que se hace en el embate de los artículos 4º y 7º de la Ley 270 de 1996, ya que es evidentemente que estos no son sustanciales, al tratarse llanamente de preceptos que fijan los parámetros para el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, pero que no crean derecho subjetivo alguno. Memórese, en ese sentido, que la nota característica de las normas sustanciales es consagrar verdaderos derechos subjetivos, de manera que dentro de esa categoría no encajan las que ordenan o regulan la actividad en un proceso, que es precisamente lo que hace el legislador con los referidos artículos 4º y 7º, al indicar, en su orden, que

Artículo 4º, modificado por el artículo 1 de la Ley 1285 de 2009

“La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

“Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”.

Artículo 7º

La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.

Observa también la Sala, que con la remisión que se hace en el cargo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tampoco se colma la exigencia formal mencionada, por cuanto lo relativo a dicha prerrogativa no fue la base del asunto jurídico que en particular ocupó la atención de los juzgadores de instancia, como se explicó líneas atrás.

Así mismo, la mención que en la censura se efectuó al artículo 1611 del Código Civil (concerniente a los presupuestos para que una promesa de venta genere obligaciones) no sirve para entender satisfecho el requisito formal, toda vez que la revocatoria que hizo el *ad-quem* de la nulidad absoluta de ese negocio previo, que en primera instancia decretó el *a-quo*, se excluyó expresamente por el recurrente, como punto de inconformidad.

En suma: ninguna de las normas mencionadas atiende el requisito de citar, por lo menos, un precepto sustancial vulnerado, y que haya sido la base o debiera serlo, de la sentencia censurada.

3. El mutuo disenso

De aceptarse en gracia de discusión la satisfacción de la prenombrada exigencia, el embate tampoco se abriría paso por la vía de analizar de fondo lo relativo al mutuo disenso, pues

no hay manera de inferir un “*grave error*” del Tribunal en sus apreciaciones jurídicas sobre esa figura -como se afirma en la censura-, y que fueron las que le llevaron a desestimar la súplica subsidiaria, relacionada con la terminación del contrato de promesa en cuestión, a partir de la tácita voluntad de los interesados. En efecto:

3.1. El mutuo disenso, si bien cuenta con aval normativo en el Código Civil, no aparece mencionado allí con tal denominación, y tampoco se encuentra regulado con carácter general o específico.

No obstante, a nivel doctrinal y jurisprudencial es de uso frecuente la utilización del concepto de mutuo disenso, para identificar la institución que disciplina el acuerdo de los contratantes para extinguir, por su recíproca voluntad, una convención anterior.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que el mutuo disenso o distracto contractual, emerge de lo previsto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, y corresponde a

“[L]a prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso-, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito. Se trata, pues, de 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 ésta 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 (...)*¹⁰.

Tal como lo ilustra el anterior pasaje, el mutuo disenso puede ser expreso o tácito, siendo este último el que interesa en la resolución del caso propuesto, y sobre el cual, la Corte ha expresado que

*“[S]e da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual. En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con las obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disenso mutuo del contrato (G.J. CLIX, 314). Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inculcable posición de no permanecer atadas al negocio; la intervención, pues, del Juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración”*¹¹.

3.2. Ahora, ante la importancia cobrada por el mutuo disenso tácito como herramienta para superar situaciones de estancamiento contractual, son varios los casos que han llegado a la Corte sobre la materia, y que le han permitido, a través de su jurisprudencia, precisar que no todo evento de

¹⁰ Sentencia 023 de 7 de marzo de 2000, Exp. 5319.

¹¹ CSJ SC de 16 de julio de 1985.

mutuo incumplimiento de las obligaciones contractuales deriva, necesariamente, en la aplicación de esa figura, porque

“Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiere que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta, pues, el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, de manera tácita o expresa, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...”¹².

Lo anterior quiere decir, siguiendo el precedente de la Corporación, que amén de esa desatención o abandono contractual, debe aparecer como hecho concluyente del mutuo disenso, el inequívoco interés de las partes por no continuar con el negocio jurídico, esto es, por desistir del mismo y de las obligaciones que allí se incorporan.

De esa manera, ha reiterado la Corte en época más reciente, que

“[L]a desatención recíproca de las partes, inclusive en el caso de ser concomitante, no autoriza la resolución de un contrato, cuando se invoca, sin más, como fundamento del mutuo disenso, porque [...] se requiere de algo adicional, como es que el abandono recíproco de las prestaciones correlativas, sea el fruto de un acuerdo expreso o tácito, obviamente, dirigido de manera inequívoca a consentir la disolución del vínculo”¹³.

Con lo expuesto resulta que el mutuo disenso tácito o implícito, termina siendo una verdadera y genuina convención resolutoria, parecida a la figura romana del

¹² CSJ SC de 20 de septiembre de 1978, G.J., T. CLIII, pág. 91.

¹³ CSJ SC 6906-2014 de 3 de junio de 2014.

*contrarius consensus*¹⁴, que se perfecciona en virtud de las actuaciones inequívocas de los contratantes, encaminadas a poner fin al lazo contractual que los ligaba.

3.3. Así las cosas, no se observa vulneración del derecho sustancial o desconocimiento de la doctrina de la Corte, cuando el Tribunal razonó en su sentencia, que no hay mutuo disenso por el *“simple incumplimiento unilateral o mutuo de las obligaciones”*, pues, se requiere del *“propósito de ambos contratantes de desistir de lo acordado”*, de donde se descarta esa figura *“si uno de ellos [contratante] inicia las gestiones para cumplir y lo hace; o las inicia, pero sin acatar lo que fue acordado; o simplemente se abstiene de hacerlo, porque el otro incumplió, pero su propósito ha sido el de llevar adelante el pacto; o ambos, con esa misma intención incumplen lo suyo”*.

Esas consideraciones, base jurídica de la desestimación de la pretensión subsidiaria de terminación del contrato de promesa por mutuo disenso tácito, están acordes con la jurisprudencia de la Sala, porque reafirman la doctrina consistente en que no basta para tal propósito el mero incumplimiento contractual de las partes, sino que se exige la prueba contundente e inequívoca de que la voluntad de ellos, los interesados, es la de extinguir implícitamente el nexo negocial que los unía.

¹⁴ Una referencia concreta a esta figura se encuentra, en la literatura jurídica colombiana, en: CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto, ‘Contrarius Consensus: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 28, págs. 79 a 126.

Por lo mismo, ha de señalarse que no hay manera de adjudicarle a la providencia impugnada la estructuración de un *“grave error”* por no haber adoptado *“una decisión de fondo”*, como se aseguró en el cargo, porque en verdad que el Tribunal no solo analizó jurídica y probatoriamente la súplica de terminación del contrato de promesa por mutuo disenso tácito, sino que lo hizo guiado por la doctrina de la Corte, a la luz de la que aparece, por lo demás, como plausible concluir que no hay mutuo disenso, cuando el propio demandante afirmó en su demanda que *“siempre estuvo presto a satisfacer las obligaciones que a su cargo quedaron plasmadas en la promesa de contrato celebrada”*.

3.4. Cumple señalar, adicionalmente, que aun cuando el ataque se funda en la violación directa de la normativa sustancial -lo que deja al margen cualquier controversia probatoria-, bueno es hacer hincapié en que difícil en verdad es la prueba del mutuo disenso tácito, ya que deben existir y demostrarse hechos concluyentes (*facta concludentia*) de los que se pueda deducir la intención de las partes de finalizar el contrato celebrado (aún sin ejecutar o en camino de ejecución).

Pues bien, el Tribunal en su fallo no encontró prueba de la voluntad resolutoria de las partes, y por el contrario halló elementos fácticos para descartarla, como lo dicho por el accionante en la demanda sobre el cumplimiento de sus cargas contractuales, y su actitud negocial, consistente en haber efectuado unos pagos.

En síntesis, las apreciaciones del Tribunal sobre la improcedencia del mutuo disenso tácito en el *sub-lite*, no constituyen una afrenta contra el ordenamiento jurídico y el entendimiento que le ha dado la Sala a esa materia, particularmente a la hermenéutica de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, porque es natural que, para que se aplique esa figura, deba existir certeza de un consentimiento resolutorio, ya que el mutuo disenso es, en toda regla, un contrato dirigido a finalizar una relación obligacional preexistente, y el hecho de que las declaraciones de voluntad negocial no solo tengan lugar de forma expresa y explícita, no exime de la carga de demostrar los actos unívocos que lleven a presumirla, no bastando, como se repitió, el mero incumplimiento de las prestaciones por parte de los contratantes.

4. El criterio jurisprudencial vigente sobre el mutuo incumplimiento contractual: presupuestos para la aplicación por analogía del artículo 1546 del Código Civil y eventual subsunción en este caso

En el cargo estudiado se aduce que las partes incumplieron mutuamente las obligaciones asignadas a cada uno en el respectivo contrato de promesa y que, por lo tanto, debió el Tribunal ponerle fin al negocio jurídico, con una figura similar a la del mutuo disenso.

Ese planteamiento lleva a la Corte a analizar, oficiosamente¹⁵, si este asunto es viable encuadrarlo dentro

¹⁵ En virtud de la facultad otorgada en el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso.

del marco del criterio recientemente acogido en la sentencia de casación **SC1662-2019** (de fecha posterior a la del fallo acá reprochado) que postula la posibilidad de aplicar, para los eventos de mutuo y recíproco incumplimiento contractual, la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios.

Así las cosas, el respectivo escrutinio de la cuestión jurídica permitirá establecer, si al desestimarse por el Tribunal la resolución del contrato, pedida en la demanda como primera pretensión subsidiaria, se desconoció gravemente el ordenamiento jurídico, y si eventualmente, también, se agravieron los derechos y garantías fundamentales del impugnante, al no poner fin a la promesa de contrato que ligaba a los involucrados en este litigio.

4.1. Sea lo primero recordar que, a propósito de la hermenéutica del artículo 1546 del Código Civil, ha sido doctrina constante de la Sala, la de que únicamente el contratante cumplido de las obligaciones que le corresponden en el respectivo contrato, o por lo menos el que se ha allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, puede reclamar la resolución del contrato y el regreso de las cosas al estado inicial con la indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha honrado las suyas¹⁶.

Lo que significó durante mucho tiempo para la Sala, que si las dos partes que celebraron un contrato lo incumplen, no asiste a ninguna de ellas el derecho a resolverlo al amparo

¹⁶ CSJ SC de 12 de agosto de 1974.

del artículo 1546 *ibídem*, que lo concede exclusivamente al que cumplió sus obligaciones o al que se había allanado a cumplirlas¹⁷.

4.2. Ese criterio de la Corte sobre la improcedencia de la resolución del contrato en hipótesis de recíproco incumplimiento, vino a ser replanteado, por primera vez, en una sentencia de casación del 29 de abril de 1978, justificada sobre la base práctica de que si ambos contratantes incumplen y ninguno puede pedir la resolución o el cumplimiento, “*el contrato quedaría definitivamente estancado*”. En efecto, se dijo allí:

*“a) En los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben ejecutarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacersele previamente sólo puede demandar el cumplimiento del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad; b) en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, **mas si ninguna de las partes cumplió ni se allanó a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato.** Todo lo anterior va sin perjuicio de la tesis del mutuo disenso, que la Corte ha venido sosteniendo”* (Se subraya).

4.3. Pronto, la Sala recogió la anterior tesis para retornar a la “*tradicional*”, cuando en la sentencia de 5 de noviembre de 1979, señaló que

“El precepto contentivo de la acción resolutoria (artículo 1546 del Código Civil) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha

¹⁷ Al respecto aparece, por ejemplo, la sentencia de casación de 9 de junio de 1971, en la que se señaló: “*Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral ‘en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado’, no en caso de no cumplirse por ambos*”.

acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal, aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que ‘en 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, 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 2º del artículo 1546 del Código Civil’. Entonces, en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, vale decir, al mismo tiempo, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presta a cumplir en la forma y tiempo debidos y, la otra no, aquélla, tiene a su arbitrio la acción de cumplimiento o la de resolución. Si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones. Por tanto, se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás citada [la de 29 de noviembre de 1978] que cuando ninguno de los contratantes cumplía cualquiera de ellos podía demandar la resolución. Se insiste que esta hipótesis, o sea, cuando ni la ley ni la convención bilateral señalan orden de ejecución, o en otros términos, cuando las obligaciones recíprocas deben ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguno tiene la acción de resolución o la de cumplimiento”.

4.4. Una decisión posterior, del 7 de diciembre de 1982, volvió sobre la resolución del contrato ante incumplimientos mutuos de las partes, aceptándola, pero a partir de un fundamento jurídico diferente, consistente en que tal posibilidad la disciplina no el artículo 1546 del Código Civil, sino el 1609 de la misma obra. En efecto, anotó la Corte en sede de casación, que

“El Código de don Andrés Bello fue el primero en el mundo que reguló el fenómeno del mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales. Es nuestro famoso artículo 1609 [...] La norma es de una claridad extraordinaria [...] Con su simple lectura se encuentra su verdadero sentido. Que si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir. Si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora [...] Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal sin

cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que [...] es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada [...] Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal. Debe además, puntualizarse que la acción de resolución por incumplimiento tiene su fundamento legal en el artículo 1546 (y en el 1930 para el caso de la compraventa), y que con la interpretación que se viene propiciando del artículo 1609, tal situación no se cambia. Lo que ocurre es que frente a ese artículo 1546, la interpretación tradicional de la excepción de contrato no cumplido enervaba la totalidad de la pretensión, es decir, impedía la resolución o la ejecución, al paso que ahora, con la presente interpretación, esa excepción enerva apenas la pretensión indemnizatoria consecuencial dejando incólume ora la resolución, ora el cumplimiento deprecados”.

4.5. En 1985¹⁸, la Sala retornó a su tesis “tradicional” sobre la inviabilidad de la resolución del contrato para supuestos de recíproco incumplimiento, la que se mantuvo hasta época muy reciente, cuando en el referido fallo **SC1662-2019**, se determinó que la recíproca desatención de los compromisos negociales no era óbice para que cualquiera de los contratantes intentara la resolución del convenio, pero sin indemnización de perjuicios. Ello se logró, como se verá, desde una perspectiva diferente a la utilizada en las mencionadas sentencias de 1978 y 1982, pues, la Corte constató que, en verdad, el ordenamiento y particularmente el Código Civil, no previeron la resolución del contrato para la hipótesis de los mutuos incumplimientos, debiéndose

¹⁸ Sentencia de casación del 16 de julio.

buscar la solución, como ordenan las clásicas reglas de hermenéutica, en la norma que más se asemejara a la situación, siendo ella, el artículo 1546 *ibídem*.

Por su importancia, se cita un extenso fragmento de dicha sentencia de casación de 2019, que representa el criterio actual y vigente de la Sala, sobre la resolución de los contratos frente a supuestos de mutuo incumplimiento:

“... el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal. En tal orden de ideas, colígese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 [...] Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico [...] De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes [...] Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato. Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo. Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que

se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil. Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual [...] En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido [...] En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y. mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem. La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales”.

4.6. Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura *iuris* de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio

doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y **simultáneo**, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

*“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de **desacato recíproco y simultáneo** si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019) ...”* (se subraya).

Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo

mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.

4.7. En el caso de este pleito, se tiene que el Tribunal dejó sentado, y ello no fue materia de controversia por parte del impugnante en casación, que:

a.-) Entre las partes se celebró contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble, siendo la promitente vendedora la sociedad Inversiones Salazar Pinillos S. en C.S., y el promitente comprador Uriel Darío Muñoz Sánchez.

b.-) En la cláusula segunda del convenio se pactó como precio de la venta la suma de \$1.875.000.000, pagaderos así:

*“a. La suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000) [...] a la firma de este contrato los cuales son recibidos por el señor Rafael Armando Salazar Jaramillo, b. La suma de ochocientos millones de pesos moneda legal (\$800.000.000) que pagará el promitente comprador en favor de la sociedad Inversiones Salazar Pinillos S. en C. S. **para el momento en que se suscriba la respectiva escritura pública de compraventa y de hipoteca** [...] c. La restante suma de dinero por valor de ochocientos setenta y cinco millones de pesos (\$875.000.000) serán pagados por el promitente comprador con un plazo de un año contado a partir del momento en que se realice la entrega del inmueble, es decir, a partir del día treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012)”* (se destaca a propósito).

c.-) La firma de la escritura pública de compraventa se fijó para el 18 de octubre de 2011.

d.-) El demandante admitió en su demanda, que de la segunda cuota de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), pagó setecientos sesenta y un millones

veintiocho mil ochocientos sesenta y seis pesos (\$761.028.866), parte de esta última cifra con posterioridad al 18 de octubre de 2011.

e.-) Ninguna de las partes aportó constancia de haber acudido en la fecha y hora convencidas a la Notaría designada, para firmar la escritura pública de compraventa.

4.8. Pues bien, con esos elementos emerge que aquí sí era posible deducir la procedencia de la resolución contractual por el mutuo incumplimiento de los contratantes, porque ciertamente el promitente comprador (Uriel Daría Muñoz Sánchez) no cumplió su obligación de pagar íntegra la segunda cuota de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), cuyo plazo le vencía el día convenido para la firma de la escritura pública de compraventa (18 de octubre de 2011); y el promitente vendedor tampoco satisfizo su obligación **correlativa y simultánea**, consistente en acudir, para la precitada fecha, para el perfeccionamiento del contrato de compraventa prometido.

Se equivocó por supuesto el Tribunal, cuando en su sentencia aseguró que *“las obligaciones contraídas eran sucesivas, y antes de la firma de la escritura se requería el pago de la segunda cuota, para proceder, con posterioridad a la entrega del bien y a la satisfacción de la totalidad del precio”*, puesto que, observa con detenimiento la Corte, la cláusula segunda del contrato de promesa, referida por el propio juzgador de segunda instancia, no admitía una interpretación diferente, a que la cancelación del segundo

instalamento (carga del promitente comprador) y la firma del instrumento público (carga de la promitente vendedora) eran obligaciones concomitantes en el tiempo, valga anotar, que de acuerdo con lo consignado textualmente por los interesados, la presentación del promitente vendedor a la Notaría no estaba supeditada a la previa acreditación de la cancelación de los ochocientos millones de pesos (\$800.000.000).

De manera que no habiéndose pagado por un contratante la segunda cuota del precio acordado, y dejando se asistir el otro a la Notaría para ratificar su compromiso e intención de enajenar, no había forma de concluir nada diferente a que hubo un típico evento de incumplimiento **mutuo y simultáneo**, perceptor, como se describió atrás, de la resolución contractual sin indemnización de perjuicios.

Habrá entonces que casar la sentencia confutada, porque si bien el único cargo formulado presenta las deficiencias mencionadas, que lo hacen en principio impróspero, la revisión oficiosa permitida en el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso lleva a concluir que el Tribunal incurrió en un grave error de apreciación fáctica que le condujo a deducir, equivocadamente, que no había incumplimientos simultáneos de las partes, y con ello cerró el camino para aplicar la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios, que a la luz del criterio actual de la Corte, el ordenamiento jurídico lo avala por la vía de aplicar por analogía el artículo 1546 del Código Civil.

Por lo demás, mantener intacta la sentencia de segunda instancia conllevaría a dejar en estado de letargo una situación contractual de muy difícil o imposible resolución, porque con la actitud procesal de la parte demandada (quien demandó en reconvención la lesión enorme), no hay manera de que las partes consigan el cumplimiento voluntario (y no se diga forzado) de lo convenido en su momento en el contrato de promesa.

Y la justicia como valor constitucional y eje central del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, exige que los juzgadores, en cualquier escala o grado, allanen los caminos para la efectiva y civilizada composición de los litigios, y acá, ese camino, en efecto, lo otorga la novedosa figura de la casación oficiosa, con la que se pone fin a un prototípico caso de estancamiento contractual, irresoluble con la institución del mutuo disenso, o con las tradicionales acciones alternativas del artículo 1546 *ibídem*, pues bien lo avizó la Corte desde el fallo de 29 de noviembre de 1978,

*“En los contratos bilaterales en los que las recíprocas obligaciones deben efectuarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacersele previamente sólo puede demandar el cumplimiento dentro del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad”. Sin embargo, **si las obligaciones son simultáneas, “el contratante cumplido o que se allana a cumplir con las suyas, queda en libertad de ejercer, o la acción de cumplimiento o la acción resolutoria si fuere el caso”.***

Ahora bien, lo dicho sobre la casación oficiosa y la facultad para la Sala de hacer uso de ella en este estadio del recurso (para sentencia), lo ha confirmado con anterioridad esta Corporación, al decir que

“Es en la etapa del fallo, cuando se puede adoptar como instrumento de protección y de garantía de los derechos, la casación de oficio, pero no la selección de la demanda; no en otra oportunidad, pues si el asunto ha llegado para sentencia, se infiere llanamente, bien se admitió o ya se seleccionó. La selección, entonces, únicamente puede tener eficacia en la fase introductoria de admisión del respectivo libelo. En este sentido, el legislador del Código General del Proceso, diseñó el artículo 336 en su inciso final el siguiente segmento normativo que responde y clarifica la cuestión: ‘La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales’ (subrayado fuera de texto). Al disponer que esta Corporación ‘podrá casar la sentencia, aún de oficio’, está comprometiendo ‘in radice’ a la Corte de Casación con la construcción del Estado Social de Derecho, para cumplir las finalidades del recurso, autorizando quebrar la sentencia al margen de la prosperidad técnica de las causales esgrimidas por el recurrente cuando al momento de fallar, en su tarea de control constitucional y legal atribuida por el legislador, como derecho propio en el ámbito casacional, se hallen en juego valores, principios y derechos supremos, y en forma patente y paladina aparezcan comprometidos: 1. El orden público, 2. El patrimonio público, o 3. Se atente gravemente contra los derechos y garantías constitucionales”¹⁹.

Visto entonces que prospera la casación oficiosa del fallo del Tribunal, en cuanto no decretó la resolución del contrato de promesa por el cumplimiento recíproco de las partes, procede ahora la Corte a situarse en sede de instancia, y a dictar en el presente juicio, la respectiva

¹⁹ CSJ. SC1131 de 5 de febrero de 2016, expediente 00443, reiterada en SC5568-2019.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Generalidades

1.1. En la sentencia de primera instancia, emitida dentro de este proceso, el juzgado de conocimiento declaró la nulidad absoluta de la promesa de compraventa de inmueble suscrita por las partes el 11 de octubre de 2011, y, en consecuencia, ordenó a la demandada Inversiones Salazar Pinillos S. en C. S. restituir al accionante Uriel Darío Muñoz Sánchez la suma -ya indexada- de mil treinta y siete millones setecientos noventa y seis mil cuatrocientos once pesos con sesenta y un centavos (\$1.037.796.411,61), con la advertencia de que en caso de mora, se generarán intereses al 6% anual²⁰.

1.2. Las dos partes apelaron el fallo:

1.2.1. El demandante por estimar que, contrario a lo señalado por el juzgado, en el contrato de promesa sí se determinó en forma clara la época en la que se debía protocolizar el negocio jurídico prometido, con lo que no cabía anular el contrato materia del proceso.

Así mismo, porque no era viable para el *a-quo* anular un pacto en el que se trasladó al promitente comprador la obligación de cancelar deudas que pesaban sobre el predio materia del acuerdo, no obstante que quien tenía la carga de

²⁰ Folios 223 a 242 del c. 1.

liberarlo de *“los embargos judiciales y demás gravámenes que sobre él pesaban, era la sociedad promitente vendedora”*. Anotó, en ese mismo sentido, que el compromiso que se le hizo adquirir se le salió de las manos, dado que no le fue posible en un corto plazo, adelantar los respectivos trámites administrativos y judiciales para levantar las medidas que pesaban sobre el fundo²¹.

1.2.2. La demandada impugnó la determinación de primer grado, por considerar que ante el incumplimiento del actor en el pago de la cuota de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), tenía derecho a recibir el 30% del precio de la promesa de compraventa, a título de sanción. Recordó que, de su parte, siempre estuvo y ha estado atento a suscribir la escritura pública de compraventa, razón por la cual el gerente acudió a la Notaría, y *“si bien es cierto que de ese hecho no se obtuvo el correspondiente certificado notarial, no es menos evidente que [...] puede ser demostrado plenamente...”*.

De otro lado, refutó los valores que el juzgador le ordenó restituir, por las siguientes razones:

a.-) El demandante no demostró que hubiera pagado a la DIAN \$99.747.000, y, por el contrario, ese valor lo asumió directamente la demandada.

b.-) Los \$406.684.588 que se dicen cancelados para terminar el proceso ejecutivo hipotecario ante el Juzgado

²¹ Folios a 20 del c. 9.

Tercero Civil Municipal de Cali, no corresponden a lo “*adeudado procesalmente*”, según la última liquidación del crédito, que ascendió a \$288.904.330.

c.-) El gestor no acreditó haber pagado \$57.000.000 para dar por terminado el proceso ejecutivo laboral iniciado por Edgar de Jesús Becerra Ramírez en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira; \$119.444.131 ante la “*Secretaría de Hacienda Municipal*”; \$2.000.000 para reinstalar el servicio de agua; y \$1.389.000 y \$327.391 para reconectar la energía eléctrica.

d.-) Los \$56.250.000 por concepto de comisión por venta del inmueble no se causaron, porque tal remuneración “*tendrá lugar siempre y cuando se celebre el negocio entre las partes*”. Además, en el contrato de promesa no se estableció porcentaje de comisión, y tampoco se señaló el nombre de los corredores favorecidos²².

2. Alcance del fallo sustitutivo

En casación ninguna inconformidad mostró el demandante con relación a que la promesa de compraventa cumplía todas las exigencias del artículo 89 de la ley 153 de 1887, por lo que quedó incólume el pronunciamiento del Tribunal sobre la validez de ese negocio jurídico, y, en consecuencia, también, la revocatoria que por ese aspecto se hizo del fallo del *a-quo*.

²² Folios 8 a 14 del c. 9.

El accionante tampoco persistió en casación sobre su pretensión principal de cumplimiento del contrato de promesa, por lo que sobre el tema no se puede volver en esta sentencia sustitutiva.

Como la demandada, frente a lo resuelto por el Tribunal sobre la demanda de reconvención -con pretensión de lesión enorme- guardó silencio, ese es otro aspecto en el que no incursionará esta providencia.

Es decir, que de acuerdo con ese marco de referencia, la sentencia sustitutiva no regresará a materias que se tornaron inmodificables por el asentimiento de los interesados, y por lo mismo, partiendo de la explicada procedencia de la resolución del contrato, no resta nada más que estudiar la apelación de la demandada en torno a los valores que debe restituir a su contraparte, esta vez, por gracia de la resolución contractual emanada del mutuo incumplimiento.

No será del caso tampoco analizar la censura de la accionada frente a la cláusula penal, porque ya se indicó en detalle, las partes incurrieron en simultánea desatención de sus compromisos contractuales, lo que conlleva a que ninguna se encuentre en mora, careciendo de legitimación para reclamar perjuicios.

En conclusión: el análisis de la Corte, en esta sede, se centrará en la alzada de la demandada, únicamente, en lo que tiene que ver con las restituciones a que por ley está

obligada. Y no sobra indicarlo, que la impugnación del demandante carece de objeto, producto de la casación oficiosa que reconoce la procedencia de la acción resolutoria contractual.

3. La resolución del contrato y sus efectos

La acción resolutoria de un contrato bilateral, en virtud de lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil, tiende a aniquilar el acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de la celebración del mismo²³.

En otras palabras, la resolución opera retroactivamente para dejar a las partes en la misma situación en la que estaban hasta antes de contratar, y para lograr ese propósito es preciso disponer las restituciones mutuas, en caso de haberse ejecutado parcialmente el contrato. Lo dijo Messineo, en su momento, *“Consecuencia general de la resolución entre las partes, es la restitución de todo lo que una parte haya recibido, en el ínterin, de la otra”*²⁴.

4. El caso concreto

4.1. Quedando establecida la procedencia, en este asunto, de la resolución de la promesa de compraventa suscrita entre las partes, porque se trata de un contrato bilateral que se ha incumplido por ambos extremos (el propio

²³ Esto se ha señalado, por ejemplo, en la sentencia de casación de 21 de abril de 1939, G.J., 1997, pág. 391.

²⁴ MESSINEO, Francesco, Doctrina general de los contratos, T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 358.

actor reconoció que no pagó la suma de ochocientos millones de pesos para el momento de suscribirse la escritura pública de compraventa, y la sociedad demandada no acudió a la Notaría en la fecha prevista, pues no aportó la prueba sobre dicha concurrencia, y de ella tampoco dieron cuenta los testigos citados, y menos el gestor al absolver su interrogatorio de parte), no resta más que definir lo relativo a las restituciones mutuas, para que se de punto final al vínculo que se trabó entre demandante y demandada, y que está en el centro de la apelación, por la objeción que Sociedad Inversiones Salazar Pinillos S. en C.S. hizo a varios de los pagos que afirmó efectuar Uriel Darío Muñoz Sánchez, a propósito del fallido negocio.

4.2. En consecuencia, recuérdese que en el hecho décimo de la demanda inicial, el demandante dijo haber efectuado los siguientes pagos, producto de su acatamiento de las obligaciones estipuladas en la promesa de compraventa:

a.-) Doscientos millones de pesos (\$200.000.000) a la firma de la promesa de compraventa.

b.-) Noventa y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil pesos (\$99.747.000) de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

c.-) Ciento setenta y dos mil pesos (\$172.000) por costas procesales en el cobro coactivo ante la DIAN.

d.-) Seiscientos noventa y dos mil pesos (\$692.000) por honorarios del perito en dicho proceso.

e.-) Cuatrocientos seis millones seiscientos ochenta y cuatro mil quinientos ochenta y ocho pesos (\$406.684.588), por el proceso ejecutivo hipotecario que cursaba en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali.

f.-) Cincuenta y siete millones de pesos (\$57.000.000) por el proceso ejecutivo laboral llevado adelante en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira por parte de Edgar de Jesús Becerra Ramírez.

g.-) Ciento diecinueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil ciento treinta y un pesos (\$119.444.131) por impuesto predial en la “*Secretaría de Hacienda Municipal y Finanzas (sic)*”.

h.-) Dos millones de pesos (\$2.000.000) por el servicio de agua.

i.-) Un millón trescientos ochenta y nueve mil pesos (\$1.389.000) por el servicio de energía.

j.-) Seis millones trescientos veintisiete mil trescientos noventa y un pesos (\$6.327.391), por el servicio de energía.

k.-) Siete millones ochocientos veintidós mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$7.822.756) por energía.

l.-) Dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000) para Henry Aguirre Vargas, por gestionar el pago de los servicios públicos.

m.-) Un millón de pesos (\$1.000.000) por honorarios al abogado Mario Quiceno Ceballos, por gestionar los pagos para el proceso coactivo y los ejecutivos.

n.-) Cincuenta y seis millones Doscientos cincuenta mil pesos (\$56.250.000), por la comisión por la venta del inmueble Camino Real, a favor de José Arley Ocampo y Henry Aguirre Vargas.

4.3. En su contestación a la demanda, la sociedad convocada aceptó expresamente los pagos a que se refieren los literales a.-), b.-), c.-) y f.-). Guardó silencio sobre el del literal d.-); y objetó todos los demás.

4.4. En la sentencia de primera instancia, luego de declarar la nulidad absoluta de la promesa, el juzgado de conocimiento reconoció la restitución a la demandante y a cargo de la demandada, de todas las sumas relacionadas en el hecho décimo de la demanda inicial, y adicionalmente, aplicó sobre ellas corrección monetaria.

4.5. En la apelación que presentó contra la anterior providencia, controvirtió el reconocimiento de las sumas a que se refieren los literales b.-), e.-), f.-) g.-), h.-), i.-), j.-) y n).

4.6. De lo anterior se sigue, en primer lugar, que no hay ninguna discusión que al demandante debe restituírsele las sumas del literal a.-), puesto que sobre su pago no se hizo reproche ni al contestar la demanda y tampoco al apelar.

Por otro lado, la aceptación expresa que al contestar la demanda se efectuó respecto de las cifras de los literales b.-), c.-) y f.-), que sin duda constituye confesión, impide un nuevo examen frente a esos rubros, ahora por el camino de la apelación, más aún, cuando esos conceptos están acreditados probatoriamente, como se observa en los documentos que militan a folios 14 a 23, 29 y 32 del c. 1., respectivamente.

Así mismo, el monto del literal d.-) también admite reconocimiento, porque frente a este nada dijo la demandada en su contestación, al apelar estuvo silente y hay prueba que lo corrobora, folio 29 *ibídem*.

Igualmente cabe aceptar, como concepto restitutivo, los pagos sobre los que versan los literales k.-), l.-) y m.-), porque si bien hubo reparo a ellos cuando se replicó el libelo inicial, la apelación nada dijo sobre ellos, con lo que opera la consecuencia procesal prevista en el artículo 328 del Código General del Proceso, según la cual, *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante...”*. Y con todo, de esos pagos también hay prueba en los folios 38 y 39 del c. 1.

Falta la definición de los pagos de los literales e.-), g.-h.-), i.-) j.-) y n.-). En relación con estos, debe recordarse que al aparejar la referida resolución del contrato la restitución material de todo lo que las partes han percibido con motivo u ocasión del acuerdo, la tarea de determinar cuáles son las restituciones mutuas comienza por revisar si los conceptos reclamados tienen que ver con obligaciones ejecutadas a partir del negocio jurídico frustrado, para luego establecer si hay prueba de ellos.

Así las cosas, observa la Sala que en la promesa de compraventa de que aquí se trata, el segundo pago pactado de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), según se relacionó en el hecho tercero de la demanda y esto no fue contradicho por la demandada, estaba representado o equivalía al valor de varias deudas por demandas judiciales, impuestos y servicios públicos a cargo de la sociedad convocada y que el demandante asumió.

En ese orden de ideas, entran en la categoría de conceptos por restituir al demandante, los pagos que hizo por servicio público de energía (literales h, i, y j), cuya cancelación está demostrada con los documentos que militan a folios 40, 41 y 42. Además, el hecho de haber aportado el actor los originales de los recibos públicos, con sello del banco, descarta la aseveración de la demandada, de que fue ella quien corrió con esa deuda.

También entran en el grupo de pagos contractuales, los hechos por el gestor para terminar un proceso ejecutivo

hipotecario (literal e) y el impuesto predial unificado (literal g), pues de ellos se dio cuenta en el pliego inicial y en su contestación, y su cancelación por el monto indicado por el accionante, está probada a folios 28 y 34 del c. 1., y 1 del c. 5. Por lo demás, no se aportó medio suasorio que descartara ese pago, y, por ejemplo, lo relacionado con que la liquidación del crédito definitiva en el hipotecario y lo que se pide en el proceso no concuerda, se quedó en el plano de un mero planteamiento.

Finalmente, en el párrafo de la cláusula quinta del contrato de promesa se consagra la obligación de pagar el valor correspondiente a la comisión o servicios de corretaje por la venta del inmueble. Es decir, que es una obligación contractual, por lo mismo objeto de restitución para quien la pagó, en este caso el demandante, según la prueba que aportó y que aparece a folio 37 del c. 1.

En definitiva, no hay ningún reparo que hacer a las restituciones mutuas ordenadas por el juzgado de primera instancia, por estar todas ellas debidamente probadas, aclarando que las mismas ahora se ordenan a título de resolución contractual. No está demás destacar que como la prometedora vendedora no entregó a su contendor el fundo materia de la promesa de venta, a él no se le impondrá ninguna obligación restitutoria.

5. La corrección monetaria

Una cuestión de indudable interés práctico es la que se refiere al objeto de restituir una prestación pecuniaria que constituía una de las correlativas del contrato que debe resolverse por incumplimiento, cuando se está en una situación de constante desvalorización monetaria, como la que existe y es notoria en Colombia desde hace ya bastantes años.

En periodos semejantes suele acontecer que entre el pago total o parcial de la prestación y el reconocimiento de la terminación del contrato por resolución, la moneda haya sufrido una grave disminución de su poder adquisitivo, de tal forma que el valor nominal de lo que atrás se canceló sea profundamente diferente al valor real y actual del dinero.

Para dar solución a esa problemática, la jurisprudencia de la Corte viene aceptando la actualización o corrección monetaria de las sumas de dinero que han de ser materia de restituciones mutuas, apelando, en sustento, a un imprescindible criterio de equidad.

Por eso mismo, ha apuntado la Sala que

“... esas cantidades deberán reintegrarse indexadas, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de 2015, rad. n.º 2006-00119), partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio” (CSJ SC SC2307-2018).

En esta especie, los pagos a que se ha hecho referencia se hicieron hace casi una década, por lo que es indudable que debe aplicárseles la actualización monetaria, utilizando el índice de precios al consumidor, y aplicando la consabida fórmula: valor histórico por el IPC actual, y el resultado dividido por el IPC histórico es igual al valor presente de la misma suma de dinero.

Por consiguiente:

a.-) Doscientos millones de pesos (\$200.000.000) indexados desde el 11 octubre de 2011²⁵ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a doscientos ochenta y tres millones trescientos ochenta y ocho mil quinientos setenta y dos pesos (**\$283.388.572**), previa aplicación de $(200.000.000 \times 106,88/75.43)$.

b.-) Noventa y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil pesos (\$99.747.000) indexados desde el 21 de octubre de 2011²⁶ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a ciento cuarenta y un millones trescientos treinta y cinco mil setecientos noventa y nueve pesos (**\$141.335.799**), previa aplicación de $(99.747.000 \times 106,88/75.43)$.

c.-) Ciento setenta y dos mil pesos (\$172.000) indexados desde el 23 de noviembre de 2011²⁷ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a doscientos cuarenta y tres mil

²⁵ Fecha del pago según la promesa de compraventa que obra a folio 2 del c. 1.

²⁶ Fecha relacionada a folios 14 y s.s. del c.1.

²⁷ Pago en esa fecha, según el recibo bancario del folio 29.

ochocientos setenta y cinco pesos (**\$243.875**), previa aplicación de $(172.000 \times 106.88/75.38)$.

d.-) Seiscientos noventa y dos mil pesos (\$692.000) indexados desde el 23 de noviembre de 2011²⁸ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a novecientos ochenta y un mil ciento setenta y cuatro pesos (**\$981.174**), previa aplicación de $(692.000 \times 106.88/75.38)$.

e.-) Cuatrocientos seis millones seiscientos ochenta y cuatro mil quinientos ochenta y ocho pesos (\$406.684.588), indexados desde octubre de 2011²⁹ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a quinientos setenta y seis millones doscientos cuarenta y ocho mil ochocientos veintitrés pesos (**\$576.248.823**), previa aplicación de $(406.684.588 \times 106.88/75.43)$.

f.-) Cincuenta y siete millones de pesos (\$57.000.000), indexados desde el 25 de octubre de 2011³⁰ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a ochenta millones setecientos sesenta y cinco mil setecientos cuarenta y tres pesos (**\$80.765.743**), previa aplicación de $(57.000.000 \times 106.88/75.43)$.

g.-) Ciento diecinueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil ciento treinta y un pesos (\$119.444.131) indexados desde el 9 de diciembre de 2011³¹ hasta el 31 de

²⁸ Pago en esa fecha de acuerdo con recibo bancario del folio 29.

²⁹ Mes en que se hicieron las consignaciones bancarias a que refiere el folio 28 del c. 1.

³⁰ Fecha obtenida del folio 32.

³¹ Fecha señalada en el folio 1 del c. 5.

diciembre de 2020, equivalen a ciento sesenta y ocho millones quinientos cincuenta y dos mil setecientos noventa y cinco pesos (**\$168.552.795**), previa aplicación de $(57.000.000 \times 106.88/75.74)$.

h.-) Dos millones de pesos (\$2.000.000) indexados desde el 8 de noviembre de 2011³² hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a dos millones ochocientos treinta y cinco mil setecientos sesenta y cinco pesos (**\$2.835.765**), previa aplicación de $(2.000.000 \times 106.88/75.38)$.

i.-) Un millón trescientos ochenta y nueve mil pesos (\$1.389.000) indexados desde el 28 de octubre de 2011³³ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a un millón novecientos sesenta y ocho mil ciento treinta y tres pesos (**\$1.968.133**), previa aplicación de $(1.389.000 \times 106.88/75.43)$.

j.-) Seis millones trescientos veintisiete mil trescientos noventa y un pesos (\$6.327.391), indexados desde el 8 de noviembre de 2011³⁴ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a ocho millones novecientos setenta y un mil cuatrocientos noventa y ocho pesos (**\$8.971.498**), previa aplicación de $(6.327.391 \times 106.88/75.38)$.

k.-) Siete millones ochocientos veintidós mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$7.822.756) indexados desde el 8 de

³² Fecha anotada por el banco en el folio 42 del c.1.

³³ Fecha anotada por el banco en el folio 41 del c.1.

³⁴ Fecha de acuerdo con el folio 40 del c.1.

noviembre de 2011³⁵ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a once millones noventa y un mil setecientos cincuenta pesos (**\$11.091.750**), previa aplicación de $(7.822.756 \times 106.88/75.38)$.

l.-) Dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000) indexados desde el 2 de noviembre de 2011³⁶ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a tres millones quinientos cuarenta y cuatro mil setecientos seis pesos (**\$3.544.706**), previa aplicación de $(2.500.000 \times 106.88/75.38)$.

m.-) Un millón de pesos (\$1.000.000) indexados desde el 25 de octubre de 2011³⁷ hasta el 31 de diciembre de 2020, equivalen a un millón cuatrocientos dieciséis mil novecientos cuarenta y dos pesos (**\$1.416.942**), previa aplicación de $(1.000.000 \times 106.88/75.43)$.

n.-) Cincuenta y seis millones Doscientos cincuenta mil pesos (\$56.250.000), indexados desde el 8 de noviembre de 2011³⁸, equivalen a setenta y nueve millones setecientos cincuenta y cinco mil novecientos tres pesos (**\$79.755.903**), previa aplicación de $(56.250.000 \times 106.88/75.43)$.

Con las operaciones efectuadas, la suma total que debe restituir la sociedad demandada al demandante, con actualización cercana a la fecha en que ha de adoptarse el presente fallo, asciende a mil trescientos sesenta y un

³⁵ Fecha relacionada en el folio 39.

³⁶ Fecha según recibo de caja del folio 38.

³⁷ Folio 38 del c. 1.

³⁸ Folio 37.

millones ciento un mil cuatrocientos setenta y ocho pesos **(\$1.361.101.478)**.

Además, las actualizaciones posteriores, de llegar a ser necesarias, deben efectuarse siguiendo el mandato del inciso final del artículo 284 del Código General del Proceso, que dice: *“La actualización de las condenas a pagar sumas de dinero con reajuste monetario, en el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia definitiva y el día del pago, se hará en el momento de efectuarse este”*.

6. Pronunciamiento sobre costas

No habrá lugar a condena en costas en el recurso de casación, ante su prosperidad.

Tampoco se impondrán en las instancias, porque, en estricto sentido, ninguna de las partes resultó derrotada, al estimarse que la resolución del contrato provino del mutuo incumplimiento de las partes.

Por ello, entonces, no se configura la hipótesis del numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, que señala que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”*.

7. Conclusión

De todo cuanto viene de exponerse, se casará parcialmente la sentencia de proferida por la Sala Civil

Familia del Superior del Distrito Judicial de Pereira, revocando únicamente lo concerniente a la negativa de la pretensión resolutoria invocada subsidiariamente por el demandante, y proveyendo sobre las restituciones mutuas, según se anotó.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA OFICIOSA** y **PARCIALMENTE** la sentencia de 7 de febrero de 2017, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario que promovió Uriel Darío Muñoz Sánchez contra Inversiones Salazar Pinillos S. en C. S., y en sede de instancia, mantiene tanto la revocatoria del fallo apelado que declaró la nulidad absoluta de la promesa de compraventa suscrita por las partes, como la negativa de las pretensiones incoadas (con excepción de la que versa sobre la resolución contractual), y adiciona tres ordinales del siguiente tenor:

“PRIMERO: *DECLARAR resuelto por el mutuo incumplimiento el contrato de promesa sobre inmueble suscrito por la sociedad Inversiones Salazar Pinillos S. en C. S. (promitente vendedora) y por Uriel Darío Muñoz Sánchez (promitente comprador), el 11 de octubre de 2011.*

“SEGUNDO: *NO CONDENAR en perjuicios a ninguno de los contratantes.*

“TERCERO: *ORDENAR a la sociedad demandada a que restituya al demandante, a título de restituciones mutuas, en el lapso de seis (6) días contado a partir del siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la suma de mil trescientos sesenta y un millones ciento un mil cuatrocientos setenta y ocho pesos (\$1.361.101.478)”* la cual se actualizará al momento de su pago.

Sin costas en casación y las instancias.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO
Con Salvamento de Voto

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Con Salvamento de Voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 66001-31-03-003-2012-00061-01

1. Con el profundo respeto para la Sala de la cual formo parte, estimo necesario salvar mi voto por cuanto no comparto las motivaciones ni la decisión en la sentencia que precede. Discurro alrededor de los siguientes ejes doctrinales: 1. El primero, tiene que ver con el reproche a la absolución de la parte demandada frente a su obligación para cumplir el contrato. 2. El segundo, gira sobre la indebida aplicación del artículo 1546 del Código Civil, para las hipótesis cuando se presenta el incumplimiento recíproco. De ningún modo puede hablarse de interpretación analógica respecto de una regla de reconocida estirpe sancionatoria. Tampoco concurren por parte alguna, los presupuestos de esta disposición para situaciones del recíproco y simultáneo incumplimiento. 3. No comparto las reflexiones y determinaciones sobre la mora y sus efectos en los casos del mutuo disenso tácito ni la negativa para disponer el pago de indemnizaciones graduales y otros derechos, con la consiguiente aplicación del sistema de compensaciones para estos casos de incumplimiento recíproco simultáneo por afectar los principios de equidad y proporcionalidad y, en general, respecto de los criterios medulares que guían el C.C.

y que ha impreso la Constitución de 1991 en las causas civiles y comerciales del negocio jurídico.

2. Para iniciar la cuestión, primero y en forma somera destaco los hechos relevantes y de los cuales se puede inferir la necesidad de haber obligado judicialmente al demandado a honrar sus obligaciones, aspecto desestimado por la Sala mayoritaria. Ahora, en la hipótesis de existir plena certidumbre del desistimiento contractual, la solución no podía venir por el sendero del 1546 del C.C.

2.1. El 12 de octubre de 2011, Uriel Darío Muñoz Sánchez, promitente comprador celebró contrato de promesa de compraventa respecto de lote de terreno denominado “*El Camino*” con la sociedad Inversiones Salazar Pinillos S. en C.S., la promitente vendedora.

2.2. El valor pactado por las partes fue de \$1.875.000.000, los cuales debían ser pagados en varios instalamentos: \$200.000.000 entregados por el demandante el día de la firma de la promesa, \$800.000.000 que el promitente comprador se comprometió a pagar para liberar procesos judiciales en curso; y el saldo, \$875.000.000, un año después de suscrita la escritura pública. Para la fecha de su suscripción, el 10 de noviembre de 2011, la solemnidad no se llevó a cabo porque la parte vendedora no contaba con paz y salvo predial y de valorización, al estar gravado el predio con una deuda de \$130.000.000 millones. Acordada una nueva para el 30 de noviembre de 2011, el representante legal de la accionada no asistió, informando su abogado que no lo haría

hasta no estar canceladas todas las cautelares sobre el fundo. La promitente compradora, pagó \$961.028.866, por concepto de gravámenes que recaían sobre el bien y por el dinero entregado en efectivo el día en que se firmó la promesa de compraventa.

En la demanda introductoria se afirma que la promitente vendedora no suscribió la escritura porque no se le pagaba de inmediato el dinero restante y el valor de la cláusula penal, pero, además, fijó aviso de venta del predio por \$3.500.000.000.

La actora solicitó principalmente el cumplimiento del contrato, en subsidio su resolución con el consecuencial pago de perjuicios; a su vez, introdujo como segunda súplica eventual, el mutuo disenso. La parte demandada descorrió traslado, se opuso y reconvino solicitando lesión enorme, ya que, para la fecha de suscripción de la promesa de compraventa, el precio era de \$4.000.000.000; indicando, entonces que, el precio acordado inicialmente, por \$1.875.000.000, era desproporcionado y lesivo en su contra.

El juez de primera instancia declaró la nulidad absoluta de la promesa de compraventa y ordenó a la accionada restituir lo pertinente al accionante, por no haberse cumplido los requisitos de la esencia previstos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para el mencionado contrato, ya que no se estableció una fecha precisa en la que se debía suscribir la escritura de compraventa.

2.3. Apelado el fallo de primera instancia, el Tribunal revocó en su totalidad lo decidido por el *a-quo* y negó todas las pretensiones tanto de la demanda inicial como de las propuestas en reconvención por cuanto la promesa de compraventa si estableció una fecha para la suscripción de la escritura pública de compraventa. No le dio prosperidad a las pretensiones principales ni subsidiarias, al evidenciar que el demandante incumplió parcial o imperfectamente sus obligaciones. Tampoco, encontró satisfechos los elementos para la configuración del mutuo disenso al no realizarse ningún planteamiento fáctico para determinar el abandono recíproco de las obligaciones.

2.4. El accionante primitivo interpuso recurso de casación en contra de esa decisión, formulando un único cargo por violación directa de norma jurídica sustancial, pues el Tribunal no resolvió de fondo el asunto, a pesar de haber revocado totalmente el fallo de primera instancia.

2.5. **La Corte** al resolver la Casación encuentra deficientemente formulado el cargo, y procede a casar oficiosamente la sentencia impugnada; considera que el Tribunal no erró en la apreciación fáctica, sin embargo, se trataba de un incumplimiento recíproco, que cercenaba la aplicación analógica del artículo 1546 del Código Civil, todo lo cual, imponía casar de oficio.

En efecto, coligió que, en el asunto litigioso planteado emergía un incumplimiento simultáneo pues “(...) *no habiéndose pagado por un contratante la segunda cuota del*

precio acordado, y dejando de asistir el otro a la Notaría para ratificar su compromiso e intención de enajenar, no había forma de concluir nada diferente a que hubo un típico evento de incumplimiento mutuo y simultáneo, percutor, como se describió atrás, de la resolución contractual sin indemnización de perjuicios (...)”.

Bajo esa tesitura abrió paso a la aplicación del artículo 1546 del Código Civil, esto es, a la resolución del contrato, pero sin indemnización de perjuicios, defendiendo su gobierno en todas y cada una de las situaciones donde se presente incumplimiento mutuo y simultáneo de las partes.

De ese modo, pasó a resolver por “*mutuo incumplimiento*” el contrato de promesa de compraventa, sin lugar a indemnización de perjuicios, ni obligación de pagar cláusula penal alguna, disponiendo las restituciones ordenadas por el juzgado de primera instancia.

3. De los motivos para disentir:

3.1. En primer lugar, la demanda era idónea para ser resuelta de fondo, pues el cargo reunía los requisitos previstos por el legislador para la solución sustancial, y si el libelo fue admitido, no era del caso, hacer la disquisición formal sobre la misma, porque el paso para hacer ese raciocinio es el inadmisorio de la demanda y no la etapa del fallo de fondo, pues de lo contrario sería inocuo ese control previo que se otorga a la Corte en la estructura del recurso. Ahora, en el caso concreto de acuerdo a los hechos expuestos y demostrados, si

la Corte encontró deficiente el cargo, estaba en la obligación de casar la decisión para acceder a las súplicas primeras principales de la demanda resolutoria para ordenar el cumplimiento del contrato, según se peticionó, por cuanto el demandante persistía en su conservación y ejecución, además, fue contratante cumplido, y fulge de los hechos que siguió los deberes previstos en el acto jurídico debatido. Ciertamente pudo incurrir en un incumplimiento, pero no determinante con relación al pago del precio en una parcialidad por cuanto para el pago total del mismo, se requería que previamente la parte demandada le suscribiese escritura pública, y desde ese momento corría un año para el pago del saldo, garantizado con hipoteca. De todos modos, siempre se allanó a cumplir las obligaciones pendientes a su cargo.

No obstante, la parte demandada, se sustrajo al cumplimiento, primero, no obteniendo los respectivos paz y salvos del predio, pues el mismo estaba gravado con \$130.000.000, además, al formular exigencias exageradas, no previstas contractualmente; en adición, rehusando el cumplimiento del contrato y poniendo en venta el predio, a pesar, del vínculo obligatorio vigente con la parte demandante. En tales circunstancias, no podía aplicarse el mutuo disenso tácito, ante la conducta positiva de uno de los prometientes, en este caso, del comprador, de lograr la satisfacción de sus compromisos contractuales; sin que se pudiera aplicar el mutuo distracto que, como lo ha sostenido esta Corporación, sólo procede cuando existen voluntades concordantes,

aunque tácitas, de disolver el nexo jurídico creado con la promesa.

Estos hechos, debidamente probados, no controvertidos, compelen que siendo válido el contrato, el demandante como contratante cumplido, estaba legitimado para pedir el cumplimiento de la promesa, frente al demandado, cuya deshonra obligacional estaba acreditada. Se imponía entonces, hacer ejecutar la promesa con la condigna condena al pago de los perjuicios a favor de la parte actora ante su conducta renuente, torticera e irónica, porque nada, absolutamente nada de su parte cumplió, y aún posee en sus alforjas más de 900 millones de pesos, sin dar nada a cambio.

3.2. Ahora, como cuanto halló demostrado la Sala mayoritaria, fue un recíproco y simultáneo incumplimiento o mutuo disenso, pero como el *ad quem*, no lo hizo actuar en el caso juzgado, señala: “(...) *no hay manera de inferir un “grave error” del Tribunal en sus apreciaciones jurídicas sobre esa figura -como se afirma en la censura, y que fueron las que le llevaron a desestimar la súplica subsidiaria, relacionada con la terminación del contrato de promesa en cuestión, a partir de la tácita voluntad de los interesados*”³⁹. Empero, como halla acuerdo con el incumplimiento recíproco detectado por el Tribunal, adopta la solución del asunto, resolviendo la promesa por el mutuo incumplimiento, bajo la égida del art. 1546 del C.C., juzgamiento que desborda del todo su contenido y correcta hermenéutica.

³⁹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. objeto de mi salvamento.

La Corte, entonces, tras hacer una prolija sustentación de la tesis del mutuo disenso tácito, pasa a defender la postura de la sentencia de casación del 29 de abril de 1978⁴⁰, según la cual, al amparo del art. 1546 del C.C., para prevenir el estancamiento contractual “(...) *si ninguna de las partes cumplió ni se allanó a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato*”, añadiendo “(...) *Todo lo anterior va sin perjuicio de la tesis del mutuo disenso, que la Corte ha venido sosteniendo (...)*”. El fallo del cual disido, sin duda, apoyado indiscutiblemente en dicho antecedente, entonces, continúa en su propósito de casar el fallo por la irregular senda del art. 1546 del C.C.

En desarrollo de la motivación, recuerda *in extenso*, la sentencia del 7 de diciembre de 1982, que también retoma para ese propósito. Este otro antecedente, aun cuando le da vigor al canon 1609, lo ubica en forma concordada con el art. 1546 *ejúsdem*. Justamente, recuerda la Sala, aquello que expuso en referencia al texto 1609 la sentencia de 1982: “(...) *En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir. Si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora (...)*”, pudiendo pedir la resolución o el cumplimiento sin cláusula penal y sin indemnización, porque “*ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609*”.

⁴⁰ Realmente es sentencia del 29 de noviembre de 1978. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de noviembre de 1978. Gaceta Judicial, tomo CLXVIII. p. 246. Urbanización Montevideo Limitada contra Corporación de Acero “Corpacero”, Marco y Eliécer Seedni & Compañía.

Posteriormente, la sentencia respecto de la cual ahora salvo voto, retoma la tesis de la decisión SC1662-2019, doctrina que con pretensa novedad, nada de ello ostenta, por cuanto realmente vuelve a la senda de la postura de 1978. Debo señalar que de ese antecedente, SC1662-2019 también salvé voto, porque so pretexto de defender la errónea tesis de la aplicación analógica del art. 1546 del C.C., por medio de la misma, se esquilmaron derechamente los derechos de un promitente comprador, que demostró legítimamente la interversión de su condición de tenedor por virtud de la promesa, en auténtico poseedor. Ahora, de vuelta, pero exonerando al promitente vendedor que deshonró abiertamente sus obligaciones y recibió grandes sumas de dinero a cuenta del contrato desatado por recíproco incumplimiento, este contratante incumplido, sale airoso sin tener que pagar penas ni indemnizaciones, luego de no haber dado nada a cambio por el dinero recibido del promitente comprador demandante principal.

Por consiguiente, repitiendo esa errónea doctrina de la SC1662-2019, memora que como el C.C. no prevé ninguna solución para los mutuos incumplimientos, ella se halla en el 1546 del C.C., expresando:

“(...) En las hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones por ser una situación no regulada expresamente por ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem (...).”

Prorrogando la línea de ese antecedente SC1662-2019, aclara que con una perspectiva diferente a las sentencias de 1978 y 1982, al no estar prevista “(...) *la resolución del contrato para las hipótesis de los mutuos incumplimientos*”, se impone respaldar y refrendar esa errónea doctrina, según la cual, la solución se debe buscar “*en la norma que más se asemejara a la situación, siendo ella, el artículo 1546 ibídem*”.

La sentencia, defiende la aplicación analógica del art. 1546, empero, la disposición resulta del todo, a mi juicio, carente de toda posibilidad hermenéutica de subsunción para los casos de los recíprocos y simultáneos incumplimientos, y el error salta patente, con mayor razón porque la decisión desconoce la sistemática del C.C., al decir, que no existen preceptos ni principios para resolver un pretense estancamiento contractual. Además, omite la Corte contemplar que el precepto 1546 es una norma de aplicación e interpretación restringida al derivar consecuencias adversas o sancionatorias para el contratante incumplido, por consiguiente, el gobierno analógico resulta todo un contrasentido.

Si el juez ante una causa, luego del análisis del material probatorio, ésta le permite llegar a la comprobación de una desatención recíproca de las obligaciones por parte de los contratantes, los preceptos a regular el caso realmente deben ser las reglas 1602 en concordancia con el art. 1625, de algún modo intuidos en la sentencia del 23 de septiembre de 1974⁴¹,

⁴¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 23 de septiembre de 1974, Magistrado Pon. Ernesto Escallón Vargas. Compraventa mercantil sobre muestras. Desistimiento tácito, recurso de casación contra la sentencia del 16 de noviembre de 1972 proferida

replanteados luego por un cúmulo de decisiones de esta misma Sala. Naturalmente, en mi criterio, entendidos aquéllos de un modo diferente a lo señalado en esos precedentes, a fin de no infringir cláusulas constitucionales ni el sistema convencional interamericano.

4. La regla 1546 del Código Civil, del mismo modo que la del 870 del C. de Co., es inaplicable en las hipótesis de recíproco incumplimiento contractual. El precepto señala: *“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”*.

No es cuestión de precisar si se trata de una condición ya expresa o tácita. No es lo uno ni lo otro. De condición no tiene nada, ni menos tácita, porque las condiciones obligacionales como hechos futuros inciertos, deben ser expresas para que la modalidad obligacional no revista el carácter de pura o simple o a plazo.

Es realmente una cláusula resolutoria de carácter legal que forma parte de los elementos de la naturaleza de los contratos, esencialmente para los sinalagmáticos, y en algunos de ellos puede ser consignada expresamente (pacto comisorio), pero que en todo caso, legitima para formular la

por el Distrito Judicial de Medellín en el ordinario de Inversiones Industriales Limitada Vs. Industrias de herrajes Limitada, Indurrajes. Tesis fundadora.

acción resolutoria de tales actos por inejecución obligacional. En nuestro ordenamiento responde a la regla 1184 del Código de Napoleón. Sea que se mire desde la interdependencia (Josserand), de la causa (Domat y Capitant) o de la equivalencia (Maury), resulta absurdo hablar de condición.

Es una cláusula resolutoria ordinaria que da lugar por causa del incumplimiento a la acción resolutoria para la destrucción de las obligaciones que nacen del contrato, generando unas diferentes, porque no se trata de cuestiones relacionadas con la validez de los negocios jurídicos sino de su ejecución.

La acción resolutoria es la respuesta al incumplimiento contractual ante el rompimiento del equilibrio negocial, que como causa exógena del negocio jurídico, pone en desventaja al contratante que cumplió frente al incumplido en pos de restablecer la equivalencia.

El planteamiento de la acción y su correspondiente legitimación demanda la existencia de: 1. Contrato bilateral válido. Debe revestir esta naturaleza, porque no podrían analizarse los efectos del contrato mediado por falencias en su génesis, algunas ligadas con el orden público interno. 2. Incumplimiento obligacional o inejecución obligacional en sentido objetivo de la parte demandada o contrademandada, en forma total o parcial, grave o esencial de las obligaciones convenidas con carácter protagónico, no insustancial ni culposo, frente a la satisfacción contractual pretendida. 3.

Cumplimiento obligacional del contratante demandante o del reconviniente que aleguen el cumplimiento prestacional o que se han allanado a cumplirlas en la forma y en el tiempo debido.

Empero, también se desprende del segundo inciso del art. 1546 del C.C. que de concurrir los anteriores elementos, hay un franco carácter alternativo en esa acción: 1. Acción resolutoria propiamente tal con efectos *ex tunc* (desde el pasado), o efectos *es nunc* (hacia el futuro) según el caso obligacional en disputa. Y 2. La ejecución forzada para obtener el cumplimiento del contrato; no obstante, en ambos casos, con indemnización de perjuicios. Se trata del derecho a pedir el cumplimiento in natura o por equivalente (el de carácter pecuniario) con indemnización de perjuicios. Por supuesto, si se trata de contratos bilaterales o con prestaciones correlativas, se exigirá la resolución o el cumplimiento, pero si se trata de contratos de ejecución sucesiva la terminación con resarcimiento del eventual daño.

De modo que, únicamente son, el contratante cumplido demandante, o el demandado en la acción resolutoria por vía de reconvención cuando alega la excepción de contrato no cumplido o le atribuye el incumplimiento primigenio a su contradictor o demandante inicial y principal, los únicos quienes pueden plantear ésta acción, excluyendo del todo las acciones relacionadas con el simultáneo o recíproco incumplimiento, porque el texto se refiere a la acción resolutoria propiamente tal de quienes cumplen las obligaciones o se hallan en condiciones de cumplirlas.

En la sistemática de nuestro Código Civil, debo recordar para los alcances del salvamento, el 1546 mira la acción desde el punto de vista del contratante cumplido en calidad de accionante, al paso que el 1609 mira la resolución desde la perspectiva del demandado con relación a la ausencia de la mora entre los cocontratantes, cuando quien es demandado es imputado de incumplido; pero del mismo modo si el demandante lo ha sido primero, la posibilidad de reconvención del demandado para atribuirle el incumplimiento determinante al actor es concluyente y categórica. Con todo, el hecho de que aluda la regla 1609 a la mora bilateral de los contratantes, no significa que no permita edificar también cualquiera otra de las defensas que quiera proponer el convocado, sea aún la propia excepción de incumplimiento contractual; pero igualmente la reconvención o en demanda de mutua petición con apoyo en el 1546 para pedir el cumplimiento o la resolución contractual.

El precepto 1609, es un dispositivo que forma parte de un específico sistema tripartito de la mora en el C.C. sentando la premisa de que en los contratos ningún contratante está en mora cuando no cumple lo pactado, “(...) *mientras el otro no lo cumpla de su parte*”. Este canon, justamente se halla entre el 1608 que regula las tres hipótesis en que puede acaecer la mora en el derecho obligacional, y el 1610 al establecer las facultades del acreedor en las obligaciones de hacer cuando se ha constituido al deudor en mora; al disponer que si ambos

contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. Empero, esa sistemática, no implica que no legitime la posibilidad para el contratante demandado, que pueda formular el cúmulo de excepciones relacionadas con ocasión de la ejecución de un contrato bilateral como las de contrato no cumplido.

Además, ello no obsta, para que como demandado, pueda reconvenir para pedir también la acción resolutoria o la ejecutiva, porque es bien probable, que quien lo demandó inicialmente, sea quien primero incumplió. De modo que cuanto puede enervar es la acción del demandante, pero de ningún modo, su propia acción; y hoy, cuando con mayor razón, al analizar el artículo 423 del C. G. del P., se contempla que este texto dispone que *“la notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces del requerimiento para constituir en mora al deudor”*, momento a partir del cual se surtirán sus efectos. Pero, además, si las obligaciones incumplidas tienen término estipulado, si se trata de una obligación que no ha podido ser dada o ejecutada en determinado tiempo porque el cocontratante demandante ha dejado de cumplirla en cierto tiempo, dejándola pasar, sin darla o ejecutarla como el caso de la orquesta contratada para mi cumpleaños del 2021 y la fecha ya pasó, o si requiriendo la ley la constitución en mora, ya se efectuó la interpelación. En este contexto, no hay duda que en todas estas hipótesis previstas en el 1608 del C.C., se cuenta con legitimación para por un lado formular todas las excepciones pertinentes, incluyendo, la propia *exceptio non adimpleti contractus*, pero de su parte ejercer también en reconvención

o en forma separada la acción alternativa del art. 1546 del C.C.

No obstante, esto no implica, que este texto, o el propio art. 1546 del C.C., permitan el ejercicio de la acción del mutuo disenso en la simultánea y recíproca inejecución obligacional. En estas circunstancias, para ir adelantando una gruesa razón del salvamento, debe tenerse en cuenta que todas estas hipótesis de mora, por ejemplo, habilitan y legitiman, sin reato de ninguna clase, para demandar la disolución por mutuo disenso tácito por incumplimiento recíproco a cualquiera de las dos partes contratantes con apoyo en los artículos 1602 y 1625 del C.C., impetrando el pago de perjuicios, cláusulas penales, y demás, según adelante se explica.

Ahora, volviendo a la inaplicabilidad del art. 1546 del C.C., si esta norma alude a los casos de desatención negocial de uno de los contratantes, pues solo el contratante cumplido es el legitimado para enarbolar la acción, no hay cómo extraer que cobija el mutuo, recíproco y simultáneo incumplimiento de las partes en los contratos bilaterales.

La imposibilidad de aplicar la regla 1546 en los casos de recíproco y simultáneo incumplimiento viene dada por jurisprudencia más que centenaria de esta Sala. Por ejemplo, en 1923 señaló: *“No es dable declarar la resolución de un contrato por mora de una de las partes, cuando ambas partes*

*anduvieron descuidadas para su cumplimiento, sin que pueda precisarse cuál de ellas cayó primero en mora*⁴².

Posteriormente, una de las más importantes en esa perspectiva es la del 25 de marzo de 1950⁴³, con ponencia del Mg. Dr. Hernán Salamanca, al quebrar en sede de casación una providencia del Tribunal de Bogotá, Gaceta Judicial, tomo LXVIII, Bogotá, 1950. Allí se expone, la parte que

*“(...) ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del C.C. y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibídem” y asienta en forma concluyente “(...) pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, le niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (1546, inc. 2) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de ese cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas (...)”*⁴⁴.

Y añade:

*“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. (...)”*⁴⁵.

La tesis que exhibe esta sentencia de la que disido, y que reitera como novel con insistencia la SC-1662-2019; realmente cuanto hace, es desempolvar una doctrina que expuso el Tribunal de Bogotá, D. C. en el cuarto lustro del siglo pasado. En efecto, **es el desarrollo de una antigua**

⁴² COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 19- 11-1923 G.J. XXX 200.

⁴³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 25 de marzo de 1950, Mg. Pn. Dr. Hernán Salamanca. Gaceta Judicial, Tomo LXVIII, Bogotá, 1950, p. 126-127.

⁴⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 25 de marzo de 1950, Mg. Pn. Dr. Hernán Salamanca. Gaceta Judicial, Tomo LXVIII, Bogotá, 1950, p. 126-127.

⁴⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 25 de marzo de 1950, Mg. Pn. Dr. Hernán Salamanca. Gaceta Judicial, Tomo LXVIII, Bogotá, 1950, p. 126-127.

tesis de ese colegiado del 12 de diciembre de 1947, donde declaró resuelto un contrato por incumplimiento recíproco al amparo del artículo 1546 del C. C. Esta Sala de Casación Civil trasuntó ese criterio en la sentencia de 25 de marzo de 1950, pero la Corte con ponencia del Magistrado Hernán Salamanca, lo rectifica para casar el fallo. En forma precisa la Corte, compendia en los antecedentes del fallo casacional, la aludida tesis, ahora resucitada en la ponencia de la que difiero.

En efecto, en la Casación reseña aquélla doctrina del Tribunal y que para entonces, era objeto de corrección y de invalidación:

“(...) Para fundar esta resolución, comienza el Tribunal por afirmar (...). Al expirar dicho plazo uno y otro contratantes estaban en mora por no haber cumplido sus mutuas obligaciones dentro del término estipulado (art. 1608 del C.C.). (...). Se pregunta a continuación el Tribunal si en caso de negligencia o incumplimiento de ambas partes puede cualquiera de ellas demandar la resolución del contrato, y después de citar a Alessandri y Somarriva, en cuya opinión cree ver el Tribunal la solución afirmativa, concluye que “esta doctrina es aplicable en nuestro derecho porque los textos legales colombianos consagran los mismos principios que los chilenos. Luego en el caso de autos procede la resolución del contrato por inejecución recíproca de las obligaciones de los contratantes”. La mora recíproca se operó el día en que ambas partes han debido cumplir sus prestaciones parciales mutuas: a más tardar el último día del mes de febrero de 1940. Siendo simultánea la mora y coincidiendo la purgación con el día en que a más tardar debía comenzar el cumplimiento de las mutuas obligaciones, no existen perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones recíprocas de los contratantes (...)”⁴⁶.

5. Analizados por tanto, los elementos atrás expuestos con relación al artículo 1546 fulge inconcuso, que ninguno de ellos concurre, para dar paso al gobierno en el caso concreto, para efectos de aplicar la resolución contractual por el recíproco incumplimiento. El precepto exclusivamente

⁴⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 25 de marzo de 1950, Mg. Pn. Dr. Hernán Salamanca. Gaceta Judicial, Tomo LXVIII, Bogotá, 1950, p. 126-127.

se abría paso con relación a la pretensión principal para ordenar el cumplimiento del contrato por parte del prometiende vendedor, demandado inicial, pues era el único cocontratante incumplido.

En definitiva, el referido canon solo se estructura en los casos en donde una de las partes incumplió el negocio jurídico legitimando al contratante cumplido para entablar la acción resolutoria alternativamente, con indemnización de perjuicios.

6. El ordenamiento colombiano sí tiene disposiciones claras, no analógicas, para resolver el eventual estancamiento contractual, sea por vía de acción o de oficio. El apotegma *iura novit curia* finalmente con la guía de la Constitución y de los principios generales de derecho, otorga herramientas a los jueces para aplicar justicia frente los mutuos incumplimientos bajo la égida de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, disposiciones de las cuales se deriva el *mutuo disenso o distracto contractual* y por supuesto con apoyo en las normas que regulan el acceso a la justicia, para que los jueces no dejen en situación de paralización negocial, a quienes han contratado y a pesar del mutuo incumplimiento en obligaciones simultáneas siguen atados por el mismo contrato, afectando el tráfico jurídico comercial. Señala el primer precepto:

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

“Art. 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula (...)”.

El 1602 citado, norma de carácter genérico, a pesar de dar pie a la relatividad e inoponibilidad negocial (*res inter alios acta, tertiis neque nocere neque prodesse potest*), entraña el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y permite la terminación de un contrato como despliegue de la autonomía y libertad contractual, edificando un mutuo disenso; pero, también permite su desenlace por causas legales, sea que se haya cumplido o no, por la forma natural de terminación como cuando cumplió su objeto, cuando se cumplieron las diferentes obligaciones o por cualquiera de las formas disolutivas. El segundo dispositivo desarrolla explícitamente esa posibilidad cuando las partes disponen extinguir la relación jurídica como ejercicio de su capacidad negocial.

De la interpretación de los anteriores artículos y en concordancia con el principio de la autonomía de la voluntad privada de las partes, como un contrato es ley para los contratantes, se desprende que una de las formas previstas para disolver o dar por terminado el contrato es el consentimiento mutuo de querer extinguir las obligaciones por parte de los obligados, institución mejor conocida como el mutuo disenso, resciliación o disolución por mutuo disenso expreso o tácito.

6.1. Esas formas disolutorias se remontan al Derecho Romano, cuyo sistema jurídico, a pesar de su peso histórico,

lo asimila con el ***contrarius consensus***, consistente en el simple acuerdo de las partes, para deshacer las obligaciones que nacen de los contratos consensuales; cual lo expresan las *Institutas de Justiniano*: “*Hoc amplius, eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur*”⁴⁷, en el capítulo correspondiente a los *quibus modis obligatio tollitur* (los modos como se disuelve una obligación). Por tanto, los contratos y las obligaciones que emergen de ellos, en esta tradición jurídica, no de ahora, sino de centurias, se disuelve por una voluntad contraria al “*mutuo consentimiento*”, pero aquí, por el “*mutuo disentimiento*”, de modo que la voluntad del sujeto, acude para una u otra expresión, la formación o la extinción obligacional forjada en el contrato. Las voluntades son concordantes para una u otra cosa.

Y no puede decirse, que no halle venero en el principio de la *autonomía de la voluntad*, esto es, en el poder de autodeterminación y autorregulación que tienen las personas, con miras a la satisfacción de sus intereses privados, con efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico, como algunos intérpretes autorizados en nuestro medio podrían analizar la cuestión⁴⁸. El texto de la *Institutas*, abre una disquisición expresa a tan relevante principio contemporáneo.

⁴⁷ JUSTINIANO. *Institutas. Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Traducido por Idelfonso García del Corral, Barcelona: Jaime Molinas Editor, Consejo de ciento, No. 287, 1889, Libro 3, Título 29, p. 123, texto según el cual “*Además de esto, las obligaciones que se contraen por el consentimiento, se disuelven por una voluntad contraria*”.

⁴⁸ ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Manual de obligaciones*, 6a ed., Bogotá, Temis, 2013, p. 47.

De modo que, tan importante mecanismo, el del mutuo disenso, permite disolver un contrato por la voluntad expresa y soberana de las partes o en forma tácita por incumplimiento recíproco, cesando sus efectos obligacionales. Esta Sala ha venido con muchos años de anticipación perfilando el mutuo disenso en nuestro ordenamiento. Lo hizo por ejemplo, en la providencia arriba citada del 23 de septiembre de 1974, a propósito de un recurso de casación contra la sentencia del 16 de noviembre de 1972, proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Medellín en el ordinario de Inversiones Industriales Limitada Vs. Industrias de herrajes Limitada, Indurrajes. Y posteriormente postuló:

“(...) La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio, la segunda sí requiere decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende, traducirse como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.

“En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disenso mutuo del contrato (...)”⁴⁹ (Gj. CLIX, 314).

6.2. Son entonces, dos las formas de mutuo disenso. Ya se anticipó, que en la disolución de los negocios jurídicos, en nuestro ordenamiento con apoyo en los artículos 1602 y 1625 encontramos dos clases de disenso negocial: El expreso y el tácito.

⁴⁹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sentencia de 5 de noviembre de 1975, GJ. CLIX, 314.

El expreso. Es una modalidad disolutiva también denominada: "mutuo disenso", "resciliación" o "distracto contractual", (*ressiliation francesa*) consistente en la facultad de las partes intervinientes en los actos o negocios jurídicos de carácter bilateral o plurilateral para deshacerse, desvincularse, desligarse, destratarse del contrato o convención con el fin de extinguir las obligaciones dimanantes del mismo. Es el ejercicio de la voluntad en forma expresa, es la materialización de un derecho proveniente de la autonomía de la voluntad de las partes para dar por terminado un negocio jurídico. Es un modo obligacional extintivo como expresión opuesta al mutuo consentimiento, de allí su calificativo de mutuo disenso.

El tácito es la conducta asumida por las partes dirigida a deshacer o desistir de un contrato a partir de hechos inequívocos de los cuales se puede inferir la voluntad para aniquilarlo por incumplimiento mutuo y recíproco de sus prestaciones. Hay un alejamiento recíproco, simultáneo o contemporáneo y reiterado de las obligaciones que traduce una voluntad de anular un contrato. En este caso, el juez debe darle a la indiferencia contractual la significación exacta a esa renuencia implícita de no ejecutar las obligaciones contraídas desatando las expectativas indefinidas contrarias a la celeridad apabullante y cambiante del tráfico jurídico comercial.

El mutuo disenso conserva su vigencia para disolver los contratos y desatar el vínculo que los ata, retornando las

cosas al estado anterior a la celebración, ya por el mutuo acuerdo o por la desatención recíproca, conducta negativa, imputable a las dos partes como posibilidad que envuelve en forma genérica la regla 1602 del C.C., o cuando deviene del desinterés de las partes en permanecer atadas negocialmente, de tal modo. Por consiguiente, fulge como remedio necesario para volver las cosas al estado anterior para prevenir el estancamiento del tráfico jurídico económico en una sociedad donde los cambios o mutaciones tienen celeridad insospechada.

6.3. La solución del mutuo disenso en su doble forma, fincada en las reglas 1602 y 1625, no ofende el principio de conservación del negocio o del acto, porque en rebeldía con tan importante principio, las partes caminan con su conducta al horizonte de deshacer el negocio, en consecuencia, frente al estancamiento, el ordenamiento debe dar solución. El juez debe entender que estas disposiciones permiten extinguir relaciones jurídicas fracturadas no susceptibles de cumplimiento por la propia conducta de las partes que buscan la senda del retracto y de la aniquilación negocial, incurriendo en incumplimiento recíproco que paraliza el negocio.

En consecuencia, se abre paso este instituto al reunirse condiciones como:

1. Existencia de un contrato bilateral y sinalagmático válido.

2. Inejecución obligacional de las partes. Estancamiento o desatención en la ejecución de las obligaciones en ambos contratantes, como desarrollo de la potestad facultativa conjunta.
3. Recíproco y simultáneo incumplimiento
4. Presencia de elementos conductuales indicativos o inferenciales de la pretensión de deshacer la convención, es decir, que aparezcan hechos inequívocos que evidencien la voluntad conjunta de disolver la relación contractual.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, y en esa línea, prohijándola, autores nacionales, incluyen un requisito central y adicional, respecto del cual no estoy de acuerdo como lo anuncié, y lo explico adelante, consistente en la ausencia o imposibilidad de indemnización de perjuicios por el incumplimiento, cláusulas penales o multas. Considero, esa condición adicional es inconvencional e inconstitucional, de modo tal que no puede integrar la premisa del mutuo disenso tácito, puesto que afecta la teología de las normas y principios constitucionales y convencionales.

El primer elemento, responde a los negocios jurídicos con obligaciones correlativas en donde se detecta un incumplimiento recíproco y simultáneo de las obligaciones, o, en donde se evidencia una relación contractual con una voluntad conjunta (tácita o explícita) de las partes para disolverlo.

Ahora, con ocasión del segundo elemento, como el contrato es ley para las partes y, por tanto, es fuerza vinculante para ellas; la ruptura del vínculo a la que se hizo alusión en relación con el mutuo disenso, debe surtirse antes de que el contrato haya cumplido su finalidad o surtido todos sus efectos.

Con relación a la tercera característica, siguiendo el pensamiento de esta Corporación la procedencia del mutuo disenso tácito demanda un incumplimiento recíproco equivalente a la intención conjunta de las partes de querer dar por terminada la relación contractual, cual se halla expuesto en la sentencia de 23 de septiembre de 1974, así *“(...) [d]e ahí también el lógico resultado de la disolución o desistencia por mutuo disenso tácito, en que exactamente debe traducirse la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en el pacto (...)”*⁵⁰.

Y el punto ha sido ratificado por la doctrina de la Sala, cuando señala que el mutuo incumplimiento puede presentarse: *“a) simultáneamente, cuando se comprueba que el incumplimiento de las partes se concretó en el mismo momento o instante, genéricamente, al tratarse de una misma obligación o de prestaciones distintas, susceptibles estas de someterse a condición o plazo pero que, en ambos supuestos, deben ejecutarse en un lapso en específico o b) de manera concomitante, una vez se concluya que el incumplimiento de ambos extremos contratantes, aun sin ser concurrente ni*

⁵⁰ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 23 de septiembre de 1974. Gaceta Judicial CXLVIII (2378 - 2389), pág. 235 - 247.

cumplirse simultáneamente – toda vez que se ejecuta en épocas distintas-, se presenta de manera conjunta en una misma relación contractual”⁵¹.

Uno de los aspectos característicos, es el cuarto punto ya enunciado. Se refiere a los elementos conductuales indicativos o inferenciales de la pretensión de deshacer la convención. Para la configuración del mutuo disenso se requiere prueba de hechos inequívocos de las partes de dar por terminado el acto jurídico válido que previamente celebraron; en ese sentido, se apunta por la Sala, en plurales antecedentes, anotando que el mutuo disenso puede ser expreso o tácito:

“(…) [L]a primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio, la segunda sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual (…)”⁵².

En un pronunciamiento del 5 de noviembre de 1979 la Sala ya había expuesto:

“(…) [N]o siempre que ocurra el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución del contrato por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa de desistimiento de la convención, lo cual no se da cuando una de las partes, a pesar del incumplimiento original de una de sus obligaciones, continúa ejecutando oportunamente las demás, en la medida que se vuelvan exigibles, y la parte contraria acepta tal ejecución. Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérase que el comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean

⁵¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 7 de junio de 1989, Gaceta Judicial, CXCVI (2435), 162 a 178.

⁵² COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 16 de julio de 1985. Gaceta Judicial CLXXX (2419), pág. 125 – 137.

*expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato (...)*⁵³

En la misma dirección se encuentra la sentencia de 16 de julio de 1985, proferida por esta Corporación:

*“La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. (...) Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anodarse el vínculo contractual”*⁵⁴.

De igual forma, la Corte en jurisprudencia de 1 de diciembre de 1993, mantiene la misma doctrina:

*“En lo que respecta al mutuo disenso tácito, desprovisto en realidad de regulación orgánica en la codificación civil, pero no por eso menos importante desde el punto de vista práctico, según lo ha puntualizado esta corporación, (G. J., tomo CLXXX, pág. 130), es imperioso hacer hincapié en que no siempre que medie culpa de ambos agentes, (o sea que incumplan recíprocamente) y por consiguiente el artículo 1.546 del código civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica del tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura; “es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de la voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato, (G. J., tomo CLVIII, pág. 217), o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de desistencia que constituye su sustancia”*⁵⁵.

7. El derecho comparado frente al incumplimiento contractual. En el derecho comparado, la procedencia del mutuo disenso, ha sido contemplada en dirección análoga. Y respecto de la acción resolutoria en casos de incumplimiento se habilita su procedencia para el contratante cumplido; mientras que, en casos de incumplimiento recíproco procede

⁵³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. de 5 de junio de 1979, Gaceta Judicial, CLIX (2400), pág. 306 – 318. Reiterado en sentencia 20 de septiembre de 1978, Gaceta Judicial, CLVIII (2399), pág. 215 – 218.

⁵⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 16 de julio de 1985, Gaceta Judicial, CLXXX (2419), pág. 125 - 137

⁵⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 1 de diciembre de 1993, Exp. 4022.

la aplicación del mutuo disenso, dimanante de la voluntad conjunta de dar por terminada la relación contractual.

En España, por ejemplo, el Código Civil consagra en su artículo 1124: “(...) *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (...)*”.

El Tribunal Supremo español Sala Civil, en reciente providencia explicó el alcance de dicha disposición exigiendo “(...) *que la parte que inste la resolución contractual por incumplimiento haya cumplido sus propias obligaciones contractuales (...)*”⁵⁶.

En el caso, el mutuo disenso se fundamenta en el principio de la autonomía de voluntad de las partes consagrado en el artículo 1255 del Código Civil español: “(...) *nada impide que las parte junto a la libertad de contratar tengan también la libertad para desligarse ambas del contrato que celebraron si ya no les interesa (...)*”.

De su desarrollo jurisprudencial el Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina del mutuo disenso como causa de extinción de un contrato cuando ambas partes incumplieron sus obligaciones, al respecto manifestó:

⁵⁶ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, sentencia de 4 de junio de 2020. STS 254/2020.

“(…) El derecho de la parte vendedora a retener las cantidades ya fijadas por la compradora en concepto de daños y perjuicios y de estipulación penal, contemplado en la cláusula cuarta del contrato, queda sujeto a que dicha parte venga legitimada para ejercitar u optar por la resolución del contrato y, por tanto, que haya cumplido su contenido obligacional o esté en condiciones de cumplir (artículo 1124 del Código Civil), circunstancias que, como se ha examinado, no concurren en el presente caso. (...) Ante el incumplimiento de las dos partes contratantes, y ante la apreciación de una voluntad resolutoria en ambas, se aplica la doctrina de la resolución por mutuo disenso por disentimientos unilaterales concurrentes, que si cabe en cualquier contrato (SS. 5 diciembre 1940, 13 febrero 1965, 11 febrero 1982, 30 mayo 1984) (...)”⁵⁷.

El Código Civil de Perú en similar redacción adoptó tales reglas, por un lado, el artículo 1428 regula lo pertinente a la resolución por incumplimiento, que a su tenor establece:

“(…) En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación (...)”.

En ese derecho, el canon 1313 del citado Código de manera expresa reglamenta el mutuo disenso, en el que se predica que a través de dicha figura *“las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado”*.

La Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria del mismo país sobre la hermenéutica de la primera norma, acotó:

“(…) El primer párrafo del artículo 1428 del código civil contiene la potestad de resolución por incumplimiento de la que goza el acreedor, la que puede ser conceptuada como una consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo (de resolución), entendido como un mecanismo de tutela que brinda el ordenamiento para provocar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato ante una situación de incumplimiento in genere, derivándose la eliminación de los efectos que habría producido. El segundo párrafo del mismo artículo prescribe que a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada

⁵⁷ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, sentencia de 4 de noviembre de 2016. STS 651/2016.

*queda impedida de cumplir su prestación. Por lo tanto, haciendo una interpretación contraria sensu de esta norma, podemos sostener que la parte deudora en un contrato con prestaciones recíprocas puede cumplir con su prestación hasta antes que se le notifique con la demanda de resolución de contrato (...)*⁵⁸.

Ahora bien, el referido Tribunal precisó con respecto al mutuo disenso que el presupuesto principal para su procedencia es que *“las prestaciones del contrato no se hayan ejecutado completamente, si el contrato hubiera sido ejecutado el mutuo disenso perderá su condición de tal para convertirse en un nuevo contrato mediante el cual se buscará obtener las consecuencias contrarias a la del contrato básico”*⁵⁹.

En la legislación boliviana, el artículo 568 del Código Civil estatuye la denominada resolución por incumplimiento

“(...) En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño; o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijará el juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio, en todo caso, de resarcir el daño (...)”.

El Tribunal Supremo boliviano al respecto ha expresado

*“(...) La resolución del contrato por incumplimiento, presupone la existencia de un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas. El fundamento para que proceda es precisamente el incumplimiento de la prestación debida por una de las partes, en virtud a ello, la parte que ha cumplido su prestación tiene el derecho de liberarse del contrato, sin perjuicio del resarcimiento del daño que el incumplimiento le hubiera ocasionado, por ello, la parte que incumple su obligación no puede pedir la resolución del contrato por esta causal (...)”*⁶⁰.

⁵⁸ PERÚ. Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria. Sentencia de 28 de junio de 2017. Expediente No. 002865-2016.

⁵⁹PERÚ. Tribunal Registral de Arequipa. Resolución de 10 de agosto de 2020. No. 324-2020-SUNAARP-TR-A

⁶⁰BOLIVIA. Tribunal Supremo de Justicia Sala Civil. Auto Supremo del 23 de julio de 2018. No. 711/2018.

Por otra parte, el artículo 519 del Código Civil establece *“El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley”*. Norma que ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de Justicia así:

“(...) tiene dos reglas de relevante significación que consagran la autonomía de la voluntad de los contratantes: una que les permite celebrar los contratos que convengan a sus intereses, y otra que les faculta disolverlos, en ambos casos de mutuo acuerdo (...) sostiene que la resolución por mutuo disenso supone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, o un hecho (objetivo) nuevo, o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución del contrato), de manera que éste no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo. Por tanto, la resolución pone fin (ex nunc) al contrato (...)”⁶¹.

8. Compendio de los principales escollos de la tesis ahora prohijada por la Sala mayoritaria respecto de la aplicación analógica del art. 1546 del C.C.

La tesis actual que defiende la sentencia de la que difiero, así como su antecesora del 5 de julio de 2019, debe rechazarse, no sólo por cuanto vengo advirtiéndolo sino porque presenta, entre otros, los siguientes problemas irresueltos en su estructura:

8.1. La presunta novedad en procura de solucionar los problemas del estancamiento negocial, y que se le quiere dar, no existe. Como ya se expresó, esa solución ya había sido ensayada, de modo que no tiene nada de inédito; cuanto hace es recuperar una vieja doctrina expuesta por el Tribunal de Bogotá en 1947, y que la Corte ya había rechazado en 1950

⁶¹BOLIVIA. Tribunal Supremo de Justicia Sala Civil. Auto Supremo 18 de noviembre de 2005. No. 196/2005.

para casar el fallo, en la sentencia de la Sala de Casación Civil del 25 de marzo de 1950, con ponencia del Magistrado Hernán Salamanca, según atrás se dejó explicado. Con todo, no resuelve los problemas en la arquitectura del mutuo disenso tácito.

8.2. No explica ni resuelve los problemas de la excepción de contrato no cumplido. Persiste en el mismo inconveniente en que han incurrido todas o la mayoría de las sentencias de esta Corte, al decir, que el art.1609 del C.C. se refiere a la excepción de contrato no cumplido, conceptualización que repercute en la solución de las cuestiones indemnizatorias del mutuo incumplimiento. La excepción de contrato no cumplido deducida y edificada en la regla 1609, si bien es cierto, puede ser propuesta desde ese precepto, en el punto debe darse razón a muchas críticas, que desde la Academia, se vienen planteando, en tesis universitarias, hace algunos años a la forma de resolver por la Corte, la aludida excepción. En verdad, la disposición, no consigna propiamente la *exceptio non adimpleti contractus*, sino la ausencia de mora en los contratantes que recíprocamente han incumplido.

En el punto, debo señalar, ya la Corte en providencia del 7 de diciembre de 1982, para recordar alguna, había reconocido el alcance más adecuado al artículo 1609 C.C, al decir: “(...) *la norma es de una claridad extraordinaria, (...).* Con su simple lectura se encuentra su verdadero sentido. Que si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción

*resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir. Si ambos han incumplido ninguno de los contratantes está en mora (...)*⁶².

Es evidente, a tono con ese antecedente de 7 de diciembre de 1982, que el equívoco de algunas interpretaciones jurisprudenciales, es no entender, que esa regla 1609, se refiere esencialmente a la mora; y del mismo modo, también le permite a quien es convocado como contratante incumplido, formular la acción resolutoria; no obstante, ese antecedente cercena, como todos los demás, las pretensiones indemnizatorias.

En estricto sentido todas esas decisiones incluyendo la actual, de la cual me aparto, oscurecen o niegan no solo la posibilidad de plantear la propia contrademanda o demanda de mutua petición para impetrar la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo con indemnización de perjuicios y las demás cláusulas de ese tenor convenidas por las partes, estableciendo que el demandante inicial incumplió primero; pero también, cuando lo ha sido recíproco para tasarlas bajo el esquema de la proporcionalidad o gradualidad del incumplimiento o del menoscabo de derechos, así como el cúmulo de excepciones a la mano, como la de contrato no cumplido, o cualquiera otra.

El antecedente del 7 de diciembre de 1982, apoyo indudable en la decisión de ahora, en la exégesis y aplicación

⁶² COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 7 de diciembre de 1982, Mg. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura.

del art. 1609 del C.C., está también afectada de múltiples trabas interpretativas. Una de las más patentes, común en todas las decisiones hasta ahora expedidas, incluyendo la actual interpretación del caso que ahora se juzga, de la cual me estoy separando abiertamente, y que por supuesto, de la cual también está contaminada su decisión antecesora SC 1662-2019, y que procura presentarse como fundadora de una nueva hermenéutica del mutuo disenso, y respecto de la cual igualmente salvé voto; pero, reitero, incluyendo, además, todas las otras tesis que se apoyan en los artículos 1602 y 1625, contienen un equívoco consistente en asentar erróneamente que “(...) *cuando ambos contratantes incumplen* (...) [no hay lugar a] *indemnización de perjuicios, y sin que haya lugar a la condena de perjuicios o cláusula penal*”⁶³, sobre el particular, porque persisten en un yerro patente que adelante denuncio.

8.3. El aspecto nodal y más problemático de la sentencia de ahora, tiene que ver con la aplicación que se dice “*por analogía*” del art. 1546 del C.C. Esta Sala ha venido construyendo una doctrina y auscultando soluciones para los problemas del incumplimiento recíproco. Las tesis han sido encontradas. Algunas con mayor solidez que otras. La defendida en la sentencia de la que me aparto, así como su antecesora del 5 de julio del 2019, defiende una doctrina hace tiempo rechazada por la Corte. Como expuse antes, la profesó el Tribunal de Bogotá y la Corte en una decisión

⁶³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 7 de diciembre de 1982, Mg. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura.

recordada explicó los motivos para rechazarla, precisamente, allí expuso, entre otras ideas:

“(...) El precepto contentivo de la acción resolutoria (artículo 1546 del Código Civil) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los dos contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que “en 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, 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 2º del artículo 1546 del Código Civil (...)”.

Más recientemente en coherencia con lo ya adocinado, el año 2000 la Corte expresa:

“(...) En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

“Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien 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, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor. (G. J. Tomo CLIX, págs. 309 y siguientes) (...)”⁶⁴.

De tal modo, continúa la esa sentencia, defendiendo la impertinencia del art. 1546 del C.C., para litigios de este tenor; si

⁶⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 7 de marzo de 2000, Rad. 5319 Trejos Color.

“(...) ninguno de los contratantes cumple sin tener al propio tiempo la debida justificación, en principio debe descartarse el derecho legal de resolución que cualquiera de ellos pretende invocar con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, pero es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia “...a la indefinida expectativa de que - en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción...” (G. J. Tomo CXLVIII, pág. 246).

“A la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso o “distracto contractual” que deriva de lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso-, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anodinar su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito (...)”⁶⁵.

Por tanto, añade la providencia, hay diferencias radicales entre el incumplimiento resolutorio del art. 1546 y la convención extintiva derivada del mutuo disenso, prevista en las reglas 1602 y 1625:

“(...) A través del primero y dada su naturaleza estudiada de vieja data por los doctrinantes, se pide de manera unilateral por el contratante cumplido que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que puede ofrecerse, el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (artículo 1615 del Código Civil) y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 ibídem (...)”⁶⁶.

Sin duda, cual se viene defendiendo, el art. 1546 del C.C. en su más prístina hermenéutica no admite aplicación para los casos del mutuo disenso. La subsunción de los

⁶⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sentencia del 7 de marzo de 2000, Rad. 5319, Mg. Silvio Trejos. En sentido análogo sentencias del 1 de diciembre de 1993, Rad 4022, CSJ SC de 17 de febrero de 2007, Rad. 0492-01, de 18 de diciembre de 2009, Rad. 1996-09616-0, entre otras.

⁶⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sentencia del 7 de marzo de 2000, Rad. 5319 Trejos Color.

problemas del incumplimiento recíproco en sus fronteras es impertinente⁶⁷.

8.4. La sentencia respecto de la cual, salvo voto, no resuelve los problemas de la mora previstos en el art. 1615. Este precepto señala que se deben la indemnización de perjuicios “(...) *desde que el deudor se ha constituido en mora, o si, la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención (...)*”.

En los casos de prestaciones recíprocas incumplidas es cierto que ante el correlativo incumplimiento “(...) *ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (...)*”, y no tanto que la “*mora purgue la mora*” de acuerdo a la regla 1609; pero también es verdad, ese eventual obstáculo, se halla solventado o se puede superar y la mora puede configurarse por todo un conjunto de preceptos a saber: 1. Por virtud del 1608 el deudor se halla en mora en las tres hipótesis allí señaladas, 2. Además, el art. 423 del C. G. del P dispone que la notificación del mandamiento hace las veces de requerimiento para constitución en mora al deudor, y a partir de esas notificación se surten los efectos. 3. En el mismo sentido el art. 94 del C. G. del P., en el inciso segundo dispone

⁶⁷ Excepción de contrato no cumplido. “*Ninguna de las partes puede demandar a la otra para exigirle la resolución del contrato o el cumplimiento si no ha cumplido o se ha allanado a cumplir. Se basa en la equidad. Se requiere que haya una obligación bilateral. La parte perseguida debe ser deudora de una prestación y acreedora de una contraprestación no efectuada todavía por la otra. El contratante a quien se demanda la ejecución no ha de estar forzado a satisfacer primero su obligación. Por último, se requiere la buena fe*”. (COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 15-12-1973. CXLVII.154).

que “*la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin*”.

Por consiguiente, colígese, la mora no está purgada para impedir la indemnización de perjuicios, pago de cláusula penal, etc. del tal modo, que resulta un contrasentido inferir que ninguna parte es deudora de perjuicios en los casos del mutuo disenso; y ello por cuanto, existen instrumentos para edificar la mora e interpretarla.

El retardo o retraso es una palabra o categoría general que comprende todo simple atraso en el cumplimiento de las obligaciones más allá de la época fijada en la ley o en la convención⁶⁸; incluye, por tanto a la mora, porque ésta, es una especie de retardo, pero no todo retardo es mora. El incumplimiento es la inejecución obligacional (positiva o negativa). La mora es un incumplimiento calificado de una obligación ora positiva o ya vencida y exigible por causa imputable al deudor, y por tanto, presupone la exigibilidad, es un retardo o retraso calificado en el cumplimiento de la prestación contrario a derecho, que produce consecuencias jurídicas, porque constituido el deudor en mora procede la indemnización de perjuicios, la cual resulta improcedente

⁶⁸ Diferentes sentencias lo analizan como la del 18 de diciembre de 2009, frente a la posibilidad resolutoria reclamando la esencialidad en el incumplimiento, por ejemplo, al causar lesión definitiva al derecho del acreedor, cuando frustra el interés procurado con el negocio jurídico, o cuando resulta razonable el interés en la resolución; de modo que si no son protagónicos, no se impondrá la resolución.

cuando hay simple retardo. Según algunos de los preceptos antes citados, se configura por regla general⁶⁹ con 1. La existencia de una obligación válida, 2. La existencia de una obligación exigible, circunstancia que se da en las puras y simples que nacen y se hacen exigible inmediatamente al no estar sujetas a modalidades: plazo, condición o modo; con las obligaciones sujetas a modalidades, pero que siendo a plazo, éste ha llegado, evento en el cual *dies interpellat pro homine (mora automática o ex re)*, por la coincidencia de a) exigibilidad, y b) tardanza; o estando sujetas a condición ésta se ha cumplido; 3. Con el incumplimiento causado por culpa o dolo del deudor, 4. Que si están sujetas a reconvención (*interpellatio*) o reclamo de la prestación debida para que el deudor mute de incumplido a moroso, el requerimiento se haya efectuado al deudor por el acreedor, o el deudor lo haya renunciado, cuando la ley lo presume.

En consecuencia, si la regla 1609 del C.C., en las hipótesis de incumplimiento recíproco, apenas se refiere a la inexistencia de mora, ello no traduce que se renuncie a los efectos del incumplimiento ni que la mora no pueda edificarse. Ciertamente son diferentes los efectos de la mora y del incumplimiento. Pero del texto no traduce, no se extrae, ni de él se puede colegir que haya renuncia a los efectos de ella: 1. Cobrar los perjuicios previstos en las reglas 1610, 1615 del C.C. y normas concordantes, 2. Exigibilidad de la cláusula penal prevista en los arts. 1594 y 1595 del C.C. y otras disposiciones. 3. A la inversión de la

⁶⁹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Cas. Sent. del 20 de julio de 1995, exp. 4540; Cas. del 25 de julio de 1945; Cas del 7 de diciembre de 1982.

carga del riesgo sobreviniente frente a la prestación o cosa debida de acuerdo al art. 1731 (pérdida del cuerpo cierto por culpa o durante la mora del deudor) y 1732 y 1733 (a la responsabilidad por el cuerpo cierto cuando perece en el evento de caso fortuito) del C.C.

En síntesis, en la cuestión, el gran error de la sentencia de la que me aparto, y todas las otras diferentes interpretaciones que procuran imponerse en tan dialéctica cuestión, estriba en doctrinas como la de la sentencia del 7 de diciembre de 1982, y las de ahora, cuando formulan la inaceptable e insostenible tesis, que el verdadero y único sentido cuando se adopta el mutuo disenso tácito consiste en “(...) *pedir la resolución o el cumplimiento sin cláusula penal y sin indemnización*, porque “*ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609*”.

Esa interpretación y todas las demás, de tajo hacen una exégesis totalmente errónea de la mora para los efectos del recíproco incumplimiento que genera violentamiento del principio de equidad.

8.5. Esa tesis rescatada de una sentencia del Tribunal de Bogotá del año 1947, como antes lo demostré, y ahora defendida en este fallo como si fuera innovadora, conduce a un laberinto jurídico, que la Corte ya había solucionado por vía de las reglas 1602 y 1625. Esa decisión, pero las otras también, continúan contaminadas por los graves problemas irresolutos relacionados con la mora y las indemnizaciones, con una tajante negativa tanto en la tesis presente en la

decisión de la que salvo voto, como en la aplicación del 1602 y 1625 al defender la imposibilidad de exigir perjuicios y otros ítems, en el caso de la disolución por mutuo disenso tácito.

A la par, se siembra confusión en la terminología misma al hablar de resolución por mutuo disenso tácito al amparo del artículo 1546 y no de disolución. Una cosa es la resolución por el incumplimiento y otra muy diferente la disolución por mutuo disenso tácito; lo estructurado ahora, es un entuerto regresivo de la Sala. Arriba, por ejemplo, transcribí inclusive sentencias de la propia Sala que han diferenciado la resolución y la disolución. Así se modifiquen los efectos obligacionales o en el fondo se extingan los negocios en los dos casos, el 1546 es sumamente claro en autorizar o disponer “*la indemnización de perjuicios*”, pagos previstos de cláusula penal, en fin, y otros pactos que llegaren a existir. Es decir, la aplicación del texto en la doctrina de la sentencia choca rectamente con el propio texto que aplica, incurriendo en una contradicción no resuelta porque al paso que la norma dice sí, la sentencia dice que no, anclada en el mismo precepto.

Hay otras aristas en la disolución por desistimiento recíproco. Por ejemplo, en el mutuo disenso expreso, reina la voluntad soberana de las partes; pero en el mutuo disenso tácito, la exégesis o solución del problema es diferente porque debe superarse la errónea interpretación de todas las tesis que pretenden monopolizar al interior de la Corte, en forma contradictoria, lo relativo a la mora e indemnización de perjuicios, porque aniquilan infundadamente la posibilidad

de la reclamación de éstos. Ha de darse una correcta subsunción a la mora, y tener en cuenta los principios constitucionales y el control de convencionalidad, como los de equidad para obtener un equilibrio y no menoscabar derechos, aperturando la interpretación a las indemnizaciones, cláusulas penales y compensaciones en proporción a los beneficios recibidos y a los incumplimientos materializados.

8.6. Por supuesto, la crítica que hago no tiene el fin de apostar por el estancamiento contractual, porque esta solución es la peor, dado que el juez, que no soluciona la causa, y deja la cuestión en la indefinición actúa en forma equivalente a la vieja institución procesal de la sentencia inhibitoria y renuncia al cumplimiento de los deberes constitucionales de hacer justicia. El juez siempre debe solucionar la causa, cuando halle el espacio para disponer, ya el cumplimiento contractual, ora la resolución contractual o ya la disolución por mutuo disenso tácito.

8.7. La tesis tampoco resuelve el problema de la buena fe, y el caso de ahora es ideal, para analizar la cuestión, y tiene que ver con el hecho de que si se encontraban sujetos de derecho plenamente capaces, cómo no entender y no hallar demostrada la mala fe con que actuó el promitente vendedor al rehusar cumplir el contrato a pesar de la magnitud de las prestaciones recibidas en comportamientos que se acercaban a los linderos del Código Penal, porque bajo el amparo de la promesa del contrato que deshonró, tiene

apropiados más de ochocientos millones de pesos, sin dar nada a cambio.

8.8. Un problema complejo de ribetes constitucionales y de justicia se genera por la forma tan errada como se interpreta la mora y está presente en todas las decisiones de la Sala, en el juzgamiento de las causas relacionadas con el mutuo disenso tácito, y por supuesto en esta de la que ahora salvo voto. La cuestión se conecta con el principio de proporcionalidad frente a la gravedad o levedad de los incumplimientos en lo tocante a los perjuicios causados. En principio el tratamiento pareciera igualitario al afirmar que no hay derecho a los perjuicios o cláusula penal y otros elementos contractuales convenidos, pero no contempla las hipótesis, como en el caso, de la entidad económica para el contratante que entregó una gran cantidad de dinero frente al otro, que únicamente se limitó a recibir esa gruesa suma de recursos monetarios, sin entregar nada a cambio, y se sustrajo del todo, en el cumplimiento de sus obligaciones. Ni siquiera se allanó a cumplir en el tiempo y oportunidad debidos. Únicamente utilizó la negociación para recibir recursos económicos frescos y eludió del todo cumplir un ápice de sus obligaciones. De tal modo que siendo diferentes las situaciones de los contratantes que intervienen en un negocio disuelto por mutuo disenso tácito, es completamente equivocada la subregla de la inexigibilidad de indemnizaciones.

Siendo diferentes las situaciones de acuerdo a la regla 13 de la Constitución que consigna el derecho a la igualdad, según la cual debe darse trato igual a iguales y desigual a desiguales, la justicia resulta burlada. Ello significa que debe darse un tratamiento diferencial y proporcionado a cada contratante.

De tal modo que se hace necesario graduar las indemnizaciones de acuerdo al rango de incumplimiento, porque la solución es errada frente a la gravedad de la desatención negocial del extremo pasivo y la gran magnitud del beneficio de que es acreedor; mientras que para el demandante hay una notoria injusticia, quien por supuesto no había pagado el todo, pero si había entregado más de la mitad del total de la prestación a su cargo y se había allanado a sus deberes convencionales y estaba dispuesto a cumplir, recíprocamente no había recibido nada, absolutamente nada a cambio, apenas era titular de meras expectativas. Entregó valiosos recursos, grandes sumas de dinero, que aún no le han sido restituidas, sin que en la negociación disuelta haya recibido compensación alguna, por el frío, torticero y calculador incumplimiento del extremo pasivo, quien todavía disfruta la fortuna del otro contratante sin haber restituido ni un peso. La justicia, en este caso, premia la viveza de ese habilidoso contratante y castiga el cumplimiento del otro, bajo la injusta fórmula de la analógica aplicación del 1546 del C.C., en coherencia con el 1608 sin indemnizaciones ni penas.

En el caso, no hay ninguna correspondencia ni proporcionalidad, se violentan los principios que rigen los contratos, tales como los de equidad y equilibrio contractual, el *pacta sunt servanda*, la buena fe, los deberes primarios y secundarios, como el deber de confianza; los de responsabilidad de las partes por sus actos antijurídicos.

La tesis de inexigibilidad de indemnizaciones u otros derechos, concita en el fondo al incumplimiento contractual de modo que fácilmente las personas podrán sustraerse de los compromisos adquiridos, fomentando la irresponsabilidad de los contratantes; sana eventuales fraudes o estafas, conductas dolosas, porque en situaciones como la del caso concreto la solución resulta totalmente desventajosa para la parte demandante.

De ese modo, se dejan sin resolver los incumplimientos que causan desventajas y menguas mayores frente a quien tiene menores acreencias, porque la decisión genera graves daños e irreparables perjuicios desproporcionados al grado de cumplimiento prestacional de cada cual, al dejar a los contratantes en aparente pie de igualdad predicando que no pueden solicitarse perjuicios, cláusulas u otros derechos, significando una sanción exagerada, la simple y llana destrucción del contrato con simples restituciones de lo entregado.

Deja sin resolver el problema que se presentaría cuando el que incumplió primero causó un perjuicio con su incumplimiento mucho menor frente al valor de su acreencia.

La sanción por haber incumplido podría resultar exagerada. De tal modo que la decisión judicial resulta injusta, desproporcionada y asimétrica frente a la gravedad de los incumplimientos de cada parte, cuando las prestaciones cumplidas por cada parte han sido de diferente grado; o cuando los mutuos incumplimientos han sido diferentes y no equivalentes.

So pretexto de la aplicación de una presunta regla igualitaria abstracta, ella carece de parámetro justiciero frente a la situación concreta, porque no hay una valoración en la proporcionalidad de los incumplimientos, todo lo cual repercute gravemente en la economía y equilibrio en las relaciones jurídicas cuando no hay reciprocidad en la magnitud de los incumplimientos y en los derechos y obligaciones de cada uno de los contratantes. Se da trato igual, a quienes contractualmente y por causa de los diferentes niveles de incumplimiento en la situación real del caso, se hallan en pie de desigualdad por la diferente escala de incumplimientos y beneficios logrados en el marco del contrato aniquilado, ahora sin indemnizaciones.

8.9. Como la sentencia incurre en el los vicios que quiere combatir, no alcanza a otear los elementos jurídicos que brinda el propio C.C., para resolver la cuestión. Si se analizara la estructura de la mora, no habría tenido inconveniente en dar paso a fijar como criterio aplicable en el caso del mutuo disenso tácito, la posibilidad inequívoca de aplicar el sistema compensatorio de los arts. 1714-1715 y normas concordantes del C.C; junto al sistema

indemnizatorio. Además, de tajo, deja de lado la interpretación y la aplicación de la justicia y la equidad inserta en las reglas constitucionales y convencionales. La justicia es uno de los valores, principios y derechos de mayor raigambre en el entramado constitucional. Ella permea todas las instituciones junto con la equidad y los principios generales de derecho.

8.10. En todos estos casos, siempre aparecerá para el juez el problema u obstáculo de la congruencia en la sentencia cuando no se haya petitionado el mutuo disenso tácito o por la diversidad de las posiciones doctrinarias o jurisprudenciales antagónicas enfrentadas teóricamente en la solución de un caso de esta naturaleza. Empero, es el propio ordenamiento de los derechos de los contratos inserto en el C.C., las reglas y principios, y por supuesto, las normas constitucionales las que imponen al juez la obligación de fallar el fondo del asunto, y que le demandan no posponer la protección de los derechos y, que por consiguiente, le compelen para dictar un fallo equilibrado, para impedir la perpetuación de la injusticia, la infracción de la Constitución económica, la afectación de la relación económico – jurídica, o de la infracción de la ley, en la disciplina jurídica de los contratos. De modo que si se solicita la resolución contractual o el cumplimiento, pero de la instrucción del asunto brota un incumplimiento recíproco no petitionado por las partes, bien puede el juez, y es su obligación resolver la cuestión de acuerdo a lo probado. El principio *iura novit curia* impone al Juez del Estado Constitucional decidir las controversias siguiendo el ordenamiento jurídico aplicando

inclusive oficiosamente las disposiciones existentes o los principios y valores que guían una institución, en lugar de abstenerse de juzgar.

8.11. Por supuesto, una arista un tanto diversa se halla en lo mercantil, que no es del caso analizar acá, en donde el precepto análogo al artículo 1546 del C.C., el 870 del Código de Comercio, contempla como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria, la mora del contratante demandado, es decir un incumplimiento moratorio, y no únicamente su incumplimiento.

9. Del anterior análisis, se extraen algunas conclusiones, la primera hace referencia a la acción resolutoria por incumplimiento (por inejecución obligacional, cumplimiento defectuoso o por retardo). La decisión de la que salvo voto pasa a anclarse en la Sentencia SC1662-2019, y en aquella ocasión como ahora, en una pretensa posición originaria, aduciendo una presunta analogía del art. 1546 del C.C., que con mayor razón, siendo norma sancionatoria, desvertebra el régimen obligacional y contractual frente a las formas de aniquilación contractual. Esta institución solo procede en los casos donde quien la ejercita es el contratante cumplido, pero también podrá hacerlo el demandado por vía de la demanda de reconvención para pedir la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios. Al mismo tiempo queda claro que es inaplicable el precepto 1546 del C.C., como erróneamente lo hace esta sentencia para las hipótesis de incumplimiento recíproco y simultáneo.

Una segunda, es una subregla en armonía con la autonomía de la voluntad privada de las partes al reconocer como forma de extinguir las obligaciones, el mutuo disenso, es decir, la intención conjunta e inequívoca de aniquilar el contrato pactado, ya sea de forma tácita o expresa. La disolución expresa y su gobierno es voluntad soberana de las partes. El tácito en sede judicial, es la forma de dar solución al incumplimiento simultáneo y recíproco, cuando se evidencian comportamientos que indican, inactividad e inejecución mutua de las obligaciones. Disuelta la relación contractual por voluntad de las partes, hay retorno al estado anterior, *ex tunc*, en obligaciones instantáneas, o con efectos, *ex nunc* en prestaciones de tracto sucesivo.

Una tercera conclusión radica en la necesidad urgente de reinterpretar la institución del mutuo disenso tácito para abrirle paso a las soluciones indemnizatorias y compensatorias de conformidad con las reglas de la proporcionalidad y gradualidad de los incumplimientos incurridos y de los beneficios recibidos en la convención contraída. Hay necesidad de resolver el fondo de la cuestión atendiendo la indemnización de perjuicios y demás adhealas que formen parte del clausulado legal o del pacto del negocio jurídico, por supuesto, insisto, aplicando los principios de proporcionalidad y reparación integral siguiendo los criterios que gobiernan del C.C. que abrigan la posibilidad de hacer justicia y de resolver en equidad las relaciones jurídico económicas que surjan entre las partes de un contrato o convención. Aquí debe acompañarse el raciocinio judicial de

los principios de razonabilidad y de proporcionalidad por cuanto si los incumplimientos de ambas partes son de igual alcance y contenido las relaciones paritarias entre indemnizaciones y compensaciones se compensarían del todo. Por tanto, en cada caso, el juez debe ponderar para restablecer derechos equitativamente, siguiendo la regla 13 de la Carta que otorga trato igual a iguales y trato diferenciado o desiguales en el marco de las prestaciones cumplidas y/o incumplidas.

Tal vez, no habría que generalizar en las indemnizaciones tratándose del mutuo disenso tácito, sino dejarlas procedentes, según las circunstancias concretas en causa, pues como lo explica con ejemplos, no en todos los casos serían de recibo. Piense por ejemplo en que el incumplimiento de ambas partes es de igual alcance y contenido.

Una cuarta conclusión a tener por norte, compete a la necesaria función del juez en el Estado Constitucional de hacer justicia y de tener en cuenta los principios, valores y derechos que gobiernan la Constitución, pero igualmente las reglas del derecho interamericano y los principios de justicia previstos en convenciones del derecho privado. A ello se suma, que en ninguna hipótesis el juez debe negar la solución de una controversia contractual incumplida bajo las pautas de una presunta incongruencia o bajo la tesis de la ausencia de reglamentación de una institución, porque finalmente encontrará los principios, valores y derechos constitucionales como pauta decisoria, de modo que no

patrocine el estancamiento de las relaciones jurídicas o decisiones tácitamente inhibitorias que prolongan las injusticias o la habilidad de quienes procuran deshonar las obligaciones contraídas.

Fecha *ut supra*.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 66001-31-03-003-2012-00061-01

Con el acostumbrado respeto me permito manifestar mi disenso respecto a la intervención oficiosa que la Sala efectuó en el *sub examine*, pues considero que las razones esgrimidas para este fin no satisfacen las condiciones señaladas en el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso, como se explicará a continuación.

1. Naturaleza del recurso de casación.

1.1. El nacimiento de la casación estuvo mediado por su consideración como un instrumento excepcional, destinado a operar en los casos en que fuere necesaria la protección del derecho objetivo ante su desconocimiento por los operadores de justicia.

Así se previó en el decreto de 27 de noviembre de 1790 de la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, considerada la primera regulación sobre la materia, en el cual se estableció como función nuclear del *tribunal de casación* la anulación de «*los procedimientos en los que hayan sido olvidadas las solemnidades legales y **toda sentencia que contenga una contravención adversa al texto de la Ley***» (negrilla fuera de texto).

Por contera, este remedio quedó proscrito «*para la defensa del derecho de las partes*», al punto que «*éstas ni siquiera disponían propiamente de la facultad de acudir a dicho instituto, sino que eran utilizadas por el Tribunal de Cassation como medios de información de las contravenciones a la ley, pero nunca pensando en los intereses privados de los ciudadanos*»⁷⁰.

Excepcionalidad adecuada para satisfacer su misión histórica, como mecanismo de control de la actividad jurisdiccional, como lo advierte la doctrina especializada: «*La razón que movió a crear la Corte de Casación no fue la de asegurar una unidad de jurisprudencia, puesto que no había unidad de legislación, sino la de asegurar la supremacía del poder legislativo sobre el judicial. Se afirmaba solamente que el poder legislativo correspondía al pueblo, en su asamblea, pero se temían las resistencias de los tribunales*»⁷¹.

Aunque con posterioridad se remozó por los principios de cosa juzgada y confianza legítima, los cuales reclaman fallos intangibles e inmodificables después de agotados los grados jurisdiccionales, salvo situaciones límite en que se subvierta la integridad del orden jurídico, donde el balance entre «*justicia en los pronunciamientos*» y «*la necesidad de firmeza de las decisiones judiciales*»⁷² deba resolverse en favor de aquélla.

⁷⁰ Jorge Nieva Fenoll, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 1998, sp.

⁷¹ Julliot de la Monrandière, *La noción de orden público en derecho privado*, Ed. Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz, Bogotá, 1956, p. 242.

⁷² Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, Ed. Gustavo Ibañez, 2005, p. 31.

1.2. Sin embargo, la casación evolucionó para dar cabida a nuevas finalidades, con el consecuente aumento de los motivos que podrían dar lugar a la anulación de los veredictos censurados.

En un primer momento, esta impugnación fue utilizada para lograr la estandarización de la jurisprudencia, labor históricamente necesaria por «*la unificación de la legislación nacional con el Código Civil*», móvil «*cuya importancia fue creciendo a medida que se le fue reconociendo una función creadora en la vida del Derecho*»⁷³.

Con posterioridad la casación sirvió para discutir aspectos fácticos de la controversia, ora por errores en la aplicación de las normas que gobiernan la aducción y valoración de los medios suasorios, o por pretermisión, suposición o tergiversación de las probanzas que integran la foliatura; ampliación que significó la tutela de fines privados, claro está, bajo estrictas premisas de excepcionalidad.

1.3. Frente a estas nuevas posibilidades el principio dispositivo encontró especial resonancia, como forma de acotar la procedencia de la casación y evitar su utilización como una instancia adicional en el interior de los procesos.

Total que el sistema dispositivo, «*en sentido amplio*[,] pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de

⁷³ Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, p. 680.

*iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de pruebas*⁷⁴, de suerte que «*el juez, aparece sin fuerza externa, como observador de tan singular combate*»⁷⁵.

En materia casacional el mencionado principio se tradujo en «*la limitación de la actividad jurisdiccional del Tribunal de Casación... puesto que... tiene que ceñirse a los lindes que, tanto en las causales invocadas, como en los aspectos jurídicos alegados como fundamento de la censura, esgrima el recurrente en su demanda, sin que le sea permisible, sin rebasar sus poderes jurisdiccionales, examinar de oficio los demás aspectos que, no obstante contenerlos la sentencia, no han sido denunciados como motivo de ataque*»; en suma, al juez «*le está vedado revisar la sentencia recurrida por causales no invocadas, ni por fundamentos que la impugnación no trae, ni por errores que el recurrente no ha denunciado; y, en fin, que en su misión no le es dado alterar o modificar los hechos que como causa petendi de su específica y determinada pretensión impugnativa precisa y concreta el censor en su demanda*»⁷⁶.

1.4. En nuestro sistema procesal se asumieron como propios los anteriores lineamientos, incluso desde la admisibilidad de la casación en el numeral 1º del artículo 151 de la Constitución Política de 1886, en el cual se estableció

⁷⁴ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba procesal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, p. 48.

⁷⁵ Victor Fairen Guilen, *Toería general de derecho procesal civil*, UNAM, México, 2006, p. 45

⁷⁶ Humberto Murcia Ballén, *op. cit.*, p. 54.

que la Corte Suprema de Justicia actuaría como juez extraordinario encargado de conocer estos asuntos.

En desarrollo, la ley 169 de 1896 dispuso que «*[c]on el fin principal de uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia*» (artículo 1º), en los casos en que la sentencia sea «*violatoria de ley sustantiva, ya sea directa la violación, ya sea efecto de una interpretación errónea de la misma ley, ya de indebida aplicación de esta al caso del pleito*», o por «*error de derecho o de error de hecho, siempre que este último aparezca de un modo evidente en los autos*» (numeral 1º del artículo 2º).

Directriz reiterada en el Código Judicial -ley 105 de 17 de octubre de 1931-, el cual prescribió que la Sala de Casación Civil conocería «*de los recursos de casación*» (artículo 32), «*[c]on el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional*» (artículo 519), en los casos en que la sentencia confutada sea «*violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea*» (numeral 1º del artículo 520), así como otros yerros procesales expresamente previstos por el legislador.

Se limitaron, además de las providencias impugnables, los motivos de advenimiento, en un claro reconocimiento de su carácter excepcional y sometimiento al principio dispositivo, en el sentido de que la Corte no puede «*investiga[r] si en la sentencia recurrida hay errores distintos a los acusados, porque el remedio extraordinario de la*

casación -y eso nadie lo ignora- es de carácter estricto y taxativo» (SC, 18 ab. 1932, GJ 1879, tomo XXXIX).

De allí que se insistiera en que «[n]o es, en efecto, la casación grado ulterior en el desarrollo del proceso, sino recurso extraordinario» (SC, 27 feb. 1958, GJ 2192-2193); naturaleza que «se expresa, en otras formas, en el establecimiento de una serie de requisitos para su procedencia, con el fin de evitar que sea utilizado como una instancia adicional para reabrir la controversia de una manera panorámica... Postura explicable por cuanto los litigios, salvo situaciones extraordinarias, encuentran su punto final en el fallo proferido por el superior, el cual llega revestido de la doble presunción de legalidad y acierto, que impide a cualquier otra autoridad judicial modificarlo o adicionarlo, salvo que se trate de recursos excepcionales (SC5340, 7 dic. 2018, rad. n.º 2003-00833-01)» (SC003, 18 en. 2021, rad. n.º 2010-00682-01).

De forma extensa, la Corte ha asegurado:

La casación fue concebida como un remedio excepcional caracterizado por unos estrictos requisitos para su procedencia, en puntos tales como la legitimación, causales, providencias susceptibles de censura, requisitos del escrito de sustentación, entre otros.

Así lo ha puesto de presente la Corporación en sus decisiones: ‘La naturaleza extraordinaria del recurso de casación se expresa, en otras formas, en el establecimiento de una serie de requisitos para su procedencia, con el fin de evitar que sea utilizado como una instancia adicional para reabrir la controversia de una manera panorámica. De allí que los artículos 365, 366, 368 y 374 del Código de Procedimiento Civil acoten, entre otros, los fines de la casación, las sentencias susceptibles de ser recurridas, las causales de procedencia y la libertad en la formulación de los

cargos, como forma de salvaguardar su naturaleza. Postura explicable por cuanto los litigios, salvo situaciones extraordinarias, encuentran su punto final en el fallo proferido por el superior, el cual llega revestido de la doble presunción de legalidad y acierto, que impide a cualquier otra autoridad judicial modificarlo o adicionarlo, salvo que se trate de recursos excepcionales (SC5340, 7 dic. 2018, rad. n.º 2003-00833-01)’ (SC003, 18 en. 2021, rad. n.º 2010-00682-01).

Conceptualización que se mantuvo vigente en el Código General del Proceso, en el que se previó como fin de la casación «*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico*» (artículo 333), con férreas restricciones formales y sustanciales para la viabilidad del remedio extraordinario, así como requisitos técnicos para su adecuada sustentación, como se estableció en los cánones 333, 334, 336, 338, 344, 346 y 347.

2. Redimensión contemporánea de la casación.

2.1. El reconocimiento del debido proceso como un derecho humano, con fuente en los cánones 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁷ y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁸, avivó la idea de que el proceso civil debe responder no sólo a los postulados de una justicia eminentemente rogada o dispositiva, sino que en ciertos casos deben

⁷⁷ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

⁷⁸ Toda persona gozará de la garantía de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y a disponer de un procedimiento sencillo y breve que ampare contra actos de autoridad que violen sus derechos.

rebasarse los linderos trazados por los sujetos procesales como garantía de la justicia en el caso concreto.

Total que, por mandato convencional, el proceso debe contribuir al logro de un paradigma de justicia en un momento histórico determinado, cuya realización impone que el juicio deje de estar exclusivamente en manos de las partes para permitir que el fallador, dentro de sus atribuciones, favorezca la consecución de este objetivo.

El debido proceso actual, por tanto, clama porque en el interior del litigio se tenga en consideración que *«es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia... El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales»*⁷⁹.

Dentro de este contexto se abrió paso la oficiosidad judicial, con el fin de dotar al aparato judicial de herramientas para acercar la decisión final a la realidad material. Esto por cuanto, *«[d]esde que el juez es el director del proceso, lógicamente debe estar dotado de una serie de poderes para que pueda precisamente ejercer esa función, de gran magnitud en el Proceso Civil contemporáneo. Estos poderes los establecen el Código colombiano y varios códigos modernos, como el argentino y los de varias provincias de la República Argentina, los de algunos países centroamericanos,*

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*, párrafo 117.

que se organizan para que esa actividad permanente del juez en la dirección del proceso cumpla su objetivo, llegue a la meta, de manera que esa función básica del Estado, cual es la jurisdiccional, se cumpla satisfactoriamente»⁸⁰.

Y es que, un implacable sometimiento al principio dispositivo, conduce a «una situación del juez realmente humillante, pues la configuración de este tipo de proceso puede llevarlo, y casi siempre lo lleva, a fallar como ‘verdad’ - probada procesalmente, verdad formal- lo que en realidad no es tal; por ello Guasp ha resaltado la ‘inminencia de un ritualismo incompatible con la mejora de la institución procesal que exige ir continuamente eliminando las llamadas verdades formales para dejar paso a la única verdad que existe, la que concuerda con la realidad’»⁸¹.

Dicho en palabras de la Corte Constitucional, «[c]uando la base teórica que soportaba el modelo dispositivo hizo crisis (liberalismo clásico, igualdad formal, individualismo), fue objeto de severas críticas y se pasó a concebir el proceso como un instrumento de naturaleza ‘pública’. Se reinterpretó la función del juez como ‘longa manus del Estado’, encargado de velar por la protección de los derechos, en especial ante ‘la creciente necesidad de dirección y control por parte del tribunal sobre el procedimiento y la exigencia de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa’» (C-086/16).

⁸⁰ Hernando Morales Molina, *Los poderes del juez en el proceso civil, Tercera clase*. En *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio*, Universidad del Rosario, 2008, p. 26.

⁸¹ Roque Carrión, *Los principios dispositivo e inquisitorio del proceso civil*. En *Revista Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 28, 1970, p. 39.

2.2. La casación se vio estremecida por estas ideas, pues si bien en sus inicios la oficiosidad hizo parte de aquélla, lo cierto es que con el advenimiento del principio dispositivo parecía alzarse una contradicción irresoluble.

2.2.1. Rememórense las palabras de Pietro Calamandrei, quien aseguró, *«por ejemplo, que el Trib. de casación tuviese la facultad de llevar a cabo una inquisición, una verificación periódica sobre todas las sentencias en dernier resort emitidas por la autoridad judicial..., podría parecer el que respondiese mejor al concepto originario del instituto»*, para cuya implementación bastaba que se le ocurriera *«a los reformadores, los cuales, acaso pensando que también para el órgano de casación que tenía el nombre y la apariencia de un tribunal, debía valer la regla judicial ne procedat iudex ex officio, no le dejaron la iniciativa de su función»*⁸².

La oficiosidad, entonces, era vista como una forma de garantizar el control judicial, pues el mismo no podía quedar al vaivén de los sujetos procesales, sino en las del órgano de cierre. Sin embargo, esto cedió por fuerza del reconocimiento del principio dispositivo que se consideró ínsito al proceso civil, el cual sirvió para coartar las atribuciones de los sentenciadores con el fin de garantizar la prevalencia de los intereses individuales.

⁸² Piero Calamandrei, *La casación civil*, Tomo I, Volumen II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 82.

2.2.2. Sin embargo, una vez asentida la intervención judicial oficiosa por fuerza de la publicitación del proceso, con expresiones concretas en materia de impulso del proceso, trámite probatorio y contenido de la sentencia, se bosquejó su ensanchamiento a la senda extraordinaria, de lo cual dieron cuenta diversos sistemas jurídicos.

Así, en el concierto internacional, se vislumbraron tres (3) respuestas:

(i) otorgar a órganos estatales, diferentes a los sujetos procesales, la titularidad de la pretensión impugnatoria;

(ii) implementar mecanismos especiales de unificación jurisprudencial, al servicio del sistema judicial y sin efectos frente a casos concretos; y

(iii) permitir al tribunal de cierre que anule la sentencia criticada por motivos diferentes a los señalados en el escrito casacional.

A título de ejemplificación, en el caso italiano se otorgó al ministerio público «*los mismos poderes que pertenecen a las partes*» (artículo 72 del Código de Procedimiento Civil), incluyendo la facultad de deprecar al Tribunal de Casación que «*emita en interés de la ley el principio del derecho a la que el juez de primera instancia debería haber[se] atendido*» (artículo 363).

Trasluce que, con independencia de los litigantes, existe la posibilidad de que la entidad encargada de la defensa del interés general acuda al órgano de cierre para que éste corrija, en abstracto, los errores de juzgamiento en que haya incurrido el sentenciador de instancia, como garantía de la recta aplicación de la ley y estandarización de la jurisprudencia.

Por otro lado, países como España dieron vida a un *recurso en interés de la ley*, el cual puede promoverse por el ministerio público o el defensor público (artículo 491 del Código Procesal Civil) con la finalidad de proteger «*la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales*» (artículo 490), aunque en este caso «*[l]a sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial*» (artículo 493).

En la anterior hipótesis no existe propiamente una ampliación del remedio casacional, pero se salvaguarda su finalidad por medio de otros instrumentos que, sin afectar la determinación emitida en el juicio, permiten la unificación de la jurisprudencia.

Finalmente, en algunos ordenamientos se consagró la facultad para que el tribunal de cierre anule oficiosamente las providencias que lleguen a su conocimiento, cuando se vislumbren situaciones atentatorias del orden público. Verbi gracia, en el canon 252 del Código de Procedimiento Civil boliviano se consagró que «*[e]l juez o tribunal de casación **anulará de oficio todo proceso en el que se encontraren infracciones que interesen al orden público***» (negrilla fuera de texto).

Idéntica orientación está contenida en el canon 775 del estatuto adjetivo chileno, a saber: «*No obstante lo dispuesto en los artículos 769 y 774, pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, **invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar***» (negrilla fuera de texto).

El Código de Procedimiento Civil venezolano tiene un precepto equivalente: «*Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso, para **casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado***» (negrilla fuera de texto, artículo 320).

Esta última figura, de reciente incorporación, es conocida como casación de oficio, y se define como la atribución otorgada a los tribunales de cierre para que invaliden, por su propia iniciativa, los veredictos que lleguen a su conocimiento, siempre que se vislumbre una situación que subvierta el orden jurídico⁸³; dicho de otra manera, es un poder reconocido a «los tribunales para declarar nulo lo obrado en un juicio seguido ante un tribunal inferior cuando conozca de dicho asunto por vía de apelación, consulta o casación o alguna incidencia, siempre que adolezca de vicios que habilitan para solicitar la casación en la forma de una sentencia»⁸⁴.

Eventualidad que ha sido reclamada por diversos tribunales, como la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana:

En definitiva, el recurso extraordinario debe operar de tal manera que sirva a las finalidades públicas y privadas. Con esto de ninguna manera se quiere decir que siempre ha de servir a unas y otras, ya que en ocasiones ocurre que la sentencia casada en su parte motiva o considerativa es errada, pero la resolutive en cuanto acepta o rechaza la pretensión del actor está conforme a derecho, caso en el cual debe casarse parcialmente el fallo impugnado y corregir los errores en la fundamentación. Los partidarios de la teoría privatista del recurso ciertamente que condenarán este tipo de casación platónica por considerarla ajena al fin real del recurso, esto es, la reparación del agravio sufrido por el recurrente... Con el siguiente ejemplo se aclara el punto: si en el proceso de instancia se rechazó la pretensión del actor aduciendo existir ilegitimidad de personería (falta de legitimación ad processum) y el acto impugna en casación alegando que no existe tal vicio, el Tribunal de Casación deberá admitir su demanda y

⁸³ Alejandro Espinosa Solís de Ovando, *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 159.

⁸⁴ Julio E. Salas Vivaldi, *Los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 131.

revocar el fallo de instancia, pero al examinar el proceso encuentra que ha habido falta de legítimo contradictor (falta de legitimatio ad causam), porque, por ejemplo, siendo un caso de litis consorcio necesario no intervinieron todas las personas que debían hacerlo, se deberá rechazar la pretensión y dictar una sentencia inhibitoria. En cierta forma, se podrá decir que se está ante una casación platónica (29 ab. 2008, resol. n.º 140-2008).

Incluso nuestra Corte Constitucional se refirió a esta institución en los siguientes términos:

Se trata de un instrumento de significativa relevancia que además de limitar la naturaleza marcadamente dispositiva que ha caracterizado el recurso de casación -con impactos negativos importantes en la prevalencia del derecho sustancial-, contribuye en plena armonía con los nuevos fines que lo inspiran, a promover el influjo directo de contenidos constitucionales en la comprensión e interpretación de los asuntos civiles, comerciales, agrarios y de familia. Tiene la Corte Suprema de Justicia, por expresa disposición del legislador procesal, el deber de transformar cualitativamente el significado del recurso. En el ámbito de sus atribuciones, la Corte Suprema debe asegurar que las normas de la Constitución adquieran real vigencia y efectividad en el derecho ordinario. Es a la luz de estas consideraciones que ese Tribunal deberá interpretar esta nueva institución. El legislador ya ha dado un paso, el siguiente le corresponde a la Corte (C-213/17).

2.2.3. La oficiosidad llegó a la casación sin borrar sus raíces, en particular su naturaleza extraordinaria y la estricta sujeción al principio dispositivo, por lo que debe hacerse una labor de compatibilización que permita su subsistencia conjunta.

Total que, «la asignación al juez de fuertes poderes en orden al control de la legalidad de los actos procesales y del andar procesal es perfectamente posible en un Estado democrático de Derecho garante de los derechos de los

ciudadanos»; sin embargo, **«La legitimidad de la relación derecho subjetivo-tutela jurisdiccional-poderes del juez, sólo puede cuestionarse cuando el Estado se adjudica para sí, en términos de monopolio, el control de todos los aspectos formales de la relación procesal, impidiendo que los litigantes puedan llevar el proceso a término»**⁸⁵.

Por tanto, acaece inevitable que, para evitar expropiar el litigio o desconocer el interés de los sujetos procesales, en desatención de la autonomía privada y de la libertad de administración de la propiedad privada, la oficiosidad en la casación debe restringirse a cuestiones superlativas.

De allí que, si bien como regla de principio *«no se pueden examinar[se] de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente, y decidir la nulidad del fallo por errores no invocados en la formalización»*, lo cierto es que *«existiendo la casación de oficio, no sería factible el desistimiento del recurso ni la perención, como modos anormales de terminación del procedimiento; pues estos no podrían producir sus normales e inmediatos efectos, hasta que la Corte cumpla la ineludible función de revisar de oficio el expediente para verificar si, a pesar del desistimiento y de la perención, existen motivos para casar el fallo oficiosamente»*⁸⁶.

⁸⁵ Ivan Hunter Ampuero, *El principio dispositivo y los poderes del juez*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 35, Valparaíso, diciembre 2010.

⁸⁶ José G. Sarmiento Núñez, *Casación Civil*, Serie Estudios, Biblioteca de la Academia de Ciencias, Políticas y Sociales, Caracas, 1993, n.º 41, p. 221.

3. La casación de oficio en Colombia.

3.1. En nuestro país, el primer paso decidido para la oficiosidad en la casación civil se dio con el artículo 7º de la ley 1285 de 2009, modificatorio del canon 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -LEAJ-, en el cual se estableció: *«Las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación, **pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos**»* (negrilla fuera de texto).

La Corte Constitucional, a propósito del examen previo y forzoso de constitucionalidad de la ley 1285 de 2009, dijo sobre esta norma:

[E]l nuevo paradigma de la casación involucra una lectura de esa institución desde una óptica que comprenda (i) la unificación de la jurisprudencia, (ii) la garantía del principio de legalidad en una dimensión amplia, (iii) acompañada de la protección efectiva de los derechos constitucionales bajo el principio de la prevalencia del derecho sustancial [por tanto] En el asunto bajo examen, al atribuirse a las Salas de Casación de la Corte Suprema la facultad de seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento “para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales fundamentales y control de legalidad de los fallos”, la Corte considera que los propósitos para los cuales se prevé la casación se ajustan al ordenamiento Superior, en la medida en que armonizan con los fines que por su naturaleza corresponden a esa institución»; sin embargo, «[e]n cuanto a la facultad de “selección de las sentencias objeto de su pronunciamiento”, la Corte considera que la norma es constitucional pero sólo de manera condicionada. En efecto, a

juicio de la Corte, la norma es exequible en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación, deberá ser motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley... De lo contrario podrían afectarse los derechos de acceso efectivo a la administración de justicia, prevalencia del derecho sustancial y el debido proceso, en lo referente al deber de motivación de las decisiones judiciales (C-713/2008).

Frente al anterior contenido normativo se erigieron dos (2) interpretaciones antagónicas.

La primera, fundada en el tenor literal del mandato estatutario, abogó porque la Corte pudiera hacer uso de la selección positiva y la negativa, esto es, conocer de casos que no satisficieran las exigencias legales para admisión o desechar los que formalmente cumplieran los requisitos legales, respectivamente, siempre dentro del contexto de las causales señaladas por el legislador.

La segunda, centrada en la congestión judicial y el análisis de la sentencia del órgano constitucional, circunscribió la atribución de la Corporación a la mencionada selección negativa.

La Sala de Casación Civil, en un momento inicial, entendió que la selección concebida por el legislador lo fue únicamente para excluir algunos asuntos del examen de fondo de asuntos, sustentada en los siguientes razonamientos:

En orden a precisar las razones que debe considerar la Corte para seleccionar el escrito incoativo, basta acudir a la Ley 1285 de 22

de enero de 2009, reformatoria de la Ley 270 de 1996, pues allí aparecen nítidas las directrices determinantes de tal precisión; las mismas refulgen tangibles y concretas, vale decir: “(.) para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos...”

En consecuencia, un primer criterio o pauta para proceder a dicha escogencia, tiene que ver con el propósito de unificar la jurisprudencia; y, en esa línea, de suyo emerge que si el tema vinculado a la inconformidad exteriorizada ha sido suficientemente consolidado por la jurisprudencia, ha habido un criterio constante e inmodificable sobre el particular e, igualmente, advierte la Sala que no se evidencian razones que conduzcan a su modificación, podrá abstenerse de seleccionar el asunto, exponiendo, desde luego, escuetamente, esa circunstancia.

Agregase que tal determinación, también surge procedente, cuando el error que se le enrostra al sentenciador resulta irrelevante o no es manifiesto o, lisa y llanamente, no pone en entredicho los derechos constitucionales de las partes, ni la legalidad de la decisión, hipótesis que habilitará a la Corte para abstenerse de seleccionar la demanda. Bastará que así lo diga en la motivación pertinente (AC, 12 may. 2009, rad. n.º 2001-00922-01).

Sin embargo, a través de la dinámica de las discusiones planteadas en la Sala se cambió de postura, para interpretar que el artículo 7º de la ley 1285 de 2009 servía para atenuar los rigores formales de la casación, permitiendo, asimismo, que escritos de sustentación que no llenaran todas las exigencias formales y técnicas pudieran ser examinadas de fondo, bien para unificar la jurisprudencia, ora para controlar la legalidad -en sentido amplio- de los fallos, o ya en procura de amparar los derechos constitucionales vulnerados con la sentencia⁸⁷.

⁸⁷ Cfr. AC8168, 29 nov. 2016, rad. n.º 2010-00480-01; AC8161, 29 nov. 2016, rad. n.º 2012-01010-01; AC8616, 15 dic. 2016, rad. n.º 2008-00247-01; AC3703, 12 jun. 2017, rad. n.º 2006-00200-01; AC5435, 25 ag. 2017, rad. n.º 2013-00052-01; entre muchos otros.

3.2. La doble funcionalidad de la selección en el recurso de casación -negativa y positiva- fue ratificada, en cierta medida, por el Código General del Proceso.

Este estatuto denominó como selección, a secas, a la que hasta el momento se venía conociendo como negativa, anotando que se trata de una facultad o potestad de la que puede hacer uso la Sala para inadmitir demandas formalmente idóneas, de darse alguno de los siguientes eventos: (i) cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido; (ii) cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento; y (iii) cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente (artículo 347).

Frente a la positiva, si bien el codificador no incluyó un desarrollo particular, lo cierto es que en el inciso final del artículo 336 incorporó expresamente la casación oficiosa, con causales que constituyen un desarrollo de aquélla. Y es que, sólo ante la posibilidad de que la Corte anule la sentencia *motu proprio* tiene sentido acudir a la selección positiva, pues de lo contrario escogería un asunto sin estar facultada para proferir un fallo de fondo; en otras palabras, sin la permisión de casar de oficio resultaría infructuoso elegir asuntos para un examen de fondo, porque en contextos dispositivos el quiebre de la sentencia del tribunal está

supeditada a la prosperidad de los cargos propuestos por el impugnante.

Esto explica que la primera alusión a la selección positiva en la jurisprudencia de esta Colegiatura apareciera en el fallo de 5 de febrero de 2016 (SC1131, rad. n.º 2009-00443-01), después de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, facultad que se ejerció por primera vez dos (2) años más tarde, donde se dijo:

[F]rente a la facultad otorgada por el legislador estatutario en relación con la selección a secas (DRA: ‘acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas’) de sentencias objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de casación, estableció la Corte Constitucional dos facultades de íntimo ligamen: las que ahora se han dado en denominar gráficamente como selección positiva y selección negativa de sentencias.

Tiene lugar la primera cuando la Corte, en uso de sus atribuciones derivadas directamente del comentado inciso segundo del artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, que modificó el séptimo de la Ley 270 de 1996, selecciona -utilizada esta palabra en el sentido propio, es decir, el de la definición antes transcrita- una sentencia para hacer un estudio exhaustivo y proferir una eventual decisión de fondo con miras al cumplimiento de los fines previstos en el comentado inciso y atinentes a la protección de derechos constitucionales, control de legalidad de los fallos y a la unificación de la jurisprudencia.

Por esta vía, es procedente interpretar que el inciso último del artículo 336 del CGP, atinente a las causales de casación, vino a constituir un desarrollo o reglamento de tal facultad, pues habilitó a la Corte para “casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público (sic), o atenta contra los derechos y garantías constitucionales”, lo que supone entonces que el Tribunal de Casación pueda dejar de lado aspectos formales que le llevarían a la inadmisión de la demanda de casación, por ejemplo, con miras

a seleccionar, preferir o escoger la sentencia objeto de su pronunciamiento -forzosamente la que ya está siendo estudiada por la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto- para los anotados fines.

Y tiene lugar la segunda, la denominada impropia como selección negativa, al tenor de lo decidido en la sentencia C-713-2008 de la Corte Constitucional, ‘previa tramitación conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley’ en decisión adoptada ‘al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación’, por supuesto motivada... (AC1226, 3 ab. 2018, rad. n.º 2015-00382-01).

Atribución de la cual se hizo uso en providencia del 10 de octubre de 2019, para viabilizar «*un estudio de fondo de lo que los cargos y la sentencia abordan en punto a la paternidad de los hijos reconocidos voluntariamente a sabiendas de la inexistencia de parentesco de consanguinidad, en atención a los caros intereses (derechos fundamentales de filiación de las partes) en juego*» (AC4419, rad. n.º 2019-03273-00).

Lo mismo se hizo en auto de 13 de diciembre de 2018, «*con el fin de descartar [en el caso concreto] la configuración de situaciones que atenten contra el orden público o desatiendan el derecho de contradicción de la accionante*» (AC5460, 13 dic. 2018, rad. n.º 2014-00085-01).

Recientemente la Sala repitió: «*puede permitirse el estudio en casación de un asunto que, a pesar de no cumplir las condiciones técnicas para su estudio, encaje de forma evidente en alguno de los motivos establecidos en el último inciso del artículo 336 del Código General del Proceso, lo que constituye una selección positiva de oficio*» (AC5612, 11 en. 2019, rad. n.º 2014-00645-01).

3.3. Para conciliar la oficiosidad con las finalidades clásicas de la casación, el nuevo estatuto procesal adicionó a los míticos roles de protección al orden jurídico y unificación de la jurisprudencia, los de *«defender el ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida»* (artículo 333).

Esta ampliación sirvió para acompañar el funcionamiento tradicional de la casación con los tiempos actuales, de los cuales debe dar cuenta la Corte Suprema de Justicia *«como tribunal de casación»* (numeral 1º del artículo 235 de la Constitución Política).

3.4. Es un punto común que la excepcionalidad de la casación se mantuvo en el Código General del Proceso, pues este estatuto preservó las restricciones en punto a las providencias recurribles (artículo 334), necesidad de un interés patrimonial para acceder a la misma (artículo 338), requisitos de oportunidad y legitimación para su interposición (artículo 337), causales de procedencia (artículo 336) y requerimientos del escrito de sustentación (artículo 344).

De allí que esta Corporación asegurara que, *«para no alterar la naturaleza de la casación como remedio extraordinario, a la comentada facultad [oficiosa] solo*

puede acudirse excepcionalmente, y ante la inequívoca evidencia de la lesión que el fallo recurrido irroga al orden o el patrimonio público, los derechos o las garantías constitucionales (negrilla fuera de texto, AC3057, 1º ag. 2019, rad. n.º 2015-00360-01).

Ya de antaño la jurisprudencia constitucional ha dicho que *«el legislador, de manera progresiva, ha reconocido al juez ordinario un mayor rol dentro del proceso judicial, sin que tales facultades representen, por sí mismas, una visión autoritaria del sistema procesal colombiano. En esta dirección, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han sostenido el carácter mixto del actual procedimiento civil, en tanto las partes continúan manteniendo la obligación de iniciar el trámite judicial, allegar los medios de prueba relevantes para la concesión de las pretensiones y alegar los supuestos fácticos que demuestren su hipótesis jurídica; y el funcionario judicial, por su parte, tiene el deber de emplear todos los poderes que legalmente le fueron otorgados para lograr la tutela jurisdiccional efectiva»* (T-074/18).

Deviene ineludible, entonces, que en el ejercicio de esta novel prerrogativa la Corte debe actuar con el mayor cuidado, sin incurrir en excesos o en un uso indiscriminado, so pena de trastornar el esquema procesal vigente.

3.5. Para lograr el equilibrio antes reclamado, la oficiosidad en la casación debe subordinarse a una estricta observancia de los motivos de procedencia, pues en ellos encuentra, no sólo su fuente, sino sus límites.

Éstos están contenidos en el artículo 336 de la codificación procesal vigente, a saber:

*Causales de casación. **Son causales del recurso extraordinario de casación:** 1. La violación directa de una norma jurídica sustancial. 2. La violación indirecta de la ley sustancial... 3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio. 4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único. 5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad...*

La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales (negrilla fuera de texto).

Refulge del transcrito mandato legal que, además de las causales específicas, se requiere que el agravio cometido por el sentenciador sea trascendente, de suerte que la intervención excepcional devenga forzosa en garantía del orden institucional. Así se extrae de la locución ostensible, que significa «claro, manifiesto, patente»⁸⁸, la cual fue empleada por el legislador como condición *sine qua non* para la viabilidad de la anulación oficiosa.

3.5.1. El primer motivo para la casación oficiosa es el desconocimiento del orden público, noción que, si bien es de

⁸⁸ Segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es

difícil delimitación, lo cierto es que la jurisprudencia ha contribuido a su puntualización.

Famosa es la frase «[e]l orden público es un caballo difícil de domar; aun logrando montarlo, no sabe uno a dónde lo va a conducir. Puede alejar del buen derecho»⁸⁹, con el fin de relieves que su vaporosidad. De allí que sea la jurisprudencia, en los casos en que el legislador no lo haga expresamente, la encargada de definir las subreglas que permitan asir el orden público.

Situación explicable por cuanto, «[l]a noción social del orden público... es una noción eminentemente flexible, cuyas aplicaciones serán variables porque, si las necesidades sociales son siempre las mismas en sus principios, pueden ser esencialmente variables en su aplicación»⁹⁰.

Para su determinación, en sentencia de 31 de mayo de 1938, la Sala aseguró que está contenido en principios y reglas «en cuyo mantenimiento tienen un interés considerable tanto el Estado como la sociedad» (GJ XLVI, n.º 1936).

Años más tarde dilucidó:

Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la

⁸⁹ Public policy – it is an unruly horse and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail (Burrough J., en Richardson v. Mellish, 2 Bing. 229 (1824), citado por Fernando González de Cossío, *El arbitraje y la judicatura*, Porrúa, México, 2007, p. 60).

⁹⁰ Julliot de la Monrandière, op. cit., p. 141.

comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspira más en el interés general que en el de los individuos...

*Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con presencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según que se dirija y destine directa e inmediatamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término la comunidad. De esta manera aparece muy calificado el **carácter de orden público** que corresponde a las leyes de derecho privado que rigen, por ejemplo, el **estado y capacidad de las personas**, base de la organización social; las que gobiernan la **propiedad**, especialmente la agraria por que conforman económicamente el Estado (negrilla fuera de texto, SC, 23 jun. 1940, GJ XLIX).*

Después se asintió en que el orden público «*exige la aplicación de ciertas normas de origen general que primando sobre el interés individual contemplan la seguridad y beneficio económico de la sociedad y de las naciones*» (SC, 5 ab. 1940, GJ XLIX, n.º 1955-1956), que se expresa en «*el conjunto de reglas que no puede ser alterado por el querer de los contratantes*» (SC, 28 ag. 1945, GJ LIX, n.º 2022-2023).

En suma, son los «*principios cardinales del derecho público colombiano [y las] **normas** de derecho privado promulgadas con finalidades que evidente y principalmente se encaminan a **salvaguardar el orden social y jurídico del Estado***» (negrilla fuera de texto, SC, 28 jul. 1998, exp. n.º 6583).

Dicho en breve, el orden público consulta «*intereses de carácter general*» (SC, 29 ab. 1969, GJ CXXX, n.º 2310-2311-2312), así como «*los principios fundamentales en que se inspira el ordenamiento jurídico nacional*» (SC080, 5 nov.

1996; reiterada SC, 22 sep. 1999, exp. n.º 6702 y SC, 16 jul. 2001, exp. n.º 7528) y «*los principios básicos... que inspiran las instituciones estatuidas en Colombia*» (SC, 30 en. 2004, rad. n.º 2002-00008-01; reiterada SC077, 6 ag. 2004, rad. n.º 2001-00190-01 y SC, 28 may. 2010, rad. n.º 2008-00596-00), como sucede con las normas sobre sociedad conyugal (SC, 30 ab. 1970, GJ CXXXIV, n.º 2326-2327-2328), ritualidad procesal (SC, 20 en. 1972, GJ CXLII, n.º 2352), estado civil (SC, 17 may. 1978), presupuestos procesales (SC, 29 sep. 1980, GJ CLXVI, n.º 2407), competencia judicial (SC, 6 dic. 1982), nulidades sustanciales (SC, 23 ab. 1987, GJ CLXXXVIII, n.º 2427), plazos legales de prescripción (SC065, 4 mar. 1988, GJ CXCI, n.º 2431), intereses (SC, 2 feb. 2001, exp. n.º 5670), protección al consumidor (SC, 8 sep. 2011, rad. n.º 2000-04366-01), prohibición de abuso de posición dominante (*idem*), entre muchas otras materias.

De forma reciente se aseguró que «*la jurisprudencia ha definido el orden público como ‘los principios esenciales del Estado’ o ‘los principios fundamentales en que se inspira el ordenamiento jurídico nacional’ (CSJ, 27 jul. 2011, rad. n.º 2007-01956-00), esto es, ‘los principios y valores fundamentales del sistema u ordenamiento jurídico, su noción atañe al núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad’ (CSJ, 8 nov. 2011, rad. n.º 2009-00219-00)*» (SC2476, 9 jul. 2019, rad. n.º 2014-01635-00).

Ahora bien, con ocasión del voluminoso número de fallos de exequatur, la doctrina jurisprudencial diferenció entre el *orden público local* y el *internacional*, denotando que la primera es una noción asentada en los preceptos que amparan el interés general del sistema social nacional, mientras que la segunda se refiere a los principios básicos que explican las instituciones y el ordenamiento local:

Bien puede sostenerse, entonces, que si el papel que debe cumplir el ‘orden público’ es el de tutelar la organización central conforme a la cual se espera que funcionen las instituciones básicas de un país, las que por ende no pueden quedar al arbitrio de la voluntad privada ni menos todavía postergadas por la aplicación que del derecho extranjero hagan autoridades judiciales que no son las suyas, y si además el país en cuestión ha ratificado tratados o convenios en cuya virtud contrajo el solemne compromiso de aceptar la eficacia extraterritorial de decisiones particulares de esa naturaleza en la medida en que no sufra notorio menoscabo la unidad sistemática que preside aquella organización, no responde a la sana lógica permitir que las repudie a modo de regla general y sin antes ocuparse de dejar establecido, teniendo a la vista desde luego los pormenores que identifican a posteriori cada caso concreto, que es ostensible la existencia de una grave incompatibilidad entre el acto procesal para el que se solicita el ‘exequátur’ y los postulados considerados como esenciales en el orden jurídico del foro. En consecuencia y por eso hoy la Corte se ve en la necesidad de apartarse de los criterios por ella seguidos en algunas decisiones anteriores como la contenida en la sentencia de fecha diecisiete (17) de mayo de 1978 (G.J. Tomo CLVIII, págs. 76 a 80), el juez local no puede evaluar una sentencia extranjera teniendo en cuenta tan sólo disposiciones generales de la estirpe de las consagradas por los Arts. 19 y 20 del C. Civil, como si ellas constituyeran una pauta dogmática de ineludible observancia, para decretar automáticamente la evicción de dicho pronunciamiento jurisdiccional extranjero bajo el argumento abstracto de que todo cuanto atañe al estado civil de las personas y el régimen de la propiedad está regulada en Colombia por derecho imperativo que ‘(...) incide a la vez en normas de la jurisdicción nacional colombiana (...)’; el cometido encomendado al juez es de un aspecto mucho más amplio puesto que le compete

verificar, en primer lugar, la compatibilidad con el ‘orden público’ de los efectos que habría de producir esa específica sentencia en el evento en que fuera a ser declarada aplicable, y en segundo lugar, medir con prudencia la intensidad de los lazos que unen a la situación litigiosa con el Estado de cuyo ‘orden público’ se trata, toda vez que si la posibilidad de conciliación se da o la conexión no es suficientemente caracterizada, la aludida evicción carece por entero de justificación (SC, 27 jul. 2011, rad. n.º 2007-01956-00).

También se dijo:

Ahora bien, es preciso aclarar que el concepto de ‘orden público internacional’ de un país no puede ser confundido con el de ‘orden público interno’ de ese Estado, noción que según se ha explicado en la doctrina nacional ‘se refiere a las leyes imperativas en el derecho privado, las cuales no pueden ser desconocidas o derogadas por convenciones entre particulares, como lo dice, impropriamente, el artículo 16 del Código Civil. Estas leyes imperativas o de orden público tienen validez permanente y se oponen a las meramente supletivas o interpretativas de la voluntad de las partes que sólo rigen a falta de estipulaciones de los contratantes que modifican sus previsiones’.

Ha distinguido la doctrina que existen dos tipos de normas imperativas, aquellas que se consideran de ‘orden público de dirección’ y las de ‘orden público de protección’. Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico (SC877, 23 mar. 2018, rad. n.º 2017-00080-00).

Luego, como el orden público a que se refiere el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso es el nacional, se entiende por éste el conjunto de normas - instituciones, principios y reglas- que interesan a la sociedad en su conjunto, de allí que no puedan derogarse o

modificarse por convenios particulares, ni ser renunciados por los interesados (cfr. SC003, 18 en. 2021, rad. n.º 2010-00682-01), siendo procedente la casación oficiosa cuando en el fallo se alza la violación sea grave, huelga decirlo, «[g]rande, de mucha entidad o importancia»⁹¹.

Ahora bien, es cierto que expresiones como «*visión de los intereses generales*» o «*aplicación de las necesidades sociales*», comprenden «*una idea general*», sin «*encerrar... definiciones absolutamente rigurosas*», proceder explicable para garantizar «*flexibilidad de aplicación*», debido a que «*[l]a noción de orden público es una de esas válvulas de escape, una de esas direcciones*»⁹².

3.5.2. La afectación del patrimonio público es otro motivo que permite acudir a la casación oficiosa, entendida como el menoscabo, detrimento, pérdida o deterioro a los bienes o recursos públicos y demás intereses patrimoniales del Estado⁹³.

La Corte Constitucional, al adentrarse en esta noción, manifestó que, «*el patrimonio público, en sentido amplio se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera a la comunidad y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos*» (C-479/95).

⁹¹ Segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es.

⁹² *Ibidem*, p. 305.

⁹³ Cfr. CE, Sección 1ª, 29 oct. 2020, rad. n.º 2018-00020-01A

Por la misma senda, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha señalado que *«el ‘patrimonio público’ versa sobre todos los bienes, derechos y obligaciones sobre los cuales el Estado es titular del dominio, titularidad que no en todos los casos se equipara con la del derecho civil -como sucede, por ejemplo, con los bienes de uso público en los que se manifiesta una interconexión con la comunidad en general antes que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial-»* (Sección 3ª, Subsección A, 3 jul. 2020, rad. n.º 2016-00290-01(AP)).

Se trata, entonces, del conjunto de activos -recursos, bienes o derechos- de los cuales es titular (i) el estado (como abstracción) o (ii) cualquier de las entidades que lo conforman (autoridades en sentido estricto), con independencia de la forma que revistan.

Su protección por vía casacional deviene como una consecuencia imperativa de su *«mayor jerarquía, pues su vulneración redundaría en la afectación de todos los asociados»* (SC5568, 18 dic. 2019, rad. n.º 2011-00101-01), como a buen recaudo lo dijo esta Corporación, itérese, siempre que tal menoscabo sea evidente y notorio.

3.5.3. Por último, la casación oficiosa también procede en los eventos en que se vulneren, de forma ostensible, los *derechos y garantías constitucionales* de los intervinientes en el proceso.

Se trata de una aplicación concreta del valor normativo y preferente de los mandatos constitucionales, que encuentra asidero en el canon 4º de la Carta Fundamental⁹⁴, aunque acotada a la parte dogmática de este cuerpo normativo. Así lo reconoció esta Sala: «*la Corte hoy tiene la facultad de casar de oficio el fallo impugnado... cuando a las partes del proceso sus **derechos -sobre todo constitucionales fundamentales-** le han sido conculcados*» (negrilla fuera de texto, AC4862, 3 dic. 2018, rad. n.º 2015-00573-01).

Ya el máximo órgano constitucional fijó como derrotero que la casación «*es una **institución jurídica destinada a hacer efectivo el derecho material y las garantías fundamentales de las personas que intervienen en un proceso***» (negrilla fuera de texto, C-998/04).

Ahora bien, para perfilar el contenido de esta causal se hace imperativo acudir a la sentencia de constitucionalidad que analizó la exequibilidad del artículo 16 de la LEAJ, pues este precepto introdujo un motivo de selección que es equivalente al que ahora se estudia, huelga recordarlo, la protección de los derechos constitucionales, frente al cual se afirmó:

[L]a casación apunta no sólo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional, atendiendo criterios de justicia material según el principio de

⁹⁴ La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia. Recuérdese que ‘también la interpretación de las disposiciones procesales que regulan ese recurso debe interpretarse de conformidad con ese principio’ (Corte Constitucional, Sentencia C-668 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández)... (negrilla fuera de texto, C-713/08).

Luego, la Corte podrá anular a *motu proprio* un veredicto de alzada cuando advierta que en el fallo se desatendieron de forma patente los derechos reconocidos por la Constitución en favor de cualquier de los sujetos procesales, siempre que se trate de garantías con un contenido concreto y de aplicación directa, pues de requerirse de normas legales que les otorguen concreción serán estos últimos mandatos los inobservados y, por tanto, la intervención oficiosa quedará proscrita.

Esto debido a que el legislador fue perspicuo al exigir que la agresión reprensible oficiosamente debe estar referida a materias constitucionales, lo que descarta la posibilidad de acudir a este instituto cuando se encuentre de por medio un precepto legal o reglamentario.

4. El caso concreto.

Definido el anterior marco normativo, conviene revisar las razones que sirvieron a la providencia aprobada para viabilizar en la casación que oficiosamente se realizó.

4.1. Sin duda, en el contexto de las garantías constitucionales a la igualdad (artículo 13) y confianza legítima (artículo 83), el desconocimiento de la doctrina

jurisprudencial vinculante constituye uno de aquellos casos en que debe admitirse la casación oficiosa.

4.1.1. Y es que, si bien los jueces tienen autonomía e independencia en la labor de administrar justicia, estos principios no pueden conducir a la desintegración del estado de derecho, lo que sucedería si se deja sin control la hermenéutica que dispensan al derecho vigente, además de traslucir un trato desigual injustificado.

Institutos como la doctrina probable y la obligatoriedad relativa del precedente, evitan que el derecho se convierta en lo que cada juez interprete y, en su lugar, propenden porque haya un entendimiento unificado sobre los enunciados normativos, que permita a los administrados anticipar las consecuencias jurídicas de sus actos; de otra forma, los ciudadanos se verían avocados a escenarios de incertidumbre e inseguridad, por la imposibilidad de predecir el contenido de las normas que gobiernan su comportamiento en la sociedad, lo que se sortea cuando se somete a todos los jueces a las mismas directrices interpretativas fijadas por el órgano de cierre.

4.1.2. La Corte Suprema de Justicia, por ser «*el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria*» (artículo 234 de la Constitución Política) y «*actuar como tribunal de casación*» (artículo 235 *idem*), es la encargada de estandarizar la interpretación de los cánones legales relativos a las materias que están bajo su conocimiento.

En cumplimiento de este deber, la Corte «*ha prohijado y desarrollado una ardua y consistente tarea en su función casacional de unificar la jurisprudencia -función nomofiláctica- **con fundamento en la doctrina probable**, prevista expresa y limpidamente en un precepto con más de un siglo de vigencia, que inclusive en época no muy reciente, resistió los embates de inconstitucionalidad*» (negrilla fuera de texto, SC10304, 5 ag. 2014, rad. n.º 2006-00936-01).

Labor de reconocido valor constitucional, como se aseguró en la declaratoria de exequibilidad del artículo 4º de la ley 169 de 1896, en la que se avaló el carácter vinculante de la doctrina probable:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

*Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, **dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del***

alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se reputa probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema (negrilla fuera de texto, C836/01).

En consecuencia, el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante emanada de la Corte, esto es, *«[t]res decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho»* (artículo 4º de la ley 169 de 1896), es reprobable, incluso por la vía de la casación de oficio cuando comprometa gravemente los derechos y garantías constitucionales, a condición de que hay una justificación objetiva sobre las razones por las que el recurrente de abstuvo de invocarla en ejercicio de su derecho de impugnación.

Tal valía no es sinónimo de inamovilidad jurisprudencial, por cuanto es posible separarse de ésta, siempre que haya una argumentación suficiente para justificar el alejamiento y explicitar las razones que hacen imperativa su variación. Es cierto que *«el órgano judicial está vinculado a [la] jurisprudencia, pero si decide apartarse de la misma (por no estimarla ya correcta o por estimar que las circunstancias sociales han cambiado y reclaman una nueva interpretación) tiene la carga de justificarlo, justificación que se entenderá cumplida si es capaz de mostrar que la nueva interpretación constituye un criterio universalizable; esto es, un criterio que, por considerarlo correcto, está dispuesto a aplicar en todos los casos futuros iguales»*⁹⁵.

⁹⁵ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Consejo Nacional de la Judicatura, España, p. 116.

4.2. Por otra parte, el acceso efectivo a la administración de justicia, reconocido en el artículo 229 de la Carta Fundamental, impone que las controversias sometidas a composición judicial obtengan una decisión que desate el litigio, so pena de atentar contra la pacificación social, de allí que su desconocimiento deba ser remediado incluso oficiosamente.

4.2.1. La Sala, refiriéndose a este derecho fundamental, doctrinó:

[E]l artículo 229 de la Constitución... consagra el principio fundamental del libre acceso a la administración de justicia, [que no es] otra cosa que reconocer constitucionalmente el derecho de acción, como derecho subjetivo y fundamental, pero abstracto, de acuerdo con la concepción moderna que sobre el mismo se tiene, o sea el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, que en principio se agota con una sentencia de mérito, dados los presupuestos formales y materiales que la condicionan, pero no necesariamente favorable a las pretensiones del demandante (SC, 1º feb. 2000, exp. n.º 5135).

En época reciente se reconoció que «el libre acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva» es un bastión «del Estado Constitucional y Social de Derecho», en desarrollo del cual «[e]l juzgador... respetando la garantía fundamental a un debido proceso, se encuentra compelido a resolver de fondo el asunto disputado y a dar la razón a quien la tenga, sin que para el efecto pueda excusar silencios, oscuridades o insuficiencias del ordenamiento positivo (artículo 48 de la Ley 153 de 1887)» (SC5193, 18 dic. 2020, rad. n.º 2012-00057-01).

El máximo órgano constitucional tiene decantado que:

Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales (T-799/11).

En el caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que «*la protección judicial constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática... Asimismo, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral*» (Sentencia 9 mar. 2018, Serie C n.º 351).

4.2.2. La denegación de justicia es la antítesis del acceso efectivo, esto es, la negativa para que los interesados obtengan una resolución que desate su controversia o se haga de forma abiertamente extemporánea.

Esto debido a que, por mandato convencional, «*un recurso judicial efectivo implica que el análisis por la autoridad competente no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas*» (*idem*).

Por lo anterior la Sala tiene dicho que «*la discordia, el litigio, la controversia, es la razón de ser de la intervención del aparato judicial del Estado. En tal supuesto es su obligación zanjar la polémica, so pena de denegación de justicia. No sólo está habilitado sino compelido para hacerlo. Mediante una sentencia discernirá el derecho y pondrá punto final a la disputa*» (SC, 26 may. 2006, rad. n.º 1987-07992-01).

4.3. En el *sub examine*, si bien en el proyecto aprobado por la Sala se invocó el desconocimiento del precedente y la denegación de justicia como fundamento de la intervención oficiosa, lo cierto es que no se configuraron ninguno de estos supuestos.

Esto debido a que, el cambio jurisprudencial que constituye el eje del razonamiento para la casación de oficio, **no ha alcanzado la condición de doctrina probable** y, en todo caso, **se realizó después de proferido el fallo del Tribunal**; además, **el demandante cuenta con remedios judiciales efectivos** para obtener una decisión que resuelva sobre el conflicto.

4.3.1. Sobre el primer aspecto, resáltese que la Corte, desde finales del siglo XIX, fijó como derrotero que el artículo

1546 del Código Civil, contentivo de la denominada condición resolutoria tácita, debe interpretarse en armonía con el 1609, el cual prescribe que «*/e/n 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 cumplir en la forma y tiempo debidos*», razón para colegir que «*la resolución de los contratos bilaterales, por la falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones*» (SC, 7 dic. 1897, GJ XIII, n.º 625, p. 200).

Tesis reiterada en variados pronunciamientos⁹⁶, incluso de reciente data, que insisten en la necesidad de que el demandante sea un contratante cumplido o haya desplegado todas las acciones para hacerlo, como condición *sine qua non* para la prosperidad de la acción resolutoria (SC2307, 25 jun. 2018, rad. n.º 2003-00690-01).

En el interín algunas voces de disidencia se alzaron, amén de la indefinición jurídica que se generó en algunos casos por la estricta aplicación de esta interpretación (cfr. SC, 23 sep. 1974, GJ. CXLVIII, n.º 2378 a 2389, p. 246, y SC, 29 nov. 1978), aunque los mismos no alcanzaron la resonancia requerida para modificar el sendero hermenéutico.

⁹⁶ Por citar unos pocos de reciente factura: SC6906, 3 jun. 2014, rad. n.º 2001-00307-01; SC, 28 feb. 2012, rad. n.º 2007-00131-01; SC, 7 mar. 2000, exp. n.º 5319; etc.

Sin embargo, la Corte dos (2) años atrás volvió a analizar esta materia y, **en providencia dividida (4 votos en favor y 3 salvamentos)** asintió en la viabilidad de la resolución frente a incumplimientos recíprocos (SC1662, 5 jul. 2019, rad. n.º 1991-05099-01). Postura que, como *obiter dicta*, fue rememorada hace pocos meses (SC4801, 7 dic. 2020, rad. n.º 1994-00765-01).

Este último cambio, en proceso de consolidación, dista de alcanzar la condición de doctrina probable de la Corporación, amén del limitado número de casos en que se ha aplicado -uno-, de allí que mal podría argüirse que su desconocimiento por parte de los sentenciadores de segundo grado constituya un atentado grave u ostensible contra las garantías constitucionales.

Más aún si se tiene en cuenta que el fallo objeto de casación se profirió el 7 de febrero de 2017, esto es, dos (2) años antes de que la Corporación formulara la nueva tesis interpretativa, momento para el cual estaba en vigor la doctrina probable que reclamaba que la acción resolutoria se encuentra vedada en los casos de incumplimientos recíprocos, la cual debía ser observada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala Civil-Familia, en garantía de la confianza legítima y el derecho a la igualdad, sin que pueda exigírsele una labor de adivinación o anticipación para prever un cambio trascendental como el que está en proceso de consolidación.

En verdad, con el fallo aprobado se socava la seguridad jurídica, por propender por una aplicación general e inmediata de los cambios jurisprudenciales, incluso frente a asuntos decididos definitivamente en las instancias al abrigo de la tesis relevada.

4.3.2. Sobre la supuesta situación de «*estancamiento contractual, irresoluble con la institución del mutuo disenso, o con las tradicionales alternativas del artículo 1546*» (página 35), esgrimida mayoritariamente como agregado a la oficiosidad, tampoco se vislumbra.

Lo anterior, en tanto a partir de la tesis planteada por la Sala en la providencia SC1662-2019 se abrió la posibilidad para que Uriel Darío Muñoz Sánchez, promueva un nuevo proceso en el que reclame la resolución del contrato de promesa por mutuo incumplimiento, materia que no ha sido objeto de juzgamiento pues el actual litigio se fundó en el supuesto incumplimiento exclusivo de la demandada.

Reclamo que, bajo el supuesto de que la promesa objeto de evaluación se celebró el 12 de octubre de 2011, *prima facie* no se advierte la configuración de algún fenómeno extintivo por el paso del tiempo que impida el estudio de la reclamación.

5. En los anteriores términos dejo planteado el salvamento de voto, sin que resulte necesario, por sustracción de materia, aclarar las razones por las cuales considero que es viable acudir a la resolución en los casos en

que ambos contratantes hayan desatendido sus deberes
negociales.

Fecha *ut supra*.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado