

La analogía en el incumplimiento recíproco de los contratos sinalagmáticos**The analogy in the reciprocal breach of synallagmatic contracts***Ángela Margarita Arias Bolívar**Abogada, Colegio Mayor de Nuestra Señora
del Rosario, Colombiaangela.ariasb@gmail.com

Recibido: 26/09/22 Aceptado: 12/12/22

DOI: 10.25054/16576799.3526

RESUMEN

El incumplimiento recíproco en contratos sinalagmáticos no tiene una norma que lo regule de manera expresa, por ello la Corte Suprema de Justicia, en adelante la Corte, durante los últimos años le ha dado diversas soluciones, teniendo dentro de sus últimos pronunciamientos relevantes el consignado en la sentencia SC 1662-2019 del 5 de julio de 2019. Con la evaluación de las diversas posturas expuestas por el cuerpo colegiado, se buscará concluir que la mejor opción es aquella en la que se les otorga a los contratantes incumplidos la posibilidad de solicitar a su arbitro la resolución del contrato o la ejecución forzosa del mismo, a la luz de la aplicación de la analogía, al ser esta procedente en el supuesto de hecho que aquí se estudia.

PALABRAS CLAVE

Mutuo Incumplimiento; Contrato Sinalagmático; Mutuo Disenso Tácito; Resolución Contractual; Obligatoria Ejecución Contractual; Analogía.

ABSTRACT

The reciprocal breach in synallagmatic contracts lacks a specific regulation, thus the Supreme Court of Justice, hereinafter referred to as the Court, has provided various solutions in recent years. Among its recent relevant pronouncements is the one contained in judgment SC 1662-2019 dated July 5, 2019. By evaluating the various positions presented by the collegiate body, the aim is to conclude that the best option is one in which the defaulting parties are granted the possibility to request from their arbitrator the termination of the contract or its forced execution, considering the application of analogy, which is applicable in the factual scenario under study.

KEYWORDS

Mutual Breach; Synallagmatic Contract; Mutual Tacit Agreement; Contractual Resolution; Compulsory Contractual Enforcement; Analogy.

* Artículo de investigación.

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico colombiano no contiene una norma aplicable a cada relación jurídica que pudiere existir, es entonces un sistema incompleto (Bohórquez Orduz, 2016) en el cual, es deber del juez, atendiendo a la interpretación armónica de la legislación, resolver cada uno de los conflictos que ante él se presente. (Mantilla et al., 2007)

Una de las relaciones jurídicas que carece de norma exactamente aplicable es el incumplimiento simultáneo de los contratos sinalagmáticos. De donde surge el siguiente problema de investigación ¿Cuál es la normativa que, vía analogía, se le debe aplicar a los casos de recíproco incumplimiento en contratos sinalagmáticos para darle la solución jurídica más adecuada? Para responder a este cuestionamiento se realizará una evaluación de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se trate el asunto del incumplimiento bilateral, desde al año 1936, hasta el año 2019, en el que se profiere la sentencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo.

Para la resolución del cuestionamiento central del presente artículo, se tendrá como objetivo general establecer cuál es la solución jurídica más consecuente con las disposiciones de la normativa colombiana, en los casos de recíproco incumplimiento en contratos sinalagmáticos, vía analogía, que respete la lógica del ordenamiento jurídico colombiano, para ellos, se seguirán los siguientes objetivos específicos:

- Exponer las cuatro posturas adoptadas en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- Exponer la resolución como remedio al incumplimiento contractual.
- Analizar las cuatro posturas adoptadas en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a la luz de la lógica del ordenamiento jurídico.
- Exponer la afinidad con alguna de las tesis preexistentes en los casos de incumplimiento recíproco en contratos sinalagmáticos a la luz de la analogía.

Si bien el tema del incumplimiento bilateral en contratos recíprocos ha sido investigado, bajo las posturas expuestas por la Corte, la sentencia SC1662-2019 con su novedosa aplicación de la analogía, ha hecho resurgir el interés académico y la necesidad de determinar si el camino adoptado en esta jurisprudencia es o no el adecuado para llegar a una solución, acorde al ordenamiento jurídico colombiano, bajo la aplicación de la analogía¹.

Para ello, se iniciará con el estudio de la postura en la cual, ante la ocurrencia del incumplimiento bilateral, se enfrentaban las partes a una situación de bloqueo del contrato a la espera de que el incumplimiento contractual se enmarcara en alguno de los supuestos de hecho regulados por la normativa colombiana, esto es que alguno de los contratantes cumpliera para que pudiere reclamar la resolución o la ejecución contractual.

Posteriormente, se verá cómo fue necesario para la Corte, valerse de otras interpretaciones para llegar a la teoría del mutuo disenso tácito y así, poder brindar una solución a quienes acudían a la jurisdicción, hasta llegar a la solución expuesta en la sentencia SC1662-2019, la cual, cambió la solución que durante años le había dado esta corporación al problema del incumplimiento simultáneo en contratos

¹ Analogía entendida como “un instrumento de integración que impone al intérprete cuestiones complejas, relativas a la interpretación de los hechos, a la identificación de los criterios de comparación y a la caracterización de las normas aplicables”. (Calderón y López, 2016)

recíprocos. Todas estas tesis se expondrán a lo largo del presente escrito.

Para ello, por una parte, se analizarán las razones por las cuales ante la ocurrencia del mutuo incumplimiento en contratos sinalagmáticos procede la aplicación de la analogía. y, por la otra, se tomarán los artículos que regulen temas similares y de los cuales no solo se pueda hacer una aplicación analógica, sino inferir reglas generales del derecho frente a los casos de incumplimiento, estos artículos pertenecientes al Código Civil Colombiano son: 1546, 1602, 1608, 1609, 1615, 1882, 1888, 1930, 1983, 1984 y 1997 y al Código de Comercio: 870 y 973.

Igualmente, al ser la sentencia SC1662-2019 fuente central de este artículo, se evaluarán de manera específica los casos de promesa de compraventa de inmueble, en donde se hizo entrega de arras, las cuales de manera regular se le otorgan al prometiende vendedor y, ante el incumplimiento, quien las recibió no tiene título para conservarlas y, quien las entregó tampoco tiene título para reclamarlas.

1. Antecedentes

Colombia es una nación perteneciente a la familia del derecho romano-germánico² lo que indica que proviene de una tradición basada en el derecho romano, época desde la cual, los juristas se han interesado en la aplicación de la normativa en los casos de un incumplimiento bilateral en contratos sinalagmáticos, tal como se puede ver en Chinchilla (2015).

Desde entonces, se trató el tema de la inferencia de la voluntad de resolver un contrato derivada de las acciones de las

partes contratantes, así lo sostuvo Chinchilla Imbett (2015), quien menciona que en la época romana los juristas le dieron validez tanto al *contrarius consensus* expreso como al tácito, siendo este último el que se infería de los actos concluyentes³, relevante toda vez que la Corte Suprema de Justicia ha utilizado el mutuo disenso tácito como solución al incumplimiento recíproco.

Como se puede observar, el interés en la inferencia de la voluntad se ha mantenido por varios años, siendo ello, lo que llevó a la Corte a la aplicación del mutuo disenso tácito, como interpretación de la voluntad de los contratantes que incumplían de manera simultánea, tal como se expone en las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte desde 1974, hasta el 2019, previo a la expedición de la sentencia del 5 de julio del 2019, con excepción de la sentencia de 1982 con ponencia del Magistrado Jorge Salcedo Segura.

Pasando a la evaluación que ha hecho la Corte, sobre el incumplimiento recíproco en contratos bilaterales, se tiene que, del año 1936, hasta el inicio de los años 70, manifestaba imposibilidad de la jurisdicción para resolver el caso en estudio ya que, el artículo 1546, del Código Civil, concedía la posibilidad de solicitar la resolución o ejecución forzosa del contrato, solo al contratante cumplido o que se allanaba a cumplir, siempre que el otro contratante se encontrara en mora, mora que en virtud del artículo 1609 del mismo libro, no se configuraría ante un incumplimiento recíproco. (Ramos Nocua, 2011)

Entrados los años 70, para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia y atender el deber de los jueces de resolver los casos ante ellos presentados, la

² Al respecto: “Los derechos de las naciones de Iberoamérica pertenecen, [...], al sistema jurídico occidental y, dentro de él, al grupo del continente europeo, con su base en los principios de la moral cristiana y los del Derecho Romano”. (Gaviria Gil, 2013)

³ Actos concluyentes entendidos como las conductas de las cuales se podía inferir de manera inequívoca la voluntad de los contratantes.

Corte comenzó a realizar otras interpretaciones. Así, con base en los artículos 1602, 1609 y 1625 del Código Civil, se concluyó que, como el contrato nacía a la vida jurídica por un acuerdo de voluntades, de la misma manera podía extinguirse, ya fuera de forma expresa o tácita, (Ramos Nocua, 0211) de allí se desprende que “el mutuo incumplimiento es igual al mutuo disenso tácito”. (Ramos Nocua, 2011)

En atención a la misma necesidad, desde de la sentencia del 29 de noviembre de 1978, la Corte sostuvo que se debía diferenciar entre dos tipos de incumplimiento: uno que conducía al mutuo disenso y el otro que permitía la solicitud de resolución del contrato, posturas que se explicarán en el apartado siguiente del presente artículo.

Con posterioridad, el mencionado cuerpo colegiado, notó la insuficiencia de determinar la voluntad de los contratantes a partir de un solo acto, por ello incluyó como requisito adicional, para decretar el mutuo disenso tácito, la ocurrencia de otras conductas que den a entender de manera inequívoca la voluntad de las partes de dar por terminado el contrato. Al respecto Ramos (2011) indica:

Mediante ésta [sic] tesis se determina que la circunstancia del simultáneo y recíproco incumplimiento no resulta suficiente para concluir el mutuo disenso tácito, requiriéndose entonces, de otras circunstancias predicables de ambos contratantes de las que se pueda inferir sin ninguna duda su ánimo recíproco de deshacer el contrato. (p. 82)

Esta teoría fue la utilizada desde finales de los años setenta hasta el 2019. Salvo, en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, con ponencia del Magistrado Jorge Salcedo Segura, en la que, ante el recíproco

incumplimiento, recae en cabeza de cualquiera de los contratantes incumplidos la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa o la resolución del contrato a su arbitrio. Solución que reaparece, en la sentencia de 2019.

2. Tesis Imperantes en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Se procederá a realizar una exposición de las cuatro posturas sostenidas por la Corte, desde el año 1936, hasta el 2019, referente al incumplimiento bilateral en contratos con obligaciones correlativas.

2.1. Imposibilidad de Resolución

En la etapa de los años 30 a los años 50, la Corte, al enfrentarse a contratos sinalagmáticos, donde había incumplimiento recíproco, evaluó las normas que podían ser aplicadas, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato. Solicitaban los demandantes, de manera regular la resolución del contrato incumplido, en virtud de lo contemplado en el artículo 1546 del Código Civil.

Evaluaba la Corte la procedencia del artículo arriba citado y resaltaba que, para que sea procedente, tal como el mismo lo reza, es necesario que solo uno de los contratantes haya incumplido, por tanto, se encuentre en mora; como de ello se deriva el contratante que solicita la resolución o el cumplimiento, debe ser el contratante cumplido. (CSJ Civil, Gaceta judicial LX/1946 M.P. P. Castillo)

Era necesario entonces, entender si se constituía en mora para que la aplicación del artículo 1546 del Código Civil fuera procedente. Para ello, se remitía la Corte al artículo 1608, del mismo libro, en el cual se establece en que momentos, dependiendo del tipo de obligación que se contrajera, entraba en mora aquel contratante incumplido.

Superado este análisis la Corte procedía a evaluar el artículo 1609 del mismo código, el cual habla de manera específica sobre la mora en los contratos bilaterales; este artículo sostenía que no se encuentra ninguno de los contratantes en mora cuando ninguno de estos haya cumplido o se haya allanado a cumplir con sus obligaciones.

Se podría deducir entonces, del artículo 1608, que en los casos de mutuo incumplimiento en contratos bilaterales, ambos contratantes estarían en mora. Pero, esta interpretación era inadmisibles a la luz del artículo 1609, ya que, según este, ninguno de los dos estaría en mora.

Quedaban entonces los contratantes en una posición donde el incumplimiento mutuo no permitía que se constituyera la mora y por ello, al no haber deudor moroso, la Corte no le daba aplicación al artículo 1546 del Código Civil, por considerar que este exigía que, primero solo una de las partes del negocio jurídico hubiera incumplido y segundo que, la parte incumplida se encontrara en mora.

En atención a ello, a ninguno de los dos cocontratantes se les podrían aplicar los efectos de la mora⁴ y, por tanto, no sería procedente la indemnización de perjuicios, en los términos del artículo 1615 del Código Civil Colombiano. Lo que resultaba procedente en estos casos, atendiendo a la interpretación armónica que le dio la Corte al ordenamiento jurídico, era que alguno de los sujetos procesales, cumpliera con su obligación o se allanara a cumplir para que así este fuera habilitado por el artículo 1546, para solicitar la resolución del contrato o el cumplimiento de este; de igual manera, al constituir al único contratante no cumplido

en mora, se hacía inmediatamente acreedor de los perjuicios causados⁵.

Sostuvo entonces la Corte que este tipo de casos se enmarcaban en el artículo 1609 del Código Civil Colombiano, por ello, era imposible para el juez darles alguna salida a las partes al encontrarse en un escenario donde ninguno de los contratantes se encontraba en mora, dejando al artículo 1546 sin ámbito de aplicación. (CSJ Civil, Gaceta judicial CXLVIII/1974, M.P. E. Escallón)

2.2. Soluciones Alternativas Propuestas por la Corte Suprema de Justicia

Cuando la Corte reconoció que el acceso a la justicia era un derecho de toda persona y que los jueces debían resolver los conflictos que se presentaban ante ellos, expuso algunas posiciones interpretativas para dirimir el conflicto en estudio. Para ello se basó en los artículos 1602 y 1609 del Código Civil, e infirió que, el consentimiento podía presentarse de dos maneras, la primera de ellas era expresa y la segunda tácita, siendo entonces, el incumplimiento mutuo la manera tácita de expresar la voluntad de los contratantes de dejar sin efectos el contrato suscrito.

Así, en sentencia del 23 de septiembre de 1974, con ponencia de Ernesto Escallón Vargas, la Corte sostuvo que, la expresión de voluntad de las personas también podía ser tácita, siendo esto así, podía y debía inferirse que al incumplir de manera recíproca, se buscaba no ejecutar las obligaciones contraídas y era contrario al ordenamiento jurídico, dejar a las partes en un limbo judicial donde al no encontrarse en mora, perdían la capacidad de solicitar bien sea la resolución del contrato o la ejecución obligatoria del

⁴ A saber: Los efectos de la mora son tres: el primero de ellos el que permite a la parte cumplida realizar el cobro de perjuicios; el segundo hace que se pueda hacer exigible la cláusula penal y el tercero, invierte la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida. (CSJ, Civil, Gaceta judicial CLXV/1982, M.P. J. Salcedo)

⁵ Así se sostiene en: (CSJ, Civil, Gaceta Judicial LXVII/1950, M.P. H. Salamanca).

mismo con los respectivos perjuicios. (CSJ Civil, Gaceta judicial CXLVIII/1974 M.P. E. Escallón). Por lo anterior, entendiendo la expresión tácita de la voluntad, procedió la Corte a declarar el mutuo disenso tácito.

Posteriormente en sentencia del 29 de noviembre de 1978, con ponencia de Ricardo Uribe Holguín, la Corte sostuvo que se debía diferenciar entre dos tipos de incumplimiento recíproco en contratos sinalagmáticos; el primero de ellos es el caso en el que el incumplimiento se daba a raíz de lo preceptuado en el artículo 1609, es decir que ante el incumplimiento del contratante que primero debía cumplir, el otro decide no cumplir y demandar, este podía solicitar la resolución del contrato y justificar su incumplimiento con la excepción del contrato no cumplido.

El segundo caso es aquel donde

Ni el demandante ni el demandado ofrecieron el pago, ni estuvieron listos a hacerlo. No concurrieron a pagarse mutuamente, dando y dando, por motivos distintos del incumplimiento del otro, no constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito. El demandado no puede entonces proponer legítimamente la excepción de contrato no cumplido, como quiera que su incumplimiento no encuentra justificación. (CSJ, Civil, Gaceta judicial CXLVIII/1974, M.P. E. Escallón)

Ante la ocurrencia de lo anteriormente descrito procedería el mutuo disenso tácito.

Evidenciando la necesidad de darle una solución al caso aquí analizado, la Corte entendió la urgencia de dirimir los conflictos presentados ante la jurisdicción, y concluyó las dos soluciones arriba relacionadas.

2.3. Declaración del Mutuo Disenso Tácito Ante la Concurrencia del Incumplimiento Recíproco y Demás Acciones Tendientes a Dejar el Contrato sin Efectos

Para continuar con el estudio realizado por la Corte, es menester entender que definía el mutuo disenso como la prerrogativa que tienen los contratantes para dejar sin efectos el contrato que los unió, con base en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil. Dicha voluntad podía manifestarse de manera expresa o tácita⁶.

Ahora bien, a diferencia de las tesis anteriores, la Corte cayó en la cuenta de que, para declarar el mutuo disenso tácito, no bastaba con el mero incumplimiento de las partes, sino que debían configurarse actuaciones adicionales que no dejaran duda alguna de la voluntad de los contratantes de dejar la relación jurídica sin efectos.

Es así como la Corte mediante sentencia del 20 de septiembre de 1978, con ponencia de Germán Giraldo Zuluaga sostuvo

No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que

⁶ A la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso "distracto contractual" que la doctrina científica de inspiración francesa acostumbra a denominar "resciliación", refiriéndose así, con vista sin duda alguna en los textos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, al la prerrogativa de la que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que como se sabe, puede tener origen una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso bien en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito... (CSJ, Civil, SC-192/1993, M.P. C. Jaramillo).

apunten a desistir del contrato [...]⁷. (Subrayado fuera de texto) (CSJ, Civil, Gaceta Judicial CLVIII/1978, M.P. R. Uribe)

La piedra angular de esta postura jurisprudencial era, el riesgo que había de inferir la voluntad de los contratantes de una única omisión, ya que, el mero incumplimiento de una obligación puede ser causado por múltiples razones y de ello no puede inferirse con certeza que la voluntad de estos sea la resciliación del contrato; muestra de ello fue lo esgrimido por la Corte, con ponencia de César Julio Valencia Copete, en la cual ante el simple incumplimiento bilateral no procedió la declaratoria del mutuo disenso tácito. (CSJ, Civil, SC107/2007, M.P. C. Valencia)

Es así como la Corte, en busca de dar una mayor protección jurídica a los contratantes, y con el fin de tener mayor certeza de la voluntad de las partes, exigió para la declaratoria del mutuo disenso tácito que el incumplimiento simultáneo de los contratantes viniera aparejado de otras acciones, todas ellas revestidas de tal importancia para la consecución del objeto del contrato, que permitiera al juzgador inferir, de manera inequívoca, que la voluntad de las partes era dar por terminado el vínculo contractual y así podría el juez proceder a declarar el mutuo disenso tácito⁸.

2.4. Capacidad de Todas las Partes Incumplidas para Solicitar a su Arbitrio Bien sea la Ejecución Forzosa o la Resolución del Contrato

El 05 de julio de 2019, la Corte cambió la línea que venía siguiendo, al sostener que ante un mutuo incumplimiento, lo que procedía era la facultad de solicitar la resolución o la

ejecución obligatoria, por parte de cualquiera de los contratantes, sin embargo, no podía solicitar la indemnización de perjuicios ya que no habría lugar a ello, lo anterior, basado en la aplicación de la analogía.

En la sentencia en mención la Corte expuso que, frente a un contrato sinalagmático existen tres posibles escenarios: el primero, que los dos contratantes cumplan, el segundo, que solo una parte cumpla y el tercero, que los dos contratantes incumplan. Frente la primera, aduce que una vez acaece el cumplimiento por las dos partes el vínculo jurídico se extingue. En cuanto a la segunda, afirma que el contratante cumplido puede aplicar el artículo 1546 del Código Civil, es decir que solicita o la ejecución forzada del contrato o la resolución de este y pedir los perjuicios correspondientes. (CSJ, Civil, SC1662/2019, M.P. A. García)

En tanto que, frente a la tercera, la Corte resaltó que el incumplimiento recíproco de contratos sinalagmáticos no cuenta con una norma exactamente aplicable, por lo que se presenta un vacío legal, que hace necesario aplicar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887. (CSJ, Civil, SC1662/2019. M.P. A. García)

Para tal fin, la Corte expone el artículo 1602 del Código Civil, mediante el cual se establece que el contrato es ley para las partes y, por ello, tienen el deber de cumplirlo. A continuación, presenta las sanciones legales para quienes no honren sus obligaciones, lo que ejemplifica con el artículo 1546 del Código Civil y demás disposiciones acerca de casos de incumplimiento, tales como los artículos 1882, 1983, 2003 o el artículo 973 del Código de Comercio, entre otras

⁷ Mediante esta tesis se determina que la circunstancia del simultáneo y recíproco incumplimiento no resulta suficiente para concluir el mutuo disenso tácito, requiriéndose entonces, de otras circunstancias predicables de ambos contratantes de las que se pueda inferir sin ninguna duda su ánimo recíproco de deshacer el contrato. (Ramos Nocua, 2011)

⁸ Ver: (CSJ, Civil, Sentencia S-12-02/2007, M.P. E. Villamil)

disposiciones normativas. (CSJ, Civil, SC1662/2019. M.P. A. García)

De la recopilación de las normas antes citadas la Corte concluye que el legislador ofreció como solución al incumplimiento contractual la posibilidad de resolver o terminar el contrato no solo como sanción, sino como una manera de recomponer el equilibrio perdido. (CSJ, Civil, SC1662/2019. M.P. A. García)

Esta resolución viene sostenida de dos ideas, la primera sancionar a la parte no cumplida y la segunda, recomponer el equilibrio perdido cuando el contrato no ha sido ejecutado por una de las partes. (CSJ, Civil, SC1662/2019, M.P. A. García) Dicho esto, el cuerpo colegiado concluye que, por analogía tenemos que el supuesto de hecho más cercano al caso de estudio, entendiendo que es este el que regula el incumplimiento contractual, es el contenido en el artículo 1546⁹ del Código Civil, el cual permite la resolución o la solicitud de cumplimiento forzado, igualmente, afirma que, a la luz del 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”. (CSJ, Civil, SC1662/2019. M.P. A. García)

A su vez, realiza un barrido de la normativa demostrando que dentro del sistema jurídico colombiano “como reacción a los casos de incumplimiento contractual, el legislador previó la resolución o la terminación del contrato” (CSJ, Civil, SC1662/2019. M.P. A. García)¹⁰. Igualmente, la resolución del contrato se tiene como medida de restablecimiento del equilibrio contractual¹¹.

Afirma entonces que, ante el incumplimiento bilateral cualquiera de los contratantes puede solicitar la terminación del contrato, en aplicación de la analogía, basándose no solo en el artículo 1546 del Código Civil, sino de la interpretación del ordenamiento jurídico en el cual ante un incumplimiento procede la facultad del contratante de solicitar la terminación del contrato¹². En adición hace referencia a la sentencia del 07 de diciembre de 1982, en la

⁹ Sostuvo la Corte que el “caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, eso es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico”. (CSJ, Civil, SC1662/2019, M.P. A. García)

¹⁰ Dentro de la sentencia de la referencia, En el subtítulo número IV *La resolución contractual invocada en las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconversión.*, numeral 3.3.4. la Corte Suprema de Justicia procede a realizar una recopilación de diversos ejemplos de la consecuencia del incumplimiento en distintos tipos de contratos y cada uno de ellos de otorga al contratante cumplido la posibilidad de resolver el contrato.

¹¹ Una medida de recomposición del equilibrio perdido, puesto que es contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte. (...). Cuando se ha establecido firmemente el principio de interdependencia de dos obligaciones recíprocas -dice RIPERT-BOULANGER- no hay más que sacar una consecuencia lógica: que el contrato debe desaparecer si su ejecución incompleta ha creado una injusticia. (CSJ, Civil, SC1662/2019, M.P. A. García)

¹² En el subtítulo número IV *La resolución contractual invocada en las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconversión.*, numeral 3.4. la Corte Suprema de Justicia sostiene que no se puede aplicar el artículo 1546 del Código Civil por su carácter restrictivo, sin embargo en atención a las respuesta dada por el ordenamiento jurídico colombiano ante los casos de incumplimiento contractual, tenemos que si los dos contratantes incumplieron los dos tendrían la prerrogativa de solicitar la terminación del contrato “si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de

cual, la Corte planteaba una postura semejante a la que aquí se propone, sosteniendo que era un sin sentido desprender a los acreedores de las acciones propias que el mismo ordenamiento jurídico les otorgaba. (CSJ, Civil, Gaceta judicial CLXV/1982, M.P. J. Salcedo)

En conclusión, basado en la nueva interpretación de la Corte en los casos de mutuo incumplimiento en contratos sinalagmáticos, mediante la analogía hecha con el artículo 1546 del Código Civil y fortalecida con la interpretación armónica del ordenamiento jurídico, puede cualquiera de los contratantes a su arbitrio solicitar bien sea la ejecución forzada del contrato o la resolución del mismo, sin lugar a solicitar perjuicios entendiendo que el artículo 1609 impide la configuración de la mora en los casos donde ambas partes han incumplido. (CSJ, Civil, SC1662/2019 M.P. A. García)

3. Análisis de la Pertinencia de la Aplicación de la Analogía en los Casos de Mutuo Incumplimiento

Para realizar este análisis, se debe partir de los requisitos necesarios para la aplicación de la analogía, estos son:

- a) En el sistema formal de fuentes no existe una norma que regule de modo específico el supuesto objeto de juzgamiento o examen o, dicho de otra forma, existe una laguna o un vacío; b) El ordenamiento se ocupa de disciplinar una hipótesis semejante a la que se juzga o examina; c) La razón que explica la regla en el supuesto regulado también puede preverse respecto a aquel que no ha sido regulado; y d)

La norma que pretende ser aplicada no reviste la condición de taxativa, exceptiva o sancionatoria. (Calderón y López, 2016)

Expuestos, se procederá a evaluar punto a punto, si es posible aplicar la analogía en los casos de incumplimiento bilateral en contratos con prestaciones correlativas, iniciando con la inexistencia de una norma que regule de manera específica este supuesto de hecho. Al respecto se ha probado que la falta de norma aplicable llevó a la Corte a plantear las diversas posturas anteriormente expuestas, con el fin de dar una solución a aquellas personas que pretendían acceder a la jurisdicción. Por ello se entiende como satisfecho el primer requisito para la aplicación de la analogía.

Ahora bien, ¿existe dentro del ordenamiento jurídico una hipótesis similar a la del incumplimiento mutuo en contratos sinalagmáticos? Del estudio realizado de los artículos del Código Civil y de Comercio, relacionados en la parte introductoria del presente artículo, aquellos que tienen supuestos de hechos similares, referenciando igualmente, la interpretación de la Corte expuesta en la sentencia del 07 de diciembre de 1982 con ponencia de Jorge Salcedo Segura y los señalamientos hechos por doctrinantes como Hernán Darío Velásquez Gómez se tiene que, la norma más cercana al incumplimiento bilateral en contratos con obligaciones recíprocas es el artículo 1546 del Código Civil¹³.

ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual". (CSJ, Civil, SC1662/2019, M.P. A. García)

¹³ Evidentemente, se insiste en ello, la aplicación directa del artículo 1546 es imposible, pero sirve para solucionar el pleito. La pregunta es: ¿existe en el ordenamiento jurídico norma que regule y sanciones el mutuo incumplimiento? No. Entonces hay que recurrir a la analogía (Ley 153 de 1887, art. 8º) y

En cuanto a “la razón que explica la regla en el supuesto regulado también puede preverse respecto a aquel que no ha sido regulado” (Calderón y López, 2016) debe dividirse el artículo 1546 en dos partes: primera, la procedencia de la resolución por el hecho del mero incumplimiento, bien lo dice Hinestrosa (2015) “[...] Y valga a este propósito resaltar que el art. 1546 c.c. autoriza la resolución simplemente ‘en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado’”. (p.870)

La segunda de ellas es la posibilidad que le otorga al contratante cumplido de solicitar la indemnización de perjuicios derivada de la mora del deudor, en tratándose del incumplimiento unilateral, situación que regula el artículo en mención, se diferencian dos cosas, una la posibilidad que otorga el artículo 1546 de resolver o ejecutar el contrato y otra, la facultad de solicitar la indemnización de perjuicios ya que, para cada una de estas acciones se tienen diferentes requisitos de procedibilidad.

Como se expuso, el requisito de procedibilidad para la resolución es que uno de los contratantes no haya cumplido, por su parte, como lo sostiene Velásquez (2010), la mora es el requisito para la indemnización de perjuicios, sin embargo, se advierte una

cierta confusión entre la separación que se debe hacer en los requisitos de procedibilidad de la resolución o solicitud de ejecución contractual y la reclamación de perjuicios¹⁴.

Se infiere de lo anterior que el artículo 1546 habilita la posibilidad de solicitar resolver o ejecutar el contrato, ante la ocurrencia de un incumplimiento, quiere ello decir que, la razón de ser de la norma es proporcionar una solución a aquellos contratos donde se configura un incumplimiento. Misma es entonces la razón de ser que rige el incumplimiento recíproco en contratos sinalagmáticos, al buscar el remedio al incumplimiento acaecido y para el cual la solución debe ser dotar a los contratantes de la posibilidad de solicitar la resolución del contrato o la ejecución forzada del mismo¹⁵.

Finalmente se analizará por qué el artículo 1546 del Código Civil no es una norma taxativa, exceptiva o sancionatoria. Para esto, se debe realizar una diferenciación entre las normas taxativas y las dispositivas. González de Cancino, E, Cortés, E y Navia Arroyo, F. (2014) sostiene que las normas dispositivas son aquellas que su aplicación es facultativa, por su parte la Corte Constitucional de Colombia menciona “Son taxativas, aquellas que obligan en todo caso a los

encontrar una norma que soluciones situaciones periclitadas. ¿Cuál será? El artículo 1546. (Velásquez Gómez, 2013)

¹⁴ Al respecto Pizarro y Vidal sostiene “En la doctrina y en la jurisprudencia se advierte una cierta obscuridad sobre el punto, al confundirse el supuesto de la resolución con el de la indemnización de daños” (p. 464). Por su parte Hinestrosa (2015) sostiene que la posibilidad de amarrar a la resolución la mora, es quizá, dotar al contratante de la posibilidad de demandar la resolución y la indemnización de perjuicios de manera conjunta “[...] cabe la reflexión de que quizá la exigencia tradicional de la mora para la resolución del contrato se debe más a que el contratante fiel puede demandar junto con aquella la indemnización del perjuicio y a que esta «se debe desde que el deudor se ha constituido en mora» (art. 1615 c.c.)”. (p. 870)

¹⁵ Bien lo menciona Velásquez (2013) “¿Procederá la acción de cumplimiento? La respuesta no es fácil y puede ser también dudosa. Podría pensarse que hay que descartar la posibilidad de exigirse el cumplimiento, aún sin indemnización de perjuicios, porque las dos partes son culpables. No obstante, teniendo en cuenta que lo más importante es buscar la finalización del contrato por medio del cumplimiento de las obligaciones, no se ve el inconveniente para dar la misma solución que cuando hay un incumplidor y un cumplidor, esto es, que mientras el cumplidor no haya optado por la resolución el incumplidor puede pagar. Por ello, si ninguna de las partes que incumplió a demandado la resolución, podrá cualquiera de ellas exigir el cumplimiento [...]”. (p. 304)

particulares independientemente de su voluntad” (CConst, T-213/2008, M.P. J. Araújo). Se deriva de ello que el artículo 1546 es una norma de carácter dispositivo al dejar al arbitrio del contratante acudir o no a cualquiera de las acciones que se le presentan, esto es solicitar la resolución del contrato, la ejecución forzada y pedir o no la indemnización de perjuicios, es decir, su aplicación es optativa para el contratante, descartando así que la norma en mención sea taxativa.

Igualmente, el artículo en mención no reviste el carácter exceptivo por no ser una norma que exceptúe una regla general del derecho, es decir, que regule dentro de la generalidad un caso o casos específicos¹⁶, por ello no es de interpretación restrictiva y por tanto podría utilizarse para llenar un vacío legal mediante la analogía.

Por último, se verá por qué el artículo 1546 no constituye una sanción dentro del sistema jurídico colombiano. Para ello es menester dirigirnos al origen de la resolución, al respecto Hinestrosa (2015) señala cómo la resolución nació como una sanción en la época de los canonistas, sin embargo, expone el mentado doctrinante que, debe ser considerada la resolución

como un instrumento encaminado a solucionar el incumplimiento más no como una sanción¹⁷.

Se presenta la resolución como una acción que le otorga el ordenamiento jurídico colombiano a las partes contractuales con el fin de enderezar la situación del incumplimiento, es entonces un instrumento potestativo con el cual cuenta uno de los extremos contractuales para reestablecer el equilibrio perdido. En sentido similar (Velásquez Gómez, 2013) plantea la resolución no como una sanción sino como un remedio, que tiene su origen en la edad media¹⁸.

Se tiene entonces que, ante el incumplimiento contractual, con independencia de si hay o no contratante cumplido, el sistema faculta al contratante de adoptar unas acciones o remedios, estas son la posibilidad de solicitar la resolución del contrato o la ejecución forzada, al final, no contiene como requisito de procedibilidad el acaecimiento de un contratante cumplido y otro incumplido, sino que el mero incumplimiento otorga al contratante acreedor los remedios esbozados para restablecer el equilibrio perdido¹⁹.

¹⁶ Así lo sostuvo López (1942) “Por leyes excepcionales se entiende, según ROTONDI, aquellas normas que hacen excepción a las reglas generales o a otras leyes, en el sentido de que ellas derogan los principios establecidos por la más vasta categoría de relaciones” (p. 297). Un ejemplo de normas exceptivas por excelencia son las normas tributarias que ofrecen exenciones o beneficios regulados en normas que exceptúan ciertos casos de la generalidad, muestra de ello se puede observar en la sentencia C-1107/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁷ Al respecto: “A lo largo del desenvolvimiento de la figura de la resolución se palpa una actitud maniquea. Bien puede decirse que la resolución por incumplimiento nació bajo ese signo. Así alumbró de la mano de los canonistas como una pena (cuando menos, ‘una pena latente’ o una amenaza disuasiva), y sigue siendo común la consideración de que con la resolución se castiga el incumplimiento, al extremo de afirmar que ‘el juez puede declarar que el contrato merece ser destruido simplemente porque el deudor culposo merece ser privado de él’, pese a ser nítida la función resolutoria para equilibrar la situación o, mejor, la relación entre las partes del contrato de prestaciones correlativas, igualmente señalada desde entonces”. (Hinestrosa Forero, 2015)

¹⁸ Al respecto “En última instancia, la condición resolutoria tácita no constituye una modalidad de las obligaciones, sino un remedio legal que se vino a establecer en la época medieval como solución al incumplimiento de las obligaciones que emanaba de un contrato bilateral, en razón de que hasta ese momento la resolución sólo tenía cabida cuando se estipulaba de manera expresa que fue lo que se conoció, y aún se conoce, como pacto comisorio, de origen netamente romano”. (Velásquez Gómez, 2013)

¹⁹ Pizarro y Vidal (2010) manifiesta que “[...] la resolución tiene como condición única el incumplimiento esencial del deudor y procede independientemente de si el acreedor que la pide ha cumplido o está

Así pues, queda demostrado que el artículo 1546 supera los requisitos necesarios para la aplicación de analogía, siendo viable su uso mediante esta herramienta para aplicar a los casos de incumplimiento bilateral en contratos con obligaciones correlativas.

4. Evaluación de las Soluciones Expuestas por la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Analogía

Se hace necesario establecer cuál sería entonces la solución que en derecho más se ajusta al caso de mutuo incumplimiento en contratos sinalagmáticos, y a esto se podrá llegar haciendo una evaluación de las distintas posturas relacionadas en el presente artículo.

4.1. Evaluación de la Imposibilidad de Resolución por Parte del Juez ante la Ocurrencia de un Mutuo Incumplimiento

La Corte sostuvo que no era procedente la aplicación del artículo 1546 del Código Civil ya que, este tenía como requisito obligatorio que uno de los contratantes hubiera cumplido y el otro no, solo así se habilitaba la posibilidad para el contratante cumplido de solicitar la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo con los correspondientes perjuicios. Igualmente atendiendo al artículo 1609 del mismo libro, no puede hablarse de la causación de la mora ya que, se consagró en este artículo que ante el incumplimiento de todas las partes contractuales no acaecía la mora (CSJ, Civil, Gaceta Judicial LVIII/1944, M.P. H. Salamanca). Por ello, los contratantes incumplidos de manera recíproca, si querían acceder a la jurisdicción, no tenían otra

opción más que cumplir para que ante ellos se abriera la posibilidad de solicitar la resolución contractual o la ejecución forzada con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Respecto a esta posición se debe señalar que es obligación y deber del juez el dirimir los conflictos que ante él se presenten (Código General del Proceso Colombiano, 2012, Art. 42, numeral 5) y no pueden excusarse en la falta de normatividad específica ya que para ello el mismo cuerpo normativo otorgó la herramienta de la analogía.

Es por ello que, haciendo uso de esta posibilidad, el juez toma las normas aplicables al caso y mediante la analogía crea nuevas normas que puedan dirimir la controversia en específico, caso en donde el supuesto de hecho no se ajusta a ningún supuesto establecido de manera taxativa en la ley. (Mantilla et al., 2007)

Por lo anterior no es procedente decir que un caso no encaja en su totalidad en ninguno de los artículos del ordenamiento jurídico, ya que, esto en sí mismo desconoce y viola los derechos y deberes consagrados en nuestra legislación; es así que no es acertado el hecho de que el juez sostenga la no resolución del conflicto por no ajustarse de manera específica a las circunstancias previstas por la ley y pretender que los sujetos inmersos en la controversia deban actuar de manera tal que le permita esto al juzgador encajar el conflicto en las circunstancias específicas contempladas en el ordenamiento jurídico.

Se debió echar mano de las herramientas disponibles para dirimir este tipo de conflictos, donde, el ordenamiento

llano a cumplir [...]” (p. 467). Es entonces el único requisito de la resolución en mero incumplimiento, siendo la resolución uno de los remedios ofrecidos a los contratantes. Así mismo se tiene como remedio al incumplimiento del contrato, así Pizarro y Vidal (2010) señalan que “En lo que concierne a la pretensión de cumplimiento, ejecución forzada o en naturaleza, es conveniente precisar que constituye un remedio entre otros de que dispone el acreedor”. (p. 215)

jurídico previendo su incompletitud, brindó a los jueces la figura de la analogía para que estos pudieran resolver los conflictos que se les presenten.

4.2. Evaluación de las Soluciones Alternativas Propuestas por la Corte Suprema de Justicia

La Corte entendiendo la obligación y deber de dar solución a las controversias ante ella presentadas, basada en los artículos 1602 y 1609 del Código Civil, aseguró que el consentimiento puede ser expreso o tácito, por tanto, del incumplimiento recíproco se derivaba la intención de los contratantes de no llevar a cabo el contrato celebrado, de ahí se sustenta la decisión de declarar el mutuo disenso tácito, tal como se expuso de manera amplia líneas arriba²⁰.

Al respecto se debe referir dos cosas, la primera de ellas es el riesgo que existe de inferir de la acción y/o inexecución de una acción la voluntad de las partes ya que, si la realidad fuera que todos los extremos contractuales quieren dar por terminado el contrato, la misma ley los faculta para terminarlo por mutuo acuerdo, tal como lo establece el artículo 1602 del Código Civil, siendo entonces innecesario para las partes someterse a un proceso jurisdiccional, con el cual buscan se declara el desistimiento tácito, cuando están facultados para dar por terminado el contrato sin la mediación de un juez. Tal es el riesgo de esta postura que, como se ilustró con antelación, la misma Corte, en busca de ser más garantista, resolvió ajustar los requisitos para la declaratoria del mutuo disenso tácito.

Segundo, como se evaluó, es procedente a todas luces la aplicación de la analogía a los casos de incumplimiento bilateral en contratos con obligaciones recíprocas. Es entonces deber del juez, haciendo uso del mismo espíritu de la norma, resolver un vacío legal, la esencia misma y la razón de existir de la analogía, ser una extensión del querer que el legislador quiso depositar en nuestras normas.

Se considera entonces que aplicar el mutuo disenso tácito no es la solución más cercana a una interpretación armónica de la legislación colombiana.

4.3. Evaluación de la Declaratoria Mutuo Disenso Tácito ante la Concurrencia del Incumplimiento Recíproco y Demás Acciones Tendientes a dar por Terminado el Vínculo Jurídico

En atención al riesgo que significaba el inferir la voluntad de las partes de la configuración de una sola acción, la Corte sostuvo que del mero incumplimiento no era posible inferirse de manera inequívoca la voluntad de los contratantes, por ello en amplia jurisprudencia sostuvo que el incumplimiento debía venir aparejado de otras acciones tendientes a dar por terminado el vínculo contractual, siendo esta la postura mantenida por la Corte hasta la sentencia proferida el 05 de julio de 2019 como se refirió.

En consecuencia, el cuerpo colegiado cambió los lineamientos jurisprudenciales exigiendo para la declaratoria del mutuo disenso tácito, no solo el mero incumplimiento sino demás

²⁰ “Se establece, entonces, como enseña Canosa (2002) que en aplicación de los artículos 1.602 y 1.609 del código civil, así como el contrato es creado por un acuerdo de voluntades, de la misma manera, por otro acuerdo de los contratantes, se puede extinguir; que en eso consiste el mutuo disenso del que se puede dar dos modalidades: el expreso y el tácito correspondiendo a la primera la manifestación clara y expresa de los contratantes con la finalidad de acabar el contrato, mientras que en la segunda, el acuerdo de voluntades extintivo, es el que se infiere del comportamiento de los contratantes, consiste precisamente en su mutuo incumplimiento”. (Ramos Nocua, 2011)

acciones encaminadas a dar por terminado el vínculo contractual²¹.

Esta posición de la Corte Suprema de Justicia, pese a buscar darle una mayor certeza a la inferencia de la voluntad de las partes, 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.

Respecto de la aplicación de la analogía, esta postura sigue la misma suerte de la inmediatamente anterior, la legislación otorga al juez la analogía como una herramienta para que, respetando el espíritu de esta, pueda resolver los casos que se le presenten y se encuentren en un vacío legal. Por ello, es que el juez debe tomar de manera primigenia las herramientas brindadas por la ley colombiana. Dicho esto, se debieron resolver los casos de incumplimiento recíproco en contratos sinalagmáticos a través de la analogía, respetando los principios y el espíritu del ordenamiento jurídico de la nación.

4.4. Evaluación de la Capacidad de las Partes, por Igual, para Solicitar a su Arbitrio la Ejecución o Resolución del Contrato

La sentencia proferida por la Corte el 5 de julio de 2019 expuso que no es posible establecer, basado en la interpretación de nuestra legislación, que por el hecho de haber incumplido los dos contratantes no pudieren solicitar la resolución ni la ejecución del contrato.

En este cambio de la línea jurisprudencial, la Corte señala que la solución a los casos de contratos con obligaciones correlativas, donde hay incumplimiento mutuo, se debe llegar a través de la figura de la analogía, por ello realiza una exposición de lo artículos que pueden llegar a regular casos similares de lo que se infiere que en efecto el artículo 1546 es aquel que regula el caso más cercano al incumplimiento bilateral en contratos sinalagmáticos y que, de las normas que regulan incumplimientos “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”. (CSJ, Civil, SC1662/2019, M.P. A. García)

Sin embargo, es bastante enfática al referir que, pese a conceder, vía analogía, la posibilidad de solicitar la resolución o la ejecución forzada del contrato en el caso de interés del presente artículo, no le es dable a ninguno de los contratantes incumplidos solicitar perjuicios. Esto se basa en los artículos 1609 y 1615, mediante los cuales se concluye que frente a un incumplimiento bilateral no se puede constituir ninguno de los contratantes en mora y, por ende, no hay deber de indemnización de ninguna de las partes contractuales. (CSJ, Civil, Sentencia SC1662, 2019, M.P. A. García)

Ahora bien, expuestas estas consideraciones, se sostiene que la respuesta más respetuosa con el espíritu de nuestra legislación es la expuesta en la Sentencia SC1662 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia. Esta decisión se basa en el uso de las herramientas que la misma legislación ofrece, específicamente utilizando la analogía para extraer del ordenamiento jurídico la respuesta más cercana a la voluntad del legislador.

²¹ Véase: Sentencia del 20 de septiembre de 1978 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

La Corte Suprema no se limitó solo a exponer por qué el artículo 1546 era la norma más cercana al caso de estudio, sino que realizó toda una interpretación del espíritu normativo. Esto implicó analizar el trato dado por las normas en casos de incumplimiento, extrayendo el silogismo implícito en el cual frente a un incumplimiento, las acciones que le otorga el legislador al contratante son la solicitud de la ejecución obligatoria del contrato o la terminación del mismo (CSJ, Civil, SC1662/2019 M.P. A. García). Es por lo que, en concordancia con la legislación colombiana concluye (CSJ, Civil, SC1662/2019 M.P. A. García) que cualquiera de los contratantes puede solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del contrato, ello sin lugar a solicitar indemnización ni perjuicio.

Conclusiones

Una vez expuesto un repaso histórico por las posturas de la Corte Suprema de Justicia frente al incumplimiento mutuo en contratos con obligaciones bilaterales, junto con sus virtudes y deficiencias, se concluye que: no existe regulación específica para el caso en comento, por ello es necesario acudir a la figura de la analogía ampliamente expuesta a lo largo de este texto. Es necesario buscar dentro de la legislación colombiana la norma que sea más cercana al caso inmerso en el vacío legal, y segundo, recurrir a la doctrina y las reglas generales del derecho.

Teniendo en cuenta entonces los artículos reseñados en la parte introductoria del presente escrito, se observa que el artículo más cercano al supuesto de hecho es el 1546 del Código Civil. Esto se debe a que no existe norma que regule el incumplimiento de las dos partes contractuales en contratos sinalagmáticos, más allá de lo expuesto en el artículo 1609 del Código Civil. Adicionalmente, si bien existen dentro de nuestro ordenamiento más normas que regulan casos de

incumplimiento unilateral, todas estas hacen referencia a figuras contractuales determinadas. Sin embargo, el artículo 1546 es una norma de carácter general que regula el incumplimiento unilateral en contratos sinalagmáticos, y tiene como razón de su existencia darle un remedio al incumplimiento contractual.

Ahora bien, atendiendo a la analogía como herramienta de resolución, se debe tomar como piedra angular el artículo relacionado, no queriendo decir con ello que se deba forzar a encajar en dicho artículo el incumplimiento recíproco, más se debe tener como norte dentro del estudio realizado para llenar el vacío legal, al buscar derivar de la legislación la respuesta que en derecho corresponda. Bien se ha sostenido que la analogía se entiende como “un instrumento de integración que impone al intérprete cuestiones complejas, relativas a la interpretación de los hechos, a la identificación de los criterios de comparación y a la caracterización de las normas aplicables”. (Calderón y López, 2016,)

Por su parte, como se demostró en este artículo, el artículo 1546 supera los requisitos para que pueda ser usado mediante analogía para resolver casos similares, como el que aquí se presenta.

Dicho esto, se puede abstraer del artículo 1546 la posibilidad que tiene un contratante, de solicitar la resolución o la ejecución forzada del contrato ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales sin lugar a reclamar ninguna indemnización, basado en los artículos 1609 y 1615 del Código Civil.

Entonces, si quedare duda alguna sobre la aplicación que se le debería dar al artículo 1546, por querer interpretarlo de manera restrictiva y nos remitiéramos a las reglas generales del derecho, basado en los artículos 1882, 1888, 1930, 1983, 1984 y 1997 del Código Civil y 870 y 973 del

Código de Comercio, se obtiene como regla el siguiente silogismo: ante un incumplimiento, nace para el acreedor la posibilidad de solicitar la resolución o la ejecución contractual.

Es así como, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, como regla general se tiene que, ante el incumplimiento de uno de los contratantes, nace para el acreedor la posibilidad de solicitar la resolución o la ejecución del contrato al ser este la acción que se le concede a cualquier acreedor de un crédito, como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia. (CSJ, Civil, CLXV/1982, M.P. J. Salcedo)

Por ello, no se debe privar al acreedor de las acciones que le corresponden por el hecho de haber incumplido ya que, por el mero incumplimiento no se debe castigar al también acreedor de una obligación privándolo del derecho que tiene a poder reclamar su crédito mediante las acciones pertinentes, tal como lo menciona la Corte. (CSJ, Civil, CLXV/1982, M.P. J. Salcedo)

Por ello, inferir del incumplimiento y demás acciones tendientes a dar por terminado el vínculo contractual es riesgoso, entendiendo que la misma legislación les concede a los contratantes la posibilidad de terminar el contrato por acuerdo mutuo, es así como de ser su verdadero querer el terminar el vínculo contractual lo podrían hacer.

En atención a todo lo expuesto, se colige que en casos de incumplimiento recíproco en contratos sinalagmáticos, no procede la declaratoria de mutuo disenso tácito, sino la posibilidad que tienen cualquiera de los contratantes incumplidos de solicitar a su arbitrio bien sea la ejecución forzada del contrato o la resolución del mismo, ello debido a la aplicación analógica principalmente, sin dejar de lado que son estas las facultades

propias que les da el ser acreedores de una obligación, y lo derivado del compendio de normas del ordenamiento jurídico colombiano.

A su vez, no pueden los contratantes que hayan incumplido de manera recíproca, en contratos de obligaciones bilaterales, cobrar perjuicios derivados del incumplimiento del otro contratante, puesto que para hacerlo debería estar el deudor constituido en mora, escenario que no se puede concretar en el estadio del incumplimiento recíproco al no configurarse lo solicitado por el artículo 1615 del Código Civil.

Finalmente atendiendo al marco de estudio del presente artículo, la solución ante un incumplimiento en una promesa de compraventa de un bien inmueble donde, se han entregado arras, no teniendo justo título quien las recibió para conservarlas ni quien las entregó para reclamarlas es que, al ir a la jurisdicción pudieren solicitar la resolución de la compraventa del inmueble o la ejecución de esta.

Referencias Bibliográficas

- Bohórquez Orduz, A. (2016). Principio de completitud de la Ley escrita y creación judicial del derecho en conflictos contractuales civiles, *Revista Temas Socio Jurídicos*, 35(70), 119-131. <https://doi.org/10.29375/01208578.2504>
- Calderón Villegas, J. y López Castro, Y. (2016). La analogía en asuntos de Derecho privado. Legis Editores S.A., Editorial Universidad del Rosario.

Chinchilla Imbett, C. (2015). ‘Contrarius consensus’: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana. *Revista de derecho Privado*. (28), 79–126. <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.04>

Gaviria Gil, M. (2013). El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica. *Revista de Derecho*, (39), 30-57. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972013000100002

González de Cancino, E, Cortés, E y Navia Arroyo, F. (2014). Estudios de derecho civil: en memoria de Fernando Hinestrosa Editorial Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las obligaciones. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Mantilla Espinosa, F., Ternera Barrios, F. y Aljure Salame, A. (2007). Los Contratos en el Derecho Privado. Universidad del Rosario, Legis.

Pizarro, C., y Vidal, A. (2010). Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños. Editorial Universidad del Rosario.

Ramos Nocua, J. (2011). Problemas Jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento, *Revista Principia Iuris*, 16(6). 83-119.

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/436/585>

Velásquez Gómez, H. (2013). Estudio Sobre las Obligaciones. Temis.

Referencias Normativas

Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia).

D. 410/1971, Arts. 870 y 973.

L. 153/1887.

L. 1564/2012, Art. 42.

L. 57/1887.

L. 84/1873 adoptado por la L. 57/1887 como Código Civil de la República, L. 31/1873 (Estados Unidos de Colombia), y la L. 57/1887. Se cita la Ley 57 de 1887, que adoptó el Código Civil de la Unión como Código Civil de la República de Colombia tal como lo establece Cardozo Roa, C.C. (2022), Arts. 870, 973, 1546, 1602, 1608, 1609, 1615, 1625, 1882, 1888, 1930, 1983, 1984 y 1997.

Referencias Jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial

- CXLVIII, M.P. Ernesto Escallón Vargas; 23 de septiembre de 1974.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1662-2019. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 5 de julio de 2019.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial LVIII. M.P. Hernán Salamanca; 13 de diciembre de 1944.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial LXVII. M.P. Hernán Salamanca; 25 de marzo de 1950.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial CLXVIII. M.P. Germán Giraldo Zuluaga; 20 de septiembre de 1978.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial CLXV M.P. Jorge Salcedo Segura; 7 de diciembre de 1982.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial CLVIII. M.P. Ricardo Uribe-Holguín; 29 de noviembre de 1978.
- Corte Suprema de Justicia Sentencia SC-107-2007. M.P. César Julio Valencia Copete; 14 de agosto de 2007.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-192. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; 01 de diciembre del 1993.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial LX, M.P. Pedro Castillo Pineda; 13 de junio de 1946.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia S-12-02-2007. M.P. Edgardo Villamil Portilla; 12 de febrero de 2007.

Referencias Complementarias

- Cardozo Roa, C. C. (2022). Del concepto legal al constitucional de familia en el derecho sucesoral colombiano. En: Cardozo Roa, C.C.; Martínez Muñoz, K.X.; Ternera Barrios, F. (Eds.) Retos del derecho de familia contemporáneo. (pp. 307-356) Universidad del Rosario.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta CLIX. M.P. Alberto Ospina Botero; 05 de noviembre de 1979.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial XLIII. M.P. Eduardo Zuleta Ángel; 29 de noviembre de 1936.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial LV. M.P. Hernán Salamanca; 23 de marzo de 1943.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial CLXXX, M.P. José Alejandro

Bonivento Fernández; 16 de julio de 1985.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial LXXI. M.P. Gualberto Rodríguez Peña; 25 de febrero de 1952.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial LXXVIII. M.P. Ángel Zuleta; 17 de septiembre de 1954.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia S-01-07-2009. M.P. William; 01 de julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2307-2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalve; 25 de julio de 2018.