

**Teoría de los riesgos, diferencias en materia civil y en materia comercial/ Risk theory ,  
differences in civil matters and commercial**

**Autor: José Alberto Contreras Ospina**

**Asesor: Hernán David Valencia Vélez**

Universidad Pontificia Bolivariana

**Información sobre el autor:** Estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. El presente artículo de grado es presentado con la finalidad de adquirir el título de Abogado. Este artículo se presenta a razón de la práctica hecha en la fundación Ximena Rico Llano.

Información de contacto: **josecontrer88@hotmail.com**

**Teoría de los riesgos, diferencias en materia civil y en materia comercial/ Risk theory ,  
differences in civil matters and commercial**

**Resumen:** En Colombia contamos con dos regímenes generales en materia de derecho privado; siendo el Código Civil y el Código de Comercio, en ambos se plantea el análisis del riesgo contractual, y para observar la solución que le dan estos estatutos debemos realizar un análisis de sus diferentes disposiciones. En materia civil concluimos que el respectivo código acoge el principio del res perit debitori, salvo cuando se trata de dar o entregar una especie o cuerpo cierto donde se consagra la utilización del res perit creditor. Por otro lado en materia mercantil se aplica indistintamente del tipo de obligación el principio del res perit debitori. Debido a la insuficiencia normativa para solucionar este tipo de situaciones, la doctrina propone el uso de la Teoría Mixta con la finalidad de dar solución de la extinción de las obligaciones recíprocas cuando se hace imposible el cumplimiento de las mismas a razón de la ocurrencia de un caso fortuito no imputable a ninguna de las partes.

**Abstract:** In Colombia we have two general regimes in private law; it being the Civil Code and the Commercial Code, in both contractual risk analysis arises , and to observe the solution that give these statutes must conduct an analysis of its various provisions . In civil cases we conclude that the respective code adheres to the principle of res perit debitori, except when it comes to giving, or delivering a species or certain body where the use of res perit creditor enshrined. Furthermore in commercial matters the principle of res perit debitori applies regardless of the type of obligation. Because the rules failure to resolve such situations, the doctrine proposes the use of the Theory Mixed with the aim of solving the extinction of the reciprocal obligations when it becomes impossible to fulfill them at the rate of occurrence of a unforeseeable circumstances not attributable to any party.

**Palabras Clave:** Teoría de los riesgos, Res perit creditor, Res perit debitori, Riesgo contractual, Obligación

**Keywords:** Theory of Risk's, Res perit creditor, Res perit Debitori, Contractual Risk, Obligation.

## **I. Introducción:**

Nuestra legislación consta de dos regímenes de derecho privado, siendo el Código Civil y el Código de Comercio, en los cuales se plantean diferentes disposiciones normativas con las cuales se busca dar resolución a los problemas relacionados con el riesgo contractual.

En el régimen civil, en lo atinente a la teoría de los riesgos, para aquellas obligaciones diferentes de dar o entregar una especie o cuerpo cierto las asume el deudor, pero en caso de ser una de esta clase de obligaciones, nos acogemos a lo dispuesto por el art. 1607<sup>1</sup> donde la pérdida ha de sufrirla el acreedor (res perit creditor). Por otro lado en materia mercantil, cuenta con una regla general independientemente si nos encontramos frente a una obligación de dar, hacer o no hacer, la pérdida le corresponde al deudor (res perit debitori).

La finalidad de este artículo es analizar ambos regímenes y determinar las normas que regulan la materia del riesgo contractual, así como los mecanismos que se proponen para dar solución a estos casos.

Partiendo de la afirmación errónea de que la regulación de la teoría de los riesgos en el Código Civil es contraria a la mercantil, en este artículo se analizaran de forma independiente las normas tanto civiles como mercantiles, con la finalidad de identificar los preceptos de cada régimen.

En materia civil, se adopta el principio del res perit creditor, para dar solución en materia de la teoría de los riesgos, cuando la obligación tiene por objeto dar o entregar una especie o

---

<sup>1</sup> El 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; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.

cuerpo cierto, tal como lo establece el art. 1607 del presente código, mientras que para los demás tipos de obligaciones (cuando tienen por objeto dar bienes de género, así como obligaciones de hacer y de no hacer), se acoge el principio del *res perit debitori*.

Por otro lado en materia mercantil, acoge el legislador el principio del *res perit debitori*, pero a diferencia del régimen civil, en este caso se acoge para todo tipo de obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, salvo que exista una norma especial que establezca un procedimiento o solución diferente.

De los análisis de estas disposiciones nos lleva a un impase, debido a que ninguno de estos regímenes logra dar una solución satisfactoria al problema del riesgo contractual, por lo cual, la doctrina ha formulado una solución denominada “Teoría Mixta” la cual, respecto de los contratos bilaterales cuyo objeto sea una obligación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, en el caso de hacerse imposible su cumplimiento, debido a un caso fortuito del cual no sea responsable el deudor, la contraparte aun así debe cumplir sus respectivas obligaciones; aunque esto no ocurre de la misma manera en los otros contratos bilaterales, “en los cuales las obligaciones recíprocas de las partes se extinguirán simultáneamente por la imposibilidad fortuita de ejecución de las que son de cargo de uno de los contratantes.

## II. **Análisis de las disposiciones normativas de la Teoría de los riesgos tanto en el régimen civil como mercantil**

Actualmente somos testigos de la mercantilización del derecho civil, y esto se ha visto de forma más notoria respecto al derecho de las obligaciones; somos consientes que en Colombia existe un régimen dicotómico respecto a ciertas instituciones en materia de la Teoría general de las obligaciones y de contratos, adicionalmente a la regulación independiente que le da cada código, debemos sumar las demás leyes especiales de ambos regímenes para estas instituciones.

Debido a la existencia del régimen dicotómico, nos lleva a preguntarnos, siguiendo la tesis de Carlos Gómez Vásquez (**Gomez Vásquez**), en primer lugar, el ámbito de regulación aplicable de los contratos por parte de estos regímenes normativos, desde una perspectiva tanto general como especial y en segundo lugar, cuales son los parámetros de regulación, en el eventual caso, donde confluya una relación normativa entre ambos regímenes (civil y mercantil).

Para contestar la primera pregunta, partimos de que el derecho civil, goza de un carácter general y supletorio mientras que el derecho mercantil se caracteriza mas por su carácter especial, independientemente de esto, aquellos asuntos que no sean tratados por parte de la ley mercantil, acogerán las disposiciones del Código civil. Aunque lo anterior no resuelve el planteamiento, ya que no en todos los casos es sencillo determinar el régimen normativo aplicable, dado que no es posible establecer un criterio absoluto para determinar la aplicación de la ley comercial, esto si atendemos a los criterios tanto objetivos (art. 20, numerales 4,5 y 6 C.Com) como subjetivos (arts. 10-11 C.Com) establecidos por el legislador para identificar los asuntos donde se aplicará la ley mercantil. Por lo tanto, debemos analizar los elementos particulares de cada contrato para poder dilucidar cual régimen le serán aplicables.

Respecto de la segunda pregunta, acudimos a los artículos 2 y 822 del Código de Comercio con base en estos artículos, nos fundamenta para acudir a la remisión expresa que hace la misma ley mercantil, invocando la regulación de la ley civil, en estos casos la aplicación de esta no es subsidiaria sino que es principal y directa, debido a este fenómeno es la razón de lo que podríamos llamar la mercantilización de la norma civil. Por otro lado también existe la analogía legal, conforme a la cual, para aquellas situaciones del contrato civil, a las cuales no se les pueda dar una solución directa por parte de las normas establecidas en el Código Civil se le aplicaran las disposiciones del Código de Comercio Siempre que el asunto trate cuestiones similares (Mantilla Espinosa).<sup>2</sup>

A pesar de lo anterior, expone Gómez Vásquez, también se presentan situaciones en que ambos regímenes presentan una total autonomía normativa, esto ocurre cuando las regulaciones entre ambos son contradictorias sobre un mismo tema o aspecto de un determinado contrato, cuando se presenta esta situación, lo anteriormente expresado queda inoperante y la solución a la circunstancia contractual queda sometida a las disposiciones normativas del régimen respectivo.

---

<sup>2</sup> "existen diferentes "puentes comunicantes" entre las distintas categorías jurídicas civiles y comerciales, a saber: normas que consagran incorporaciones (como el art. 822 del C. de Co.), normas que reglamentan interpretaciones analógicas (como los arts. 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"

En materia de la Teoría de los riesgos, es un claro ejemplo de lo mencionado anteriormente, dado que las regulaciones normativas en ambos regímenes tienen visiones completamente opuestas. Las normas que regulan esta situación en el régimen civil dicen:

**Artículo 1607 Código Civil. Riesgos en la deuda de cuerpo cierto.** *“El 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; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.”*

**Artículo 1648 Código Civil. Pago de especie o cuerpo cierto.** *“Si la deuda es de un cuerpo cierto, 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 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 pareciere 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.

**Artículo 1876 Código Civil. Riesgos en la venta de cuerpo cierto.** *“La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse al contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.”*

Por otro lado, las normas del código de comercio que regulan el riesgo contractual, son:

**Artículo 929 Código de Comercio. Riesgo de pérdida en ventas de cuerpo cierto.** *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.*

**Artículo 930 Código de Comercio. Pérdida fortuita de mercaderías vendidas no imputable al vendedor.** Si 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.

La diferencia la podemos apreciar más claramente si comparamos directamente el art. 1607 del Código Civil con el 929 del Código de Comercio, siendo el 1607 “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor” mientras que por otro lado el 929 dice “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”. Con lo anterior observamos claramente que ambas disposiciones son completamente contradictorias.

Independientemente de la evidencia reflejada a la luz de la comparación de los artículos anteriores, no podemos aceptar las premisas tanto del C.C como del C.Com, ya que de aceptarlas de forma inmediata nos llevaría a la equivocación de pensar que dichas premisas constituyen un principio general del derecho, en lo que respecta al riesgo contractual, lo cual no constituye una realidad en el sistema colombiano.

Si analizamos detenidamente los artículos citados, nos damos cuenta que la disconformidad aplica respecto de un tipo concreto de obligación, siendo aquellas donde el objeto de la misma sea el de dar o entregar una determinada especie o cuerpo cierto. Por tanto, en materia civil y mercantil, solo en lo que respecta a este tipo de obligaciones aplicaría la Teoría de los riesgos, respetando sus respectivas diferencias.

Cabe destacar, que estas disposiciones normativas de los artículos anteriores no constituyen un absoluto, por cuanto existen ciertas excepciones que entran a limitarlos; como síntesis, solo en aquellos casos en los cuales nos encontremos con un contrato civil, cuya obligación contractual sea ejecutar una prestación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto y se presente una imposibilidad fortuita de cumplimiento de dicho contrato, será el acreedor quien deberá correr con el riesgo y cumplir su respectiva contraprestación; por otro lado si el contrato es mercantil, aquí el acreedor es quien se libera de efectuar su contraprestación; esto siempre y cuando no nos encontremos en alguna de las excepciones amparadas por la ley, siendo las que trae el art. 1604 del Código Civil.

**Artículo 1604 Código Civil. Responsabilidad del deudor.** *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

*Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.*

Conforme a lo expuesto, nos damos cuenta de que las normas que regulan esta materia carecen de un alcance general, y de esto surge la necesidad de buscar un régimen general del riesgo contractual frente al derecho privado colombiano, con la finalidad que sea un mecanismo idóneo para la resolución de los problemas que plantea la teoría de los riesgos.

Para efectos de este artículo, no se analizarán los diferentes tipos de contratos de forma individual ni la presencia de aquellas normas que regulan la teoría de los riesgos en cada uno de ellos, sino que adoptaremos la vía del análisis e identificación de aquellas normas que se

encargan de la regulación de las obligaciones de custodia y cuidado, así como la identificación de principios que sean comunes entre aquellas disposiciones normativas que regulen el riesgo contractual, así como analizar sus respectivas excepciones. Para facilitar la exposición de los temas, el siguiente análisis se hará de forma independiente entre el régimen civil y el régimen mercantil.

### III. La teoría de los riesgos en el Código civil “*res perit creditori*”:

En el Código Civil, encontramos los artículos 1604 2º Inciso<sup>3</sup>, 1607<sup>4</sup>, 1876<sup>5</sup> y 1648<sup>6</sup> del mismo estatuto regulan la teoría del riesgo en lo que hace particularmente la obligación de dar. Si nos acogiésemos a la regla de “*res perit domino*” – la cosa perece para su dueño- , vigente en el derecho francés, concluiríamos que los riesgos debe de soportarlos el deudor. Sin embargo, ya anotamos que este principio no tiene acogida en nuestra legislación, ya que esta debe orientarse bajo el principio de “*res perit creditori*”, por la razón de que en Colombia hay una separación en cuanto al concepto y efecto del título que soporta un derecho y su obligación correlativa, y el modo en que son jurídicamente realizados.” (Duarte Amezcuita, 1979) Propiamente dicho,

---

<sup>3</sup> **Artículo 1604 Código Civil. Responsabilidad del deudor...** “*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa...*”

<sup>4</sup> **Artículo 1607 Código Civil. Riesgos en la deuda de cuerpo cierto.** “*El 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; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.*”

<sup>5</sup> **Artículo 1876 Código Civil. Riesgos en la venta de cuerpo cierto.** “*La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse al contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.*”

<sup>6</sup> **Artículo 1648. C.C. Pago de especie o cuerpo cierto.** “*Si la deuda es de un cuerpo cierto, 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 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 pareciere 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”.*

únicamente un artículo hace alusión al tema del riesgo contractual, siendo el art. 1607, el cual estipula que “El 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; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.” Del presente artículo cita Duarte Amezcua, “sienta la regla general para las obligaciones de dar, de que si el cuerpo cierto se deteriora o destruye, antes de cumplir con la obligación de transferir la propiedad de la cosa, el acreedor sufre la pérdida, quedando, en consecuencia, libre de su obligación el deudor.” Además, destaca el citado autor, dos excepciones para el art. 1607:

**1) Cuando el deudor se ha constituido en mora de entregar el cuerpo cierto adeudado.**

En tal caso, aquí aplica el principio del res “*perit debitori*”, Duarte Amezcua hace una salvedad respecto de esta excepción, esto debido al art. 1604, inciso 2°, para aquellos casos en los cuales el caso fortuito ha ocurrido una vez constituido en mora el deudor, y que dicho caso fortuito hubiese acaecido aun así el acreedor tuviera en ese momento la posesión material de la cosa, solo deberá el deudor en estos casos, la indemnización de los perjuicios ocasionados por la mora o los perjuicios moratorios, desde el momento del pago de la obligación de dar hasta la pérdida del bien por fuerza mayor o caso fortuito compartido por el deudor y el acreedor.

Esta teoría se conoce como teoría del caso fortuito compartido en la mora del deudor. Dicha pérdida del bien de especie o cuerpo cierto por caso fortuito hubiese ocurrido de igual manera, así el acreedor tuviera en ese momento la posesión material de la cosa. Para este caso, se requiere la estructuración de dos requisitos (Es un solo caso con dos requisitos): 1. el caso fortuito ha ocurrido una vez constituido en mora el deudor. 2. Dicha pérdida del bien de especie o cuerpo cierto por caso fortuito hubiese ocurrido de igual manera, así el acreedor tuviera en ese momento la posesión material de la cosa.

En caso de la mora del deudor en entregar el bien objeto del contrato, de acuerdo con el artículo 1731 C.C. “*Sin embargo, si el deudor está en mora, y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo, en poder del*

*acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora”.*

En el mismo sentido el artículo 1604 C.C. *“El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”.*

De acuerdo a estos dos artículos el deudor en mora no es responsable de la pérdida del bien por fuerza mayor o caso fortuito del bien de especie o cuerpo cierto y aun en mora el bien, si igual hubiera perecido en manos del acreedor el bien de especie o cuerpo cierto por el mismo caso o por la misma fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual solo debe pagar los perjuicios moratorios pero no pierde el bien.

**2) Cuando el deudor se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas, a razón de obligaciones distintas.**

Se podrían presentar dos situaciones posibles: primera, *“si cumple la obligación con respecto a un acreedor, deberá a los demás la indemnización correspondiente por incumplimiento del contrato, de acuerdo a las normas generales que rigen los efectos de las obligaciones.”*

Y como segunda situación, *“cuando, sin haber satisfecho la prestación con respecto a ninguno de los acreedores, la cosa debida perece, se destruye o deteriora, por la ocurrencia de un caso fortuito, deberá responder a todos y cada uno de los acreedores por dichos perjuicios”* (Duarte Amezcua, 1979), lo que se sanciona es la existencia de múltiples vínculos jurídicos, que recaigan sobre un determinado cuerpo cierto, ya sea sobre la totalidad del mismo o de se vea comprometida una misma parte.

Conforme indica Duarte Amezcua, *“los dos primeros incisos son aplicación a los contratos bilaterales de normas y principios ya estudiados. El último inciso consagra, al igual*

*que el artículo 1736, un caso de acción oblicua”.* Entendemos por acción oblicua, aquella que permite al acreedor entrar a ocupar el lugar que tiene el deudor en otra relación jurídica para hacer valer sus derechos, buscar que se incremente el patrimonio del deudor y poder hacer valer el crédito.

Aunque el Duarte Amezcuita, también se señala otras normas, las cuales se consideran relacionadas con el manejo del riesgo contractual, tales son los art. 1604, 1729 hasta el 1739 del C.C. en síntesis, estos artículos entran a regular la extinción de la obligación debido a una imposibilidad sobreviniente, la ocurrencia de un caso fortuito y la responsabilidad por la acción de un tercero, entre otros.

*“Siempre que la cosa perece en manos del deudor se presume que ha sido por hecho o culpa suya, involucrada dentro de esta la de sus dependientes (arts. 1729 y 1738 CC). La prueba del caso, lo mismo que de la inocencia, incumbe a quien alega aquel o esta (arts. 1604 y 1733 CC).*

*Si el objeto perece , estando el deudor en tiempo para hacer el pago, o sea, sin haber incurrido aun o ser puesto en mora, al reo se le abren dos posibilidades de exoneración de responsabilidad: probar su diligencia, cuidado, previsión, pericia, esto es, acreditar que no incurrió en el error de conducta en que consiste la culpa, o probar que la cosa pereció por causa de un elemento extraño (culpa del acreedor, intervención de un tercero, caso fortuito, caso de fuerza mayor).*

*En cuanto hace a la de cosa específica, se recuerda que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa, y si se trata de cuerpo cierto, la de conservación de su estado hasta el día del pago (art. 1605 CC); y la obligación de conservar exige que en la custodia del objeto se emplee el debido cuidado (art. 1606 CC); al tiempo que se entiende por “pérdida” de la cosa: su perecimiento, su destrucción, su desaparición ignorando si existe, su salida del comercio (art. 1729 CC), como también todo lo que destruye su aptitud para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina (art. 1543 CC), o sea teniendo en cuenta su función económica.” (Hinestrosa, 2002)*

En materia civil, es criticable el enfoque que se le da a la institución de la teoría de los riesgos:

*“Respecto al ámbito de aplicación de la teoría de los riesgos se presenta una discusión doctrinal, en la cual se da por uno la limitación de la teoría de los riesgos al ámbito de las obligaciones de dar o entregar una especie o un cuerpo cierto, mientras que para otros es aplicable a toda clase de obligaciones, independientemente de su objeto, dado que al presentarse una fuerza mayor de la cual se deriva la imposibilidad de ejecución de la obligación, independientemente que sea de dar, hacer o no hacer, el vínculo jurídico se extingue con base en el principio, ad impossibilium nulla est.*

Suescún, considera que *“la teoría de los riesgos tiene cabida tanto en las obligaciones en las que se debe una especie o cuerpo cierto, como en ciertos casos en que aquellas tienen por objeto cosas de género, pues el punto fundamental lo constituye el hecho de que en razón de la ocurrencia de una fuerza mayor, el cumplimiento de la respectiva obligación, cualquiera sea su objeto, se torne imposible.”* (Suescún Melo, 2005)

Lo cual conlleva a una insuficiencia normativa para determinar los efectos de la extinción de la obligación, cuando se vuelve imposible el cumplimiento no imputable al deudor.

### **CONSECUENCIAS DE LA PÉRDIDA PARA EL ACRREDOR EN MATERIA CIVIL.**

Así las cosas, podríamos pensar que la regla general respecto del riesgo contractual en materia civil, sería que *“el acreedor de una obligación, que haya sido extinguida por imposibilidad de cumplimiento, se encuentra obligado a cumplir con su respectiva prestación, no obstante no verá satisfecha su contraprestación”*; Es decir, la su causa contractual ha desaparecido irremediablemente, pero no se extingue su obligación. Valga la salvedad, cuando las partes hubieran acordado algo diferente, tal como dispone el art 1732 Código Civil *“Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observara lo pactado.”*

Sin embargo, para remediar esta situación, se han impuesto las siguientes normas:

### **PRUEBA DEL CASO FORTUITO.**

**Artículo 1733 Código Civil. Prueba del caso fortuito.** *“El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”.*

*Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo”.*

**Artículo 1604 3° Inciso. Código Civil.** *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.*

### **DEBER DE CUSTODIA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SOBRE UNA ESPECIE O CUERPO CIERTO.**

**Artículo 1605 Código Civil. Obligación de dar.** *“La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”.*

**Artículo 1606 Código Civil. Obligación de conservar la cosa.** *“La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”.*

### **PRUEBA DEL DEBER DE CUIDADO.**

**Artículo 1604 3° Inciso Código Civil.** *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.*

### **PRESUNCION DE PÉRDIDA CULPABLE POR EL DEUDOR.**

**Artículo 1730 Código Civil. Presunción de culpa del deudor.** *“Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”.*

Con base a lo anterior, encontramos que dichas normas se podrían constituir como una excepción a la regla en materia de la teoría de los riesgos en el régimen civil, de que *“la cosa perece para el acreedor”*, dicha frase, vendría a constituir un principio para la resolución de conflictos en materia de riesgo contractual, para aquellos contratos que carezcan de norma expresa al respecto o no tengan alguna disposición diferente, en el régimen civil. A pesar de lo anterior, no podemos olvidar que el art. 1607 Código Civil solo tiene aplicación respecto de aquellas obligaciones que consistan en dar o entregar una especie o cuerpo cierto, que en caso de perecer por la ocurrencia de un caso fortuito, la obligación se extingue y el deudor queda liberado de responder, mientras que el acreedor, debe soportar el riesgo y cumplir con la obligación a su cargo, con lo cual, el ámbito de aplicación de este artículo, tiene un alcance limitado.

Si analizamos la situación anterior, donde a pesar de haberse extinguido la obligación por la ocurrencia de un caso fortuito para el deudor, y aun así esta obligación continua produciendo efectos respecto del acreedor, el cual no se libra de ejecutar su prestación, cabe señalar que esto solo aplica siempre y cuando la obligación extinguida tenga por objeto sea una prestación de dar o entregar un cuerpo cierto en un momento determinado; Ospina Fernández critica esta solución, ya que *“pasa por alto la naturaleza específica de los contratos bilaterales y los dictados de la equidad que reclaman su consideración y aplicación en dicha clase de contratos”* (Ospina Fernández, 2007)

Suescún menciona un régimen responsabilidad del deudor, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

*“La pérdida de la cosa objeto de la obligación, debe ser fortuita.” Ya que al ocurrir la pérdida fortuita de la cosa, se extingue la obligación de una parte contratante, y da origen al problema de la permanencia o extinción de la obligación recíproca de la otra parte contractual. Si la pérdida es imputable al deudor, este deberá indemnizar al acreedor y el deudor deberá cumplir la obligación recíproca a su cargo”* (Suescún Melo, 2005).

Esto nos lleva a preguntarnos, que ocurre en aquellas situaciones donde el objeto de la obligación es diferente a dar o entregar, sea de hacer, no hacer o de entregar un género; en esta situación, la disposición del artículo 1607 Código Civil queda por fuera de su ámbito de aplicación, lo cual nos lleva a buscar una solución diferente en el régimen civil, salvo que exista norma especial que regule esta situación.

Cabe destacar que la aplicación del principio en materia civil de la teoría de los riesgos, tiene una relación con el art. 1604<sup>7</sup> Código Civil, conforme al cual se establece la responsabilidad del deudor, conforme al cual, si el deudor no se encuentra en mora de entregar y ha cuidado la cosa con la diligencia debida, no podrá reprocharle el acreedor que se haya presentado la extinción de su crédito, a pesar de que sea imposible satisfacer su pretensión; no obstante esta situación está supeditada por la ley a ciertas excepciones donde estos asuntos se tratan de forma distinta, como indica Ospina Fernández:

*“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 (arts. 1604 y 1876 a 1879)” (Ospina Fernández, 2007).*

Por lo anterior, nos lleva a entender a la disposición del artículo 1607 del Código Civil, no puede ser tomada como una regla general, sino otorgarle el carácter de una regla particular, en lo que respecta a la teoría de los riesgos, llevando las cosas a un extremo, podríamos estar hablando de una excepción.

*“Para dar solución a esta situación, la doctrina nacional, en materia de la teoría de los riesgos, ha adoptado que para aquellos contratos que contengan una*

---

<sup>7</sup> El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

*obligación diferente de dar o entregar un determinado cuerpo cierto, basándose en la teoría de la causa, dado que las obligaciones en los contratos bilaterales son recíprocas e interdependientes, ambas constituyen entre sí como causa y al faltar una de ellas, implica la caída de la operación; entonces para aquellos contratos que no consistan en una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto, se aplicara el principio en el cual “la cosa perece para el deudor” sea por ejemplo el contrato de obra, arrendamiento de cosas o de sociedad.” (Tamayo Lombana, 2005 )*

En este caso para los contratos la cosa perece para el deudor por el principio general por el cual las cosas perecen para su dueño, “*res perit domini*”, es decir si la cosa pereció antes de hacer dueño al acreedor, (antes de la tradición) pereció por entero para el deudor quien es dueño, hasta la tradición del bien.

#### **OBLIGACIONES DE GENERO O DE CLASE.**

*“Reteniendo la presencia de las tres especies de prestaciones: dar, hacer y no hacer, y reiterando que dentro de la primera se incluyen las prestaciones dare rem, así como las de entregar, y que estas pueden tener por objeto un cuerpo cierto, un genero reducido o un genero ilimitado, se comienza por anotar que la obligación de género ilimitado no se extingue por la desaparición o perdida de los individuos destinados al pago, o dicho en otros términos, allí, en principio, no cabe la figura de la imposibilidad física sobrevenida; mas concebible seria la imposibilidad jurídica, como por ejemplo, cuando en el entretanto resulta prohibido el trafico de los géneros de la clase debida; así la doctrina, extremando la imaginación, diga que no hay lugar a desechar de plano la imposibilidad en las obligaciones de género ilimitado, y que si llegare a ocurrir por causa extraña al deudor habría de extinguirse la obligación. Importa resaltar que, mientras subsistan bienes de las mismas o similares características a los preparados al efecto, el deudor deberá reemplazar los perdidos por igual número de objetos de la clase y la calidad debidas (art. 1567 CC): de donde se desprende el ya citado principio de genus nunquam perit. Cuestión a la que ha de añadirse, de contragolpe, y no por mera añoranza, el recuerdo de la respuesta romana tutelar de los intereses del deudor pondonoroso frente al acreedor renuente*

*sin justa causa que disponía la libración de aquel por pedida fortuita de los géneros ofrecidos.” (Hinestrosa, 2002)*

En cuanto a los bienes de género, **Artículo 1565 Código Civil. Definición de obligaciones de género.** *“Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”.*

**Artículo 1566 Código Civil. Cumplimiento de las obligaciones de género.** *“En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana”.*

**Artículo 1567 Código Civil. Perdidas de cosas debidas por obligación de género.** *“La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”.*

Lo debido en esta clases de obligaciones no es un individuo específico del género, es por lo que el artículo 1566 Código Civil y el artículo 914 del Código de Comercio, preceptúan que el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo porque eso es justamente lo que esta indeterminado; El deudor entonces queda libre de la obligación entregando cualquier individuo del género.

Las obligaciones de género, ordinariamente, son de objeto fungible para el pago, porque cualquiera de los objetos del género libera al deudor de su obligación, con tal que sea de la calidad pactada o a falta de pacto, de la calidad mediana que la ley prescribe. En este último evento, ni el acreedor puede exigir lo mejor, ni el deudor se libara pagando con lo peor.

**La obligación de género nunca se extingue por perdida del objeto, que se debe, porque los géneros nunca perecen.**

La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que se debe. El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación porque perezcan algunos de los ejemplares del género; pero si, si llegan a perecer todos.

Así el deudor que debe géneros podría exonerarse del deber de cumplir su obligación, no solo cuando ellos se extinguen de la faz de la tierra, sino por ejemplo, cuando estos géneros, por disposición de ley, se tornan objeto ilícito, pues en este último caso la obligación es jurídicamente imposible y al cumplimiento de lo imposible nadie está obligado.

Si el deudor tiene en su poder géneros de los que se comprometió a entregar no tiene el deber de mantenerlos hasta la entrega o el cumplimiento de la obligación pues si no se ha comprometido a entregar específicamente los que tiene (la obligación no es de especie), puede cumplir la obligación pagando con otros.

**Artículo 916 Código de Comercio. Objeciones al recibir la cosa.** *“Cuando el comprador, al recibir la cosa, alegue no ser ésta de la especie o calidad convenida, o no ser de recibo, la diferencia se someterá al procedimiento verbal con intervención de peritos”.*

### **CASOS ESPECIALES DE PÉRDIDA DEL OBJETO DE LA OBLIGACION.**

La aplicación de la regla, “las cosas perecen para el deudor”, es aceptada de forma unánime en la aplicación de la doctrina, cuando ha ocurrido un caso fortuito el cual imposibilita que se pueda cumplir con la prestación de una conducta positiva diferente a la tradición, una prestación de hacer o de no hacer.

El tema no termina aquí, dado que también existen ciertos regímenes especiales, los cuales prescriben la liberación del deudor cuando se hace imposible el cumplimiento de la obligación por la ocurrencia de un caso fortuito y a su vez del acreedor, esto en los contratos bilaterales. Tal como lo dice Ospina

*“...existen otras 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 (art. 1990)<sup>8</sup>. O por la extinción del derecho del arrendador por una causa independiente de su voluntad, ocurrida antes del término pactado (art. 2016)<sup>9</sup>, 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 (art. 2057)<sup>10</sup>, o sea, cuando dicho contrato se reputa de compraventa (art.2053)<sup>11</sup> En todos estos casos, la imposibilidad fortuita extingue totalmente la eficacia del contrato bilateral y no solamente las obligaciones de una de las partes, lo cual implica que sea el propio legislador quien considere que en tales contratos las obligaciones que producen están condicionadas entre sí a que puedan ser ejecutadas y las partes recíprocamente satisfechas.." (Ospina Fernández, 2007)*

---

<sup>8</sup> **Artículo 1990 Código Civil. Terminación o rescisión por mal estado o calidad de la cosa.** El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, o si la cosa se destruye en parte, el juez o prefecto decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta.

<sup>9</sup> Extinguiéndose el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, por una causa independiente de su voluntad, expirará el arrendamiento aún antes de cumplirse el tiempo que para su duración se hubiere estipulado. Si, por ejemplo, el arrendador era usufructuario o propietario fiduciario de la cosa, expira el arrendamiento por la llegada del día en que debe cesar el usufructo o pasar la propiedad al fideicomisario; sin embargo de lo que se haya estipulado entre el arrendador y el arrendatario sobre la duración del arriendo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 853, inciso 2o.

<sup>10</sup> La pérdida de la materia recae sobre su dueño.

Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perezca por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:

1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada.
2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.
3. Si la cosa perezca por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno.

<sup>11</sup> Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen.

*“Así las cosas, 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 (art. 1625 CC)<sup>12</sup> comporta la ineficacia funcional del contrato, su extinción de pleno derecho, y la extinción consecuente de las demás relaciones obligatorias contractuales (art. 1524 CC)<sup>13</sup>, 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 art. 1607 CC<sup>14</sup>, la eficacia obligatoria del contrato no se verá afectada por tal extinción, de manera que el acreedor de la obligación extinguida tendrá que cumplir (en tanto que deudor) la prestación de su cargo (res perit creditori).” (Gomez Vásquez)*

De lo anterior se desprende, al aplicar esta solución a todos los contratos bilaterales, donde no exista excepción legal establecida, nos encontramos con que la doctrina *“ha llegado a considerar que en ellos existe una condición tácita de que la imposibilidad fortuita de ejecución*

---

<sup>12</sup> Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1o.) Por la solución o pago efectivo.
- 2o.) Por la novación.
- 3o.) Por la transacción.
- 4o.) Por la remisión.
- 5o.) Por la compensación.
- 6o.) Por la confusión.
- 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- 9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- 10.) Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales.

<sup>13</sup> No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

<sup>14</sup> El 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; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.

*de las obligaciones de una de las partes también acarrea la extinción de las de la otra parte.”*  
(Ospina Fernández, 2007)

### 3) **La teoría de los riesgos en el Código de Comercio**

En lo que respecta al régimen mercantil, no consagró una teoría general en materia de riesgo en los contratos bilaterales, ya que emulo al código civil con el método casuístico, limitándose únicamente a dar soluciones particulares respecto de algunos contratos de este tipo.

La doctrina ha adoptado la disposición del artículo 929<sup>15</sup> del presente código para explicar su postura en materia de la teoría de los riesgos; no obstante tiene relación el art. 928 el cual cita:

*“El vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios, en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse; y si la cosa vendida es un cuerpo cierto, estará obligado a conservarla hasta su entrega so pena de indemnizar los perjuicios al comprador, salvo que la pérdida o deterioro se deban a fuerza mayor o caso fortuito, cuya prueba corresponderá al vendedor.”*

En materia propiamente de la teoría de los riesgos el artículo 929 cita lo siguiente:

*“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.”*

---

<sup>15</sup> 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

Lo anterior opera para los contratos mercantiles de compraventa cuyo objeto constituya el dar o entregar un cuerpo cierto; además en el artículo siguiente (930), encontramos la siguiente disposición:

*“Si 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.”*

De los anteriores tres artículos que regulan la compra venta en materia mercantil, se cae en este régimen en el casuismo propio por parte del régimen civil, además *“no resuelven la cuestión general que se suscita respecto de todos los contratos bilaterales y que consiste en determinar que sucede con las obligaciones a cargo de una de las partes cuando las de la contraparte se han hecho imposibles por caso fortuito no imputable a ninguna de ellas.”* (Ospina Fernández, 2007)

Lo anterior nos establece que en materia mercantil, prima el principio *res perit debitori*, y nos lleva a preguntarnos, que en cuanto al contrato de sociedad, así las cosas, el art. 128 del presente código, dispone que

*“La conservación de las cosas objeto del aporte será de cargo del aportante hasta el momento en que se haga la entrega de las mismas a la sociedad; pero si hay mora de parte de ésta en su recibo, el riesgo de dichas cosas será de cargo de la sociedad desde el momento en que el aportante ofrezca entregarlas en legal forma.*

*La mora de la sociedad no exonerará, sin embargo, de responsabilidad al aportante por los daños que ocurran por culpa grave o dolo de éste.”*

Del anterior texto se desprende la regulación de la responsabilidad por la pérdida de las cosas objeto de aporte a la sociedad, recaerá sobre el socio aportante o sobre la sociedad dependiendo que se cumplan ciertas circunstancias, sea para el caso la mora. Aunque en esta disposición no encontramos solución a la cuestión general en materia de riesgos en los contratos bilaterales, y sería poder determinar si las obligaciones por parte de la sociedad en este caso, subsisten o por el contrario se extinguen dado el caso en que las especies que hayan sido dadas

como aporte, pero que no fueron entregadas por haber perecido por caso fortuito y dicha responsabilidad no puede ser adjudicada a ninguno de los dos, siendo el aportante y la sociedad.

Nos encontramos ante un impase en materia de la teoría de los riesgos en cuanto al régimen mercantil respecta, lo cual nos lleva a recurrir al art. 822 del Código de Comercio, el cual nos remite a los principios del derecho civil, estableciendo como salvedad que la ley disponga algo diferente. Respecto del contrato de sociedad y de cualquier otro contrato bilateral, del cual se desprenda una obligación sea de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, cuya pérdida no sea imputable ni al deudor ni al acreedor, le corresponde al acreedor cumplir con la obligación (*res perit creditori*). Aunque el anterior principio no aplica de la misma manera en la compraventa mercantil, en el cual la ley es expresa al invertir este 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”* (Ospina Fernández, 2007)

A pesar de lo anterior, no resuelve el problema en materia de contratos bilaterales cuyo objeto sea distinto a dar o entregar especie o cuerpo cierto, en aquellos casos en que el cumplimiento de esta obligación se hace imposible por la ocurrencia de un caso fortuito no imputable a ninguna de las partes.

Llegados hasta aquí, nos encontramos con que ningún código, sea el Código Civil o el Código de Comercio, ha otorgado ninguna solución en materia de la llamada teoría de los riesgos de forma general, nos lleva a recurrir a la llamada *Teoría Mixta*, conforme a la cual, en el momento en que se presenta la imposibilidad de ejecución extingue no solo la obligación afectada, sino la correlativa a cargo de la otra parte, según la define OSPINA FERNANDEZ.

#### **4) La moderna Teoría Mixta sobre los riesgo contractuales en objetos de especie o cuerpo cierto.**

Como hemos visto a lo largo de este artículo, en lo que respecta a la teoría de los riesgos, no se ha logrado establecer una solución satisfactoria, adicionalmente de las críticas que recibe esta teoría debido a su estructura y uso legislativo, debido a esto, la doctrina se ha visto en la necesidad de formular una solución, la cual nos lleva a la así denominada Teoría Mixta, la cual, respecto de los contratos bilaterales cuyo objeto sea una obligación de dar o entregar una especie o cuerpo

cierto, en el caso de hacerse imposible su cumplimiento, debido a un caso fortuito del cual no sea responsable el deudor, la contraparte aun así debe cumplir sus respectivas obligaciones; aunque esto no ocurre de la misma manera en los otros contratos bilaterales, “en los cuales las obligaciones recíprocas de las partes se extinguirán simultáneamente por la imposibilidad fortuita de ejecución de las que son de cargo de uno de los contratantes” (Ospina Fernández, 2007)

Por lo anterior, respecto de los contratos bilaterales, “*la doctrina moderna resalta dicha característica para declarar la liberación de la parte en dichos contratos que no pueda ser satisfecha por imposibilidad fortuita de cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contraparte.*”<sup>16</sup> Esta línea no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico y podemos encontrarlo en otros casos en los cuales, en un contrato bilateral, donde una parte se ve exonerada del cumplimiento de sus obligaciones cuando las obligaciones a cargo de su contraparte se hacen de imposible cumplimiento por un caso fortuito; para dar ejemplo de lo anterior, encontramos:

**Artículo 1990 Código Civil. Terminación o rescisión por mal estado o calidad de la cosa.** “*El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.*

*Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, o si la cosa se destruye en parte, el juez o prefecto decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta”.*

**Artículo 2016 Código Civil. Extinción del derecho del arrendador sobre la cosa.** “*Extinguiéndose el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, por una causa independiente de su voluntad, expirará el arrendamiento aún antes de cumplirse el tiempo que para su duración se hubiere estipulado.*

*Si, por ejemplo, el arrendador era usufructuario o propietario fiduciario de la cosa, expira el arrendamiento por la llegada del día en que debe cesar el usufructo o pasar la*

---

<sup>16</sup> *Ibíd.* P. 571

*propiedad al fideicomisario; sin embargo de lo que se haya estipulado entre el arrendador y el arrendatario sobre la duración del arriendo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 853, inciso 2º”.*

**Artículo 2053 Código Civil. Naturaleza de la confección de una obra material.** *“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.*

*Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.*

*Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.*

*El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen”.*

**Artículo 2057 Código Civil. Riesgo por pérdida de la materia.** *La pérdida de la materia recae sobre su dueño.*

*Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.*

*Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:*

- 1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada.*
- 2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.*

*3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno”.*

En las anteriores situaciones, al momento en que se presenta un caso fortuito, el cual hace imposible la ejecución del contrato bilateral, extingue totalmente la eficacia de este, esto no se limita exclusivamente a una sola de las partes sino que afecta a todas las partes dentro del contrato bilateral, conforme a esto implica que sea el propio legislador quien considere que en tales contratos las obligaciones que producen están condicionadas entre sí a que puedan ser ejecutadas y las partes recíprocamente satisfechas, esto según OSPINA.

Llegados a este punto, la generalización de esta solución para los contratos bilaterales, no encontramos ninguna disposición contraria a la ley, y la doctrina entiende la existencia de una condición tacita en el momento en que se produce un caso fortuito que lleva a la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, implica a su vez de forma incita, la extinción del cumplimiento de las obligaciones de la contraparte.

De la teoría mixta, OSPINA para aquellos contratos bilaterales cuyo objeto sea diferente a dar o entregar especie o cuerpo cierto, en donde medie un caso fortuito, siendo aquellos contratos que recaigan sobre cosas de género, o que no consistan en dar o entregar y respecto de las abstenciones, hace hincapié en 6 efectos:

- 1) Al momento en que sobreviene el caso fortuito y se hace imposible el cumplimiento de las obligaciones por la parte afectada por este, se disuelve el contrato, extingue su eficacia entre las partes como si hubiese mediado resolución judicial.
- 2) La disolución opera de pleno derecho sin necesidad de verificación judicial, aunque en caso de litigio, le corresponderá al juez verificar la ocurrencia del caso fortuito.

3) Se extingue la eficacia futura del contrato, es decir que los efectos que no alcanzaron a producirse quedan paralizados.

4) Surge el Derecho para la parte insatisfecha de que ser restituido al estado anterior a la celebración del contrato, es decir, la disolución del contrato cuenta con un efecto retroactivo. Salvo que se trate del riesgo en una especie o cuerpo cierto, en aquellos casos en que la ley hace que el acreedor insatisfecho cargue con el riesgo (*res perit creditori*).

5) Dada la ocurrencia de un caso fortuito que hace imposible el cumplimiento de la obligación adquirida y se produzca la disolución del contrato, este no obstante no producirá efectos frente a terceros poseedores, sin necesidad de que se compruebe la buena fe de dichos terceros.

También existen tres causales de la suspensión de los actos jurídicos, siendo:

A) La excepción de contrato no cumplido: conforme al art. 1609 del C.C, se define esta figura de la siguiente manera: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” La relación de esta institución con la moderna teoría de los riesgos, tiene como fundamento la interdependencia de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral, con miras al cumplimiento simultaneo (esto se entiende en un sentido tácito) de la ejecución de dichas obligaciones a partir del momento en que se hacen exigibles,

B) Las modalidades suspensivas: “de la propia manera que el plazo y la condición pueden extinguir la eficacia de los actos jurídicos, dichas modalidades pueden suspenderla.” Según explica OSPINA, “el contrato no comienza a producir efectos hasta la expiración del plazo o del cumplimiento de la condición. “

C) La imposibilidad transitoria de ejecución: para que opere la extinción de la eficacia , en aquellos casos donde se ha presentado una imposibilidad fortuita de

cumplimiento, se deben de reunir unos determinados requisitos de forma que la imposibilidad de cumplimiento no opere de manera transitoria, sino que, debe ser absoluta, por tanto no debe ser relativa sino erga omnes y su efecto debe ser permanente, ya que de ser simplemente transitoria, no opera la extinción de la obligación, sino que opera una suspensión motivada por la imposibilidad transitoria.

## 5) CONCLUSIONES

Con el presente artículo, podemos apreciar de forma concreta la regulación tanto en el régimen civil como en el comercial, en cuanto al tema de la teoría de los riesgos o el riesgo contractual, una vez analizados ambos regímenes, encontramos que sus posiciones son contrapuestas, dado que en el régimen civil aplica el *res perit creditori*, mientras que en materia comercial aplica el *res perit debitori*; nos encontramos con el impase de que estos principios no aplican para la generalidad de los contratos bilaterales, sino respecto de aquellos cuya obligación tuviera por objeto el dar o entregar una especie o cuerpo cierto, aquí hace aparición la moderna teoría mixta, respecto de aquellos contratos bilaterales, diferentes al mencionado anteriormente, sobre los cuales ha sobrevenido una imposibilidad fortuita, que no sea imputable a las partes que hace imposible su cumplimiento de manera absoluta y no transitoria, conllevaría a la extinción de la relación obligatoria, es decir, produce un efecto extintivo, presentándose una disolución ipso iure.

Conforme al análisis anterior, se llegó a las siguientes conclusiones en los respectivos regímenes que fueron analizados.

### EN EL CODIGO CIVIL

- La teoría de los riesgos en este régimen solo se aplica para aquellos casos en donde se consagren obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, independientemente que el problema de los riesgos no es exclusivo de este tipo de obligaciones sino que puede presentar en todas sus clases.
- Se adopta como un principio general el *res perit creditori*, por el cual entendemos que quien sufre la pérdida de la cosa es el acreedor cuando ha acaecido un caso fortuito, pese a esto, es criticable este principio por cuanto desconoce la naturaleza y sentido de los contratos

bilaterales, ofreciendo una solución inequitativa a este problema, aunque es aplicable como regla general en nuestro ordenamiento.

- Hoy día, un sector mayoritario de la doctrina prefiere la utilización de la moderna teoría mixta, a razón de la cual, como se explicó en el “capítulo V” de este artículo, donde establece que en caso de que sea imposible la ejecución para una de las partes de la obligación debido a la ocurrencia de un caso fortuito, implica la disolución del contrato.
- La disolución del contrato se da de forma *ipso iure*, La función del juez se limita a la verificación del acaecimiento del caso fortuito.
- Al ocurrir la disolución del contrato queda inoperante la eficacia futura del mismo, desde el momento en que ocurrió el caso fortuito.
- La disolución del contrato conlleva efectos retroactivos, devolviendo a las partes a la situación anterior a la celebración del contrato.
- La disolución no genera efecto frente a los terceros poseedores.

### **EN EL CODIGO DE COMERCIO**

- Establece como principio general en el contrato de compraventa el *res perit debitori*.
- No establece la regla aplicable a los otros contratos bilaterales, cuando se hace imposible su ejecución por una de las partes por la ocurrencia de un caso fortuito que no puede imputarse a ninguna de ellas. A razón de este vacío acudimos a la remisión establecida en el 822 del Código de Comercio, con la finalidad de llenarlo mediante las disposiciones del Código Civil, por lo cual se aplicará el principio del *res perito creditori*, para aquellos contratos bilaterales que generen obligaciones de dar o entregar un cuerpo cierto.
- De igual manera nos encontramos con el impase en la ley Mercantil, dado que no contiene regulación para los contratos bilaterales cuyo objeto es diferente al de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, cuando debido a la ocurrencia de un caso fortuito que no pueda ser imputable a las partes y por el cual se haga imposible la ejecución de la obligación. Para solucionar este tipo de situaciones, la doctrina sugiere recurrir a la moderna teoría mixta, conforme a la cual, las dos partes quedarían exoneradas de sus correlativas obligaciones debido a la disolución del negocio jurídico.

## Bibliografía

Código Civil . (s.f.). *Ley 57 de 1887*. Colombia.

Duarte Amezcuita, A. (1979). *Teoría de los Riesgos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Gomez Vásquez, C. (s.f.). <http://www.scielo.org.co>. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302007000200006#7](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302007000200006#7) Print version

Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura y Vicisitudes*, (Vol. Tomo I). (U. E. Colombia, Ed.)

Mantilla Espinosa, F. y. (s.f.). *Los Contratos en el Derecho Privado Colombiano*.

Ospina Fernández, G. y. (2007). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Temis.

Suescún Melo, J. (2005). *Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (Vol. tomo I). Legis.

Tamayo Lombana, A. (2005 ). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda .