

Principia IURIS

16



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MEN N° 5337
del 25 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A

Experiencia y Calidad

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 16

pp. 01 - 446

julio
diciembre

2011

ISSN: 0124-2067



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA
COLCIENCIAS A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 16

Tunja, 2011-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

CATORCE (16)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2011

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 31035

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador: Santiago Suárez Varela

Corrector de estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente investigador de la Facultad

Revisión Inglés:

Angela Marcela Robayo Gil,
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Andrés Felipe Torres Cardozo, Harold Yesid Villamarin Preciado, Juan Sebastián Hernández Yunis monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal, la divulgación hecha a Bibliotecas y centros educativos se entiende realizada con fines académicos.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

LA MISION DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

**TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS
EN PRINCIPIA IURIS.**

1. *Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.*
2. *Anexo al artículo deberá anexarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.*
3. *Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS*
4. *Los artículos aprobados con condiciones, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico, en todo caso no se revela el nombre del par a los autores.*
5. *Los artículos rechazados, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.*
6. *Los artículos seleccionados y aprobados sin modificaciones o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y al comité editorial para su evaluación final.*
7. *De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.*
8. *El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.*
9. *Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.*
10. *PRINCIPIA IURIS: Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.*

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses
Universidad paris X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama
Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de estudios a distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Ph. D. Natalia Barbero

Abogada. Especialista en Derecho Penal. Con Master en Derecho Comparado (USD, Estados Unidos). Doctora en Derecho Penal (UNED, España). Con certificado de Suficiencia Investigadora en la Universidad de Sevilla. Ex - becaria Fulbright. Ex - becaria del Instituto de Cooperación Iberoamericana. Profesora de Derecho Penal y de Derecho Penal Internacional en la Universidad de Buenos Aires (niveles de grado, posgrado y Maestría Penal del Mercosur). Profesora de Teoría del Delito y de Derecho Penal Internacional en el Curso de Especialización del Ministerio Público (Universidad de Buenos Aires). Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional (Posgrado y Maestría) en la Universidad de la Patagonia (Trelew y Comodoro Rivadavia), Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Central del Ecuador. Traductora Pública de Inglés. Traductora oficial del Profesor George P. Fletcher. Secretaria de Relaciones Institucionales de la Revista de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Integrante del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Penal Económico. Responsable de la sección de jurisprudencia de Derecho Penal Tributario de la página web de Derecho Penal Económico (Rubinzal).

Ph.D. Rafael Ballén Molina

Abogado Universidad Libre De Colombia – Bogotá, Especialista Derecho Administrativo Universidad Libre De Colombia, Magíster Universidad de Zaragoza, Doctor En Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza, Director del grupo de investigaciones hombre sociedad estado. Universidad de Zaragoza, Profesor e investigador y doctor en derecho publico por la universidad Zaragoza (España), Director del grupo de investigación hombre-sociedad-estado. Ex Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral, Ex Procurador Delegado- rafaballen@hotmail.com.com.

C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, Universidad UPTC, Abogado, Universidad Autónoma, Bogota, Especialista en Derecho Medico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle, Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente, Universidad Distrital Francisco José de Caldas Facultad de Ciencias y Educación.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Fray Luís Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División, USTA Tunja, Abogado Universidad Católica Filósofo, Teólogo Universidad Pontificia Bolivariana, Magister (c) Derecho Público USTA.

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad De Nantes Francia, Docente investigador Facultad de Derecho
Teléfono: 7440404-3125430916. Alexisramirezarenas@hotmail.com.

Esp. Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia
Derecho con Especialización en la Universidad Externado de Colombia en
Derecho Comercial y Especialización en la Universidad Del Rosario en
Derecho Procesal Civil

Esp. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

CONTENIDO

Editorial 15

Sección I: Artículos de carácter general para el estudio de la ciencia jurídica

El por qué de los semilleros 19
Dr. Jairo Parra Quijano

Carlos Arturo Torres E Idola Fori 27
Mg. Carlos Gabriel Salazar

La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa..... 39
Mg. Fernando Arias García

La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativo 61
Mg. Fernando Badillo Abril

Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento..... 83
Mg. José Helvert Ramos Nocua

Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano..... 121
Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción 143
Ph.D Yolanda M. Guerra García

Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia 167
Esp. Mario Alfonso Villate Barrera

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
-----------------	-----------------	--------	-------------	-----------------	------	-----------------

El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales. 189
Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa

El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho. 233
Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección II: tema central - ciudadano, estado y justicia: la redivindicación por el respeto de los derechos fundamentales

La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político 289
Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez

Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable..... 307
Esp. José Leonardo Suarez

La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano. 331
Esp. Gustavo Aguilera B.

Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías. 377
Lt. Vanesa S. Alfaro.

Sección III: temáticas internacionales, extranjeras o comparadas

Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad 397
Lic. Genaro Velarde Bernal

La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán 413
Mg. Eyder Bolívar Mojica

EDITORIAL

CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Presentamos a la comunidad académica, jurídica e intelectual, el número 16 de la Revista Institucional, Principia Iuris, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio - Jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Seccional Tunja, correspondiente al segundo semestre de 2011, en la cual se presentan los resultados definitivos de las investigaciones desarrolladas por los autores, con rigor metodológico y conceptual, habiendo sido aprobados por los pares evaluadores, el comité editorial y el editor.

La investigación únicamente se justifica, en tanto que función sustantiva de la universidad, cuando integra el proceso de enseñanza-aprendizaje y la proyección social, enseñanza que implica el dominio de múltiples competencias las cuales se desarrollan, fortalecen y perfeccionan cuando el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, después de todo el desarrollo de un proyecto implica el dominio de un área y la evidencia de la capacidad de tratar un tema con rigor, por lo cual la habilidad cognitiva, lecto-escritural y argumentativa, se ha de desprender de una habilidad para la investigación, un jurista en la vida moderna, no podrá acceder a grados de magister o doctor, ni a publicaciones reconocidas sin la habilidad para la investigación, por eso mismo, son precisamente quienes no han accedido a estos espacios de publicación y titulación, quienes cuestionan pobremente la formación para la investigación, negándose a las exigencias contemporáneas y destinadas como los que no se adaptan, a la extinción.

Por otro lado la proyección social la obtenemos a través de proyecto explícitos de carácter social evidenciados en un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, sin embargo no solo mediante el activismo se logra un impacto social de la investigación, sino que el resultado mismo en la ciencia del derecho es el aporte a la comunidad, después de todo la comunidad que goza de un sistema jurídico sólido esta destinada a prosperar, así las cosas el aporte de los procesos de investigación se evidencian por estas diferentes vías, y ante todo, porque el proceso de formación nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación constante, ellos son el principal impacto social de nuestros proyecto y líneas.

Históricamente se nos presentan distintos conceptos en una surte de división excluyente como es el caso de las doctrinas, realista, positivista y naturalista entre las relevancias fácticas normativas y axiológicas, sin embargo nuestras convulsionadas sociedades no necesitan mas razones para separarse y desquebrajarse , al contrario tener los puentes que generen la cohesión necesaria para fortalecer el tejido social sobre el cual desarrollar una sociedad que persiga el interés general debe ser la meta superior del desarrollo investigativo.

En ese orden de ideas esa sedación entre ciudadanos y organización estatal como contendientes separados por los derechos donde uno ejerce su poder para su violación o el otro los reivindica para detener el desarrollo, es una percepción del todo indeseable y anti técnica, pues no son contendores en un rin sino parte del mismo entre reamado que persigue el interés general, el cual en una democracia solo puede entender ese como la construcción de una sociedad que se despliega en le desarrollo y respeto de los derechos fundamentales

Así, con orgullo, presentamos los aportes de los investigadores que han plasmado una vez más en estas páginas lo mejor de su inteligencia y fuerza de trabajo, nuestro reconocimiento a, Jairo Parra Quijano, Carlos Gabriel Salazar, Fernando Arias García, Fernando Badillo Abril, José Helbert Ramos, Rubén Serna, Yolanda M. García Sierra ph. D, Mario Alfonso Villate Barrera, Yenny Carolina Ochoa, Diego Mauricio Higuera Jiménez, Deiby A. Sáenz Rodríguez, José Leonardo Suárez, Gustavo Aguilera B, Vanesa S Alfaro, Genaro Velarde Bernal, Eyder Bolívar Mojica, con temas sobre ¿que es la investigación?, Carlos Arturo Torres e Idola Fori, la estructura del proceso contencioso en la ley 1437, la ley 1395 y sus reformas al proceso declarativo, problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento, llamemos a las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad ciudadana y particularidades del derecho público colombiano en la actualidad junto con el derecho penal además de algunas temáticas de derecho internacional.

En este orden la Facultad de Derecho por medio de su Centro de Investigaciones presenta su revista número 16, como un reconocimiento a quienes han decidido tomar estos caminos más exigentes y fructíferos, como una invitación para quienes los vayan a cursar, está destinada esta publicación.

Y por su puesto ¡gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

**SECCIÓN I: ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA
EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA.**

PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES DEL MUTUO DISENSO TÁCITO POR MUTUO INCUMPLIMIENTO.

Mg. (c) José Helvert Ramos*

Fecha de recepción: 13-09-11

Fecha de aprobación: 19-11-11

RESUMEN**

En el derecho privado colombiano ha sido ardua la discusión sobre cuál puede ser la adecuada interpretación jurídica para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa. Ello se puede constatar en la pluralidad de posturas jurisprudenciales que ha producido la Corte Suprema de Justicia en la que se destaca la tesis jurisprudencial del mutuo disenso tácito de la que se exponen dos modalidades: el mutuo y simultáneo incumplimiento como equivalente al mutuo disenso tácito; y la del mutuo y concomitante incumplimiento más otras circunstancias de cada uno de los contratantes que den certeza de su voluntad recíproca de prescindir del contrato previo, presupuestos éstos exigidos como necesarios para estructurar la otra modalidad que es la vigente en el. Igualmente, se hallan otras posturas: por ejemplo la que permite la procedencia concurrente de las pretensiones de resolución, o de cumplimiento,

* Abogado Universidad Libre, con especializaciones en derecho procesal, y derecho probatorio. Maestría en Derecho contractual público y privado en curso. Docente de derecho Privado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, y de derecho procesal y probatorio de la Universidad Libre. Docente en el postgrado de derecho procesal de la Universidad de Boyacá. tel. 7440404 AI

** Artículo de orden reflexivo, de investigación innovación y desarrollo, producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación finalizado “problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento”, vinculado a la línea de investigación en “tendencias en el derecho privado y actualidad de las relaciones entre particulares”. Del Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas.

El método usado en el presente artículo encuentra su fundamento en un estudio documental de la doctrina jurídica relevante, la jurisprudencia de la Corte constitucional y la ley.

o de mutuo disenso tácito, según e; o la que, solo acepta la resolución y el mutuo disenso; o la que niega la improcedencia de las pretensiones de resolución o de cumplimiento pero sin establecer fórmula alguna de solución.

Todo este escenario, por sí solo es revelador de lo arduo y polémico que ha resultado para la jurisprudencia afrontar el problema. No obstante, resulta dable sostener que aún no se ha logrado una solución concluyente dadas las contradicciones y vacíos de que adolece cada una de las tesis jurisprudenciales enunciadas incluida la postura vigente del mutuo disenso tácito. Ello justifica el objeto de estudios como el aquí se propone, el cual se dedica solo al problema del mutuo disenso tácito.

PALABRAS CLAVES

Simultáneo y mutuo incumplimiento contractual; mutuo disenso; mutuo disenso tácito; contratos bilaterales; la forma de los contratos; el consentimiento en el mutuo disenso; congruencia de las sentencias; actos ilícitos.

ABSTRACT

In the Colombian private law has been difficult discussion of what may be the proper legal interpretation to resolve the problem of mutual and simultaneous breach of promise of sale contracts. This can be seen in the plurality of jurisprudential positions that caused the Supreme Court in which it highlights the jurisprudential thesis of tacit mutual

consent which sets out two ways: the mutual and simultaneous failure as equivalent to tacit mutual consent; and the concomitant failure of mutual and most other circumstances of each of the contractors who provide certainty of their mutual willingness to waive the previous contract, these budgets required as necessary to structure the other method that is valid in the. Also, are other positions: for example, that allows the merits of the claims concurrent resolution, or compliance, or tacit mutual consent as and, or that only accepts the resolution and mutual consent, or that denies the invalidity of the claims resolution or compliance but without establishing any settlement formula.

This whole scenario alone is indicative of how hard and controversial case law has proven to address the problem. However, it is possible to argue that is not yet conclusive solution has been reached given the contradictions and gaps that suffers every jurisprudential thesis outlined the current position including tacit mutual consent. This justifies the object of study as proposed here, which is dedicated only to the problem of tacit mutual consent.

KEYWORDS

Simultaneous and mutual breach of contract; mutual consent; tacit mutual consent; bilateral contracts; the form of contracts; mutual consent on dissent; consistency of judgments; illegal acts.

RÉSUMÉ

Dans la loi colombienne privée a eu des discussions difficiles sur ce qui peut être l'interprétation juridique correcte pour résoudre le problème de la violation mutuelle et simultanée de la promesse de contrats de vente. Cela peut être vu dans la pluralité de positions jurisprudentielles qui ont causé la Cour suprême dans lequel il met en évidence la thèse jurisprudentielle d'un consentement mutuel tacite qui énonce deux manières: l'échec mutuel et simultané comme l'équivalent d'un commun accord tacite; et l'échec concomitant des circonstances mutuelles et la plupart des autres de chacun des entrepreneurs qui fournissent la certitude de leur volonté mutuelle de renoncer au contrat précédent, ces budgets nécessaires que nécessaire de structurer l'autre méthode qui est valide dans le. En outre, d'autres postes: par exemple, qui permet le bien-fondé de la résolution des réclamations concurrentes, ou de conformité, ou tacite consentement mutuel et, ou qui accepte que la

SUMARIO

1. Metodología 2. Introducción. 3. Tesis jurisprudenciales sobre el mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos bilaterales. Problemas. 3.1 Tesis del mutuo y simultáneo incumplimiento como problema sin solución en la jurisprudencia colombiana frente a la resolución de los contratos por

resolución et le consentement mutuel, ou que nie la nullité de la résolution des réclamations ou le respect, mais sans établir une formule de règlement.

Ce scénario est seul indicatif de la façon dont la jurisprudence dur et controversé a prouvé pour résoudre le problème. Cependant, il est possible de faire valoir que la solution n'est pas encore concluante n'a été atteint, compte tenu des contradictions et des lacunes qui souffre chaque thèse jurisprudentielle exposé la position actuelle, y compris le consentement mutuel tacite. Cela justifie l'objet de l'étude tel qu'il est proposé ici, qui est dédié uniquement au problème du consentement mutuel tacite.

MOTS CLÉS

Violation simultanée et réciproque du contrat, le consentement mutuel, tacite consentement mutuel, les contrats bilatéraux, la forme de contrats, l'accord sur la dissidence, la cohérence mutuelle des jugements des actes répréhensibles.

incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido. 3.1.1 Problemática de esta tesis identificado por la jurisprudencia. 3.2 Tesis del mutuo disenso tácito ante el mutuo y simultáneo incumplimiento. 3.2.1 Problemática de esta tesis: 3.3. Tesis de la insuficiencia del mutuo y simultáneo incumplimiento para estructurar el mutuo disenso tácito 4. El mutuo disenso 4.1 El con-

cepto del contrato de mutuo disenso en la doctrina 4. 2. El consentimiento en el contrato de mutuo disenso 4. 3 Características del mutuo disenso 4.3.1. El mutuo disenso en cuanto a su forma 4.3.1.1 La forma en el mutuo disenso tácito en la jurisprudencia Colombiana 4.3.1.2 El supuesto de no ser solemne el mutuo disenso tácito 4.3.2 El mutuo disenso frente a la característica de la bilateralidad 4.3.2.1 Crítica a la doctrina del mutuo disenso como acto carente de contenido obligacional 4.3.2.2 Consideración de ser el mutuo disenso tácito un contrato extintivo según la jurisprudencia Colombiana 4.3.2.3 Supuesto de ser el mutuo disenso tácito acto extintor sin necesidad de causa 4.3.2.4 Supuesto de ser el mutuo disenso tácito un contrato generador de obligaciones extintoras de otro contrato 4.3.2.5 Momento del perfeccionamiento del mutuo disenso tácito jurisprudencial 4.4 El incumplimiento contractual como hecho ilícito 5. Conclusiones 6. Propuesta.

1. METODOLOGÍA

La metodología usada para este artículo surge a partir del estudio documental de los distintos conceptos jurisprudenciales con respecto al mutuo y simultáneo incumplimiento de las partes los cuales son confrontándolos con los conceptos que han tenido asidero en la doctrina para de esta forma

presentar el fenómeno estudiado con solides conceptual para poder presentar conclusiones y una propuesta a la problemática

2. INTRODUCCIÓN.

La evolución de la jurisprudencia colombiana en torno al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos bilaterales de derecho privado registra la presencia de varias doctrinas jurisprudenciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, se observa la tesis jurisprudencial del mutuo disenso tácito de la que se exponen dos modalidades: el mutuo y simultáneo incumplimiento como equivalente al mutuo disenso tácito. La evolución de la jurisprudencia colombiana en torno al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos bilaterales de derecho privado registra la presencia de varias doctrinas jurisprudenciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, se observa la tesis jurisprudencial del mutuo disenso tácito de la que se exponen dos modalidades: el mutuo y simultáneo incumplimiento como equivalente al mutuo disenso tácito¹; y el mutuo y concomitante incumplimiento más otras circunstancias de cada uno de los contratantes que den certeza de su voluntad recíproca de prescindir del contrato previo,

1 Al respecto se puede consultar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Ernesto Escallón Vargas de 23 de septiembre de 1974.

presupuestos éstos, exigidos como necesarios para estructurar la otra modalidad, que es la vigente en el país². Igualmente, se hallan otras posturas: por ejemplo la que establece la procedencia de la resolución frente al incumplimiento de obligaciones exigibles a un mismo tiempo³; o la que, ante el mismo supuesto, niega la posibilidad de la resolución o el cumplimiento pero sin establecer fórmula alguna de solución (CANOSA, 2005, Pág. 153).

Todo este escenario, como sugiere Hinestrosa (2002) por sí solo, es revelador de lo polémico que ha resultado para la jurisprudencia afrontar el problema y del extenso trabajo al que ha tenido que dedicarse la jurisdicción al respecto.

No obstante, resulta dable sostener que las dificultades continúan; pues en cada una de las tesis planteadas, incluida la vigente, se observan contradicciones que impiden una satisfacción concluyente. Ello justifica el propósito del presente trabajo cuyos límites únicamente comprenden las temáticas referidas a las dos posturas mencionadas del mutuo disenso tácito, quedando pendiente las demás tesis al objeto de otras investigaciones.

En consecuencia, el presente estudio tiene el objetivo general de establecer si es satisfactoria la teoría del mutuo disenso tácito jurisprudencial que se ha venido aplicando como solución al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento; como objetivos específicos se proponen los siguientes: hacer exposición de los argumentos vertidos en cada una de las modalidades de mutuo disenso tácito jurisprudencial y de la problemática que, según la misma jurisprudencia, dio lugar a la construcción de cada una de ellas; exponer algunas consideraciones doctrinarias en torno al mutuo disenso tácito haciendo especial relevancia en los aspectos del consentimiento, la forma y la bilateralidad de los contratos; examinar de manera crítica cada una de las modalidades jurisprudenciales de mutuo disenso tácito.

Establecer si la denominación “mutuo disenso” es realmente apropiada para denotar la extinción de los contratos por el acuerdo de las partes. Señalar si la jurisprudencia ha observado el criterio rector de la congruencia de las providencias judiciales tal como la misma Corte⁴ lo tiene establecido.

De conformidad con lo anterior, la pro-

2 Postura establecida en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Alberto Ospina Botero de 5 de noviembre de 1979.

3 Posición establecida en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Jorge Salcedo Segura de 7 de diciembre 1982.

4 Al respecto se pueden consultar las Sentencias 34145 de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez de abril 13 de 2.011; y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de mayo de 2008 Magistrado Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

blemática que se pretende resolver con el presente trabajo se concreta en los siguientes interrogantes: ¿Es acertada jurídica y lógicamente la construcción del mutuo disenso tácito utilizada por la jurisprudencia civil colombiana para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento? ¿Se cumplen los postulados inherentes a la forma y bilateralidad de los contratos en la elaboración teórica jurisprudencial del mutuo disenso tácito? ¿La denominación “mutuo disenso” resulta adecuada para denotar la extinción de los contratos por el acuerdo de las partes? ¿Se ha respetado la congruencia de los fallos judiciales con la tesis de mutuo disenso tácito?

Como hipótesis frente a las cuestiones formuladas se proponen: no resulta acertada jurídica y lógicamente la construcción jurisprudencial del mutuo disenso tácito que se aplica para decidir el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento; se vulneran los postulados inherentes a la forma y bilateralidad de los contratos en la elaboración teórica jurisprudencial del mutuo disenso tácito; no resulta adecuada la denominación “mutuo disenso” para denotar la extinción de los contratos por el acuerdo de las partes; el postulado de la congruencia de los fallos judiciales resulta vulnerado con la tesis de mutuo disenso tácito?

3 Tesis jurisprudenciales sobre el mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos bilaterales. Problemas.

Como se viene de mencionar, la jurisprudencia civil colombiana revela la elaboración de varias posturas jurisprudenciales en cuanto al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento dentro de las cuales se encuentra la construcción teórica del mutuo disenso tácito cuyos razonamientos se pasa a explicar. Por razones pedagógicas, en primer lugar, se hace exposición de la concepción con que se dio inicio a la evolución jurisprudencial en comento. En éste sentido se describen las problemáticas identificadas por la misma jurisprudencia como determinantes de cada tesis hasta llegar a la actual.

3.1 Tesis del mutuo y simultáneo incumplimiento como problema sin solución en la jurisprudencia colombiana frente a la resolución de los contratos por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido.

Se encuentra en un pronunciamiento jurisprudencial que data del 7 de diciembre de 1.897, por el que la Corte Suprema de Justicia⁵ con fundamento en los artículos 1.546 y 1.609 del código civil, sentenció que la posibilidad de obtener la resolución del contrato por incumplimiento, o su exigibilidad, solo

5 Para ampliar el tema es posible consultar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Jorge Salcedo Segura de 7 de diciembre 1982.

era procedente a discreción del contratante que no hubiera incurrido en incumplimiento. Esto significaba, entonces, que ante el incumplimiento mutuo y simultáneo, ninguno de los contratantes podía hacer uso de alguna de tales opciones, dado que contra ello resultaba procedente, a favor del contratante demandado, aunque incumplido, la excepción de contrato no cumplido. Desde entonces, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte⁶ esta tesis se ha mantenido vigente en el país, salvo dos posturas jurisprudenciales, una de las cuales admitió la posibilidad de exigir la resolución o el cumplimiento según la voluntad del demandante, mientras que la otra, solo permitió la resolución.

3.1.1 Problemática de esta tesis identificado por la jurisprudencia.

Con esta interpretación, los contratantes mutua y simultáneamente incumplidos se quedaban sin la posibilidad de acceder a la administración de justicia para obtener la efectividad de su derecho sustancial conforme lo ordena el Artículo 228 de la Constitución y el Artículo 4 del Código de Procedimiento Civil por cuanto no podían obtener solución al conflicto que los ataba con ocasión del mutuo incumplimiento, permaneciendo así en la indefinición.

Al efecto, resulta pertinente el siguiente ejemplo: Al celebrarse un contrato de promesa de compraventa, el prome-

del inmueble que promete vender, al tiempo que recibe una suma de dinero como parte del precio, quedando una parte considerable del mismo para pagarse en la misma fecha estipulada para la celebración del contrato prometido.

Sin embargo, sin justificación alguna, ninguno de los contratantes acude a celebrar el contrato prometido mediante el otorgamiento de escritura pública. Como se puede ver, el prome-

tiente vendedor no podría demandar la resolución para volver las cosas al estado anterior y recobrar así el inmueble, ni demandar el cumplimiento para obtener el pago del saldo del precio, por estar incurrido en incumplimiento. De manera, que con esa decisión solo quedaba buscar la formulación de pretensiones diferentes a las de resolución o cumplimiento que permitieran una salida al problema del mutuo y simultáneo incumplimiento, o esperar la operancia de la prescripción, o que los contratantes de mutuo acuerdo resolvieran la sin salida, situación ésta que se hacía más difícil por las limitaciones de la regla de la congruencia impuestas a los jueces respecto de las pretensiones y excepciones de mérito.

3.2 Tesis del mutuo disenso tácito ante el mutuo y simultáneo incumplimiento.

Los inconvenientes de la primera tesis que vienen de referirse encontraron

6 Al respecto se puede consultar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil; 29 de noviembre de 1978.

una alternativa de solución vertida en la primera modalidad de mutuo disenso tácito que produjo la jurisprudencia en el país: “De ahí también el lógico resultado de la disolución o desistencia por mutuo disenso tácito, en que exactamente debe traducirse la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes en el pacto”⁷

Se establece, entonces, como enseña Canosa (2002 p, 153 y 154), 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 pueden 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, consistente precisamente en su mutuo incumplimiento.

En otras palabras, el mutuo incumplimiento es igual a mutuo disenso tácito. Obviamente la excepción de contrato no cumplido resulta improcedente, pues ella solo está concebida para enervar la solicitud de resolución o de cumplimiento ante la demanda del contratante incumplido.

De esta manera, al disolverse el contrato, las cosas volvían al estado pre-

contractual, dando lugar con ello a las restituciones mutuas. De ahí que el mutuo disenso tácito en los términos explicados, resultara ser una superación de la tesis que dejaba sin solución el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento.

Se mantuvo la doctrina según la cual la resolución o el cumplimiento de los contratos sólo podía ser demandada por el contratante que no hubiera incumplido, o que estuviera dispuesto a cumplir en caso de no ser exigibles sus obligaciones. Asimismo, como el mutuo disenso tácito supone que ninguno de los contratantes esté en mora conforme al artículo 1.609 del código civil, no era procedente la solicitud recíproca de perjuicios.

3.2.1 Problemática de esta tesis:

Consistió en suponer, que de manera necesaria del mutuo y simultáneo incumplimiento se debe inferir el mutuo disenso tácito, lo cual puede ser equivocado, pues es posible que alguno o ambos contratantes a pesar de su simultáneo incumplimiento, en realidad no les interese dejar sin efectos el contrato. Se contrariaba el principio probatorio según el cual, de dicen Devis (1994), y Parra (2007), la certeza debe ser el fundamento del juez para dar por existente o inexistente un hecho.

Desde el punto de vista de la congruencia de las sentencias, es de resaltar, que en la jurisprudencia en comento

7 Al respecto se puede consultar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Ernesto Escallón Vargas de 23 de septiembre de 1974.

no aparece que el demandante haya planteado expresamente la pretensión de mutuo disenso tácito del contrato. No obstante, el mismo fue decretado oficiosamente por la Corte, sin haberse hecho sustentación de argumento normativo alguno al efecto.

Es evidente, que con ello resultaban vulnerados los artículos 305 y 306 del código de procedimiento civil que para la época ya estaban vigentes, pues si lo pretendido era la rescisión del contrato por vicios inhibitorios, como se expone en la referida sentencia, al decretarse el mutuo disenso tácito, se incurría en vulneración de la congruencia de las sentencias, entendida por la doctrina en general, por ejemplo con López(2005), Canosa(2005), Quinche(2005) como la concordancia que debe existir entre la sentencia y las pretensiones, excepciones, hechos y pruebas del proceso. En el mismo sentido la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil en sentencia del 1 de diciembre de 1993, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss se pronunció en los siguientes términos:

Resumiendo, entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia de la resiliación por mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con cla-

ridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto

Empero, la postura fue trascendental para iniciar y continuar la elaboración jurisprudencial del mutuo disenso tácito, y con ello resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento.

Toda esta problemática de la tesis inicial del mutuo disenso tácito hizo que la Corte Suprema de Justicia⁸ a manera de rectificación doctrinaria adoptara una nueva concepción del mutuo disenso tácito, cuyas características pasan a explicarse.

3.3. Tesis de la insuficiencia del mutuo y simultáneo incumplimiento para estructurar el mutuo disenso tácito

Mediante ésta 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.

Es destacable la exigencia y presencia de certeza en torno a que con el mutuo incumplimiento los contratantes realmente quisieron prescindir del contrato. Se superan cuestionamientos de las tesis explicados precedentemente. Se mantiene la doctrina según la cual la resolución o el cumplimiento de los

8 Tesis planteada en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Alberto Ospina Botero de 5 de noviembre de 1979.

contratos sólo pueden ser demandados por el contratante que no haya incumplido, o que esté dispuesto a cumplir en caso de no ser exigibles sus obligaciones. Igualmente, frente a la solicitud de mutuo disenso tácito, la excepción de contrato no cumplido tampoco resulta procedente.

Además, como el mutuo disenso tácito implica que ninguno de los contratantes está en mora conforme al artículo 1.609 del código civil, no es procedente la solicitud recíproca de perjuicios. Esta es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia⁹ ratificada por la Corte Constitucional en la sentencia T-1274/08 cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Rodrigo Escobar Gil y finalmente por el Consejo de Estado en sentencia de octubre 3 de 2004 con Magistrado Ponente María Elena Giraldo Gómez, que actualmente tiene vigencia en el país para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento.

De esta manera la jurisprudencia resuelve que “Se cierra, por tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea”¹⁰ Solo queda la posibilidad del mutuo disenso tácito.

4. El mutuo disenso

Conforme a lo dicho hasta ahora, ésta institución ha sido un referente protagónico del que se ha servido la jurisprudencia colombiana para resolver el problema del mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos, en particular el de promesa de compraventa, lo cual ha hecho con fundamento en los artículos 1.495, 1.495, 1.602 y 1.625, partiendo del mutuo disenso expreso para concluir en la construcción del mutuo disenso tácito en sus dos modalidades: expreso y tácito.

4.1 El concepto del contrato de mutuo disenso en la doctrina

De entrada al análisis del concepto no deja de llamar la atención su denominación “mutuo disenso”. Pues tal como lo advierte Núñez (1996) citando otros autores, la expresión causa perplejidad porque en realidad significa algo diferente de lo que sugiere su tenor literal. Pues se refiere a voluntades acordes para poner fin a una situación jurídica. Por su parte, Lasarte (2009), sugiere que no resulta feliz la denominación de mutuo disenso que se utiliza para referir el contrato que tiene por objetivo poner fin a una relación obligatoria.

9 Doctrina planteada en la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Cesar Julio Valencia Copete, de 14 de agosto de 2007.

10 Al respecto se puede consultar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente José Alejandro Bonivento Fernández, julio 16 de 1985.

Desde el punto de vista de su consagración normativa Arroyo (1986) y Núñez (1996, p, XIII de la introducción) anotan que el mutuo disenso si bien es admitido en los artículos 1.134 del código civil francés, 1.374 del código civil italiano, sin embargo, no son objeto de regulación. Destacan que en tales disposiciones el contrato tiene fuerza de ley entre los contratantes, y que por lo mismo, los contratos se pueden resolver “por mutuo disenso”.

Refieren que en el código español ni siquiera se menciona el mutuo disenso, pero que aún así, ello no es óbice para que tanto doctrina como jurisprudencia lo acepten. Asimismo que la figura tiene consagración en el artículo 406 del código civil portugués.

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

En cuanto al concepto, se encuentran en la doctrina extranjera algunas definiciones de mutuo disenso, por ejemplo: las de Petit(1980), Núñez(1996 p. 3), Lasarte(2009 p.144), Mosset (1995)

y Arroyo(1986 p. 8), Álvarez (2009), Alessandri (1980) por las que se explica que se trata de un contrato que tiene como objeto la extinción de un contrato anterior cuyas partes de aquel son las mismas de éste, denotando que es como destruir lo que antes se construyó, opinión ésta que es compartida por autores colombianos como Canosa, Ospina Guillermo y Acosta Eduardo (1994), León(346) e Hinestrosa (2006), entre otros que refieren la figura como un acuerdo por el que se extinguen las obligaciones originadas de un contrato. Subrayan que como contrato que es, en su celebración se deben cumplir los presupuestos generales y esenciales de eficacia contemplados para cualquier tipo de contrato, esto es, el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa ilícitos, y el cumplimiento de las formalidades que exija la ley o se impongan por acuerdo de las partes.

Es de resaltar que en las definiciones dadas por los autores, se hace ver, sin más consideraciones, que el contrato de mutuo disenso tácito es un acuerdo de voluntades por el que se extingue otro contrato, o se deja sin efectos una relación obligacional originada en un contrato.

Se encuentra que el tenor literal del artículo 1200 del código civil argentino utiliza la expresión rescisión por mutuo consentimiento en vez de mutuo disenso. No obstante, la doctrina de ese país, como se observa en Juan Luis Miquel (2008) y Mosset (1995) conti-

núan empleando la expresión mutuo disenso o mutuo distracto.

4. 2. El consentimiento en el contrato de mutuo disenso

Tal como manifiestan Pérez (1966) el consentimiento como elemento sustancial constitutivo o alma de cualquier contrato que, según Tamayo (2008), Suescúm (2005), Pothier (1947) consiste en la común intención de los contratantes de crear un contrato, en el mutuo disenso, puede manifestarse de dos modos: expreso o tácito. El primero se enseña como la explícita, clara, palpable y específica manifestación de voluntad recíproca de las partes en cuanto a un contrato, para crear otro con la finalidad de hacerle cesar sus efectos.

La manifestación tácita es la que puede evidenciarse del comportamiento y circunstancias fácticas imputables a cada una de las partes de un contrato que denotan su querer recíproco de extinguirlo.

Recordemos pues el aforismo romano respecto de los contratos en roma, en este sentido CASADIEGOS CÁCERES (2003). Nos hace memoria respecto de dicho proverbio romano “convenio per quam unus plures se obligant erga unum aut plures alios ad aliquid dandun faciendum vel omittendum; significa esto: el contrato es un acuerdo de voluntades de dos o mas personas destinado a crear obligaciones” por consi-

guiente no existe contrato si no existe el consentimiento mutuo de las partes involucradas en el acuerdo.

En este sentido, Núñez (1996) advierte que si bien con respecto a la modalidad del mutuo disenso expreso no ha habido mayor discusión, en cuanto a la de mutuo disenso tácito no ha ocurrido lo mismo habiéndose originado por ello un gran número de jurisprudencias.

Observa que la gran producción jurisprudencial francesa, italiana y española, entre otras, son prueba de ello. Que incluso se pueden hallar posturas encontradas sobre supuestos de hecho semejantes. Por ejemplo, frente al supuesto de haber transcurrido un tiempo prolongado luego del incumplimiento sin ninguna manifestación de los contratantes mutuamente incumplidos, la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, denegó la pretensión del mutuo disenso tácito por no haber existido la prueba del consentimiento tácito común de la resolución del contrato. O sea no fue suficiente el prolongado silencio de los contratantes. Al tiempo que ante el mero silencio, sin necesidad de otro requisito, otro grupo de jurisprudencias, aceptó la disolución del contrato por mutuo disenso tácito.

Como confirmación de la aceptación del mutuo disenso tácito en el derecho español, Álvarez (2009) manifiesta que algunas jurisprudencias han decretado la existencia del mutuo disenso tá-

cito en presencia del incumplimiento simultáneo y recíproco acompañado de una voluntad de desistencia o resolutoria de los contratantes incumplidos.

En esta misma dirección en cuanto al derecho argentino, entre otros Miquel (2008) y Mosset (1995), manifiestan que en aquel país se admite la tácita manifestación del consentimiento para la configuración del mutuo disenso tácito. En el mismo sentido Arroyo (1986) en el derecho panameño.

Cabe resaltar que no obstante lo dicho en tales doctrinarias, no se advierte que en la legislación de algún país exista norma que expresamente consagre la modalidad de mutuo disenso tácito.

Por su parte la doctrina colombiana, sin ser del todo indiferente a la discusión, reconociendo lo complicado del tema, y sin desconocer los esfuerzos al respecto realizados por la jurisprudencia, en algunos casos, como lo propone Mantilla (2009), se ha hecho exhibición de propuestas de solución con base en argumentos distintos de los que se ha valido la jurisprudencia; en otros, como se ve en Hinestrosa (2002), León (346) y Emiliani (2001) se hace descripción de la doctrina dada por la jurisprudencia, pero sin tomar partido en favor o en contra, denotando, sin embargo, que la polémica continúa. Y otros casos, en que compartiendo la tesis actual del mutuo disenso tácito, como el caso de Canosa (2005) quien dice que “el fenó-

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

4. 3 Características del mutuo disenso.

Como se advirtió precedentemente, el mutuo disenso se refiere a un acuerdo de voluntades que produce obligaciones recíprocas de hacer extinción de un contrato. Dados los objetivos del presente trabajo se procede a examinar de manera específica su aspecto formal y el tema de sus efectos obligacionales en el propósito de definir su carácter bilateral o unilateral. Esto por cuanto en la jurisprudencia y doctrina colombianas no se advierte que se haya reflexionado en mayor medida al respecto.

4.3. 1. El mutuo disenso en cuanto a su forma

El artículo 1.501 del código civil colombiano establece que “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. Y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”

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

Estas normas, de acuerdo con la doctrina nacional en general, entre otros Tamayo (2008), Emiliani (2001) y Cancino (1979) permiten establecer las siguientes tres reglas normativas: Un contrato es consensual cuando para su perfeccionamiento solo se requiere del acuerdo de voluntades de los contratantes sobre los elementos de la esencia de aquel. Al efecto, enseñan que la consensualidad se puede establecer del examen de cada tipo contractual, bien sea porque de manera expresa la consagre la ley, ora porque no se diga por la ley si el contrato es consensual,

solemne o real, en cuyo caso, se acepta que genéricamente el contrato es consensual.

Es decir que entonces un contrato será solemne solo cuando la ley expresamente lo señale, o en su defecto, cuando lo acuerden los contratantes en autonomía de su voluntad. Y serán reales también únicamente por mandato expreso legal.

Por eso, Ospina y Acosta (1994) compartiendo la opinión de la doctrina extranjera generalizada, en cuanto a la interpretación de la legislaciones que siguen los lineamientos del código napoleónico, en autores como Brebbia (1979), Bercovits (2009), Pothier (1947), Mesineo (2007) sostiene que en el derecho privado colombiano, al igual que en los sistemas positivos modernos, la consensualidad de los contratos consiste en el reconocimiento de la libertad de formas que las personas tienen para expresar su voluntad en el perfeccionamiento de los mismos.

De manera que, entonces, un contrato sólo será solemne si para su perfeccionamiento se requiere de una formalidad específica al efecto establecida por la ley o por acuerdo.

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia tal como se revela la sentencia 2001-00418 del 26 de febrero de 2010, cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Arturo Solarte Rodríguez:

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

Igualmente el Consejo de Estado al enseñar que:

En el régimen de derecho pri-

vado la regla general en punto al perfeccionamiento de los contratos, la conforma es la consensualidad, a propósito de la cual la propia normatividad, contenida en el Código Civil, se encarga de clasificar los contratos entre solemnes, reales y consensuales, en los siguientes términos: “el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el sólo consentimiento” (C. C. Art. 1500) (...) A ello se agrega la consideración de que entre los requisitos que, por regla general, exige el ordenamiento civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad artículo 1502 del Código Civil, no existe previsión normativa expresa que incluya entre ellos la observancia de determinadas solemnidades. (...) Y por su parte en el estatuto de los comerciantes aunque en el sub lite no obre prueba de que el congresista demandado, para ese entonces estuviere desarrollando de manera organizada y estable las acti-

vidades de transporte, como para concluir que el acto jurídico en cuestión deba tenerse como mercantil, a la luz del numeral 11 del artículo 20 del Código de Comercio lo cierto es que la regla general de la consensualidad para el perfeccionamiento de los contratos se encuentra consagrada de manera expresa e inequívoca a la altura de su artículo 824.¹¹

La misma orientación se sigue por la Superintendencia Bancaria en Concepto 91003822-1 de febrero 15 de 1991: “Tanto más concluyente lo dicho, si se tiene en cuenta que el artículo 824 del Código de Comercio, a la vez que consagra el principio de la consensualidad de los contratos mercantiles, prevé la existencia legal de negocios solemnes y la consecuencia jurídica que acarrea el desconocimiento de las correspondientes formalidades”.

También se encuentra el mismo criterio en la justicia arbitral que mediante Laudo de 7 de Abril de 1999 en el que se encontraban vinculados el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” vs. Fiduciaria Tequendama S.A, se pronunció de la siguiente manera:

En primer lugar, el Código Civil, en sus artículos 1.500 —al definir los contra-

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

Así las cosas, resulta evidente que en Colombia el contrato de mutuo disenso en cualquier de sus modalidades, expreso o tácito, tiene que ser consensual, dado que en el ordenamiento jurídico no existe norma legal alguna que expresamente consagre solemnidad determinada y exclusiva para su perfeccionamiento. Tampoco puede ser real, porque para su perfeccionamiento no se requiere de tradición o entrega de bien específico alguno.

11 Al respecto se puede consultar la Sentencia 2009-00708 del Consejo de Estado. Sala plena. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. No. De Radicación 11001-03-15-000-2009-00708-00 del 19 de enero de 2010.

4.3.1.1 La forma en el mutuo disenso tácito en la jurisprudencia Colombiana

Del entendimiento general del aspecto formal de los contratos que se acaba de describir, resulta posible afirmar que la jurisprudencia colombiana ha establecido el carácter solemne para el contrato de mutuo disenso tácito.

Obsérvese que para el perfeccionamiento de cada una de las modalidades de dicho contrato analizadas antes, se exige por la jurisprudencia, la concurrencia del recíproco y simultáneo incumplimiento de las obligaciones del contrato a extinguir, dándose a entender que si ello no ocurre, no puede configurarse aquella modalidad contractual.

Entonces si se entiende que el solo acuerdo de voluntades no es suficiente para la configuración del mutuo disenso tácito, sino que además se requiere del mutuo incumplimiento, es forzoso concluir, que éste se constituye en un elemento solemne de la esencia de aquel. Esto en cuanto a la primera postura jurisprudencial de mutuo disenso tácito que existió en el país tal como se puede observar en el siguiente aparte de la Sentencia del 23 de septiembre de 1974 de la Corte Suprema de Justicia:

Precisamente, la doctrina de la Corte, al considerar que el incumplimiento recíproco y simultáneo de los contra-

tantes con sus obligaciones trae como consecuencia la disolución por mutuo disenso tácito sentó como fundamento el hecho de que las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando, por el contrario la intención y fines perseguidos por quien los ejecuta; de ahí por qué, es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita.

Ahora, en cuanto a la segunda tesis jurisprudencial, que como se mencionando, se perfecciona con el mutuo y concomitante incumplimiento más la concurrencia de otras circunstancias que denoten con certeza que los contratantes quisieron extinguir el contrato, también es dable concluir su carácter solemne precisamente por la exigencia en su perfeccionamiento del incumplimiento mutuo y simultáneo.

De manera que el incumplimiento mutuo siempre es considerado como requisito imprescindible sin el cual el mutuo disenso tácito no puede nacer a la vida jurídica. Al respecto, enseña la Corte Suprema de Justicia en la mencionada Sentencia del 5 de noviembre de 1.979.: “No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita u expresamente, de voluntad conjunta o separada de apunte a desistir del contrato”.

En el mismo sentido el siguiente pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 16 de julio de 1.985: “Ahora bien, no siempre que ocurre el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa del desistimiento de la convención”.

Como reiteración de criterio jurisprudencial en comentario obsérvese el siguiente fragmento de la sentencia del 1 de diciembre de 1.993 proferida por la Corte Suprema de Justicia:

Y por lo que respecta al mutuo disenso tácito, desprovisto en realidad de regulación orgánica en la codificación civil, pero no por eso menos importante desde el punto de vista práctico, según lo ha puntualizado esta corporación, (G. J., tomo CLXXX. Pág. 130), es imperioso hacer hincapié en que no siempre que medie culpa de ambos agentes, (o sea que incumplan recíprocamente) y por consiguiente el artículo 1.546 del código civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica del tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura; “es menester que los actos

u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de la voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato, (G. J., tomo CLVIII, Pág. 217), o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de desistencia que constituye su sustancia.

Así ha sido hasta la actualidad el criterio jurisprudencial de la Corte suprema de Justicia¹², acogido por el Consejo de Estado en la ya mencionada Sentencia de octubre 2 de 2.003, y ratificado por la Corte Constitucional en sentencia T-1274 de 2008 y cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Conforme a lo dicho, resulta posible hacer esta otra afirmación: que a pesar de ser el mutuo incumplimiento presupuesto de perfeccionamiento del contrato de mutuo disenso tácito, la existencia de éste queda supeditada a la ocurrencia de las circunstancias adicionales que refiere la tesis jurisprudencial vigente. Sin embargo, en la jurisprudencia, no se observa referencia a cual es el momento que en que debe darse por perfeccionado tal contrato, si es cuando ocurre el incumplimiento mutuo, o, cuando ocurren las circunstancias adicionales.

12 Al respecto se pueden consultar las sentencias: Corte Suprema De Justicia. Magistrado Ponente Dr. Arturo Solarte Rodríguez, de 14 de diciembre de 2.010; y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de agosto de 2.007, con Magistrado Ponente Dr. Cesar Julio Valencia Copete.

No puede quedar duda del carácter solemne del contrato de mutuo disenso tácito en la jurisprudencia colombiana.

Siendo así las cosas resulta evidente que la jurisprudencia ha venido contrariando la regla según la cual un contrato sólo puede ser solemne por virtud de la ley o por voluntad de los contratantes. En otras palabras, la regla general de la consensualidad de los contratos sería excepcional a la vez y que general el carácter solemne.

Es más, puede pensarse, incluso, que por vía jurisprudencial se ha creado un nuevo tipo contractual solemne bajo la denominación de mutuo disenso tácito.

En últimas con la concepción del mutuo disenso tácito la jurisprudencia habría estado usurpando la función del legislador y la voluntad contractual en el establecimiento de solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, o para la tipificación de éstos, aspecto por el que se puede concluir la afectación de la estructura de la organización y funcionamiento de las ramas del poder público, la seguridad jurídica, con desconocimiento del principio de la supremacía de la constitución política el cual, de acuerdo con la doctrina por ejemplo en Velandía (2011), es presupuesto para la realización del Estado democrático y de derecho.

Esta es una de las razones por la que

se podría sostener que en el derecho privado colombiano no es posible aceptar la manera como la jurisprudencia ha concebido el contrato de mutuo disenso tácito, por contrariar el carácter general de la consensualidad de los contratos.

4.3.1.2 El supuesto de no ser solemne el mutuo disenso tácito.

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

Ello significa, entonces, que en la tesis del mutuo disenso tácito inicial la exigencia del mutuo y simultáneo incumplimiento resulta ser una circunstancia fáctica no establecida como presupuesto de su formación, sino como hecho indiciario y necesario para inferir su existencia. Resulta entonces aplicable la doctrina general de los indicios tal como la describen autores como, Parra (2007), Azula (1998) y Devis (1994).

Es de entender, entonces, que cuando las partes desatienden las obligaciones del contrato primigenio no lo hacen bajo el entendido de estar incumpliendo, sino bajo la consideración legítima de encontrarse extinguido tal contrato precisamente por virtud del

mutuo disenso tácito, cuya existencia se debe considerar ocurrida en el momento mismo del acaecimiento de las desatenciones recíprocas del contrato inicial. Sin embargo ello presenta la dificultad consistente en que el incumplimiento mutuo, o mejor, desatención mutua como hecho indicador, no resulta suficiente para dar certeza de la existencia del mutuo consentimiento que se requiere para perfeccionar el mutuo disenso tácito.

Tal vez esta situación fue vista de manera insospechada por la jurisprudencia para abandonar el criterio inicial, y exigir como se hace en la tesis vigente, que además del mutuo incumplimiento, deben concurrir otras circunstancias que revelen sin ninguna duda que fue voluntad de los contratantes celebrar el contrato de mutuo disenso tácito.

Empero, ello hace pensar que ya el mutuo incumplimiento o desatención contractual recíproca deja de ser trascendente para el perfeccionamiento del mutuo disenso tácito, por cuanto se prescinde de la consideración de aquel como presupuesto solemne para la existencia de éste.

En este orden de ideas, puede concluirse entonces, que la existencia del mutuo disenso tácito realmente viene a ocurrir cuando se dan las circunstancias recíprocas de las que se puede inferir con certeza, que los contratantes dieron su consentimiento para la acep-

tación de aquel. Tal sería el caso en que habiéndose celebrado un contrato de promesa de compraventa, posteriormente el prometiente vendedor y el prometiente comprador celebran otro por el cual el primero promete vender al segundo el mismo bien al que se refería la primera promesa contractual, pero por un precio diferente.

Pero en tal caso no es que la celebración en sí del nuevo contrato sea igual al mutuo disenso tácito por el que se extingue el contrato anterior. No. La celebración del nuevo contrato, es hecho indicador de haberse aceptado el contrato de mutuo disenso del que se originó para cada uno de los contratantes su obligación recíproca de extinguir el primer contrato de promesa mencionado en el ejemplo.

Por ello, quizás podrían estar equivocadas doctrinas de autores como Hines-trosa (2007), por la que se sostiene que los comportamientos distintos de la suscripción o hechura de un documento o de la pronunciación de palabras en determinado sentido, en sí mismos pueden constituir negocios jurídicos tal como ocurriría en casos como los gestos, la alzada de brazo, o el golpe de mesa en un remate o rueda de bolsa o cualquiera otro incluido el mero silencio; o de Betti (1959) al decir que “Se trata no ya de inferir de la actitud exterior la existencia de una voluntad meramente interna, sino de colegir por la conducta, encuadrada en el complejo de circunstancias, el significado ob-

jetivo del negocio jurídico, que no está implícito sino explícito e indirecto”.

Quizás, tales comportamientos solo sean la señal de aceptación de un contrato, y por tanto, no se pueda considerar que en sí mismos sean contrato.

Es más, la celebración del nuevo contrato de compraventa, también es hecho indicador del cumplimiento de las obligaciones recíprocas extintivas emergidas del contrato de mutuo disenso tácito.

Se puede ver entonces que tanto el mutuo disenso como el cumplimiento de las obligaciones de él emanadas, tuvieron lugar por lo menos un instante antes de la celebración del segundo contrato de promesa, incluso pudieron haber sucedido con gran tiempo de antelación. Pero si la certeza de su existencia solo se puede tener de las circunstancias de las que se infiere, no queda más que aceptar que el momento de tal existencia se dio en el mismo tiempo en que ocurrieron tales circunstancias. Esto supone, que también se tenga certeza de la ocurrencia de esas circunstancias y del momento de su ocurrencia. De esta manera, se hace observación del principio de seguridad jurídica y del de conservación de los contratos.

Por las anteriores argumentaciones se concluye que en la concepción del mutuo disenso tácito la jurisprudencia colombiana ha pasado desapercibidos

los aspectos normativos de la forma contrariando así al ordenamiento jurídico. Incluso podría decirse que estas conclusiones resultaría procedentes en todos aquellos países donde la jurisprudencia provee sobre el mutuo y simultáneo incumplimiento de manera similar a como se hace por la jurisprudencia colombiana por la similitud normativa.

4.3.2 El mutuo disenso frente a la característica de la bilateralidad.

El código civil colombiano en su artículo 1496 consagra que: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente”

En cuanto a esta característica, siguiendo a Ospina y Acosta (1994), y Melich (1979) se enseña que ella hace referencia a la reciprocidad de las obligaciones derivadas de un contrato; cada una de las partes contratantes es acreedora y deudora de la otra. Sobre el mismo punto, Núñez (1996), sin mencionar reciprocidad, menciona que del contrato bilateral surgen obligaciones para ambas partes.

Igualmente el Consejo de Estado en Sentencia 13415 de marzo 15 de 2001 al decir: “La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, “la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la

obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero”.

Frente al tema de la bilateralidad se impone analizar en cuanto mutuo disenso, si éste, como acuerdo de voluntades de carácter extintivo, tiene o no algún contenido obligacional. Es decir, si genera o no obligaciones para quienes intervienen en su celebración. Sobre el particular se observa que la jurisprudencia y la doctrina colombianas no hacen mayor reflexión, a diferencia de la doctrina extranjera que incluso manifiesta posiciones con argumentos diferentes, como se puede ver enseguida.

Núñez (1996) refiere que algunos autores como Giorgi, y Carriota Ferrara sostienen que el mutuo disenso puede entenderse como una doble remisión o condonación de las obligaciones que nacieron de un contrato anterior. Al mismo tiempo hace ver otra postura que comparte con Santos Briz, y Vatenit, para decir que el mutuo disenso realmente es un negocio jurídico de carácter bilateral y vinculante para los disidentes; que por eso no se puede admitir que el mutuo disenso implique dos renunciaciones unilaterales desprovistas de vinculación entre sí; que tampoco se trata de dos revocaciones hechas a un mismo tiempo por cada contratante, en cuya virtud cada uno se desvincule de su prestación; que aunque en la práctica se revele que con el mu-

tuo disenso los contratantes renuncian a los derechos y obligaciones del contrato sinalagmático previo, lo que realmente determina el mutuo disenso es la extinción del contrato anterior, que no es admisible decir que del mutuo disenso surgen obligaciones de no hacer, de no exigir; que del mutuo disenso no surgen obligaciones para ninguna de las partes, pues con él, solo se produce la extinción de los efectos del contrato previo; que no obstante lo anterior, se mantiene el carácter bilateral del mutuo disenso, y esto, porque según la doctrina en cita, la bilateralidad de los contratos no implica que necesariamente se genere obligaciones para ambos contratantes.

Así, entonces, se sostiene que el contenido de un contrato no solo se limita a generar obligaciones o situaciones jurídicas, sino que su contenido puede estar dado por la modificación o extinción de obligaciones preexistentes, y siempre que ese contenido se refiera a las dos partes contratantes, existe contrato bilateral.

4.3.2.1 Crítica a la doctrina del mutuo disenso como acto carente de contenido obligacional

Vistas las dos posturas doctrinarias es pertinente hacer algunas consideraciones al respecto. La posición de ser el mutuo disenso una doble remisión no puede admitirse en el derecho colombiano.

En efecto, conforme lo señalan Tamayo (2007), y Starck (1998) se debe tener en cuenta que una cosa es el contrato, y otra, la obligación u obligaciones que surgen de él. Esto permite inferir, entonces que no pueden confundirse los mecanismos de extinción de las obligaciones que presuponen la existencia del contrato fuente, con la extinción de contrato mismo.

En este sentido, según Ospina (1994) existen mecanismos directos y mecanismos indirectos de extinción de las obligaciones, correspondiendo los primeros a los que extinguen una o varias obligaciones pero consideradas en concreto, es decir, individualmente, como la remisión, aspecto este que implica la existencia del contrato fuente de aquellas.

En tanto que los mecanismos indirectos conllevan a la extinción indirecta de las obligaciones como consecuencia de la extinción del contrato fuente ellas, como el mutuo disenso. Lo anterior, con base en los artículos 1.062 y 1.625 del código civil, que en el artículo 1.625 se refiere a la extinción de las obligaciones, y el artículo 1.602 que alude a la extinción del contrato por acuerdo mutuo, o mutuo disenso.

De conformidad con la anterior argumentación, a manera de complementación, resulta posible admitir que la remisión, aunque sea doble, es decir, de cada una de las partes del contrato del que emergieron las obligaciones a

extinguir por tal mecanismo, no puede equivaler al mutuo disenso.

Tiene que ser así, si se mira que los efectos de la remisión solo se circunscriben a la extinción de la obligación en concreto a la que se refiere. Si en cuanto al contrato de promesa de compraventa, cada uno de los prometedores condona al otro la obligación de celebrar el contrato prometido, no sería dable sostener que por ello las partes pueden resultar obligadas, por ejemplo a las restituciones mutuas, en caso de haberse ya cumplido la obligación de la entrega del bien objeto de la promesa o de haberse pagado alguna parte del precio.

En otras palabras, al permanecer existente el contrato fuente de las obligaciones condonadas, no puede haber lugar a que se desatienda el cumplimiento de otras obligaciones surgidas del mismo contrato, pues la remisión no tendría ese alcance.

Ahora, en cuanto a la doctrina que hacer ver al mutuo disenso como un contrato bilateral pero carente de contenido obligacional, es pertinente hacer algunas reflexiones a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, conforme al artículo 1.495 del código civil, “el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. A su vez el código de comercio en el artículo 864, esta-

blece que “El contrato es un acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” De la misma manera el código de procedimiento civil que su el artículo 232 establece expresamente que las obligaciones se pueden originar en un contrato o convención.

De las anteriores normas, la doctrina nacional generalizada en autores como Tamayo (2008), Pérez Vives (1966), Valencia Zea y Ortiz (2004), Ospina y Acosta (1994), siguiendo autores extranjeros como Planiol y Ripert (1991), y Pothier (1947), ha venido sosteniendo la concepción de ser el contrato o convención un acuerdo de voluntades por el que se crea, modifica o extinguen derechos y obligaciones, pero reservando la noción de contrato únicamente para cuando el acto crea obligaciones.

De manera que, entonces, por lo menos en el derecho colombiano, no puede existir convención alguna que no genere obligaciones. A esa conclusión se debe arribar si se observa que además de las normas que se acaban de mencionar, el mismo código civil en su artículo 1.496 establece que el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

No resulta fácil imaginar un contrato que no genere obligaciones, y menos que pueda existir un contrato, que sin contenido obligacional, pueda ser bilateral.

Por ello es que se revela equivocado sostener que no hay contenido obligacional en el acuerdo de mutuo disenso tácito siendo éste una convención.

Tal vez se ha incurrido en tal equívoco por dos situaciones: una, por no tener en cuenta que, si con ocasión del mutuo disenso un contrato resulta extinguido ello no ocurre por la celebración en sí del contrato de mutuo disenso, sino por el cumplimiento de las obligaciones recíprocas extintivas emanadas de él.

No se puede confundir el contrato del mutuo disenso con el cumplimiento de las obligaciones que de él surgen. La otra circunstancia, puede obedecer a que quizás no se ha visto que el consentimiento necesario para la existencia del mutuo disenso tácito no se puede inferir del mutuo y simultáneo incumplimiento, sino de otras circunstancias que lo revelen inequívocamente.

En este sentido resulta pertinente establecer que en el contrato de mutuo disenso tácito, o expreso, la obligación de cada contratante tiene por objeto una prestación de hacer cuyo cumplimiento solo puede tener lugar cuando el disidente preste su voluntad con ánimo de extinguir el contrato primigenio. Significa, entonces, que el contrato previo solo se tendrá por extinguido cuando cada una de los contratantes disidentes haya prestado su voluntad recíproca con el propósito de cumplir las obligaciones emanadas del contra-

to de mutuo disenso tácito.

En otras palabras, es necesario, que se de el consentimiento de mutuo cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de mutuo disenso para así extinguir a la vez el contrato inicial.

Por ello se puede sostener que los contratos realmente no se extinguen por mutuo disenso sino por mutuo consentimiento. Por lo mismo, es dable establecer que la denominación mutuo disenso resulta inadecuada, sea ya sea para designar el contrato por el que se acuerda crear obligaciones mutuas de extinguir un contrato primigenio, ya sea para designar el acto mutuo de cumplimiento de las obligaciones derivadas de tal acto creador.

Puede incluso señalarse que no tiene ningún fundamento la distinción entre contrato y convención que hace ver a aquel como acto creador de obligaciones, y a ésta como extintora de obligaciones. Toda convención de las llamadas extintivas genera obligaciones cuyo objeto o prestación es extinguir otro contrato, u obligación. Lo que es extintivo, no es la convención en sí, sino el cumplimiento de las obligaciones de extinguir que de ella surgen.

4.3.2.2 Consideración de ser el mutuo disenso tácito un contrato extintivo según la jurisprudencia Colombiana

Resulta claro que la jurisprudencia co-

lombiana entiende el contrato de mutuo disenso tácito como un acto extintivo de un contrato anterior.

Obsérvense al efecto el siguiente aparte encontrado en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de septiembre de 1974, Magistrado Ponente Ernesto Escallón Vargas:

Precisamente, la doctrina de la Corte, al considerar que el incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes con sus obligaciones trae como consecuencia la disolución por mutuo disenso tácito sentó como fundamento el hecho de que las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando, por el contrario la intención y fines perseguidos por quien los ejecuta; de ahí por qué, es preciso darle a la recíproca inexecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita.

Lo mismo en este otro pronunciamiento en la Sentencia de 5 de noviembre de 1979 proferida por la Corte Suprema de Justicia:

El mutuo disenso puede ser expreso o tácito. Esta última manera de disolverse el con-

trato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.

Como reiteración de lo afirmado en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente José Alejandro Bonivento Fernández, proferida el 16 de julio de 1985:

Cuando se dan las circunstancias de desatención, recíprocamente imputables a ambas partes, deberá acudirse al artículo 1.602, en cuanto previene que un contrato puede invalidarse o, mejor, disolverse por el consentimiento mutuo; esto es, para convenir que cuando se ofrece el incumplimiento recíproco, por las conductas negativas de los contratantes, pueda alguna de ellas, no permanecer vinculada a un negocio.

O esta otra Sentencia del 1 de diciembre de 1.993:

Es menester que los actos u omisiones en qué consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de la voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato (...); o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de desistencia que constituye su sustancia” Obsérvese que la primera parte de este texto indica que se trata de un contrato generador de obligaciones recíprocas de extinguir un contrato, mientras que en su parte final refiere el mutuo disenso tácito como forma de disolución virtual de un contrato.

Y éste fragmento de la Sentencia de 2 de febrero de 1.994, proferida por la Corte Suprema:

Es menester, entonces, que amén de dicho incumplimiento se descubra una conducta que sea ciertamente reveladora de la voluntad de las partes, dirigida incontestablemente a disolver el vínculo obligacional, es decir, no una actitud que apenas sí haga probable que dicha voluntad es inferible, sino una que

permita concluir con certeza, esto es, sin dejar espacio a la duda, que ya por nadie se quiere el contrato.

No puede quedar duda. Para la jurisprudencia el mutuo disenso tácito es un contrato extintivo de obligaciones. Sin embargo, ello es equivocado. Y lo es porque no se ha observado que en el derecho privado colombiano, no puede haber contrato o convención que no genere obligaciones. Por lo mismo, no se ha visto que el mutuo disenso tácito consiste en un acuerdo por el que se crean obligaciones recíprocas de extinguir otro contrato.

Porque no se ha considerado que lo que extingue al contrato primigenio no es el contrato de mutuo disenso tácito como tal, sino el cumplimiento mutuo de las obligaciones surgidas de él, lo cual presupone que los contratantes presten su consentimiento mutuo con tal propósito extintivo.

Porque al entenderse el mutuo disenso tácito como acto extintivo de otro contrato, quedaría sin saberse en la sentencia que lo declara, cual es el fundamento o causa por cuya virtud los contratantes concurren a extinguir este contrato; o de saberse, quedaría careciendo tal sentencia de motivación y de prueba. Es últimas se estaría desconociendo lo establecido al respecto por código de procedimiento civil en su Artículos 304, 305 y 306.

Podría decirse que ese fundamento es su consentimiento mutuo inmerso en el conjunto de actos constituido por el mutuo y simultáneo incumplimiento acompañado de otras circunstancias recíprocas de desistencia. Dicho de otra manera, que ese consentimiento mutuo implícito en el conjunto de actos en comento tendría una doble función: la primera, servir como causa determinante a que las partes concurren a prestar su consentimiento para extinguir el contrato; y la segunda, servir como fenómeno extintor del tal contrato.

Pero si ello así, entonces se podría decir que la jurisprudencia habría estado suponiendo y decretando la existencia de la primera función que se viene comentando, incurriendo con ello en un triple error: el primero consistente en suponer que existió la causa sin aparecer prueba al efecto; el segundo fundado en la carencia de motivación de la existencia de esa causa, y el tercero, consistente en decretar que la causa existió cuando ello no fue objeto de pedimento concreto en las demandas, tal como se deduce de la síntesis de las pretensiones que se refiere en cada pronunciamiento jurisprudencial. Como se ve el fallo sería contrario a los postulados establecidos en la Sentencia T-331 de mayo 4 de 2.011, con magistrado ponente Dr. Nilson Pinilla y de la misma manera la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 31601 de julio 4 de 2.010 con Magistrado Ponente Dr. Jorge Quintero Milanés, sobre el sobe

el tema de la congruencia de los fallos judiciales.

Pero además, a pesar de haberse decretado sin pretensión, prueba y motivación, de manera inmediata e imprescindible resulta reiterada la connotación solemne de la causa del fenómeno denominado mutuo disenso tácito, lo cual, como se dijo antes, es contrario al orden jurídico.

Esta es una razón más para sugerir que la construcción jurisprudencial del mutuo disenso tácito es inadmisibile.

4.3.2.3 Supuesto de ser el mutuo disenso tácito acto extintor sin necesidad de causa.

Ahora si la jurisprudencia entiende que no es necesario de causa alguna que haya determinado a los disidentes a extinguir el contrato primigenio, sino que simplemente el mutuo disenso tácito es igual a la extinción de aquel, ello equivaldría a desconocer, en primer lugar, la realidad, y en segundo lugar, la reglamentación normativa al efecto; respecto de aquella, se puede afirmar que cuando un ser humano hace alguna cosa con intervención de la voluntad, ello obedece a que hubo otra voluntad que lo determinó a hacerla.

Por ejemplo, en el acto de comer, desde que se inicia hasta que termina hay voluntad, pero antes de iniciarse el acto, necesariamente debió existir otra voluntad que fue la que movió a iniciar tal acto. Si las partes de un contrato,

empiezan hasta que terminan los actos de extinción de ese contrato con la intervención de su voluntad recíproca en tal sentido, es porque necesariamente existió otra voluntad también recíproca que los impulsó a iniciar tales actos extintivos. En otras palabras el mutuo consentimiento extintivo obedece a otro mutuo consentimiento impulsor de aquel.

Ahora, respecto de la regulación normativa, en el derecho privado colombiano ese consentimiento extintivo estaría regulado por el artículo 1.602 del código civil. Es decir, que este artículo, en vez de ser argumento normativo de la configuración del contrato mutuo disenso tácito, vendría a ser el sustento normativo regulador del cumplimiento de las obligaciones de extinguir nacidas del mutuo disenso.

Mientras que el consentimiento impulsivo estaría consagrado en el artículo 1.495 del código civil. Obsérvese que está última norma refiere a que el contrato o convención es un acto por el que se contrae obligación de dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Por el mutuo disenso las partes contraen obligaciones recíprocas a hacer consistentes en prestar su consentimiento mutuo para extinguir un contrato anterior que los vincula.

Es por esto que no se comparte la opinión doctrinaria en autores como, Valencia y Ortiz (2004) y jurisprudencial cuando enseña que la convención es

un acto extintivo. Lo extintivo es el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la convención.

En últimas, de aceptarse el supuesto de no requerir el mutuo disenso tácito de causa alguna, sería negarle a la voluntad y al consentimiento toda la fuerza que en el derecho moderno le corresponde, para volver a la más primitiva concepción romana de los contratos, tal como se observa en Álvarez (2009), Salcedo (2006) y como se revela por Morales (2006) en el siguiente aparte: “Por lo tanto en el derecho romano primitivo la formalidad contractual constituyó la causa como fundamento de la producción de efectos jurídicos de los contratos. En tal sentido la voluntad subjetiva o psicológica era irrelevante jurídicamente para la contratación romana antigua...”

Ahora bien, se podría decir que en el mutuo disenso tácito concebido como acto extintor necesariamente hay consentimiento mutuo de extinguir, aspecto que no se niega. Lo que pasa es que queda faltando el consentimiento impulsivo de aquel. Estaría observado el artículo 1.602, pero no el 1.495 del código civil colombiano.

Pero aún de la aceptación del mutuo disenso tácito como acto extintor, de todas maneras, continúa confirmándose su carácter solemne. Pues, como se dijo antes en este trabajo, no existiría mientras no hay el mutuo incum-

plimiento y las otras circunstancias adicionales reveladoras del ánimo de anotar el contrato. O sea, que antes del incumplimiento estaría proscrito en Colombia el mutuo disenso tácito.

Esta es otra de las razones por las que se considera en este trabajo que la tesis jurisprudencial del mutuo disenso tácito es insostenible.

4.3.2.4 Supuesto de ser el mutuo disenso tácito un contrato generador de obligaciones extintoras de otro contrato.

Si este fuera el entendimiento que la jurisprudencia hace del mutuo disenso tácito, entonces habría de concluirse que faltaría en los pronunciamientos jurisprudenciales hacer motivación expresa en cuanto a su cumplimiento si bien éste estaría supuesto al advertir que el contrato inicial queda extinguido. Además, habría lugar a incongruencia, porque, como se advierte en los fallos jurisprudenciales, lo planteado en pretensiones fue la declaratoria de extinción del contrato primigenio, y lo que se declaró es que existió mutuo disenso tácito, con lo cual, se reitera el desconocimiento del debido proceso, y la prevalencia constitucional, pues como advierte Quiroga (2011), no debe olvidarse que por la Constitución Política ha de entenderse constitucionalizado el derecho. Pero igualmente se sigue manteniendo el carácter bilateral del contrato.

4.3.2.5 Momento del perfeccionamiento del mutuo disenso tácito jurisprudencial.

Si se observa la tesis vigente de la Corte, se evidencia que al exigirse el recíproco y simultáneo incumplimiento acompañado de circunstancias adicionales de prescindencia de un contrato, se está estableciendo con ello que el mutuo disenso tácito realmente nace a la vida jurídica en el momento de ocurrir las mencionadas circunstancias adicionales. Es decir, que es en ese momento cuando surge para cada contratante su obligación de extinguir el contrato, por ser bilateral el mutuo disenso.

No obstante lo anterior, no se observa que en la jurisprudencia se haya hecho mención concreta a dicha circunstancia. Además tampoco se precisa cómo podría establecerse el cumplimiento de las obligaciones de extinguir derivadas del mutuo disenso tácito.

4.4 El incumplimiento contractual como hecho ilícito.

La doctrina hace alusión a la distinción entre hechos jurídicos lícitos y hechos jurídicos ilícitos. En este sentido, como enseñan Santos (2005) aquellos se refieren a situaciones que se originan o no en la voluntad con la virtud de producir consecuencias jurídicas sin implicar vulneración alguna del orden normativo.

Tal es el caso de las manifestaciones

de voluntad que tienen por finalidad producir efectos jurídicos como el contrato de promesa de compraventa, el contrato compraventa, el mutuo disenso expreso, y los contratos en general.

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

Lo anterior conlleva a afirmar, entonces, que el mutuo disenso tácito jurisprudencial es también ilícito por estar fundado en una ilicitud consistente en el mutuo y simultáneo incumplimiento, aspecto este que es determinante de causal de nulidad absoluta por objeto ilícito. O sea que el mutuo disenso tácito jurisprudencial nace viciado de nulidad absoluta. En cuanto a la ilicitud por objeto ilícito, a decir de Ortiz (2007), y de Ramírez (2008) enseña que “Es pues prohibido el perfeccionamiento de actos, negocios y contratos que agredan los fundamentos en que se basa el ordenamiento jurídico...”

Repárese asimismo lo que al efecto se enseña en el siguiente salvamento de voto de la ya mencionada sentencia 5 de noviembre de 1.979 de la Corte Suprema:

Estimo además, que de la conducta ilícita de incumplir

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

A respecto cabe decir, que realmente, el problema de estar viciado de nulidad el mutuo disenso tácito actual, obedece a la exigencia del incumplimiento mutuo como requisito solemne para su perfeccionamiento.

Sin embargo, esa dificultad queda superada en la tesis que se propone en este trabajo, porque ya el mutuo y simultáneo incumplimiento deja de ser considerado como necesario para la existencia del contrato de mutuo disenso tácito.

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

5. Conclusiones

La jurisprudencia colombiana establece el carácter solemne del mutuo disenso tácito por exigir para su perfeccionamiento la concurrencia necesaria y específica del mutuo y simultáneo incumplimiento del contrato a extinguir.

Empero, en cuanto al mutuo disenso tácito en la tesis vigente, es dable sostener que es a la vez solemne por requerir del mutuo incumplimiento, y consensual en cuanto a las otras circunstancias reveladoras de su voluntad recíproca de extinguir dado que los contratantes pueden utilizar cualquier forma como medio de expresión de su consentimiento.

Por lo anterior, al asumir la jurisprudencia la función de establecer solemnidades, transgrede la ley que de manera exclusiva circunscribe tal competencia a la voluntad del legislador o a la de los contratantes, con lo cual se desconocen los principios fundantes del poder público. Incluso estaría asumiendo la función tipificadora de contratos.

El mutuo disenso tácito es entendido por la jurisprudencia colombiana como acto extintivo de contratos bilaterales, lo cual es equivocado, por no tenerse en cuenta que es distinto el acuerdo del que nacen obligaciones de extinguir un contrato, del acto de cumplimiento de tales obligaciones que también supone acuerdo de voluntades.

En este sentido, el artículo 1.602 del código civil resulta ser el sustento normativo del cumplimiento de las obligaciones de extinguir un contrato, mientras que los artículos 1.494, 1.495, 1.496, del código civil, y 232 del código de procedimiento civil, resultan constituyendo el fundamento legal del acuerdo generador de obligaciones de

extinguir aquel. De manera que lo que es extintivo no es el contrato de mutuo disenso tácito, sino el cumplimiento de las obligaciones emanadas de éste.

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

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

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

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

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

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

En el derecho privado colombiano no es admisible la forma como la jurisprudencia colombiana ha concebido las tesis del mutuo disenso tácito frente al mutuo y simultáneo incumplimiento de los contratos bilaterales. Por lo tanto las elaboraciones jurisprudenciales en tal sentido resultan insostenibles.

6. Propuesta

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

Se sugiere interpretar el mutuo disenso como un acuerdo de voluntades por el cuya virtud cada uno de los disidentes se obliga a favor del otro a prestar su voluntad para extinguir un contrato que los vincula. Esto con fundamento en el artículo 1.495 del código civil que refiere al contrato o convención como acto que genera obligaciones de dar, hacer, o no hacer alguna cosa; y

en el artículo 232 del código de procedimiento civil el cual de manera clara señala que de la convención nacen obligaciones.

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

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

Se prescinde del incumplimiento como requisito solemne. De esta manera el contrato de mutua prescindencia contractual, o de mutuo retracto contractual puede existir antes, al tiempo o después del momento establecido para el cumplimiento del contrato a extinguir, pero siempre bajo la consideración de no entenderse la mutua desatención del contrato como incumplimiento, sino, de ser el caso, como expresión de haberse acordado su ex-

tinción. En este sentido, quedaría superada la dificultad de la ilicitud del mutuo disenso tácito jurisprudencial que se da por la exigencia para su perfeccionamiento de la ilicitud del mutuo incumplimiento.

7. Referencias bibliográficas

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Derecho civil teoría de las obligaciones. Santiago de Chile: Editorial imprenta Esfuerzo. 1980.

ALVAREZ VIGARAY, Rafael, La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Granada España: Editorial Colmenares; 2.009. Cuarta edición.

ARROYO CAMACHO, Dulio, Algunas causales de terminación de los contratos y sus denominaciones. Panamá: Editorial; Propiedad del autor. 1.986. (Este texto se consultó en la biblioteca de la Universidad Externado de Colombia Bogotá)

AZULA CAMACHO, Jaime, Manual de derecho probatorio. Bogotá: Editorial Temis. 1.998.

BERCOVITS ROGRIGUEZ, Rodrigo, Tratado de contratos. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch; 2.009.

BREBBIA, Roberto, Hechos y actos jurídicos. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1.979.

BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico. Madrid Editorial Revista de derecho privado. 1.959.

CANCINO, Fernando, El consentimiento y contratos consensuales. Bogotá: Editorial Temis; 1.979.

CANOSA TORRADO, Fernando, La resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso. Bogotá: Editorial Ediciones doctrina y ley; Quinta edición, 2005.

CASADIEGOS CACERES, Ferdinando, curso de derecho romano, Bogotá, ediciones jurídicas IBAÑEZ, 2003.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 13415 de marzo 15 de 2001. M. P. Ricardo Hoyos Duque

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de octubre 3 de 2.004. M. P. María Elena Giraldo Gómez

CONSEJO DE ESTADO, Sala plena, Sentencia 2009-00708 de enero 19 de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2009-00708-00, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T -1274 de 2008: Expediente T-1.930.567. M. P. Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-331 de mayo 4 de 2.011. M. P. Nilson Pinilla Pinilla

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación civil, sentencia del 23 de septiembre de 1.974. M P. Ernesto Escallón Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación civil sentencia de 29 de noviembre de 1.978

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación civil, sentencia del 5 de noviembre de 1.979. M P. Alberto Ospina Botero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación civil, sentencia del 7 de diciembre 1.982. M P. Jorge Salcedo segura.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sala de casación civil, sentencia de julio 16 de 1.985. M. P. José Alejandro Boniventura Fernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación civil, sentencia del 1 de diciembre de 1.993. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 2 de de febrero de 1.994

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación civil, sentencia de 14 de agosto de 2.007. M P. Cesar Julio Valencia Copete

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 13 de mayo de 2.008. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 31601 de julio 4 de 2.010. M. P. Jorge Quintero Milanés

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 2001-00418 de febrero 26 de 2010. M. P. Arturo Solarte Rodríguez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 14 de diciembre de 2.010. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 34145 de abril 13 de 2.011. M. P. Sigifredo espinosa Pérez.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. Bogotá: Editorial Dike; Tomo II Décima Edición. 1.994.

EMILIANI ROMAN, Raimundo, Curso Razonado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda; 2.001.

HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia 2.002.

HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia; 2.006.

HINESTROSA, Fernando, Interpretación de la conducta concluyente negocial, en el Tratado de la interpretación del contrato en América Latina con dirección de Carlos Alberto Coaguila. Bogotá y Buenos Aires: Publicado por

la Universidad Externado y la editorial Rubinzal-Culzoni, y la editorial Grijley. Tomo 2. 007.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel, Vías de hecho acción de tutela contra providencias. Bogotá: Editorial doctrina y ley Ltda. 2.005.

LAUDO ARBITRAL de 1999 Abril 7 Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana "Inurbe" vs. Fiduciaria Tequendama S.A.

LASARTE, Carlos, Contratos Principios del derecho civil. Madrid: Editorial Marcial Pons; Duodécima edición. 2.009.

LEON ARCOS, Alex, La excepción de contrato no cumplido frente a la acción por incumplimiento. Bogotá: Biblioteca Luis Ángel Arango; No. Topográfico T 346. G. L579 E

LOPEZ BLANCO, Hernán, Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Editorial Dupré Editores; Novena edición. 2.005.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Editorial Legis y Universidad del Rosario; 2.009.

MELICH ORSINI, José, La resolución del contrato por incumplimiento. Bogotá: Editorial Temis. 1.979

MESINEO, Francesco, Doctrina gene-

ral del contrato. Lima Perú: Editorial Ara editores; 2.007.

MIQUEL, Juan, Resolución de los contratos por incumplimiento. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, Tercera edición. 2.008

MORALES HERVIAS, Rómulo, Estudios sobre teoría general del contrato. Lima Perú: Editorial Editora Jurídica Grijley. 2.006.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos. Buenos Aires: Editorial Rubinzalculzoni; 1.995

NUÑEZ BOLUDA, María, El mutuo disenso. Madrid: Editorial Estudios Ciencias Jurídicas; 1.996.

ORTIZ MONSALVE, Álvaro, Manual de obligaciones. Bogotá: Editorial Temis. Cuarta Edición. 2.007.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, Régimen general de las obligaciones. Bogotá: Editorial Temis; 1.994.

OSPINA, Guillermo, y ACOSTA, Eduardo, Teoría general de los contratos y de los demás actos o negocios jurídicos. Bogotá: Editorial Temis S. A. Cuarta edición. 1.994.

PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de derecho probatorio. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del profesional Ltda. Décima sexta edición. 2.007

PEREZ VIVES, Álvaro, Teoría General de las obligaciones. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda. V 1. 1.966.

PETIT, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Albatros; 1980 p, 648

PLANIOL Marcel, y RIPERT Gorges, Tratado elemental de derecho civil. México: Editorial Cárdenas editor y distribuidor. Segunda edición. 1.991.

POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Editorial Atalaya; 1.947

QUIROGA NATALE, Edgar, Derecho procesal constitucional, Bogotá: Editorial V C editores Ltda. Tomo II. 2.011.

RAMIREZ BAQUERO, Edgar, La ineficacia del negocio jurídico. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2.008

SALCEDO SEGURA, Jorge, Teoría general del derecho civil. Bogotá: Editorial Ediciones doctrina y ley Ltda. Tomo 1. 2.006.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial; Pontificia Universidad Javeriana. Tomo II. 2.005.

STARCK, Boris, Droit civil. Les obligations. Paris: Librairies Techniques Littec; Tomo II. Sexta edición. 1.998.

SUESCUM MELO, Jorge, Derecho pri-

vado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá: Editorial Legis, Segunda Edición, Tomo II. 2.005.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA, Concepto 91003822-1 de 1991 Febrero 15

TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Legis; Tomo II. Segunda edición. 2.007.

TAMAYO LOMBANA, Alberto, Manual

de obligaciones. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y ley, Séptima edición. 2.008.

VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, Derecho civil de las obligaciones. Bogotá: Editorial Temis. Tomo III, Novena edición. 2.004.

VELANDIA CANOSA, Eduardo, Estudios de derecho procesal constitucional. Bogotá: Editorial Editores Ltda. Tomo II. 2.011.

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia.

Esta revista se terminó de imprimir en
Diciembre de 2011
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ



Principia IURIS

Contenido

16

EDITORIAL.....	15	El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho.....	233
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA		<i>Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez</i>	
El por qué de los semilleros.....	19	SECCIÓN II. TEMA CENTRAL - CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REHIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
<i>Dr. Jairo Parra Quijano</i>		La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político.....	289
Carlos Arturo Torres E Idola Fori.....	27	<i>Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez</i>	
<i>Mg. Carlos Gabriel Salazar</i>		Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable.....	307
La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.....	39	<i>Esp. José Leonardo Suarez</i>	
<i>Mg. Fernando Arias García</i>		La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano.....	331
La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativoDiego Alejandro López Laiton.....	61	<i>Esp. Gustavo Aguilera B.</i>	
<i>Mg. Fernando Badillo Abril</i>		Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías.....	377
Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento.....	83	<i>Lt. Vanesa S. Alfaro</i>	
<i>Mg. José Helvert Ramos Nocua</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	
Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano.....	121	Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad.....	397
<i>Esp. Rubén Darío Serna Salazar</i>		<i>Lic. Genaro Velarde Bernal</i>	
Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción.....	143	La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán.....	413
<i>Ph.D Yolanda M. Guerra García</i>		<i>Mg. Eyder Bolívar Mojica</i>	
Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia.....	167		
<i>Esp. Mario Alfonso Villate Barrera</i>			
El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales.....	189		
<i>Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa</i>			

