

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MONEDA, INFLACIÓN Y CONTEXTO HISTÓRICO DEL ARTÍCULO 1932 DEL C.C.

De entrada es necesario explicar las razones de hecho y jurídicas que confluyen en la demostración del objeto del presente escrito, pues una mirada al derecho debe incluir las circunstancias en que se genera, en especial, aquellas relaciones económicas y políticas que influyen de distinta manera en el entorno que rige. De allí se desprende la importancia de reseñar, en breve, cual ha sido la evolución del contexto histórico general de la moneda y luego en particular para Colombia, tanto en la época de expedición del Código Civil como en la evolución del asunto durante el siglo XX.

2.1. Enfoque histórico general

Según el profesor Ravassa Moreno¹⁵, el hombre se vio precisado a buscar un mecanismo de cambio que reuniera las características de ser escaso¹⁶, de general aceptación, fácilmente divisible y cuya unidad fuese pequeña; fruto de tal necesidad se crea la moneda o el dinero¹⁷, bien que traduce desde antiguos tiempos la medida de la riqueza con todas las vicisitudes, progresos y controversias, que ha generado esa especie, como se menciona brevemente a continuación.

En Lidia, extremo occidental de Anatolia -actual Turquía-, bajo el reinado de Giges (siglo VI a. C.) se acuñó el término “stratero” o “elektrum” para denominar la moneda resultante de la mezcla de oro y plata que circulaba hacia 687 A. de

¹⁵ Ravassa Moreno, Gerardo José. Derecho Comercial, Bienes Mercantiles, Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

¹⁶ Es precisamente esta regla la suele romperse en economías inflacionarias por emisión masiva de moneda, situación que puede originar, en parte, la pérdida de su valor.

¹⁷ Según la misma fuente, que enriquece este aparte, dicha palabra viene de la moneda medieval árabe *dinar*, y del *denario* romano.

C.¹⁸. Esta fue tal vez la primera unidad monetaria de la historia que llevó un sello real y fue aceptada fácilmente como instrumento medio de cambio. Y así tan antigua como la moneda acuñada, es el problema de la variación de los precios que desvalorizaba al dinero, pero los casos más conocidos se verificaron en el Imperio Romano. La dinastía de los Claudios, Calígula, Claudio y Nerón, enfrentaron los problemas derivados de pérdida de valor de sus monedas por la inflación.

En el 301 D. C., el emperador Diocleciano fue quizás el primer gobernante de la historia que enfrentó el fenómeno inflacionario, motivado entonces por los enormes gastos que demandaba el sostenimiento del aparato militar del imperio (cerca de 400.000 efectivos), además de la multitud de funcionarios del mismo, que provocó la aplicación de lo puede llamarse un “plan antiinflacionario”. En efecto, el edicto de precios de Diocleciano, el denominado *edictum de maximis pretiis rerum venalium*, fijaba precios máximos para varios productos y también establecía el costo de la mano de obra para producir esos artículos.

En medio de todas estas incidencias históricas, se destacan otras manifestaciones del mencionado fenómeno monetario, como el *as romano* (Servio Tulio 579 A. de C), el *aureos solidus* (Constantino 306-337), la *libra carolingia* (Carlomagno 768-814), el *florín de oro* (Florencia 1250), el *escudo de oro* (Francia 1263), el *ducado de oro* (Venecia 1284), unidades que reflejan una época, así como la forma de suplir la necesidad humana que al principio se indicó.

En 1568 Jean Bodin, un autor mercantilista francés, formuló por primera vez en la historia del pensamiento económico una teoría cuantitativa del dinero y de la inflación. Bodin atribuía el fenómeno, fundamentalmente, a la expansión

¹⁸ Bassin, Elena; Botero, Jean y Vercoutter, Jean. Los Imperios del Antiguo Oriente, Tomo III, Ed. Siglo XXI, 9ª Edición, México, 1980, Pág. 116.

monetaria que se había producido por el enriquecimiento desmesurado proveniente de la explotación de las minas de oro y plata en las colonias de América, así como la importación de tales metales a España.

Constituye un evento de especial connotación, el caso que se presenta en el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial, cuando Alemania fue condenada a reconocer fuertes indemnizaciones a las naciones triunfadoras, y la caótica situación económica en la que había quedado sumida, llevó a que en la República de Weimar se intentara autofinanciar el Tesoro con la emisión de papel moneda casi sin límite. Entre enero de 1922 y diciembre de 1923, la tasa acumulada de inflación ascendió a un billón por ciento. De igual forma, varios países como Hungría, Grecia, Austria, Polonia y China, vivieron procesos hiperinflacionarios derivados de la guerra, así como en Latinoamérica hubo circunstancias similares en Perú, Chile, Argentina, Bolivia, Brasil y México, durante los años setentas y ochentas, en algunos casos coincidentes con dictaduras militares.

La anterior mención histórica apenas alude a que la pérdida de poder adquisitivo en un fenómeno inherente a la moneda y permite deducir que estos son tan antiguos como la presencia misma del dinero en el mundo.

2.2. Descripción histórica en Colombia

Las dos últimas décadas del siglo XIX¹⁹ fueron de gran importancia para la economía del país debido al ostensible incremento de las exportaciones de café, que para esa época representaba el 18.4% de las exportaciones totales del país. El auge de la industria cafetera trajo como consecuencias económicas, entre otras, la acumulación de capital y el aumento del circulante monetario. A finales

¹⁹ Kalmanovitz, Salomón "Miguel Antonio Caro, el Banco Nacional y el Estado", en *Ensayos sobre Banca Central. Comportamiento, Independencia e Historia*. Ed. Norma, Bogotá, (2003), págs. varias.

de los años setenta del siglo antepasado, las exportaciones descendieron sensiblemente mientras que las importaciones permanecieron estables lo que resultó en la reducción del capital circulante interno y consecuencial aumento en las tasas de interés. Aunado a lo anterior, la depreciación internacional de la plata llevó a invertir en el extranjero el oro, reduciendo así el dinero circulante al metal devaluado, esencialmente.

En el primer gobierno de Rafael Núñez se creó el Banco Nacional con el objetivo de fomentar el crédito público y auxiliar al gobierno en operaciones fiscales. La Ley 39 de 1880, gestora de la entidad mencionada, le dio facultades exclusivamente para emitir moneda, y dispuso que los bancos aceptaran los billetes del Banco Nacional. Esta medida generó el control del dinero por el Estado e, igualmente, gran oposición del sector financiero por la emisión de papel moneda de curso forzoso lo que, sumado a diversas situaciones políticas, sociales y económicas llevó a la Guerra de los Mil Días.

Ya en el segundo gobierno de Reyes se expidió la Ley 33 de 1903 que adoptó el patrón oro para estabilizar el valor de la moneda y fundó el Banco Central de Colombia, que funcionó de 1905 a 1909, con el fin de centralizar las finanzas del país sin denominarlo como entidad estatal para lo cual convocó capital de inversionistas del sector privado. No obstante, el banco no amortizó el papel moneda de curso forzoso y las pocas emisiones del mismo no contaron con la confianza de los usuarios, circunstancia que inevitablemente llevó a despojarlo de cualquier prerrogativa de las que estaba revestido para así limitarlo a ser un banco común.

Con la fundación del Banco de la República (Ley 25 de julio de 1923), como entidad bancaria central colombiana encargada del privilegio de emitir billetes; competencia ratificada e incrementada mediante el Decreto Legislativo 256 de

1951 (dictado en *estado de sitio*), luego el Decreto 2206 de 1963 (expedido con apoyo en la Ley 6ª del mismo año) creó la Junta Monetaria que asumió las atribuciones del anterior Banca Central. Tras ello, fueron múltiples las medidas adoptadas, debido a la complejidad que fue tomando el manejo de la moneda como por el intervencionismo del Estado en la economía, previsto en el artículo 30 de la Carta de 1886, y reformado por el acto legislativo 1º de 1936, durante el gobierno liberal de López Pumarejo.

De otra parte, Colombia experimentó modificaciones trascendentales en su estructura legislativa con la expedición del Código Civil mediante la Ley 84 del 26 de mayo de 1873 y la Constitución de 1886. Tales cambios necesariamente influyeron en la economía nacional y, específicamente, en las relaciones contractuales.

El artículo 1932 que ocupa el lugar de premisa normativa de la tesis tiene venero en el Código Civil original y el texto ha permanecido así desde entonces; no obstante, la norma requiere actualizaciones sin necesidad de variar su texto, pues se entiende que los problemas para los cuales se previó, correspondían a los propios de ese momento, en que si bien la pérdida del poder de la moneda podía existir, la disposición fue tomada casi en su totalidad del Código Civil Chileno sin ninguna previsión especial al respecto.

En relación con la Carta de 1886, conviene tener en cuenta el pensamiento de don Miguel Antonio Caro, que sentó como premisa de la regulación constitucional, que

[...] la moneda no es artefacto libre; es creación del Estado; el Estado la emite o inspecciona su circulación; el Estado establece en ella valores; fija su valor eminente y la equivalencia recíproca de sus diversas especies. Este derecho del Estado, aunque los economistas

más o menos lo repugnan, está sancionado por los siglos y por el consentimiento unánime de todos los pueblos civilizados. (Sentencia de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 12 de Junio de 1969 (G.J. No. CXXXVII, Págs. 80 y ss. Exequibilidad de los artículos 5º y 6º del Decreto 2206 de 1963.

En desarrollo de esa soberanía monetaria, el ordinal 15 del artículo 76 de la C.N. de 1886 atribuyó al Congreso “*fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesos y medidas*”, norma que a su vez era reflejo del numeral 6º del artículo 55 de la Constitución de Cúcuta de 1821, y del numeral 12 del artículo 17 de la norma fundamental de 1863, disposiciones todas basadas en el manejo de patrones metálicos como base del sistema monetario, principalmente oro y plata, aunque también se utilizaron otros menos nobles o valiosos, como el cobre y el bronce.

2.3. Concepto y efectos jurídicos del dinero

El dinero es la unidad universal medidora de la riqueza, o “la medida común de todas las cosas patrimonial y económicamente consideradas”²⁰, es decir, que los valores económicos tienen una forma de “traducirse” en especies monetarias, con lo cual se acentúa la importancia de éstas para operar los intercambios que acontecen en la vida del derecho. Estos ocurren al amparo del concepto de poder liberatorio y del curso forzoso de la moneda, vale decir, que todas las obligaciones del sistema pueden ser satisfechas con aquellas o estas “*reducidas*” a unidades monetarias, al paso que su aceptación para el pago al acreedor resulta obligatoria, de manera que eventualmente se podría acudir al órgano judicial para que declare la extinción de la obligación y sus garantías²¹, si el *accipiens* se negara a recibirlo.

²⁰ Sent. Cas. Civ. de 7 de marzo de 1994, Exp. No. 4163.

²¹ A través del pago por consignación previsto en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil.

La pregonada importancia de la moneda en el plano jurídico trasciende al ámbito constitucional, tanto que la Corte Constitucional, ha sostenido que

[...] La búsqueda de la estabilidad en los precios se encuentra indisolublemente ligada a la naturaleza, las funciones y la autonomía del Banco de la República, puesto que la Carta no sólo señala que es básicamente por medio de esta institución que el Estado busca preservar la capacidad adquisitiva de la moneda sino que precisamente para lograr tal cometido es que la Constitución la dota de un importante grado de autonomía. Esto significa que la autonomía del Banco de la República, y de su órgano rector, la Junta Directiva, no es casual, sino que constituye un elemento esencial de su configuración constitucional, por cuanto fue considerada en la Asamblea Constituyente como un medio indispensable para lograr una mayor estabilidad en los precios. (Sentencia C-481 de 7 de julio de 1999).

No se puede perder de vista que el fenómeno inflacionario está contenido en el contexto constitucional y legal, cuyo análisis aparecerá en el capítulo Sexto.

Desde la Constitución, porque como aspecto estructural, la autonomía del Banco de la República resulta indispensable para el logro de metas relacionadas con el poder adquisitivo de la moneda, especialmente, en atención a que el fenómeno inflacionario obedece también a las tensiones de los agentes económicos frente a la participación de cada uno de ellos en la renta nacional, vale decir, esa independencia de la Banca Central pretende conjurar la tendencia del ejecutivo a desbordar el gasto público, por la vía de la emisión de circulante, o de apoderarse de una mayor dimensión de la riqueza privada, mediante el aumento de impuestos, decisiones que causan grave impacto en la inflación, pues los demás concursantes de la economía (empleados, trabajadores y empresarios), también presionaran a su manera –con movimientos por aumento de salarios o

incrementos de precios-, el aumento sustancial, sostenido y generalizado del nivel de precios de la economía.

De manera que la estructura constitucional colombiana se encamina a la estabilidad económica y por esa vía lograr un control más eficiente de los factores que causan el deterioro de la moneda, al evitar que los gobiernos pongan dinero en circulación para financiar los gastos de funcionamiento que no pueden pagar por medio del recaudo de impuestos. Esa estrategia deliberada desde la Constitución, tal vez explique porqué los años que siguieron a la expedición de la Carta han sido caracterizados por un mayor dominio sobre la inflación, por lo menos en cuanto hace a la relación de esta con el gasto público financiado con emisión de moneda, pues como se explicó en la introducción del trabajo, la variable monetaria sólo una dentro de varias categorías que están vinculadas a la pérdida del poder adquisitivo de una moneda.

Tanta es la importancia de la intervención del Estado en el aspecto de la moneda que el acceso a ciertas actividades que involucran la captación y administración de recursos del público está restringido por la Constitución, de manera que como dispone el propio artículo 335 las operaciones comerciales que entrañan esa naturaleza, sólo pueden ser ejercidas "*previa autorización del Estado, conforme a la ley*", de donde se deduce que el legislador concreta las normas que habilitan, dentro de un contexto limitado, a entidades financieras sometidas a inspección y vigilancia y control del Estado a desarrollar actividades en que está comprometido el orden público económico, para lo cual el congreso debe reglar a través de leyes marco el sistema financiero, de conformidad con lo previsto en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

Desde la ley, porque además de las explicaciones que se anunciaron en otros ámbitos de la economía, el dinero representa un aspecto esencial que posibilita

los intercambios jurídicos comoquiera que su especial naturaleza facilita las transacciones entre los particulares que reciben y entregan moneda como representativo universal de la riqueza que ponen de nuevo en circulación en una cadena inconmensurable de negocios jurídicos con contenido económico, destinados todos a satisfacer necesidades o la obtención de lucro en las actividades que impulsan la inversión privada y hacen posible la existencia de un régimen económico a través de los diferentes mecanismos que la estructura jurídica contempla de acuerdo con las necesidades e iniciativas de las personas de derecho privado.

Como se ve, resulta inescindible la relación entre economía y derecho, de manera que para los abogados resulta imperativo entender el fenómeno económico, como a los demás ciudadanos imprescindible acercarse a la comprensión de la juridicidad.

2.4. Teorías acerca del valor de la moneda

En el tiempo puede reconocerse básicamente tres explicaciones²² sobre el valor del dinero, así:

2.4.1. Valor intrínseco

La moneda es considerada como mercancía en sí misma, es decir, incorpora el valor del metal y la cantidad de este que resulta necesaria en la producción de la moneda. Estas concepciones metalistas *standart metal* se atrevieron a sostener que quien pagaba con billetes de banco no ejecutaba su obligación acorde con el contrato y que la entrega de monedas de metales de distinta naturaleza más que pago era dación pago de los compromisos adquiridos.

²² Este aparte se encuentra claramente en Uribe Restrepo, Luis Fernando. Las Obligaciones Pecuniarias Frente a la Inflación. Editorial Temis Bogotá, 1984, pág. 17 y ss.

Cumple destacar que en Colombia,

“suspendida la convertibilidad del peso en 1931, se discutió acerca de la continuidad de su poder liberatorio, por entenderse que este estaba subordinado a aquella. Aun cuando se esgrimieron tesis muy rebuscadas y *ad hoc*, que sostenían que la inconvertibilidad constituía fuerza mayor por ser mandato del gobierno y que, por lo tanto, no siendo culposa la inconvertibilidad del billete por parte del banco central, este continuaba teniendo poder liberatorio del deudor era la teoría nominalista, según la cual era el Estado, en uso de su soberanía monetaria, le imprimía tal cualidad, independientemente de su valor intrínseco. En síntesis, abandonado el patrón oro y vigente el curso forzoso, el valor de la moneda ha dejado de referirse a su valor intrínseco”²³.

2.4.2. Valor nominal

En esta perspectiva, depende del valor adjudicado arbitrariamente por el Estado que emite el valor, con prescindencia del valor del contenido metálico de la moneda, según su cotización en el mercado industrial²⁴.

Esta teoría se encuentra vinculada a la teoría estatal de la moneda y a la vez constituye el fundamento de la escuela nominalista, de manera que los valores del dinero corresponden a la mención que en ellos aparezca,

“para averiguar cuánto debe desembolsar el *solvens* en el momento del pago, basta conocer en cuántos signos monetarios se extendió originalmente la obligación, puesto que esta cifra no experimenta fluctuación, aunque un largo lapso transcurra entre el nacimiento de la

²³ Uribe Restrepo, Ob. Cit., Págs. 18 y 19.

²⁴ Restrepo Salazar Juan Camilo. Elementos de Derecho Económico Colombiano, Texto y Lecturas. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1980, pág. 206.

relación jurídica y el pago. Las vicisitudes económicas, la inflación o la deflación, las devaluaciones o revalorizaciones monetarias, son indiferentes para un derecho apoyado en el valor nominal del dinero”²⁵.

En otras palabras, esta tendencia económica resulta importante para apreciar el valor de la moneda, vale decir, si ella mantiene su poder de cambio por bienes y servicios o cada vez son mayores las cantidades necesarias para adquirir el mismo grupo de bienes. Importa destacar esta teoría porque los contratos se deben cumplir como están pactados sin reajustes, pese a que la economía sea inflacionaria, es decir, que las obligaciones no tienen reajustes de ninguna naturaleza, de manera que durante el término del negocio, las cantidades pactadas permanecen sin alteración, a pesar de que entre el momento de la celebración del contrato y el momento del cumplimiento haya trascurrido un tiempo suficiente para hacer que este pierda poder adquisitivo.

Dicho en breve, la perspectiva nominalista de dinero señala que cada unidad monetaria es siempre igual a otra, con prescindencia de las posibles alteraciones que sufra el valor de aquella. El nominalismo asume entonces, “una ficción legal, sobre todo una presunción *juris et de jure* relativa a la identidad del valor de las unidades monetarias en épocas diferentes”²⁶.

De otro lado, aunque pudiera pensarse que el nominalismo desconoce la pérdida del poder adquisitivo del dinero, ello no es así, sólo que dicho esquema es refractario a tales alteraciones y por lo tanto privilegia la idea de que la obligación se extingue con entrega de los dineros en la cantidad en que fue pactada, cual si se tratara de una aplicación del enunciado principio *pactas sum servanda*.

²⁵ López Santamaría, Jorge. Obligaciones y Contratos Frente a la Inflación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pág. 18.

²⁶ Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, 8ª Ed. Traducción Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, Pág. 207.

La concepción actual de la legislación en Colombia corresponde a este planteamiento, por lo tanto habrá de tenerse en cuenta a la hora de analizar el impacto de la depreciación de la moneda en el cumplimiento de las obligaciones o de las condenas impuestas por los jueces en desarrollo de controversias contractuales.

2.4.3. Realismo, valorismo o valor de cambio

En este esquema de explicación el valor de la moneda corresponde a los bienes y servicios que efectivamente puedan adquirirse con ellos, se privilegia la actualización a partir de índices de mantenimiento del valor del dinero, sobre el quantum simplemente numérico que aparece señalado. Así, la obligación del deudor debe incrementarse en la medida en que las especies monetarias pierdan en el tiempo su capacidad para adquirir bienes y servicios, en consecuencia, “el deudor se descarga entregando una suma actualizada o reajustada de acuerdo con determinados índices que miden su disminución de poder adquisitivo, de manera tal que el acreedor no vaya a sufrir menoscabo en su patrimonio”²⁷.

De cara a los negocios que incorporan obligaciones monetarias, se aclara que la forma contractual adecuada para aplicar la tendencia comentada se encuentra en las denominadas cláusulas de valor, es decir, aquellas

“[...] accesorias a un contrato en virtud de las cuales los contratantes, en desarrollo de principio de la autonomía de la voluntad y precaviendo los fenómenos que afectan el poder adquisitivo de la moneda, ora disminuyéndolo (la inflación) ora incrementándolo (la deflación), establecen un mecanismo según el cual el deudor diferido de dinero deberá pagar una cantidad mayor de la inicialmente estipulada en el evento de la desvalorización , o el acreedor diferido de dinero deberá

²⁷ Uribe Restrepo, Ob. Cit. Pág. 19 y 20.

recibir una suma menor a la acordada inicialmente en la hipótesis de la valorización de la misma”²⁸.

Desde luego que, como lo advierte el autor recién citado, dichas cláusulas pueden ser válidas siempre y cuando no contravengan los dictados del poder liberatorio de la moneda, asunto que históricamente se encuentra en manos de las autoridades monetarias, como puede verse en las moratorias decretadas por el Presidente Enrique Olaya Herrera, ante la crisis económica de 1929; el Decreto 444 de 1967, que se dictó para estabilizar los ritmos de devaluación del dólar y que proscribió el uso de esa divisa como cláusula de valor.

La creación del esquema de valor constante UPAC, del gobierno de Misael Pastrana Borrero, consistía en la implantación de un sistema mediante el cual se impulsaba el ahorro privado en entidades financieras especializadas en dirigir los recursos hacia la construcción, renglón que actuaría como “dinamizador” de la economía, con el atractivo de que tales ahorros serían remunerados con una tasa fluctuante acorde con los índices de *costo de la vida* (índice de precios al consumidor), con aquel diseño económico se pretendió responder a los retos inmediatos de la urbanización de país, la migración de campesinos a las ciudades, desestimular el ahorro en moneda extranjera, incorporar la mano de obra no calificada y contribuir al déficit habitacional a través del otorgamiento de créditos para la adquisición de vivienda nueva; finalmente esta unidad de cuenta fue reemplazada por la Ley 546 de 1999, por la denominada Unidad de Valor Real (UVR), con la cual se intentó reestructurar el sistema financiero colombiano, luego de la reformas de la Ley 45 de 1990 y 35 de 1993.

²⁸ Salcedo Segura, Jorge. Las Obligaciones Dinerarias, Varios Artículos, Las Cláusulas de Validez, Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá No. 22, Bogotá, 1987, pág. 183.

Importa resaltar que la primera sentencia en que la Corte abordó el asunto de la corrección monetaria, concluyó que eran válidas las cláusulas de valor como la UPAC, pues las partes asistidas

[...] del principio de la soberanía de la voluntad, les es lícito pactar que el pago de las obligaciones dinerarias diferidas se haga en moneda colombiana con sujeción al sistema del valor constante de que tratan los decretos 677, 678 y 1229 de 1972, pues se trata de un mecanismo que no riñe con las normas de orden público, de las buenas costumbres y que, por el contrario, tiene por venero la misma ley, así el ordenamiento lo haya empezado a utilizar en un campo de la economía nacional, por cierto muy importante y vasto, como lo es el del ahorro y la construcción. A riesgo de fatigar con la repetición, se insiste en que este sistema no constituye o configura un nuevo signo monetario, ni algo extraño al desenvolvimiento económico del país (Sent. Cas. Civ. de 24 de abril de 1979).

Finalmente, este trabajo no propone específicamente la inclusión generalizada o automática de cláusulas de valor en las obligaciones monetarias pues, a pesar de su nombrada validez, estimamos que la seguridad jurídica y la importancia de la autonomía privada pueden resolver de manera libre el punto, es decir, son los contratantes los que eventualmente podrán estipular acuerdos de esta naturaleza, sin que haya reparos legales a semejante proceder.

2.5. Antecedentes legislativos del artículo 1932

Como resulta innegable el vínculo histórico legislativo existente entre los regímenes civiles colombiano, chileno y francés, es indispensable mencionar tales textos con el propósito de encontrar el antecedente legislativo de nuestro artículo 1932 del Código Civil. Este apartado se engasta en el capítulo luego de haber el escenario histórico y ahora legislativo en que apareció el artículo 1932 del Código Civil.

La disposición que corresponde en Chile a la norma colombiana es el artículo 1875, que prevé

“La resolución de la venta por no haberse pagado el precio, dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada. El comprador a su vez tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio. Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado” (deliberadamente se subraya).

Como fácilmente se advierte, esta norma que regenta los efectos de la acción resolutoria es materialmente idéntica al artículo 1932 del Código Civil Colombiano, disposición que también regula el caso en que el vendedor eligió como alternativa legítima dar fin a la compraventa, ante el incumplimiento del comprador en el pago del precio, diseño legal previsto en Chile en el artículo 1873²⁹ *ibídem* y en nuestro 1930, normas que se encuentran dentro del título correspondiente a las obligaciones del comprador, con lo cual se aprecia una similitud adicional entre ambos regímenes civiles.

Esta regla últimamente citada, vale decir, el artículo 1930 colombiano desarrolla, en particular para la compraventa, la norma general que entiende incorporada la condición resolutoria tácita a los contratos bilaterales (1546), previsión ausente en la normatividad chilena, pero que aparece establecida en el artículo 1184 del

²⁹ Art. 1873: Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

Código Civil Francés³⁰ que, sin embargo, no tiene expresamente señalados los efectos en caso de resolución de la compraventa pues apenas gobierna el asunto con los artículos 1654 a 1658, sin aludir a las mencionadas consecuencias³¹.

Por su parte, el tratadista Claro Solar estima que el artículo 1184 del Código Civil Francés

“[...] autoriza al juez ante quien se presenta la demanda de resolución del contrato por la falta de cumplimiento, a conceder a ésta un plazo según las circunstancias que hayan motivado su incumplimiento. El artículo 1489 de nuestro Código - chileno - no ha reproducido esta disposición; y como según la regla general consignada en el art. 1494, no puede el juez señalar plazo para el cumplimiento de una obligación, salvo en casos especiales que las leyes designen, no podría ser este el, que la ley no ha designado, señalar tal plazo al deudor demandado. La misión del juez se reduce, por lo tanto, a determinar la falta de cumplimiento imputable al demandado que da derecho al demandante o pedir la resolución”³².

Las disposiciones referidas corresponden al artículo 1546 del Código Civil colombiano, misma que a pesar de la redacción ha sido interpretada en el sentido

³⁰ “La condition resolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synalagmatiques, pour le cas ou l'une des deux parties ne satisfera point á son engagement. Dans ce cas, le contract n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été excécuté, a le choix ou de torcer l'autre á la execution de la convention lorsqu'elle est posible, ou d'en demander la résolution avec dommages et entérésts. La résolution doit etre demandée en justice, et il peut etre accordé au defendeur un délai selon les circonstances”. “La condición resolutoria se entiende implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resolverá automáticamente. La parte que no haya recibido el cumplimiento de la obligación podrá escoger entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si fuese posible, o pedir la resolución, junto con el abono de daños y perjuicios. La resolución deberá pedirse judicialmente, y podrá concederse al demandado un plazo, según las circunstancias”.

³¹ Sobre el origen de este artículo del Código Civil Francés, Luis Claro Solar, anota que “Valette en una nota sobre Prudhomme que hace suya Duverger, dice: ‘Los redactores del Código, al redactar el art. 1184 copiaban el núm. 636 del Tratado de las obligaciones de Pothier’”. Ver Claro Solar, Luis Carlos. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo 10º, Libro 1, De las Obligaciones. Editorial Imprenta Nascimento, Santiago, 1936, pág. 170.

³² Claro Solar, Luis, Ob. Cit. Pág. 180.

de que el ejercicio de las opciones de *ejecución y resolución* aparejan en ambos casos la consecuencia de llevar implícita la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios, de conformidad con las reglas generales de resarcimiento contractual de perjuicios.

En suma, el artículo 1932 del Código Civil Colombiano viene del artículo 1875 del Código Civil Chileno, que a su vez refleja una aplicación particular y remota del artículo 1184 del Código Civil Francés, a su vez tomado del numeral 636 del Tratado de Pothier, antecedentes históricos legislativos que será preciso tener en cuenta a la hora de intentar un alcance de la norma aludida al principio.

2.6. Síntesis

Este breve recorrido histórico y legislativo de la moneda como elemento vinculado con el ejercicio de la soberanía en el incipiente Estado colombiano de otrora, cuando dio en surgir el artículo 1932 del original Código Civil, permite establecer que los fenómenos inflacionarios afectaron las unidades monetarias desde su propia creación y que, para el tiempo en que fue dictada la norma aludida, el legislador en ningún momento deliberó acerca de la pérdida de valor de la moneda como medio de cambio de bienes y servicios, sino que se limitó a recoger las disposiciones de obras legislativas foráneas, todo lo cual permite explicar el contexto histórico nominalista en que vio la luz, por primera vez, el artículo 1932 del Código Civil colombiano.

3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE RESOLUCIÓN EN LA COMPRAVENTA

3.1. Generalidades

Esta sección acomete la demostración de que las únicas consecuencias jurídicas de la declaratoria de resolución del contrato de compraventa son la liberación de las prestaciones originales, las restituciones mutuas y la indemnización de perjuicios, para descartar que ningún fundamento existe para que el comprador deba soportar una especie de sanción como asumir la pérdida del poder adquisitivo del dinero que otrora entregó al vendedor como porción de la totalidad del precio.

El propósito de los contratos es disciplinar tanto la satisfacción de las necesidades de las partes, como los intereses económicos que ellas persiguen a través de aquellos acuerdos. Para ello, el ordenamiento jurídico dota a los particulares de la facultad de comprometer su conducta futura y estabilizar las expectativas, para lo cual atribuye fuerza normativa a las disposiciones particulares (autonomía privada), a condición que tales estipulaciones respeten los requisitos señalados en la ley.

Tales negocios jurídicos generan obligaciones para las partes, al punto que su incumplimiento origina consecuencias negativas para quien no honra los compromisos adquiridos y altera el derrotero inicial que el vínculo de derecho se propuso. De esta manera sobrevienen a la convención incumplida, efectos de diversa índole, como también lo son las formas en que concurre el desacato de las obligaciones.

Las partes se comprometen a realizar prestaciones de distinta naturaleza, con las que pretenden alcanzar sus expectativas legítimas respecto del contrato; así, las

conductas que el comprador espera de su vendedor constituyen las obligaciones de éste y viceversa, con lo que el interés práctico que los sujetos persiguen con el acuerdo queda satisfecho si las partes cumplen fielmente con sus compromisos.

Pero en el transcurrir que va desde la celebración de los negocios y la ejecución material del mismo, es posible que una de las partes incumpla, y con ello genere la frustración de las expectativas del otro contratante, así como el surgimiento de las consecuencias jurídicas que en cada caso se derivan. Para los fines del presente trabajo, se hace preciso fijar como presupuesto que el comprador adquiere, como principal obligación, la de pagar el precio del objeto, prestación que debe llevarse a cabo en la forma y tiempos determinados en el acuerdo o previstas por la ley de manera supletiva. De la inobservancia de tal obligación surgirá la posibilidad de resolver el contrato.

3.2. La acción resolutoria

En realidad esta es la acción que mejor incorpora el concepto de disolución judicial del contrato pues corresponde a la acción general de las convenciones bilaterales. En el caso de la compraventa, el incumplimiento en el pago del precio facultará al vendedor cumplido para solicitar la aniquilación del contrato de compraventa, y se habla de legitimación en la causa activa, porque es necesario tener en cuenta que el demandante deberá acreditar que ejecutó o se allanó a cumplir con sus prestaciones oportunamente, si es que alguna de estas debía hacerse con anterioridad a la prestación del comprador, con arreglo a las estipulaciones convenidas previamente.

El derecho romano antiguo no reglamentó la resolución de contrato, pues el acreedor podía exigir sólo el cumplimiento de la prestación y a obtener la protección respecto de las acciones de su contraparte al permitirle rechazarlas, mientras ésta no ofreciera cumplir su compromiso. Así, el Código Teodosiano

(430 a 530 de nuestra era), el Digesto y el Código de Justiniano establecían la posibilidad, desde entonces, de exigir la ejecución forzada, pero en momento alguno podía apreciarse la resolución como opción legal viable, ante el incumplimiento de las partes. En cuanto a la venta, se hizo habitual estipular la *lex commissoria*, que contemplaba la resolución del contrato para los casos de falta de pago y si el vendedor hacía uso de ella, operaba de pleno derecho.

Por su parte el derecho canónico³³ estimó que reclamar el cumplimiento de las obligaciones, sin que el peticionario hubiera cumplido las suyas constituía una falta a la buena fe, por lo cual la resolución se tomaba como sanción. Hacia el siglo XVI el derecho consuetudinario francés, adoptó una regla general de resolución en caso de incumplimiento, siguiendo en lo pertinente las normas del derecho romano para los contratos innominados, primero en cuanto a las ventas de bienes muebles, y luego se extendió a los inmuebles.

Fue el Código Napoleónico que señaló en su artículo 1183, la denominada *condición resolutoria*, según la cual, una vez acaecida ésta, operaba la revocación de la obligación y volvían las cosas al estado anterior al contrato, dicha regulación previó que “la condición resolutoria está sobreentendida en los contratos bilaterales para el caso de que una de las partes no cumpla con su obligación”; con ello, el derecho francés desde antiguo varió las normas del derecho romano sobre incumplimiento y, en particular, la *lex commissoria*, aunque resulte innegable que existió una clara influencia de dicha institución, así como de ésta en el derecho colombiano (véase el parecido esencial entre la disposición trascrita y el artículo 1546 del Código Civil).

³³ Melich Orsini, José. La Resolución del Contrato por Incumplimiento, Editorial Temis, Bogotá – Caracas, 1979, Pags. 53 a 66. También puede verse la historia del derecho canónico y otros aspectos de este capítulo, en Jaramillo, Carlos Ignacio, El Renacimiento de la Cultura Jurídica, 1ª Edición. Edit. Temis, Bogotá, 2004, pags. 17 a 72.

En Colombia, la acción resolutoria general, originalmente regulada por el artículo 1546 del Código Civil, fue recogida por la legislación mercantil en el artículo 870, que alteró el requisito del incumplimiento por el de la mora. La Corte consideró que las acciones contempladas en el artículo 1546 del Código Civil tenían el carácter de *derecho optativo* o *acción alternativa*, por la posibilidad de que el acreedor decida cuál de ellas conviene más a sus intereses. No cabe duda entonces que, en caso de omisión de la obligación del comprador, el vendedor puede pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, si el demandado estuviere en mora, según lo previsto por el art. 1608 del C.C. que, para tales efectos, presta su concurso a la ley comercial, por efecto del reenvío legislativo.

La legislación mercantil conservó entonces una estructura semejante a la civil, con la salvedad mencionada respecto de la mora, por lo cual conviene detener la atención en aspectos de la acción resolutoria general, considerada especialmente sobre la legitimación, elementos y efectos.

En cuanto a la legitimación en la causa se tiene por averiguado que tiene aptitud para demandar la acción resolutoria la parte que cumplió o estuvo dispuesta a desplegar la conducta negocial esperada de ella. Sobre este particular la Corte precisó que

[...] es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha

incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio (Sent. Cas. Civ. de 7 de marzo de 2000, Exp. No. 5319).

Acerca de los elementos constitutivos de la acción resolutoria general tiene dicho la Corte que *“para la prosperidad de la acción resolutoria, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: primero, contrato bilateral válido; segundo, cumplimiento del demandante y; tercero, incumplimiento de los demandados”* (Sent. Cas. Civ. de 26 de octubre de 1995, Exp. No. 4292).

En cuanto al último elemento anunciado debe sumarse como ya se dijo, que en materia mercantil no basta el incumplimiento, menester es la mora, que se erige si concurren las siguientes circunstancias, *“a) El retardo a él imputable [se refiere al deudor] en el cumplimiento de la obligación; b) La interpelación o requerimiento del acreedor; c) Una actitud legítima de éste último que le permita aprovechar frente al deudor las ventajas del contrato”* (Sent. Cas. Civ. de 22 de noviembre de 1993, Exp. No. 774452). La mora, como retardo cualificado que es, no puede confundirse con cualquier tipo de incumplimiento, pues, como lo ha dicho la Corte *“no todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento”*. El deudor se encuentra en mora, siguiendo el artículo 1608 del Código Civil, si *“no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”*, o *“Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla”*, o *“En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”* (Sent. Citada). Para remarcar la diferencia comentada conviene establecer cuáles son los efectos que se predicán de la mora: *i) permite cobrar*

perjuicios; *ii*) hace exigible la cláusula penal; e *iii*) invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente de la cosa debida entonces.

3.3. Efectos de la acción de resolución del contrato

En punto de las consecuencias que acarrea la acción resolutoria, tiene dicho la Corte que la

[...] terminación de un contrato por resolución del mismo encierra, como consecuencia inmediata, su destrucción retroactiva, por lo que corresponde volver a crear, en la medida de lo posible, una situación equivalente a la que existía antes de la celebración del contrato, de suerte que si los contratantes algo se entregaron en virtud de dicho negocio, deben restituirse recíproca y en forma tal que quede eliminado el significado económico de todo cuanto en ese contorno haya ocurrido" (Sent. Cas. Civ. de 23 de mayo de 1996, Exp. No. 4607) (subrayado intencional fuera del texto).

De donde viene que, para los propósitos que importan, como consecuencia de la prosperidad de la acción resolutoria general se produce la destrucción retroactiva del vínculo negocial, que apareja las restituciones mutuas, con devolución de lo recibido por cada una de las partes, como efecto directo de la desaparición de la creación jurídica que justificaba el intercambio de bienes por dinero y la consecuente indemnización del perjuicio, tres secuelas que enseguida se explican.

3.3.1. La aniquilación retroactiva del contrato

Sin lugar a dudas la acción de resolución ha sido concebida para eliminar los efectos del contrato, es decir, la desaparición por orden judicial de ese acuerdo como hontanar de obligaciones entre las partes; por supuesto que el incumplimiento de los compromisos apareja el evento de la condición resolutoria,

categoría que autoriza a la parte cumplida para pretender la resolución del negocio que otrora ligó a los negociantes.

El tratadista Mélich Orsini denomina este efecto como “eficacia retroactiva de la sentencia de resolución”³⁴, para hacer ver que esta institución aparecía en las codificaciones dentro del capítulo de “obligaciones condicionales”, en especial, que se referían a “una condición resolutoria tácita”, como lo hace el Código Civil francés (art. 1183), el italiano de 1865 (art. 1158), venezolano de 1922 (art. 1224), y también la codificación colombiana (art. 1546).

Desde otra perspectiva, la extinción del contrato apareja la de las obligaciones que estaban pendientes entre las partes, pues aunque pudiera pensarse que en caso de deshonra del comprador, el vendedor está ya dispensado de realizar sus compromisos, ante la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, lo cierto es que como efecto inmediato del incumplimiento, la vida del negocio jurídico fenece y con ella las obligaciones que tuvieron venero en él.

Dicho de otro modo, aunque la validez del contrato no tiene reparos, este deja de ser obligatorio porque a partir del incumplimiento todo se derrumba, en adelante no habrá otros compromisos que cumplir, y los ejecutados hasta ese momento deberán restituirse para volver al *statu quo ante*, que constituye el efecto inmediato de la declaratoria judicial de resolución.

No obstante, debe tenerse en cuenta que a pesar del arrasamiento de los compromisos, por efecto de la aniquilación del negocio, la cláusula penal mantiene su vigencia, pues precisamente si las partes la han considerado como fijación anticipada de los perjuicios en caso de incumplimiento, aquellos pueden ser pretendidos en la demanda de resolución para que el demandado sea

³⁴ Melich Orsini, José, Ob. Cit. pág. 304.

condenado a pagar también dicha cifra³⁵. En pocas palabras, es verdad que el contrato se disuelve, pero también lo es que una de las cláusulas conserva su vigor en tanto está diseñada para gobernar los episodios de incumplimiento.

3.3.2. Las restituciones mutuas

Como secuela de la desaparición del contrato se deben devolver las cosas al estado anterior a la etapa contractual, desenlace que se justifica en la medida en que se disuelve el vínculo jurídico que antes ligaba a las partes; entonces no habría explicación para retener las prestaciones que se alcanzaron a ejecutar en virtud del negocio que se resuelve³⁶.

En el derecho romano antiguo, como se dijo oportunamente, no se recogió una facultad de resolución contractual y, por lo tanto, tampoco puede encontrarse vestigio alguno de la institución de las restituciones derivadas de tal forma de ineficacia contractual sobreviniente.

Una aproximación a justificar las obligaciones derivadas de las partes para restituirse las cosas dadas en virtud del contrato que se resuelve, puede encontrarse en el propio carácter recíproco de las prestaciones derivadas del contrato de compraventa, en el entendido de que la desaparición del negocio provoca la devolución de lo que se ha entregado y recibido en virtud de aquél.

Desde luego, las restituciones deben ser ordenadas por los jueces ante quienes se debe pedir la restitución. Aquí es imprescindible recordar que las estipulaciones contractuales tienen fuerza legislativa particular, en tanto, mientras nada declare lo contrario, subsisten los acuerdos; para obtener los efectos legales es indispensable la intervención judicial, pues el juez ordenará las devoluciones

³⁵ Melich Orsini, Ob. Cit. Pág. 305.

³⁶ Melich Orsini, Ob. Cit. Pág. 306.

de los compromisos que hasta ahora se hubieren llevado a cabo, salvo que ellos puedan mantenerse en aplicación del principio de conservación del contrato, por ejemplo, en caso de compraventas de tracto sucesivo como es el contrato de suministro, pues como lo advierte Claro Solar,

“[...] la retroactividad de la condición resolutoria tácita produce el efecto de reponer las cosas en el estado que tenían como si el contrato no se hubiera celebrado; pero con la misma salvedad que ya hemos indicado respecto de los contratos de tracto sucesivo en que no pueden hacerse desaparecer los hechos realizados y en que la resolución del contrato sirve más bien de causa de terminación de sus efectos, operando para el porvenir, *ex nunc*”³⁷.

3.3.3. Indemnización de perjuicios

Como otro efecto con origen en la resolución del contrato de compraventa, el juzgador debe reconocer la indemnización de perjuicios al demandante y que sean directamente causadas ante la defección del deudor, que sea imputable culposamente a este e irroguen daños patrimoniales al acreedor. Sobre este aspecto enseña la Corte, que el incumplimiento y la resolución no determinan por sí solos “[...] *la condena al pago de perjuicios; ésta será viable en la medida en que aparezca demostrado que ellos se causaron... porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo*”, inclusive puede existir culpa y demostrarse los perjuicios y sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria “*porque no se haya acreditado que esos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros*” (Sent. Cas. Civ. de 24 de julio de 1985, G.J. T. CLXXX pág. 187 y LX, 61).

³⁷ Claro Solar, Luis, Ob. Cit. Pág. 195.

No se hacen mayores comentarios al tema, porque carece de pertinencia en el marco teórico del trabajo, a pesar de reconocer que la responsabilidad contractual constituye uno de los aspectos más importantes del derecho.

3.4. Consecuencias de la resolución en la doctrina

Como se dejó en claro, las consecuencias de la acción resolutoria en el contrato de compraventa son únicamente las restituciones mutuas y la indemnización de perjuicios; para apoyar este aserto, a continuación se recogen algunos importantes textos; primero, de tratadistas internacionales y luego algunos nacionales.

3.4.1. Doctrina foránea

Louis Josserand explica que los efectos de la acción resolutoria deben asegurar

“[...] el restablecimiento del *statu quo ante*: el comprador restituye la cosa, si la había recibido; es, en la misma eventualidad, responsable de los frutos; es imposible, en efecto, tratarlo como a una persona de buena fe, es responsable de los deterioros debidos a su hecho; en fin, responde, en la ocasión de daños y perjuicios. En compensación, el vendedor debe pagar una indemnización por razón de las mejoras efectuadas por el comprador: la teoría de las *impensas*³⁸ recibe pura y simplemente su aplicación”³⁹.

La obra clásica de Colin y Capitant analiza que los efectos de la acción de resolución por falta de pago, son, en principio,

³⁸ Esta expresión no suele usarse en derecho colombiano, pero engloba un régimen de mejoras semejante al nacional. Ver, Mélich Orsini, José, Ob. Cit. Pág. 353.

³⁹ Josserand, Louis. Derecho Civil, Reimpresión. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Edit. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires. 1984. Pág. 98.

“[...] los del derecho común. La cosa debe ser restituida al vendedor, quien la recupera libre de los derechos reales que el comprador hubiera podido, en el intervalo, establecer sobre ella en beneficio de terceros. El vendedor, en cambio, restituye las cantidades recibidas a cuenta del precio. Si la cosa es fructífera, podrá reclamar la restitución del precio; pero deberá, recíprocamente, los intereses de las cantidades que haya percibido a cuenta. El comprador estará obligado a reparar el perjuicio resultante de las depreciaciones que por su causa hubiera podido sufrir la cosa; e inversamente, tendrá derecho al reembolso de las impensas necesarias y útiles por él hechas, hasta su nivelación con la plus valía”⁴⁰.

El tratadista chileno Luis Claro Solar estima como efectos de

“[...] la sentencia que declara resuelto el contrato por incumplimiento de uno de los contratantes, reconoce un estado jurídico preexistente, y revocando, borrando todas las consecuencias del contrato, obra, ex tunc, el aniquilamiento del contrato mismo (...) Entre los contratantes, esta retroactividad de la condición resolutoria tácita produce el efecto de reponer las cosas en el estado que tenían como si el contrato no se hubiera celebrado”⁴¹.

Los hermanos Mazeaud, civilistas franceses, sostienen que la resolución derivada del incumplimiento en el pago del precio, tiene como efectos “la invalidación retroactiva de la compraventa y la obligación de reparar el perjuicio resultante de ello para el vendedor”, precisan estos autores que la citada invalidación entre las partes significa que

“[...] se vuelve a la situación anterior a la conclusión del contrato. Por lo tanto el vendedor debe restituirle al comprador las partes del precio que

⁴⁰ Colin, Ambrosio, Capitant, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo Cuarto, Contratos Usuales, traducción de la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con Notas sobre el derecho civil español por Demófilo de Buen. Editorial Reus, Madrid, 1926, pág. 139.

⁴¹ Claro Solar, Luis, Ob. Cit. Pág. 195.

haya recibido, y los intereses. El comprador debe restituir la cosa que se le haya entregado, y los frutos percibidos; las reglas generales de los contratos determinan su derecho al reembolso de las impensas y su obligación de indemnizar al vendedor en caso de pérdida o deterioro de la cosa”⁴².

Nótese que el subrayado reconoce que el vendedor debe al comprador una cifra adicional al simple precio que ha recibido, pues sin ambages, hay una alusión a *intereses*, que traduce el alto grado de equidad que debe buscarse en materia de restitución de las prestaciones derivadas de la resolución de contrato y la vez refleja la necesidad de nivelar aquellas para efectivamente restablecer el equilibrio retroactivo entre las partes.

Además de lo anterior, en otro aparte de la obra recién citada, los mismos autores establecen que

“[...] a causa de la resolución del contrato, todo sucede como si la cosa vendida no hubiera salido jamás del patrimonio del vendedor; se destruyen retroactivamente los derechos constituidos sobre la cosa por el acreedor - nueva venta, prenda, hipoteca, servidumbres, etc. - por considerarse que el comprador no ha sido nunca propietario: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe)”⁴³.

Rubén H. Compagnucci de Caso, sostiene sobre el punto que “la característica más importante de la resolución es su efecto retroactivo (*ex tunc*). Se debe

⁴² Mazeaud, Henry Jean y León. Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Volumen III, Los Principales Contratos, Traducción de Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1962, Pág. 333 y 334.

⁴³ Mazeaud, Henry, Jean y León, Ob. Cit. Parte Segunda, Volumen III, Cumplimiento Extinción y transmisión de las obligaciones, Pág. 354.

retornar al estado anterior al acto, por lo menos entre las partes, salvo en los contratos de duración donde no se perturban los efectos ya producidos”⁴⁴.

Otros autores chilenos también contribuyen en este apartado, pues consideran que

“[...] si uno de los contratantes ha recibido íntegramente la cosa que se le debía, como sucede con el comprador a quien se le ha entregado la cosa, y el otro ha recibido sólo una parte de la prestación recíproca, cual ocurre con el vendedor a quien se le ha pagado parte del precio, deberá restituirse la totalidad de la cosa y, al otro contratante, la parte de la prestación realizada (artículos 1487 y 1875, inciso 2º)”⁴⁵.

Carlos Miguel Ibáñez clasifica de la siguiente manera, los efectos que produce la resolución entre las partes

“[...] a) Extintivo: las obligaciones de ambas partes se extinguen con efecto retroactivo. b) Liberatorio: el acreedor se libera de sus obligaciones contractuales y también el deudor. c) Recuperatorio: las partes deben restituirse mutuamente lo que cada una de ellas hubiera recibido de la otra d) Resarcitorio: la resolución del contrato por el incumplimiento del deudor genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor”⁴⁶.

También el tratadista Mélich Orsini reconoce que además del carácter indemnizatorio de la acción resolutoria, se encuentra

“[...] el de desligar a las partes de los compromisos que para ellas se derivaban del contrato y que todavía no se hubieran cumplido (efecto

⁴⁴ Compagnucci de Caso Rubén H. El Negocio Jurídico, Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 507 y 508.

⁴⁵ Alessandri Rodríguez Arturo, Somarriva Manuel, Vadanovic Antonio. Tratado de las Obligaciones, Vol. I. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición, reimpresión, Santiago. 2001. Pág. 295.

⁴⁶ Ibáñez, Carlos Miguel. Resolución por Incumplimiento, Reimpresión, Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2006, pág. 291.

liberatorio), y el de atribuirles recíprocos derechos a la restitución de las prestaciones que las mismas hubieran ejecutado en razón de ese contrato que, una vez pronunciada su resolución, deberá considerarse como si jamás se hubiese celebrado entre ellas (efecto recuperatorio)”⁴⁷.

Téngase en cuenta que el análisis del citado autor venezolano parte de la base de que él mismo acepta de que “el vigente Código Civil venezolano no dedica ninguna disposición a tratar sobre los efectos de la resolución”⁴⁸.

Así, aunque con algunos matices, lo cierto es que los diferentes autores, en distintos tiempos, sostienen que los efectos de la resolución corresponden a las restituciones mutuas y a la indemnización de perjuicios, la primera de ellas con el propósito de dejar las cosas en el estado patrimonial que las partes tenían antes de la celebración del contrato malogrado.

3.4.2. Doctrina Nacional

El profesor Jaime Rodríguez Fonnegra, luego de explicar que los efectos de la acción resolutoria de la compraventa son similares a los que produce la acción prevista en el artículo 1546 del Código Civil, sostiene que

“el vendedor ha de reintegrar al comprador a virtud de lo expuesto en n. 639, a, [el tratadista allí descarta que los efectos de la acción puedan regirse por normas diferentes a los artículos 1930 y 1932 ib., en lo relativo a arras, devolución de lo pagado, frutos, expensas, mejoras, deterioros] y conforme al segundo inciso del primero de tales artículos [1930 ib.], aquella parte del precio que se le ha pagado; y como [la] tradición hecha por el primero se reputa no realizada a consecuencia de cumplirse la condición resolutoria a que ella ha

⁴⁷ Mélich Orsini, José, Ob. Cit. Pág. 307.

⁴⁸ Mélich Orsini, José, Ob. Cit. Pág. 304.

venido sujeta, cual es la de que el contrato se resuelva, le corresponden la acción reivindicatoria o, en ciertas circunstancias, las personales que la reemplacen”⁴⁹

Pero una vez aludido este importante tratadista colombiano, es preciso insistir en la claridad que trae su obra, al destacar que son las normas especiales, los artículos 1930 y 1932 del Código Civil, las que gobiernan las restituciones mutuas que provoca la resolución del contrato de compraventa, con lo cual se descarta que debamos acudir a las reglas generales como son las de reivindicación o prestaciones mutuas (arts. 961, 964, 768), para explicar las devoluciones que surgen de aquella decisión judicial, tanto que el autor entiende que los preceptos especiales se separan del régimen general, en dos aspectos, a saber

“(a) La restitución de frutos por el comprador que ha recibido, a quien se equipara al poseedor de mala fe con relación a la totalidad o a parte de ellos, contrariamente, reitero, a como por lo general sucede cuando, resuelto el contrato bilateral de ejecución instantánea por causa de la mora de alguna de las partes, proceden o la reivindicación de lo dado por causa del mismo o las acciones que los sustituyen.

(b) El abono del importe de las expensas al comprador y del valor de los deterioros al vendedor que ha entregado la especie: al efecto deja de considerarse al primero como poseedor de mala fe en tanto que él ‘pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado’; mientras que de ordinario no se hace en esta materia excepción alguna”.

Por su parte, para el tratadista César Gómez Estrada, el artículo 1930 del Código Civil es una “repetición inútil” de las disposiciones del 1546 *ibídem*, en cuanto a

⁴⁹ Rodríguez Fonnegra, Jaime, Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas. Ediciones Lerner, 1ª Edición. Bogotá, 1960, Págs. 946, 947 y 942.

las opciones del vendedor ante el incumplimiento del comprador en el pago del precio. Frente a los efectos que produce la acción judicial de resolución de contrato de compraventa en tales casos⁵⁰, el profesor Gómez Estrada sostiene:

“como la resolución va a implicar la desaparición con alcance retroactivo o *ex nunc* del contrato de venta y de todos sus efectos, entre ellos principalmente la transferencia del dominio operada mediante la tradición, quiere decir entonces que el vendedor va a quedar restablecido en su condición de dueño, y que por lo tanto el bien debe retornar físicamente a su poder. Por eso se suele decir que en un caso como este a la acción resolutoria, que es personal, va unida una acción reivindicatoria o real, pero con la peculiaridad de que el derecho sustancial o de propiedad, amparado con esta última, no existe en cabeza del actor al momento de demandarse la reivindicación, sino que apenas irá a regresar a ella cuando se dicte la sentencia resolutoria”. (...)

“Si por no haberle sido pagado el precio el vendedor ejercita la acción resolutoria del contrato, y esta es decretada, las partes deben ser colocadas en la situación que se encontraban antes de contratar, esto es, deben hacerse entre sí las restituciones mutuas correspondientes: el comprador restituirá la cosa, lo mismo que los frutos producidos por esta, si ninguna parte del previo ha pagado, o la porción de ellos que corresponda a la parte del precio no pagada, si es que ha pagado parcialmente. El vendedor, de su lado, restituirá al comprador la parte del precio que hubiere recibido de éste, sin intereses ya que ellos se compensan con la parte de los frutos que el comprador queda exonerado de restituir. En lo relativo al pago de mejoras que el comprador haya puesto en la cosa vendida, lo mismo que respecto al pago de deterioros causados por este a la misma cosa, el comprador

⁵⁰ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. 4ª edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2008, págs. 112 a 114.

será tenido como poseedor de mala fe y por lo mismo se aplicarán las reglas que en relación con esas materias se prescriben en el título 'de la reivindicación', capítulo de las prestaciones mutuas. Solo será considerado para los efectos dichos como poseedor de buena fe, el comprador que probare que ha sufrido menoscabos en su fortuna, no imputables a su culpa, de tanta consideración que no le hayan permitido cumplir el contrato”.

Nótese que el autor transcrito resalta cómo las partes, por efecto de la resolución del contrato y especialmente a las restituciones mutuas, deben volver al estado en que se encontraban antes de contratar, con el agregado que al comprador no se deben reconocer “**intereses**”, aspecto que deliberadamente resaltamos ahora para significar que la propuesta que acompaña este escrito no tiene nada que ver con esos réditos, pues se insiste, lo único que se reclama para el comprador es la **corrección monetaria** sobre el dinero que alcanzó a entregar, luego estimamos que la postura del tratadista Gómez Estrada, en ningún momento descarta que para lograr ese volver las cosas al estado precontractual, puede acudirse al mecanismo corrector anunciado.

De otro lado, en cuanto a los frutos, fíjese que el autor citado compara, asimila o equipara debidamente, los frutos de la cosa, con los intereses del dinero, para sustentar que estos no se producen porque aquellos se deben sólo parcialmente, es decir, que frutos e intereses tienen una misma naturaleza y puede explicarse la ausencia de unos por la ausencia de los otros.

También el tratadista José Alejandro Bonivento Fernández explica que frente a las partes, la resolución del contrato produce el efecto de volver las cosas “al estado precontractual, por lo cual se entienden los efectos generales de esa declaratoria de resolución entre las partes contratantes para el comprador restituir

el bien, con la salvedad de la protección de los terceros, y el vendedor devolver la parte del precio recibida”, a renglón seguido, el profesor Bonivento analiza los distintos aspectos que hacen parte de las restituciones mutuas, a propósito señala que en cuanto a los frutos,

“consultando la regla de equidad, preceptúa el artículo 1932 que éstos deben hacerse en la proporción a la parte del precio. La restitución de los frutos lleva nexo directo con el modo como haya atendido el comprador su obligación principal de pagar el precio. Si nada ha pagado deberá todos los frutos. Si algo ha cubierto deberá en la proporción que corresponda a esa parte del precio. Y al ser el artículo 1932 una norma especial, es la aplicable frente a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil. En todo caso, los frutos se deberán desde el momento de la entrega de la cosa”⁵¹.

Nótese cómo el autor atribuye especialidad a la norma del 1932 del Código Civil como disposición que regula privativamente los frutos en materia de restituciones derivadas de la resolución del contrato de compraventa, de manera que desde esa perspectiva también resultan inaplicables las normas generales sobre la reivindicación, no se pierda de vista que el precepto citado es sólo para la resolución de la compraventa, luego esta condición hace innecesario acudir a los artículos 961, 964, 768 del Código Civil sobre prestaciones mutuas derivadas de la reivindicación.

En cuanto a la restitución del precio que hubiere pagado el comprador, el profesor Bonivento sostiene que

“para armonizar ese supuesto de equidad de que hablamos, el inciso segundo del artículo 1932 confiere el derecho al comprador para que se restituya la parte del precio que hubiere pagado, pero, agregamos,

⁵¹ Bonivento Fernández, Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Décima Sexta Edición. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá. 2004, pág. 161.

sin intereses, porque la parte de los frutos de que se sirve el comprador compensan los intereses que se puedan deber por la parte del precio que se restituye⁵²

3.5. Una réplica a la Corte a propósito de los efectos de la Resolución

Ella consiste en que indexación de los frutos en ningún momento puede equipararse con la corrección del precio que se restituye.

Aquí hemos de hacer una digresión, pues si bien expusimos la doctrina nacional relevante sobre los efectos de la resolución del contrato de compraventa, es lo cierto que al punto, la Corte, en la sentencia de 21 de marzo de 1995, pretendió hallar equidad entre los frutos que decreta sin corrección monetaria, con la parte del precio que ordena también sin ese factor de actualización.

Cabe aquí por supuesto la réplica en contra del argumento recién expuesto, porque en verdad ninguna equivalencia se logra si así se procede, en tanto los frutos del objeto que constituyó la materia del contrato, son derivados directamente de este, de manera natural, ora con intervención humana real o presunta, pero tan alejados están de reflejar aspectos semejantes, que lo único que podría equipararse con los frutos del bien, son los intereses del dinero, es decir, ninguna equivalencia puede deducirse de evitar la indexación tanto en frutos como en la proporción del precio pagado, pues la naturaleza de las prestaciones difieren sustancialmente.

Así, del objeto mismo vienen los frutos, del dinero vendrían los intereses, pero esa no es la propuesta de este trabajo⁵³, tan sólo ella se refiere a que el dinero que devuelve el vendedor al comprador, venga actualizado en su valor presente,

⁵² Bonivento Fernández, Alejandro, ob. Cit. Pág. 161.

⁵³ tampoco la respalda la doctrina citada.

sin réditos; es que los frutos de la cosa, que debe restituir el comprador al vendedor en proporción a la parte incumplida del precio, representan una compensación económica al vendedor, pues se supone que esos productos pudo haberlos percibido el propietario del bien, en el intermedio en que no lo tuvo en su poder, desde luego que esa consideración hace parte de los efectos retroactivos de la acción, en la medida en que de no haber mediado el contrato resuelto, el vendedor hubiera obtenido ese provecho con “mediana inteligencia y cuidado”, luego, en nada se compara la corrección monetaria de esos frutos, venidos del bien y calculados como costo de oportunidad a favor del vendedor, con la indexación de la parte del precio que entregó el comprador al vendedor y que este debe restituir a aquel, tal como lo recibió, pues este ninguna retribución o mayor valor representa para el comprador demandado en la resolución.

Es como si se dijera, por parte de la Corte, que es lo mismo los frutos y la corrección de ellos, frente a la corrección del deterioro del dinero, son cosas diferentes, para ver de manera gráfica, como son las verdaderas equivalencias o correspondencias entre los que producen bien y dinero, obsérvese este diseño:

Bien
//
frutos

Dinero
//
intereses (que no corrección)

Desde otra perspectiva, si se pretende equiparar con algo, la corrección monetaria del dinero podría compararse con los deterioros del bien, pero la norma no prevé que así sea, luego la búsqueda de equilibrios no puede entenderse como lo hizo la Corte en la sentencia aludida, a partir de elementos contractual y naturalmente diversos, esa “equidad” resulta forzada e inexplicable, en tanto no se trata tan solo de cancelar dos elementos a ambos lados de la ecuación para lograr el equilibrio, debe tratarse de aspectos que tengan reales semejanzas, es decir, que puedan suprimirse pero manteniendo armonía entre las prestaciones que se intercambian entre las partes, en la medida en que la fase de restituciones

mutuas no comporta sanciones legales para ninguno de los contratantes, sino que deben decretarse sin apego a la responsabilidad de quien causó la resolución del contrato de compraventa.

3.6. Conclusiones

Viene de lo dicho que los efectos legales de la sentencia que reconoce la resolución del contrato se restringen a la desaparición del contrato de compraventa, la disposición de las restituciones mutuas que devuelven las prestaciones ejecutadas por las partes y la condena en perjuicios a cargo del comprador y a favor del vendedor.

El régimen general de las restituciones mutas es inaplicable a las restituciones originadas en la resolución del contrato, porque el artículo 1932 tiene naturaleza especial.

La falta de indexación de los frutos no puede compensarse idealmente con la del precio que se alcanzó a pagar y que debe restituirse.

También se infiere que cualquier otra consecuencia jurídica que no se derive de las indicadas, se encuentra excluida de la legalidad establecida para la resolución del contrato de compraventa, máxime si comporta un desmedro patrimonial para la parte, que así sufriría una consecuencia desfavorable adicional –sanción- que no está prevista legislativamente.

4. EL PROBLEMA DE LA JURIDICIDAD DE LA SANCIÓN

Visto está que las consecuencias jurídicas previstas legalmente para la resolución por incumplimiento contractual son de doble orden; una, las restituciones mutuas, para deshacer los efectos producidos por el contrato, entretanto lo hubo y; dos, la indemnización de perjuicios que, de carácter sancionatorio, pretende resarcir al vendedor por la deshonra de las obligaciones del comprador y; porqué no? como toda sanción, pretende disuadir (a través del mecanismo del estímulo negativo) a los negociantes para que en lo sucesivo cumplan la palabra empeñada en los acuerdos con vigor normativo.

Lo que se ha examinado hasta este punto nos confronta con un problema recurrente en teoría del derecho: la juridicidad de la sanción. El objetivo de este capítulo es sustentar que la negativa a la indexación de las restituciones mutuas originadas en el incumplimiento contractual, quebranta el criterio jurídico de la legalidad de la sanción.

4.1. Denominación

Las ideas que se expondrán en adelante están basadas en una concepción diferente de lo que tradicionalmente se ha llamado *principio de legalidad de la pena*, para transformarlo en lo que denominaré *regla de juridicidad de la sanción*. La idea de legalidad de la pena está íntimamente ligada con un concepto inveterado del derecho que asume implícitamente tres ideas básicas: *primera*, que la principal fuente del derecho es la ley; *segunda*, que las consecuencias negativas de la aplicación de las normas son penas y, *tercera*, que el tipo de norma jurídica que hace obligatoria la legalidad de la pena es un principio.

4.1.1. La legalidad de la pena es necesariamente una regla

La Corte Suprema colombiana ha aceptado como válida la integración del sistema normativo por los principios y las reglas; dice la Corte, “según Zagrebelsky, los principios remiten a tradiciones históricas y deben ser entendidos en su *ethos*; mientras que a la regla se obedece, a los principios se adhiere, circunstancia que está vinculada a la comprensión de los valores inherentes a la cultura jurídica y al contexto histórico”⁵⁴. Siguiendo la distinción expuesta por Alexy⁵⁵, la consecuencia principal de distinguir entre principios y reglas se presenta en el momento de la aplicación de la norma⁵⁶. Así, en presencia de dos reglas que son contradictorias (antinomia), el intérprete debe optar por una de ellas (necesidad de resolver un dilema lógico), de manera tal que la aplicación de una, implica necesariamente la inaplicación de la otra. Dependiendo del sistema normativo, el mecanismo de inaplicación de la norma puede ser solo para el caso (simple escogencia de una norma reguladora del caso o excepción de inconstitucionalidad en el caso colombiano) o puede conducir a la salida del sistema de la norma inaplicada (declaratoria de nulidad o de inexecutableidad).

Por otra parte, se emplea con frecuencia la ponderación para dirimir la tensión, que implica que las dos normas son aplicadas y ninguna de ellas sale del sistema, con la salvedad de que para un caso concreto una de las normas *prevalece* o *prima* sobre la otra, con la posibilidad de que en un caso diferente o posterior, la norma *prevalente* inicial se convierta en norma *dominada* y la *dominada* inicial devenga *prevalente*. Dos principios rompen la disyunción lógica

⁵⁴ Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil: ley, derechos justicia. Editorial Trotta, Valladolid, 1995, página 113 (citado por la Corte Suprema de Justicia, en Sent. Cas. Civ. de octubre 7 de 2009, Exp. No. 00164-01 M. P. Edgardo Villamil Portilla, numeral 1°).

⁵⁵ Alexy, Robert. Derecho y razón práctica. Fontamara, México D. F., 1998, páginas 7-20.

⁵⁶ En palabras de la Corte “Una de las maneras de distinguir las reglas de los principios es que los métodos tradicionales de interpretación sólo se aplican a las reglas y no a los principios, pues el significado lingüístico de éstos es autoevidente” (sentencia citada, numeral 1°).

($x \vee y$) para plantear una conjunción condicionada ($x \wedge y$) a cada caso en particular.

¿La idea de la legalidad de la pena debe ser considerada un principio? Aunque el lenguaje tradicional suele denominarle principio, considero que esta escogencia es errada. Como se verá más adelante, que la pena sea la consecuencia de una realización efectiva del presupuesto de hecho de la norma jurídica es una condición necesaria para que la propia pena sea jurídicamente válida y no producto de la arbitrariedad.

Si entendemos el derecho como un límite al ejercicio del poder⁵⁷, debe ser considerado como una negación de este, la coexistencia de dos normas cuyo contenido sea “la pena debe ser legal” y “la pena no debe ser legal”, de manera tal que en cada caso particular, el intérprete determine si una pena debe ser impuesta, todo porque de ser posible semejante antagonismo sería sin duda la implantación de la arbitrariedad y, por lo tanto, la negación del concepto de juridicidad. El carácter legal de la pena es absoluto y las penas ilegales, esto es fuera de las previsiones normativas, son ajenas a un sistema de derecho y propias de un sistema de fuerza.

Compartiendo este criterio, la Sala de Casación Civil ha sostenido que las

“[...] reglas ordenan, prohíben o permiten; los principios proporcionan criterios para una toma de posición ante situaciones concretas que a priori parecen indeterminadas. Los principios carecen de una estructura basada en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, razón por la cual sólo generan reacciones ante determinadas situaciones de hecho”⁵⁸.

⁵⁷ Roig, Rafael de Asís. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder. Editorial Debate, Madrid, 1992, pág. 112.

⁵⁸ Sentencia de casación de octubre 7 de 2009.

De lo anterior surge una pregunta ¿es el derecho sancionatorio un régimen que pueda regirse por principios, o por la necesidad de la tipicidad debe estar configurado por reglas, al menos en sus normas primarias? Como se ha visto, en la doctrina y en la jurisprudencia, una de las características de los principios es su *ductilidad*, que solo le puede dar el intérprete en el caso concreto. Pero en tratándose de penas, esa ductilidad se traduce en arbitrariedad.

4.1.2. Las penas son fruto de la ilicitud, no sólo de la ilegalidad

Una concepción amplia de las fuentes del derecho impone una denominación que vaya más allá de la simple ilegalidad. La idea de la *ilicitud* como *ilegalidad* tiene una raigambre histórica en el *iuscivilismo* colombiano. Así, la idea de que la fuente primordial del derecho era el Código (es decir la ley) quedó expresada en la ley 153 de 1887, que en su artículo 7º disponía que “El título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil”. Traer a colación ésta disposición no es útil únicamente porque ilustra una preferencia por la ley que en la actualidad se torna inexplicable, sino porque muestra una visión restringida de las fuentes de derecho, no sólo en detrimento de la Constitución, sino de reglas jurídicas implícitas como, precisamente, la de la juridicidad de la pena.

El hecho de que atrás se haya afirmado que la norma que impone la juridicidad de la pena es una regla, no implica que dicha regla deba estar escrita, con todo y la presencia del artículo 29 de la Constitución. De esta forma, queda establecido que la regla que impone la necesidad de que la pena tenga origen jurídico no exige que su juridicidad esté consagrada literalmente en la ley. Esta aclaración sirve para responder preventivamente (*prolepsis*) a un argumento que suele respaldar la negativa a la indexación de las restituciones originadas en el

incumplimiento contractual, el cual sostiene que dicha indexación no tiene sustento *legal*, y que, por tanto, no puede ser decretado por el juez.

El origen de nuestra propuesta es un criterio jurídico, de orden lógico mas no legal, que sostiene que “una sanción solo puede ser impuesta si quien la sufrirá ha cometido un hecho ilícito”. Dicho esto, entonces, la exigencia que se le hace a la pena va más allá de la simple legalidad, y requiere que toda pena tenga origen *jurídico*, de forma que se entienda que la imposición arbitraria de una pena puede ser calificada como tal, no sólo por atentar contra una ley en particular, sino contra el orden jurídico en general.

4.1.3. El concepto de pena es restringido y dificulta el análisis conceptual

Dicho que estamos hablando de una regla que exige la juridicidad de las penas, queda afirmar que ésta prohíbe la imposición de *sanciones*, no sólo de penas. La idea de pena está íntimamente vinculada al derecho penal, y denominar como pena al acto que niega la indexación estudiada puede facilitar un análisis estrecho que sostenga la siguiente estructura del *modus tollens*

$$P \rightarrow Q$$

$$\neg Q$$

Entonces $\neg P$,

donde P es el presupuesto de hecho (hecho ilícito) y Q es la consecuencia jurídica (pena). El uso del término *pena* facilita argüir que “negar la indexación **NO** es una pena” ($\neg Q$), resultando en que si la consecuencia *sufrida* no es una pena, lo que a ella le dio origen (por el *modus tollens*) tampoco es un presupuesto de hecho válido de una norma jurídica ($\neg P$), de manera tal que sea lo que sea, “*lo sufrido*” permanece ajeno al universo jurídico.

Mi argumento va dirigido (como se demostrará adelante) a sostener que no recibir la indexación equivale, bajo cualquier forma, a una *sanción* que carece de consagración legal. Así, a partir de este momento lo que se conoce tradicionalmente como “principio de la legalidad de la pena” será tratado como la “regla de juridicidad de la sanción”.

4.2. Tres teorías sobre la sanción

Desde el positivismo, el realismo sociológico y el neopositivismo ha sido tratado el tema de la juridicidad de las sanciones. El propósito de exponer las diversas posiciones sobre el tema es demostrar que, óptese por la posición que se prefiera, nuestra postura se sostiene erguida.

Para 1934 (con su posterior ampliación en 1960), Kelsen establece la idea de pena a partir de su concepción del derecho como un orden coactivo, de manera tal que “el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones –es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico- debe efectuarse determinado acto coactivo”. Estos actos coactivos son a su vez “actos que han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos” y se clasifican en dos categorías: a) los actos coactivos “no reactivos”, que no responden a una acción u omisión de alguien sino que son simples respuestas a situaciones concretas, como serían “el internamiento forzoso de un enfermo mental o la supresión o privación coactiva de la propiedad por razones de interés público” y b) las sanciones “reactivas”, que son actos coactivos establecidos a manera de reacción contra una acción u omisión de un sujeto. Estas últimas sanciones coactivas se presentan a su vez de dos formas: penas (en el sentido que le da el derecho penal) y sanciones civiles (ejecución forzosa de bienes)⁵⁸. Para Kelsen, las dos tienen en común que

⁵⁸ Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho. Editorial Porrúa, México D. F., 2005, 14 ed., página 124.

“consisten en irrogar coactivamente un mal, o expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien [...] en el caso de las sanciones patrimoniales: la privación de valores patrimoniales, en especial, la propiedad”.

El objetivo de las sanciones es “reparar la ilicitud” que no es otra cosa que “poner término al estado provocado por la conducta ilícita (situación también ilícita, en este sentido), restableciéndose un estado conforme a derecho”. A lo que se denomina estado conforme a derecho, no es otro que aquel que hubiera resultado de la actuación lícita del sujeto⁵⁹.

En 1958 Alf Ross, quien desde el realismo jurídico considera que el derecho no es un simple orden coactivo sino “el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez”⁶⁰, parte de la clasificación de los derechos subjetivos⁶¹ *in rem e in personam*, para plantear la necesidad de que el derecho subjetivo, para ser tal, sea protegido. La protección del derecho subjetivo se plantea como sigue

“[...] Puesto que una facultad equivale, en cuanto a su función jurídica, a la posibilidad de obtener sentencia contra la persona obligada, la protección procesal (o estática) de un derecho no es más que otro aspecto del contenido del mismo. Una facultad no es nada sin la tutela del aparato jurídico. Al propio tiempo, la misma facultad puede recibir protección mediante diferentes reacciones jurídicas (aplicación de una pena, condena a realizar el acto debido, restitución, daños y perjuicios) [...] La protección estática se refiere a las sanciones que pueden ser aplicadas en caso de violación del derecho subjetivo”⁶².

⁵⁹ *Ibíd.* página 125.

⁶⁰ Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 1963, página 34.

⁶¹ Cabe aclarar que la obra de Ross es posterior a la de Planiol, quien ya había sostenido el criterio de considerar que todos los derechos son *subjetivos*, negando así la dualidad entre derechos subjetivos y reales (ver García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa, México D. F., 1985, 37 ed., páginas 211-214). Ross parece defender la visión monista pero conserva la dualidad en el *interior* de su concepción de derechos subjetivos.

⁶² Ross, Alf. *Ob. Cit.*, pág. 35.

Las sanciones en comento no son solamente aquellas presentes en normas escritas, estas son ante todo, medidas efectivas, “mientras más efectivas sean las sanciones, mayor será la protección del derecho subjetivo, esto es, mayor la probabilidad de que el titular del mismo obtenga el goce económico pacífico que el orden jurídico desea proporcionarle”⁶³. Como se puede ver, la idea de goce económico pacífico proporcionado de Ross equivale al estado conforme a derecho de Kelsen. Los dos conducen al establecimiento (o restablecimiento, según el caso) de una situación que sea similar a aquella que existiría en ausencia de los hechos ilícitos que son presupuestos de hecho de las normas. No es otra, a la luz del Código Civil colombiano, el efecto de la declaratoria de resolución contractual, en cuanto a las restituciones mutuas.

Posteriormente, en su obra fundamental de 1961, H.L.A. Hart se aleja de la idea de que el derecho está constituido únicamente por un tipo de normas que básicamente amenazan con una sanción bajo ciertas condiciones fácticas (normas primarias)⁶⁴, poniendo al lado de éstas otro tipo de normas que configuran el sistema jurídico (de competencia y de creación). No obstante este aporte a la visión positivista, sucede que las normas que permiten, por ejemplo, solicitar la resolución del contrato por incumplimiento pertenecen al tipo de las primarias, esto es, *directivas* (órdenes respaldadas por amenazas). ¿Cuál es la estructura de la directiva? Precisamente, la misma que Austin le daba a las ORA⁶⁵ (órdenes respaldadas por amenazas), un curso de acción, una conducta que debe ser cumplida, “se desee o no”, de manera tal que “las desviaciones de ciertos tipos de conducta probablemente suscitarán una reacción hostil [...]

⁶³ Ross, Ob. Cit. páginas 178-179.

⁶⁴ Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1963, página 33.

⁶⁵ *Ibíd.* página 21. Se debe tener en cuenta que la similitud es estructural, porque Hart niega que el derecho sea *solo* un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas.

cuando hay reglas que exigen cierta conducta [...] es probable que la desviación produzca una reacción de ese tipo”⁶⁶.

4.3. Análisis general

Sea cual sea la escuela que se escoja, normas consideradas como directivas, simples correlaciones entre presupuestos de hecho y consecuencias o elementos de formación del criterio del juez, la idea es complementaria: el hecho que está condicionado por una amenaza efectiva de sanción (en términos hartianos) es el incumplimiento contractual. Este rompe con el estado de cosas conforme a derecho y permite al contratante cumplido ejercer la acción resolutoria. Las restituciones mutuas decretadas judicialmente como consecuencia de aquella, sólo buscan reparar la ilicitud (en términos kelsenianos) haciendo que las cosas vuelvan a su estado previo a la adquisición de la obligación que -se pretende- dejará de serlo en virtud de la resolución contractual.

Desde una perspectiva psicológica, la resolución “castiga” por igual al contratante cumplido y al incumplido, ya que mientras aquel esperaba que el contrato se desarrollara (por eso lo suscribió), pero decidió no soportar la carga de ser el único que satisfacía las obligaciones, el incumplido también esperaba el desenvolvimiento del contrato, al menos en lo que proviniera del otro contratante, cuyo cumplimiento en presencia del incumplimiento propio es la situación ideal para un incumplido: disfrutar las prestaciones debidas por la contraparte sin satisfacer las propias. Por el incumplimiento del otro contratante, el cumplido inicia el mecanismo de protección de su derecho subjetivo (en términos de Ross) optando por la solución que, *a priori*, no puede representar sanción alguna para el incumplido, ni premio alguno para el cumplido: las restituciones mutuas. Aún así, la estructura del proceso y la jurisdicción hacen que la sentencia sobre la

⁶⁶ *Ibid.* página 12.

resolución se haga esperar en el tiempo, de forma que, en el caso específico donde una de las obligaciones es monetaria y la recíproca no lo es, la suma monetaria pendiente de restitución se ve afectada por el fenómeno temporal de la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

Del análisis de las anteriores posiciones junto con lo dicho hasta este punto en este trabajo se desprenden varias premisas sobre el carácter antijurídico de la negativa a indexar la suma que hubiere alcanzado a pagar el comprador incumplido, a la hora de ordenar las restituciones mutuas originadas en el incumplimiento contractual.

Primero, queda claro que el fenómeno económico de la inflación es, en lo subjetivo, un hecho *no deseado* y en lo objetivo, un hecho *patrimonialmente negativo* para quien la sufre. De esta manera, el *estado conforme a derecho* que existiría al momento de las restituciones puede ser descrito de la siguiente manera: “*es conforme a derecho que la suma de dinero X conserve su poder adquisitivo en el transcurso del tiempo*” de tal manera que es válido afirmar que “*sólo es conforme a derecho que la suma X equivalga hoy a lo que equivalía en valor real en el pasado*”. Si la suma de dinero X se restituye en términos nominales cuando ha transcurrido tiempo entre el momento en que la suma fue pagada y aquel en que es restituida, las opciones son dos: que durante el lapso transcurrido el dinero no haya perdido valor, o que durante dicho lapso el dinero haya perdido valor.

En el primero de los casos (improbable en una economía como la colombiana que ha tenido economía inflacionaria por lo menos durante los últimos 50 años) no existe nada que discutir, no porque la suma X de ayer sea la misma suma X de hoy *nominalmente*, sino porque la suma X *no ha perdido valor*, de manera tal que la indexación no procedería. En el segundo caso, *a contrario sensu*, dada su

pérdida de valor, la suma X sólo puede ser satisfecha si se representa indexada, esto es, como $X_{(i)}$. No restituir $X_{(i)}$ implica no sustituir la suma que alcanzó a ser pagada.

La restitución de la suma X sin indexar representa un hecho *patrimonialmente negativo* para quien la recibe. ¿Es acaso uno de los casos descritos por Kelsen en su clasificación de las sanciones? En efecto, es una sanción civil, en la medida en que no compensar la pérdida del valor del dinero implica la *privación de valor patrimonial*, que equivaldría al poder adquisitivo de la suma restituida en el caso en que ella no hubiera sido expuesta en el negocio resuelto (estado anterior al ilícito).

Pero si fuera insuficiente, por vía de ejemplo podría establecerse que una suma de dinero (S1) entregada en un tiempo (T1) como parte del precio de una compraventa que posteriormente se declara resuelta, pierde en el interregno (T2) poder adquisitivo semejante a la inflación sufrida por la moneda en dicho lapso (I), es decir, entre la otrora entrega como precio y la restitución como resultado de la decisión judicial. Esa “carga” la tiene que asumir el comprador si la sentencia no le reconoce la indexación, de manera que el patrimonio de este se resiente o deja de percibir la diferencia entre la capacidad adquisitiva del dinero que entregó y aquel que le entregará el vendedor como efecto de la restitución mutua, discrepancia que provoca un indudable detrimento económico para el comprador.

Así, podemos hacer un ejercicio, dejando en claro la fórmula de actualización de la moneda, que es capital inicial por IPC inicial, sobre IPC final; verbigracia, la jurisprudencia actualizó en un caso concreto⁶⁷, la suma de \$146.092.000 desde el 30 de noviembre de 1998⁶⁸, por lo cual se llegó a la conclusión de que esa cantidad de dinero de 1998, correspondía en cifras actualizadas a 31 de octubre

⁶⁷ Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2006, Exp. No. 1997-9188-01.

⁶⁸ IPC inicial 99.09 e IPC final 167,60.

de 2006, a la suma de \$247.098.790.99. Aplicados los anteriores datos a un caso eventual de resolución de contrato, tendríamos que si el comprador pagó como parte del precio la suma de \$146.092.000, el 30 de noviembre de 1998, si fueran a restituirle el 31 de octubre de 2006, la misma cifra, su patrimonio se estaría menguando en la suma de \$101.006.790,99, eso apenas en cerca de 8 años, qué no decir de otros eventos en que los procesos toman más tiempo, como fue el caso que analizó la Corte en la sentencia del 21 de marzo de 1995?. Entonces, cuando un sujeto debe recibir una suma y recibe una semejante en términos nominales pero inferior en términos reales, está siendo sancionado, porque su patrimonio se deteriora en esa diferencia, lo cual es un mal para él, un castigo o consecuencia indeseable infligido a quien lo sufre, concepto que corresponde jurídicamente a la sanción.

Queda pues demostrado que es una sanción, la negativa a indexar las restituciones del precio originadas en el incumplimiento contractual del comprador.

Segundo, la sanción descrita es ilícita. El hecho ilícito *original* que genera la cadena de consecuencias en una resolución por incumplimiento es, no debe olvidarse, el incumplimiento de una de las partes. Es ese incumplimiento el que otorga al contratante cumplido la facultad de solicitar la resolución (protección del derecho subjetivo), de modo que la acción es la reacción al hecho ilícito, no el hecho ilícito en sí. La negativa al pago de la suma restituida con indexación luego de transcurrido un tiempo en el cual la moneda perdió valor, constituye una sanción cuyo hecho generador es el ejercicio de la protección del derecho. De ésta manera se pierde de vista el incumplimiento original para que como hecho ilícito él sea desplazado por un hecho lícito, esto es, el ejercicio de una facultad de accionar contra el incumplido.

Para comprender mejor esta idea vale la pena exponer la *disyunción* que surge respecto del curso de acción del vendedor cumplido en presencia del incumplimiento del comprador: *dado que Y incumplió y Z es cumplido, Z tiene dos opciones:*

A (accionar contra Y) \vee M (mantenerse en la situación)

como se puede apreciar, aunque M es una opción válida de Z, no interesa al caso (aún su ostensible injusticia), por el hecho de que estamos hablando de las restituciones, esto es, de órdenes jurisdiccionales que sólo se pueden dar en presencia del ejercicio de la acción por parte de Z, de lo que se sigue el siguiente dilema: *dado que Z decidió accionar contra Y, tiene dos opciones:*

R (solicitar la resolución del contrato) \vee E (solicitar la ejecución del contrato)

Si R \rightarrow X (recibe una restitución sin indexación)

Si E \rightarrow C (logra el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios)

Entonces X \vee C

lo que nos conduce a una desigualdad consecucional, ya que cada uno de los medios de protección del derecho de Z, que tienen ambos origen en el *mismo hecho ilícito* de Y, acarrear por la misma razón consecuencias desiguales (una de ellas, X, sancionatoria) en contra de Z. No obstante, el código no jerarquiza entre las consecuencias de las acciones, de manera que la desigualdad fáctica concreta, que plantea la escogencia entre dos mecanismos de protección del derecho subjetivo, *no tiene origen jurídico*.

La jerarquía entre las consecuencias es entonces de construcción jurisprudencial, porque el intérprete está *sancionando*, donde el legislador no lo hizo. Por tanto, la negativa a la indexación de las restituciones originadas en el incumplimiento contractual es una sanción injurídica.

Tercero, la interpretación sobre la indexación en las restituciones no puede apoyarse en la idea de que dependiendo del caso, así mismo hay lugar o no a la indexación. No procede el uso “estratégico” del derecho a la indexación, ya que éste no es un principio, sino una regla. Una perspectiva “principalista” de este asunto viola la regla de igualdad jurídica (situaciones iguales deben ser tratadas de forma igual), en el entendido de que la situación de la ejecución (con indemnización) y la rescisión (con indexación debida) tienen origen en el mismo hecho ilícito (el incumplimiento original), de manera que deben ser reguladas de forma tal que sus consecuencias sean las mismas. Sobre esto la Corte Suprema ha señalado que las *“reglas, por su parte, tienen un supuesto de hecho y esa característica permite incluir y excluir personas, eventos o cosas, lo cual hace que tengan un mayor grado de determinación que los principios”*⁶⁹.

Entender que el reconocimiento de la indexación puede depender del caso concreto, constituye una violación a la regla de igualdad de trato e implica una derogatoria tácita de la opción de restitución a que tiene derecho el contratante cumplido, dejándole sólo la posibilidad de soportar la situación de asimetría contractual o solicitar la ejecución del contrato.

Desde otra perspectiva, como quedó visto en el capítulo anterior, cabe otra réplica a la Corte, pues so pretexto del uso inadecuado de la equidad entre aspectos disímiles de las obligaciones restitutorias, no se puede desconocer los verdaderos efectos de las restituciones mutuas, ni siquiera con la aplicación también invocada del principio de buena fe contractual, pues en medio de ello si se quiere, también está el obedecimiento del principio del debido proceso que implica, entre otras manifestaciones que nadie pueda someterse a sanciones diferentes a las que han sido dispuestas con anterioridad al hecho que se imputa,

⁶⁹ Sent. Cas. Civ. de octubre 7 de 2009, Exp. No. 00164-01.

que aún desde la perspectiva de regla, mantiene total aplicabilidad y descarta el postulado que sirvió, en parte, de apoyo a la sentencia de la Corte de 21 de marzo de 1995.

4.4. El artículo 1932 de Código Civil colombiano

El artículo 1932 del Código Civil es la base del discurso sobre las restituciones originadas en el incumplimiento del contrato de compraventa por parte del comprador, dicha norma establece:

“La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio.

Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado”.

Una consideración preliminar tiene que ver con la pertinencia íntegra de la norma citada. ¿El régimen de restituciones por incumplimiento está regulado por la totalidad del artículo 1932? La respuesta a esta primera pregunta es negativa. *Prima facie* podría afirmarse que el tercer inciso del 1932 contiene una presunción implícita en contra del comprador (afirmar que es poseedor de mala fe) lo cual justificaría un trato “hostil” hacia él que haría que eventualmente, en caso de restituciones mutuas, éstas deban ordenarse de manera amplia a favor

del vendedor y de manera restringida a favor del comprador. Este argumento debe ser rechazado bajo dos consideraciones: *primero*, el inciso tercero del 1932 no regula las consecuencias del incumplimiento (las restituciones correspondientes) sino solo la *forma* en que las restituciones se deben hacer efectivas; *segundo*, el hecho de que se contemple una causal de exoneración de la presunción de posesión de mala fe (*demostrar los “grandes menoscabos en la fortuna”*) neutraliza el argumento de la “*sanción anticipada*”, ya que el comprador que logre demostrar que está cobijado de la causal de exoneración no se verá afectado por el inciso tercero. En este último evento, ya no se puede argumentar que el inciso tercero es el fundamento normativo del trato “*hostil*” hacia el comprador y la pregunta original persiste: ¿al tenor del artículo 1932, el comprador incumplido de buena fe debe ser sancionado con la negativa a indexarle la suma restituida?

Visto, entonces, que la parte del artículo 1932 del Código Civil que regula las restituciones corresponde únicamente a los dos primeros incisos, analicemos la estructura lógica de ésta disposición a la luz de lo que originalmente se contrató (*restitución básica*) y lo que la ley agrega a los objetos originales de las obligaciones (*restitución accesoria*).

	Objeto original	Objeto accesorio	Justificación
Vendedor	<i>restituirse lo que se hubiere recibido (art. 1932 C.C.)</i>	<i>Indemnización de perjuicios (arras, cláusula penal o prueba de los perjuicios)</i>	Sanción por el incumplimiento
		<i>los frutos sin indexación</i>	Equilibrio económico

		Eventual rendimiento del dinero	NINGUNA
Comprador	<i>la parte que hubiere pagado del precio</i>	NINGUNO	NINGUNA

Como se aprecia la diferencia entre *sanción* y *compensación* está claramente definida en el artículo. Es diferente la suma que se recibe a manera de indemnización anticipada por los perjuicios sufridos por la resolución del contrato (las arras recibidas o la facultad de exigir las dobladas o la cláusula penal o los perjuicios probados) a la suma que se presume que el bien generó como ganancia durante la posesión que de él tuvo el comprador incumplido (los frutos). ¿Por qué razón se agrega la compensación a la sanción? Porque se entiende que si el bien no hubiese salido de la posesión del vendedor cumplido, éste habría producido frutos a favor de su dueño.

De hecho, si el bien no ha producido frutos no procede la restitución de los mismos. Mientras tanto, si fueron pactadas las arras, se retienen o se exigen dobladas y, en caso de no haberse pactado, persiste la posibilidad de exigir la indemnización por los daños causados al vendedor o el cobro de la cláusula penal. *La sanción que recibe el comprador incumplido es el monto de las arras o los mecanismos indemnizatorios; la compensación que recibe el vendedor cumplido son los frutos de la cosa, que aunque son pagados por el comprador incumplido, no representan un detrimento patrimonial para él, porque fueron producidas por un bien que no llegó a pertenecerle a título oneroso en virtud de su incumplimiento. Los frutos fueron producidos por el bien y su pago no implica variación alguna en el patrimonio del comprador: no adquiere la propiedad del bien, ni de los frutos que él mismo produjo (suma cero patrimonial) y sí sufre la*

merma de la suma de las arras o los perjuicios que en efecto pertenecía a su patrimonio y sale de él.

Eventualmente la situación puede llegar a ser más gravosa para el comprador, en la medida en que la suma poseída por el vendedor mientras se desarrolla el proceso puede llegar a dar rendimientos: aunque esto no sea necesario, sí provoca una clara desigualdad de trato entre vendedor y comprador. Mientras el comprador debe devolver la cosa con lo que ella haya producido, *si acaso sucedió* (frutos sin indexación), el vendedor sólo debería devolver la suma, sin lo que ella haya perdido naturalmente por el mero transcurso del tiempo (indexación).

Como se aprecia, el argumento no va dirigido a sostener que no procede resarcimiento alguno de perjuicios a favor del vendedor cumplido: sostiene que la negativa a reconocer la indexación de la suma restituida implica una *doble* sanción imprevista en contra del comprador incumplido. Veamos la situación del comprador: el objeto original se le restituye de la misma manera que al vendedor (devolución de lo pagado), obviamente no procede indemnización por ser él quien dio origen a la resolución, *pero tampoco existe compensación alguna respecto de lo que el tráfico económico puede causar en el objeto original*.

Mientras que la cosa no genera frutos necesariamente, el dinero si pierde su valor inevitablemente, en especial, durante normalmente dilatado periodo de duración de un proceso judicial. Así como los eventuales frutos generados por el bien irían a parar a manos de su dueño si no se hubiera producido el negocio (el goce económico pacífico de la cosa); asimismo, si el negocio no se hubiera producido, el goce pacífico de su dinero por parte del comprador le daría la oportunidad de garantizar el poder adquisitivo del mismo. La doble sanción que recibe el comprador es, entonces, tener que perder las arras o cualquier otra suma

derivada de la indemnización de perjuicios (contractuales –cláusula penal, arras– o legales -probados dentro del proceso-), y además tener que correr con las consecuencias que el paso del tiempo acarrea frente al valor adquisitivo del dinero, distorsión cuyo mecanismo de equilibrio es la corrección monetaria.

La negativa a reconocer la indexación de la suma a restituir implica (por el fenómeno de la pérdida de valor del dinero descrito anteriormente en este trabajo) una sanción que no existe en el código y que se agrega injurídicamente a aquella prevista legalmente, que consiste en la indemnización de perjuicios. Por tanto, la única manera de evitar la doble sanción ilícita contra el comprador es una matriz interpretativa del siguiente tenor:

	Objeto original	Objeto accesorio	Justificación
Vendedor	<i>restituirse lo que se hubiere recibido (art. 1932 C.C.)</i>	<i>Indemnización de perjuicios (arras, cláusula penal o prueba de los perjuicios)</i>	Sanción por el incumplimiento
		<i>los frutos sin indexación</i>	Equilibrio económico
Comprador	<i>la parte que hubiere pagado del precio</i>	Indexación	Equilibrio económico

Donde, por obvias razones, al comprador incumplido no le corresponde indemnización alguna (por *culpable*) pero tampoco le implica correr con la depreciación de la suma entregada, que permanece en poder del vendedor hasta que se decide la *litis*.

Con otras palabras, si el comprador no recibe el dinero reajustado, su patrimonio pierde la diferencia entre el dinero depreciado y que debería recibir con

corrección, consecuencia que perjudica económicamente a dicha parte (sanción), sin que esa secuela esté prevista legalmente.

4.5. Conclusión

El análisis desde las perspectivas de las escuelas importantes de teoría del derecho, hay una sanción sin fundamento jurídico, cuando se dispone, sin corrección monetaria, la restitución del precio que el comprador alcanzó a pagar, en una decisión judicial de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento del comprador.

5. ARTÍCULO 1932 DEL C.C. Y FASES DE INTERPRETACIÓN

5.1. Introducción

Como en el planteamiento inicial se dejó sentado que el problema es de carácter interpretativo, a continuación se desarrollan los resultados de la aplicación de las fases de interpretación a la norma que constituye la premisa normativa de la tesis, es decir, el artículo 1932 del Código Civil, en la parte pertinente que regula los efectos de la declaratoria de resolución del contrato por falta de pago del precio, frente a la restitución que debe el vendedor al comprador. Todo ello a partir de la alusión de la sentencia más relevante de la Corte sobre el tema.

La sentencia de 21 de Marzo de 1995 llega a la conclusión de que cuando el comprador incumple con su obligación de pagar el precio en forma completa, una vez decretada la resolución, la sentencia deberá ordenar que la restitución que se le realice de la parte del precio efectivamente pagada, será la correspondiente a la misma cifra nominal que pagó al momento en que se llevaron a cabo las obligaciones que alcanzaron a cumplirse. Los fundamentos de derecho son: arts. 1930, 1932, 1546, 1543, 964 C.C. y jurisprudencia que en el mismo sentido ha pronunciado la misma Corporación (en especial 19 de marzo de 1986, 1º de abril y 1º de mayo de 1987 y 21 de septiembre de 1992).

5.2. Los resultados de la fase gramatical, según la Corte

Del texto del fallo se deduce la clara utilización de este tipo de interpretación, particularmente por el siguiente aparte:

[...] Ahora bien, siendo para el juzgador imperativo ajustarse a la ley (art.230 C. Pol.) y no desatender su existencia sino tenerla en cuenta e interpretarla conforme la misma la ley (arts. 25 y ss. C.C.), no puede la