

CAPÍTULO IV

LA REGULACIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

Aunque “[...] la distinción entre el derecho civil y el comercial se ha ido desdibujando cada día más por el fenómeno de la comercialización del derecho civil, fundamentalmente en lo que atañe al derecho de las obligaciones, tal vez porque la idea común de la “*patrimonialidad*”—como dice DÍEZ PICAZO—los ha unido [...]”,¹⁰⁰ la doctrina colombiana, en fuerza de la realidad actual del ordenamiento jurídico que le interesa, se ve abocada a trabajar con un régimen contractual escindido: la institución jurídica “contrato” es regulada en forma *general* y *especial* tanto por normas del Código civil como por normas del Código de comercio, a lo cual debe sumarse una cantidad cada vez más ingente de *leyes especiales* de una relevancia exponencialmente ascendente. Lo anterior es claramente expuesto por MANTILLA y TERNERA:¹⁰¹

[E]n el derecho privado colombiano existen diversos conjuntos de normas que reglamentan la institución contrato, por ejemplo, el Código civil colombiano establece un *régimen general* del contrato (Libro cuarto, Títulos I a XXI, principalmente) y, adicionalmente, unos *regímenes especiales* de contratos, como la compraventa (artículos 1849 a 1954), el arrendamiento de cosas (artículos 1973 a 2027), el mandato (artículos 2142 a 2199), la renta vitalicia (artículos 2287 a 2391), etc. Por su parte, el Código de Comercio consagra, de igual manera, un *régimen general* del contrato (Libro cuarto, Título I, Capítulo VI, principalmente) y unos *regímenes especiales*, como la compraventa (artículos 905 a 967), el arrendamiento de locales comerciales (artículos 518 a 524), el mandato (artículos 1262 a 1369), el seguro (artículos 1036 a 1082), etc. Adi-

¹⁰⁰ GHERSI, *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰¹ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. *El derecho de los contratos: entre lo general y lo especial*. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (Directores Académicos). *Los contratos en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Legis, 2007, p. XVIII.

cionalmente, en leyes específicas, se han establecido particularidades respecto de los *regímenes generales* (como la L. 527 de 1999, en materia de contratos celebrados por medios electrónicos) y algunos nuevos *regímenes especiales* (como el arrendamiento de vivienda urbana de la L. 820 de 2003 y el arbitraje internacional de la L. 315 de 1996).

La referida diversidad normativa, ampliamente criticada en algunos sectores de la doctrina nacional, principalmente civilista, plantea importantes interrogantes, en especial sobre (1) la determinación de los ámbitos de regulación de cada uno de los regímenes normativos (esto es, en cuanto a la identificación de los contratos que deben ser regulados por uno u otro conjunto normativo, tanto en su aspecto *general* como *especial*) y, más aún, sobre (2) la identificación de los parámetros sistemáticos que regulan las eventuales relaciones normativas entre el Código civil y el Código de comercio.

(1) En primer lugar, generalmente se atiende al carácter común, general y supletorio del derecho civil (artículo 3º cc) y a la especialidad o especificidad del derecho comercial (artículo 1º cco), para sostener que la normativa civil se aplica en aquellos supuestos no regulados por la normativa mercantil, acogiendo plenamente la regla según la cual “[l]a disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general” (artículo 10 [1º] cc). No obstante, dicho argumento no hace más que desplazar el problema de la identificación de los ámbitos de regulación civil y comercial, pues no en todo caso será sencillo determinar el carácter específicamente mercantil de un contrato, en la medida en que “[...] la determinación del campo de aplicación de la reglamentación mercantil con respecto a la civil es bastante difícil de precisar, debido a que el legislador colombiano adoptó tanto un criterio subjetivo (artículos 10 y 11 C. de Co. col.), como un criterio objetivo (artículo 20 nos. 4º, 5º y 6º C. de Co. col.) para determinar la *comercialidad*”.¹⁰² De manera que no siendo posible establecer unos criterios absolutos *a priori* para valorar la comercialidad de un contrato, será el análisis particular de los elementos de cada contrato el que permitirá, siguiendo los parámetros normativos, determinar de cuál régimen normativo se deriva la disciplina contractual.

¹⁰² *Ibid.*, p. XIX.

Ahora bien, cualquiera sea la solución que se le dé a dicho asunto (bien determinando que el contrato es mercantil, o bien que el contrato se regirá por la normativa civil), muy probablemente se precisará también establecer relaciones normativas entre los regímenes contractuales, para efectos de integración y suficiencia de la disciplina legal del contrato. Tales relaciones podrán eventualmente vincular el régimen general civil y el régimen general comercial, el régimen general civil y un régimen especial comercial, el régimen general comercial y un régimen especial civil, y, por último, un régimen especial civil y un régimen especial comercial.

(2) Para arbitrar dichas relaciones normativas, se acude principalmente a dos instrumentos: (a) la remisión normativa expresa de la ley comercial a la ley civil (artículo 2º cco), específicamente establecida en materia de obligaciones y contratos (artículo 822 cco), cuando las fuentes del derecho comercial sean insuficientes para regular íntegramente el contrato mercantil, esto es, cuando la solución de algún aspecto contractual no se derive de la ley comercial (bien sea de manera directa, o bien mediante analogía de sus normas) (artículo 1º cco), de la costumbre mercantil (artículo 3º cco) o de las estipulaciones contractuales (artículo 4º cco); y (b) la analogía legal (artículo 8º, ley 153 de 1887), en virtud de la cual deberán aplicarse disposiciones mercantiles para regular determinados aspectos del contrato civil, cuya solución no se derive de las normas jurídicas del Código civil, siempre y cuando se trate de “[...] casos o materias semejantes [...]”. En un sentido similar, MANTILLA Y TERNERA¹⁰³ expresan:

[E]xisten diferentes “puentes comunicantes” entre las distintas categorías jurídicas civiles y comerciales, a saber: normas que consagran incorporaciones (como el artículo 822 del C. de Co.), normas que reglamentan interpretaciones analógicas (como los artículos 2º del C. de Co. y 8º de la L. 153 de 1887) y un fenómeno de gran importancia en la práctica: la influencia “informal” que ejercen sobre el juez las soluciones consagradas en la ley mercantil —o civil— en el momento de elaborar su decisión en materia civil —o mercantil—, la cual, en no pocas oportunidades, conduce a cierto paralelismo. En nuestra opinión, esto es favorecido, en gran medida, por el hecho de que en Colombia no existe una jurisdicción comercial y, por consiguiente, las causas mercantiles son, en principio, de conocimiento de los jueces civiles.

¹⁰³ Ibíd.

No obstante lo anterior, también pueden identificarse eventos en que los regímenes contractuales del Código civil y del Código de comercio se presentan como compartimentos estancos, con una total autonomía normativa. Cuando los regímenes normativos civil y comercial establecen regulaciones diferentes u opuestas sobre un mismo aspecto o circunstancia contractual, los *puentes comunicantes* resultan inoperantes y las relaciones normativas entre los diferentes regímenes se suspenden, toda vez que aquel aspecto diversamente regulado deberá atenerse a la solución normativa establecida por el régimen que según la naturaleza civil o mercantil del contrato le corresponda. En otras palabras, cuando sobre una misma cuestión del contrato se establezcan soluciones diferentes u opuestas en los Códigos civil y de comercio; deberá atenderse en forma exclusiva a aquella solución que se derive del régimen normativo aplicable al contrato, dependiendo de su naturaleza civil o comercial.

Materias como la solidaridad pasiva, la representación, el pacto de arras, la cláusula penal, la cesión de contrato, entre otras,¹⁰⁴ deberán regularse exclusivamente por las normas correspondientes del Código civil, cuando el contrato sea civil, o por las normas del Código de comercio, cuando el contrato sea mercantil, sin posibilidad de comunicación (vía remisión normativa o vía analogía legal) entre los regímenes, radicalmente distanciados por la diversidad de criterios que asumen sobre un punto específico.

Aparentemente, eso es lo que acontece en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de riesgo contractual, ya que los artículos 1607 y 1876 cc, y 929 y 930 cco regulan la cuestión de forma diametralmente opuesta, en la medida en que las normas civiles estarían inspiradas en el tradicional —y poco coherente, según se vio— *res perit creditorio* o *casus (casum) sentit creditorio*, mientras que la norma comercial manifestaría inequívocamente el *res perit débitorio* o *casus (casum) sentit débitorio*. En efecto, mientras el artículo 1607 cc establece que “[e]l riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas

¹⁰⁴ SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 16 — 90.

por obligaciones distintas [...]”, el artículo 929 cco consagra todo lo contrario: “En la venta de un cuerpo cierto, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor [deudor], salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa”.

Partiendo de la anterior constatación, un sector importante de la doctrina colombiana concluye que el problema del riesgo contractual recibe tratamientos generales e irreconciliables en uno y otro régimen, pues —se sostiene— por un lado, el Código civil aplica el *res perit creditoris*, y por el otro, el Código de comercio se vale del *res perit débitoris*, en ambos casos con importantes excepciones que a pesar su carácter simplemente marginal, no deben ser desatendidas. En esta línea doctrinal, SUESCÚN¹⁰⁵ sostiene lo siguiente:

[E]l tratamiento de estos dos estatutos en relación con la referida teoría no es idéntico, toda vez que existe una señalada diferencia entre estos dos conjuntos normativos, consistente en que el Código de comercio, a diferencia del *civil*, establece, para el contrato de compraventa particularmente, que es el deudor quien corre con el riesgo, y se libera de esta forma la otra parte de cumplir con su obligación correlativa. Dentro de este esquema, el deudor queda exonerado de cumplir la prestación a su cargo, pero también pierde el derecho de exigir su crédito recíproco. Esto pone en evidencia que la pérdida fortuita de la cosa repercute negativamente sobre el patrimonio del deudor, pues es éste quien soporta las secuelas de la pérdida.

No obstante la evidencia de que entre los regímenes civil y comercial existen importantes diferencias concretas en materia de riesgo contractual, una generalización tal de los alcances de la referida divergencia de criterios crea la impresión —tan frecuente como equívoca— de que en los contratos civiles el riesgo corre en general por cuenta del acreedor de la prestación sobrevenida imposible, quien tendrá que cumplir la contraprestación de su cargo, mientras que en los contratos mercantiles el riesgo se le carga por principio al deudor de la obligación extinguida, que por resultar liberado de

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 31.

la prestación de su cargo no podrá exigir el cumplimiento de la contraprestación de cargo del acreedor.

En otros términos, tal generalización llevaría a aceptar que el *res perit creditori* y el *res perit débitor* constituyen sendos *principios generales* en materia de riesgo contractual, aplicables, respectivamente, en el ámbito civil y en el ámbito comercial. Y nada más alejado de la realidad actual del sistema de derecho privado colombiano.

En efecto, el alcance normativo de las disposiciones que evidencian la referida disconformidad de criterios (artículos 1607 y 1876 cc; 929 y 930 cco), es estrictamente limitado a un tipo muy concreto de obligaciones: aquellas cuyo objeto consista específicamente en una prestación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, es decir, "aquella en que se debe una especie determinada dentro de un género también determinado",¹⁰⁶ o más concretamente, "un individuo determinado por sus caracteres singulares y no sustituible".¹⁰⁷

Sólo en relación con este tipo de obligaciones es acertado sostener que en materia civil *res perit creditori*, y que en materia comercial *res perit débitor*, aunque aun deba matizarse o relativizarse la afirmación señalando las importantes excepciones legales a que se someten tales criterios. En otras palabras: sólo cuando sobreviene la imposibilidad fortuita de cumplimiento de una obligación contractual con prestación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, deberá concluirse que si el contrato es civil, el acreedor de tal prestación debe cumplir la contraprestación de su cargo, o que si el contrato es mercantil, el acreedor de la prestación imposible se libera también de la contraprestación de su cargo; no sin antes determinar que el supuesto no corresponda a una de las excepciones legales a la aplicación de dichos criterios (artículo 1604, *in fine*, cc), como cuando una norma *especial* establezca

¹⁰⁶ BAENA UPEGUI, *op. cit.*, p. 445. Es importante tener en cuenta las críticas certeras que el autor le hace al Código civil por su pésimo manejo de las expresiones de la lógica y de las ciencias naturales: clase, género, especie y cuerpo cierto (p. 445-446).

¹⁰⁷ HINESTROSA, *op. cit.*, p. 129.

una solución diferente o cuando las partes hayan establecido una cláusula de asunción de riesgos, etc.

En vista de lo anterior, como las normas que regulan el riesgo contractual no tienen un alcance general, se precisa identificar un posible *régimen general del riesgo contractual* en el derecho privado colombiano, que pueda servir para orientar la solución equitativa de los problemas concretos que plantea la teoría de los riesgos, sin pretender en ningún momento proponer reglas incuestionables y absolutas.

Una tarea tal no debe afrontarse a la manera de una identificación de las normas que particularmente regulan la cuestión en relación con cada tipo de contrato (cuando las hay), pues se caería en un señalado casuismo descriptivo, alejado de las pretensiones de una elaboración teórica. Y es más, la identificación más o menos completa de las normas particulares que regulan las obligaciones de custodia y cuidado, y, por esa vía, el riesgo contractual en los Códigos civil y de comercio, ya ha sido adelantada, entre otros, por el maestro HINESTROSA,¹⁰⁸ quien llega a la ineludible conclusión que de tales reglas no se pueden derivar principios generales absolutos:

Si no se puede afirmar que la lista sea completa, repasando los dos códigos se encuentran estos casos dispersos de obligaciones de guarda y cuidado: *código civil*: tutelas y curatelas: artículo 481; usufructo: artículos 846, 847, 861; uso y habitación: artículo 877; prestaciones mutuas: artículo 963; legado: artículos 1176, 1180, 1181, 1193; albaceazgo: artículos 1356; venta a prueba: artículo 1879; arrendamiento de cosas: artículos 1997, 2005; de predios rústicos: artículos 2037 a 2040; de obra: artículos 2053 a 2057; de transporte: artículos 2072 a 2073; sociedad: artículo 2110; mandato: artículos 2155, 2179; comodato: artículos 2203, 2204; depósito propio: artículos 2247, 2254, 2263; del posadero: artículos 2266, 2269 a 2271; extensión a otros establecimientos: artículo 2272; agencia oficial: artículo 2036; prenda: artículos 2419, 2428; *código de comercio*: sociedad: artículos 127 a 128; compraventa: artículos 928, 929; transporte: artículos 992, 1030; marítimo: artículos 1596, 1609; aéreo: artículos 1874, 1883, 1886, 1888; depósito: artículo 1171; hospedaje: artículos 1195, 1196; anticresis: artículo 1223; fiducia: artículo 1243; mandato: artículos 1268, 1273; comisión: artículos

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 129-130, nota 187.

1292, 1294; cajillas de seguridad: artículo 1417 [2]. [...] Y examinando uno a uno aquellos preceptos se puede apreciar cómo, no obstante empeños vanos de imponer reglas generales absolutas, y a pesar de estas, la solución particular es ineludible por lo sensata y justa.

Renunciando entonces a un análisis singular y casuístico de las normas que regulan la teoría de los riesgos en cada *ejemplo* de contrato, se debe aspirar a la identificación de un *principio* más o menos constante en el tratamiento normativo del riesgo contractual, seguido de una serie preferentemente reducida de excepciones específicas, que deben ser evaluadas en razón de su justificación. Para efectos de orden expositivo y con el fin de resaltar las diferencias concretas que en este punto presentan los códigos, se hará un análisis separado —y lo más preciso posible— de la regulación del riesgo contractual en el Código civil y en el Código de comercio, atendiendo principalmente a las normas que por su generalidad puedan ser aplicadas a diversos supuestos.

a. El riesgo contractual en el Código civil

El *régimen general* del contrato que establece el Código civil, contiene únicamente una disposición relativa al problema del riesgo contractual, en su sentido eminentemente técnico o propio: el artículo 1607, según el cual “[e]l riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas [...].” Las demás normas que generalmente se señalan como concernientes a la teoría de los riesgos (por ejemplo, artículos 1604 y 1729 a 1739 cc) regulan específicamente la extinción de la relación obligatoria por imposibilidad sobrevenida y fortuita de cumplimiento, mas no en un sentido propio, el efecto que dicha extinción ha de producir en el contrato.

Como acertadamente señala SUESCÚN,¹⁰⁹ el Código civil “[e]stablece que la teoría de los riesgos sólo se aplica para los casos de obligaciones de dar

¹⁰⁹ SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 34.

o entregar una especie o cuerpo cierto, no obstante que el problema de los riesgos se presenta en toda clase de obligaciones, independientemente de su naturaleza y su fuente". En vista de la insuficiencia normativa en materia de riesgo contractual, le ha correspondido a la doctrina civilista la tarea de identificar los criterios para determinar, de manera general, qué efectos produce en el contrato —principalmente bilateral— la extinción de una obligación contractual, por imposibilidad de cumplimiento no imputable al deudor.

Un sector importante de la doctrina nacional, basándose en una generalización extrema del artículo 1607 cc, ha pretendido encontrar en la regla *res perit creditoris* el principio general de atribución de riesgos en el derecho civil colombiano, de manera que, por regla general —se sostiene—, el acreedor de la obligación extinguida por imposibilidad de cumplimiento, a pesar de no obtener la satisfacción de su derecho personal o de crédito, continúa obligado a realizar la prestación de su cargo en favor del deudor liberado. En tal sentido, según afirma HINESTROSA:¹¹⁰

Los riesgos (*periculum*), en el derecho civil, son de cuenta del acreedor: se aplica íntegramente el principio *res perit creditoris* (artículo 1607 c. c.), salvo lo que hubieren acordado las partes, en general, o a propósito de alguno o varios eventos en particular (artículo 1732 c. c.), o lo que singularmente prevenga el ordenamiento para la relación contractual en cuestión (por ejemplo, artículos 2265 c. c. y 1880 c. co.).

Así las cosas, parecería que todo evento en el cual el riesgo corra por cuenta del deudor, según normas contenidas en *regímenes especiales* de contratos específicos, constituiría una excepción al principio general del *res perit creditoris*, el cual, en tanto que principio, debería inspirar la solución del problema del riesgo contractual en aquellos contratos en que no exista norma

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 133. En esa misma línea, PEREZ presenta el asunto de la siguiente manera: "[P]odemos señalar las siguientes reglas: 1º) La cosa perece para su dueño (*res perit domino*): es el principio. 2º) La cosa perece para el acreedor de cuerpo cierto: *res perit creditoris*. Constituye una mala aplicación de principios tomados del derecho francés y del derecho romano. Así lo dispone el artículo 1607 del C. C. 3º) Cuando la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por culpa de éste, es decir, por incumplimiento de la obligación esencial de conservar la cosa en su poder hasta la entrega (artículos 1605 y 1730)". PÉREZ VIVES, Teoría general de las obligaciones. Vol. II, *op. cit.*, p. 20. Por su parte, SUESCÚN habla de "[l]a adopción general del principio *res perit creditoris*, en el sentido de que es el acreedor quien corre los riesgos por la pérdida de la cosa por caso fortuito [...]" SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 34.

expresa al respecto. En otros términos, como el *res perit creditoris* es presentado como regla general en materia de teoría de los riesgos en el derecho civil, a tal parámetro debe someterse la solución del asunto en aquellos supuestos contractuales en relación con los cuales el Código civil no haya consagrado expresamente una disposición diferente.

No obstante, una generalización tal del artículo 1607 cc, crea una apariencia engañosa en cuanto a la idea general que en materia de riesgo contractual subyace a las normas que conforman el *régimen general* del Código civil. Y es que, según se sostuvo antes, el artículo 1607 cc tiene un alcance normativo estrictamente limitado a un tipo específico de relaciones obligatorias: aquellas que tienen por objeto una prestación de dar o entregar un individuo singularmente determinado. Según OSPINA,¹¹¹ de un análisis de los artículos 1605 a 1607 cc, “[...] resulta que nuestro Código, siguiendo la inveterada tradición latina, consagra la teoría de los riesgos, limitando su campo de acción al de las obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto [...]”, en relación con las cuales se establece que “[s]i la cosa objeto de una obligación de darla o entregarla perece por caso fortuito de que el deudor no tenga que responder, la obligación se extingue; el deudor queda liberado y el acreedor soporta el riesgo (*res perit creditoris*)”, en la medida en que debe cumplir la obligación de su cargo (en tanto que deudor).

Pero resáltese que la referida solución al problema del riesgo contractual, en virtud de la cual el contrato, aun ante la extinción de la obligación de una de las partes, continúa produciendo efectos obligatorios en relación con la otra, que deberá ejecutar la prestación que le corresponde, sólo tiene aplicación cuando la obligación sobrevenida imposible tenga por objeto una prestación de dar o entregar un cuerpo cierto; de tal manera, cuando la obligación extinguida tenga un objeto diferente (prestación de hacer, prestación de no hacer e incluso algunas prestaciones de dar bienes no individualizados), el artículo 1607 cc sale del contexto, por lo que deberá encontrarse una solución diferente, partiendo de las normas que conforman el *régimen general*

¹¹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 6^a ed. Bogotá: Temis, 2000, p. 578.

civil, a no ser que exista una norma *especial* en relación con el tipo o *ejemplo* de contrato de que se trate.

Incluso, tratándose de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto, el *res perit creditori* tiene un alcance simplemente relativo, toda vez que la ley somete su aplicación a una serie importante de excepciones en las cuales la extinción de la obligación y el riesgo contractual reciben un tratamiento normativo diferente. Tal como explica OSPINA:¹¹²

Excepcionalmente, la comentada solución se invierte respecto de las ventas a prueba o de cosas de género que deban ser contadas, pesadas o medidas, o de las ventas sujetas a condición suspensiva, o de la asunción por el deudor del caso fortuito, o de la venta de un conjunto de cosas de género (*universitates rerum distantium*), casos estos en que el riesgo es del vendedor (artículos 1604 y 1876 a 1879).

De la anterior precisión se deriva que el *res perit creditori* del artículo 1607 cc debe ser correctamente asumido como una regla particular, incluso excepcional —y por demás, indeseable,¹¹³ según se explicará más adelante— en materia de riesgo contractual, de acuerdo con los estrictos términos de redacción de la disposición, en los que su ámbito de aplicación se restringe claramente a un tipo específico de obligaciones contractuales.

¹¹² Ibíd. *Vid.* TAMAYO LOMBANA, *op. cit.*, p. 426-428, quien afirma que tampoco se aplica la regla del artículo 1607 cc en tratándose de ventas a término, de obligaciones alternativas y de obligaciones facultativas; SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 30-31. La misma precisión ha sido señalada por la doctrina chilena, que interesa en el contexto colombiano en la medida en que los artículos 1550 cc chileno y 1607 cc tienen idéntico contenido. “El artículo 1550 del C. Civil dice que «el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es siempre a cargo del acreedor...» lo que parece indicar que ello constituye la regla general en el Derecho chileno. Sin embargo, un examen atento de las diversas disposiciones de nuestro C. Civil nos permite llegar a la conclusión de que la regla general en el C. Civil chileno es de que la cosa pertece para su dueño, y que en el contrato bilateral la pérdida es para el acreedor solo por excepción, y que la regla del artículo 1550, constituye un principio de carácter excepcional aplicable únicamente a los contratos de venta y permuta. Veamos las disposiciones del Código [artículos 1950, 1996, 2000, 1486, 1547, 1673 [2], 1590 [1], 1672, 1550 [3] y 1676] para ver que el alcance del artículo 1550 no es tan amplio como allí parece indicarse”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 249. Cfr. ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, p. 1068-1069.

¹¹³ Según SUESCÚN, se trata de “[...] una solución inequitativa que desconoce la naturaleza y sentido de los contratos bilaterales [...]”. SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 34.

Por lo tanto, parece ser que la excepción consagrada en el artículo 1607 cc (*res perit creditoris*) no hace más que confirmar la regla general de atribución de riesgos en el derecho civil colombiano: *res perit débitori*, fórmula romanista que debe ser entendida, según se explicó anteriormente, en el sentido de que la extinción de una obligación contractual por imposibilidad fortuita y sobrevenida acarrea necesariamente la disolución *ipso iure* del contrato mismo y, por esa vía, de las demás relaciones obligatorias que dependen de él (en cuanto fuente), solución justa, equitativa y coherente con la naturaleza unitaria del contrato y, particularmente, con el requerimiento causal-funcional que se deriva del artículo 1524 cc. De manera pues que, como categóricamente expone CANOSA,¹¹⁴ [...] por regla general, si el cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes se hace imposible por causa ajena a su voluntad, el otro contratante se libera de su obligación, excepto cuando el contrato tenga por objeto la transmisión de la propiedad de un cuerpo cierto. (C. C., artículo 1607)" o, en general, la tradición o la simple entrega material de un individuo determinado.

En efecto, la doctrina nacional acepta unánimemente la aplicación del *res perit débitori* cuando la obligación que se extingue por imposibilidad de cumplimiento tiene como prestación una conducta positiva diferente de la tradición o la entrega material de un bien (prestación de hacer), o una conducta negativa o de abstención. Tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer, la solución al problema del riesgo determinará la extinción o disolución del contrato y la liberación de ambas partes de sus respectivas obligaciones. Como bien señala el profesor TAMAYO:¹¹⁵

Se ha dado una solución doctrinaria a los *riesgos del contrato* en aquellas convenciones bilaterales que no contienen la obligación de *dar* (o sea, de transmitir el dominio). Es una solución absolutamente lógica y ajustada a la equidad. Se basa claramente en la *teoría de la causa*. Si estas obligaciones del contrato sinalagmático son *recíprocas e interdependientes*, se sirven mutuamente de *causa*. "Si una de ellas falta, cae toda la operación".

¹¹⁴ CANOSA TORRADO, Fernando. *La resolución de los contratos: Incumplimiento y mutuo disenso*. 5^a ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005, p. 218-219.

¹¹⁵ TAMAYO LOMBANA, *op. cit.*, p. 430-431. *Vid.* en idéntico sentido, PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*. Vol. II, *op. cit.*, p. 21; SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 34.

Tanto en Francia como en Colombia esta doctrina establece que en contratos como el arrendamiento de cosas, el de obra y el de sociedad, el principio aplicable en caso de riesgos debe ser aquel principio según el cual *la cosa perece para el deudor (res perit débitor)*. Los riesgos pertenecen al deudor de la obligación imposible.

Más aun, existen una serie de normas que hacen parte de *regímenes especiales*, que acogen expresamente el criterio señalado, ordenando la liberación, no sólo del deudor de la obligación imposible, sino también de su acreedor, cuando el contrato genera obligaciones para ambas partes; así, OSPINA¹¹⁶ resalta algunas

[...] disposiciones particulares que exoneran de sus obligaciones a la parte en un contrato bilateral cuando las de su contraparte se han hecho imposibles de cumplir por caso fortuito: el arrendamiento de cosas termina por la destrucción o inutilización de la cosa arrendada, aun por vicio no conocido por el arrendador (artículo 1990), o por la extinción del derecho del arrendador por una causa independiente de su voluntad, ocurrida antes del término pactado (artículo 2016), en el contrato de confección de obra material, la pérdida fortuita de la materia es un riesgo que corre el dueño de la materia (*res perit domino*) aun en el caso de que el artífice se haya obligado a suministrarla (artículo 2057), o sea, cuando dicho contrato se reputa de compraventa (artículo 2053).

También pueden tenerse en cuenta para estos efectos los artículos 2008 [1], 2072, 2073, 2179, 2203, 2254, 2266 cc, entre otros.

En conclusión, puede afirmarse que del *régimen general* del Código civil se infiere que la extinción de una obligación convencional por imposibilidad fortuita y sobrevenida de cumplimiento (artículo 1625 [7] cc) comporta la ineficacia funcional del contrato, su extinción *de pleno derecho*, y la extinción consecuente de las demás relaciones obligatorias contractuales (artículo 1524 cc), a no ser que aquella obligación extinguida tuviere por objeto una prestación de dar o entregar un cuerpo cierto, pues en ese caso, en acogimiento de lo estipulado en el artículo 1607 cc, la eficacia obligatoria del contrato no se verá afectada por tal extinción, de manera que el acreedor de la obligación

¹¹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, p. 584.

extinguida tendrá que cumplir (en tanto que deudor) la prestación de su cargo (*res perit creditorī*).

b. El riesgo contractual en el Código de comercio

En los capítulos IV y VI del título I del libro cuarto del Código de comercio, contentivos del *régimen general* del contrato mercantil, no hay ninguna norma que se refiera de manera expresa al problema del riesgo contractual —más adelante se verá la importancia que en este asunto puede tener el artículo 870 cco—. La disposición que la doctrina generalmente utiliza para explicar la postura del Código en materia de riesgo contractual es el artículo 929, que establece el efecto contractual de la extinción de la obligación de dar o entregar un cuerpo cierto, derivada de un contrato mercantil de compraventa. Según el texto de la norma: “En la venta de un cuerpo cierto, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa”. A reglón seguido, el artículo 930 cco establece que “[s]i la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad”.¹¹⁷

Sobre el punto de los efectos contractuales de la imposibilidad sobrevenida de una obligación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, surgida de un contrato de compraventa, el legislador mercantil adopta entonces un criterio diametralmente opuesto al que acoge el Código civil (artículos 1607 y 1876): la extinción de la obligación de dar o entregar un individuo determinado, conlleva a la disolución *ipso iure* del contrato de compraventa, por lo que ni el vendedor (cuya prestación devino imposible) ni el comprador tendrán que

¹¹⁷ Comentando dichas normas, SUESCÚN afirma que “[...] la pérdida de la especie vendida, por acaecimiento de un caso fortuito, antes de su entrega, tiene como efecto «resolver» el contrato. Lo cual implica la extinción de la obligación a cargo del vendedor y de la correspondiente obligación del comprador de pagar el respectivo precio”. SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 32.

cumplir las obligaciones que en principio les correspondían. Según TAMAYO,¹¹⁸ se trata de “[...] una solución lógica y acorde con la equidad, en relación con los riesgos en el contrato de compraventa”.

Como se trata de una norma cuyo ámbito de aplicación se circunscribe expresamente al contrato de compraventa, cabe la pregunta sobre el criterio que determina la solución del problema del riesgo contractual en aquellos contratos mercantiles, diferentes de la compraventa, que también constituyen obligaciones de dar o entregar un individuo determinado. El profesor SUESCÚN¹¹⁹ plantea la cuestión y propone una posible salida, en los siguientes términos:

[S]ubsiste la duda de cuál régimen aplicar respecto de los demás contratos bilaterales comerciales para los cuales el legislador no sentó ninguna regla relativa a la asunción de riesgos. Este silencio impide saber con certeza qué ocurre con las obligaciones a cargo de uno de los contratantes cuando las del otro se han hecho imposibles por fuerza mayor, no imputable a ninguno de ellos. En otras palabras, ¿se extinguen las obligaciones del primero, en este evento, o subsisten y deben ser cumplidas?

Para llenar este vacío —y habida cuenta de que el principio *res perit débitori* parece minoritario dentro de los contratos bilaterales para los cuales el Código de Comercio estableció una regla específica sobre riesgos— se debe acudir al régimen del Código civil, de acuerdo con la remisión que hace a este cuerpo normativo el artículo 822 del Código de Comercio. Allí se encuentra que, para todos los contratos bilaterales que generen obligaciones de dar o entregar cuerpos ciertos, la pérdida de estos bienes, que no sea imputable a ninguno de los dos contratantes, debe soportarla el acreedor (*res perit creditorí*) quien, a pesar de la pérdida, debe cumplir sus obligaciones.¹²⁰

Según dicha posición, utilizando el *ponte comunicante* que se deriva de la remisión normativa expresa del *régimen general* comercial al *régimen*

¹¹⁸ TAMAYO LOMBANA, *op. cit.*, p. 432.

¹¹⁹ SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 33-34.

¹²⁰ En el mismo sentido se pronuncia OSPINA cuando afirma que “[...] en el contrato de sociedad y en cualquier otro contrato bilateral [mercantil] que genere obligación de dar o entregar especie o cuerpo cierto, la pérdida de esta, no imputable al deudor ni al acreedor, es de cargo de este último, quien debe cumplir las obligaciones de su cargo (*res perit creditorí*). No así en la compraventa, respecto de la cual la ley mercantil expresamente invierte el principio: el contrato se *disuelve* y, por tanto, se extinguen las obligaciones correlativas a cargo del acreedor a la entrega o tradición de la especie perecida [sic]”. OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, p. 588.

general civil en materia de obligaciones y contratos (artículo 822 cco), en aquellos contratos mercantiles, diferentes de la compraventa, que generan obligaciones de dar o entregar un cuerpo cierto, debe aplicarse el criterio del artículo 1607 cc, que estatuye de manera general el *res perit creditoris*, como regla de determinación de los efectos contractuales de la extinción, por imposibilidad de cumplimiento, de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto.

En principio, tal solución parece acorde con los parámetros sistemáticos que regulan las relaciones normativas entre los *régimenes generales* del contrato. Sin embargo, pueden plantearse por lo menos dos objeciones que cuestionan agudamente la coherencia del argumento.

(1) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la remisión del artículo 822 cco al *régimen general* del contrato civil, tiene por objeto llenar *vacíos* o *lagunas* (anomias) de la ley mercantil, pues como expresamente consagra la norma en comento, las disposiciones del Código civil “[...] serán aplicables a las obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. Siendo así, la remisión a las normas civiles es el último recurso con que cuenta el operador jurídico, una vez constate la ausencia de una disposición aplicable que se derive de las fuentes del derecho comercial en Colombia. En efecto, según establece el artículo 1º cco, “[l]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”, y únicamente cuando “[...] las cuestiones comerciales [...] no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la ley civil” (artículo 2º cco).

Por lo tanto, para llenar el vacío normativo en cuestión, antes de acudir al artículo 1607 cc, deben identificarse las normas mercantiles “[...] que regulen casos o materias semejantes [...]” (artículo 8º ley 153 de 1887), para ser aplicadas analógicamente en aquellos contratos comerciales, diferentes de la compraventa, en que se presente la extinción por imposibilidad de cumplimiento de

una obligación de dar o entregar; así, la atención debe sin duda centrarse en el artículo 929 cco, que regula el tema en el contexto específico del contrato de compraventa, pero que por referirse a un supuesto similar (la imposibilidad de cumplimiento de una prestación de dar o entregar un cuerpo cierto), debe ser aplicada analógicamente para la solución del problema del riesgo en todo contrato que genere dicho tipo de obligaciones.

(2) Además, la aplicación del artículo 1607 cc (*res perit creditori*) en aquellos contratos comerciales, diferentes de la compraventa, que conforman obligaciones de dar o entregar un individuo determinado, es cuestionable en razón del carácter estrictamente excepcional que dicho criterio tiene en el ámbito civil. Según se sostuvo anteriormente (*vid nota 111*), el *res perit creditori*, aun en el estricto contexto que le es propio (obligaciones de dar o entregar especie), está sometido a una serie importante de modificaciones que reducen considerablemente su campo de aplicación, lo que hace que su implementación general en materia mercantil sea muy discutible.

Ahondando en objeciones, téngase en cuenta que otras normas, también ubicadas en *regímenes especiales*, confirman la adopción del *res perit débitori* como parámetro de solución del problema del riesgo contractual ante la extinción de una obligación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto. Es el caso de los artículos 127 y 128 cco, que regulan en forma similar la cuestión en el contrato de sociedad.¹²¹

En consecuencia, puede concluirse que la extinción por imposibilidad de cumplimiento de una obligación contractual de dar o entregar un cuerpo cierto, surgida de cualquier *ejemplo* de contrato comercial —trátese o no de una compraventa—, produce un efecto extintivo del contrato mismo (artículo 930 cco), razón por la cual ambas partes deben entenderse liberadas de sus respectivas obligaciones, salvo que la ley mercantil establezca expresamente una solución diferente.¹²²

¹²¹ HINESTROSA, *op. cit.*, p. 136 — 137.

¹²² SUESCÚN señala que el Código de Comercio “[e]stablece el principio *res perit débitori* en el contrato de compraventa. En otros contratos, como el de Comisión y Consignación, el principio *res perit*

De otro lado, como el Código de comercio no establece normas *generales* sobre teoría de los riesgos, se precisa también identificar criterios que orienten la solución del problema del riesgo en aquellos eventos en que sobrevenga la imposibilidad fortuita de cumplimiento de una obligación contractual con prestación de hacer o de no hacer.

La legislación mercantil tampoco contempla regla alguna para los casos de los contratos bilaterales que son fuente de obligaciones diferentes a las de dar o entregar especies o cuerpos ciertos, cuando las de una parte se han hecho imposibles de ejecutar por causa de un caso fortuito no imputable a ninguna de ellas. Para llenar este vacío la doctrina sugiere que se aplique la Teoría Mixta, de manera que la imposibilidad de cumplir una de las obligaciones implica la disolución del negocio jurídico, lo que significa que las dos partes quedan exoneradas de cumplir sus respectivas prestaciones¹²³.

Esta solución, en razón de la cual la extinción por imposibilidad de cumplimiento de la obligación con prestación de hacer o de no hacer (vid notas 32 y 33), desemboca en la extinción o disolución del contrato, con la consecuente liberación de ambas partes de sus obligaciones correlativas, es unánimemente aceptada por la doctrina nacional. Para argumentar dicha solución se podría sostener, en primer lugar, que ante la ausencia de normas *generales* que regulen el asunto, pueden aplicarse analógicamente los artículos 929 y 930 cco (artículos 1º cco y 8º ley 153 de 1887). Y en segundo lugar, si se considera que tales normas no pueden ser aplicadas analógicamente a la extinción de una obligación de hacer o de no hacer, pues se refieren específicamente a prestaciones de dar o entregar, debe aplicarse el criterio que en relación con este asunto se deriva del Código civil (vía remisión normativa expresa: artículo 822 cco), según el cual el contrato se disuelve cuando se extingue la obligación de hacer o de no hacer de cargo de una de las partes, a causa de la imposibilidad sobrevenida y fortuita de cumplimiento (*res perit débitor*) (vid nota 114).

débitor". SUESCÚN MELO, *op. cit.*, p. 35.

¹²³ Ibíd. Sobre la llamada "moderna teoría mixta", *vid*, OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, p. 583 a 588.

Una mirada rápida de la regulación civil y comercial del riesgo contractual permite extraer una conclusión general: el criterio imperante en el derecho privado colombiano es el tradicional *res perit débitor*; más técnicamente, puede afirmarse que, en general, la extinción de una relación obligatoria contractual, por imposibilidad sobrevenida y fortuita, no imputable a ninguna de las partes, produce un efecto extintivo del contrato mismo (disolución *ipso iure*). Con una única salvedad: cuando en el marco de un contrato civil, se extinga por imposibilidad de cumplimiento la obligación de dar o entregar un individuo determinado, la eficacia del contrato no se ve comprometida, por lo que el acreedor de la obligación extinguida deberá cumplir (en cuanto deudor) la obligación (contraprestación) de su cargo (artículos 1607 y 1876 cc: *res perit creditor*). Todo lo anterior con la reserva de que el ordenamiento jurídico, en normas que hacen parte de *regímenes especiales* de contratos, establezca soluciones diferentes.