



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

STC14554-2019

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-03081-00

(Aprobado en sesión de nueve de octubre de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Se decide la acción de tutela instaurada por Martha Eliana Sabogal Sabogal contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, trámite al cual se vinculó a las partes y terceros intervinientes en el proceso promovido por Gales Asociados S.A.S. contra la accionante (rad. n.º 2017-00201-00).

ANTECEDENTES

1. La promotora reclama la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la autoridad judicial acusada.

Solicita se ordene la revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 2019 proferida por la Colegiatura recriminada y *«declarar en sentencia el mutuo disenso y la devolución del dinero entregado a GALES ASOCIADOS que vendió el objeto del contrato es decir la casa No. 14 desde junio del año 2017 y a la fecha no ha devuelto un solo peso apoderándose y beneficiándose de un dinero que no le corresponde»*.

2. Son relevantes para la definición de este asunto los siguientes hechos:

2.1. La sociedad Gales Asociados S.A.S. presentó demanda contra la accionante, en aras de que se declarara la resolución del “contrato de promesa de compraventa de inmueble número 014” ubicado en el Condominio Campestre Bambú, en la Vereda San Juan de la Vega (Cundinamarca), celebrado entre ellas el 11 de noviembre de 2015, por incumplimiento de la gestora al no efectuar el pago del saldo del precio y no comparecer a la Notaría 73 del Círculo de Bogotá para la firma de la escritura respectiva; y que como consecuencia de ello se condenara a la quejosa a pagar la suma de \$172.000.000 a título de cláusula penal. Así mismo, se pidieron las restituciones mutuas, en razón de lo cual se ordenara a la demandante a devolver el saldo de la parte del precio recibido, descontando el monto de la cláusula penal y las costas y gastos que se causen con ocasión del proceso (folios 59 a 75 rad. 2017-00201-00).

2.2. La demandada, aquí censora, formuló demanda de reconvencción, solicitando *«la resolución del contrato de promesa de compraventa, por no existir acuerdo entre las partes para darlo por terminado en la forma inicialmente pactada»*, y más adelante señala que:

Derivados del incumplimiento de las obligaciones, concurre la reparación de perjuicios, conforme los arts. 1613 y 1614 del Código Civil, se desprende la obligación indemnizatoria, ó de haberse incumplido perfectamente, ó de haberse retardado su cumplimiento. El incumplimiento mencionado, señalado de manera principal en los arts. 1610 y 1612 del CC, ó ya de manera accesoria ó consecencial, los arts. 1546 y 1818 que encaminan a proporcionar a la parte cumplida, una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados. Solicito por lo tanto, sea declarado de ésta manera.

Por lo anteriormente mencionado, solicito se declare la resolución de la promesa del contrato de compraventa, conforme a lo estipulado en el art. 1937 del Código Civil, y se dicte sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso (folios 29 a 34 cuad. 2 demanda reconvencción rad. 2017-00210-00).

2.3. El conocimiento del libelo correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, el que el 4 de marzo de 2019 profirió

sentencia, mediante la cual resolvió: (i) *«declarar que no prosperan las pretensiones, tanto de demanda inicial, como la de reconvención»*; (ii) declarar resuelto el contrato por mutuo disenso tácito, por cuanto ninguna de las partes acudió a la Notaría 73 del Circulo de Bogotá el 20 de mayo de 2016 a elevar a escritura pública el acuerdo de voluntades; (iii) *«ordenar a la demandante GALES ASOCIADOS S.A.S. pagar a la demandada [...], la suma de \$474.562.494,95 a manera de restitución de lo que canceló la promitente compradora en cumplimiento del contrato resuelto, suma de dinero que se encuentra debidamente indexada al día 31 de diciembre de 2018»*; y (iv) declarar que no hay lugar a disponer sobre la entrega del inmueble (folios 141 a 159 rad. 2017-00210-00).

2.4. La parte demandante apeló la decisión de primero grado, alzada a la que se adhirió la gestora, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia emitida en audiencia celebrada el 11 de septiembre de 2019, revocó la decisión de primer grado y resolvió *«denegar la demanda principal y la de reconvención por las razones expuestas»* (folios 10 a 12 rad. 2017-00210-00).

2.5. La quejosa sostiene que la Colegiatura cuestionada aplicó el artículo 1546 del Código Civil *«sin contemplar que se debía aplicar el artículo 1602 para salvaguardar los dineros que entreg[ó] al demandante y no se tuvo en cuenta que el inmueble objeto de este contrato ya se vendió por parte del demandante por lo tanto existe la certeza que no hay voluntad para seguir el contrato»*.

Agregó que *«si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría imposible que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestras de todo lo contrario; de no conservarlo; de deshacerlo»*.

3. La Corte admitió la demanda de amparo el 18 de septiembre de 2019, ordenó librar las comunicaciones de rigor y pidió rendir los informes a que alude el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 (folio 37).

LAS RESPUESTAS DE LOS CONVOCADOS

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá remitió en calidad de préstamo el expediente n.º 2017-002010-00 (folio 58).

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo jurídico concebido para proteger los derechos fundamentales, cuando son vulnerados o amenazados por los actos u omisiones de las autoridades públicas, en determinadas hipótesis, de los particulares, cuya naturaleza subsidiaria y residual no permite sustituir o desplazar a los jueces funcionalmente competentes, ni los medios comunes de defensa judicial.

2. Por lineamiento jurisprudencial, en tratándose de actuaciones y providencias judiciales, el resguardo se abre paso de manera excepcional y limitado a la presencia de una irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 2001-00183-01); y por supuesto, se cumpla el requisito de la inmediatez.

No obstante, en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial.

Al respecto, la Corte ha manifestado que:

...el Juez natural está dotado de discreta autonomía para interpretar las leyes, de modo que el amparo sólo se abre paso si 'se detecta un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo; cuando tenga lugar un ostensible e inadmisibile resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico, es posible reclamar el amparo del derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado... (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 0183; reiterada en STC4269-2015, 16 abr. 2015).

Así pues, se ha reconocido que cuando el Juez se aparta de la jurisprudencia, sin aportar argumentos valederos o cuando se presenta un defecto sustantivo en el proveído, entre otros, se estructura la denominada «*vía de hecho*».

3. Descendiendo al caso *sub examine* advierte la Corte que el Tribunal enjuiciado cometió un desafuero que amerita la injerencia de esta jurisdicción, conforme pasa a explicarse.

3.1. La Colegiatura revocó la sentencia de 4 de marzo de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá y denegó la demanda principal y la de reconvención, con fundamentó en que ambas partes contratantes incumplieron sus compromisos y por tanto, quedaban despojados de la acción de resolución del contrato que invocaron, sin que le fuera dable al juzgador *a quo* de oficio aplicar la figura del mutuo disenso tácito. Veamos, lo que indicó:

El artículo 1602 del Código Civil prevé que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, por lo cual su invalidación no puede surgir sino por consentimiento recíproco, resciliación o mutuo disenso o por las causas establecidas en la ley, entre ellas, la resolución. Esta última y el mutuo disenso por lo demás son figuras de origen, características y alcance diferente, como lo ha constatado la Corte Suprema de Justicia (...).

Ahora, tratándose de la acción resolutoria repetidamente se ha sostenido que los presupuestos indispensables para su prosperidad pasa por (i) presencia de un contrato bilateral, (ii) que el promotor hubiera cumplido con sus cargas o que haya estado dispuesto a satisfacerlas y c) que la contraparte haya desatendido sus obligaciones correlativas; destacándose así mismo que si uno u otro extremo no honraron sus compromisos, ambos quedan despojados de la acción comento. (...).

En ese orden de ideas, es preciso indicar que en un evento en el que el Juez esté en presencia de incumplimiento de ambos, la deducción segura e indiscutida no es necesariamente de la mentada fórmula de invalidar lo pactado, toda vez que el incumplimiento de las obligaciones de ambos extremos contractuales no le imponía al a quo aplicar automáticamente la figura del mutuo disenso tácito, más aun cuando desde el comienzo en la pretensión de la demanda inicial tuvo por objeto la resolución de la convención con el consecuente reconocimiento de perjuicios, súplica y consecuencias de linaje diferentes al mutuo disenso tácito.

Y es que cuando el demandante pide que se decrete la resolución, con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, como es del caso, el juzgador no está facultado para decretar algo distinto a lo pedido, pues atentaría contra la congruencia de lo peticionado y resuelto, según lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P., el fallador pues no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes.

En el presente asunto desde el propio libelo introductor se expresó que la voluntad de los contratantes no era propiamente la de desistir del pacto transaccional, por lo que al declararse oficiosamente el mutuo disenso tácito, el a quo erró, lo que abre paso al reparo formulado por ambas partes.

(...)

Así las cosas, conforme a lo expuesto ambas parte incumplieron lo pactado en la promesa de contrato de compraventa celebrada el 11 de noviembre e 2015, por cuanto (i) ninguna asistió a la Notaría 73 del Círculo de Bogotá el 20 de mayo de 2016, (ii) la demandada no pagó el saldo pendiente de \$450.000.000 en la citada data, por lo que la demanda principal no tiene vocación de prosperidad, pues Gales Asociados S.A.S. carece de legitimación para solicitar la resolución del contrato, en tanto que no demostró que cumplió con las obligaciones pactadas en la promesa de compraventa, ni se allanó a cumplirlas, como fue la asistencia a la Notaría 73 del Círculo de Bogotá el 20 de mayo de 2016.

Refiriéndose a la demanda de reconvención, señaló:

Ahora, si bien es cierto que la demanda de reconvención tiene serias imprecisiones ha de entenderse que lo implorado por la señora Sabogal es la resolución de la promesa de compraventa por incumplimiento imputable a la constructora, toda vez que en su criterio Gales Asociados no podía entregar el inmueble el 28 de mayo de 2016 porque para esa data no estaba totalmente terminado el bien.

Efectivamente se encuentra que la constructora debía entregar el inmueble totalmente terminado el 28 de junio del 2016, tal como consta a folio 6 del cuaderno 1 y según el informe técnico elaborado por la Secretaría de Planeación e Infraestructura de La Vega, se corroboró que para el 14 de junio del 2016 la construcción estaba finalizada en cuanto a la obra gris, en cuanto a la obra blanca estaba aproximadamente en un 50% de avances, faltándole parte de los acabados como las puertas, ventanas y algunos sectores de pintura.

En cuanto a la licencia de construcción de la Casa No. 14 de Bambú se informó que en el momento de la visita la vivienda mencionada no contaba con la respectiva licencia de construcción, sin embargo dicha licencia se encontraba en

trámite y fue otorgada con la resolución 072 de 10 de junio de 2016, folio 13 del cuaderno 2. (...).

No obstante lo anterior, como ya se dijo anteriormente el orden cronológico del cumplimiento de las obligaciones era que para el 20 de mayo de 2016 la señora Sabogal debía pagar el saldo pendiente, es decir, la suma de \$450.000.000, cumplida la misma nacía el deber de la constructora de entregar el inmueble el 28 de mayo de 2016 y ante la ausencia de pago de la actora en reconvención esta no está legitimada para exigir el cumplimiento de la terminación de la vivienda para el 28 de mayo de 2016.

Téngase en cuenta que el demandante incumplidor de sus obligaciones carece de legitimación para solicitar la ejecución de un contrato bilateral cuando no estuvo presto a cumplir en la forma y tiempo debido porque de una actitud pasiva, como es natural entenderlo, no puede surgir el derecho a exigir de los demás que cumplan.

En ese orden, la demandante en reconvención no cumplió ni se allanó a cumplir con la carga pactada, es decir, a pagar el precio acordado, pues de ello no hay prueba en el expediente.

Así, más allá de que la constructora que el retraso en la ejecución de la obra obedeció a las fuertes lluvias, al paro de camioneros y a las presuntas modificaciones personalizadas solicitadas por la promitente compradora, debe resaltarse que ante el incumplimiento del desembolso del dinero por parte de la señora Sabogal, la actora en reconvención carece del privilegio de pedir la resolución del contrato bilateral, pues ni siquiera pagó el saldo pendiente en el tiempo señalado en la promesa de compraventa.

Así las cosas, se tiene que la demanda de reconvención tampoco tiene la vocación de prosperidad.

En ese orden de ideas, se concluye que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito el 4 de marzo de 2019 será revocada en su integridad y en consecuencia, se denegará tanto la demandan principal como la demanda de reconvención.

3.2. Ahora bien, esta Corporación en la sentencia SC1662-2019 de 5 de julio de 2019, rad. 1991-05099-01, corrigió la doctrina, en el sentido que ante el incumplimiento de las obligaciones en un contrato bilateral también es aplicable la resolución del contrato:

3. El incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales. Vacío legal. Aplicación analógica de la resolución. Corrección doctrinal.

3.1. Se sigue de lo expuesto, que el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546

del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal.

3.2. En tal orden de ideas, colígese la plena aplicación del artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que a la letra reza:

Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

3.3. En procura de establecer el régimen legal que por analogía es aplicable al caso del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas con ocasión de la celebración de un contrato sinalagmático, son pertinentes las siguientes apreciaciones:

3.3.1. A voces del artículo 1602 de Código Civil, “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, mandato del que se desprende el poder vinculante que ellos tienen y, por consiguiente, el deber que recae en los intervinientes, de cumplirlos.

Con razón ha dicho la Corte, que “[e]l principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes. (...). Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un ‘acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial... (Art. 864)’.

3.3.2. Ostensible es, por lo tanto, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato por parte de quienes lo celebraron, constituye la más significativa afrenta al mismo y, por ende, corresponde a un comportamiento que, como en todos los casos de infracción de la ley, debe sancionarse, previsión que a más de propender por impedir la generalización de ese tipo de conductas, busca forzar la satisfacción del interés del extremo inocente o que se restablezcan, en lo posible, las condiciones que existían antes del pacto.

3.3.3. Visto está, que cuando el incumplimiento contractual proviene de una sola de las partes, el legislador le brinda al contratante diligente la posibilidad de optar por el cumplimiento o por la resolución del nexo jurídico (art. 1546, C.C.).

3.3.4. La segunda de tales sanciones, aparece presente en los casos de incumplimiento que el código desarrolla.

A título de mero ejemplo, cabe citar que en la compraventa, el incumplimiento de la entrega (art. 1882, C.C.), la desatención de la cabida del predio (art. 1888 ib.) y el no pago del precio (art. 1930 ib.), otorgan al contratante inocente la posibilidad de resolver el contrato con indemnización de perjuicios.

En tratándose del contrato de arrendamiento, la imposibilidad de entregar la cosa arrendada (art. 1983, C.C.) o el retardo en hacerlo (art. 1984, ib.), habilita al arrendatario a desistir del contrato y al resarcimiento del daño ocasionado. A su turno, el no pago de la renta (arts. 2000 y 2003, ib.), el indebido uso del bien objeto del negocio (art. 1996, ib.), o el incumplimiento de la obligación de conservarlo (art. 1997, ib.), permite al arrendador optar por la terminación del acuerdo y/o por la reparación de los perjuicios.

El incumplimiento grave de las prestaciones derivadas del contrato de suministro, da derecho a la parte afectada de solicitar su terminación con la correspondiente indemnización de perjuicios (art. 973, C. de Co.).

El no pago del valor del hospedaje, permite la terminación del respectivo contrato (art. 1202, num. 3º, ib.).

Significa lo expuesto, que como reacción a los casos de incumplimiento contractual, el legislador previó la resolución o la terminación del contrato, mecanismos que al tiempo de constituir la sanción para reprimir tal infracción, se erigen en el instrumento a través del cual se provee sobre la extinción del nexo convencional y se conjura la injusticia que, como consecuencia de dicha omisión, sobreviene al contrato y a quienes lo celebraron, en tanto que los despoja del deber de cumplirlo y, cuando ello es pertinente, les brinda la posibilidad de retraer los actos que en desarrollo del acuerdo hubieren verificado, v.gr. el pago de dinero o la entrega de bienes.

3.3.5. Factible es sostener, por consiguiente, que la resolución ostenta diversa naturaleza.

Por una parte, se trata de una “sanción dispuesta por el ordenamiento como una medida aflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada. Esta medida se caracterizaría por la imposición al deudor incumpliente del deber secundario de sufrir la pérdida de la contraprestación que le debía su cocontratante, y debe distinguirse netamente de la otra sanción que se concreta en la ejecución forzosa por equivalente (daños y perjuicios)”.

Por otra, es una medida de recomposición del equilibrio perdido, puesto “que es contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte. (...). Cuando se ha establecido firmemente el principio de interdependencia de dos obligaciones recíprocas -dice RIPERT-BOULANGER- no hay más que sacar una consecuencia lógica: que el contrato debe desaparecer si su ejecución incompleta ha creado una injusticia. (...). El art. 1184 del CC francés -dice RIPERT- es pues la consagración legal de la idea de justicia contractual. Y, más adelante, añade: la idea profunda (que se aprecia en las diversas teorías que explican la resolución por incumplimiento) es siempre la misma: el contrato es respetable cuando ha sido concluido, porque responde a fines legítimos; posteriormente a su conclusión ha sido desequilibrado, ya por falta de una de las partes, ya por un evento puramente fortuito. Ejecutar este contrato cojo, sería simplemente inmoral”.

3.3.6. Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico.

3.3.7. De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes.

3.4. Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato.

Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo.

Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil.

Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inexecución contractual.

No está demás, pese a la diversa interpretación normativa que allí se hace, recordar las razones que, por mayoría, adujo la Sala en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, para reprochar la tesis que entonces, como ahora, venía sosteniendo la Corporación, de que tratándose del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, no había lugar a la resolución del mismo, ocasión en la que observó:

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

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

Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que “en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente”, la Corte, adicionalmente, señaló:

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Y más adelante, concluyó:

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal”.

4. Incumplimiento unilateral, bilateral y mutuo disenso. Conclusiones.

4.1. En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.

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

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

4.3. *Ahora bien, cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.*

3.3. En ese orden de ideas, el Tribunal desconoció el precedente de esta Colegiatura, pues fundamentó su determinación partiendo de que los contratantes carecían de legitimación para pedir la resolución del contrato porque ambos habían incumplido sus obligaciones, cuando para la época en que se profirió el fallo de segundo grado ya la Sala de Casación Civil había planteado cambios en el tema objeto de debate, que amerita sea examinado bajo los nuevos lineamientos.

4. En consecuencia, se ordenará al Tribunal accionado que deje sin valor y efecto el proveído de 11 de septiembre de 2019 emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y las actuaciones que dependan de esta, para que adopte una nueva decisión en la cual tenga en cuenta las consideraciones precedentes.

DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **concede** el resguardo rogado. En consecuencia, **dispone**:

Primero: Ordenar a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la fecha en la cual le sea devuelto el expediente contentivo del asunto objeto de esta queja, deje sin efecto la decisión de 11 de septiembre de 2019, y las actuaciones que dependan de este.

Segundo: Cumplido lo anterior y, en un término no superior a 15 días, emita nueva providencia en la que resuelva las apelaciones que interpusieron ambos extremos en contra del fallo de 4 de marzo de 2019 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en la parte motiva de este fallo. Por Secretaría remítasele copia de esta determinación.

Tercero: Ordenar al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, remitir de inmediato y en un término no superior a un día, el expediente materia de la queja constitucional a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en los ordinales anteriores.

Cuarto: Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y, en oportunidad, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no impugnarse.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Aclaración de voto

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Salvamento de voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Salvamento de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-03081-00

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente estimo que la intervención de la Sala como juez constitucional, de ser procedente, debió limitarse a ordenar que el tribunal adicionara a los medios de discernimiento de los que hizo acopio en el fallo reprochado, las nociones incluidas en el proveído CSJ SC1662–2019, 5 jul., para que optara, o no, por la solución que acogió la Corte en dicha oportunidad.

Ciertamente, la colegiatura convocada edificó su absolución sobre dos pilares distintos: (i) no había lugar a declarar el mutuo disenso tácito, como lo hizo el juez *a quo*, porque la conducta de las partes no evidenciaba «**la inocultable posición de no permanecer atados al negocio**» (CSJ SC15762-2014, 14 nov.) conforme lo exige el precedente de esta Corporación para viabilizar esa medida; y (ii) los contendores no estaban legitimados para ejercer la acción resolutoria, comoquiera que no demostraron haber cumplido, o haber estado prestos a cumplir, lo convenido en el contrato de promesa de venta.

Sobre el primer argumento (que era suficiente para revocar el fallo de primera instancia) no existe discrepancia; de hecho, las partes, incluida la ahora accionante, también reprocharon ese entendimiento del fallador de primer grado. Respecto de lo segundo, por el contrario, aunque la desestimación del *petitum* se fincó en varios precedentes de esta Corporación, según la decisión de tutela obvió incluir dentro de ese marco teórico lo dicho en la sentencia CSJ SC1662–2019, 5 jul. (que acompañé y acompaño), conforme con la cual se abre paso la resolución contractual por incumplimientos recíprocos.

Y aunque tal preterición ameritaba, a juicio de la Sala, su intervención como juez de tutela, esa injerencia no podía traducirse en ordenar al tribunal que, indefectiblemente, traspusiera al presente conflicto la solución construida recientemente por la Corte, pues ello contraviene los postulados de autonomía e independencia judicial, que son garantías constitucionales propias del debido proceso, acorde con los cánones 228 de la Carta Política¹ y 5 de la Ley 270 de 1996² («Estatutaria de la administración de justicia»).

Por consiguiente, si la Corte estimaba necesario disponer que el tribunal rehiciera su evaluación de litigio, reparando ahora –adicionalmente– en la posibilidad de resolver un contrato por mutuo incumplimiento (conforme con la citada providencia de casación), no era del caso instruirlo para que procediera en un sentido específico, sino para que determinase la pertinencia concreta de las referidas soluciones, atendiendo la caracterización fáctica del caso, y las eventuales limitantes de índole formal que surgen de la configuración de las pretensiones, los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y los reparos concretos elevados contra esa determinación.

¹ «La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes (...)».

² «La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias».

En los anteriores términos, dejo fundamentado mi disenso, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto hacia los magistrados que suscribieron la providencia, me permito expresar los motivos de mi discrepancia con la decisión adoptada.

1. La decisión mayoritaria. de la que me aparto concedió' el amparo porque la sentencia del Tribunal incurrió en una' oía de hecho, como quiera que fundamentó su determinación *«partiendo de que los contratantes carecían de legitimación para pedir la resolución del contrato porque ambos habían incumplido sus obligaciones»*, con lo que desconoció el precedente de esta Corporación, proferido el 29 de julio de 2019, que planteó *«cambios en el tema objeto de debate»*, los cuales debieron ser tenidos en cuenta el caso.

Sin embargo, contrario al criterio expuesto por la Sala, considero que 11 determinación del *a-quem* al revocar el fallo de primera _instancia, que de oficio declaró resuelto el contrato por mu uno disenso tácito, no vulneró los derechos

fundamentales de ninguna de las partes o desconoció la jurisprudencia, por lo que no puede catalogarse de arbitraria o antojadiza, por el contrario, la providencia obedeció a una legítima interpretación de las normas aplicables al asunto y las pruebas obrantes en el expediente, así como observó la doctrina de la Corte.

En efecto, el Juzgador luego indicar que de acuerdo al artículo 1602 (el Código Civil todo contrato legalmente celebrado es un.' ley para los contratantes, por lo cual *«la invalidación no puede surgir sino por consentimiento recíproco,*

resciliación o mutuo disenso o por las causas establecimiento en la ley, entre ellas, la resolución.»; estableció, que ésta última y «el mutuo disenso por lo demás son figuras de origen, características y alcance diferente, como lo ha constatado la Corte Suprema de Justicia», e hizo referencia a las sentencias de 5 de noviembre de 1979, 1° de diciembre de 1993 y 12 febrero de 2007, proferidas por esta Corporación, para concluir que «en el evento en el que el juez de esté en presencia de incumplimiento de ambos, la deducción segura e indiscutida no es necesariamente de las mentada formula de invalidar lo pactado, ,toda vez que el incumplimiento de las obligaciones de ambos extremos, contractuales no le imponía al a-quo aplicar automáticamente la figura del mutuo disenso tácito, más aun cuando desde el comienzo en la pretensión den la demanda inicial tuvo por objeto la resolución de la convención con el consecuente reconocimiento de perjuicios, súplica y consecuencias de linaje diferentes al mutuo disenso tácito».

Y es que, añadió «cuando el demandante pide que se decrete la resolución, con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, como es del caso, el juzgador no está facultado para decretar algo distinto a lo pedido, pues atentaría contra la congruencia de lo peticionado y resuelto, según lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P., el fallador pues no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes». En el presente asunto, concluyó, «desde el propio libelo introductor se expresó que la voluntad de los contratantes no era propiamente la d desistir del pacto transaccional, por lo que al declararse oficiosamente el mutuo disenso tácito, el disenso, lo que abre paso al reparo formulado por ambas parees».

Argumentos, que independiente de que se compartan, no son producto de una motivación que puede calificarse de irrazonable, por el contrario, se sustentaron en

jurisprudencia de esta Corporación, por lo que es claro no debió concederse el amparo, pues constitucional y legalmente los funcionarios judiciales tienen entera libertad para realizar una libre hermenéutica: de las normas, sin llegar, por supuesto, al límite de la arbitrariedad o la ilegalidad, que en el presente caso no se vislumbran.

Así que no existe duda, por consiguiente, que no fue por defecto sustantivo o procedimental, ni por ninguna otra actuación caprichosa que el Tribunal accionado tomó su decisión, pues los motivos que adujo en su providencia constituyen una interpretación judicial válida y razonable, por lo que no se avizoraba la configuración de ninguno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias y, por tanto, se itera, no se advertía violación a los derechos fundamentales del tutelante.

2. Incluso, en un caso de similares características en las que un Tribunal citado declaró de oficio la resolución por mutuo disenso tácito, la Corte en sentencia SC 18977 - 2017, concedió el Amparo y expuso:

Descendiendo al caso sub examine advierte la Corte que el Tribunal enjuiciado cometió un desafuero que amerita la injerencia de esta jurisdicción, por cuanto, tal y como lo esgrimió el tutelante, desconoció abundantes pronunciamientos de esta Corporación, en los que ha descartado la posibilidad de declarar, oficiosamente, la resolución de un ..Determinado acuerdo de voluntades por • mutuo disenso.

(...) En este orden de ideas, evidente es que el Tribunal desconoció lo expuesto por esta Colegiatura en casos análogos, en los que ha expresado que: En la especie de este proceso, no hay demostración alguna que conduzca a establecer esa conducta cie los contratantes; antes

bien, ellas intimaron cumplir algunas prestaciones propias del contrato prometido, e incluso ambas en sus respectivas demandas afirman haber cumplido cada una sus obligaciones, o haber estado presto a hacerlo, atribuyéndose recíprocamente incumplimiento en las demandas principal y de reconvención, justamente para deprecar cada una en su favor la resolución del contrato; todo sin contar con que siendo las pretensiones de tales demandas la resolución del mismo contrato, no le es dado al sentenciador variar la causa pretendí para deducir de oficio la disolución del contrato por mutuo disenz,³ (CSJ SC, 16 abr. 2002, rad. 7255)

Tal pronunciamiento, incluso, fue recientemente invocado en sentencia de tutela de esta misma Corporación, en la que se precisó lo siguiente:

Bajo ese entendido, sin llevar a cabo ningún estudio analítico respecto a que realmente las partes tuvieran el deseo inequívoco por disolver contrato, concluyó que tal figura se había configurado en el presente asunto, siendo de destacar que al respecto ha sido criterio de la Sala que «no le es dado al sentenciador variar la causa pretendí para deducir de oficio la disolución del contrato», **ni siquiera mediando mutuo disenso tácito**, el cual, además, «no se presenta por el mero incumplimiento de ambas partes contratantes, sino con la evidencia rotunda de que éstas (...) s han comportado de tal manera que cl' su conducta emerge su común deseo de disolver el vínculo». (CSJ CS 16 abr.2002, rad. 7255)

Así las cosas, se evidencia que la autoridad encartada si bien dejó sentado, lo cual no es materia de reproche, el incumplimiento de las obligaciones de ambas partes, dicha circunstancia no le imponía aplicar automáticamente el mutuo disenso tácito, conforme lo ha indicado esta Sala, máxime cuando, desde el comienzo lo indicó el Ad Quem, la pretensión de la reclamante tuvo por objeto la resolución del contrato de promesa de compraventa con el consecuente reconocimiento de los perjuicios, petición de estirpe y consecuencias diferentes al "mutuo disenso", aspecto que correspondía estudiar minuciosamente y especialmente cuando se observa desde el escrito de la demanda que la voluntad de los contratantes no era, propiamente, la de desistir de la convención, análisis que no realizó el despacho. Resaltado por la Sala (CSJ STC2383-2017).

Por tanto, el despacho judicial criticado erró al declarar, sin mediar petición de las partes en ese sentido, la resolución de la promesa de compraventa objeto del proceso objeto de reproche, por el incumplimiento mutuo de .os contratantes. (CSJ STC18977-2017, 16 Nov. 2017Rad.2017-03026-00).

Luego, no es claro que la providencia censurada haya

desconocido los precedentes de la Corte suprema de Justicia, en cambio, se advierte que la misma atendió la jurisprudencia reiterada que sobre el asunto ha proferido ésta, referida a la imposibilidad de concretar la resolución por incumplimiento mutuo.

3. Ahora bien, el 5 de julio de 2019, fecha anterior a que se emitiera el fallo objeto de la presente acción de tutela, esta Sala profirió la sentencia SC1662 -2019, en la que realizaron varias aclaraciones sobre el referido tema, pronunciamiento que no fue citado por el Tribunal accionado al momento de resolver el caso, sin embargo, ello no conlleva a desconocer el precedente jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, especialidad civil, menos aún, que a vulnerar los derechos o garantías constitucionales de las partes.

Lo anterior, porque ha señalado esta Corporación, que para predicar la existencia de un: *«un precedente judicial deben llenarse, al menos los siguientes requisitos: 1) Semejanza de los supuestos de hecho del caso actual con aquéllos esbozados en la decisión anterior, 2) Posibilidad de equiparación de la consecuencia jurídica que se aplicó en la determinación primigenia, con el asunto actual y, 3) Vigencia de la subregla o de la doctrina que contiene el precedente; esto es, que no se haya mutado, ,notificado o evolucionado por medio de otro antecedente jurisprudencia!* [...]. (CSJ. STC3817 de 6 de abril de 2015, Rad. 11001-02-04-000-2015-00251-01). (subrayado fuera del texto)

No obstante, al revisar el presente asunto, no se encuentra que se reúnan los referidos presupuestos, porque lo cierto es que í ente al tema de la declaratoria de oficio de

la resolución un contrato por incumplimiento mutuo, no existe doctrina probable (art. 4. Ley 169/1896) o una postura unificada de la Corporación.

Es así, que con relación a tal debate apenas se ha proferido la sentencia antes citada (SC16622019), la que pese a estar suscrita por la mayoría, no fue una decisión unánime de los integrantes de la Sala, pues además de que fue necesario la participación de conjuez para lograr su aprobación, tres de los magistrados salvaron voto.

Luego, no ha sido reiterativa la postura que expuso la Corporación, ni menos se ha constituido en precedente que obligue a los jueces, en especial, cuando la teoría aplicada por el Tribunal accionado, esa sí, se constituyó en doctrina probable, vigente durante mucho tiempo y no quedó claro su desconocimiento con el último de los 3 pronunciamientos.

Sumado a lo anterior, en el asunto allí debatido una de las partes, así fuera por excepción hizo referencia al incumplimiento mutuo, por lo que fue parte de los asuntos que las partes discutieron; cosa muy distinta la que acontecía en el juicio que acá se discute en donde ninguno de los contratantes, por el contrario, cuando se dispuso el «*disenso mutuo tácito*», ambas discutieron porque, según su criterio, cada una cumplió sus obligaciones o estuvo presta a hacerlo, por lo que tampoco se podía considerar que eran casos idénticos o similares y por ende, se pudiera aplicar como «*precedente*».

En los términos que preceden, dejo expresadas las razones
que motivan mi desacuerdo con lo decidido.

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil