



UNIVERSIDAD DE LA SABANA

**APLICACIÓN DEL MUTUO DISENSO Y LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO  
CUMPLIDO EN CONTRATOS ESTATALES.**

ENSAYO PRESENTADO POR:  
**ANGÉLICA MARCELA GÓMEZ**

UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
ESPECIALIZACIÓN EN CONRATACIÓN ESTATAL  
BOGOTÁ, D.C. 7 DE OCTUBRE DE 2011

## INTRODUCCIÓN

En Colombia, la Contratación Pública se desarrolla basada en principios constitucionales como el debido proceso, la publicidad, igualdad, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, legalidad, buena fe, prevalencia del derecho sustancial; también en los principios de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, transparencia, economía, responsabilidad y ahora el de selección objetiva. Finalmente, integra los principios rectores de la función administrativa como el de imparcialidad, economía, eficacia, publicidad y moralidad administrativa, todos estos encaminados a desarrollar los cometidos estatales dirigidos principalmente a garantizar el interés general.

Para esto es necesario que la administración, en cabeza de cada uno de los servidores públicos, celebren la etapa pre contractual, contractual y pos contractual de los negocios jurídicos ceñidos a estos principios y a los demás preceptos legales.

Con esto, se busca además del desarrollo de los cometidos estatales, mantener un equilibrio contractual en donde las obligaciones de cada una de las partes contratantes permanezcan como inicialmente se pactaron.

Sin embargo, conservar ese equilibrio no siempre es posible por razones tales como: culpa de una de las partes, de un tercero o hechos de la naturaleza, entre otros; entonces puede ocurrir que una de ellas o ambas de manera recíproca dejen de cumplir sus obligaciones y esto a su vez de lugar a una controversia contractual.

Ahora bien, en el evento en que de manera recíproca se dejen de cumplir obligaciones, surge el estudio de dos figuras traídas del derecho civil romano, el ***mutuo disenso*** y la ***exceptio non adimplenti contractus***, que con algunas limitaciones, podrían presentarse en el desarrollo de la contratación estatal, que es el tema central del presente ensayo.

## OBJETIVOS

El presente ensayo tiene como fin establecer y entender por qué si en nuestra constitución política está consagrado el derecho a la igualdad, las traídas del derecho civil Colombiano del ***mutuo disenso y la excepción de contrato no cumplido***, en estricto sentido no tienen tal aplicación, en el tema relacionado a la contratación estatal donde prevalece el interés general.

Como consecuencia, se pretende explicar cada una de estas figuras, establecer sus alcances y señalar sus limitaciones respecto del derecho civil.

Por último, se pretende estudiar el desarrollo jurisprudencial de éstas figuras y su aplicación actual.

## **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL MUTUO DISENSO Y LA “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS” O EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.**

El Ordenamiento Jurídico Colombiano consagra la protección de la libertad contractual, en donde los individuos constantemente con el fin de satisfacer sus intereses llevan a cabo la celebración de diferentes negocios jurídicos; relaciones contractuales en las cuales media un consentimiento que crea una fuerza vinculante, surgiendo de esta forma para cada una de la partes que intervienen en la realización del negocio jurídico celebrado, la obligación de ejecutar prestaciones con el fin de lograr los efectos de dicho negocio.

A la luz jurídica, se tiene que una vez celebrado un negocio jurídico, el mismo es ley para las partes; frente a lo cual, lo ideal es que las partes obligadas ejecuten y cumplan con sus obligaciones, cargas y deberes para que, de esta forma logren culminar satisfactoriamente el contrato. Ahora bien, en el alea normal del desarrollo del contrato legalmente celebrado puede ocurrir que las partes de igual forma, mediando un consentimiento libre y espontaneo, manifiesten su voluntad de dar por terminado el contrato celebrado en su oportunidad; aún sin que hayan logrado los efectos del mismo; circunstancia que es plenamente válida en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como lo establece el artículo 1602 del Código Civil Colombiano<sup>1</sup>. En otras palabras el mutuo consentimiento de las partes es una causal por la cual el contrato puede ser inválido o puede darse por terminado o culminado.

---

<sup>1</sup> Código Civil Colombiano, “ARTICULO 1602: *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Por ende, podemos establecer que la figura del “Mutuo Disenso” es válida en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la base que la misma opera en contratos bilaterales, toda vez que lo que se busca es romper el vínculo contractual sin que con el mismo haya logrado su finalidad; es decir, surge la necesidad de terminar el contrato antes de lograr sus efectos finales, teniendo de por medio prestaciones pendientes a cargo de los extremos contractuales; toda vez que con la figura mencionada no se debe en ningún momento generar un desequilibrio al interior del contrato, como también no se puede llegar a afectar derechos adquiridos válidamente por terceros.

Ahora bien, esa manifestación de voluntad de dar por terminado el contrato puede presentarse de manera **expresa** proveniente de la voluntad de ambos extremos contractuales antes de que el mismo produzca sus efectos finales; ó también puede ocurrir en ciertas circunstancias que las partes intervinientes en el contrato realicen actos que generan efectos y que de una u otra forma se entiende manifestada la voluntad de las partes contractuales pero de forma **tácita**. Es así como la legislación Colombiana reconoce el mutuo disenso expreso, y también el mutuo disenso tácito.

En cuanto al **mutuo disenso expreso**, no se presenta mayor inconveniente y resulta mucho más fácil su aplicación, en el sentido que media un consentimiento expreso, un acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en el contrato de romper o culminar el vínculo contractual que los une, de cesar la ejecución de las prestaciones que se derivan del mismo, es necesario aclarar que la aplicación de la figura del mutuo disenso expreso únicamente cobra efectos hacia el futuro.

El Código Civil Colombiano, reconoce de manera expresa la aplicación del Mutuo Disenso expreso en su artículo 1602 y 1625 Inciso 1<sup>2</sup>, en los cuales se resalta que para que opere la figura en mención, debe mediar indiscutiblemente el consentimiento de ambos extremos contractuales. Por ende, podemos concluir

---

<sup>2</sup> Código Civil Colombiano, “ARTÍCULO 1625: *Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan darla por mula. (...)*”

que para que la figura del Mutuo Disenso Expreso, genere sus efectos debe: Existir en primer lugar el consentimiento expreso por parte de quienes celebraron del contrato de dar por terminado el vinculo contractual; de otro lado que dicho consentimiento se dé frente a un contrato válidamente celebrado, como también que la voluntad de culminar con el negocio jurídico se dé mientras existan prestaciones vigentes a cargo de cada una de las partes, y por último que dicha voluntad sea exteriorizada por ambas partes a fin de conocer la intención de las partes intervinientes en el negocio jurídico de culminar el negocio jurídico celebrado en su oportunidad.

Con relación al Mutuo Disenso Tácito, es necesario tener de presente que la figura en mención es resultado de las diferentes interpretaciones realizadas por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, ante la solución de los conflictos de intereses, en donde al interior del contrato las partes del mismo, incumplían de manera recíproca con las obligaciones a su cargo. Es así, que frente al incumplimiento recíproco de las prestaciones que debían ejecutar, se entiende como la voluntad de no llevar a cabo la culminación satisfactoria del negocio jurídico celebrado; pues una cosa es el incumplimiento por parte solamente de uno de los extremos del contrato, diferente a cuando ambas partes incumplen con la ejecución de sus prestaciones, para lo cual dependiendo de la circunstancia frente a la cual se encuentre, se debe analizar lo establecido tanto el artículo 1608 y 1609 del Código Civil Colombiano<sup>3</sup>; para de esta forma entrar a determinar si nos encontramos

---

<sup>3</sup> Código Civil Colombiano, “ARTICULO 1608: El deudor esta en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en caso especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha
3. a dejado pasar sin darla o ejecutarla.
4. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

“ARTICULO 1609: En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

frente a un incumplimiento recíproco de obligaciones, en donde tendría cabida el mutuo disenso tácito, de lo contrario tendríamos que valernos de otra acción.

Para establecer si el incumplimiento de esas obligaciones fue recíproco y se produjo un mutuo disenso, en caso de controversia contractual es necesaria la intervención del Juez, como quiera que es él la autoridad llamada a dirimir el conflicto entre las partes para establecer si el incumplimiento fue recíproco.

De lo arriba expuesto se extrae como requisitos del mutuo disenso tácito:

*“1. Se requiere prueba de hechos inequívocos de las partes de dar por terminado el acto jurídico válido que previamente celebraron.*

*2. Para que opere esta figura, se requiere declaración judicial que ponga fin al acto jurídico, por mutuo incumplimiento de las partes.”<sup>4</sup>*

Respecto del desarrollo jurisprudencia de ésta figura, La Corte Suprema de Justicia, ha llevado a cabo pronunciamientos en los cuales resalta las consecuencias derivadas de invocar la figura objeto de análisis, así:

*“Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o de ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro si cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicio, 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 por cláusula penal”.<sup>5</sup>*

---

<sup>4</sup> [http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA\\_200610\\_Derecho\\_Hipertexto/doku.php?id=mutuo\\_disenso\\_tacito](http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=mutuo_disenso_tacito), consulta realizada el 2 de octubre de 2011.

<sup>5</sup>.Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de Diciembre de 1982, Magistrado Ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura, extractada de la página web <http://www.ccc.org.co/content/wp-content/uploads/2011/05/Sergio-Armando-Rey-Dur%C3%A1n-Vs.-Acuarelas-de-la-Umbr%C3%ADa-S.A..pdf>

Es así, que cuando ambas partes han incumplido en la ejecución de sus obligaciones, las mismas no pueden alegar indemnización de perjuicios, como tampoco que se haga efectiva la cláusula penal; toda vez que, no hay perjuicio sino un recíproco incumplimiento, donde ambas partes han dejado de cumplir con lo que les corresponde según el vínculo contractual; al respecto el Doctor Fernando Canosa Torrado, citado en la página web <http://www.monografias.com/trabajos44/mutuo-disenso/mutuo-disenso2.shtml>, destacó: “*En un contrato cada parte es a un mismo tiempo acreedor y deudor: acreedor de la obligación que debe ser cumplida por su contratante, y deudor de su obligación a su cargo*”.<sup>6</sup>

Conforme a lo anterior, el incumplimiento no es un fenómeno distinto o contrario a la mora, simplemente existen eventos en que el incumplimiento no está acompañado de la mora<sup>7</sup>, en el caso del incumplimiento recíproco no hay lugar a alegar la mora de la otra parte, cuando a su vez quien alega la mora no ha cumplido con las obligaciones que tiene a su cargo.

Al respecto, vale la pena resaltar que la Honorable Corte Constitucional ha participado en el desarrollo de la figura objeto de análisis, para lo cual en su oportunidad expreso lo siguiente:

*“(...) Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues 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 (...)”*<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Extractado de la página web <http://www.monografias.com/trabajos44/mutuo-disenso/mutuo-disenso2.shtml>, Canosa Torrado, Fernando, La Resolución de los Contratos: Incumplimiento y Mutuo Disenso, introducción a la Teoría General del Negocio Jurídico, 1995. Bogotá, ediciones Doctrina y Ley.

<sup>7</sup> Ordoñez, Andrés E. El incumplimiento recíproco del Contrato y la Corrección Monetaria, la Jurisprudencia Colombiana 1978 – 1991, Universidad Externado de Colombia.

<sup>8</sup> Extractado de la página web <http://www.monografias.com/trabajos44/mutuo-disenso/mutuo-disenso2.shtml>, Acción de tutela instaurada por César Augusto Rodríguez Yepes contra el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, Magistrado Ponente: **Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**, Bogotá D.C. seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).

Por su parte, el Consejo de Estado realizó el siguiente pronunciamiento:

*“(...) Advierte que el Tribunal encontró que hubo incumplimiento de las dos partes, lo que, a su vez, se tradujo en la intención inequívoca de éstas de no iniciar la ejecución del contrato celebrado, es decir, de terminarlo por mutuo disenso, que en este caso fue tácito, por cuanto no hubo manifestación alguna de las partes durante un período de seis meses. Concluye, entonces, que la decisión no fue más allá de lo pedido por las partes, ni cobijó puntos no sujetos al arbitramento.*

*(...) 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 la claridad necesaria aparecen fundadas en otro instituto. A través del primero..., se pide de manera unilateral por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva..., el acto jurídico primigenio se tenga por desistido, sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase, ya que... este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (artículo 1615 del Código Civil) y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 ibidem. Y por lo que respecta al mutuo disenso tácito... “...es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...” (G.J. Tomo CLVIII, pág.*

217) o sea que se precisa... que la conducta de todas las partes... sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de “desistencia” que constituye su sustancia y que obviamente no se verifica... una de ellas, a pesar de su propio incumplimiento de la obligación... entiende que ese proceder está justificado por la conducta negligente anterior observada por la otra y, con esta única indubitable perspectiva, hace uso en su demanda de la acción alternativa que otorga el segundo inciso del artículo 1546 del Código Civil, reclamando la resolución del contrato (...)<sup>9</sup>

Respecto del incumplimiento resolutorio o de terminación unilateral por incumplimiento (referidos en la cita anterior), según los cuales en un contrato se puede acordar una cláusula en la que es posible pactar que el incumplimiento de cualquiera de los contratantes generará la terminación de pleno derecho del contrato, en otras palabras, el incumplimiento de de una de las partes facultará a la otra para dar por terminado el contrato. En caso que se llegará a presentar ésta figura es procedente la indemnización y se puede hacer efectiva la cláusula penal.

En cambio la resciliación o terminación por mutuo disenso, consiste en que las partes desisten del negocio jurídico y no hay lugar a indemnización, tampoco se puede hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque el incumplimiento fue de ambas partes.

También de ésta jurisprudencia se extracta que, ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido al propio tiempo lo que se le debe; lo anterior, teniendo de presente que en los contratos surgen obligaciones recíprocas que están llamadas a ser ejecutadas por parte de las mismas, así que si una de las partes decide demandar a la otra por incumplimiento el que fue demandado puede justificar su incumplimiento en el incumplimiento del otro, mediante las

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sentencia n° 16766 de Sección Tercera, 4 de Mayo de 2000, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ.

respectivas excepciones, alegando específicamente, *la excepción de contrato no cumplido*, para que el juez de acuerdo al estudio de las pruebas decrete el mutuo disenso tácito.

Para dar mayor claridad al respecto, es necesario conceptuar lo que significa término excepción en materia procesal; para ello considero que es preciso citar al Dr. Hernán Fabio López Blanco, que en su libro de Procedimiento Civil Parte General, indicó:

*“Cuando los intereses del hombre están en peligro, por haber sido lesionados o pretenderse su desconocimiento, instintivamente se acude en defensa de ellos. Si el ataque se hace por medio de una demanda, pueden emplearse ciertos instrumentos que, para tal fin el Estado proporciona a los asociados.*

*Esa defensa –concepto genérico- la puede adelantar el demandado por medio de las excepciones llamadas perentorias, de fondo o de mérito, las cuales se dirigen básicamente a desconocer las pretensiones del demandante, por inexistentes o inoportunas”<sup>10</sup>.*

En pronunciamiento emitido en el año 2000, dentro del radicado 25000-23-26-000-1989-5337-01 (10883), Consejo de Estado Sección Tercera MP. **Alier Eduardo Hernández Enríquez**, recalcó la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos estatales, así:

*“La Sala encuentra que el contratista propuso la excepción de contrato no cumplido cuando afirmó que fue el incumplimiento del IDU el que determinó la inejecución de la totalidad de la obra contratada y motivó los actos sancionatorios demandados. La exceptio non adimpleti contractus, está prevista en el artículo 1609 del Código Civil, así: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” La Sala ha señalado que*

---

<sup>10</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. tomo I. 8 edición , Bogotá, 2002, p. 541

es una regla de equidad, que orienta los contratos conmutativos y que permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co contratante no ejecute la suya. Y ha condicionado su aplicación respecto de los contratos estatales, al cumplimiento de los siguientes supuestos: “a) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. ‘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 este está obligado con el primero’. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes las que permiten contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. ‘Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático’ y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la de la resolución del contrato o la Exceptio non adimpleti contractus’. b) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; porque, indicó la Sala: ‘A nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable.’ c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista. Este presupuesto fue planteado por la Sala así: ‘es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para

*ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual'. La Sala, precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (art. 83 Constitución Política)" . Nota de Relatoría: Ver Exps. 10131 del 13 de abril de 1999, 5857 del 21 de febrero de 1992 y 8790 del 17 de octubre de 1995, y 2509 de 16 de febrero de 1984"*

Respecto de ésta figura es preciso señalar que surge del artículo 1609 del Código Civil, el cual establece: *"en los actos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplir en forma y tiempo debido"*

Los requisitos de la excepción de contrato no cumplido son:

- *El demandado, que puede ser la entidad estatal o el contratista, no debe haber cumplido o no se ha allanado a cumplir.*
- *El demandante no debe estar obligado a cumplir primero.*
- *Debe existir reciprocidad de los obligados"<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> Extractado de tesis Universidad Javeriana

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis16.pdf>, Consulta realizada el 24 de septiembre de 2011

## **APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y EL MUTUO DISENSO EN LOS CONTRATOS ESTATALES.**

En primer lugar, es preciso aclarar que éstas dos figuras no tienen igual aplicación en derecho privado y en derecho público, como quiera que, mientras en derecho privado las partes tienen igualdad de condiciones y sin ninguna restricción pueden dejar de cumplir sus obligaciones en el evento en que la otra parte no las cumpla. Aquí el interés que se pretende satisfacer es el propio de las partes.

Por el contrario, en derecho público, quien celebra contratos con entidades estatales, antes de dejar de cumplir sus obligaciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo de la correspondiente entidad, debe evaluar cuáles serían sus consecuencias, como quiera que se trata de intereses colectivos y patrimonio del estado.

La finalidad de la contratación estatal, según el artículo 3º de la ley 80 de 1993, es el

*(...) cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

Así bien, nuestro estado es un estado social de derecho, donde prevalece la dignidad humana, el interés colectivo y para asegurar el cumplimiento de esos cometidos estatales, al contratar está revestido de unas facultades excepcionales

a las que se tienen en los contratos privados, con el objeto de otorgar derechos e imponer obligaciones y precisamente éste sería el límite para la aplicación del mutuo disenso y de la excepción de contrato no cumplido respecto de los contratos estatales.

Dejar de cumplir de manera recíproca las obligaciones contractuales, especialmente si es por mutuo disenso tácito, genera, algunas veces, controversias contractuales, que en el ámbito de la contratación estatal tienen mayor trascendencia social que en el ámbito privado.

Esas controversias contractuales deben ser dirimidas en los estrados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde un juez de la República establecerá si hay o no lugar a decretar el mutuo disenso tácito.

En el desarrollo de ese proceso contencioso administrativo el demandante puede pretender que se declare el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte pactadas en el contrato público, no obstante, a que él también ha dejado de cumplir las propias. En éste contexto el demandado, en uso de su derecho de contradicción y defensa puede excepcionar alegando a su favor la “*exceptio non adimpleti contractus*” o excepción de contrato no cumplido, con el fin de desvirtuar o justificar su incumplimiento. En todo caso en que se pruebe esto será que el juez de por terminado el vínculo contractual.

La excepción de contrato no cumplido, en suma es para que el demandado argumente al juez que la otra parte no cumplió o se allanó a cumplir sus obligaciones y por tanto carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación .

El asunto que enmarca toda atención, es el evento en que sea el contratista un particular quien ha incumplido sus obligaciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones pactadas por la entidad estatal, esto en consideración a que no puede hacerlo como si estuviera en un contrato de derecho privado, porque aquí prevalece el interés colectivo sobre el particular y en

caso de hacerlo esa entidad o un juez de la república podría declarar en el evento más benévolo el incumplimiento y en el extremo la caducidad.

Lo que debe analizar el contratista antes de dejar de cumplir sus obligaciones es que efectivamente haya un incumplimiento de la entidad contratante respecto de las obligaciones que pactó en el contrato; que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad sean de tal magnitud que impidan el cumplimiento de las obligaciones del particular contratista.

En este sentido, en la página web, [http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new\\_id=108&alr=aymsoft](http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=108&alr=aymsoft), se cita un pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que dice:

*“la excepción de contrato no cumplido, siempre condicionada a los siguientes supuestos: a) La existencia de un contrato fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. b) La no ejecución de prestaciones a cargo cada una de las partes contratantes y, c) Un incumplimiento de la Administración grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista”<sup>12</sup>.*

Como consecuencia los anteriores postulados deben probarse, ya que si no es así, la excepción de contrato no cumplido no prospera en contratación estatal, así exista un incumplimiento recíproco de las obligaciones por las partes y no podría decretarse la terminación del contrato por mutuo disenso.

---

<sup>12</sup> Extractado de la página web

[http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new\\_id=108&alr=aymsoft](http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=108&alr=aymsoft), consulta realizada el 28 de abril de 2011.

Tampoco procedería como excepción, la condición resolutoria, para justificar el incumplimiento propio porque en el artículo 87 del C.C.A, sólo está contemplada la declaratoria de incumplimiento.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Sentencia de **10 de marzo de 2011**. Consejo de Estado, Sección Tercera. **M.P. DRA. STELLA CONTO DIAZ**  
**Demandante: SOCIEDAD ALJOR S.A y demandado: ICA.:** *“Es oportuno precisar que, si bien de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria a favor del contratante cumplido, para invocar en caso de incumplimiento del otro la resolución o la satisfacción de lo convenido con indemnización de perjuicios, en materia de contratos estatales no resulta posible demandar de la entidad pública dicha satisfacción, puesto que el artículo 87 del C.C.A.<sup>13</sup> no prevé sino la declaratoria de incumplimiento, con la consecuente indemnización de perjuicios”.*

## CONCLUSIONES

El mutuo disenso como causal de extinción de obligaciones no está establecida dentro del marco normativo de la contratación estatal, es decir, no aparece tipificada en la ley 80 de 1993 ni en la 1150 de 2007. Igual ocurre con la excepción de contrato no cumplido, pero esto no quiere decir que no puedan ser aplicadas en el campo de la contratación estatal.

En cuanto al mutuo disenso expreso, no se presenta mayor inconveniente y resulta mucho más fácil su aplicación, en el sentido que media un consentimiento expreso de las partes de dar por terminado el contrato o de no dar aplicación a una de sus obligaciones..

No ocurre lo mismo cuando se presenta el mutuo disenso tácito, como quiera que debe interpretarse que con el incumplimiento de las obligaciones, sin ninguna manifestación formal de una de las partes, el otro podría dejar de cumplir las propias; incumplimiento recíproco que es aplicado en igualdad de condiciones a cada una de las partes en derecho privado.

Lo anterior a diferencia del derecho público, en donde, no obstante, ese incumplimiento de obligaciones por parte principalmente de la entidad estatal, el particular sólo podría dejar de cumplir con las propias si el incumplimiento de la entidad es tal que de manera razonada se observa que el contratista no podría cumplir con las propias.

La excepción de contrato no cumplido, es el medio de defensa que tiene la parte demandada en un conflicto contractual, para justificar ante el juez que no cumplió con las obligaciones a su cargo porque la otra parte no cumplió con las suyas, en un contrato bilateral.

Cuando se presenta como excepción, la excepción de contrato no cumplido, en contratos estatales, el demandado debe demostrar además que el incumplimiento de las obligaciones de la entidad fue tan grave que le impidió cumplir con su parte y le impidió el cumplimiento de los cometidos estatales.

La aplicación de la excepción de contrato no cumplido, entonces es diferente en derecho público y en derecho privado, en razón a que en derecho privado se predica la igualdad de las partes; en derecho público, por encima de esa igualdad, está el cumplimiento de los fines estatales, en que se enmarca la prevalencia del interés general sobre el particular y el cuidado que se debe tener del patrimonio del estado, esto de conformidad al artículo 3º de la ley 80 de 1993, la Sentencia del de 10 de marzo de 2011, Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Dra. Stella Conto Diaz y el pronunciamiento emitido en el año 2000, dentro del radicado 25000-23-26-000-1989-5337-01 (10883) por el Consejo de Estado, Sección Tercera. MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Desde mi punto de vista, no obstante, a la desigualdad que existe entre las partes de un contrato estatal, por cuenta del poder exorbitante o excepcional que tiene el estado en estos contratos, ésta es necesaria para cumplir los cometidos estatales y hacer prevalecer los derechos y beneficios de muchos a costa del sacrificio de los contratistas particulares, porque de no ser así, es decir, de no buscar el cumplimiento de las obligaciones en los contratos de la administración, no se obtendría los beneficios sociales que nos rodean.

Por último, no hay que olvidar que los contratistas acuden libremente a celebrar contratos con el estado, y siempre que cumplan lo pactado y laboren en el marco de la ética, legalidad y responsabilidad, obtienen significativas ganancias.

## BIBLIOGRAFIA

- Acción de tutela instaurada por César Augusto Rodríguez Yepes contra el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, Magistrado Ponente: **Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**, Bogotá D.C. seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).
- BAUTISTA MOLLER, Pedro Jose. Licitaciones, Contratos y Sanciones. Editorial Doctrina y Ley. 1999.
- CANOSA TORRADO, Fernando, La Resolución de los Contratos: Incumplimiento y Mutuo Disenso, introducción a la Teoría General del Negocio Jurídico, 1995. Bogotá, ediciones Doctrina y Ley.
- Código Civil Colombiano, Bogotá. LEGIS, 1999
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia N° 16766, 4 de Mayo de 2000. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ.
- HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.
- [http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new\\_id=108&alr=aymsoft](http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=108&alr=aymsoft) consulta realizada el 28 de mayo de 2011.
- <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis16.pdf>, Consultada realizada el 24 de mayo de 2011
- [http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new\\_id=108&alr=aymsoft](http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=108&alr=aymsoft)

- NTC 5613. Bogotá. Icontec, 2008. P. 2-5.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. tomo I. 8ª edición , Bogotá, 2002, p. 541.

## RESUMÉN GENERAL

En Colombia, la Contratación Pública se desarrolla basada en principios constitucionales como el debido proceso, la publicidad, igualdad, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, legalidad, buena fe, prevalencia del derecho sustancial; también en los principios de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, transparencia, economía, responsabilidad y ahora el de selección objetiva.

Es necesario acudir a diferentes normas del ordenamiento jurídico privado en el desarrollo de los contratos estatales como quiera que las normas que versan sobre el tema no lo contienen totalmente desarrollado.

Debido a los diferentes casos que se presentan también es necesario consultar la jurisprudencia que desarrolla temas como el mutuo disenso y la excepción de contrato no cumplido.

Estas dos figuras que se desarrollan en el presente ensayo

en el alea normal del desarrollo del contrato legalmente celebrado puede ocurrir que las partes de igual forma, mediando un consentimiento libre y espontaneo, manifiesten su voluntad de dar por terminado el contrato celebrado en su oportunidad; aún sin que hayan logrado los efectos del mismo; circunstancia que es plenamente válida en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como lo establece el artículo 1602 del Código Civil Colombiano<sup>14</sup>. En otras palabras el mutuo consentimiento de las partes es una causal por la cual el contrato puede ser inválido o puede darse por terminado o culminado.

---

<sup>14</sup> Código Civil Colombiano, "ARTICULO 1602: *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

Respecto del desarrollo jurisprudencia de ésta figura, La Corte Suprema de Justicia, ha llevado a cabo pronunciamientos en los cuales resalta las consecuencias derivadas de invocar la figura objeto

La aplicación de la excepción de contrato no cumplido, entonces es diferente en derecho público y en derecho privado, en razón a que en derecho privado se predica la igualdad de las partes; en derecho público, por encima de esa igualdad, está el cumplimiento de los fines estatales, en que se enmarca la prevalencia del interés general sobre el particular y el cuidado que se debe tener del patrimonio del estado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
 POSTGRADOS- FORUM  
 DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El  
 Resumen  
 Analítico

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	APLICACIÓN DEL MUTUO DISENSO Y LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN CONTRATOS ESTATALES.
3	AUTOR(es)	ANGÉLICA MARCELA GÓMEZ BOLÍVAR.
4	AÑO Y MES	2011 OCTUBRE
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	Luis Hernando Van -Strahlen
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	primarily, the individual could only fail to fulfill their own if the failure of the entity is such that there is a reasonable way the contractor could not comply with their own.
7	PALABRAS CLAVES	Mutuo, disenso, excepción, contrato, estatal, privado, jurisprudencia, doctrina, principios, prevalencia
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	
9	TIPO DE ESTUDIO	ENSAYO JURÍDICO
10	OBJETIVO GENERAL	<i>"El presente ensayo tiene como fin establecer y entender por qué si en nuestra constitución política está consagrado el derecho a la igualdad, las traídas del derecho civil Colombiano del mutuo disenso y la</i>
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	
12	RESUMEN GENERAL	En Colombia, la Contratación Pública se desarrolla basada en principios constitucionales como el debido proceso, la publicidad, igualdad, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, legalidad, buena fe, prevalencia del derecho sustancial; también en los principios de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, <del>transparencia, economía, responsabilidad y ahora el de selección objetiva. Finalmente, integra los</del>
13	CONCLUSIONES.	El mutuo disenso como causal de extinción de obligaciones no está establecida dentro del marco normativo de la contratación estatal, es decir, no aparece tipificada en la ley 80 de 1993 ni en la 1150 de 2007. Igual ocurre con la excepción de contrato no cumplido, pero esto no quiere decir que no puedan ser aplicadas en el campo de la contratación estatal.
14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	• Acción de tutela instaurada por César Augusto Rodríguez Yepes contra el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Bogotá D.C. seis (6)

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA