

La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones*

The extraordinary termination of the contract:
special deaths of contracts

Adriana Camacho**

Francisco Ternera***

Universidad del Rosario (Colombia)

* Este trabajo un es producto del proyecto de investigación “La noción del contrato”, financiado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

** Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Doctorado en Jurisprudencia en la Università degli Studi di Milano (Italia); maestría en Derecho Laboral y Administración del Personal en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Italia). Profesora de carrera de la Universidad del Rosario. Dirección: Calle 14 n° 6-25, Bogotá, D.C. adrianacamachoramirez@yahoo.it

*** Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Doctor de la Universidad Alfonso X de Madrid (España); maestría en Derecho Privado General y en Derecho Civil de las Obligaciones en la Universidad de París II. Profesor de carrera de la Universidad del Rosario. Dirección: Calle 14 n° 6-25, Bogotá, D.C. franciscoternera@yahoo.com

Resumen

El contrato tiene una terminación programada: el pago. Sin embargo, en algunas ocasiones puede suceder lo siguiente: operan otras formas de terminación contractuales. Se trata de terminaciones extraordinarias que, en principio, no han sido previstas por las partes. En este ensayo analizamos de estas formas extraordinarias de muerte del contrato.

Palabras clave: Resolución, muerte del contrato, imposibilidad, terminación del contrato.

Abstract

The contract has a scheduled completion: the payment. However, sometimes it can happen the following: operate other contractual termination forms. It's extraordinary endings that, in principle, have not been provided for by the parties. With these words we will discuss these extraordinary forms of death of the contract.

Keywords: Breach of contract, death of the contract, impossibility, frustration of contract.

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2013

1. INTRODUCCIÓN

Las palabras “contrato” o “convención” son susceptibles de ambigüedades¹ y vaguedades². Con las dos expresiones³ nos referimos a aquella institución social creada por una comunidad para cumplir con *funciones* de organización –regular intercambios de bienes y servicios, principalmente– y estructurada a través de *normas* (véase Hohfeld, 1997). Puntualmente, en este ensayo nos ocuparemos de algunas normas extintivas o de terminación del contrato.

¹ “No es cierto que todas las palabras son usadas, en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades. Si uno de mis hijos me pregunta: ‘¿Qué quiere decir ‘radio’?’, no tengo más remedio que contestarle con otra pregunta: ‘¿En qué frase u oración?’ Porque en algunas significará algo así como ‘aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noticias’; en otras, ‘metal descubierto por los esposos Curie’; en otras, ‘la mitad del diámetro’; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicamos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad. [...] El significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y la situación humana dentro de la que son usadas. Claro está que el contexto y la situación, en la generalidad de los casos, disipan toda posibilidad de confusión. [...] Los problemas de este tipo son analizados y estudiados bajo el rótulo de ‘ambigüedad de los lenguajes naturales’ ” (Carrió, 1994, pp. 28 - 29).

² “Ya sabemos lo que quiere decir ‘joven’ o ‘calvo’. No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. [...] El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc. [...] Para aludir a este fenómeno se habla de la ‘vaguedad de los lenguajes naturales’ ” (Carrió, 1994, pp. 31- 32).

³ Se suele diferenciar “convención” de “contrato” –por lo menos en materia civil–, y se argumenta que la primera palabra designa el género: el acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue vínculos jurídicos; y la segunda, la especie: el acuerdo de voluntades que crea vínculos jurídicos. Sin embargo, nosotros preferimos utilizar las dos palabras como sinónimos, ya que dichas definiciones no parecen corresponder al significado atribuido a las palabras en el Código Civil, donde el legislador se sirve expresamente del vocablo “contrato” para referirse a acuerdos que extinguen o modifican obligaciones. Como, por ejemplo, en el caso de la novación (art. 1689 C.C.) y de la transacción (art. 2469 C.C.).

“Esta distinción entre el contrato y la convención no presenta ningún interés ni teórico ni práctico: esto explica que el legislador se haya apresurado a olvidarla en la primera ocasión” (Baudry-Lacantinerie, 1869, p. 6).

Antes de entrar en materia presentemos estas dos aclaraciones: el contrato está conformado por todo un paquete normativo (i) y el contrato está programado a una terminación ordinaria o una “muerte programada” (ii).

1.1 Los paquetes normativos contractuales

Como se sabe, en el derecho privado colombiano existen diversos conjuntos de normas que reglamentan la institución contrato. Por un lado, el Código Civil instala un *régimen general* del contrato (tít. I a XXI lib. 4° principalmente) y, adicionalmente, unos *regímenes especiales* de contratos, como la compraventa (arts. 1849 a 1954), el arrendamiento de cosas (arts. 1973 a 2027) y el mandato (arts. 2142 a 2199). Por otro lado, el Código de Comercio⁴ también establece un *régimen general* del contrato (cap. V tít. I lib. 4° principalmente) y *regímenes especiales*, como la compraventa (arts. 905 a 967), el arrendamiento de locales comerciales (arts. 518 a 524), el mandato (arts. 1262 a 1369) y el seguro (arts. 1036 a 1082). Por lo demás, en leyes específicas se han consagrado tanto “extensiones” a los *regímenes generales* (como la Ley 527 de 1999, en materia de contratos celebrados por medios electrónicos) como algunos nuevos *regímenes especiales* (como la compraventa internacional de mercaderías).

Dentro de las amplias variedades de normas contractuales, en este trabajo nos limitaremos a exponer algunas *normas extintivas*: aquellas que decretan las formas de terminación del contrato (véase al respecto Mousseron, 2008, pp. 654 a 667). Desde luego, al lado de las normas extintivas podemos identificar otras variedades de normas contractuales, tales como las *normas de reconocimiento* y las *normas-efecto*.

⁴Valga aclarar lo siguiente: no hay una separación total entre los *contratos civiles* y los *contratos mercantiles*. En efecto, existen diferentes “puentes comunicantes” entre los regímenes civiles y comerciales: normas que consagran incorporaciones (como el artículo 822 del Código de Comercio) y normas que reglamentan interpretaciones analógicas (como el artículo 2 del Código de Comercio y 8 de la Ley 153 de 1887).

Las primeras se encargan de precisar cuáles son los acuerdos de voluntades que pueden denominarse como *contrato* o *convención*. En una palabra, establecen sus condiciones de existencia. Piénsese, a manera de ejemplo, en los artículos 1495 del C.C. col. y 864 del C. Co. En efecto, con motivo de estas *normas de reconocimiento*, los sujetos de derecho pueden crear *contratos* o *convenciones* a través de actos comunicativos denominados “oferta” y “aceptación”.

Las *normas-efecto* se concentran, precisamente, sobre las consecuencias capitales de todos los contratos: son fuentes de obligaciones. Con una compraventa, a guisa de ejemplo, se programan dos obligaciones recíprocas de dar. Por lo demás, estas *normas de efecto* establecen si la *convención* respectiva crea, modifica o extingue vínculos jurídicos.

1.2 El pago: la muerte proyectada o programada del contrato

Con el nombre de “pago” se hace referencia a lo siguiente: *cumplir* lo dispuesto por una *norma-efecto*. De manera puntual el artículo 1626 del Código Civil consagra que “el pago efectivo es la prestación que se debe”.

En este orden de ideas, debemos entender que la palabra “pago” designa la ejecución de la obligación. Extinguidas las obligaciones contractuales, el contrato correría con la misma suerte (véase Malaurie, 1997, p. 567). En una palabra, el pago es, pues, la terminación del contrato programada por los contratantes. El norte querido por los constructores de la convención.

Por lo demás, aclaramos lo siguiente: normalmente suele entenderse que el pago solo extingue el contrato cuando se predica de todas las obligaciones contractuales, es decir, que la convención solo se termina cuando se cumplen todas sus obligaciones.

Ahora bien, en algunos casos puntuales ciertas obligaciones sobreviven a la extinción misma del contrato. Hablamos de las “obligaciones post-contractuales”, tales como la obligación de confidencialidad, la obligación de restituir *stocks*, etc. Desde luego, al lado de esta sugesti-

va denominación, norma “postcontractual”, se producen importantes consecuencias: su régimen jurídico estará regulado solo en parte por las reglas llamadas “contractuales”.

1.3 Interrogante y justificación

Con estas líneas pretendemos explorar la siguiente hipótesis general: ¿cuáles son las terminaciones extraordinarias del contrato?

A propósito de esta gran cuestión hemos de explorar otras preguntas, tales como: ¿cuál es la consecuencia del grave incumplimiento contractual?, ¿cómo opera la resolución?, ¿qué pasa si acontece un hecho fortuito en el contrato?, ¿la posición contractual se puede transmitir a los causahabientes de las partes?

Por lo demás, queremos aclarar que nos hemos servido de la expresión “terminación extraordinaria” para resaltar lo siguiente: el contrato tiene una terminación programada, querida por los contratantes. Hablamos exactamente del pago: “la prestación que se debe” (art. 1626 C.C.). Se trata, pues, de la “ruta” programada por las partes. Sin embargo, durante la ejecución del contrato pueden surgir distintas vicisitudes que proponen un desvío al norte calculado. Piénsese en el incumplimiento grave de uno de los contratantes, en la muerte de una de las partes, en la destrucción de la cosa debida, etc. Estos son, pues, los tópicos que nos disponemos a estudiar en este ensayo.

1.4 Metodología

La investigación materializada en este trabajo se llevó a cabo a partir del análisis de la normativa, jurisprudencia y doctrina colombianas. Como parámetros auxiliares de análisis se utilizaron algunas referencias foráneas.

Por lo demás, aclaramos que ciertas referencias a los sistemas y obras no hispanos se citan como traducciones libres de los autores.

Una vez presentadas estas precisiones pretendemos concentrarnos en las siguientes cuestiones.

Se trata, en efecto, de dos hipótesis puntuales de terminación extraordinaria del contrato: la resolución (I) y las imposibilidades sobrevinientes (II).

2. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: LA PENA DE MUERTE DECRETADA DEL CONTRATO

El deudor de una obligación puede *incumplir*, es decir, no realizar la conducta prescrita por la norma, habiendo podido realizarla. Esta hipótesis puede dar lugar a la extinción del contrato mediante la resolución.

2.1 La génesis de la norma

La práctica romana parece haber concebido solo la resolución expresamente pactada en el contrato de compraventa, el denominado “pacto comisorio”⁵. El hontanar de la figura, con un alto contenido moral, lo encontramos en el derecho canónico. La atención de la *ratio peccati* y de la *salus animae* mandaba al canonista a encaminar su manera de obrar. Es así que los canonistas, aplicando los principios de la teología moral, llevan a maduración ciertas tendencias del derecho romano, como la evolución de la teoría de los contratos, iniciada desde los tiempos de la república romana y perfeccionada en el derecho clásico de la Iglesia a través de “la doctrina del pacto nudo, de la causa y de la resolución” (Cavanna, 1982, p. 84).

En una palabra, se estimó que una vez incumplida la promesa por uno de los contratantes, se pierde para este el derecho de exigir la prestación recíproca prometida por su contraparte –*fragenti fidem non est fides servanda*. A partir de este mismo razonamiento se concluyó lo siguiente: el contratante que no ha incumplido, además de no estar compelido

⁵ Véase : Jean-Louis Gazzaniga (1992, pp. 137-205). Sobre el pacto comisorio véase: C.S.J. Cas. Civ. 05/11/1979. M. P.: Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLIX, n° 2400, pp. 309 a 313 y C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M. P.: Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXXV, n° 2330, 2331 y 2332, pp. 66 y 67.

a ejecutar su prestación –*exceptio non adimpleti contractus*–, también podría solicitarle al juez la destrucción del convenio –*resolución*–⁶.

Siglos después, la norma de la resolución merecería un espacio en la gran obra codificada el *Code Civil* de 1804. Concretamente, con la implementación del artículo 1184 de la obra francesa –muy próximo a nuestro artículo 1546 C.C.– la resolución se instituyó como una norma extintiva.

La medida fue sustentada con argumentos como el siguiente: “Las normas del Código Civil serían mal concebidas, si no las entendiéramos como reglas elementales de equidad” (Bigot- Prémeneu, 1838, p. 425). De igual manera se sostuvo que “el proyecto del *Code Civil* es un verdadero código de moral, perfeccionado por la experiencia de siglos y especialmente aplicado a los contratos y obligaciones convencionales en general” (Mouricault, 2007, p. 1). También Portalis (1980), uno de los arquitectos del Código de Napoleón, manifestó que la libertad contractual “no solamente está subordinada a las leyes de orden público y a la buenas costumbres, sino también a la justicia y utilidad pública” (p. 29).

Con palabras elocuentes para la historia, finalmente Georges Ripert (1927) afirmó lo siguiente: “La obligación no es solamente una simple relación entre dos patrimonios; es y siempre ha sido la sumisión de un hombre a otro, sumisión que no puede demandarse y permitirse sino por fines legítimos, cuya existencia y ejecución debe ser controlada por el legislador y el juez” (p. 416).

⁶ “El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular del derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda. Se presupone al mismo tiempo que ninguna otra persona puede iniciar procedimientos. [...] Esta potestad, por supuesto, no consiste en ninguna fuerza mística conferida por el orden jurídico al sujeto del derecho; significa simplemente que la maquinaria jurídica es puesta en movimiento de acuerdo con la voluntad de aquél. Es como si el titular del derecho, al iniciar un juicio, apretara un botón que pone en marcha esa maquinaria” (Ross, 1997, p. 218).

2.2 La naturaleza de la norma

En el artículo 1546 del C.C. se aclara lo siguiente: la resolución es una variedad de la “condición resolutoria de la obligación”⁷. Desde luego, esta categórica afirmación presenta dos grandes dificultades. Primero, la resolución es una *norma extintiva* de un contrato. Por su parte, la condición resolutoria está únicamente relacionada con la extinción de una obligación contractual (art. 1625 n° 9 C.C.). Segundo, el hecho previsto en la resolución es eminentemente interno: un incumplimiento grave. Por su lado, la condición resolutoria opera por el acaecimiento de un hecho *externo* al contrato⁸.

Para nosotros, simplemente, la resolución es una herramienta de destrucción retroactiva, en principio, de un contrato. Su causa puntual es incumplimiento *grave* de uno de los contratantes. La acción se ofrece a la parte que no ha incumplido.

2.3 Los presupuestos de la norma

La norma de resolución exige dos requisitos: i) debe presentarse un incumplimiento grave y ii) quien la alega no debe estar en situación de incumplimiento.

i) *Un incumplimiento grave*

En los artículos 1546 del C.C. y 870 del C.Co. no se exige el carácter “grave” del incumplimiento. Sin embargo, en algunos regímenes particulares se hace alguna referencia a la “gravedad” del incumplimiento. Por ejemplo, en los regímenes del arrendamiento (art. 1984 C.C.) y el suministro (art. 973 C.Co.).

⁷ Véase, en este sentido: C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M. P.: Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXXV, n°s. 2330, 2331 y 2332, p. 67.

⁸ Así, por ejemplo, las partes pueden establecer como condición resolutoria (art. 1536 C.C.) de una obligación cualquiera, nacida de un contrato de suministro, un eventual cambio en las condiciones del mercado o incluso el matrimonio de una persona determinada.

Por su parte, la jurisprudencia exige un incumplimiento “grave” con requisito *sine qua non* de la resolución⁹. Así las cosas, nuestros jueces han señalado lo siguiente:

se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él consintió, etc.¹⁰.

ii) *El actor no puede haber incumplido*

Como se ha visto, la resolución es una norma extintiva que permite al contratante que no ha incumplido extinguir el contrato cuando la otra parte ha incurrido en un *incumplimiento grave*. Ahora, el contratante que se sirve de ella, ¿podría estar en situación de incumplimiento? ¿Tendría el mismo que estar situación de cumplimiento.

Tradicionalmente hemos visto cómo nuestra jurisprudencia ha simplemente exigido lo siguiente: el contratante que invoca la resolución no puede haber incumplido¹¹. Se trata, pues, de una interpretación jurisprudencial del artículo 1546 del C.C., que persigue castigar el incumplimiento contractual. No se propone como una prerrogativa que permita al contratante incumplido terminar un contrato cuyas obligaciones, por una razón u otra, no va a seguir ejecutando.

Desde luego, el requisito “no haber incumplido” engloba varias hipótesis: por un lado, puede tratarse de contratantes con obligaciones con-

⁹ Véase al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2009. M. P.: Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.; C.S.J. Cas. Civ. 19/10/2009. M. P.: William Namén Vargas. Exp. 05001-3103-009-2001-00263-01., y C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M. P.: Humberto Murcia Ballén. G.J., t. 176, n° 2415, p. 237.

¹⁰ C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M. P.: Humberto Murcia Ballén. G.J., t. 176, n° 2415, p. 237.

¹¹ Véase: C.S.J. Cas. Civ., exp. 5319, mar. 7/00. M. P.: Silvio Trejos; CSJ, S. Civil, 5 de noviembre/79. M. P.: Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLIX, n° 2400, pp. 313 y 314, y CSJ, S. Civil, 23 de marzo/43. M. P.: Hernán Salamanca. G.J., t. LV, p. 70 y 71.

tractuales no exigibles al momento del incumplimiento de la contraparte (p. e. obligaciones sometidas a diferentes plazos); por otro lado, podría tratarse de contratantes que efectivamente hubiesen cumplidos su compromisos contractuales.

Por su parte, en un fallo reciente el Consejo de Estado parece limitar esta amplia óptica jurisprudencial. En efecto, se sostuvo lo siguiente: quien alegue el incumplimiento de la contraparte debe probar en el proceso que ejecutó sus propias obligaciones. Esta lectura más restrictiva se apoya en la siguiente argumentación: “En los contratos conmutativos existe una relación de interdependencia entre las prestaciones correlativas, por eso, la carga de la prueba corresponde a la parte que busca la declaratoria de incumplimiento”¹².

2.4 Los efectos de la norma

La aplicación de la norma jurídica de resolución implica la destrucción o extinción retroactiva del contrato. En efecto, a la resolución se le suele reconocer¹³, al igual que a la nulidad (art. 1746 C.C.), efectos retroactivos. En una palabra, una vez declarada, los contratantes deben realizar las respectivas restituciones mutuas. Desde luego, esta pretendida *retroactividad* ha de reconocerse como una *ficción jurídica*¹⁴.

Naturalmente, en algunos casos no es posible la destrucción retroactiva del contrato. Piénsese en los contratos de tracto sucesivo en los cuales al menos una de las partes no podría proceder a las restituciones. En estos casos, la resolución tendría que tener efectos irretroactivos.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2012. C. P.: Hernán Andrade.

¹³ Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 18/08/1987. M. P.: Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLXXXVIII, n° 2423, pp. 107 a 116.

¹⁴ “[...] Las ficciones legales son recursos empleados para extender ciertas consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron originalmente previstas. La función básica de las ficciones es establecer que, en ciertos casos, determinadas cuestiones deben ser tratadas, mediante asimilación, según las reglas previstas para otras cuestiones” (Mendonça, 2003, p. 17).

Sobre las ficciones jurídicas, recomendamos consultar: Perelman et Forières (1974).

Finalmente, vale la pena anotar lo siguiente. Si bien la resolución comparte asiento legal con las normas de responsabilidad (arts. 1546 C.C. y 870 C.Co.), esto no puede conducirnos a pensar que se trata de instituciones afines o iguales. En efecto, la resolución únicamente persigue el siguiente norte: la destrucción retroactiva del contrato¹⁵. Por su parte, con la expresión “responsabilidad contractual” se pretende ordenar la reparación de un daño causado a un contratante por la inejecución de una obligación contractual¹⁶.

2.5 La aplicación de la norma

En Colombia en materia de resolución hay una regla bien clara: la resolución es judicial. Esta lectura no solamente se ha ofrecido respecto de los textos centrales de la resolución: los artículos del 1546 C.C. y del 870 C.Co.¹⁷, también se ha extendido a algunos regímenes particulares;

¹⁵ Consúltense al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 19/10/1999. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. *Jurisprudencia y Doctrina* 01/2000, pp. 8 a 10.

¹⁶ Desde luego, a pesar de ser instituciones diferentes, pueden perfectamente acumularse en una demanda.

Véase: C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2009. M. P.: Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01, y C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2003. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7451.

¹⁷ En estos textos se consagra la opción que tiene el contratante insatisfecho de solicitar la resolución o la ejecución forzosa (ambas con indemnización de perjuicios).

Tradicionalmente, el máximo tribunal colombiano ha sostenido que la acción indemnizatoria era accesoria a las acciones de resolución y de ejecución forzosa y que, por consiguiente, no podía interponerse de forma autónoma.

Consúltense, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 2/06/1958. M. P.: Arturo Valencia Zea. G.J., t. LXXXVIII, n° 2198, pp. 130 a 134., y C.S.J. Cas. Civ. 14/08/1951. M. P.: Pedro castillo Pineda. G.J., pp. 55 a 63.

No obstante, en un importante fallo la Corte Suprema ha aclarado que el citado artículo 1546 C.C. autoriza a demandar la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, sin que sea necesario solicitar ni la ejecución forzosa ni la resolución de la convención. Sobre el particular véase: C.S.J. Cas. Civ. 3/10/1977. M. P.: Ricardo Uribe Holguín. G.J., t. CLV, n° 2396, pp. 320 a 335.

En este sentido también se puede leer la siguiente expresión: “[...] Con arreglo al esquema de la condición resolutoria tácita se consagra en Colombia el derecho potestativo y alternativo del acreedor cumplidor, a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato incumplido por su contratante, sin que medie – *ex lege* – regulación expresa en punto del derecho a variar la pretensión primigeniamente escogida, *a fortiori*, sin contemplar explícitamente requisito alguno para el ejercicio del *jus variandi* [...]. No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir

tales como los previstos para la compraventa (art. 1930 C.C.) y arrendamiento (art. 1983 C.C.)¹⁸.

Además del régimen general de la resolución existen ciertos regímenes especiales para algunos contratos, cuyas condiciones de aplicación son realmente diferentes: permiten resoluciones extrajudiciales. A guisa de ejemplo, el régimen especial del contrato de seguro establece una terminación automática del contrato (art. 1068 C.Co.) por el incumplimiento del asegurado respecto de su obligación de pagar la prima¹⁹. Una instrucción similar puede encontrarse para el contrato de suministro (art. 973 C.Co.). Por lo demás, la *Convención de Viena* sobre la compraventa internacional de mercaderías –Ley 518 de 1999– también prevé un régimen de resolución extrajudicial²⁰. Incluso podría verse

en ejercicio abusivo del mismo [...]”. C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2003. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2003, p. 2327.

¹⁸ Sin embargo, esta no es una tendencia generalizada en el derecho privado contemporáneo; así, los derechos alemán (§ 326 B.G.B.), suizo (arts. 107 y 108 del Código de las Obligaciones) e italiano (art. 1454 del Código Civil) consagran regímenes legales, más o menos, generales de resolución extrajudicial.

¹⁹ Sobre la resolución del contrato de seguro, véase: Venegas Franco (1996, p. 100). En el mismo sentido a Ordóñez Ordóñez (2004, pp. 145 a 150).

El contrato de seguro también puede terminarse *sin declaración judicial* por defecto de la notificación de los cambios del estado del riesgo (art. 1060 C.Co.), contratación de seguros sobre las cuotas o deducibles a cargo del asegurado (art. 1103 C.Co.), defecto del aviso al asegurador de un seguro coexistente (art. 1093 C.Co.) y la inhabilitación legal del asegurado (para el seguro de responsabilidad profesional (art. 1130 C.Co.).

²⁰ De manera puntual, en el texto de la Convención se exige un incumplimiento *esencial*. Ya sea por parte del vendedor (art. 49 C.V.), ya sea por parte del comprador (art. 64 C.V.). El artículo 25 de la Convención dispone: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Además, en la Convención también se admite una *resolución por anticipación* (art. 72 C.V.), que permite al acreedor resolver automáticamente el contrato, en el supuesto de que antes del vencimiento del plazo de ejecución resulte claro que el deudor incurrirá en un incumplimiento *esencial*.

Si bien es cierto esta segunda resolución es de origen anglosajón (*anticipatory breach of contract*), en la legislación colombiana contamos con ciertas *normas preventivas* que presentan grandes similitudes con la resolución por anticipación. Véase, por ejemplo, el artículo 1169 del Código de Comercio, el cual dispone: “Quien prometa dar en mutuo puede abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que

otro ejemplo en el denominado desistimiento, que autoriza al comprador a retirarse del contrato “si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega” (inc. 2 art. 1882 C.C.). Para terminar, vale la pena precisar lo siguiente: a través de cláusulas accidentales (art. 1501 C.C.) las partes pueden adoptar resoluciones extrajudiciales de la respectiva convención²¹.

3. LAS IMPOSIBILIDADES SOBREVINIENTES: LAS PENAS DE MUERTE SÚBITAS DEL CONTRATO

Durante la ejecución del contrato puede presentarse la siguiente situación especial: la ejecución del contrato deviene en física o jurídicamente imposible. Piénsese, por ejemplo, en los siguientes casos: antes de su entrega desaparece un cuerpo cierto debido; la conducta prometida por el deudor es prohibida por una ley posterior; súbitamente muere el deudor vinculado en un contrato *intuitu personae*, etc.

A continuación estudiaremos dos grandes paquetes de imposibilidades sobrevinientes: la teoría de los riesgos de los contratos bilaterales (A) y las hipótesis varias de imposibilidades sobrevinientes (B).

3.1 La teoría de los riesgos de los contratos bilaterales

Hablando de convenios, las consecuencias jurídicas de la destrucción de un bien corporal debido²² dependen directamente de su naturaleza

hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiende mutuario le ofrezca garantía suficiente”.

Además, el inciso 4 del artículo 1882 del Código Civil y el 926 del Código de Comercio, a pesar de no ser *normas extintivas* del contrato, también presentan claros *parecidos de familia* con esta especie de resolución del Convenio de Viena.

Ahora bien, precisamos que las normas establecidas en el Convenio de Viena tienen una naturaleza supletiva, toda vez que las partes, en el caso concreto, pueden adoptar excepciones o modificaciones a cualesquiera disposiciones de la Convención.

²¹ En una fallo reciente encontramos claramente esta hipótesis. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 30/08/2011. M. P.: William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

Respecto del controversial pacto comisorio consúltese: Hernández Villarreal (2009, en Tapia Rodríguez, pp. 849 a 868).

²² Una hipótesis diferente se encuentra en los contratos sometidos a hechos futuros e inciertos

fungible o no-fungible. Sobre el particular resulta pertinente explorar las dos hipótesis: la extinción del bien fungible debido (i) y la destrucción de un cuerpo cierto o bien no fungible debido (ii).

i) *La extinción de un bien fungible debido*

Los fungibles o cosas de género son aquellos bienes que en la convención son reconocidos como bienes sustituibles o intercambiables. ¿Por qué? Porque sencillamente son relacionados en el contrato a partir de características comunes. Piénsese, por ejemplo, en la referencia al peso, calidad, a la marca, al color, al año de producción, etc.

Sobre el particular, en materia contractual hay una regla muy importante: si en la obligación está involucrado un bien de género o fungible, el deudor no se libera de su obligación (art. 1729 C.C.). En efecto, la destrucción del bien fungible debido no obstaculiza la ejecución del contrato. En ese orden de ideas, el compromiso contractual no sufre ninguna alteración. No se impone, pues, ninguna consecuencia contractual: ni la obligación ni mucho menos el contrato se extinguen.

ii) *La destrucción de un cuerpo cierto o bien no fungible debido*

Por su parte, los no fungibles o cuerpos ciertos se reconocen, a partir de la respectiva relación contractual, como bienes insustituibles, irremplazables. ¿Por qué? Porque han sido referenciados en el contrato por los contratantes a partir de una característica única. Piénsese en el principio bien fungible singularizado en la convención a partir de una de una característica como el número de su motor, el número de su placa o matrícula, etc.

En primer lugar, valga aclarar que en los contratos unilaterales (art. 1496 C.C.), la destrucción fortuita del bien no fungible tiene los siguien-

–condiciones–. Concretamente, en los artículos 1869 y 917 del C.Co. se condiciona la existencia misma del contrato de compraventa a la existencia futura de la cosa vendida, salvo que se exprese lo contrario o que se entienda que se compró la suerte *–emptio spei–*. Véase una posición en contra en: Gómez Estrada (1999, pp. 35 y 36).

tes efectos: liberación del deudor por el reconocimiento de una causal de exoneración de responsabilidad²³, sacrificio patrimonial asumido por el acreedor y extinción del contrato.

En segundo lugar, en cuanto a los los contratos bilaterales o sinalagmáticos, la extinción fortuita del bien no fungible libera al deudor de su obligación. No obstante, ¿qué pasa con la obligación correlativa? ¿Operaría alguna norma extintiva sobre el contrato? Como es sabido, nuestro ordenamiento propone un divorcio de soluciones.

El punto de partida siempre es la obligación reconocida como un imposible físico o jurídico (p. e. porque se destruyó antes de su entrega el cuerpo cierto debido).

Por un lado, se consagra una norma del riesgo en cabeza del acreedor de la obligación imposible (a); por otro lado, se estatuye una norma extintiva del contrato y el riesgo se le asigna al deudor de la obligación imposible (b).

a) *El riesgo es para el acreedor de la obligación imposible: no opera ninguna norma extintiva del contrato*

Por un lado, respecto de las obligaciones de entregas de cuerpos ciertos –traslaticias o no translaticias de dominio–, en materia civil se propone como regla particular el sacrificio patrimonial del acreedor de la obligación imposible (arts. 1604, inc. 2, 1607²⁴, 1648²⁵ y 1731, inc. 2,

²³ Artículos. 1518, 1526, 1543, 1561, 1607, 1625 y 1729 del C.C. Véase, por ejemplo, Larroumet (2003, pp. 826-862).

²⁴ Con el proyecto de ley n° 73/11 Senado se pretendió, sin éxito, implementar el siguiente texto:

ARTÍCULO 1607. Riesgos en la deuda de cuerpo cierto. El riesgo de la especie cuya entrega se deba, es siempre a cargo del deudor; salvo que el acreedor, injustificadamente se constituya en mora de recibirla, evento el cual éste asume el riesgo de la cosa hasta su entrega.

²⁵ Con el proyecto de ley n° 73/11 Senado se pretendió, sin éxito, implementar el siguiente texto:

ARTÍCULO 1648. Pago de especie o cuerpo cierto. Si la deuda es de un cuerpo cierto, siempre que no se trate de su perecimiento, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las

C.C.).²⁶ En efecto, el acreedor de la obligación cuya ejecución se torna imposible, a quien se le debía la entrega del cuerpo cierto, permanece obligado respecto de su contraparte. En estos casos, la teoría de los riesgos no se nos presenta como una norma de terminación de la convención. Por el contrario, el convenio continúa existiendo hasta que pueda operar otra norma que termine con la obligación del acreedor y el contrato (arts. 1626-1686 C.C.).

Por ejemplo, para la compraventa civil se aclara que la pérdida del cuerpo cierto la asume el comprador, acreedor de la obligación imposible –la tradición del dominio sobre el bien–. El acreedor asume la pérdida del bien porque, a pesar de no poderlo recibir en su patrimonio, continúa obligado a pagar su precio (arts. 1876²⁷ y 2053 C.C.). El comprador civil está obligado a pagar algo que no va a adquirir²⁸.

personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciera de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño.

²⁶ Sin embargo, el deudor deberá desvirtuar la presunción que pesa sobre él, según la cual, cuando la cosa perece en su poder, se presume que ha sido por su culpa (art. 1730 C.C.). De igual manera, el deudor que se constituye en mora de efectuar la entrega del bien asume los riesgos (art. 1607 C.C.). Véase: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de marzo de 1995. Exp. 3328. M. P.: Pedro Lafont Pianetta.

²⁷ Con el proyecto de ley n° 73/11 Senado se pretendió, sin éxito, implementar el siguiente texto:

ARTÍCULO 1876. Riesgos en la venta de cuerpo cierto. El deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa.

Si la especie vendida perece por fuerza mayor o caso fortuito, el riesgo de su pérdida ocurrida antes de su entrega corresponde al vendedor. En este caso el contrato quedará resuelto de pleno derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad.

Pero si el comprador, injustificadamente, se constituye en mora de recibir la especie vendida, su pérdida será asumida por él mismo. En este caso, el comprador deberá el precio íntegro de la cosa.

²⁸ Esta solución *res perit creditori*, según la cual los riesgos por la pérdida del bien los asume

También en los contratos de compraventa con reserva de dominio mercantil y de compraventa internacional de mercaderías *en tránsito*, la asunción de los riesgos por el comprador se impone *ope legis* (arts. 952 C.Co. y 68 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías).

**b) El riesgo es para el deudor de la obligación imposible:
opera una norma extintiva del contrato**

Su asiento más relevante lo encontramos en la compraventa y permuta mercantiles. En este caso, las soluciones legales son muy drásticas. Primero, la destrucción o pérdida del cuerpo cierto vendido libera al comprador de su obligación de pagar el precio. Segundo, *ipso facto*, el contrato se entiende extinguido o terminado (arts. 929 y 930 C.Co.). En una palabra, se descarga al comprador de pagar el precio. El vendedor se quedaría, pues, sin cosa y sin precio.

Respecto de la famosa Compraventa internacional de mercaderías –tratado aprobado por la Ley 518 de 1999– se consagra la siguiente regla: si las mercancías se destruyen antes de efectuada su *tradicón entendida* (*v. gr.*, antes de ser ubicadas en un buque, muelle, camión, avión, bodega, etc.), su pérdida la asume el vendedor –todavía propietario, *res perit domino*– (arts. 67-69 de la Ley 518 de 199).

También en el contrato de arrendamiento se prevé que desde el momento de la destrucción total del bien o de la extinción fortuita del derecho real del arrendador cesan las obligaciones de las partes. Es decir, el arrendatario, acreedor de la obligación imposible –la permisión del goce del bien–, es liberado de su respectivo compromiso (arts. 1990, 2008, 2016, 2018 y 2024, num. 1, C.C.). Asimismo, en el contrato de arrendamiento de servicios materiales se determina que la destrucción de los materiales por caso fortuito priva al artífice de su remuneración.

el acreedor desde la celebración del contrato, como se afirma desde la doctrina, se nos presenta como un *cadeau empoisonné* (regalo envenenado), puesto que se condena al acreedor a pagar un bien que ha desaparecido. Véase : Alain Bénabent (2001, p. 90).

En este caso también el acreedor de la obligación imposible –la confección de la obra material–, quien encargó la obra, es relevado de su obligación (art. 2057 C.C.)²⁹.

Por lo demás, estimamos que estas soluciones se podrían extender a contratos como el depósito civil remunerado, asimilado por el legislador mismo al contrato de arrendamiento de servicios (art. 2244 C.C.).

3.2 Muerte del sujeto de derecho: muerte del contrato

A lo largo de nuestra normativa contractual encontramos numerosas disposiciones que nos revelan lo siguiente: súbitamente el contrato puede terminarse por la muerte de una persona.

En primer lugar, en los denominados contratos *intuitu personae*, la muerte de aquella parte respecto de la cual se ha impuesto el carácter *intuitu personae* impone la extinción del contrato. Hablamos justamente de aquellos convenios cuya celebración y ejecución dependen de las características de la persona de alguno de los contratantes. En palabras de la jurisprudencia:

La expresión latina *intuitu personae*, traduce “En consideración a la persona. Personal”. El artículo 1630 del C.C., dispone que, puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor³⁰.

En una palabra, en estos convenios son muy relevantes las características personales de las partes. Algunas de las hipótesis que contem-

²⁹ Salvo en los siguientes casos: obra reconocida y aprobada, mora del que encargó la obra en la aprobación de los trabajos y destrucción de la obra por vicios ocultos de los materiales (art. 2057 C.C.).

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de febrero de 2002. M. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

pla nuestra normativa son las siguientes: los artículos 1512, 2004, 2056, 2066, 2062, 2190, 2193, 2194 y 2196 del C.C.

Piénsese, por ejemplo, en el contrato de prestación de servicios o el contrato de mandato. En uno y otro caso, la muerte del mandatario o del prestador de servicios impone la terminación *ipso facto* del contrato (arts. 2062, 2194 y 2196 C.C.).

En segundo lugar, la muerte incluso de un tercero puede imponer la extinción del contrato. Por ejemplo, en la compraventa, como se sabe, el precio puede ser determinado por un tercero, “al arbitrio de un tercero (art. 1865 C.C.). Sin embargo, si tal determinación del precio no acontece (p. e. por la muerte del tercero) y los contratantes no designan a otro sujeto para tal arbitrio, la convención ha de entenderse destruida.

CONCLUSIONES

En un primer término, en este ensayo nos referimos a la expresión conocida como “resolución de los contratos”. Una de las variadas acepciones de esta palabra, en el lenguaje ordinario, es “deshacer”, “destruir”³¹.

Por supuesto, en el lenguaje jurídico la expresión “resolución de los contratos” tiene un significado bien preciso: se trata de una norma *jurídica extintiva*. Pero ¿esto qué implica? Con otras palabras, ¿cuáles son los efectos de la resolución de los contratos?

Sus consecuencias son contundentes. Resolver un contrato significa destruir toda la operación contractual. En efecto, en materia de resolución de los contratos, su aplicación impone la extinción retroactiva del contrato y sus vínculos jurídicos.

³¹ Véase: Real Academia Española (2001). *Diccionario de la Lengua Española*, t. I (p. 1958). Madrid.

Por lo demás, según los artículos 1546 del C.C. y 870 del C.Co. se ha establecido un régimen general de resolución mediante declaración judicial. Sin embargo, en este ensayo también se ventilaron verdaderas hipótesis de resoluciones extrajudiciales.

En segundo término, nos preguntábamos si las consecuencias jurídicas de la destrucción de un bien corporal debido están directamente relacionadas con su naturaleza fungible o no fungible.

Si en la obligación está involucrado un bien de género o fungible, el deudor no se libera de su obligación (art. 1729 C.C.). Como regla general podría expresarse que la destrucción del bien fungible debido no entorpece la ejecución del contrato unilateral o bilateral (piénsese, por ejemplo, en el contrato de mutuo, arts. 2221 C.C. y 1163 C.Co.).

Por el contrario, si se destruye un bien no fungible, las consecuencias jurídicas son diversas. Nuestro ordenamiento ofrece dos soluciones diferentes: *riesgo para el acreedor de la obligación imposible* y *riesgo para el deudor de la obligación imposible*.

Precisamente, en este último caso, la pretendida fórmula *riesgo para el deudor de la obligación imposible*, se consagra –especialmente en nuestra normativa mercantil (arts. 929 y 930 C.Co.)– una verdadera norma extintiva del contrato. Sus consecuencias son, pues, radicales: liberación de las partes y muerte súbita de la convención.

En la parte final de este ensayo se abordó la siguiente hipótesis: la muerte de un sujeto de derecho que impone la muerte de la convención. Sobre el particular se concluyó lo siguiente: en los contratos *intuitu personae* la muerte de contratante impone la terminación del convenio.

REFERENCIAS

Baudry-Lacantinerie, G. (1869). *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III (p. 6). París : Recueil Sirey.

Bénabent, A. (2001). *Droit civil. Les contrats spéciaux civil et commerciaux* (p. 90). París : Montchrestien.

- Bigot- Prémeneu (1838). *Exposición de motivos del título III, libro III del Code Civil* (p. 425). París: Firmin Didot frères.
- Carrió, G. (1994). *Notas sobre derecho y lenguaje* (pp. 28-29). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cavanna, A. (1982). *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (p. 84). Milán: Giuffré.
- Gazzaniga, J.-L. (1992). *Introduction historique au droit des obligations* (pp. 137-205). París: PUF.
- Gómez Estrada, C. (1999). *De los principales contratos civiles* (pp. 35 y 36). Bogotá, D. C.: Temis.
- Hernández Villarreal, G. (2009). Tratamiento procesal del pacto comisorio expreso previsto en el artículo 1937 del Código Civil colombiano: ¿una garantía inane? En M. Tapia Rodríguez et al., *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga* (pp. 849 a 868). Bogotá, D. C. - Santiago: Universidad del Rosario/Universidad de Chile.
- Hohfeld, W. N. (1997). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.
- Larroumet, Ch. (2003). *Droit Civil. Les obligations. Le contrat* (pp. 826-862). París: Económica.
- Malaurie, Ph. & Aynès, L. (1997). *Droit civil. Les obligations* (p. 567). París: Cujas.
- Mendonça, D. (2003). Estudio preliminar. En H. Kelsen, L. Fuller & A. Ross, *Ficciones jurídicas* (p. 17). México: Fontamara.
- Lasserre-Kiesow, V. (2007). *Contrat et morale*. En *Los contratos en el derecho privado* (p. 1). Bogotá: Ed. Universidad del Rosario y Legis.
- Mousseron, J. M. (2008). *Technique contractuelle* (pp. 654 a 667). París: Francis Lefebvre.
- Ordóñez Ordóñez, A. (2004). *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro* (pp.145 a 150). Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Perelman, Ch. & Forières, P. (1974). *Les présomptions et les fictions en droit*. *Travaux du Centre National de Recherches de Logiques*. Bruxelles: Bruylant.
- Portalís (1980). *Discours préliminaire, Locré, t. IV* (p. 29). Citado por J. Ghestin. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. París: L.G.D.J.

- Ripert, G. (1927). *La règle morale dans les obligations civiles* (p. 416). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia* (p. 218). Buenos Aires: Eudeba.
- Searle, J. (2001). *Mente, lenguaje y sociedad*. Madrid: Alianza / Ensayo.
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós Básica.
- Venegas Franco, A. (1996). *Cuestiones de Seguros* (p. 100). Bogotá, D. C.: Colombo.