

## Abuso en la ejecución forzosa del contrato

Por: Ernesto Rengifo García

Incumplido un contrato el acreedor insatisfecho podrá ocurrir al juez para solicitarle la ejecución específica de la prestación (*in natura*) o su equivalente pecuniario más la indemnización de perjuicios. Dicha regla aparece trasunta en el Código civil en el renombrado artículo 1546: “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”. Obsérvese, entonces, que el contratante cumplido o presto a cumplir puede “a su arbitrio” escoger el cumplimiento del contrato o la resolución o su terminación y en ambos casos con indemnización de perjuicios<sup>1</sup>.

El hecho de que la parte cumplidora tenga a su discreción o arbitrio la solución o alternativa expuesta puede dar lugar a un ejercicio abusivo de esa facultad. En ocasiones, la ejecución *in natura* de la prestación es imposible y su reclamo judicial, ante el incumplimiento, resulta abusivo; por ello, el juez dentro de sus poderes de control, con base en la teoría del abuso, podría ordenar que en esos casos opere es el subrogado o equivalente pecuniario de la prestación original<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El Código de Comercio contiene norma similar: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios” (art. 870). Y a propósito del contrato de compraventa mercantil se señala: “El comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y 870 de este libro” (art. 925). Es decir, que el comprador puede reclamar derechamente la indemnización de perjuicios sin solicitar en forma previa el débito primario (la prestación *in natura*) o el débito secundario (el equivalente o subrogado pecuniario) de la obligación.

<sup>2</sup> “La parte acreedora bien puede incurrir en abuso del derecho al optar por la ejecución de un contrato que perdió su razón de ser y la utilidad que las partes previnieron al celebrarlo, como también al pedir la ejecución *in natura* cuando esta no se compadece con la utilidad del contrato, como cuando, perdidas las instalaciones arrendadas, el arrendatario exige su reconstrucción, y que el juez habrá de apreciar esa actitud, para frenar el exceso, enderezar las cosas y, eventualmente, condenar a la indemnización que corresponda”: FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, Vol. II, p. 858.

En derecho francés el Decreto Reglamentario 2016-131 de 10 de febrero de 2016 (contentivo de la reforma al *Code Civil*), que entró a regir el 1 de octubre de 2016, modificó, entre otras, las disposiciones relacionadas con la ejecución forzosa del contrato o las sanciones por el incumplimiento contractual.

El artículo 1217 señala lo que sigue:

“La parte respecto de la cual se ha incumplido la obligación o se ha cumplido de forma imperfecta, puede:

- negarse a ejecutar o suspender la ejecución de su propia obligación;
- buscar la ejecución forzosa *in natura* de la obligación;
- solicitar la reducción del precio;
- provocar la resolución del contrato;
- demandar la reparación de las consecuencias de la inejecución.

Las sanciones que no son incompatibles se pueden acumular. La indemnización de perjuicios siempre puede acompañar a las demás.”

El artículo 1221 señala:

“Después de la constitución en mora, el acreedor de una obligación puede exigir la ejecución forzosa, a menos que esta ejecución sea imposible o que exista una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y el interés que implica para el acreedor”.

Y el artículo 1222 indica:

“Después de la constitución en mora, el acreedor puede también, en un plazo y con un costo razonables, hacer ejecutar la obligación por un tercero o, previa autorización judicial, destruir lo que había sido hecho en violación de la obligación. El acreedor puede solicitar al deudor el reembolso de las sumas invertidas para estos fines. El acreedor también puede pedir al juez que se ordene al deudor que se pague por adelantado los montos correspondientes a esta ejecución o a esta destrucción”.

En el derecho galo la regla ha sido la ejecución *in natura* y cuando esta resulta imposible, opera el subrogado pecuniario<sup>3</sup>. Esto aparece recogido en el nuevo artículo 1222, es decir, la ejecución *in natura* de la obligación y aplica el equivalente pecuniario cuando (i) la ejecución sea imposible o, ante una nueva hipótesis normativa, (ii) “que exista una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y el interés que implica para el acreedor”.

Fabricio Mantilla cuestiona el hecho de que el legislador francés haya incluido el límite de la desproporción económica manifiesta por cuanto de esta manera se faculta al juez para controlar la economía del contrato: “Pero, lo que resulta extraño al derecho francés es el control económico judicial. En efecto, la estructura económica de los intercambios en una sociedad liberal se fundamenta en el principio de la conmutatividad subjetiva: son los contratantes mismos quienes, en principio, determinan la equivalencia entre sus prestaciones contractuales, y no un funcionario del Estado, de acuerdo con un plan preestablecido o con sus sentimientos y apreciaciones sobre lo que entiende por justicia”<sup>4</sup>.

Pero más allá de esta interesante discusión sobre si el juez puede intervenir en el contenido económico del acuerdo (sobre lo cual ya hubo de exponerse en otra parte de este libro<sup>5</sup>), conviene destacar que el abuso del derecho opera como instrumento de control incluso ante el incumplimiento contractual por la exigencia

---

<sup>3</sup> Diferente es la situación en los países del *Common Law* en donde la “*specific performance*” es un remedio excepcional porque allí prevalece la idea de que el contratante tiene que indemnizar perjuicios si no cumple. Esta solución está acorde con la visión de la eficiencia económica del contrato. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que el débito primario en ocasiones se debe imponer así en el tema de la resolución y en general en el tema de las obligaciones, el equivalente pecuniario se prefiere por ser más expedito y eficiente, “pero la ejecución específica tiene y continúa teniendo grande importancia, y quizá mayor en la actualidad, no simplemente como garantía de la firmeza del contrato, sino en la medida de la rapidez de la solución, pese a la argumentación economicista. El acreedor insatisfecho sopesará la situación, la economía del contrato y su interés, y optará, según su mayor conveniencia” HINESTROSA, p. 856.

<sup>4</sup> FABRICIO MANTILLA, Ponencia presentada en el Congreso Internacional: *Incumplimiento contractual. Ejecución y remedios del acreedor*, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), los días 28 y 29 de noviembre de 2016. Texto inédito.

<sup>5</sup> Véase el capítulo segundo sobre modificación unilateral del contrato

de lo imposible o de lo desproporcionado. Si el acreedor solicita la ejecución específica de la obligación y lo hace por capricho o para perjudicar al deudor, sin obtener con ello un beneficio real, el juez lo puede privar del ejercicio de esta prerrogativa y ordenar, en cambio, la terminación del contrato y la indemnización de perjuicios. Es decir que la insistencia en el débito primario o ejecución específica de la obligación, como primera opción que tiene el acreedor en los ordenamientos de tradición romanista, vale en tanto y en cuanto ese débito sea posible ejecutarlo y el acreedor mantenga un interés serio y real en que se ejecute. Si no hay un interés serio y razonable, habría un abuso del derecho que el juez deberá estar presto a reprimirlo. Si el contrato ha perdido la utilidad o la finalidad que la parte prefiguró al momento de su celebración, resultaría irrazonable o desproporcionado insistir en su ejecución.

Ahora bien, si el acreedor inicia un proceso ejecutivo para el cumplimiento de la obligación original; ¿podría después iniciar un proceso ordinario para solicitar la resolución o terminación del vínculo? La ley no trae una prohibición sobre esa posibilidad de variar de acción. “Nada autoriza para sostener que si se implora el cumplimiento de la prestación no sea posible después, incluso cuando ha mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor sea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución. Semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cuando obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentre que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor. A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aun después de proferida sentencia que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos”<sup>6</sup>. Es decir, que el ejercicio de una no ocasiona la caducidad de la otra.

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de diciembre de 1990, Gaceta Judicial, tomo CCIV, pp. 109-140. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.

Sin embargo, la Corte en sentencia del año 2003 esboza la teoría del abuso como control a esa posibilidad de pedir al arbitrio el cumplimiento o la resolución del contrato: “[...] 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 *ius 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 en ejercicio abusivo del mismo”<sup>7</sup>. Y la tesis del abuso se plantea precisamente porque el artículo 1546 del Código civil no establece ninguna exigencia para que el acreedor pueda alternar de acción, pero ha de pensarse que el ejercicio de la acción de resolución podría estar supeditado a que la acción ejecutiva no haya resultado exitosa para el acreedor. Le corresponderá al juez con base en “su fina intuición de lo justo”, aplicada a cada caso en concreto, deducir si ese *ius variandi* o el abandono o desistimiento de una acción ejecutiva se ha hecho de manera razonable, útil o proporcional<sup>8</sup>. Si bien no hay norma que prohíba el abandono de la acción ejecutiva para buscar la resolución del vínculo con otra, y el acreedor conserva la libertad para su ejercicio -inclusive el ejercicio de una no genera la caducidad de la otra-, de todas maneras, la prosperidad de la acción resolutoria debería estar condicionada *-iure condendo-* a que el actor explique razonablemente el porqué de la dejación o abandono de la primera iniciada.

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de octubre de 2003, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>8</sup> “Aunque la Corte en su último fallo concluye que resulta imposible sentar una tesis jurisprudencial general aplicable a eventos en que se presente el cambio de acción [...], abre en mi opinión la posibilidad para que se abandonen juicios en curso, que tienen buenas probabilidades de éxito, y se inicien otros, en un claro desconocimiento de la actividad desplegada por los funcionarios encargados de administrar justicia y, lo que es más grave, permitiendo que se congestionen aún más los abarrotados despachos judiciales de nuestro país: LUIS ENRIQUE LADINO ROMERO, *La acción resolutoria y el ius variandi*, en Estudios de Derecho Privado en homenaje a César Gómez Estrada, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, Tomo I, p. 428.

En la hora actual, la relevancia de la situación planteada se ha diluido por dos circunstancias: (i) por la posibilidad de que el acreedor formule dentro de un mismo proceso pretensiones principales y subsidiarias y dentro de estas incluir la resolución o terminación del contrato, y, (ii) por la posibilidad que tiene un acreedor, con los debidos resguardos, de resolver unilateralmente el contrato sin necesidad de sentencia judicial que así lo disponga.