

El mutuo disenso y la resolución: ¿perder por pedir cepas en vez de árboles?

Daniel Santiago Gaitán Calderón

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.

La presente investigación no recibe financiación. Realizada en el marco de la Investigación asistida del Semillero de Investigación en Derecho Comercial – Contratos bajo la dirección del doctor Nicolás Pájaro Moreno como opción de grado para el título de Abogado.

El autor es estudiante de décimo semestre del programa de Jurisprudencia de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y estudiante de segundo semestre de Pedagogía de la Universidad Pedagógica Nacional. Monitor académico de las asignaturas de Derecho Romano, Régimen General de las Obligaciones y Sucesiones.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-6468-1967>. Correo institucional:

daniels.gaitan@urosario.edu.co.

EL MUTUO DISENSO Y LA RESOLUCIÓN: ¿PERDER POR PEDIR CEPAS EN VEZ DE ÁRBOLES?

Daniel Santiago Gaitán Calderón¹

Actiones, quas in vsv veteres habverunt, legis actiones appellabantur [...], quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Vnde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competere, generaliter de arboribus succisis loqueretur. – GAI. INSTITUTIONVM. COMMENTARIVS QVARTVS, 11.

El negocio jurídico, ubicado como lo hizo la pandectística alemana (Savigny, 1879, pp. 151-152), y definido tal como lo hizo la ciencia romanística aquí acogida, parte de la consideración fundamental de que el negocio surge necesariamente de la vida en relación humana, donde a causa de la necesidad de los asociados de comerciar o cooperar, estos se regulan autónomamente a fin de satisfacer aquella necesidad económico-social de la cual están urgidos. Dicha autorregulación de intereses ocurre entre sí con indistinción de la norma,

¹ Estudiante de décimo semestre del programa de Jurisprudencia de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y estudiante de segundo semestre de Pedagogía de la Universidad Pedagógica Nacional. Monitor académico de las asignaturas de Derecho Romano, Régimen General de las Obligaciones y Sucesiones. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-6468-1967>. Correo institucional: daniels.gaitan@urosario.edu.co. El autor quiere agradecer al doctor Nicolás Pájaro Moreno por su amable orientación y a Karen Sofia Torres Romero por su invaluable ayuda espiritual.

y adquirirá la calidad de negocio cuando quienes participan en él no consideran que puedan desatenderlo por tratarse de una regla de conducta que, en caso de desatención, se acompaña de una sanción de orden social y jurídico. Esta última, más enérgica que la social y posterior a ella, implica que el derecho ha reconocido la autonomía privada, que ya se ha hecho presente con antelación a aquel (Betti, 1935, pp. 198-199, 1970a, p. 9, 2000, pp. 43-47).

Entonces, desde el punto de vista funcional, el acento en el negocio debe ponerse en que se trata de la herramienta creada por la sociedad y reconocida por la ley “para que ellos dispongan de sus propios intereses en la satisfacción de sus necesidades mediante el intercambio y la aglutinación de servicios y productos” (Hinestrosa Forero, 2015a, p. 219). Así, en ejercicio de la autonomía privada, la satisfacción se logra al disponer de sus bienes, su familia o su fuerza de trabajo, pues el negocio es la herramienta idónea para ese fin.

Pero, desde un prisma más positivo, se trata de un supuesto de hecho complejo y calificado (Hinestrosa Forero, 2015a, Números 78, 118); complejo por tener que aglutinarse en él más de un hecho jurídico simple, y calificado, porque sucede un acto de recepción por parte de la norma. Surte unos efectos por virtud de la ley, cuando lo pactado recorre por entero una *figura iuris* (tipicidad negocial), y otros porque aquella, recibiendo y juzgando el querer dispositivo de las partes, lo mira como bueno, y le permite producir aquellos confeccionados -el llamado peculiar carácter dinámico del negocio jurídico- (Sconamiglio, 2004, Número 62).

En fin, cuando en un hecho, estando presentes *ex ante* sus presupuestos (capacidad, legitimación y objeto), se aglutinan unos elementos (forma, contenido y causa) y calificada por el ordenamiento la regulación de intereses, se dice, pues, que nace a la vida el negocio jurídico y con ello que es **eficaz**. Capital resultado es la modificación del *statu quo iuris*, de

suerte tal que su sola presencia, su sola existencia, coloca a determinados sujetos en un estado que les es nuevo y disímil al previo; así como los postreros (o concomitantes, según sea el caso) y propios que desata cada una de las especies negociales en atención a su función y con los *accidentalia negotii* dispuestos por quienes concurren a él².

Al contrario, cuando el negocio adolece de algún defecto, y según la gravedad de aquel defecto (antijuridicidad), la ley ve con malos ojos al negocio por contrariarse con ella y lo sanciona con la ineficacia *lato sensu* (*rectius*, invalidez), es decir, le priva de efectos existenciales y finales. En otros casos, la ineficacia se produce aun cuando no medie represión legal, simplemente porque por disposición de las partes, por naturalidad del negocio, viene inserta una condición resolutoria o un plazo extintivo que hace que el hecho que verifique la condición le destruya; o porque sobrevinientemente se hace imposible, material o jurídicamente, la consecución de los efectos y la ley dispone la pérdida de los efectos finales (sin que esté envuelta su antijuridicidad). Caso en el cual la ineficacia es de orden posterior y no concomitante al negocio, tratándose, entonces, de ineficacia *strictu sensu*.

Dentro de la aproximación a la ineficacia del negocio jurídico, la doctrina ha empezado a asumir pacíficamente todas sus especies. Sin embargo, en la frontera donde colindan la ineficacia y el incumplimiento hay un par que son manzana de discordia. Tanto así que ha

² Unos le llaman efectos negociales o existenciales y efectos finales (Sconamiglio, 2004, pp. 335-356), y otros efectos negociales generales y efectos negociales específicos (Ramírez Baquero, 2008, Número 5). Esta distinción será relevante más adelante, a propósito de la adenda.

sido objeto de caluroso debate dentro de la historia jurisprudencial y doctrinal: el llamado mutuo disenso tácito y la condición resolutoria tácita (que da lugar a la resolución).

Por ello, este escrito se aproximará a ambas especies de ineficacia negocial, pero el énfasis será no solo en lo referente a sus aspectos sustanciales o conceptuales, sino a sus implicaciones dentro del proceso. Se auscultará sobre la posibilidad que le asiste al juez de calificar la ineficacia, en lo atañadero a la resolución y el mutuo disenso, más allá de los pedimentos hechos por las partes, o, a su vez, la posibilidad de que el demandante pueda pedir genéricamente la ineficacia del negocio jurídico. Para cumplir ese propósito i) se dará un breve marco sobre qué es cada una de las formas de ineficacia; ii) se hará un recuento jurisprudencial, y iii) a la luz de todo lo anterior, se dará respuesta a la posibilidad de calificación. Y aun cuando hace parte de la conclusión, a modo de adenda, iv) una reflexión de ambas categorías de ineficacia a la luz de la teoría del negocio jurídico.

1. La resolución y el mutuo disenso

Al igual que con la doctrina chilena, el Código Civil contempla dentro de los elementos naturales de los contratos bilaterales la llamada “condición resolutoria tácita” (art. 1546). En virtud de ella, el contratante cumplido se encuentra en la posibilidad de resolver el contrato cuando su contraparte ha incumplido, a modo de ineficacia en sentido estricto (Hinestrosa Forero, 2015b, p. 864; Ramírez Baquero, 2008, pp. 66-67). Lo anterior es así toda vez que el hecho futuro e incierto del incumplimiento sucedió, lo que hace que la condición resolutoria pase de estar pendiente a verificada o cumplida, *statu quo iuris* que legitima al contratante cumplido a pretender la resolución.

Nótese que aquí se adentra en los terrenos de la responsabilidad por incumplimiento. La condición se verifica cuando se incumple: el no cumplimiento, cumplimiento tardío o imperfecto – en general, el retardo- de la prestación aunada a la imputabilidad o reprochabilidad del incumplimiento, que juntos dan lugar a la mora. Y a su turno, la acción se concede cuando habiendo incumplimiento, este sea grave o esencial, el contrato sea bilateral, y quien solicite la resolución esté cumplido o presto a cumplir³. Aglutinados los requisitos, el contrato se resuelve, y su resolución surte por regla general efectos *ex tunc*, dando pie a restituciones mutuas (Mantilla Espinosa y Ternera Barrios, 2005; Poulsen, 1999; Ternera Barrios y Mantilla Espinosa, 2009; Corte Suprema de Justicia [CSJ], 1984; CSJ, 1990).

Nótese que este mismo remedio tiene una contracara. Así como el contratante cumplido puede deshacer el contrato, puede también abstenerse de ejecutar (Mantilla Espinosa, 2009). Decían los comentaristas que la fe no es obligatoria para aquel que primero la quebranta: *fides non est servanda ei qui prior fidem fregit* (Dyini, 1566, p. 267), por lo que la ley concede también al contratante cumplido un remedio *ope exceptionis*.

Se trata de la *exceptio non [rite] adimpleti contractus*, en virtud de la cual se enerva la solicitud de cumplimiento hecha por el incumplido, a efectos de que la ejecución negocial quede en suspenso. Tal situación terminará cuando el incumplido demandante ejecute su prestación, situación que le impedirá al demandado oponer la excepción:

³ Precisamente de todo lo dicho existe la discordia legal y jurisprudencial que se procederá a explicar luego.

La *exceptio* faculta a no cumplir frente al incumplimiento de la contraparte; es un mecanismo de autotutela, de justicia privada otorgada al deudor para defenderse frente a la injusta pretensión del acreedor consistente en el cumplimiento o la resolución del contrato; es un remedio que protege los intereses de las partes mediante la preservación del vínculo y la paralización de la demanda de cumplimiento o resolución. (Chinchilla Imbett, 2017, pp. 215-216)

La doctrina (y también la jurisprudencia), en torno a este asunto, discrepa sobre si la excepción aparece o no en el artículo 1609 del C.C. La gran mayoría, desde una ciega influencia francesa, la encuentran allí ubicada (Caprile Biermann, 2012; Mantilla Espinosa y Ternera Barrios, 2009; Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005). Una pequeña parte, con uso de una correcta hermenéutica histórica y literal, indica que en esa norma se contempla la “compensación o purga de moras”, mas no la *exceptio*, la cual se desprende de la buena fe (1603 C.C.) (Chinchilla Imbett, 2017; Moreno Cruz, 2013). Asunto, en todo caso, meramente marginal.

Ahora bien, la otra especie de ineficacia es el mutuo disenso. En esta especie de ineficacia su explicación es más elemental⁴. Según el 1602 y el 1625 C.C., si las partes así disponen, pueden válidamente deshacer el compromiso (“darlo por nulo”, dice el Código). Se trata, por tanto, de un negocio jurídico por medio del cual se extingue un negocio jurídico anterior, con efectos liberatorios.

⁴ Sin perjuicio de lo que habrá de explicarse a propósito de la adenda.

De ello es claro que deberá existir una correspondencia en los aspectos esenciales del mismo. Quienes concurran a desligarse del negocio primigenio deberán ser quienes sean titulares de las relaciones jurídico-patrimoniales que se desprendieron o efectuaron por el primero: los mismos sujetos, o quienes hayan recibido el derecho en cesión, sucesión, y, en general, por cualquier forma de traslación.

Igualmente, deberá haber correspondencia o paralelismo entre los sujetos y la legitimación negocial de ellos así como en la forma que plastifica el negocio, según el maltratado brocardo que aparece en D. 46.3.80 de que las cosas se deshacen como se hacen, *prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (Betti, 1970b, p. 333; Castro de Cifuentes y Romero Cruz, 2021, p. 739; Hinestrosa Forero, 2007, p. 898). Ahora bien, como el consentimiento puede ser expreso o tácito, el mutuo disenso será, consecuentemente, expreso o tácito (Hinestrosa Forero, 2015a, p. 462)⁵. Las precisiones jurisprudenciales al respecto se harán en el otro acápite.

Hasta aquí, todo tiene sentido y funciona bien. Sin embargo, tanto la acción resolutoria como la excepción de incumplimiento presentan serios problemas en casos de incumplimiento mutuo. De esta situación hay dos interpretaciones contrarias y válidamente asumibles pues no hay norma expresa: ora que por no estar cumplido alguno de los requisitos (el de la mora, dado que el 1609 la purga), ninguna de las dos partes puede accionar o excepcionar; ora que por tener ambos los requisitos cumplidos, ambos pueden excepcionar o accionar.

⁵ Nuevamente, el asunto relativo al mutuo disenso tácito por incumplimiento recíproco se tratará de regreso en las conclusiones.

Precisamente esta disquisición es la que se ha planteado a lo largo de la jurisprudencia donde a mitad de camino apareció la tesis del mutuo disenso tácito.

2. La jurisprudencia

A lo largo de la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se han identificado varias tesis jurisprudenciales que se han pronunciado sobre el incumplimiento recíproco de los contratantes y los remedios que le asisten. Aquí aparece como problema jurídico relevante: ante el mutuo y recíproco incumplimiento de las partes, ¿es procedente la resolución del contrato por estar verificada la condición resolutoria tácita contemplada en el artículo 1546 del C.C.?

2.1. El estancamiento contractual: la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución

La primera sentencia que se emitió al respecto, en 1897, fundó la tesis de que en los casos del primer problema jurídico no procede la acción resolutoria (ni tampoco la ejecución) en cabeza del contratante incumplido, por proceder la *exceptio non adimpleti*. Sin embargo, la argumentación fue bastante pobre, como para extraer las razones para decidir.

Posteriormente, en sentencia del 29 de febrero de 1936, con ponencia de Eduardo Zuleta Ángel, la Corte indicó que cuando se produce el mutuo incumplimiento, pero una de las partes posteriormente empeña en la ejecución de contrato constituyéndola en mora y provocándola por todos los medios, tiene derecho a la resolución con perjuicios, toda vez que

no puede impetrarse la excepción. Realmente no se cambia en nada la línea, sino que se trata de supuestos fácticos distintos fallados a la luz del precedente de 1897⁶.

Luego, en sentencia del 2 de febrero de 1940 se sentó la regla de que, para el avance ejercicio de la acción resolutoria (o de la ejecución), era necesario que el actor hubiera cumplido con todas sus obligaciones. En caso contrario, si se negó debido al incumplimiento del otro (incumplimiento mutuo), su acción se verá paralizada por la *exceptio non adimpleti contractus* toda vez que hubo mora. Y, el requisito de la mora se reitera en sentencia del 24 de octubre de 1940, donde, precisamente, al demandado moroso en resolución no se le concede la excepción porque no se probó ni el incumplimiento ni la constitución en mora del demandante.

Ahora bien, retomando la lógica de la línea jurisprudencial y del precedente vinculante, hasta este punto debe decirse que ante el mutuo incumplimiento se deduce no sería posible ejercer la acción resolutoria, debido a que es requisito de su ejercicio ser cumplido en sus obligaciones, ni tampoco es posible el cumplimiento específico, porque la compensación de moras hace faltar el requisito esencial de la acción de cumplimiento, que es la mora. Así se falló en sentencia del 23 de marzo de 1943, donde una parte pidió la resolución, la otra reconvinó el cumplimiento forzoso y la Corte, en aplicación de su propio precedente, absolvió de ambas cosas a ambos. Es decir, que el incumplimiento mutuo no autoriza a ninguna parte ni a resolver y a ejecutar forzosamente. Esa tesis de la Corte dejaba en absoluta indefinición e irresolución tanto el contrato como el conflicto.

⁶ Así sentencias del 23 de septiembre de 1938, M.P. Juan Francisco Mujica; 18 de noviembre de 1938, M.P. Fulgencio Lequerica Vélez.

La regla jurisprudencial fue reiterada en innumerables ocasiones⁷. Aun con todo, contaba con detractores. Por ejemplo, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá⁸ y Cundinamarca⁹ se opusieron abiertamente a la tesis defendida, así como la misma Corte, a modo de *obiter dicta*¹⁰.

2.2. ¡Para ese viaje no se necesitaban tantas alforjas!: el mutuo disenso tácito.

En sentencia del 23 de septiembre de 1974, con ponencia de Ernesto Escallón Vargas, la cuestión cambia ligeramente. Técnicamente en nada se distingue de las sentencias anteriores toda vez que la respuesta al problema jurídico es un no rotundo. Sin embargo, para zanjar la cuestión, se inventa la tesis del mutuo disenso, del cual se desprende otro problema jurídico: ¿el mutuo y recíproco incumplimiento de las partes implica que tácitamente ellas han estipulado el disenso del contrato? Naturalmente, la respuesta en esta primera sentencia ha sido positiva. Hasta este punto, el simple y llano incumplimiento era más que suficiente:

Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inexecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de

⁷ Así sentencias del 25 de marzo de 1950, M.P. Hernán Salamanca; 23 de enero de 1951, M.P. Pablo Emilio Manotas, no publicada; 25 de febrero de 1952, M.P. Gualberto Rodríguez Peña; 17 de septiembre de 1954, M.P. Alberto Zulueta Ángel; 3 de mayo de 1957, M.P. Enrique Giraldo Zuluaga, no publicada; 16 de febrero de 1956, M.P. José Hernández Arbeláez; 31 de enero de 1963, M.P. Enrique López de la Pava; 14 de marzo de 1963, M.P. Arturo C. Posada; 2 de septiembre de 1964, M.P. Arturo C. Posada; 16 de noviembre de 1967, M.P. Gustavo Fajardo Pinzón; 16 de diciembre de 1968, M.P. César Gómez Estrada..

⁸ Como se reseña en sentencia del 25 de marzo de 1950.

⁹ Como se reseña en sentencia del 17 de septiembre de 1954.

¹⁰ En sentencia del 3 de mayo de 1957.

la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso. (CSJ, 1974, p. 246).

Pero en todo caso, como se mencionó, a esta tesis subyacía la idea de que el contrato era inejecutable e irresoluble:

(...) y de ahí también el lógico resultado de las 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. Contra el resultado inaceptable de entenderlas sometidas a la indefinición expectativa de que -en algún tiempo-pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común (CSJ, 1974, pp. 246-247).

Esta novedosa tesis fue reiterada en segunda oportunidad en sentencia del 13 de noviembre de 1975, de Alfonso Peláez Ocampo¹¹:

Debe prosperar la pretensión resolutoria a que aluden la demanda principal y la de reconvencción, por cuando ella es expresión del mutuo disenso tácito de los contratantes (...) y como el demandado confesó haber recibido del demandante la suma (...) a buena cuenta del precio fijado en la promesa, deberá el primero restituirsele al segundo, pues por efecto de la resolución las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, restituyéndose lo recibido por los contratantes bajo condición resolutoria (...) no hay lugar a las indemnizaciones que

¹¹ Reiterada el 20 de septiembre de 1978, M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

se reclaman (...) por cuando ellas son propias de la resolución por incumplimiento de una de las partes, mas no en la ocurrencia de autos en que la resolución se decreta por efecto del disenso de ambos contratantes (CSJ, 1975, pp. 12-13).

La *ratio* antes transcrita peca de sendos errores dogmáticos y casacionales, pero en cambio parece contestar la pregunta de investigación. El cargo despachado era por la vía directa, sin embargo, la Corte dice que el Tribunal se equivocó porque de la lectura de las pretensiones de la demanda y la reconvención se entiende que hubo un mutuo disenso al pedir ambos la resolución. En últimas, la Corte, despachando una violación directa, indica que el Tribunal se equivocó interpretando la demanda, lo que equivale a decir que hubo violación indirecta por error de hecho en la interpretación del libelo demandatorio. *Ergo*, falló *extra petita*.

Y menos afortunada es la explicación conceptual. La resolución es una forma de ineficacia en sentido estricto, porque sobreviene con posterioridad y a propósito de una condición resolutoria establecida dentro del mismo contrato. Diferente es el mutuo disenso, cuando en negocio jurídico separado y posterior las partes deciden invalidar el contrato previamente celebrado. No le era dable a la Corte tratar casi como sinónimos ambas expresiones. Esta confusión no permite calificar con absoluta certeza de si realmente hay o no una modificación de la línea.

Pero no todo es malo. El hecho de que la Corte usara indistintamente ambas expresiones implica que para ella es indiferente una u otra forma de ineficacia. En otras palabras, al actuar como *ad quem*, recalificó el pedimento de ineficacia (resolución) por aquel que halló conveniente (mutuo disenso), aclarando que ambos iban a parar al mismo lugar de las restituciones mutuas.

A modo de *dictum* en sentencia del 20 de septiembre de 1978, la Corte agregó que el solo recíproco incumplimiento no era suficiente para colegir de él el mutuo disenso, porque si por ejemplo el incumplimiento del uno estaba precedido por el del otro, no es tan evidente o claro que su querer sea el de dar por nulo el contrato. Así, vino a agregar, a modo de dicho de paso, otro requisito jurisprudencial al mero incumplimiento: la inequívoca voluntad de deshacer el contrato. Sin embargo, la razón de la decisión fue una falta de técnica casacional, por lo que, hasta este punto, tal agregación axiológica es irrelevante.

2.3. Las voces disidentes de Uribe y Salcedo.

Luego, bajo la pluma del maestro Uribe-Holguín, en sentencia del 29 de noviembre de 1978 se va a delinear por entero la línea que separa el mutuo disenso, de la acción resolutoria y de la *exceptio non adimpleti* con una explicación cuya diafanidad está a la altura de su ponente:

Varias hipótesis pueden presentarse:

Primera. El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

Segunda. El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, "porque" el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.

Tercera. El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquél según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a

hacerlo, “porque” el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

Cuarta. Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir, que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, "dando y dando". Tres casos deben considerarse:

- a) El demandante ofreció el pago al demandado y estuvo listo a hacerlo en la oportunidad y forma debidas, pero el demandado no hizo ni lo uno ni lo otro. La excepción, como es obvio, no tiene cabida por parte del demandado;
 - b) El demandante no ofreció el pago ni estuvo listo a hacerlo en la forma y tiempo debidos, en tanto que el demandado sí hizo ambas cosas. Indudablemente aquí también tiene cabida la excepción de contrato no cumplido
 - c) Ni el demandante ni el demandado ofrecieron el pago, ni estuvieron listos a hacerlo. No concurrieron a pagarse mutuamente, dando y dando, por motivos distintos del incumplimiento del otro, no constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito. El demandado no puede entonces proponer legítimamente la excepción de contrato no cumplido, comoquiera que su incumplimiento no encuentra justificación. En este evento cabría la tesis del mutuo disenso ...
- 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 (CSJ, 1978, pp. 299-300) (Subraya agregada)

En esta sentencia, disintiendo de la opinión de quienes afirman que “continuó con el enfoque jurisprudencial expuesto anteriormente por la Corte, en el que el incumplimiento concurrente de las partes contratantes implicaba la imposibilidad de prosperar la acción resolutoria o ejecutiva por falta de legitimación de los mismos” (Albarracín Joya, 2016, p. 26), al contrario, se hacen valiosas precisiones en derredor de la *exceptio*, pero que con ello decantan nuevas reglas jurisprudenciales.

A diferencia del anterior tozudo precedente (salva la sentencia del 13 de noviembre de 1975), se precisa en qué casos procede la resolución con perjuicios, y en qué casos procede “meramente la resolución del contrato”. El demandante verá próspera su pretensión si i) cumplió, o si ii) no cumplió fincado en que previo a él debía cumplir el demandante. Por esa misma línea, el demandante verá enervada su pretensión si el demandado no cumplió porque el demandante debía cumplir primero. Ahora, si no es posible identificar quién debía cumplir primero, sino que debían cumplir al mismo tiempo, vuelve y hace las mismas precisiones que en el incumplimiento sucesivo, pero referente al ofrecimiento del pago. Y finalmente, si hubo completa desatención, procede o bien el mutuo disenso o la resolución. Naturalmente, el cambio jurisprudencial fue advertido y rechazado en salvamento de voto hecho por uno de los magistrados.

La regla jurisprudencial no es clara en expresar las razones hermenéuticas de por qué en el caso del mutuo incumplimiento procede la “mera resolución”, ni mucho menos puntualizó

cuál era el contenido de dicha expresión. Pero, por asimilarla al mutuo disenso, debió referir a una resolución sin perjuicios.

Como la sentencia fue subversiva, rápidamente la Corte regresó a su tesis tradicional el 5 de noviembre de 1979¹² que tuvo salvamento de voto del maestro Uribe-Holguín. Situación que no duró mucho gracias a la consabida tesis de Jorge Salcedo Segura en sentencia del 7 de diciembre de 1982, a la cual dos magistrados se opusieron.

En esta providencia, la Corte sostuvo que su anterior interpretación del artículo 1609 le hacía decir algo que no dice. En ella está la purga de moras, no la *exceptio non adimpleti*, ergo, su verdadera interpretación es que no impide de manera absoluta la resolución en casos de incumplimiento bilateral, pues su finalidad es evitar que quien está en mora exija la indemnización de perjuicios y la cláusula penal, pero no excluye que en el mismo supuesto ambas partes puedan resolver o ejecutar sin perjuicios. Es decir que el enervamiento de la resolución es parcial y no total.

La Corte sostuvo que, “[e]n los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal... y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios” (CSJ, 1982, pp. 347).

De esta forma, la Corte admitió la resolución sin perjuicios como una solución equitativa cuando el negocio se tornaba inejecutable para ambas partes, llegando al mismo asunto que del mutuo disenso, y sin perjuicio del mismo. No obstante, su carácter innovador generó

¹² Reiterada en sentencia del 7 de diciembre de 1982, M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

resistencia dentro de la sala, donde dos magistrados salvaron su voto al considerar que la resolución por incumplimiento bilateral desnaturalizaba el artículo 1546 y debía reservarse el mutuo disenso como único remedio posible. Para los magistrados disidentes el artículo 1546 exige que una de las partes esté en mora y la otra haya cumplido o se haya allanado a cumplir.

Hay una elemental diferencia entre esta sentencia y la de 1978 de Uribe-Holguín. En la de 1982, dice:

Porque es lo cierto que el incumplimiento de un contratante no faculta al otro para incumplir impunemente. Si primero incumplió uno, el otro debe deprecar las acciones a que esa situación le da derecho; al abstenerse de ocurrir a la justicia y en cambio asumir una posición semejante, o sea también incumplir, coloca nuevamente a las partes en igualdad de condiciones, es decir, ello equivale a incumplimiento simultáneo (CSJ, 1982, p. 348).

Nótese que el incumplimiento sucesivo, cuando el posterior se funda en el anterior, los coloca en igualdad de condiciones de modo que pueden resolver sin perjuicios. Mientras que en el mismo caso, bajo las subreglas de 1978, al que incumplió de primero se le da la acción resolutoria con perjuicios, y al que incumplió de segundo se le priva de acción y de defensa.

2.4. El regreso a la tesis tradicional.

Posteriormente, en sentencia del 16 de julio de 1985, con ponencia del magistrado José Alejandro Bonivento Fernández, la Corte retornó a su tesis clásica. Señaló que el artículo 1546 solo procede cuando una de las partes ha cumplido o manifiesta su voluntad de cumplir,

por lo que no puede aplicarse cuando ambas se hallan en incumplimiento. En estos casos, afirmó la Corte, la única vía extintiva posible es el mutuo disenso tácito, el cual requiere la manifestación inequívoca de la voluntad de las partes de poner fin al contrato¹³.

Esta postura se reafirmó en la sentencia S-192 de 1993, con ponencia del magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, donde la Corte fijó una regla procesal trascendental: el juez no puede recalificar la causa de ineficacia invocada por las partes. En consecuencia, si en la demanda se pide la resolución, no puede declararse el mutuo disenso, y viceversa.

Con esta sentencia, la Corte fortaleció el principio dispositivo y limitó expresamente la potestad del juez para redefinir los fundamentos jurídicos de la pretensión, aun cuando los efectos sustanciales fueran semejantes. A diferencia de las decisiones anteriores, en las que se había llegado a declarar la resolución o el mutuo disenso sin atender al pedimento concreto, como se advirtió al destacar los errores casacionales y de congruencia, esta providencia marcó un hito en el respeto de dichos principios. Se consolidó¹⁴ así la idea de que las figuras del mutuo disenso y la resolución eran mutuamente excluyentes, sin que fuera posible su coexistencia o su tratamiento flexible dentro del proceso.

2.5. El regreso a las tesis de Uribe y Salcedo 40 años después.

¹³ Precedente reiterado en sentencias 18 de septiembre de 1989, S-319 de 1989 (Id. 357801), 8 de noviembre de 1989, S-369 de 1989 (Id. 363992), 4 de marzo de 1991, M.P. Alberto Ospina Botero, no identificada.

¹⁴ Precedente reiterado en sentencias del 17 de mayo de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, S-052 de 1995 (exp. 4512); 7 de marzo de 2000, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 5319 (especialmente esta); 11 de marzo de 2002, M.P. Jose Fernando Ramirez Gomez, G.J. S-036-2002 (exp 6046); 4 de septiembre de 2000, M.P. Jose Fernando Ramirez Gomez, exp. 5420; 16 de abril de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, G.J. S-059-2002 (exp. 7255); SC2307-2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Posteriormente, la Corte retomó la discusión en la sentencia SC-1662 de 2019, con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, donde revivió parcialmente la tesis de Salcedo Segura, o a lo menos justificó el cambio normativo en sus razones. Resaltó de dicha sentencia la verdadera interpretación del artículo 1609, y el fragmento que pasa a copiarse:

a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es ínsito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.

b) Como se supone, según la interpretación cuestionada que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural (CSJ, 1982 como se citó en CSJ, 2019).

Con base en ello adujo que en el caso del incumplimiento mutuo y simultáneo no existía norma que lo regulase. Por ello, en aplicación del artículo 8 de la ley 157 de 1887 y de una hermenéutica del 1546 C.C. dijo:

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 ... 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. (CSJ, 2019, p. 77-78).

Y sobre los perjuicios y la cláusula penal, adoptó por entero la tesis de 1982 sobre la verdadera interpretación del art. 1609 C.C. Algunos magistrados, en salvamento de voto, pusieron de presente los defectos de congruencia, cuestionaron el uso de la analogía como técnica hermenéutica y reclamaron una definición más precisa de lo que debía entenderse por incumplimiento esencial.

Luego, en la sentencia SC-4801 de 2020¹⁵, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, la Corte trató el caso del incumplimiento sucesivo. Preciso que si el incumplimiento del demandante se justifica en el previo incumplimiento de la contraparte, puede obtener la resolución con perjuicios; pero si fue el primero en incumplir no puede resolver el contrato. La Sala introdujo la distinción entre incumplimiento simultáneo y sucesivo, y reguló el segundo con efectos indemnizatorios. Esta decisión significó un retorno por entero a la tesis de Uribe Holguín de 1798, al reafirmar que la resolución solo procede

¹⁵ Reiterado en sentencia SC4445-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

cuando una de las partes ha cumplido o se ha allanado a cumplir, mientras que el incumplimiento simultáneo excluye la posibilidad de resolución judicial.

Seguidamente, la sentencia SC-3666 de 2021¹⁶, también con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, el mismo magistrado se movió dentro del margen decisional y varió levemente su tesis de 2019, precisando que la resolución sin perjuicios o el mutuo disenso solo proceden cuando el incumplimiento es recíproco y simultáneo, mientras que en los casos de incumplimiento sucesivo procede la resolución con perjuicios, conforme a la regla de Uribe-Holguín rescatada en la SC-4801.

En salvamento de voto, el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona rechazó la aplicación analógica del artículo 1546, por considerar que en los casos de mutuo incumplimiento la figura procedente es el mutuo disenso, y que, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede recalificar la pretensión de resolución como disenso sin vulnerar la congruencia procesal. Por su parte, el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo compartió la ratio de la decisión mayoritaria, pero discrepó en cuanto a la aplicación de la casación oficiosa, al estimar que su uso no era procedente en este caso.

Finalmente, la sentencia SC-3972 de 2022, con ponencia de la doctora Hilda González Neira, la Corte precisó que el incumplimiento se configura cuando una de las partes no ejecuta las prestaciones esenciales y relevantes que rompa la ecuación económica sinalagmática. Y es en estos términos como quedó sentada la tesis jurisprudencial reiterada en sentencias

¹⁶ Precedente reiterado en sentencia SC5430-2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

SC1962-2022, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque y SC436-2023, M.P. Francisco Ternera Barrios, según se concluirá más adelante.

2.6. La línea jurisprudencial

De todo lo dicho, la línea jurisprudencial se vería así:

<p align="center">Ante el mutuo y recíproco incumplimiento de las partes, es procedente la resolución del contrato por estar verificada la condición resolutoria tácita contemplada en el artículo 1546 del C.C.?</p>		
<p>En el caso del mutuo y recíproco incumplimiento no es procedente la resolución con fundamento en el 1546 del C.C. pues se paraliza por la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> contenida en el 1609 C.C.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● 07/12/1897 ● 02/02/1940 ● 23/09/1974 ● 13/11/1975 ● 29/11/1978 ● 05/11/1979 ● 07/12/1982 ● 16/07/1985 ● 01/12/1993 	<p>En el caso del mutuo y recíproco incumplimiento es procedente la resolución con fundamento en el 1546 del C.C.</p>
	<ul style="list-style-type: none"> ● 05/07/2019 ● 07/12/2020 ● 25/08/2021 ● 15/12/2022 	<p>...con fundamento en el 1546 del C.C. de forma analógica</p>

2.7. Conclusiones

De toda la vasta línea jurisprudencial reconstruida se extraen conclusiones sobre ese primer asunto. Existen tres especies de ineficacia cuando de incumplimiento bilateral se trata: el mutuo disenso tácito, la resolución con perjuicios y la resolución sin perjuicios.

El primero requiere i) del incumplimiento recíproco y ii) prueba de la inequívoca voluntad de separarse del negocio. El segundo requiere: i) que el demandante haya cumplido, o haya incumplido justificado en el primigenio incumplimiento del demandante; ii) que el incumplimiento sea esencial; iii) que el demandado haya incumplido culposamente. El tercero requiere: i) que las prestaciones sean simultáneas, dando y dando; ii) que haya habido incumplimiento simultáneo y coetáneo; y iii) que el incumplimiento sea esencial.

De todas las reglas jurisprudenciales coladas hay reparos qué formularles. Sin embargo, ello se hará en la adenda, porque aunque si bien hacen parte de las conclusiones, por comodidad y orden se prefiere tratarlas aparte.

3. Conclusiones.

La doctrina actualmente sostenida por la Corte Suprema de Justicia recoge, con matices, los desarrollos jurisprudenciales construidos desde la sentencia del del maestro Carlos Uribe Holguín, decantada casi medio siglo antes e influenciada por Salcedo Segura. En efecto, la Corte ha retomado las subreglas elaboradas por dicha doctrina, aunque con una reinterpretación más ajustada en términos hermenéuticos que introduce además la existencia de un “incumplimiento esencial”, entendido como aquel que frustra la finalidad económica del contrato y rompe su ecuación sinalagmática.

La tesis contemporánea se aparta parcialmente de la postura de Salcedo Segura, quien consideraba que el incumplimiento sucesivo de ambas partes las colocaba en iguales condiciones, permitiendo así la resolución sin perjuicios. En cambio, bajo el criterio actual, quien incumple primero no puede resolver, mientras que quien incumple después, siempre que su incumplimiento se justifique en la conducta previa del otro, puede obtener la resolución con perjuicios.

Asimismo, la Corte en su tesis moderna no aplica el artículo 1546 del Código Civil de manera directa, sino por analogía. Con ello, la jurisprudencia reciente rescató de Salcedo Segura su “verdadera interpretación” del artículo 1609, en el sentido de no permitir la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal.

Finalmente, con miras a responder la pregunta de investigación planteada, en la tesis moderna la Corte no tuvo necesidad de explorar si era o no procedente la recalificación porque en todo caso no es necesario pues la resolución sin perjuicios cumple el mismo propósito. Por lo que ha de seguirse a lo dispuesto en sentencia de S-192 de 1993 que prohíbe la recalificación.

Pero, las posiciones aisladas del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona en su salvamento de voto (quien defendió la aplicación del *iura novit curia* para recalificar la pretensión) y la sentencia del 13 de noviembre de 1975, abren una pequeña ventana para hablar de recalificación. Reflexiónese al respecto, partiendo de que se hace meramente con el fin de tratar de contestar la pregunta, pero advirtiendo que como se explicará en la adenda, se rechaza la posibilidad de que el mutuo disenso pueda surtir efectos retroactivos.

Primero debe rebuscarse las instituciones procesales que se encuentren atravesadas en tal reflexión.

3.1. La pretensión

La pretensión es “la declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración” (Quintero y Prieto, 2008, p. 338). Diría más sencillamente Gayo “*intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit*” (Gayo, 1985, Libro 4.41), pretensión es donde el actor concreta su deseo.

Quintero y Prieto (2008) comentan que la pretensión se compone de un elemento subjetivo, es decir, un pretensionante o actor que la solicite; de un elemento objetivo o *petitum*, que es la tutela particularmente solicitada por el actor; y de una causa, que referirá a las circunstancias de hecho (*causa facti*) y de derecho (*causa petendi*). Esos elementos se reflejan en los requisitos de la demanda, al requerir lo que se pretende y los fundamentos de hecho y derecho en los que se sustenta la pretensión (Código General del Proceso [C.G.P.], 2012, art. 82.4, 82.5, 82.8).

3.2. La sentencia y los principios procesales

La sentencia, por otra parte, es aquella providencia judicial que se pronuncia sobre lo pedido o lo resistido en el proceso, y que, por tanto, soluciona la controversia que le subyace. Para la configuración de la sentencia, el juez debe atenerse especialmente a varios principios que parecen tensionarse: el de que el juez conoce de derecho (*iura novit curia*) y el de la congruencia.

Respecto del principio *iura novit curia*, Restrepo Zapata y Rojas Díaz (2018) ya han advertido cómo el Código General del Proceso no hace expresa mención del mismo, ni refiriendo a su brocardo ni a su castellanización. Sin embargo, de una lectura sistemática de otros principios como los de legalidad, la prevalencia o efectividad del derecho sustancial (C.G.P., art. 7, 11, 12); y de otros deberes, como el de la correcta interpretación de la demanda y del derecho (C.G.P., art. 42.5, 42.6), se desprende que no puede oponerse prevalentemente el deber que asiste a la parte de fundamentar jurídicamente su pretensión, más cuando aquello no es un presupuesto, sino una carga, cuyo margen puede reducirse a simplemente mencionar las normas jurídicas:

El *iura novit curia* en cuanto al proceso se refiere, es de entender que a las partes les corresponde la parte fáctica, mientras que el derecho, es parte exclusiva del juez, sin que ello quiera decir, que las partes no deban cumplir con la formalidad exigida, dentro de los requisitos de la demanda y la contestación expresada en el numeral 8, del artículo 82 del Código General del Proceso, la cual, debe ser expresada de forma breve, pero no necesariamente tiene que ser la adecuada, para que la demanda pueda ser admitida (p. 9).

Frente a este principio, Prado Bringas y Zegarra Valencia (2019) comentan que se erigen los principios de congruencia e imparcialidad, por un lado, y el principio de defensa, por otro, y aunque su trabajo “pretende abordar una cuestión que se presente en la práctica judicial peruana, la cercanía de esta jurisdicción con la colombiana hace que ambas enfrenten cuestiones similares” (Parra, s. f.). Estos principios plastifican el carácter dispositivo del

procedimiento civil, donde los litigantes son dónimos y controlantes del proceso, y del objeto que en él se debate.

Respecto de los primeros, los autores concluyen:

podemos constatar que el principio de *iura novit curia* encuentra su límite en los principios de congruencia e imparcialidad, que garantizan que el juez deba pronunciarse sobre lo que constituye objeto del proceso o lo que constituye el objeto de debate, sin poder modificar, agregar o ignorar los hechos constitutivos incorporados por el demandante, y el demandado en caso de reconvención, ciertamente, y los hechos negativos, impeditivos, extintivos o modificativos incorporados por el demandado. (Prado Bringas y Zegarra Valencia, 2019, p. 293)

Respecto de la defensa y contradicción, aquellos indican que aquel derecho le asiste a las partes de presentarse al juicio y resistir la pretensión o excepción alegada por su contrario, garantizando con ello la igualdad de armas ante el juez. También, en relación con los poderes del juez, o de la posibilidad de aplicar el *iura novit curia*, las partes tienen derecho a pronunciarse y a resistir sobre ellos, y al juez le asiste el deber de, ante la disputa por él promovida, permitir a las partes contradecirle.

Todo lo anterior los autores lo vienen a aterrizar a dos problemas fundamentales: las pretensiones genéricas, imprecisas o ambiguas; y, la decisión sorpresa. Frente a los primeros, aparecen tres soluciones completamente trasplantables al derecho colombiano: i) inadmitir la demanda porque el petitorio es impreciso -que aquí vendría siendo por no reunir los requisitos formales (C.G.P., art. 90.1) -; permitir excepcionar la obscuridad o ambigüedad de

la demanda -excepción previa por ineptitud (C.G.P., art. 100.5)-; la fijación de los puntos controvertidos -que sería la fijación del litigio (C.G.P., art. 372.7)-. En cualquiera de estos tres escenarios, el juez podrá promover una disputa referente al objeto de litigio (en uso del *iura novit curia*), las partes lo corregirán o se defenderán (en uso de la defensa y contradicción), y con ello quedará afinada la pretensión para evitar una falta de congruencia.

Respecto de lo segundo, la decisión sorpresa, ocurre cuando:

La libertad que tiene el juez de aplicar la norma jurídica pertinente al caso concreto puede conllevar a supuestos en los cuales el juez sin salirse del petitorio y de las alegaciones fácticas afirmadas por las partes, se pronuncie sobre un aspecto jurídico que no ha sido materia del debate (Prado Bringas y Zegarra Valencia, 2019, p. 297).

Cuando así sucede, es porque el juez, en su cabeza, como conocedor del ordenamiento jurídico aplica los razonamientos que considera aplicables respecto de la pretensión pedida, con indistinción de si estos fueron esgrimidos por las partes. Aplica a cabalidad el *iura novit curia* y además la congruencia. Pero, como quedó dicho, el principio de defensa y contradicción se extiende al juez, y las partes también deben conocer y resistir esos razonamientos.

Entonces, para conciliar ese principio con los otros dos, al momento de la fijación del litigio o de que el juez de oficio pida pruebas para fundamentar su raciocinio, deberá expresárselo a las partes y permitirles “presentar las defensas que consideren pertinente y a su vez permitir ser escuchadas oralmente” (Prado Bringas y Zegarra Valencia, 2019, p. 298), y si se quiere ser más garantista, esa posibilidad de ser escuchados debería ocurrir después de suspender la

audiencia. Idealmente ello debería suceder en la audiencia inicial (C.G.P., art. 372.7), pero, de percatarse posteriormente, cosa sumamente irregular, deberá, de conformidad con el art. 373.2, fijar nuevamente el litigio para que las partes en los alegatos de conclusión se pronuncien sobre el racionio.

En conclusión, se cree que (partiendo de que el mutuo disenso sí surta efectos retroactivos) solo en los términos anteriormente establecidos sería posible hablar de la recalificación del mutuo disenso a la resolución y viceversa, aplicando el principio *iura novit curia* como lo pretende el magistrado Tolosa. De esta manera, el litigante dejaría de perder cepas por pedir árboles.

4. Adenda.

Como se mencionó, las tres especies de ineficacia son susceptibles de una reflexión a propósito de cómo la jurisprudencia ha tratado el asunto. Pásese a hablar de ellas una por una. Sin embargo, dada la vastedad de la reflexión sobre el mutuo disenso, se segmentará en numerales separados.

4.1. Sobre el mutuo disenso. Primera crítica: la forma.

A la tesis del mutuo disenso se elevan, esencialmente, tres quejas de orden fundamental. Una sobre la forma, otra sobre la producción de los efectos, y otra sobre el entendimiento que debe hacerse del mutuo incumplimiento. Por razones de orden se tratarán en numerales separados. La primera es que, en tratándose de negocios sometidos a formalidad alguna, el principio del paralelismo de las formas se pasa completamente por alto (Mantilla Espinosa, 2009).

No es cierto, como alguno dice, que:

resultaría evidente que en Colombia el contrato de mutuo disenso en cualquier de sus modalidades, expreso o tácito, tendría que ser consensual, puesto que en el ordenamiento jurídico no existe norma legal alguna que expresamente consagre solemnidad determinada y exclusiva para su perfeccionamiento. Tampoco podría ser real, porque para su perfeccionamiento no se requiere de tradición o entrega de bien específico alguno. Sin embargo, no se advierte que en la jurisprudencia y doctrina colombianas se haya reflexionado en mayor medida al respecto. (Ramos Nocua, 2012, p. 31)

Cuando se hizo la interpretación jurisprudencial sacada del 1625 C.C. y del 1602 C.C., faltó integrar que de una interpretación analógica de las normas civiles (para no considerarlo de forma apriorística) estaba contemplado el principio antes citado. Así, por ejemplo, a propósito del testamento solemne (1064 C.C.), solamente podrá revocarse por otra disposición testamentaria sometida a los mismos requisitos formales (1271 C.C.); y otro tanto sucede con los actos notariales (art. 46, decreto 960 de 1970), con la posesión (782 C.C.), con el matrimonio y el divorcio (v.g. el notarial; art. 1 decreto 2668 de 1998 y art. 34 ley 962 del 2005), etc.

Nótese, pues, que aun cuando de la hermenéutica legal de dichos preceptos era completamente legítimo aglutinar otro requisito axiológico a la pretensión del mutuo disenso, ello hubiera implicado que en el caso de los contratos solemnes no se pudiera hablar de mutuo disenso por el mero comportamiento. De esa suerte, la realidad de las cosas es que frente a

ellos, la cuestión va a parar al mismo estado irresoluble que se presenta en torno a la resolución.

4.2. Sobre el mutuo disenso. Segunda crítica: la retroactividad de los efectos.

La segunda queja, esa sí extensible a todo supuesto de resolución, es la manera en que va a surtir efectos dicho negocio extintivo. Es decir, en caso de que entre el negocio primigenio y el negocio extintivo mediara una ejecución parcial de las obligaciones, ¿cuál es el fundamento jurídico para colegir de ello la producción de efectos *ex tunc* de la resolución y restituir las cosas al estado original?

Nuevamente con el buen criterio que le caracteriza, Chinchilla Imbett (2018) afirma que el mutuo disenso no está llamado a producir efectos *ex tunc* sino solamente *ex nunc*. Esencialmente funda su tesis en dos argumentos, uno en que el límite de la autonomía está dado por los “intereses y derechos de los terceros de buena fe” (p. 254); y otro en que partir del mutuo disenso como acto contrario, es realmente una celebración del mismo contrato pero intercambiando la posición de las partes, pues “Si se desea ‘retransferir’ la propiedad al original enajenante, lo que se está haciendo en la realidad es emplear una compraventa, aunque las partes insistan en llamarlo mutuo disenso” (p. 255).

Igualmente, que, desde el prisma del derecho romano, para poder procederse con el *contrarius consensus* era necesaria la *res integra*, es decir, que las prestaciones no se hubieran ejecutado. Pero si sí, era necesario que las partes de buena fe se restituyeran (*res restituta*) para conformar la *res integra* y ahí sí proceder con el mutuo disenso. La restitución era, pues, un acto voluntario que debía preceder al *pactum* del *contrarius consensus* en vista de que por

tratarse de un pacto, el simple pacto no era capaz de generar obligación restitutoria (Chinchilla Imbett, 2015). Dice la cita de Neracio al respecto:

Verdaderamente, por la convención que se dirige a revocar [*resolvendum*] lo que se efectuó, no puede hacerse que lo que yo ya te entregué, seas tú por el contrario obligado á entregármelo; porque de este modo, no se trata tanto de que nos apartemos del primitivo negocio, como de que entre nosotros se constituyan obligaciones nuevas. (*Digesto*, 1889, Libro 2.14.58)

Adicionalmente a los argumentos ofrecidos por el connotado jurista, también desde el derecho romano y traído al derecho moderno, aparecen otras razones de orden conceptual que podrían válidamente sustentar el hecho de que del mutuo disenso (por lo menos el tácito) no pueden deducirse restituciones. Esencialmente fundamentada en la validez del pago y en la destrucción de los efectos que desata el mutuo disenso. Pero, preliminarmente habrá de completarse el cuadro del derecho romano.

4.2.1. La experiencia jurídica romana en torno al pago y a las restituciones

El derecho romano clásico¹⁷ aglutinó, por vestigio del derecho quirital antiguo y la posterior inserción de los negocios del *ius gentium*, los modos traslaticios del dominio bajo el concepto de *abalienatio* o *alienatio*, expresión usada por Cicerón y por Gayo (Masuelli, 2016). El primero la concentra en una expresión contenida en los Tópicos al decir que “*Abalienatio est*

¹⁷ Entiéndase clásico desde la perspectiva socioeconómica, es decir, desde las guerras púnicas hasta la llegada del cristianismo (Bonfante, 1965; Kunkel, 1999; Talamanca, 1990).

eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt” (Cicerón, 2006, Libro 5.28).

De allí, que la *mancipatio* y la *in iure cessio* por ser negocios abstractos y meramente formales, derivan su validez traslaticia de sí mismos, la forma de ellos mismos son su causa, de allí que no requieran una *iusta causa*. A diferencia de la *traditio* que sí requiere de una *iusta causa* entendida como un título traslativo. La anterior aseveración se mantuvo hasta el período Severiano, donde Ulpiano, a propósito de los modos de adquirir el dominio, solamente habla de la justa causa a propósito de la tradición: “*Harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis*” (Ulpiano, 1932, Libro 19.7).

Sin embargo, al parecer desde Juliano, la tradición adquiere un carácter abstracto y no causado. Es decir, antes de este jurista, siguiendo por la lógica antes expuesta, si se hace la tradición de algo sin razón alguna, dado el carácter causal, habría que decirse forzosamente que la tradición es ineficaz (*inefficax*), y que el tradente podría ejercer la *reivindicatio* para recibir la cosa de regreso. Juliano reflexionó qué sucedía si el tradente entregaba una cosa por creerse obligado testamentariamente y el adquirente la recibiera por razón de estipulación; o si fuera de donación y mutuo, pues en todo caso no advierte por qué la tradición sería ineficaz (*Digesto*, 1897, Libro 41.1.36). Poco después, el mismo asunto dijo Gayo, pues quien paga lo que no debe creyendo que lo debe, transfiere válidamente la propiedad (Gayo, 2017, Libro 3.91).

De allí, que la simple *solutio* o pago es *iusta causa traditionis*, con indiferencia de si realmente existe o no el negocio causal previo. La tradición es válida (*efficax*) porque se

pagó, y “en este grupo de casos la *tradiatio* del período clásico se convierte en negocio traslativo abstracto” (Kaser et al., 2022, p. 269). Eso implica que se crea un *creditum*, entendido este en la acepción clásica de débito unilateral restitutorio opuesto al *contractus* (d’Ors y Pérez-Peix, 1956; Guzman Brito, 1996; Samper Polo, 2021), que da lugar al ejercicio de la *actio condictio* que es típicamente personal y no real.

De otro lado, el concepto de restitución como institución jurídica aparece no como un acto jurisdiccional (*iurisdictio*) del Pretor, sino como un ejercicio regulado de la violencia que porta por razón del poder sobre las unidades militares (*imperium*), por lo que la doctrina lo llama un mecanismo parajurisdiccional o extraprocesal. En virtud de dicha *in integrum restitutio* el Pretor deshacía situaciones jurídicas consolidadas por el derecho civil (*ex iure quiritum*) en vista de la manifiesta inequidad que por ella se producían. Pero, en ejercicio de su *iurisdictio*, efectuaba una *datio actionis* por medio de la cual concedía la *actio rescissoria* para deshacer los efectos civiles, y adicionalmente, dicho remedio era típico, y solo se concedía en los casos que el Pretor expresamente hubiese prometido en el edicto (Lenel, 1927, p. 109; Talamanca, 1990, p. 350).

Así, por ejemplo si alguien contrataba con un menor de 25 años abusando de su inexperiencia el contrato celebrado era anulable y el Pretor bien podía ordenar la restitución o conceder una acción por medio de la cual se legitima a las partes a pedir de la otra el reintegro. En estos casos, la parte que entregó el precio debía regresarlo, y quien dio la casa debe devolverla con sus frutos (*Digesto*, 1889, Libro 4.4.24.4). Pero, nuevamente el mismo asunto se presenta, los pagos efectuados por dicha compra guardaban total validez, de ahí que era necesaria la intervención del pretor.

Nótese, pues, que de todo este panorama era claro que en el caso de que el *contrarius consensus* se efectuara sin la *res integra*, nada podía hacer la parte que había pagado. De un lado, de su pacto, por no tener el nombre de un contrato (*nomen contractus*) era nudo, y del nudo pacto no nacen obligaciones (*Digesto*, 1889, Libro 2.14.7.4). De otro, el pago era completamente válido con una *iusta causa*, la cual no decaería con el contrato posterior (y de hacerlo, el pago fue en todo caso *solvendi causa*) de suerte tal que no era ineficaz ni daba lugar a la *conditio indebiti*. Y de otro, el Pretor no tendría forma de ayudarlo con la *in integrum restitutio* por no estar en alguna situación contemplada en el edicto.

Y además, el contratante que no ha pagado pero que recibió el pago queda liberado de su deuda *ope exceptionis*. Pues de ser demandado por la correspondiente acción (que dependerá del contrato al cual se refiera), podrá oponer el *contrarius consensus* a modo de *exceptio pacti*.

Dicho en modo simple, el mutuo disenso del contrato parcialmente ejecutado produce solamente efectos hacia futuro (*ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*).

4.2.2. La equivalencia al derecho colombiano

Nótese que absolutamente toda la explicación ofrecida a propósito del derecho romano se da también dentro de las normas civiles. Es decir, el pago realizado sin causa (art. 2313 C.C.) da lugar a una acción de carácter personal consistente en la restitución (*dare rem*) de aquello

que fue pagado, de forma tal que la tradición que le subyace es eficaz, porque de otro modo, la acción sería la reivindicatoria (Hinestrosa, 1960, p. 455; Prada Márquez, 2016, p. 482)¹⁸.

Y, también como en Roma, la restitución como medio para colocar a los contratantes *ex ante* debe que tener necesariamente una consideración legal que lo autorice (tipicidad), pues de otro modo no sería posible realizarla. De allí que en el caso del mutuo disenso tácito no es posible, *prima facie*, hablar de restitución. Para probar el punto debe hacerse un análisis de por qué sí sucede en el caso de la nulidad y en la ineficacia resolutoria.

La nulidad

Debe decirse que si dentro de las normas reguladoras de la nulidad no hubiere una que ordenara a las partes restituirse mutuamente, no habría modo de hacerlo partiendo de la simple destrucción (de los efectos existenciales como de los efectos finales) del negocio nulo. Esto por cuanto al definir al negocio como un acto de autorregulación de intereses, según se glosó a Sconamiglio (2004), ha de decirse que unas normas son las que reconocen al negocio (su *fattispecie*), y otras la que lo regulan, que necesariamente presuponen su reconocimiento.

De ello que decir que un negocio será indeterminado si no se puede saber cuál es su contenido (art. 1518 C.C.), no implica necesariamente decir que aquel es nulo, sino en tanto que exista la correspondiente disposición (art. 1741 C.C.). De otro modo, faltando el artículo 1741, debería decirse que ese negocio en efecto es desajustado al ordenamiento jurídico, es

¹⁸ Nótese que aunque el señor Bello toma la regla de Juliano acerca de la abstracción de la tradición (pues así se desprendería del hecho de que la acción sea de repetición y no reivindicatoria), en el exacto caso del cual Juliano concluyó que la tradición era eficaz (D. 41.1.36, citado arriba), el Código Civil (art. 747) dice que por haber error en el título de la tradición, ella es inválida. Nótese la desarmonía sistemática entre los artículos 747 y el 2313.

“antijurídico”, pero nada más se podría decir o hacer, pues la nulidad (o más bien, la “invalidez”) no es una consecuencia lógica, sino una consecuencia jurídica:

Parece cierto, más bien, que la invalidez constituye una medida jurídica, es decir, creada por la ley, a la cual debe atenderse en consecuencia, sólo para establecer cuándo se presenta y en qué forma y cuál es su régimen, etcétera [...] la invalidez se presenta sólo cuando es dispuesta por la ley. En otras palabras, no basta que una norma regule, por ejemplo, ciertos requisitos, es necesario, además, que imponga una sanción de dicho tenor. Esta exigencia puede rechazarse sólo sobre la base del erróneo supuesto de que la invalidez es una consecuencia lógica del vicio de la *fattispecie*. (Sconamiglio, 2004, pp. 492-493).

En ese sentido, la contrariedad del ordenamiento jurídico no apareja de suyo nulidad (pues según se dijo, una cosa es antijuridicidad -causa- y otra invalidez/nulidad -consecuencia-), y por lo tanto la nulidad no implica, obligada y necesariamente, restituciones (o mejor, efectos *ex tunc*). La nulidad y las restituciones solo se producirá cuando la ley expresamente las dictamine, porque de otro modo no se explicaría por qué el incapaz doloso no puede alegar la nulidad (art. 1744 C.C.), por lo que su negocio es apenas antijurídico; o tampoco se explicaría por qué el otro contratante de una persona que no use los apoyos que requiere según su acuerdo (art. 19 ley 1996 de 2019) o un menor adulto sin sus padres (art. 62 C.C.) solo puede pedir restitución en la medida de su enriquecimiento (art. 1747 C.C.) o por qué en los casos de causa y objeto ilícitos no procede la restitución, *ergo*, los efectos no son retroactivos (art. 1525 C.C.).

La ineficacia

Según lo advertido al inicio del texto, la condición resolutoria es una forma de ineficacia en sentido estricto. La ineficacia se diferencia, entonces, de la invalidez en tanto que esta parte de la antijuridicidad del negocio mientras que aquella no. De esa suerte, por virtud legal el negocio inválido la mayoría de las veces pierde todos sus efectos, existenciales y finales, pues la medida represiva así lo dispone; mientras que el negocio ineficaz es un negocio a todas luces válido que conserva plenamente su efecto existencial, y solo viene a ser privado de sus efectos finales. El negocio ineficaz no pierde entidad jurídica a diferencia del inválido, existe con aquel, aunque en menor medida, una modificación del *statu quo iuris* (Betti, 2000, p. 433; Sconamiglio, 2004, p. 529).

Y, al igual que con la nulidad, la ineficacia no tiene aparejada una vocación retroactiva como regla general. Así, pues, solamente a la condición le es dable el efecto plenamente retroactivo (art. 1544 C.C.) y a la rescisión por lesión enorme el efecto es alternativamente retroactivo (art. 1948 C.C.), y las demás modalidades de ineficacia como el plazo (Aldana Gantiva, 2016, p. 93), el modo (art. 1147 y ss. C.C.) o la imposibilidad sobrevenida o pérdida de la cosa debida (art. 1729 C.C.)¹⁹ no son retroactivas, pues la regla general son sus efectos *ex nunc*.

Tanta es la irretroactividad de la ineficacia que el mismo Código a propósito de las asignaciones modales, expresamente impone al testador la carga de expresar la resolución ante el incumplimiento del modo, porque en caso contrario no tendrá esas características (Alessandri Rodríguez et al., 2011, p. 389). Así prescribe el inciso segundo del artículo 1148

¹⁹ La doctrina italiana suele incluir la revocación por fraude pauliano y la simulación. Sin embargo, en la doctrina colombiana, como es bien sabido, la misma se asocia ora con la nulidad (remitiendo a la invalidez) ora con la inoponibilidad (que es de regulación disímil) (Pájaro Moreno, 2023).

al decir que “no se entenderá que envuelve cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa”.

Otro tanto pasa a propósito de la imposibilidad sobrevenida, donde la ausencia de irretroactividad causa una alteración de la ecuación sinalagmática. Por ejemplo, si en un contrato de mutuo o de permuta, el comprador paga el precio o uno de los permutantes da la cosa y después sin dolo o culpa probada del vendedor o del otro permutante la cosa perece, quien sí cumplió no podrá pedir de regreso lo pagado, ni tampoco podrá ejecutar el débito secundario.

Corolario

Entonces, si la nulidad solo contemplase la mera destrucción del negocio o la condición solamente declarara resuelta la obligación, no sería posible colegir de ello las restituciones mutuas. Se hace completamente necesaria la norma jurídica que establezca las restituciones y la manera en la que deben de hacerse (visto, por demás, que no son las mismas).

Ahora, queda pendiente pronunciarse sobre un asunto que va entre medio de la nulidad o la ineficacia y la restitución: la tradición. Nótese que en últimas es este negocio jurídico el que hace que sea viable la transferencia del derecho real de dominio o del que sea que haya sido objeto del negocio. Pero si se dice que con las dos figuras, el inicial propietario tiene, además de la acción personal restitutoria, derecho a reivindicar (CSJ, 2019b, p. 37), implica que la tradición también perdió, a lo menos, sus efectos negociales.

Además, en ambos casos, una consideración de la más elemental lógica lleva al mismo punto. Si en el interregno de la declaratoria de nulidad o ineficacia del negocio se entregó algo, esa

entrega es completamente válida. Primero, porque para ese preciso momento la obligación (como efecto final del negocio) existía, tenía entidad jurídica, era un débito constituyente de una relación jurídica operante, y por tanto la entrega fue *solvendi causa*, y ese pago extinguió la obligación primero que la ineficacia, de modo tal que esta no puede extinguir una obligación ya extinta por otra razón. Y segundo, porque si la tradición *solvendi causa* es abstracta (según lo expresado líneas arriba) y vale sin existir realmente el negocio que le anteceda como causa remota, *a fortiori* ha de valer si su causa remota era existente y se extinguió por su propia virtud.

Eso implica, que sobre la tradición debe reiterarse todo el análisis precedente para concluir que también para su ineficacia *lato sensu* debe haber norma expresa por ser retroactiva. En ambos casos aparecen sin mucho esfuerzo hermenéutico del artículo 1748 del C.C. para la nulidad (caso en el cual debe decirse que la tradición deviene nula); y del 1547 C.C. y 750 C.C. para la otra (caso en el cual, dado que expresamente esta disposición habla de la condición, debe decirse que se trata de ineficacia en sentido estricto).

Se cree, entonces, que con las anteriores elucubraciones queda más que probado el punto orientado desde la experiencia romana: la retroactividad es tan típica como en el derecho romano, *mutatis mutandis*, porque de ella debe existir consagración legal.

4.2.3. Defender el mutuo disenso tácito con efectos *ex tunc* es como ver la paja en el ojo ajeno y no la viga en el ojo propio.

El mutuo disenso parte de una fundamental diferencia de los dos remedios antes explicados constituye una situación “metanegocial”, por decirlo de alguna manera. Es decir, no se trata,

como en los casos de nulidad o de ineficacia, de que los efectos existenciales o finales decaigan porque una norma relativa al régimen del negocio actúe en ese sentido.

Por el contrario, debe partirse de que el negocio objeto de mutuo disenso desata plena y absolutamente los efectos finales, porque la ley no lo ve inválido ni ineficaz. Ello implica que el negocio realiza “la destinación económico-social (del tipo) del negocio ... aquellas modificaciones de la realidad jurídica [énfasis agregado] son aptas para satisfacer la finalidad misma” (Sconamiglio, 2004, p. 393): el hijo traba la patria potestad con su padre en el reconocimiento, el marido modifica su estado civil y se constituye en deberes de socorro y ayuda mutua con su mujer en el matrimonio, el comprador puede esperar que el vendedor le dé la cosa en la compraventa, etc. Nótese que, como se dijo, los efectos finales se desatan unos por virtud de la ley y el tipo negocial, y otros por disposición de las partes.

De otro lado, el mutuo disenso viene a ser otro negocio jurídico, que por lo tanto gozará de su propia *fattispecie*, sus propios efectos finales y su propia regulación. Sin embargo, no se trata de un negocio autónomo, mejor dicho, de uno de primer grado, sino de segundo grado. Es decir, su finalidad no es la atribución real ni la cooperación, sino que se entiende en relación con otro negocio precedente:

negozi di secondo grado, cioè quei negozi che «hanno per oggetto immediato un rapporto giuridico preesistente e operano su di esso nel senso di *sovrapporgliene* un altro». Con più precisione si specifica che, allorquando il rapporto precedente abbia anch'esso la sua fonte in un negozio, la sovrapposizione importa una *rezezione*, per cui il contenuto normativo del negozio precedente viene assunto a contenuto del negozio nuovo. Tali negozi hanno la funzione: ... c) di assorbire o sostituire il rapporto

stesso [negocio de segundo grado, es decir, aquellos negocios que «tienen por objeto inmediato una relación jurídica preexistente y operan sobre esas en el sentido de *sobreponerle* otra». Con más precisión se especifica que, cuando la relación precedente tiene así mismo la fuente en un negocio, la superposición importa una *recepción*, por la cual el contenido normativo del negocio precedente viene asumido al contenido del negocio nuevo. Tales negocios tienen la función: ... C) de absorber o sustituir la relación misma] (Di Pace, 1940, p. 112).

Ahora, de otro lado, el mutuo disenso no es un tipo negocial vastamente desarrollado, sino que apenas se menciona dentro de las normas civiles. De esa suerte, a duras penas su *fattispecie* determina el contenido esencial del negocio, sin referir en forma alguna a sus elementos naturales.

En los artículos 1602, y 1625 C.C. aparece la regulación de sus presupuestos y de sus elementos²⁰ (Betti, 2000). El objeto del negocio viene a ser el negocio que le precede (de allí su connotación de segundo grado). La forma, dependerá del negocio de primer grado, según lo dicho en el numeral anterior. El contenido, definido apenas por su carácter esencial-estructural, consiste, en la destrucción de tales efectos, en la extinción de las relaciones

²⁰ Para claridad, ha de decirse que en esta explicación queda absolutamente rechazada la impropia y antitécnica construcción realizada en el 1502 C.C., entre otras tantas razones, porque parte del naturalista dogma de la voluntad que indefectiblemente induce a errores garrafales en la identificación de los elementos del negocio. De ello que conceptos como el “objeto” y la “capacidad” sean ambiguos y lleven a construcciones artificiosas como el “objeto genérico”, “objeto específico”, “capacidad especial”, etc., que no demuestran sino la insuficiente delimitación conceptual de los mismos (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005). Por el contrario, debe aceptarse la distinción entre presupuestos (objeto, capacidad y legitimación negocial) y elementos (contenido y forma), por gozar de un grado mayor de acierto (Betti, 2000; Hinestrosa Forero, 2015b).

jurídicas que precedentemente se establecieron, porque precisamente esa es su función, que está dada por su nombre:

‘Las cosas de la esencia’ o elementos fundamentales del negocio se confunden con su contenido elemental y con los efectos característicos de la figura específica, al punto que vale tanto mencionar su nombre como sus resultados de rigor [énfasis agregado], pues existe entre ellos una real sinonimia y correspondencia inalterable por disposición particular. (Hinestrosa Forero, 2015b, p. 117).

En efecto, no puede ser otro su contenido esencial más allá de la extinción de las relaciones jurídicas, porque así se desprende de su ubicación dentro de los medios extintivos y su consideración como uno indirecto (art. 1625 C.C.). El reconocimiento social y legal que se ha hecho de la figura, es decir, su tipicidad, se orienta a esa función meramente extintiva y así ha sido desde el derecho romano, según se vio.

La ausencia de disposiciones naturales no es un defecto, sino que sencillamente la función del negocio se agota con sus elementos esenciales, no requiere de nada más. Y sobre esa cuestión ha de procederse con la misma reflexión acerca de que la restitución no le es connatural.

Si una parte de los efectos finales del negocio de primer grado fueron satisfechos por el pago, implica que estos ya se encuentran agotados. Y si con posterioridad aparece el mutuo disenso, este no surtirá su función extintiva sobre aquellos, por la elemental razón de que ya no existen en el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, si de una promesa de compraventa con enajenación posesoria y pago anticipado ya se hizo la entrega de la posesión y el pago, y después surge el mutuo disenso, la obligación de celebrar el contrato prometido se extingue con los efectos finales de este, pues son su objeto. Pero la obligación de transferir la posesión y el dinero ya se encontraba extintas con el pago, por lo que las mismas no pueden constituir de forma alguna el objeto del mutuo disenso (porque no existen). Sería un atentado contra la lógica natural y jurídica creer que un negocio jurídico puede tener como objeto un interés que no tiene entidad: es tan nula la cosa de venta inexistente (art. 1870 C.C.) como lo sería el mutuo disenso que recaiga sobre la obligación ya extinta.

De ello que el pago realizado mientras no se celebró el mutuo disenso, en el ejemplo mencionado, era a todas luces un pago causado, una tradición fincada en un título traslativo (ora de la posesión, ora de la propiedad), y por lo tanto eficaz. El mutuo disenso no tiene la virtualidad de deshacer esta situación porque, se reitera, la misma no es su objeto.

Para decir que el mutuo disenso puede dar lugar a restituciones habría que tomar una de dos vías, ninguna más satisfactoria que la otra: o bien que la tradición deviene ineficaz, o que del mutuo disenso nace una obligación restitutoria. La primera es equívoca en todo sentido, pues como se dijo en el párrafo anterior, sí fue una tradición causada (y en todo caso podría ser abstracta *solvendi causa*), por lo que no es antijurídica [o en términos del Código y de la doctrina que le secunda, fue una tradición a la que no le faltó ninguno de los “requisitos para el valor” (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p. 434) exigidos por la ley (art. 745 C.C.)] de ello que no puede predicarse su nulidad. Ni tampoco podría predicarse su ineficacia,

porque el negocio que le sirvió de causa remota no estaba sometido a condición ni modalidad alguna.

La segunda, “atentaría contra el núcleo fundamental del mutuo disenso y utiliza de manera impropia las figuras del derecho civil con el fin de justificar los efectos retroactivos cuando se quiere restablecer el *statu quo ante* del contrato precedente” (Chinchilla Imbett, 2018, p. 255). Claro, pues de una parte, hay una fundamental mutación del objeto del mutuo en este caso, pues ya no sería solamente los efectos finales del negocio, sino también los intereses que directamente fueron reglados por este. Esto hace perder al mutuo disenso su carácter de negocio de segundo grado, pues no opera sobre la relación jurídica precedente, sino sobre el objeto de esa relación, lo que lo convertiría en un negocio de primer grado (*rectius*, de atribución patrimonial), perdiendo completamente su esencia.

De otra parte, nótese que así las cosas, el mutuo disenso daría lugar a la obligación de regresar el dinero (*dare*) y de devolver la posesión (*facere*), por lo que realmente se estaría volviendo a celebrar el mismo negocio que se pretendía extinguir. De esta suerte ya no se está hablando de mutuo disenso, sino que se trata del uso del negocio de primer negocio con un fin restitutorio, se usa como negocio indirecto.

si nos preguntamos por la posibilidad de que el mutuo disenso haga parte de ese elenco de tipos contractuales facultados para la transferencia de la propiedad [el caso del autor es una compraventa, pero la respuesta es la misma], la respuesta es negativa en cuanto la función del mutuo disenso es extintiva, no es constitutiva ni modificativa de relaciones jurídico-patrimoniales [énfasis agregado]. (Chinchilla Imbett, 2018, p. 255).

Como ninguna de las dos vías interpretativas resulta capaz de explicar satisfactoriamente la retroactividad, ni de derruir las críticas que se hicieron al respecto, no queda de otra que decir que el mutuo disenso no puede implicar de suyo la retroactividad, porque sería antitécnico. La tesis contraria o bien anularía la tradición sin haber regla que lo permita (*pas de nullité sans text*) o la haría ineficaz sin causa legal o condición; o bien estaría usando el negocio primario con fin indirecto pero no el mutuo disenso. Una parte de la doctrina parece coincidir en esta aserción (Messineo, 2018, p. 711; Ospina Fernández, 2018, p. 314).

Aún con todo, la jurisprudencia, y la doctrina que le defiende, le concedió efectos restitutorios al mutuo disenso, sin tener base para ello, o sin siquiera tratar de ofrecer una explicación. Solamente se los concedieron a modo de trasplante, por lo que, sin decirlo, estarían haciendo una hermenéutica analógica que tanto repudiaron para la aplicación de la resolución. Cometan la falacia de creer en forma apriorística, cegados por la tesis voluntarista, que la autonomía de la voluntad es causa suficiente para deducir efectos a los cuales es imposible llegar, ni siquiera de la interpretación legal. Así dice la sentencia del 23 de septiembre: “la voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de la declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer” (CSJ, 1974, p. 246). Y la doctrina también:

Así, no podríamos afirmar de manera radical que el mutuo disenso tenga efectos para el futuro solamente, pues estaríamos desconociendo su verdadera naturaleza jurídica, es decir, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, porque si ellos tuvieron a bien celebrar un contrato, pues nada más obvio que ellos mismos lo den

por extinguido, eso sí, sin desconocer derechos de terceros adquiridos con anterioridad. (Canosa Torrado, 2005, p. 205)

Nótese cómo se alarma la jurisprudencia porque el juez de instancia y el demandante no cometa el equívoco de confundir el mutuo disenso pues su singular naturaleza “no permite mezclarla en ninguna forma con la resolución del artículo 1546 del Código Civil” (CSJ, 2000, p. 23). Pero al mismo tiempo se respeta los derechos de terceros, aplicando analógicamente las reglas de la condición resolutoria en torno a los terceros de la buena fe (art. 1547 C.C.), cosa que no ocurre respecto de la nulidad. Y, aun cuando no se haya encontrado sentencia sustitutiva en ese sentido, si se admitiera que además es posible restituir los frutos, se estaría aplicando la norma propia de la restitución causada de nulidad; y en caso de que no (art. 1545 C.C.), nuevamente se estaría aplicando analógicamente una norma de la resolución.

Mucho menos es de recibo la aserción de que existe un “mutuo disenso creador” y un “mutuo disenso extintivo” ni que “[e]l mutuo disenso expreso o tácito podría ser considerado como acto creador de obligaciones extintivas” o que “[n]o se podría entender cómo los contratantes extinguirían un contrato sin haberse obligado a ello.” (Ramos Nocua, 2012, pp. 44-45). Llegar a la conclusión de que el mutuo disenso es un *pactum de contrahendo* consistente en obligarse a disolver un contrato no puede provenir sino de la equívoca idea de que el tráfico jurídico se reduce a las obligaciones o de que contrato y convención son lo mismo, confundiendo además la promesa de un negocio con el negocio mismo. Para extinguir un contrato no debe haber una obligación que le preceda, sencillamente porque el negocio jurídico cumple la más omnímoda función de modificar el estado jurídico, dentro de lo cual viene contenido la extinción de las relaciones jurídicas.

En conclusión, de aplicarse las normas resolutorias con algún grado de técnica se llegaría al imposible de desatar efectos *ex tunc* de la resolución sin tener que anular un negocio real que no es nulo, sin tener que desnaturalizar el mutuo disenso, o sin tener que cometer una aplicación infundada de normas que le son ajenas. De modo tal que fincados en esta misma crítica ha de decirse que en cualquier forma de mutuo disenso hace igualmente irresoluble el contrato.

4.2.4. El incumplimiento como comportamiento negocial

También se ha censurado, y con justeza, que no puede considerarse el mutuo incumplimiento como una manifestación de voluntad. Dice Chinchilla Imbett (2017) que dicha visual transgrede el principio del *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe. Lo mismo dice el maestro Uribe-Holguín, con respaldo doctrinal (Ramos Nocua, 2012, p. 19), al decir que:

de la conducta ilícita de incumplir un contrato no puede derivarse válidamente un mutuo disenso. Nadie puede quitarse la carga de un contrato que no le conviene incumpliendo las obligaciones que éste le impone, como nadie pueda tampoco librarse de él cometiendo hechos de violencia o de fraude. En derecho, los hechos ilícitos no son jurídicamente eficaces. Producen efectos que quien los ha cometido no buscó, a: diferencia del acto jurídico, que sí es eficaz a los ojos de la ley (CSJ, 1979, 318).

Y es precisamente este último asunto el que parece más crítico. Si el negocio es un acto de autorregulación de intereses, su juridicidad descansa precisamente en la norma que le atribuye dicha relevancia. El acto es tal no por su sentido naturalístico, sino por cuanto es

tomado como un fenómeno de la realidad social, así que el acto desplegado por el sujeto negocial necesariamente ha de estar dirigido a ser conocido o recogido por otro sujeto; además tener la precisa significación de regular intereses, dar regla, indicar el sentido del comportamiento propio respecto del interés (objeto) del cual se es titular; y finalmente es jurídico porque la norma disciplina dicha regulación de intereses (Hinestrosa Forero, 2015a, pp. 263-267; Sconamiglio, 2004, pp. 124-131).

De ahí que el no cumplimiento de la obligación no se reconoce jamás por el conjunto de asociados como medio para disponer de lo suyo, ello no constituye directriz para reglar el comportamiento. Al contrario, el conglomerado desde siempre lo ha visto con una actitud de rechazo, de reprimenda y censura a quien así actúa, y le ha desatado unas consecuencias contrarias encaminadas a corregir la patológica actitud del sujeto; se rechaza la actuación humana y se aboga por su reencauzamiento. Y la ley, a su turno, así lo reconoce y lo califica como ilícito, y desata un haz de consecuencias contrarias a ese comportamiento.

Dentro del ordenamiento civil no es, como dice la sentencia fundadora de la tesis, que el acto humano del incumplimiento se tome con esterilidad e indiferencia, sino que se reconoce (art. 1608 C.C.) y se toma con rechazo, concediendo las vías para cambiar ese comportamiento (arts. 1610-1617 C.C.). De esa suerte, el mutuo incumplimiento se encuadra dentro de otra *fattispecie* diferente de la del negocio jurídico y mal se haría en reconocerlo así.

Partiendo de ello, cualquier elucubración relativa a si el comportamiento es suficientemente indicativo de la voluntad de separarse del contrato es inane. Sencillamente porque ese segundo requisito jurisprudencial presupone el incumplimiento, del cual, como se dijo, no

puede haber un acto autorregulador. Pero, aún con todo de ese incumplimiento jamás podría deducirse la expresión de la voluntad por cuanto se trata casi que de una prueba diabólica:

difícilmente va a alcanzar la certeza, ello de cara a la facultad legal, que, como ya se mencionó, concede la ley a los contratos para que estos puedan dar por terminado el vínculo contractual, de la misma manera como hicieron que este naciese, es así que no se haya lógica alguna en el querer acudir a la jurisdicción para que un juez infiera la voluntad de las partes, proceso que no solo genera la dilación de una solución, sino que es exponencialmente más oneroso. (Arias Bolívar, 2023, p. 14)

4.3. Sobre la resolución por aplicación directa del artículo 1546.

Si bien la jurisprudencia que doctrinó sobre el mutuo disenso sentó premisas equívocas, como tuvo oportunidad de decirse, pudo llegar a una conclusión muy diáfana: de la lectura literal del precepto contenido en el 1546 C.C. es claro que el derecho solamente se concede al contratante cumplido o presto a cumplir. Adicionalmente, la tesis de que también procede por el contratante incumplido **porque** el demandado incumplió primero, nace de una sana interpretación de dicho precepto con el 1609 C.C.

Pero en el caso del mutuo y simultáneo incumplimiento, ni la sentencia del 29 de noviembre de 1978 ni la del 1 de diciembre de 1982 explican por qué están aglutinados los elementos axiológicos de la pretensión. Por el contrario, ambas parten también del apriorismo de considerar que la cuestión debe remitirse a la excepción de contrato no cumplido, y con base en ella es que se enerva la pretensión resolutoria en lo atañadero a la indemnización.

Aunque hay que partir de una consideración anterior: como el artículo 1546 C.C. no regula el caso de incumplimiento mutuo y simultáneo, de esa norma no se desprende ningún derecho para los contratantes incumplidos. Si de dichas normas no se desprende ningún derecho, cuando se le pida al juez declarar la existencia de la voluntad de la ley, el juez dirá que la ley no tiene nada que decir al respecto, que la voluntad en este asunto es inexistente (Chiovenda, 1922, p. 160).

En términos menos dogmáticos, si quien está reclamando la resolución con fundamento en dicha norma no tiene derecho, carece de *legitimatío ad causam*. Y la ausencia de legitimación en la causa es en sí misma una razón para que el juez desestime las pretensiones, sin necesidad de que haya de colocarse medios exceptivos o que haya de entrarlos a estudiar, porque ella es un presupuesto para la sentencia de fondo (Quintero y Prieto, 2008, p. 459). Así, por ejemplo, si en el proceso reivindicatorio, el demandado interpuso la excepción de prescripción, y el demandante ni siquiera es capaz de probar su dominio, pues esa sola circunstancia sería suficiente para desestimar la demanda.

Igualmente, dado que en los casos estudiados se trataba de incumplimiento simultáneo, la primera labor de la Corte era decir por qué los contratantes mutuamente incumplidos sí tienen un derecho conforme al 1546 C.C., para, ahí sí, estudiar en qué medida la excepción de contrato no cumplido enervaba la pretensión. Era requisito la motivación de la sentencia dar por cumplidos los requisitos axiológicos de la pretensión.

Por ejemplo, la sentencia de 1982:

Ciertamente la norma en comento está regulando el fenómeno del incumplimiento de uno y del cumplimiento del otro. Pero lo que hay que observar es que el artículo 1546 consagra la resolución o la ejecución del contrato "con indemnización de perjuicios". Cuando se trata del incumplimiento de ambos contratantes, la norma que debe aplicarse es el artículo 1609, según el cual ninguno está en mora, lo cual implica que de ninguno se puede predicar que deba perjuicios, toda vez que el artículo 1615 establece que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora ... ". Como ninguno está en mora, ninguno debe perjuicios. Igual debe predicarse según el artículo 1594 de la cláusula penal. (CSJ, 1982, p. 347).

Nótese el salto argumentativo que se menciona. En caso de incumplimiento de ambos, explica suficientemente cómo el 1609 enerva la pretensión indemnizatoria a través de la *exceptio*, pero no cómo dicha norma concede el derecho a resolver.

Así las cosas, de aplicarse correctamente los principios procesales, se llega a la misma conclusión que con el mutuo disenso: el contrato queda en absoluta irresolubilidad.

4.4. Sobre la resolución por analogía

La argumentación ofrecida por la sentencia SC-1662 de 2019 parece solucionar los problemas que se le achacan a las dos tesis anteriores. En efecto, ya estaba bien decantado por la jurisprudencia que ninguna norma regulaba el incumplimiento mutuo, pero además había que sentar por qué el mutuo disenso tampoco regulaba la cuestión (cosa que sí trató de hacer el salvamento de Aroldo Quiroz) para ahí sí hablar con toda holgura del vacío legal.

Fuera de esa cuestión, no parece haber mucho reparo que formularle a la tesis, pues la aplicación analógica del precepto del 1546 C.C. soluciona a través de los métodos hermenéuticos establecidos en la misma legislación (Arias Bolívar, 2023) el inconveniente de la falta de legitimación en la causa, porque al llenar el vacío legal, hay norma objetiva de la que desprender el derecho a resolver. Igualmente, dado que se homologan los efectos resolutorios, no se presentan los problemas que sí se avenían con el mutuo disenso tácito.

Bibliografía y referencias

- Albarracín Joya, J. S. (2016). *Análisis jurisprudencial del mutuo disenso tácito en la experiencia de la Corte Suprema de Justicia* [Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado, Universidad Católica de Colombia].
<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/a7caff6c-6f3b-49f2-bf06-c075b82345d7/content>
- Aldana Gantiva, C. A. (2016). Principales clasificaciones de las obligaciones. En M. Castro de Cifuentes, (Ed.), *Derecho de las obligaciones: Con propuestas de modernización* (2.^a ed., Vol. 1, pp. 45-100). Temis y Universidad de los Andes.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (2011). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general* (7.^a ed., Vol. 2). Editorial Jurídica de Chile.
- Arias Bolívar, Á. M. (2023). La analogía en el incumplimiento recíproco de los contratos sinalagmáticos. *Pielagus*, 22(1). <https://doi.org/10.25054/16576799.3526>
- Betti, E. (1935). *Diritto romano. I. Parte generale*. CEDAM.
- Betti, E. (1970a). *Teoría genera de las obligaciones* (J. L. de los Mozos, Trad.; Vol. 1). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Betti, E. (1970b). *Teoría genera de las obligaciones* (J. L. de los Mozos, Trad.; Vol. 2). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico* (A. Martín Pérez, Trad.). Comares.
- Bonfante, P. (1965). *Instituciones de derecho romano* (A. Larrosa & L. Bacci, Trads.; 3.^a ed.). Reus.

- Canosa Torrado, F. (2005). *La resolución de los contratos -Incumplimiento y Mutuo Disenso-* (5.^a ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Caprile Biermann, B. (2012). Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Valparaíso*, 39, 53-93.
- Castro de Cifuentes, M., & Romero Cruz, D. (2021). Modos indirectos de extinción de las obligaciones. En M. Castro de Cifuentes (Ed.), *Derecho de las obligaciones: Con propuestas de modernización* (2.^a ed., Vol. 4, pp. 738-757). Temis y Universidad de los Andes.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2015). «Contrarius consensus»: Terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana. *Revista de Derecho Privado*, 28, 79-126.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2017). *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*. (1.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2018). Los límites a la autonomía privada en el mutuo disenso. En *Autonomía privada. Perspectiva del derecho contemporáneo*. (pp. 246-265). Universidad Externado de Colombia.
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de derecho procesal civil: Vol. Tomo I* (J. Casáis y Cantaló, Trad.). Reus.
- Cicerón. (2006). *Tópicos* (B. Reyes Coria, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Di Pace, P. (1940). *Il negozio per relationem*. Libreria scientifica G. Giappicelli.

- Digesto (I. García del Corral, Trad.). (1889). En *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Vol. I.*
Jaime Molinas.
- Digesto (I. García del Corral, Trad.). (1897). En *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Vol.*
III. Jaime Molinas.
- d'Ors y Pérez-Peix, Á. (1956). *Creditum y Contractus. Anuario De Historia Del Derecho*
Español, 26, 183-208.
- Dyni, M. (1566). *Commentaria in regvlas ivris pontificii.* Antonium Vicentium.
- Gayo. (2017). *Las instituciones de Gayo* (F. Samper Polo, Trad.). Ediciones Universidad
Católica de Chile.
- Gayo (1985). *Instituciones* (J. A. Arias Bonet, J. Iglesias-Redondo, M. Abellán Velasco, &
J. Roset Esteve, Trads.). Civitas.
- Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho privado romano* (Vol. 2). Editorial Jurídica de Chile.
- Hinestrosa, F. (1960). *Curso de obligaciones—Conferencias - (2.^a ed.)*. Universidad
Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2007). *Tratado de las obligaciones concepto, estructura, vicisitudes*
(crai.48560; 3.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2015a). *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las*
obligaciones: El negocio jurídico (Vol. 1). Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2015b). *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las*
obligaciones: El negocio jurídico (Vol. 2). Universidad Externado de Colombia.
- Kaser, M., Knütel, R., & Lohsse, S. (2022). *Derecho privado romano* (P. Lazo González &
F. Andrés Santos, Trads.). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Kunkel, W. (1999). *Historia del Derecho Romano* (J. Miquel, Trad.; 9.^a ed.). Ariel.

- Lenel, O. (1927). *Das Edictum perpetuum: Ein versuch zu seiner Wiederherstellung: mit dem für die Savigny-Stiftung ausgeschriebenen Preise gekrönt* (3.^a ed.). Bernhard Tauchnitz.
- Mantilla Espinosa, F. (2009). La excepción de inejecución. En *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 277-292). Legis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Mantilla Espinosa, F., & Ternera Barrios, F. (2005, diciembre). La resolución de los contratos en el derecho colombiano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 43-71.
- Mantilla Espinosa, F., & Ternera Barrios, F. (2009). La resolución. En *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 247-276). Legis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Masuelli, S. (2016). “Abalienatio”. *Rivista di diritto romano*, XVI-XVII, 1-18.
- Messineo, F. (2018). *Doctrina General del Contrato* (F. R, S. M. Santiago, & V. Mario, Trads.; 1.^a ed.). Olejnik.
- Moreno Cruz, P. (2013). Límites a la Exceptio Inadimpleti Contractus: La Buena, la Mala y la Fea Excepcion de Contrato No Cumplido. *Revista de Derecho Privado*, 24, 133-150.
- Ospina Fernández, G. (2018). *Régimen general de las obligaciones* (8.^a ed.). Temis.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Séptima). Temis.
- Pájaro Moreno, N. (2023). Las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor. En M. Castro de Cifuentes (Ed.), *Derecho de las obligaciones: Con propuestas de modernización* (2.^a ed., Vol. 3, p. 898). Universidad de los Andes y Temis.

- Parra, N. (s. f.). Sobre el principio iura novit curia: La necesidad de una aplicación prudente en el proceso civil. *UNA Revista de Derecho. Universidad de los Andes*.
Recuperado 3 de noviembre de 2024, de <https://una.uniandes.edu.co/blog/192-sobre-el-principio-iura-novit-curia-la-necesidad-de-una-aplicacion-prudente-en-el-proceso-civil>
- Poulsen, C. Krebs. (1999). La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tacita. *Revista Chilena de Derecho*, 26(4), 839-874.
- Prada Márquez, Y. (2016). Enriquecimiento sin causa. En M. Castro de Cifuentes (Ed.), *Derecho de las obligaciones: Con propuestas de modernización* (3.^a ed., Vol. 3, pp. 461-506). Temis y Universidad de los Andes.
- Prado Bringas, R., & Zegarra Valencia, F. (2019). ¿El juez conoce el Derecho? Algunos aspectos controversiales con relación a la aplicación del principio de iura novit curia en el proceso civil. *IUS ET VERITAS*, 59, 288-299.
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.019>
- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal* (4.^a ed.). Temis.
- Ramírez Baquero, É. A. (2008). *La ineficacia en el negocio jurídico*. Editorial Universidad del Rosario.
- Ramos Nocua, J. H. (2012). *Problemas jurisprudenciales sobre mutuo incumplimiento contractual en Colombia determinantes de nueva interpretación* [Tesis de maestría]. Universidad Santo Tomás.

- Restrepo Zapata, C. P., & Rojas Díaz, W. A. (2018). El principio iura novit curia en el Código General del Proceso Colombiano. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, 12.
- Samper Polo, F. (2021). *Derecho Romano* (3.^a ed.). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Savigny, F. K. von. (1879). *Sistema del derecho romano actual* (M. Ch. Guenoux, M. Poley, & J. Mesía, Trads.; Vol. 2). F. Góngora y compañía, editores.
- Sconamiglio, R. (2004). *Contribución a la teoría del negocio jurídico* (L. León, Trad.). Editora Jurídica Grijley.
- Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano*. Giuffrè Editore.
- Ulpiano, D. (1932). The rules of Ulpian (S. Scott, Trad.). En *The Civil Law* (Vol. 1). The Central Trust Company.

Sentencias

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 7 de diciembre de 1897, Gaceta Judicial 13 (XIII), p. 198 a 200.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 29 de febrero de 1936, M.P. Eduardo Zuleta Ángel, G.J. 43 (XLIII) (II), 340-345).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 18 de noviembre de 1938, M.P. Fulgencio Lequerica Vélez, G.J. XLVII (332-336).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 7 de diciembre de 1897 de 7 de diciembre de 1897 de 7 de diciembre de 1897, M.P. , G.J. XIII (98-200).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 29 de febrero de 1936, M.P.

Eduardo Zuleta Ángel, G.J. XLIII (340-345).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 23 de septiembre de 1938, M.P.

Juan Francisco Mujica, G.J. XLVII (240-246).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 18 de noviembre de 1938, M.P.

Fulgencio Lequerica Vélez, G.J. XLVII (332-336).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 2 de febrero de 1940, M.P.

Hernán Salamanca, G.J. XLIX (50-56).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 24 de octubre de 1940, M.P.

Fulgencio Lequerica Vélez, G.J. L (388).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 23 de marzo de 1943, M.P.

Hernán Salamanca, G.J. LV (7-72).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 25 de marzo de 1950, M.P.

Hernán Salamanca, G.J. LXVII (123-129).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 23 de enero de 1951, M.P. Pablo

Emilio Manotas, No publicada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 25 de febrero de 1952, M.P.

Gualberto Rodríguez Peña, G.J. LXXI (24-128).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 17 de septiembre de 1954, M.P.

Alberto Zulueta Ángel, G.J. LXXVIII (625-629).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 3 de mayo de 1957, M.P.

Enrique Giraldo Zuluaga, No publicada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 16 de febrero de 1956, M.P.

José Hernández Arbelaez, G.J. LXXXII (I, 77-81).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 31 de enero de 1963, M.P.

Enrique López de la Pava, G.J. CI (9-35).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 14 de marzo de 1963, M.P.

Arturo C. Posada, G.J. CI (-222).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 2 de septiembre de 1964, M.P.

Arturo C. Posada, G.J. CVIII (255-266).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 16 de noviembre de 1967, M.P.

Gustavo Fajardo Pinzón, G.J. CXIX (90-300).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 16 de diciembre de 1968, M.P.

César Gómez Estrada, G.J. CXXIV (423-430).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 23 de septiembre de 1974, M.P.

Ernesto Escallón Vargas, G.J. CXLVIII (, 235-247).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 13 de noviembre de 1975, M.

P. Alfonso Peláez Ocampo, No publicada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 20 de septiembre de 1978, M.P.

Germán Giraldo Zuluaga, G.J. CLVIII (215-218).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 29 de noviembre de 1978, M.P.

Ricardo Uribe Holguín, G.J. CLVIII (293-306).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 5 de noviembre de 1979, M.P.

Alberto Ospina Botero, G.J. CLIX (06-318).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 7 de diciembre de 1982, M.P.

Germán Giraldo Zuluaga, no publicada;

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 7 de diciembre de 1982, M.P.

Jorge Salcedo Segura, G.J. CLXV (41-350).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 16 de julio de 1985, M.P. José

Alejandro Bonivento Fernández, G.J. CLXV (41-351).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 18 de septiembre de 1989, M.P.

Rafael Romero Sierra, S-319 de 1989 (Id. 357801).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 8 de noviembre de 1989, M.P.

José Alejandro Bonivento Fernández, S-369 de 1989 (Id. 363992).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 4 de marzo de 1991, M.P.

Alberto Ospina Botero, no identificada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 1 de diciembre de 1993, M.P.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, S-192 de 1993 (exp. 4022).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 17 de mayo de 1995, M.P. Pedro

Lafont Pianetta, S 052 de 1995 (exp. 4512).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 7 de marzo de 2000, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 5319.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 11 de marzo de 2002, M.P. Jose Fernando Ramirez Gomez, S-036-2002 (exp 6046.).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 4 de septiembre de 2000, M.P. Jose Fernando Ramirez Gomez, exp. 5420.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 16 de abril de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, S-059-2002 (exp. 7255).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC2307-2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC1662-2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC4801-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC4445-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC3666-2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC5430-2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC3972-2022, M.P. Hilda
González Neira.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC1962-2022, M.P. Octavio
Augusto Tejeiro Duque.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. SC436-2023, M.P. Francisco
Tenera Barrios.