

DEL OBJETO EN LA COMPRAVENTA

Hernán Valencia Restrepo

Doctor en Derecho de la U. de A.
Profesor de Tiempo Completo de la Facultad
de Derecho de la U. de A.
Profesor de Cátedra de la U. P. B.
Medellín, Colombia, Calle 48, N° 81-A-14.

SUMARIO :

INTRODUCCION GENERAL

El Objeto del Contrato y los Objetos de la Venta: 103-104.

L A C O S A Q U E S E V A A V E N D E R. R E Q U I S I T O S

PROEMIO

Tres Consideraciones Preliminares: 105-107.

PRIMERA PARTE

La Existencia Actual o Eventual de la Cosa: 108-123.

- A) Notas introductorias. Punto de partida y las hipótesis de la inexistencia sustantiva: 108-109.
- B) Las cuatro hipótesis de la inexistencia de la cosa: 110-123.

SEGUNDA PARTE

La Determinación de la Cosa: 124-132.

- A) Función de este requisito. Clases de determinación: 124-132.
 - I. La determinación específica de la cosa: 126-127.
 - II. La determinación genérica de la cosa: 128-132.

TERCERA PARTE

La Comerciability de la Cosa: 133-161.

- A) Relaciones entre la venta y la enajenación. Alcance del artículo 1866 del C. C.: 133-136.
- B) Clases de cosas inenajenables: 137-151.
 - I. Las cosas absolutamente inenajenables: 139-147.
 - 1. Las cosas de los derechos extrapatrimoniales: 140.
 - 2. Las cosas del dominio universal y las del dominio público: 141-147.
 - II. Las cosas relativamente inenajenables: 148-151.
- C) La venta y la enajenación de las cosas embargadas: 152-161.

INTRODUCCION GENERAL

EL OBJETO DEL CONTRATO Y LOS OBJETOS DE LA VENTA

103. Los Objetos Inmediato y Mediato del Contrato.

Mucha oscuridad reina en la jurisprudencia y doctrina sobre el objeto del negocio jurídico. Oscuridad que proviene de la en que incurrió el legislador al confundir y parificar el objeto del contrato, el cual está constituido por la obligación u obligaciones que de él nacen, con el objeto de la obligación u obligaciones, que es la cosa o las cosas que se deben dar, hacer o no hacer. ⁽¹⁾

Ello ha dado origen a dos tesis antagónicas, conocidas como unitaria, la una; diferencial, la otra. No es el momento de entrar a explicarlas. Bástenos manifestar que adherimos a la primera, pues se ajusta más a las disposiciones del Código Civil.

La tesis unitaria distingue el objeto inmediato del contrato, que son las obligaciones, del objeto inmediato de éstas, que son las cosas que deben darse, hacerse o no hacerse. A este objeto inmediato de las obligaciones lo denomina objeto mediato del contrato, siguiendo estrictamente el Código.

Luego, elípticamente se habla del objeto del contrato para designar el objeto mediato del mismo y el inmediato de la obligación: la cosa de la prestación. Entonces, cuando se habla del objeto de la venta, se entiende la cosa que debe darse tanto por parte del vendedor como por parte del comprador, y no las obligaciones esenciales del uno y del otro.

104. Desdoblamiento del Objeto de la Venta.

Siendo la compraventa un contrato bilateral, genera obligaciones para ambas partes. De ahí que sea menester considerar cuál es el objeto sobre el que recae la obligación esencial del vendedor y cuál el de la obligación esencial del comprador.

(1) Cfr. C.C., arts. 1502, 1517 y 1495; C. de Co., art. 866, inc. 2.

El objeto, pues, de la venta se desdobra en la cosa "vendida", expresión comprensiva del derecho patrimonial que el vendedor se obliga a transferir al comprador, y en el precio, la suma de dinero que deberá pagar éste a aquel.

ATV Cosa y precio son elementos esenciales de la venta,⁽²⁾ lo que viene desde el derecho romano: "No hay compraventa sin cosa que se venda. Sin precio no puede existir venta alguna".⁽³⁾

REQUISITOS

Proemio: **Tres Consideraciones Preliminares.**

105. La Cosa "Vendida".

El Código Civil intitula el capítulo IV de la venta "De la Cosa Vendida". Lo mismo hace el de Comercio en el capítulo II, regulador del contrato en cuestión. Esa expresión encierra un dislate gramatical, lógico y jurídico.

El participio pasivo o de pretérito connota que la cosa ya fue vendida. ¿Entonces, para qué estudiar los requisitos que debe llenar para ser vendida la cosa, si la venta ya se ha perfeccionado?

La locución implica una antilogía porque si la cosa fue vendida sin cumplir con los requisitos, no habrá venta (caso de la inexistencia) o la venta será aniquilada retornando las partes a la situación pre-contractual, como si la venta no hubiese existido jamás (caso de la nulidad). En uno u otro evento, en cuanto a los efectos últimos, al menos, la cosa no fue vendida.

De ahí que el giro apropiado debe ser "la cosa que se va a vender". Este debería ser el epígrafe de los susodichos capítulos de nuestros estatutos civil y comercial. Cabalmente es antes de la venta, y no después de su perfeccionamiento, cuando se deben examinar los requisitos de la cosa para saber si puede venderse o no.

Con toda propiedad el Digesto trata los requisitos que debe reunir la cosa para ser vendida dentro del título "De Contrahenda Emptione".⁽⁴⁾ "Contrahenda" es un gerundivo que indica futuro, que la compraventa se va a celebrar, que aun no se ha celebrado.

Otro tanto hace el Código Civil Francés al denominar el capítulo III de la venta "Des Choses qui Peuvent Etre Vendues": sobre las **cosas que pueden venderse** y no sobre las cosas vendidas.⁽⁵⁾

(4) Dig. XVIII, 1.

(5) Véase adelante, num. 109 "in fine", una aplicación rica en consecuencias teóricas y prácticas nacida de la distinción que se acaba de hacer.

106. La Cosa Puede Ser Corporal o Incorporal.

Como lo hemos aclarado arriba,⁽⁶⁾ lo más ocurrente es que el derecho patrimonial, que deberá traditar el vendedor al comprador, tenga como soporte una cosa corporal. Este es el caso de la venta de derechos reales. Por ello, la de estos derechos es la venta por antonomasia o por excelencia.

Sin embargo, venta también hay cuando el derecho patrimonial recaiga sobre cosas incorporales. Caso éste de la venta de los derechos personales, de los derechos intelectuales y de los derechos universales.

Así lo preceptua el artículo 1866 del C. C.: "Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales...". Por tanto, que todo pueda venderse, es la regla general. Que algunas cosas no puedan venderse, es la excepción.

107. Existencia, Determinación y Comerciability: los Requisitos de la Cosa.

De lo apuntado en las cuartillas precedentes se infiere que vamos a ocuparnos sólo de la cosa —corporal o incorporal— sobre la cual recae el derecho patrimonial que debe trasferir el vendedor al comprador.

A la venta es aplicable la norma que regla los requisitos del objeto de cualquier negocio jurídico: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

"La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o tenga datos que sirvan para determinarla.

"Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbre o al orden público". (C. C. Art. 1518).

(6) Vid. supra, 17.

Coligese, por tanto, que, al momento de la perfección de la venta, la cosa debe tener existencia actual o, al menos, eventual, ser determinada o, por lo menos, determinable y ser comerciable.

Estudiaremos, entonces, de la cosa su existencia, determinación y comerciability.

A) Notas Introdutorias. Punto de Partida y las Hipótesis de la existencia Sustantiva.

La existencia de la especie a nuestro criterio debe ser actual o eventual y real (no supuesta). Además, la especie debe satisfacer el interés del comprador.

Por consiguiente, nos referiremos en exclusividad a los casos positivos y a los géneros que se vendan como cuerpos ciertos, o con otras palabras, al "genus limitatum", y no a los géneros ordinarios porque éstos como no parecen, siempre existen.

No vamos a detenernos tampoco en las ventas, sea de cosa cuya existencia es imposible en forma absoluta (el actual no event) al tiempo de perfeccionarse el contrato, sea de cosa que no satisfice un interés del comprador, como respectivamente serían la venta de un contrato y la de un pedazo de firmamento, las cosas les estarían viciadas de inexistencia, sin lugar a discusión alguna.

Reiteramos que la cosa debe satisfacer el interés del comprador, según lo hemos anticipado en páginas anteriores, y en el objeto, según lo hemos anticipado en páginas anteriores, y en el objeto, según lo hemos anticipado en páginas anteriores, y en el objeto, según lo hemos anticipado en páginas anteriores.

Estudiaremos el requisito de la existencia de la cosa, negativamente vale decir considerando las cuatro hipótesis de inexistencia que trae el Código Civil en los artículos 1869 y 1870, retomados en el 817 y en el 818 del Código de Comercio.

LA EXISTENCIA ACTUAL O EVENTUAL DE LA COSA.

A) Notas Introdutorias: Punto de Partida y las Hipótesis de la Inexistencia Sustantiva.

108. Punto de Partida.

La existencia de la especie o cuerpo cierto debe ser actual o eventual y real (no supuesta). Además, la especie debe satisfacer el interés del comprador.

Por consiguiente, nos referiremos en exclusividad a los cuerpos ciertos y a los géneros que se vendan como cuerpos ciertos,⁽⁷⁾ o, con otras palabras, al "genus limitatum", y no a los géneros ordinarios porque éstos como no perecen, siempre existen.⁽⁸⁾

No vamos a detenernos tampoco en las ventas, sea de cosa cuya existencia es imposible en forma absoluta (ni actual ni eventual) al tiempo de perfeccionarse el contrato, sea de cosa que no satisface un interés del comprador, como respectivamente serían la venta de un centauro y la de un pedazo de firmamento, las cuales estarían viciadas de inexistencia, sin lugar a discusión alguna.⁽⁹⁾

Reiteramos que la cosa debe satisfacer el interés⁽¹⁰⁾ del comprador porque demostraremos cómo la causa es reductible al objeto, según lo hemos anticipado en páginas anteriores.⁽¹¹⁾

109. Las Hipótesis de la Inexistencia Sustantiva.

Estudiaremos el requisito de la existencia de la cosa negativamente, vale decir, considerando las cuatro hipótesis de inexistencia que trae el Código Civil en los artículos 1869 y 1870, retomados en el 917 y en el 918 del Código de Comercio.

(7) Cfr. C. C., art. 1877.

(8) Cfr. C. C., art. 1567.

(9) Cfr. Colin, Capitant, Morandière de la 1ª, op. cit., t. II, 857.

(10) El interés es la misma "causa" de los causalistas.

(11) Vid. supra, num. 18.

Las normas enunciadas regulan la inexistencia total y de parte considerable de la cosa que se supone existente; y la inexistencia total de la cosa futura tanto cuando el comprador no asume el riesgo de su existencia como cuando lo asume.

Háse de dejar sentado de una vez que la inexistencia en las cuatro hipótesis queda referida al momento de contratar porque si se relaciona con momento posterior al perfeccionamiento de la venta, se deben aplicar las normas de la teoría de los riesgos: la cosa perece o para el dueño o para el acreedor, según el caso.

Esta consideración del momento en que se debe configurar la inexistencia nos hace ver la pertinencia del apunte efectuado en el numeral 105 sobre la cosa que "se va a vender" y no sobre la cosa "vendida".

B) Las Cuatro Hipótesis de la Inexistencia de la Cosa.

I. Inexistencia Total de la Cosa que se Supone Actualmente Existente.

110. Sanción: Inexistencia de Pleno Derecho.

"La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno".

Este inciso 1 del artículo 1870 del C. C. contempla la pérdida total del cuerpo cierto o el nunca éste haber existido.

Como no hay objeto que satisfaga el interés del comprador, no hay contrato. Este no es ni siquiera absolutamente nulo, como lo sería si el objeto fuera ilícito y, además, porque una venta absolutamente nula podría convalidarse con el trascurso del tiempo, supuesto que acá sería irrealizable porque no hay objeto para convalidar.

Luego, esa presunta venta —civil o comercial— es simplemente inexistente "ipso jure": no requiere declaratoria judicial.

Con mucho tino se refiere a ello el Código de Comercio, en el artículo 918, inciso 1: "La compra de un 'cuerpo cierto' que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existente, no producirá efecto alguno...". Concordada esta dis-

posición con la que a continuación se trascribe, se llega a la conclusión de las líneas antecedentes: "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".⁽¹²⁾

Es censurable el léxico de los Códigos al aludir a "al tiempo de perfeccionarse el contrato" porque si no hay objeto, el pretendido contrato no se perfecciona. Está en la etapa pre-contractual. Debíó emplear una frase similar a la de "al tiempo en que debería perfeccionarse el contrato".

En esta primera hipótesis, si quien pretendió comprar, ha pagado, tiene derecho a repetir por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa.⁽¹³⁾

A la pérdida total del cuerpo cierto o a nunca haber éste existido se equipara la venta de cosas que se suponen en buen estado al momento de contratar, pero que se encuentran totalmente deterioradas.⁽¹⁴⁾

111. La Indemnización de Perjuicios en las Hipótesis Primera y Segunda.

Como la segunda hipótesis es mucho más compleja que la primera, avanzamos de una vez la solución al problema de los perjuicios, aplicable por igual a la una y a la otra.

El inciso 3 del artículo 1870 reza: "El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe".⁽¹⁵⁾

Si en el período precontractual de la venta, las partes conocían que la cosa no existía (mala fe común) o desconocían su inexistencia (buena fe común), no se configurará reparación de perjuicios a favor de ninguna.

Si medió mala fe sólo en el vendedor, porque conocía la inexistencia de la cosa ("dolus in contrahendo") o porque por descuido la desconocía ("culpa in contrahendo"), el comprador tendrá acción indemnizatoria contra él.

(12) C. de Co., art. 897.

(13) Cfr. C. C., arts. 2313 y 2315.

(14) Cfr. Cas. 29 sept. 1935, G. J. 1905, 6 t., 43, pág. 129; Cas. 19 nov. 1936, XLIV. Además, Planiol y Ripert, op. cit., X, 29.

(15) Cfr. C. de Co., art. 918, inc. 3.

Si hubo mala fe únicamente en el comprador, el vendedor podrá incoarle una acción de perjuicios. "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".⁽¹⁶⁾

II. Inexistencia de Parte Considerable de la Cosa que se Supone Actualmente Existente en su Totalidad.

112. ¿Qué es Parte Considerable?

"Si faltaba una parte considerable de ella (de la cosa) al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación".⁽¹⁷⁾

Ante todo es de anotar que la norma contempla únicamente el caso de que falte parte "considerable" de la cosa, y no el de que falte parte que no alcanza a ser considerable. Este segundo supuesto será tratado, sólo por razones sistemáticas (para que el tema no quede trunco), después del primero.

Por parte considerable debe entenderse una porción de magnitud tal que el resto de la cosa no llegue a satisfacer el interés que mueve al comprador a celebrar venta. El mismo concepto es enunciado por muchos autores así: cuando lo faltante de la cosa es de tal envergadura que el comprador, de haberlo sabido al contratar, no la hubiera comprado o lo hubiera hecho a menos precio. Por ejemplo, cuando falta la mitad o más de la mitad de la cosa que se va a vender.

A la hipótesis de la inexistencia de parte considerable de la cosa, debe asimilarse la venta de cosa que se supone en buen estado al tiempo de perfeccionarse el contrato, pero que se halla considerablemente deteriorada.⁽¹⁸⁾

113. Precontrato de Venta.

En la inexistencia de parte considerable de la cosa, se trata en realidad de un proyecto de venta, de un precontrato⁽¹⁹⁾ de venta y no de un contrato de venta.

(16) C. de Co., art. 863, concordado con el art. 2341 del C.C.

(17) C. C., art. 1870, inc. 2.

(18) Cfr. Colin, Capitant, Morandiere de 1a, op. cit., t. II, 858; A. Hamel, op. cit., t. X, 29.

(19) Usamos la dicción "precontrato" en su sentido genuinamente latino, como lo que está antes del contrato: de "prae", preposición de ablativo, antes de, delante de,

En efecto, al momento de perfeccionarse la venta consensual o solemne, el acuerdo de las partes tuvo como objeto la cosa en su totalidad y no una parte de la misma. Luego, no hubo venta de la cosa a la cual faltaba parte considerable porque el acuerdo sobre ese elemento esencial del contrato no se dio.

Si la ley misma otorga al "comprador" un derecho de opción, con ello está indicando que la "venta" de la cosa a la cual falta parte considerable es un mero precontrato de venta.

Está ordenando que debe darse un acuerdo sobre la cosa a la que falta parte considerable y sobre un nuevo precio, el disminuído proporcionalmente a lo faltante.

Si el precontratante comprador opta por aceptar la cosa a la cual falta parte considerable con disminución del precio a justa tasación, media ya acuerdo de los precontratantes sobre cosa y precio: la venta se perfecciona. Si es solemne, ese acuerdo debe constar en la formalidad.

Si, por el contrario, el precontratante comprador rechaza la oferta del precontratante vendedor⁽²⁰⁾ de querer venderle sólo una parte de la cosa, la venta no se perfecciona. En el período precontractual cualquiera de las partes puede desistir, retractarse o desdecirse mientras no se haya recibido por parte del proponente (en este caso, el precontratante vendedor) la aceptación de la oferta o no se haya otorgado la solemnidad exigida por la ley o las partes.⁽²¹⁾

En este orden de ideas ubicamos estos conceptos: "Se ha discutido si cuando el comprador desiste hay o no contrato. La opinión que estimamos justa es que no hay, ya que no se puede desbaratar un contrato legalmente celebrado por el simple desistimiento o abandono de una de las partes. Por otra parte, la ley no

y de "contractus", contrato. No en la connotación en que la emplean las modernas doctrinas, como la francesa ("avant contrat") o la alemana y suiza ("Ververtrag"): negocio jurídico por el que una parte o ambas se obligan a celebrar un contrato. El precontrato, en este segundo significado, equivale a nuestra promesa de contrato. De ahí que se deba reservar el vocablo "precontrato" para la contratación, las tratativas que llaman los doctrinantes chilenos, la cual es previa a todo contrato, incluida la misma promesa de contrato (cfr. Ley 153 de 1887, art. 89); y la locución "promesa de contrato" para el mal denominado "precontrato" de las doctrinas citadas. El punto del precontrato ha sido tratado muy a espacio en la "Introducción al Derecho Contractual", a la que nos remitimos.

(20) Con todo rigor jurídico, la falta de una parte considerable de la cosa, al momento de perfeccionarse la venta, es una nueva oferta que hace el precontratante vendedor al precontratante comprador.

(21) Véase "Estudios de Derecho", vol. XXXVII, N° 93, nuestro artículo "La Naturaleza Contractual de la Venta", nums. 63 y 70.

habla de resolución ni de rescisión del contrato, porque considera que, al desistir el comprador, la venta nunca ha existido. Esta la opinión de Alessandri Rodríguez".⁽²²⁾

114. Sanción a la falta de parte considerable de la cosa:
¿Inexistencia, nulidad o resolución de la venta?

Si el interés del precontratante comprador no se satisface con el remanente de la cosa, él puede desligarse por sí y ante sí, dando la venta por inexistente. De veras lo que había era un simple precontrato de venta.

Hay inexistencia, como dice la doctrina muy impropriadamente como que de un precontrato no se puede predicar tal sanción ni ninguna otra, porque lo mismo es jurídicamente que el objeto falte en su totalidad como que falte en parte considerable, pues en ambas situaciones se ocasiona la pérdida total del interés del comprador.

La venta pretendida, o, mejor, el precontrato de venta queda sin efectos de pleno derecho, mediante la mera manifestación de voluntad del precontratante extrajudicialmente expresada. Si ha pagado el precio, podrá repetirlo.

Por consiguiente, no habrá necesidad de recurrir a ninguna acción contractual —ni resolutoria ni de nulidad— porque no hay contrato contra el cual accionar. Lo que hubo fue un precontrato.

No tendríamos más que agregar toda vez que no hay sanción alguna para un precontrato, para un rechazo de una contra-oferta. Sin embargo, como la doctrina enseña a una que desistir no es sinónimo de resolver, y que la sanción, de la cual trata el inciso 2 del artículo 1870, es la inexistencia y no la nulidad;⁽²³⁾ y como la jurisprudencia patria es uniforme en sostener que el desistimiento es la misma resolución y que la venta está viciada de nulidad, queremos dilucidar algo en tal polémica que, con nuestra solución basada en el precontrato, no tiene razón de ser por sustracción de materia: allí no hay contrato.

(22) Pérez Vives, Alvaro. "Compraventa y...", op. cit., 57, c).

(23) Cfr. Valencia Zea., op. cit., IV, 16. Pérez V., op. cit., 57, c). Rodríguez F., op. cit., 175, especialmente el literal b). Bonivento F., op. cit., 46. Ochoa González, op. cit., 13, a), 2.

115. El Problema de la Sanción en el Derecho Francés.

La única razón explicativa de la actitud de nuestra jurisprudencia se halla, creemos, en la sumisión casi proverbial de nuestros falladores a la doctrina y tribunales franceses.

He aquí una prueba. El Código Francés, artículo 1601 —equivalente a nuestro 1870 del C. C.— es de este tenor: “Si al momento de la venta la cosa vendida ha perecido totalmente, **la venta será nula.**”

“Si ha perecido **solamente una parte**, queda al arbitrio del adquirente (léase comprador para nuestro derecho en que la venta es no más que título) desistir de la venta o pedir la parte restante haciendo determinar su precio por tasación”.⁽²⁴⁾ Las sublíneas nuestras hacen resaltar las dos diferencias con nuestro artículo 1870.

Primera: En Francia, una venta cuyo objeto ha perecido totalmente al tiempo de su celebración, es nula. En Colombia, la ley no se pronuncia explícitamente sobre la sanción. Mas por la aplicación de los principios generales del derecho, del artículo 898, inciso segundo del Código de Comercio y por la fórmula del inciso 1 del artículo 1870 del C. C. (“no produce efecto alguno”), la venta es inexistente de pleno derecho.

Pero a propósito del supuesto en el cual falte parte considerable de la cosa al momento de perfeccionarse la venta, parece que la jurisprudencia razonara así, siguiendo la norma foránea trascrita: Si una venta en la que falta totalmente la cosa no es inexistente de pleno derecho sino nula, con mayor razón será nula asimismo y de ninguna manera inexistente una venta en la que apenas falte parcialmente —aunque en forma considerable— la cosa.

Luego, en tal situación el comprador que quiere desistir de la “venta”, deberá entablar una acción de nulidad o una acción resolutoria porque respectivamente fallan el objeto y la causa, y hay un incumplimiento parcial de la obligación esencial del vendedor de entregar la cosa en su totalidad, incumplimiento que se norma por el artículo 1546 de nuestro Código Civil y los pertinentes del Código de Comercio.

(24) “Si au moment de la vente la chose vendue était perie en totalité, la vente serait nulle.

“Si une partie seulement de la chose est perie, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation”.

El razonamiento no es valedero para el derecho colombiano por lo que a continuación se expresa.

Segunda diferencia: En Francia, el inciso 2 del artículo 1601 regula en exclusividad el supuesto de hecho en que solo falta una parte de la cosa. En Colombia, el inciso 2 del artículo 1870 regla también en exclusividad el supuesto en que falta una parte, pero considerable, de la cosa.

Se ha de dejar constancia que nuestros legisladores se apartaron conscientemente del Código Napoleónico. Fue así como el inciso 2 del artículo 1870 modificó el inciso 2 del artículo 1382 del Proyecto de Goyena y perfeccionó el inciso 2 del artículo 1601 del Código Civil Francés con la inserción de parte “considerable”. Con ello se ha impedido la discusión habida entre los expositores franceses acerca de si el camino que el comprador tiene es el de apartarse del contrato y repetir el precio que haya sido pagado (Marcadé Y Laurent) o si él ha de promover la acción resolutoria u otra a consecuencia de la cual la venta se deshaga (Pothier), en cuanto lo faltante sea parte considerable de la especie.⁽²⁵⁾

116. Imposibilidad de Prohijar la Solución Francesa en Nuestro Derecho.

Por todo lo antecedente, como el supuesto es diferente, no se puede adoptar la solución francesa. Empero, nuestra jurisprudencia como que ha tomado partido —sin tener por qué— adhiriendo a la segunda corriente (la de Pothier). Bien hubiera podido acogerse a la primera (la de Marcadé y Laurent) que juzga el desistimiento como fenómeno extrajudicial en un ordenamiento que no regula exactamente el caso controvertido. ¿Qué decir, entonces, de un ordenamiento como el nuestro que sí lo regula por referirse a parte “considerable”?

117. El Postulado de la Menor Pérdida de Energía Normativa y el Principio de la Economía Procesal.

Una de las bases sobre la cual se construye o, al menos, debe construirse la normatividad jurídica es el postulado de la menor pérdida de energía normativa: debe tratarse de obtener el máximo

(25) Cfr. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 175, nota 2.

resultado con el mínimo empleo de actividad jurídica, postulado que se proyecta en el campo del procedimiento por medio del principio de la economía procesal.

Con base en el postulado y en el principio es como afirmamos que el desistimiento, a más de lo que ya sabemos por ser propio de un precontrato, del comprador en el caso del inciso 2 del artículo 1870 es y debe ser un fenómeno material, sustantivo porque, de lo contrario, sería buscar un mínimo resultado (dejar sin efectos un precontrato de venta) con el máximo empleo de actividad jurídica (recorrir a trámites judiciales —acción resolutoria, acción de nulidad— de por sí tan dispendiosos y agobiadores como son los que conforman la vía ordinaria).

Además, es un despropósito incalificable otorgar acciones contractuales a algo que todavía no es contrato, a un simple precontrato, a un proyecto de venta.

118. El Precontratante Comprador da por Subsistente la Venta.

Si el interés del precontratante comprador se satisface con el remanente de la cosa, el precontrato de venta se convierte en contrato y el precio se rebaja de acuerdo con lo que falte de la cosa.

Si el comprador ha recibido la parte de la cosa, podrá retenerla y pagar el precio a justa tasación. De haber pagado el precio inicialmente pactado por toda la cosa, podrá repetir lo pagado en el exceso que resultare entre el precio inicial y el precio tasado.

Si las partes no logran acordarse en la tasación del precio, podrán acudir a peritos.

A la hipótesis segunda son aplicables las mismas normas que sobre indemnización hemos señalado para la primera.⁽²⁶⁾

119. La Segunda Hipótesis en la Venta Mercantil.

Las soluciones que hemos esbozado para la segunda hipótesis de la inexistencia sustantiva valen igualmente para la venta mercantil: "Si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador desistir del mismo o darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación de expertos o peritos".⁽²⁷⁾

(26) Vid. supra num. 111.

(27) C. de Co., art. 918, inciso 2.

120. Parte no Considerable de la Cosa.

Pasamos a tratar el caso no previsto en el artículo 1870 del C. C. ni en el 918 del Estatuto Mercantil, cuando, al momento de la perfección de la venta, la cosa falta en parte que no alcanza a ser considerable.

Ante todo, apreciar si la parte que falta es o no considerable, constituye cuestión de hecho que deberán resolver las partes en cada caso o, si entre ellas no hay acuerdo, el juez, previo dictamen pericial.

La falta de parte no considerable de la cosa no es causal de inexistencia de la venta. Esta es perfecta y por eso el comprador no puede desistir. Tendrá derecho a la rebaja del precio —a una "actio quanti minoris" o acción estimatoria— en consonancia con el artículo 1925 del C. C.

121. Delito de Estafa.

Para acabar todo lo atinente a la primera y segunda hipótesis, la venta de lo que en todo o en parte no existe puede llegar a tipificar el delito de estafa.⁽²⁸⁾

III. Inexistencia Total de la Cosa Futura Cuando el Comprador no asume el Riesgo de su Existencia.

122. La Venta de Cosa Futura ("emptio rei speratae"), Contrato Conmutativo Causante de Obligaciones Sujetas a una Condición Suspensiva.

He aquí el tenor del primer colon del artículo 1869 del C. C.: "La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir".⁽²⁹⁾

Todo lo pertinente a esta venta lo hemos tratado exhaustivamente en nuestro artículo "La Naturaleza Contractual de la Venta". A él nos remitimos.⁽³⁰⁾

(28) Cfr. C. P., arts. 408 al 411.

(29) Concordancia, C. de Co., art. 917, colon, 1.

(30) "Estudios de Derecho", op. cit., nums. 96 al 100.

Cabe añadir que si la cosa esperada llegare a tener únicamente existencia parcial, podrá el comprador desistir del contrato o perseverar en él a justa tasación del precio. Si opta por lo segundo el comprador, es porque la parte de la cosa esperada satisfará su interés.

La regla enunciada arriba es dada por el Código de Comercio, artículo 917, inciso 2,⁽³¹⁾ pero es aplicable a la venta civil por analogía.

IV. Inexistencia Total de la Cosa Futura Cuando el Comprador Asume el Riesgo de su Existencia.

123. La Impropiamente Llamada Venta de "Cosa Futura" (la "Emptio spei") es un Contrato Aleatorio, Puro y simple.

Se hace imprescindible citar todo el artículo 1869 para captar el sentido de esta segunda venta de cosa futura: "La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, **salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte**".⁽³²⁾

Cañidos a lo literal de las palabras y al espíritu que las anima, aquí puede darse el caso de inexistencia de la cosa sobre la que recae el riesgo asumido por el comprador pero jamás habrá inexistencia del objeto de la venta porque lo que se compró fue la suerte.

De donde emana que como el objeto de esta venta es el riesgo de la existencia de la cosa y no la existencia misma de ésta, es irrelevante referirnos a la satisfacción o no del interés del comprador.

También esta segunda venta de cosa futura tuvimos ocasión de considerarla en el artículo ya referido. Para cualquier dilucidación a él reenviamos.

(31) Ese inciso es igual al segundo del artículo 1601 del Código Civil Francés, comentado en el num. 115.

(32) Cfr. C. de Co., art. 917, inc. 1. Nuestras son las sublíneas del colon 2º de ese art. 1869.

LA DETERMINACION DE LA COSA

A) Función de Este Requisito. Clases de Determinación.

124. Función.

De nada serviría que la cosa existiera o pudiera existir si no fuera determinada, porque ni el vendedor sabría qué es lo que debe dar ni el comprador qué es lo que puede exigir se le dé para que su interés quede satisfecho.

Tal sería la venta de un animal sin precisar su género o especie, por cuanto el vendedor podría cumplir la obligación entregando una mosca o una serpiente. De igual manera, la venta de trigo sin señalar la cantidad, aunque esté determinada la especie, que podría ejecutarse entregando un grano o un saco.⁽³³⁾

Una completa indeterminación de la cosa, de manera que el vendedor pudiera cumplir su obligación con una prestación irrisoria, conlleva inexistencia de la venta.

125. Clases de Determinación.

La determinación de la cosa debe realizarse por una de estas dos maneras:

- I. Por el señalamiento de su especie.
- II. Por el señalamiento de su género, acompañado de la cantidad.

I. La Determinación Específica de la Cosa.

126. La Determinación Perfecta.

Es la determinación completa o perfecta. La cosa queda señalada con toda exactitud por los caracteres que le son peculiares, propios, que la hacen inconfundible con los demás individuos de su misma clase o género. Se le señala hasta su individualidad, hasta su irrepetibilidad.

(33) Cfr. Alessandri Rodríguez, A., op. cit., I, 215.

Es el máximo grado de determinación toda vez que el individuo es uno, único, irrepetible, sea en la naturaleza humana, sea en la naturaleza no humana.

La venta del caballo "Palomo", por ejemplo, es de un cuerpo cierto. El vendedor sólo paga la obligación entregando ese caballo y no otro.⁽³⁴⁾

No sobra advertir que la especie o cuerpo cierto en derecho es el individuo en filosofía y en ciencias naturales.

127. Consecuencias Importantes de la Venta de Cosas Específicas.

A la venta de cosas específicas es aplicable toda la teoría de los riesgos.⁽³⁵⁾

En este contexto es imperioso destacar la solución que trae el Código de Comercio a la pérdida de la cosa específica que aun no se ha entregado. Solución que es más técnica y justa que la civil.

Ella ha vertebrado todo el sistema de la venta-título que el legislador civil resquebrajó al consagrar que el riesgo de la especie vendida pero no entregada corriera para el comprador, que todavía no es adquirente, como acaece en la venta-modo de ordenamientos como el francés.

La mera trascripción de la norma 929 del Estatuto de los comerciantes es suficiente para poner de relieve el antagonismo con los artículos 1607 y 1877 del Código Civil.

"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 hubiere destruído sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa". (Sin resaltos en el original).

Otra consecuencia importante de la venta de cosas específicas es que en ella el vendedor tiene la obligación de conservarlas y custodiarlas hasta la entrega y en el cumplimiento de obligación semejante responde hasta de la culpa leve.⁽³⁶⁾

(34) Cfr. C. C. art. 1605.

(35) Cfr. C. C., arts. 1605, 1606, 1607, 1729 al 1739, 1876 y 1877; C. de Co., arts. 928 y 929.

(36) Cfr. C. C., arts. 1605 y 1883; C. de Co., art. 928.

Finalmente "si el predio se vende como un cuerpo cierto, no habrá derecho por parte del comprador ni del vendedor para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere la cabida del predio".⁽³⁷⁾

II. La Determinación Genérica de la Cosa.

128. La Determinación Imperfecta.

Es la determinación llamada genérica, que es incompleta, imperfecta, relativa. La cosa queda designada por ciertos caracteres generales, comunes a un grupo o clase de individuos, y por la cantidad.⁽³⁸⁾

V. gr., la venta de cinco sacos de trigo: el vendedor cumple entregando cinco sacos de cualquier trigo, con tal que la calidad sea, a lo menos, mediana.

La determinación del género por la cantidad, callando la calidad (la cual es la mediana, según la norma supletiva del C. C.), constituye el mínimo grado de determinación del objeto. Más allá de este lindero, todo es indeterminado y, por tanto, no puede llegar a ser objeto de una declaración de voluntad.

Por lo que respecta a la cantidad, conviene aclarar que "en el lenguaje de nuestro Código, viene a ser el género señalado por un número, como diez vacas. De modo que no habría objeto en un contrato si el deudor se obligase a entregar una cosa señalado por el género...

"Además de la fijación del género es indispensable saber la cantidad para que haya objeto del contrato: las cosas indeterminadas de clase determinada deben designarse por su número, peso o medida. Así la obligación carecería de objeto si se dice que el deudor debe caballos, sin determinar su cantidad, sin fijar reglas para determinarla. Todo lo dicho está en armonía con el principio general consignado en el artículo 1518 del C. C."⁽³⁹⁾

A la cosa genérica es inaplicable la teoría de los riesgos toda vez que los géneros no 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 debe".⁽⁴⁰⁾

(37) C. C., art. 1889, inc. 1.

(38) Vid. C. C., arts. 1565, 1566 y 1567; C. de Co., art. 914.

(39) Sent. 6 de febrero 1936, XLIII, 277.

(40) C. C., art. 1567.

Lo que es la especie en filosofía, eso es el género en derecho. Este "emplea la palabra 'género' en el sentido estricto en que las ciencias naturales toman el vocablo 'especie'".⁽⁴¹⁾

129. La Determinabilidad de la Cantidad.

"La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".⁽⁴²⁾

Si la cantidad del género no se determina, debe existir, a lo menos, la posibilidad de determinarla, como cuando se venden las semillas de maíz que ha menester el comprador para sembrar su predio; o el paño que éste necesita para confeccionar un vestido.

De ahí que, cuando la cantidad sea indeterminada y no haya posibilidad de determinación, la obligación del vendedor carezca de objeto. Tal la "venta" por un precio determinado de todo el maíz que el "comprador" necesite.

Adviértase cómo en los dos primeros ejemplos susodichos la cantidad es incierta pero determinable. Y la calidad se ha callado. Luego, es la mediana en uno y otro casos. Estos representan la barrera que no se puede superar so pena de que el objeto sea ya indeterminado e indeterminable.

130. La Venta del "Genus Limitatum".

Por último, débese enfatizar que habría una tercera manera de determinación de la cosa, que es híbrida porque participa de las dos precedentes.

Es el caso de venta de un género limitándolo de tal modo en su individualidad que no pueda ser confundido con otro. Es ésta la venta de un género como cuerpo cierto, venta "ad corpus" o venta del "genus limitatum". Sirva de paradigma la venta de una parte o de todo el trigo contenido en el granero de la finca "La Esmeralda", de la cosecha obtenida en el año de 1978, de la variedad candeal.⁽⁴³⁾

(41) Planiol, op. cit., II, 1002.

(42) C. C., art. 1518, inc. 2.

(43) Cfr. C. C., art. 1877.

131. La Determinación y la Determinabilidad en los Derechos Universales.

Las reglas acabadas de ver para determinar la cosa valen tanto para la venta de los derechos singulares (los reales, los personales y los intelectuales) como para la venta de los derechos universales.⁽⁴⁴⁾

El objeto de los derechos universales es una universalidad jurídica, un patrimonio autónomo, un conjunto de cosas sobre las se ejercen los derechos singulares, y puede aun componerse de otras universalidades de derecho (como una herencia, el patrimonio de las personas jurídicas disueltas, la masa de gananciales de las sociedades conyugales disueltas, el establecimiento de comercio, etc.).

Antes de pasar a explicar cómo se determina el objeto de los derechos universales, queremos hacer claridad sobre la naturaleza de ellos para dejar el panorama despejado a este respecto, ya que el problema de las universalidades jurídicas lo dejamos esbozado y un poco dilucidado en otra oportunidad.⁽⁴⁵⁾

Con ese fin en mente, pasaremos una rápida revista a la jurisprudencia nacional y a la doctrina patria y extranjera para captar qué entienden ellas por derechos universales, y su determinación.

Sumamente reiterado es el siguiente pronunciamiento de nuestra más alta Corporación de Justicia: "La venta de derechos y acciones en una sucesión no tiene la eficacia suficiente para transmitir al comprador los bienes identificados como cuerpo cierto que se determinen en la escritura de venta, **porque esta determinación solo se puede hacer en la partición**".⁽⁴⁶⁾

En el mismo orden de ideas: "En la cesión a título oneroso de un derecho de herencia, sin especificación de los bienes de que se compone, el objeto de la transferencia es el derecho real de herencia, cuya peculiaridad esencial es su universalidad, y no el derecho real singular de dominio sobre bienes específicamente determinados...".⁽⁴⁷⁾

(44) Por derechos intelectuales entendemos los que recaen sobre bienes inmateriales como son las producciones del espíritu. Son, por ejemplo, los derechos de autores, escritores, compositores, artistas, inventores, comerciantes e industriales (patentes, marcas, diseños) sobre sus correspondientes obras.

(45) Vid. "Estudios de Derecho", num. 93. "La Naturaleza Contractual de la Venta", num. 66 y Nota 32.

(46) G. J. Cas. 17 septiembre 1958, LXXXIX, 114. Los resaltos no son del original.

(47) G. J. Sent. 20 agosto 1948, LXIV, 720.

Valencia Zea escribe que Aubry, Rau y Bartin, Manresa y Navarro, Kipp y Roca Sastre, éste en las anotaciones a la obra del anterior, "precisan que la venta de derechos sucesorios (venta de la herencia) recae, no sobre objetos individualmente considerados de la sucesión, sino sobre la herencia considerada como una universalidad jurídica ('universum ius defuncti')".⁽⁴⁸⁾

El doctrinante colombiano añade: "Los artículos 1967 y 1968 se refieren a la venta de la herencia, es decir, de todos los derechos hereditarios o sucesorios que a una persona corresponden en determinada masa herencial. Para que pueda hablarse de venta de la herencia o venta de derechos sucesorios, se requiere que la enajenación comprenda la herencia como un todo, o una cuota indivisa de ella también como un todo. Es cuestión accesoria si se inventarían o no los diversos objetos de que se compone la herencia, pues lo interesante es que se venda la herencia como un todo, es decir, la universalidad jurídica y no este o el otro derecho singular de la herencia.

"La venta de objetos hereditarios es contrato esencialmente diferente al de la venta de derechos hereditarios. En efecto, el heredero bien puede enajenar algunos de los derechos singulares que forman parte de la herencia, o una cuota parte de ellos. En este caso no se desprende de los derechos sucesorios, sino de los derechos singulares que integran los primeros. Esta es una venta común, que se rige por las reglas generales..."⁽⁴⁹⁾

Teniendo los conceptos transcritos de fondo, vengamos a la determinación y determinabilidad de los derechos universales.

La universalidad jurídica que va a venderse⁽⁵⁰⁾ debe determinarse de tal manera que no pueda confundirse con otras. Deberá, pues, señalarse cuál es: si un establecimiento de comercio, una herencia, los bienes gananciales...

El conjunto de cosas sobre el que recae el derecho universal es algo determinado con antelación a la venta, como es el caso del establecimiento de comercio,⁽⁵¹⁾ o determinable, que se hará determinado después de la misma, como acaece en la herencia, la

(48) Valencia Zea, Arturo. Op. cit., IV, 141.

(49) *Ibidem*.

(50) La única universalidad jurídica no susceptible de venderse es el patrimonio de una persona viva, como se ha dejado esclarecido al glosar la norma del C. C. 1867 en el artículo "La Naturaleza Contractual de la Venta", op. cit., num. 66.

(51) Cfr. C. de Co., art. 516.

masa de bienes gananciales y los bienes sociales de una sociedad disuelta que, respectivamente, se determinan al momento de la partición y adjudicación de bienes a los sucesores 'mortis causa', al liquidarse la sociedad conyugal y al liquidarse el patrimonio social.⁽⁵²⁾

En consecuencia, el conjunto de cosas que se vende al celebrarse compraventa de derechos universales está integrado por cosas determinadas o determinables.

132. Cosa Determinada y Cosa Singular.

Algunos doctrinantes afirman que, a más de determinada, la cosa que se va a vender debe ser singular.⁽⁵³⁾

Este requisito es inútil porque es reductible a que la cosa sea determinada. Determinar y singularizar forman una sinonimia jurídica: tanto da un verbo como el otro.

La antinomia de determinado es indeterminado: cómo deviene jurídicamente determinado lo indeterminado? Mediante el señalamiento de su especie o de su género acompañado de la cantidad.

La antinomia jurídica de singular es universal. ¿Cómo deviene singular lo universal? Mediante el señalamiento de las cosas que componen lo segundo por sus especies o por sus géneros acompañados de la cantidad.

Tanto en filosofía como en derecho, la cantidad es lo que determina, singulariza o individúa.

Sea, pues, que el derecho recaiga sobre una única cosa (los derechos singulares), sea que recaiga sobre un conjunto de cosas (los derechos universales), invariablemente se hallará en la determinación de todas ellas la cantidad: si la cosa es específica, su número es la unidad comoquiera que el individuo es irrepetible, y si la cosa es genérica su cantidad variará de acuerdo con el número de cosas que componen el género que se va a vender.

Luego, no hay otra manera de singularizar las cosas que no sea la determinación específica o la determinación genérica.

Por otra parte, la propia ley está de nuestro lado: "Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

(52) Cfr. C. C., arts. 1374 al 1410; 1830 al 1836; C. de Co., arts. 225 al 259; C. de P. arts. 586 al 621; 625 al 626; 627 al 648.

(53) Vid. Pérez V., op. cit., 69. Bonivento F., op. cit., 47. Salamanca, op. cit., pág. 69.

"El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

"El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo".⁽⁵⁴⁾

Entonces, no hay maneras diferentes para singularizar las cosas a aquellas para determinarlas.

Por todo ello es una verdadera tautología lo que encierra este pensamiento de Pérez Vives: "La cosa debe ser, además, singular, es decir, que vendiéndose una o muchas, todas estén designadas individual o genéricamente. Lo cual significa que la cosa es singular cuando ha sido determinada en su especie o en su género y cantidad".⁽⁵⁵⁾

Por tanto, si "la cosa es singular cuando ha sido determinada en su especie o en su género y cantidad", singularidad e indeterminación sí son palabras antagónicas. Por donde hay contradicción en este juicio: "No debe perderse de vista que singularidad e indeterminación no son palabras antagónicas: una cosa puede ser singular pero indeterminada. V. gr., si 'X' se obliga a entregar un caballo; se trata de una cosa singular, mas indeterminada".⁽⁵⁶⁾

Un caballo es una cosa señalada genéricamente: por su género (animal caballo) y cantidad (uno). Luego, es cosa singular que es lo mismo que determinada. El deudor paga la obligación entregando un caballo de, por lo menos, mediana calidad, como lo preceptúa el artículo 1566 del C. C. y el 914 del C. de Co.

Tampoco está en lo cierto Pérez Vives cuando concluye: "En cambio, universalidad es siempre sinónima de indeterminación: las cosas universales son indeterminadas".⁽⁵⁷⁾

Las cosas universales son determinadas o determinables, como lo hemos demostrado en los numerales precedentes, pero no indeterminadas.

En suma, el artículo 1518 del C. C. sólo habla, al fijar los requisitos del objeto de la declaración de voluntad, de cosa determinada y no de cosa singular. Luego, para todos los efectos legales, lo determinado es lo singular y lo singular es lo determinado.

(54) C. C., art. 1008. Las subrayas son nuestras.

(55) Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., 69. Original sin resaltos.

(56) *Ibidem*.

(57) *Ibidem*.

LA COMERCIABILIDAD DE LA COSA.

A) Relaciones Entre la Venta y la Enajenación. Alcance del Artículo 1866 del C. C.

133. Que la Cosa Esté en el Tráfico Económico-jurídico.

No basta que la cosa materia de la venta exista y esté determinada. Debe concurrir un último requisito: que sea comerciable, esto es, que esté en el tráfico económico-jurídico.

Para que la cosa pueda ser objeto de ese tráfico, debe ser un bien económico (cosa útil y escasa o que implique trabajo humano), y un bien jurídico (cosa útil y apropiable).

Una cosa con tales caracteres es susceptible de evaluarse en dinero⁽⁵⁸⁾ y de negociarse por acto entre vivos. Una vez avaluada y negociada, se trasfiere de un patrimonio a otro, se enajena.

134. Venta y Enajenación.

Los Derechos Enajenables o Patrimoniales.

La cosa descrita es comerciable y objeto de los derechos patrimoniales o enajenables.

Con su pasmoso sentido práctico, los romanos no definían los conceptos jurídicos sino más bien los describían. He aquí cómo describieron la enajenación: "Lo que es mío se hace tuyo".⁽⁵⁹⁾

Precisamente la enajenación es la finalidad perseguida por la compraventa. De consiguiente, son comerciales y pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales sobre las cuales se ejercen los derechos patrimoniales o enajenables: los derechos reales, los derechos personales, los derechos intelectuales y los derechos universales.

(58) Recuérdese que el dinero —llamado precio— es lo que marca la tónica a todos los lineamientos específicos de la venta. Vid. supra, num. 33. Con muy justa razón los juristas romanos denominaron el dinero "medida común de las cosas útiles" ("pecunia communis est rerum utilium mensura").

(59) "Quod meum est, tuum fit".

135. Lo que Puede Enajenarse, Puede Venderse.

“Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por ley”.⁽⁶⁰⁾

Según esta norma, la ley prohíbe vender las cosas que asimismo prohíbe enajenar. O sea, no enumera las cosas cuya venta no permite pero sí las no susceptibles de enajenarse. Véase a este respecto, por ejemplo, el artículo 1521 del C. C.

De lo cual se desprende: “Cada vez que la ley prohíbe la enajenación de una cosa, debe entenderse que también prohíbe su venta, no porque en la enajenación se comprenda ésta y donde hable de enajenar deba entenderse vender, sino única y exclusivamente porque a virtud del artículo 1810 (nuestro 1866) las cosas que no pueden ser objeto lícito de un contrato de compraventa, son precisamente las mismas que no pueden serlo de una enajenación”.⁽⁶¹⁾

Es inteligible el artículo 1866 en el sentido de que la ley busca que no se celebren contratos (venta: obligación de enajenar) cuya ejecución sea imposible por estar prohibida (tradición de cosas cuya enajenación es ilícita).

Hubiera sido más técnico, lógico y sistemático prohibir el principio de enajenación (el título, la venta), con lo cual de plano se cerraba el paso a la enajenación (el modo, la tradición) que no al revés, como lo hizo nuestro Código Civil en seguimiento del Francés, aunque para efectos prácticos tanto de lo uno como lo otro.

En el último de los Códigos precitados, se hizo bien la norma porque, siendo la venta modo (por obra y gracia del artículo 1583), bastaba la misma norma prohibitiva de la enajenación (artículo 1598.)⁽⁶²⁾

Sea la oportunidad de anotar que Don Andrés Bello tomó disposiciones del Código Francés algunas veces, sin percatarse de que en él la venta fue estructurada como modo, las cuales desvertebraron la venta que en el suyo es título. De tal condición son los artículos 1866, 1872 y 1876 de nuestro Estatuto Civil, entre otros.

(60) C. C., art. 1866.

(61) Alessandri Rodríguez, Arturo. Op. cit., 18.

(62) La venta “est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. (Art. 1583 del Código Francés). “Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation” (Art. 1598 de la misma obra).

136. Alcance del Artículo 1866 del Código Civil.

El artículo 1866 de nuestro Código Civil es uno de los más importantes en materia contractual. Don Fernando Vélez, citando a Vera, llega a afirmar categóricamente que la regla de ese artículo “se aplica a todos los contratos, porque es indudable que lo que se puede vender, se puede arrendar, dar en empeño, entrar en sociedad”.⁽⁶³⁾

Sin embargo, creemos que en líneas muy generales se puede aceptar la afirmación de Vera porque muchas son las excepciones. V. gr., puede venderse la cosa ajena (art. 1871 del C. C.). Esta, empero, no puede ser objeto del mutuo ni de la renta vitalicia ni de la transacción.⁽⁶⁴⁾ Puede venderse la cosa futura (art. 1869). Mas sobre ella no se puede transigir (art. 2475).

No puede venderse cosa perteneciente al comprador (art. 1872). Con todo, el contrato de hipoteca puede recaer sobre inmueble perteneciente al acreedor (art. 2434). Luego, puede hipotecarse cosa que no puede venderse.⁽⁶⁵⁾

No pueden venderse los derechos extrapatrimoniales. Mas en ciertos casos éstos sí pueden ser objeto de un contrato, del de mandato y por este conducto ejercerse esos mismos derechos: el varón puede constituir apoderado para la celebración del matrimonio.⁽⁶⁶⁾ El titular de la patria potestad (titular único o titular conjunto), que goza del usufructo legal sobre los bienes del hijo de familia, puede nombrar mandatario que los administre.

Pueden venderse las cosas consumibles. Estas, sin embargo, no pueden arrendarse (C. C., art. 1974).

B) Clases de Cosas Incomerciables.

137. Cosas Absolutamente Incomerciables y Cosas Relativamente Incomerciables.

Las cosas que no pueden enajenarse y, por consiguiente, tampoco venderse, con las incomerciables, contempladas en los artículos 1518 al 1523 del C. C.

(63) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 231.

(64) Cfr. C. C., arts. 2222 y 2475.

(65) El contrato de hipoteca puede recaer sobre cosa propia del constituyente o ajena a él, ora pertenezca a un tercero, ora pertenezca aun al acreedor.

(66) Cfr. Ley 57 de 1887, art. 11.

Las cosas inmerciables son de dos clases: las absolutamente inmerciables y las relativamente inmerciables, según que ellas sean absoluta o relativamente inapropiables, inalienables, inenajenables.

Las cosas absolutamente inmerciables no se pueden vender de ninguna manera. Si su venta se intenta, quedará viciada de inexistencia. Vicio que no puede subsanarse ni siquiera por prescripción y, por tanto, la cosa "vendida" permanecerá perpetuamente inapropiable y nunca el titular del dominio sobre ella será el presunto comprador.

Las cosas relativamente inmerciables tampoco se pueden vender. Si su venta se celebra, estará afectada de nulidad absoluta por contener objeto ilícito. Sin embargo, se puede subsanar sólo por prescripción, la cual otorgará la titularidad del dominio sobre la cosa relativamente inmerciable al comprador. Luego, la cosa, por obra de la usucapión, fue temporalmente inapropiable.

138. Las Cosas Embargadas por Decreto Judicial no Son Inmerciables.

Las cosas embargadas por decreto judicial no son ubicables dentro de las inmerciables porque siempre podrán venderse aun sin la autorización del juez o del acreedor.

Abajo demostraremos cómo nuestro ordenamiento no prohíbe la enajenación de cosas embargadas sino que la reglamenta. Ordena cómo debe celebrarse. Luego, su venta no está prohibida.

Contando con la autorización del juez o con el consentimiento del acreedor, antes o después de la venta, pero en uno u otro caso con anterioridad a la tradición, las cosas embargadas son siempre apropiables.

I. Las Cosas Absolutamente Inmerciables.

139. Subdivisión de las Cosas Absolutamente Inmerciables.

Podemos subdividir las cosas absolutamente inapropiables en dos grupos, según sean o no avaluables en dinero:

1. No son avaluables directa ni indirectamente en dinero las cosas sobre las cuales se ejercen los derechos extrapatrimoniales.

2. Son avaluables directa o indirectamente en dinero tanto las cosas sobre las que se ejerce un dominio universal como sobre las que se ejerce un dominio público.

1. Las Cosas de los Derechos Extrapatrimoniales.

140. Inseparables de su Titular, Inapropiables, no Avaluables Pecuniariamente.

Puesto que las cosas de los derechos extrapatrimoniales o inalienables, como los derechos humanos o de la personalidad y los derechos familiares, están hipostáticamente unidas a la persona titular de ellos, no pueden separarse de ella para ser trasferidas a otra. En una palabra, son inapropiables y no pueden valorarse directa ni indirectamente en dinero.⁽⁶⁷⁾

Refiérese a ellas el artículo 1521, ordinal 2:

"Hay un objeto ilícito en la enajenación:

"De los derechos o privilegios que no pueden trasferirse a otra persona".

2. Las Cosas del Dominio Universal y las del Dominio Público.

141. Avaluables en Dinero pero absolutamente Inapropiables.

Estas cosas pueden evaluarse directa o indirectamente en una suma de dinero⁽⁶⁸⁾ y sobre ellas se pueden ejercer derechos patrimoniales, como el dominio cuyo titular es la humanidad entera o el Estado.

No obstante lo apuntado, son absolutamente inapropiables por su misma naturaleza física o jurídica y por su destinación en beneficio del género humano o por su afectación a un servicio público en pro de la comunidad estatal.

(67) No entendemos referirnos aquí a la reparación económica o pecuniaria a que pueda dar origen la violación de los derechos extrapatrimoniales porque los atentados contra cualquier derecho subjetivo —patrimonial o extrapatrimonial— caen bajo las reglas de la responsabilidad civil (C. C., arts. 2341 y 2356) y desde este punto de vista bien se puede aseverar que todos los derechos subjetivos son comerciales o patrimoniales como que la indemnización se puede valorar pecuniariamente.

(68) Puede valorarse en dinero la alta mar por una exploración y una eventual explotación de petróleo que en ella vayan a realizarse. De un puente que se proyecta construir puede calcularse su costo en la etapa de la planeación.

142. Las Cosas del Dominio Universal o General.

Son las cosas llamadas comunes, que por su propia entidad física y utilidad general pertenecen a todos los habitantes de la tierra. De ahí que nadie pueda apropiárselas. "Res communis, omnium".

Así son la alta mar, el espacio sidéreo, los cuerpos celestes, el aire, etc. Sobre muchas de estas cosas median tratados del derecho de gentes que regulan su uso y goce para todos los hombres independientemente de su nacionalidad.

Los ámbitos espaciales del dominio universal y del dominio público, en unas ocasiones están perfectamente delimitados: caso del mar territorial (dominio público) y de la alta mar (dominio universal). En otras no, como en el espacio aéreo donde hay interferencias de los dos dominios.

143. Las Cosas del Dominio Público.

Son las denominadas por la legislación y la jurisprudencia colombianas "bienes de uso público" o "bienes de dominio público",⁽⁶⁹⁾ que, por estar afectadas a servir a la comunidad política, no son apropiables por miembro alguno de ella mientras dure la afectación.

"Los bienes del Estado son de uso público y fiscales... Los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc... Se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio e imprescriptibles, 'mientras sigan asignadas a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija".

"Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes del dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone se encuentra: el 'usus', no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el 'fructus', no existe, en tesis general, y el 'abusus' tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo de Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, 'sino un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de

(69) Cfr. C. C., arts. 674, inc. 2; 677, 1163 y 2519; C. de P. C., art. 413, ord.4.

policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común'. En todo caso, el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio 'sui generis',⁽⁷⁰⁾ el dominio eminente.

Ejemplo en materia inmobiliaria, serían: el dominio público marítimo (riberas del mar, mar territorial), el dominio público aéreo (la columna de aire que se levanta sobre el territorio nacional), el dominio público fluvial (los ríos) y el dominio público terrestre (carreteras, calles, plazas, edificios públicos). En materia de muebles: libros de las bibliotecas públicas, documentos y archivos, objetos de arte de los museos, etc.⁽⁷¹⁾

144. Acotación sobre las Tierras Baldías.

Son las "que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de dueño".⁽⁷²⁾

Por esta disposición y por los artículos 674, incisos 1 y 3 del C. C. y por el 202, ordinal 2 de la Constitución Nacional, deberían ser consideradas bienes fiscales comoquiera que su uso no pertenece a todos los habitantes de Colombia.

Sin embargo, son consideradas bienes de uso público: "Los bienes baldíos del Estado han sido calificados de uso público por la ley, más con el propósito de evitar que ellos prescriban que por su naturaleza, puesto que, de acuerdo con ella, no solamente no pueden ser objeto de utilización por parte de todos los habitantes de un territorio, sino que su destino es el de la apropiación individual, para dar origen a la propiedad privada".⁽⁷³⁾

El Código Fiscal regula los baldíos en el título II. Dispone que "no son enajenables a título de venta" (art. 60) sino adjudicables (art. 47 y ss.). Además, su dominio "no puede adquirirse por prescripción" (art. 61).

En consecuencia, las tierras baldías por no ser enajenables a título de venta y no susceptibles de prescribirse, se asimilan en esos efectos a los bienes de uso público, pero por su naturaleza son bienes fiscales.⁽⁷⁴⁾

(70) G. J., Sent. S. de N. G., 26 de septiembre de 1940, L, 254.

(71) Cfr. Vidal Perdomo, Jaime. Op. cit., pág. 377.

(72) Cfr. C. C., art. 675 y Código Fiscal, arts. 44 y 45.

(73) Vidal Perdomo, Jaime. Op. cit., pág. 385.

(74) Cfr. Código Fiscal, art. 4 y Constitución Nacional, art. 202, ord. 2.

145. Conclusión sobre los Bienes del Dominio Universal y Sobre los Bienes del Dominio Público.

A los bienes del dominio universal y a los del dominio público se refiere el artículo 1521, en el ordinal 1, del C. C.

“Hay un objeto ilícito en la enajenación:

“1. De las cosas que no están en el comercio”.

146. Sanción a la “Venta” de Cosas Absolutamente Incomerciables.

La “venta” que se celebrare sobre cosas absolutamente incomerciables, ora de las de los derechos extrapatrimoniales, ora de las de los dominios universal o público, estará viciada de inexistencia y, por ende, jamás la prescripción podrá validarla.

A la inexistencia, como sanción a las ventas de cosas absolutamente incomerciables, alude Rodríguez Fonnegra cuando, explicando la “venta” que de una vía pública hace el vendedor al comprador, quien cree que se trata de objeto comerciable, escribe: “En teoría y en la práctica, la importancia del asunto se halla en poder el comprador repetir lo pagado con imputación al precio... y asimismo en no haber de promoverse demanda sobre nulidad... Parto en efecto de la base de que en lo general la ilicitud de la obligación de dar lo que no está en el comercio produce nulidad tal, que no obstante el transcurso del tiempo esa ilicitud continúa obrando en cuanto impide el pago”.⁽⁷⁵⁾

Una nulidad tal que no puede sanearse ni aun por la prescripción extraordinaria no es nulidad sino inexistencia, ya que la misma nulidad absoluta proveniente de ilicitud en el objeto o en la causa es saneable por el transcurso del tiempo, según la ley 50 de 1936, artículo 2.

147. Los Bienes Fiscales.

Hay expositores que clasifican dentro de las cosas que no están en el comercio (absolutamente incomerciables) los bienes fiscales, que, por tanto, no pueden ser objeto de venta.⁽⁷⁶⁾

(75) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 174, nota 1.

(76) V. gr., Pérez Vives, op. cit., 64. Valencia Zea, op., IV, 16, II. Bonivento Fernández, op. cit., 43.

Los bienes fiscales están regulados en la Constitución Nacional, artículo 202, y especialmente en el Código Fiscal, en el título I (artículos 7 al 43). También habla de ellos el Código Civil en el artículo 674, inciso 3.

Los bienes fiscales o bienes del dominio privado del Estado constituyen, junto con el tesoro nacional (bienes del presupuesto), la Hacienda Nacional,⁽⁷⁷⁾ y el conjunto formado con ésta y los bienes del dominio público es el patrimonio del Estado.

Al paso que los bienes del dominio público son absolutamente incomerciables, los bienes fiscales o del dominio privado estatal son completamente comerciables.

“Los bienes del Estado son de uso público y fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común”.⁽⁷⁸⁾

El artículo 2519 ordena que “los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso”. En cambio, los fiscales sí son prescriptibles, de acuerdo con el artículo 2517 del C. C.

“El artículo 2519 solo se refiere a los bienes que forman el dominio público del Estado, llamados por el C. C. bienes de la Unión de uso público, en contraposición a los que el mismo Código denomina bienes fiscales”.⁽⁷⁹⁾

De suerte que sobre los bienes fiscales, el Estado Colombiano es titular de un dominio, muy semejante al que sobre sus cosas ejercen los particulares (dominio privado) y totalmente diferente del dominio eminente que tiene sobre los bienes de uso público.

Los bienes fiscales son comerciables, susceptibles, por tanto, de arrendarse (C. F., art. 9), venderse (ibídem, arts. 12, 13 y 16), permutarse (ibídem, art. 17), enajenarse (ibídem, título I, cap. II y art. 123) y prescribirse (C. C., art. 2517).

“Aunque el propósito inicial es el de sujetar los bienes fiscales o del dominio privado del Estado a la misma normatividad que gobierna los bienes de los particulares —y de ahí el interés de distinguirlos de los bienes de uso público—, la administración a cargo

(77) Cfr. Código Fiscal, arts. 2, 3, 4 y 5.

(78) G. J., Sent. S. de N. G., 26 de septiembre de 1940, L, 254.

(79) G. J., Sent. S. de N. G., 21 de abril de 1953, LXXVI, 803.

del gobierno y la reglamentación que sobre su utilización existe, hacen crear en su régimen jurídico distancias en relación con los bienes de la ciudadanía".⁽⁸⁰⁾

Mas el hecho de que la administración, disposición y utilización de los bienes fiscales⁽⁸¹⁾ tenga peculiaridades —como su venta, que no pueda efectuarse sino en pública subasta y con el lleno de los requisitos indicados en el artículo 13 del Código Fiscal— que diferencian su régimen jurídico del de los bienes de los particulares, no es motivo para considerarlos como cosas inenajenables de la misma manera que no son inenajenables los bienes inmuebles de los incapaces por la circunstancia de exigirse para su enajenación la previa autorización judicial y la venta en subasta pública.

Todavía más, contraviéndose en la venta de bienes fiscales a ciertos requisitos, generadores de nulidad, se subsanará ésta con el transcurrir del tiempo. En cambio, en ningún caso la prescripción tendrá operancia en la venta de bienes de uso público y baldíos, puesto que son cosas absolutamente inenajenables, y ésta adolecerá de inexistencia.⁽⁸²⁾

Por los planteamientos precedentes no estamos de acuerdo con algunos conceptos de la H. Corte Suprema de Justicia, contenidos en la sentencia de noviembre 16 de 1978, publicada en "Foro Colombiano", tomo XIX, diciembre de 1978, N° 114, págs. 561-565.

II. Las Cosas Relativamente Inenajenables.

148. Cosas Avaluables en Dinero y Apropiables.

Son relativamente inenajenables las cosas sobre las cuales se ejercen los derechos patrimoniales (por ser tales pueden venderse y transferirse de una persona a otra) que por una norma expresa la ley ha prohibido enajenar.⁽⁸³⁾

149. Inaplicabilidad del Artículo 1521 del C. C.

A las cosas relativamente inenajenables no es aplicable el artículo 1521 del C. C. sino la norma prohibitiva correspondiente en cada caso porque, de no existir ésta, ninguna aplicación tendría el 1521, ordinal 2, pues sí son cosas transferibles a otra persona como que sobre ellas recaen los derechos patrimoniales.

(80) Vidal Perdomo, Jaime. Op. cit., pág. 387.

(81) Cfr. C. F. libro I, título I, caps. I al V.

(82) Para todo lo relativo a los contratos administrativos, véase el Decreto-Ley 150 de 1976.

(83) Cfr. C. C., arts. 6, inciso 2 y 1523.

150. Enunciación Ejemplificativa de Cosas Relativamente Inenajenables.

Damos enseguida una enunciación ejemplificativa, no taxativa, de cosas relativamente inenajenables. No pueden venderse:

1. Los derechos personalísimos, como a) el derecho a pedir alimentos (C. C., art. 424). Mas las pensiones alimenticias atrasadas y el derecho de demandarlas sí pueden venderse (ibídem, art. 426).

b) Las asignaciones alimenticias voluntarias "intuitu personae". Pero sí pueden venderse las que no son hechas en consideración a la persona misma del beneficiario (C. C., artículos 427, 1192 y 1418).

c) El usufructo legal de los titulares de la patria potestad sobre todos los bienes del hijo de familia (C. C., art. 869).

d) Los derechos de uso y habitación (C. C., art. 878).

2. La sucesión de una persona viva (C. C., art. 1520).

3. El derecho que nace del pacto de retroventa (C. C., art. 1942).

Según el Derecho Canónico, hay ciertas cosas inenajenables que, por lo tanto, no pueden ser objeto de venta. Su celebración configura el delito de simonía (cánones 726 al 730). Simón Mago quiso comprar los dones del Espíritu Santo (Hechos, VIII, 18); de donde la denominación del delito.

151. Sanción a la Venta de Cosas Relativamente Inenajenables.

Es la nulidad absoluta, con arreglo a los artículos 1523 y 1741 del Código Civil.

C) La Venta y la Enajenación de las Cosas Embargadas.

152. Nota Introductoria.

"Hay objeto ilícito en la enajenación:

"3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".⁽⁸⁴⁾

(84) C. C., art. 1541, ord. 3.

En los planteamientos que se van a consignar, seguiremos a los tratadistas Avelino León Hurtado y Eugenio Letelier⁽⁸⁵⁾ en la explicación que hacen del artículo 1464 del Código Civil Chileno, idéntico a nuestro 1521. Haremos un esfuerzo por condensar, refundir, adicionar, sistematizar y adoptar a nuestra propia temática esos mismos planteamientos.

153. Venta-título y Venta-modo.

En nuestro derecho, la venta es un título y no un modo de adquirir el dominio. Por consiguiente, quien vende no enajena sino que se obliga a enajenar. Obligación ésta que se cumple mediante la tradición.

Sin embargo, el artículo 1866 dispone que no podrán venderse las cosas cuya enajenación esté prohibida por ley. Y como el artículo 1521 del C. C. señala tres clases de cosas no susceptibles de enajenarse, su venta es inválida como lo es la enajenación.

154. ¿Es Nula la Venta de Cosa Embargada?

Entonces, si al celebrarse venta de inmueble, éste estaba embargado, y ni el juez la autorizó ni el acreedor la permitió, quedará afectada de nulidad como lo está la tradición, en virtud del artículo 1866.

Si, por el contrario, el embargo es posterior a la venta pero anterior a la tradición, válida es aquella y nula ésta, si se efectúa la última estando vigente el embargo.

De acuerdo con este criterio, numerosos fallos chilenos y colombianos⁽⁸⁶⁾ han dictaminado que aunque a la fecha de la tradición (el registro) de la cosa inmueble embargada se haya cancelado ya el embargo, no por eso deja de ser nula la venta, porque basta que haya embargo al momento de perfeccionarse aquella, aunque después éste se levante.

La base de esa jurisprudencia, y de la doctrina que la apoya, es que el artículo 1521, ordinal 3, es una norma prohibitiva de la enajenación de cosas embargadas y, por tanto, también de su venta debido a la remisión del artículo 1866 del C. C.

(85) Cfr. Hurtado, Avelino León. "El Objeto en los Actos Jurídicos". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1958, págs. 111-119. Velasco Letelier, Eugenio. "El Objeto ante la Jurisprudencia". Nascimento, 1941. Págs. 87-90.

(86) Cfr. G. J., Sent. de 3 de mayo de 1952, LXXII, 11. Sent. 15 de julio de 1959, XC, 642.

155. ¿Es válida la Venta de Cosa Embargada?

Nuestra tesis, contraria a la anterior, es que el artículo 1521, ordinal 3, no es una norma prohibitiva sino reglamentaria de la enajenación de cosas embargadas, inaplicable a la venta de las mismas, la cual es plenamente válida sin la autorización judicial y sin el consentimiento del acreedor.

Entremos a demostrarla.

156. Qué es una Norma Prohibitiva.

Una disposición es prohibitiva cuando impide la celebración de un acto en forma absoluta, cuando no permite realizarlo bajo ningún respecto ni aun cumpliendo con todas las formalidades exigidas. Este concepto es unánime entre los tratadistas, incluso sostenido por los que consideran prohibitivo el ordinal 3 del artículo 1521. Así, por ejemplo, Somarriva y Alessandri.

Enseña el primero que para calificar una ley de prohibitiva debe atenderse al fondo más que a la letra misma, porque tienen tal calidad las que establecen que un acto no puede ejecutarse en ninguna circunstancia, y no aquellas que aparentemente lo son, por los términos que emplean, pero que permiten la ejecución del hecho cumpliendo ciertos requisitos.

Por su parte Alessandri escribe que para saber cuándo hay acto prohibitivo y cuándo la sanción es la nulidad absoluta, hay que averiguar si el acto puede ejecutarse en alguna circunstancia, si puede llevarse a efecto dando por supuestas las circunstancias que la ley prohíbe. Si ni con autorización judicial ni por interpuesta persona puede realizarse, el acto es prohibitivo. Fuera de estos casos hay otros en que el acto es aparentemente prohibido, pero en el hecho es permitido.

157. Qué es una Norma Imperativa.

Cuando así sucede no nos hallamos ante leyes prohibitivas, sino en presencia de leyes imperativas, de preceptos legales que, para reconocerle eficacia al acto, obligan a cumplir con ciertos requisitos, y, entonces, el acto produce los efectos que la ley le atribuye.

El autor últimamente mencionado pone como ejemplo de artículo de esta especie el 2170 del C. C.: "No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante

le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante”.

Añade que no es norma prohibitiva sino imperativa porque permite al mandatario la ejecución de los actos pertinentes, cumpliendo con los otros requisitos que se le señalan.

El artículo 1521, en los ordinales 1 y 2, es una norma prohibitiva porque no acepta caso alguno en que las cosas que no están en el comercio y los derechos intrasferibles puedan enajenarse.

En cambio, el citado artículo en el ordinal 3 no prohíbe sino que reglamenta la enajenación de cosas embargadas, como que establece las circunstancias en que debe efectuarse: con la autorización del juez o con el consentimiento del acreedor. Luego, indudablemente que es un precepto imperativo.

El artículo 1521, ordinal 3, se encuentra en la misma situación del 2170, citado por Alessandri como ejemplo de precepto imperativo con apariencia de prohibitivo.

Esa norma no prohíbe al mandatario ejecutar los actos a que el artículo se refiere sino que determina los requisitos necesarios para que sea eficaz: la aprobación expresa del mandante. La prohibición, en el fondo, es sólo aparente.

El ordinal 3 del artículo 1521 del C. C. tampoco prohíbe la enajenación de cosas embargadas sino que señala los requisitos indispensables para que ella pueda efectuarse válidamente.

No estando, pues, prohibida la enajenación de cosas embargadas, tampoco lo está ‘a fortiori’ la venta. Razón por la cual el ordinal 3 del artículo 1521 es inaplicable a la compraventa, asimilada a la enajenación por el artículo 1866 sólo para los efectos de la prohibición de ésta. La última norma citada autoriza la venta de todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por ley.

158. Asidero de Nuestra Tesis en sus Aplicaciones Prácticas.

Nuestra tesis, que en doctrina aparece irrefutable, es en su aplicación práctica mucho más lógica y conveniente que la contraria.

En efecto, la ley prohíbe la venta de las cosas que no pueden ser enajenadas, con el laudable propósito de evitar inconvenientes y complicaciones que a nada conducirían, porque si no es posible

hacer su transferencia, jamás podrán ser cumplidas las obligaciones propias del contrato y éste, en consecuencia, será siempre fuente de pleitos e injusticias.

Pero si esta transferencia no está prohibida sino que está reglamentada, o solamente impedida de practicarse durante un tiempo, no hay razón para prohibir su venta puesto que la obligación del vendedor de entregar la cosa podrá cumplirse llenando los requisitos legales o esperando que se alce el embargo.

Y sí hay razón para permitirla, puesto que pueden existir muchos motivos que induzcan a las partes a celebrar inmediatamente la compraventa, a sabiendas de que la tradición no podrá efectuarse sin cumplir los requisitos que la ley exige o bien sin esperar que la imposibilidad de enajenación desaparezca.

La realidad está de nuestro lado: son muchos los casos presentados a los tribunales relativos a la venta de cosas embargadas y, en cambio, ninguno hemos encontrado en que se venda una cosa fuera del comercio o un derecho personalísimo. Si en la práctica se venden cosas embargadas es porque alguna utilidad significa ese contrato para las partes.

He aquí algunas ventajas prácticas que se desprenden de considerar la venta de cosas embargadas plenamente válida. Nos mostrarán cómo nuestra tesis está más conforme con la equidad y es más útil para el tráfico económico-jurídico que la contraria.

1. El deudor, a quien se embargan bienes, no tiene medios suficientes para pagar las deudas. Si vende libremente las especies que sus acreedores le han embargado obtendrá un mejor precio. Hay conveniencia, pues, para los acreedores en facilitar esa venta sin mayores trabas o restricciones.

2. La facultad de vender libremente debe conservarla el deudor. Así lo exige la celeridad en los negocios. Todo aconseja, entonces, suprimir la engorrosa autorización que pueden conceder el juez o el acreedor para la celebración del contrato.

Tal autorización debe mantenerse sólo para la tradición, lo cual constituye de por sí suficiente garantía y salvaguardia de los derechos del acreedor.

3. Efectivamente, el acreedor que ha embargado la especie en nada se perjudica con la venta que haga el deudor, pues su garantía permanece inalterable, toda vez que no se podrá hacer tradición válida de la especie embargada y vendida, si el juez no la autoriza o el acreedor consienta en ella.

Si "el embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor, que enajenando o gravando sus bienes, merma y hasta hace desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea este especial o el general del artículo 2488",⁽⁸⁷⁾ la autorización del juez o el consentimiento del acreedor sólo para la enajenación de las cosas embargadas es el instrumento legal que hace realidad el fin perseguido por el embargo, sin necesidad de igual mecanismo para la venta.

Desde época remota se ha aceptado, con sobra de razón, como regla general el principio de que la medida del derecho es la utilidad.⁽⁸⁸⁾ Si ésta se consigue simplemente con que medie la autorización del juez o el consentimiento del acreedor para la enajenación de cosas embargadas, debe desecharse la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que extiende a la venta de las mismas los antedichos requisitos, por ser una norma inútil, supererogatoria.

4. El espíritu del artículo 1866 del C.C., del ordinal 3 del 1521 y del 1871 de la misma obra, favorecen nuestra tesis.

El primero, al disponer que sólo pueden venderse las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley, se está refiriendo a las leyes prohibitivas en el concepto propio que la doctrina uniforme y unánimemente les señala: aquellas leyes que impiden celebrar un acto en forma absoluta.

El fundamento del artículo 1866 es claro: no debe darse validez a un título que no puede conducir jamás a una tradición válida.

Mas nada de ello ocurre en nuestra interpretación, pues la enajenación será válida si el juez la autoriza o el acreedor consiente en ella. No se ve, entonces, por qué se va a prohibir la venta, máxime cuando en nuestra legislación hasta la venta de cosa ajena vale.⁽⁸⁹⁾ ¿Si ésta no es nula, por qué sí debería serlo la venta de cosa propia embargada?

En la tesis contraria a la nuestra, la ley es contradictoria: da validez a un título (venta de cosa ajena) que no podrá ejecutarse si no es con el lleno de ciertos requisitos⁽⁹⁰⁾ y, en las mismas circunstancias (y aun mejores, pues el vendedor de cosa embargada, se supone, es dueño de ella) se la niega a otro,⁽⁹¹⁾ que puede ejecutarse a cabalidad con la autorización del juez o el consentimiento del acreedor.

(87) G. J., Cas. 24 de marzo de 1943, LV, 245.

(88) "Mensura iuris est utilitas".

(89) Cfr. C. C., art. 1871.

(90) Cfr. C. C., arts. 1874 y 1875.

(91) Cfr. *Ibidem*, art. 1521, ord. 3.

5. Nuestra tesis se acomoda a la perfección con la norma 409 del Código Penal, la cual reprime la enajenación de una cosa a sabiendas de que está embargada. Entonces, si lo que es delito es la enajenación de cosa embargada, la venta de la misma es lícita. Y lo que es penalmente lícito no puede ser ilícito civilmente.⁽⁹²⁾

159. Conclusiones.

Por las consideraciones planteadas, creemos que la doctrina de Velasco y Hurtado, que hemos prohiado, debería prosperar y hacer carrera en la jurisprudencia tanto chilena como colombiana y resolverse que si bien la enajenación de cosas embargadas debe celebrarse de acuerdo con los requisitos señalados por el artículo 1521, ordinal 3, del C. C., ello significa que, cuando se infrinjan, habrá nulidad como sanción, pero no que se trate de un precepto prohibitivo. De consiguiente, el contrato de venta de esas especies es válido, pues no existiendo ley prohibitiva, no rige el artículo 1866.⁽⁹³⁾

Vera, citado por Fernando Vélez, refiriéndose a las cosas embargadas, enseña que sobre ellas "se puede contratar, aunque no sea lícita su enajenación".⁽⁹⁴⁾

Puesto que el ordinal 3 del artículo 1521 es una norma imperativa, y no prohibitiva como sí lo son los ordinales 1 y 2, debería constituir un artículo autónomo de contenido similar a éste: "La enajenación de las cosas embargadas se celebrará con previa autorización judicial o previo consentimiento del acreedor".

Con ello desaparecería la antitécnica redacción del artículo 1521 por su hibridismo de norma prohibitiva y norma imperativa.

160. Sanción a la Violación del Ordinal 3 del Artículo 1521 del Código Civil.

La enajenación hecha en violación del ordinal 3 del artículo 1521 del Código Civil debe ser la nulidad relativa⁽⁹⁵⁾ y no la absoluta.

Si, de conformidad con lo sentado por la jurisprudencia colombiana y de lo cual respetuosamente disintimos, no se pueden vender las cosas embargadas sin la autorización judicial o sin el con-

(92) Cotéjese el artículo 829 del antiguo Código Penal con el 409 del actualmente vigente y se verá de inmediato cómo la razón está de nuestra parte. Véase a este respecto la interesante tesis "Algunos Aspectos de la Venta de Cosa Ajena", págs. 30 y 31, de Alejandro Córdoba Medina, Medellín, 1940.

(93) Hasta aquí hemos seguido muy 'grosso modo' a los tratadistas chilenos mencionados.

(94) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 76.

(95) Ver las razones de gran peso en Rodríguez F., op. cit., 373, principalmente, y en Valencia Z., op. cit., I. 192.

sentimiento del acreedor, venta que contravenga a tales requisitos quedará viciada de nulidad relativa como lo está en las mismas circunstancias la enajenación.

161. El Perfeccionamiento del Embargo.

Es de agregar que para todos los efectos una cosa se considera embargada desde el momento en que el registrador de instrumentos públicos y privados inscribe en el libro respectivo la comunicación del juez que decreta el embargo de bienes sujetos a registro (los inmuebles, por ejemplo).

En los no sujetos a éste (generalmente los muebles), el embargo se perfecciona, de ordinario, porque hay excepciones, con la entrega del bien al secuestre.⁽⁹⁶⁾

En materia de embargo mercantil, véanse en el Código de Comercio los artículos 142, 299, 414 a 416, 948, 965, 1258, 1380, 1387, 1449, 1450, 1453, 1902, 1908, 1909 y 1946, ordinal 2.

Tanto nuestros ordenamientos penal y procesal civil como la doctrina asimilan el embargo al secuestre.⁽⁹⁷⁾ Razón por la que es inadmisibles la opinión de que cosa embargada es sólo el bien inmueble, "ya que los muebles no se embargan sino que se secuestran"⁽⁹⁸⁾ y, entonces, el ordinal 3 del artículo 1521 no regiría en materia inmobiliaria.

Medellín, marzo de 1979

(Continuará)

(96) Cfr. C. de P. C., art. 681.

(97) Cfr. C. de P. C., art. 681 y Código Penal, art. 409: "El que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cinco a mil pesos". (Sin resaltos en el original). Ver igualmente a Devis Echandía, H. op. cit., 262.

(98) Salamanca, H., op. cit., pág. 71.