

**DEL CONSENTIMIENTO Y LA
CAPACIDAD 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 en la U. P. E.
Medellín, Colombia, calle 48, N° 81A-28

SUMARIO

PRIMERA PARTE

- A) El Régimen General en Materia de Consentimiento: 162.
- B) El Régimen Especial o de Excepción del Consentimiento en la Venta: 163-176.
 - I. Ubicación y deslinde de las ventas forzosas (cuáles son): 163-170.
 - II. Naturaleza de las ventas forzosas (qué son): 171-176.

SEGUNDA PARTE

DE LA CAPACIDAD EN LA COMPRAVENTA: 177-235

- A) El Régimen General: la Capacidad y la Incapacidad General (tanto absoluta como relativa): 177-178.
- B) El Régimen Especial: las Incapacidades Particulares: 179-235.
 - I. De las incapacidades especiales en general: 180-187.
 - 1. Definición de incapacidad especial: 180.
 - 2. Configuración de las incapacidades especiales: 181.
 - 3. Sanción al quebrantamiento de las incapacidades especiales: 182-185.
 - 4. Fines de las incapacidades especiales: 186.
 - 5. Contenido de las incapacidades especiales: 187.
 - II. De las incapacidades especiales en particular: 188-235.
 - 1. Inhabilidades por vínculos familiares: 190-217.
 - 1.1. La de los cónyuges: 190-198.
 - 1.2. La del titular de la patria potestad y el sometido a ella: 199-217.
 - 2. Inhabilidades por el desempeño de ciertos cargos: 218-234.
 - 2.1. Cargos de derecho privado: 218-229.
 - 2.1.1. La de los guardadores: 218-226.
 - 2.1.2. La de los mandatarios, síndicos y albaceas: 227-229.
 - 2.2. Cargos de derecho público: 230-234.
 - 2.2.1. La de los empleados de cualquiera de las tres ramas del poder público: 230-234.
 - 3. Inhabilidades por razones de seguridad nacional: 235-
 - 3.1. La de los gobiernos extranjeros: 235.

DEL CONSENTIMIENTO EN LA COMPRAVENTA

A) *El Régimen General en Materia de Consentimiento.*

162. El consentimiento en la Venta y las Normas Generales de los Negocios Jurídicos.

El consentimiento libre de vicios, como elemento de validez de la compraventa, queda sometido a las normas generales que se dan para cualquier negocio jurídico. Por consiguiente, se aplicarán a ella los artículos 1508 al 1516 de nuestro Estatuto Civil y del Código de Comercio el 824 y los que van del 845 al 863.

Es menester remitirse al capítulo "La Naturaleza Contractual de la Venta", donde se ha considerado cómo se perfecciona ésta. Allí nos hemos detenido a espacio en ella como contrato ya consensual, ya solemne.¹

B) *El Régimen Especial o de Excepción del Consentimiento en la Venta:*

LOS REMATES JUDICIALES FORZADOS

(Las Mal Llamadas "Ventas Forzosas").²

I. UBICACION Y DESLINDE DE LAS VENTAS FORZOSAS (Cuáles son).

163. Las Ventas Forzosas como Excepción al Consentimiento, como una de las Especies de las Ventas en Pública Subasta y como Remates Judiciales Forzados.

Se ha querido ver en los actos de la autoridad judicial, que remata los bienes del deudor incumplido para pagar con su producto a los acreedores, según los trámites del proceso ejecutivo,³ una venta

(1) Vid. "Estudios de Derecho". Marzo de 1978, págs. 98-126, num. 60 al 80.

(2) Ahondaremos aquí en el tema de las "ventas" judiciales, que apenas dejamos enunciado en el capítulo "La Naturaleza Contractual de la Venta", ibídem, pág. 104, num. 65, ord. 5.

(3) Cfr. Código de Procedimiento Civil, arts. 488 al 570. En lo referente a la jurisdicción coactiva, ibídem, arts. 561 al 568 y Código Civil, art. 1854, inc. 2.

que configura una excepción a los principios reguladores del consentimiento en materia contractual. He ahí el motivo sistemático por el cual la venta "forzosa" viene a ser tratada tradicionalmente en el contexto del consentimiento.

Sin embargo, nuestro punto de partida o presupuesto es que las ventas "forzosas" se deben ubicar dentro de las ventas en pública subasta, por ser una de sus especies, y que no constituyen una excepción al consentimiento, por ser actos de la autoridad judicial, los cuales deberían llamarse simple y rigurosamente remates judiciales forzosos. Pasamos a sustentar este aserto.

164. Clasificación de las Ventas en Pública Subasta, según Pérez Vives: en Ventas Forzosas y en Ventas Voluntarias.

Pérez Vives afirma que las ventas en pública subasta son "aquellas que se hacen por los organismos facultados por la ley para sacar a licitación toda clase de bienes".

Divide las ventas en pública subasta en dos grandes grupos: las forzosas y las voluntarias.

"Las primeras serían aquellas que deben realizarse siempre en esa forma... Si la venta no puede celebrarse en forma distinta a la pública subasta, ésta es forzosa, puesto que es ineludible.

"Las segundas, aquellas que se verifican en virtud de la voluntad de los interesados que escogieron ese camino (la pública subasta), a pesar de tener otros".⁴

Luego, interpretando al citado profesor, diríamos que, en primer lugar, las ventas forzosas abarcan los remates propios de la jurisdicción contenciosa (dentro de la cual incluimos también la coactiva) y los remates propios de la jurisdicción voluntaria o graciosa.⁵ En suma, los remates judiciales.

(4) Pérez V., Alvaro. "Compraventa...". Op. cit., 468 - 469.

(5) De la jurisdicción graciosa serían los remates de bienes pertenecientes a menores o a pupilos (Código de Procedimiento Civil, arts. 649, ords. 1 y 2, y 653, inc. 2). Por jurisdicciones contenciosa, coactiva y voluntaria entendemos: "Jurisdicción contenciosa. Suele decirse que la jurisdicción contenciosa se ejercita entre personas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que se desate una controversia o litigio existente entre ellas, sobre el cual no han podido llegar a un acuerdo, es decir, que ella se ejercita 'inter volentes, inter invitos o adversus volentes'. Basta que deba hacerse una declaración judicial pedida por una persona frente a otra y para obligar o vincular a ésta, para que se trate de asunto de jurisdicción contenciosa "Jurisdicción Coactiva o Fiscal. Para el cobro de los impuestos, multas y en general las deudas fiscales a favor de la nación, los departamentos y los municipios, existe la jurisdicción coactiva, con funcionarios propios que en primera ins-

Y, en segundo lugar, las ventas voluntarias que comprenderían todas las demás ventas en pública subasta. Estas serían los remates no judiciales. Vale decir, los que realizan ciertos organismos administrativos o los particulares en martillos o vendutas, autorizados por la ley.⁶

Por tanto, para Pérez Vives lo forzoso de las así denominadas "ventas forzadas" es la solemnidad o forma⁷ que se debe seguir al celebrar tales eventos: la pública subasta judicial.

En ese orden de ideas, las ventas forzadas se deberían presentar como una excepción a las ventas consensuales, toda vez que aquellas son de veras ventas solemnes,⁸ y no como una excepción al consentimiento.

165. Qué es lo forzoso de las Ventas "Forzadas": ¿el consentimiento o la solemnidad?

A nuestro entender, el criterio,⁹ que han seguido la legislación, la jurisprudencia y la doctrina tradicionales, ha sido, para clasificar las ventas en voluntarias y forzadas, el consentimiento libre o el consentimiento forzado. De ahí que las ventas forzadas se hayan presentado y se presenten todavía como una excepción a las ventas libremente consentidas, pues por un principio civilista, éstas son siempre voluntarias o libres.

El calificativo 'forzoso, a' hace alusión a fuerza, fenómeno contrario a libertad, consentimiento, y no a una predeterminada solem-

tancia no pertenecen al órgano jurisdiccional y normas especiales.

"Es una verdadera jurisdicción y sus funcionarios son jueces en estricto sentido, aún cuando en los municipios ejerzan parte de sus funciones los tesoreros". (Para nosotros, se trata indudablemente de una contención entre el Estado y los particulares, y por ello la incluimos dentro de la jurisdicción contenciosa).

"Jurisdicción voluntaria. En cambio, la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho, o por varias pero sin que exista desacuerdo entre ellas al hacer tal solicitud, y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia; es decir, que se ejercita 'inter volentes o pro volentibus'". Devis Echandía, Hernando. Op. cit., 29 y 38.

(6) Cfr. Código de Comercio, art. 1983, ords. 2, 3 y 4.

(7) La pública subasta judicial es una forma que la doctrina califica de habilitante o de protección porque es exigida por la ley en consideración al estado o calidad de las personas (incapaces, entidades de derecho público, ejecutados, acreedores de éstos, etc.), en cuanto está destinada a habilitar y proteger a esas mismas personas para que puedan actuar válidamente en la vida jurídica y queden así protegidos y asegurados los fines e intereses que ellas persiguen. Cfr. C. C., artículos 345, 484 y 741, inciso 3; C. F., art. 13; C. de P. C., arts. 521 y ss. Las otras tres clases de formas o solemnidades son las sustanciales, las probatorias y las publicitarias.

(8) Cfr. "La Naturaleza Contractual de la Venta", op. cit., pág. 104, num. 65, ord. 5.

(9) Criterio inconsistente, como lo analizaremos en líneas subsiguientes. Vid. infra, num. 171 al 176.

nidad que ha de observarse ineludiblemente en la celebración de un negocio jurídico. La fuerza vicia de nulidad relativa los negocios jurídicos, que deben celebrarse libremente.

Por consiguiente, para nosotros son ventas forzadas las que se realizan dentro de un proceso ejecutivo —ora de la jurisdicción contenciosa, ora de la jurisdicción coactiva— para pagar con su producido al acreedor. Estas "ventas" se celebran aunque el dueño-vendedor, que es deudor incumplido, eventualmente no quiera.

166. Tanto las Ventas en Pública Subasta de la Jurisdicción Voluntaria como las Ventas en Pública Subasta no Judicial no son Ventas Forzadas.

Siguiendo la criticada clasificación de Pérez Vives, excluimos de las "ventas forzadas" las ventas en pública subasta de la jurisdicción voluntaria y las ventas voluntarias en pública subasta no judicial, cuales son estas últimas las realizadas por autoridades administrativas o por los particulares debidamente autorizados.

Todo ello porque en las ventas en pública subasta de la jurisdicción voluntaria y en las ventas en pública subasta no judicial los interesados no se ven forzados a vender puesto que depende de su voluntad vender o no vender. Sin embargo, es lo cierto que, en tratándose de ventas de la jurisdicción voluntaria y en algunos casos de ventas que debe realizar la Administración, por ejemplo, los remates de aduanas, se deben hacer en subasta pública.

167. Cuáles son las Unicas "Ventas Forzadas".

En conclusión, las únicas "ventas forzadas" son los remates de la jurisdicción contenciosa y los de la jurisdicción coactiva, donde no hay la discrecionalidad para vender o no, que asiste al vendedor en todas las demás ventas, celébrense o no éstas en subastación pública.

168. Cuatro Propositiones Sintetizadoras de las Ventas en Pública Subasta.

Lo consignado precedentemente sobre el deslinde de las ventas en pública subasta se puede sintetizar en cuatro proposiciones.

Primera Proposición.

Toda venta forzosa se hace por ministerio de la justicia en pública subasta. Esas ventas son los remates de la jurisdicción contenciosa y los de la jurisdicción coactiva.

Cuando la ley quiere referirse privativamente a ellas, emplea siempre un estribillo: "*ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia o ventas forzadas que se hacen por decreto judicial*".¹⁰

Segunda Proposición.

No toda venta que se haga por ministerio de la justicia en pública subasta es forzosa. Esas ventas no forzadas son los remates de la jurisdicción voluntaria.^{10b}

Cuando la ley entiende aludir en exclusividad a ellas, usa la fórmula estereotípica de "*decreto judicial o autorización judicial o licencia judicial y pública subasta*".¹¹

Por el contrario, cuando el legislador busca regular situaciones referentes indistintamente a las ventas forzosas (remates de las jurisdicciones contenciosa y coactiva) y a las ventas de la jurisdicción voluntaria (primera y segunda proposiciones respectivamente), habla en forma escueta y genérica de "*ventas hechas por ministerio de la justicia*" o "*pública subasta ordenada por el juez*" o sólo de "*remates*" en el Código de Procedimiento Civil.¹²

Es así como el artículo 32 de la Ley 57 de 1887 preceptúa: "*No habrá lugar a la acción rescitoria por lesión enorme en las ventas... que se hubieren hecho por ministerio de la justicia*". (Original sin resaltos). Valencia Zea y Bonivento Fernández, siguiendo la legislación y jurisprudencia francesas,¹³ puntualizan que "no quedan comprendidas en la excepción las ventas que se realizan por intermedio del juez, pero en donde no era necesaria dicha intervención, por ejemplo, los remates de inmuebles en los juicios de sucesión

(10) Cfr. C. C. arts. 741, inc. 3; 1908 y 1922. Lug. paral., C. de Co., art. 1983, ord. 4; C. de P. C. arts. 521 y 561.

(10-b) Acertadamente hablaba de "remates voluntarios" el abrogado Código Judicial. Cfr. Ley 176 de 1936, art. 2.

(11) Cfr. C. C., arts. 483 y 484; 345 y 1351; C. de P. C. arts. 649, ords. 1 y 2; 653, principalmente el inciso 2.

(12) Cfr. Ley 57 de 1887, art. 32; C. C., art. 2452; C. de P. C., arts 521 y ss.; 649, ords. 1 y 2; 653, inc. 2.

(13) Cfr. Ripert et Boulanger, op. cit. VIII, num. 1150; Mazeaud, H. L. et. J., cit., Tercera parte, vol. III, num. 882.

cuando los herederos o legatarios son todos mayores de edad, pues semejante venta habría podido realizarse válidamente sin el "ministerio de la justicia".

"En todo caso, esta es la doctrina que prevalece en la más reciente jurisprudencia francesa".¹⁴

Por su parte, el segundo autor opina que "se trata de ventas forzadas, que no se pueden hacer de otra manera que judicialmente: remate de un bien embargado, ventas de bienes de un menor, remate de un bien de la sucesión para el pago de impuestos, etc.". ¹⁵

No comulgamos con esas dos opiniones interpretativas del artículo 32 de la Ley 57 de 1887 porque ellas son plenamente válidas en el derecho francés como quiera que el artículo 1684 del Código Napoleónico norma expresamente "*las ventas que, según la ley no pueden celebrarse sino con autorización judicial*".¹⁶

En cambio, la ley patria no emplea giro semejante al de "*ventas que no pueden ser hechas más que con autorización judicial*" sino el genérico e indistinto de "*ventas hechas por ministerio de la justicia*", que abarca las ventas realizadas por intermedio del juez tanto aquellas en las que su intervención sea necesaria como aquellas en las que no lo era pero los interesados escogieron esa vía (esto contra Valencia Zea), y las ventas tanto forzadas (los remates de las jurisdicciones contenciosa y coactiva) como las no forzadas pero realizadas por el trámite judicial cuales son los remates de la jurisdicción voluntaria (Esto contra Bonivento Fernández).

Confirman nuestra tesis estos conceptos: "No hay rescisión por lesión enorme en las ventas que se hagan por ministerio de la justicia, entendemos que en las que en cualquier caso, sea en quiebra, ejecución, particiones o venta de inmuebles de menores o pupilos, se efectúen en pública subasta (artículos 1908 y 1922), desde que la ley no distingue".¹⁷

Equivalente a las locuciones "*ventas hechas por ministerio de la justicia*", "*pública subasta ordenada por el juez*" o "*remates judiciales*" es la expresión del artículo 1854, inciso 1, del C. C.:

(14) Valencia Z., Arturo. Op. cit., tomo IV, 8, I, 4. Para esclarecer más el punto, véase la Cas. de septiembre 19 de 1951, LXXI, 17.

(15) Bonivento Fernández, Alejandro. Op. cit., num. 60.

(16) "Elle (la rescision pour lésion) n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice": Code Civil Français, art. 1684. Nuestras son las subrayas).

(17) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 404.

“...que se vendan a consecuencia del litigio, aunque la venta se haga en pública subasta”. Precepto tal prohíbe a magistrados, jueces y secretarios de unos y otros comprar los bienes que se vendan en remates de las jurisdicciones contenciosa, coactiva o voluntaria, como consecuencia del proceso en que los mencionados funcionarios hayan intervenido.¹⁸

Finalmente es de notar que don Fernando Vélez se refiere correctamente a las ventas forzadas como a aquellas “que se hagan en ejecuciones o concursos”, pero cita en forma incorrecta la Ley 57 de 1887,¹⁹ porque no toda venta hecha por ministerio de la justicia es forzosa.

Tercera Proposición.

No toda venta que se realice en pública subasta se hace por ministerio de la justicia ni es forzosa. Estas ventas son los remates, licitaciones, vendutas o martillos llevados a cabo por autoridades administrativas o por los particulares, autorizados por la ley.

A ventas en pública subasta no judicial aluden los artículos 13 y 182 del Código Fiscal, el ordinal 2 del artículo 1983 del Código de Comercio²⁰ y el primer colon del inciso 1 del artículo 1854 del C. C.: “Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio”.²¹ Por manera que no podrá el administrador de aduanas comprar las mercancías que se ha apropiado la Administración por motivo de contrabando, aun cuando la venta se haga en subasta pública.

Conclusión: cuando la ley quiere regular situaciones relativas a todas las ventas que se realicen en subastación pública —las ventas judiciales y las ventas no judiciales señaladas en las tres primeras proposiciones— emplea el matiz idiomático “ventas en pública subasta”. Sobre manera ilustrativo a este respecto es el encabezamiento del Código de Comercio, en el artículo 906: “No podrán com-

(18) Ver el alcance de la prohibición, *infra*, num. 230 y ss.

(19) Vélez, Fernando. *Op. cit.*, VII, 330.

(20) C. de Co., art. 1983, ord. 2: “Salvo lo previsto en concordato, los bienes de la masa serán vendidos para pagar en dinero los créditos. La venta se sujetará a las siguientes reglas: “Los bienes muebles que no tengan cotización en bolsa, los venderá el síndico con autorización de la junta asesora y bajo su vigilancia, en un martillo que funcione legalmente, observando los reglamentos de éste”.

(21) Ese colon 1 ha de entenderse referido privativamente a los empleados públicos no pertenecientes a la rama jurisdiccional, debido a que el colon 2 de la precitada norma se refiere en exclusividad a los funcionarios judiciales, quienes también son empleados públicos. *Cfr.* Lug. paral., C. de Co., art. 906, ords. 5 y 6. Ver alcance de esta prohibición, *infra*, num. 230 y ss.

prar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas...” (Original sin resaltos).

No es superfluo consignar que la única disposición en materia civil que hablaba genéricamente de “ventas en pública subasta” fue el artículo 1949 del C. C., derogado por la ley 57 de 1887, artículo 45 y sustituido por el artículo 32 de la misma. Norma semejante se aplicaba, entonces, a las ventas en pública subasta de las tres proposiciones primeras: las de la jurisdicción contenciosa, de la coactiva, de la voluntaria y a las no judiciales. Rezaba el abrogado artículo: “No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas verificadas en pública subasta”.

Cuarta Proposición.

Toda venta hecha por ministerio de la justicia es en pública subasta y es solemne.²²

No entramos a explicar esta última proposición toda vez que las consideraciones hechas y sobre todo las normas citadas en las tres proposiciones precedentes nos exoneran de ello.

169. Conclusión: el Régimen de las Ventas Forzosas no Puede Hacerse Extensivo a Todas las Ventas en Pública Subasta.

‘A posteriori’ se nos impone el punto de llegada: el léxico mismo de la ley nos está indicando que debe entenderse por “ventas forzadas” sólo las de la jurisdicción contenciosa y las de la jurisdicción coactiva. Por donde es inadmisibles, como lo hacen algunos tratadistas,²³ pretender aplicar un régimen único a las ventas en pública subasta, extendiendo a éstas —el género— lo que es exclusivo de las forzosas, que conforman una de las especies. Con ello se contraviene a las reglas de la lógica y de la hermenéutica jurídica: a la lógica, cuando quiera que se incurre en una indebida inferencia por inducción amplificadora o en la falacia de falsa generalización; a la hermenéutica jurídica, toda vez que se aplica a la institución genérica las normas propias de la institución específica. Lo cual es a todas luces inadmisibles porque si toda venta forzosa es venta en pública subasta, no toda venta en pública subasta es forzosa.

Por tanto, a las ventas en pública subasta, que no sean forzosas, es inaplicable el régimen exceptivo propio de las forzadas, el cual señalaremos más abajo en el numeral 173.

(22) *Cfr.* C. de P. C., arts. 527 y 617. Igualmente “La Naturaleza Contractual...”. *Op. Cit.*, pág. 104, num. 65, ord. 5.

(23) Pérez Vives, Alvaro. “Compraventa...”. *Op. cit.*, 470.

Verbigracia, a las ventas en pública subasta de la jurisdicción voluntaria (la venta de inmuebles de pupilos del artículo 482 del C. C.) o a las ventas en martillos, no son aplicables las reglas de los artículos 1908 y 1922 del C. C. sino las generales sobre saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios, como adelante explicaremos. Allí también se tratarán exhaustivamente las implicaciones teóricas y prácticas que se desprenden del deslinde que hemos efectuado entre ventas en pública subasta y ventas forzadas.²⁴

170. Casos de Ventas Forzadas.

Para Rodríguez Fonnegra,²⁵ hay venta forzosa en los siguientes casos:

1. Almoneda judicial que se efectúa para pagar a los acreedores (C. C., artículos 1683 y 2488).
2. Adjudicación de la prenda que el juez hace al acreedor (ibídem, artículos 2422, inc. 1 y 2425).
3. Adjudicación del inmueble hipotecario al acreedor (ibídem, artículos 2448 y 2450).
4. Accesión de un mueble a otro (ibídem, artículos 727 al 737).
5. Accesión de muebles a inmueble (ibídem, artículos 738 y 739).
6. Reivindicación (ibídem, artículo 964, inc. 2; 965 y 966).
7. Medianería (ibídem, 912 y 915).
8. Cuando, quien enajenó cosa mueble ajena cuya reivindicación se ha hecho imposible o difícil, debe pagar al dueño de la cosa lo que recibió por ella o indemnizarle de todo perjuicio (ibídem, artículo 955).
9. Pago de lo no debido (ibídem, 2320 y 2321).

Estimamos que sólo son ventas forzadas los tres primeros casos. Los ordinales que van del cuarto al noveno no constituyen ventas ni libres²⁶ ni forzadas por las razones que van a expresarse:

(24) "En las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no es obligado, por causa de la evicción que sufre la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta". "La acción redhibitoria no tiene lugar en las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia. Pero si el vendedor, no pudiendo o no debiendo ignorar los vicios de la cosa vendida, no los hubiere declarado a petición del comprador, habrá lugar a la acción redhibitoria y a la indemnización de perjuicios" (C. C., arts. 1908 y 1922, respectivamente. Subrayas nuestras). Vid. supra, num. 168 primera proposición.

(25) Cfr. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 33 y 36.

(26) A falta de término más apropiado, las denominamos "libres" por oposición a ventas "forzadas".

1^a Aunque tales seis casos den ocasión al desplazamiento de derechos a cambio de dinero, no son ventas porque el pago, que de una suma de dinero —precio— debe realizar una parte a otra, no es a título de venta sino a título de indemnización o resarcimiento de perjuicios, como expresa²⁷ o tácitamente se desprende de las precitadas disposiciones.

2^a No son casos de ventas libres, pues falta el acuerdo de voluntades requerido en cualquier negocio jurídico. A ellos, por tanto, no es aplicable norma contractual alguna.

3^a Tampoco llegan a ser ventas forzadas porque no se verifican en pública subasta judicial.²⁸

Hemos puntualizado en este ordinal I cuáles son las ventas forzadas. Pasemos ahora a considerar qué son, en el ordinal II.

II. NATURALEZA DE LAS VENTAS FORZADAS (Qué son).

171. Las Ventas "Forzadas" son Remates Judiciales y no Ventas.

Los remates de las jurisdicciones contenciosa y coactiva —aunque tradicionalmente han sido denominados ventas y considerados así por las diversas legislaciones y jurisprudencias—²⁹ no tienen la naturaleza jurídica de tales, no obstante den lugar a la obligación de desplazar derechos a cambio de dinero. Son actos de la autoridad jurisdiccional que deben llamarse con toda propiedad remates judiciales forzosos.

172. Los Dos Tradicionales Argumentos y Contra-argumentos para Considerar o no Esos Actos de la Autoridad Jurisdiccional como Ventas.³⁰

1. El consentimiento del deudor ejecutado existe o es virtual desde cuando contrae la obligación, porque desde entonces acepta que, en caso de incurrir en incumplimiento, sus bienes se rematen para efectuar el pago.

Contra-argumentación: es una sutileza sin apoyo en la realidad. Quien se obliga jurídicamente no siempre tiene en cuenta que está

(27) Cfr. C. C., arts. 732, inc. 3; 737, inc. 1; 738, inc. 2; 739, inc. 1; 915, ords. 2, 3 y 5; 955, inc. 1 y 2320, inc. 2.

(28) Vid. supra, num. 168, primera proposición.

(29) Cfr. C. C., arts. 741, inc. 3; 1908 y 1922. Sent. mayo 20 de 1952, G. J., LXXII, 121.

(30) Los extractamos de Ochoa González, Guillermo. Op. cit. 10.

afectando su patrimonio a la ejecución de la deuda y abriendo el campo a un eventual remate de sus bienes. Muchas veces, inclusive, ni siquiera tiene noticia de que la totalidad de sus haberes quedan constituidos en prenda general del acreedor.

Empero, bien se puede retorcer el argumento aduciendo que la ignorancia del derecho no sirve de excusa.³¹

Pero irrefutable sí es la existencia de obligaciones que nacen sin la voluntad del deudor y que también pueden hacerse pagar por medio de ejecución forzada, como las que impone directamente la ley y las que se originan en el ámbito de la responsabilidad extra-contractual.

Además, el llamado consentimiento 'virtual' del deudor, "no es la voluntad actual que unida a la del rematante o a la del adjudicatario... traiga la formación de obligaciones puramente contractuales, resultantes de que varias voluntades coincidan en un momento dado en cuanto a que alguna o varias obligaciones queden creadas".³²

2. El juez es el representante legal del deudor incumplido, en cuyo nombre actúa como vendedor.

A esta tesis adhiere el legislador en el artículo 741, inciso 3 del C. C.: "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal".

Contra-argumentación: por una parte, el juez que lleva a efecto una venta forzada no está emitiendo una declaración de voluntad como contratante, sino ejerciendo una atribución como funcionario. Es un representante de la autoridad estatal y, como tal, está dando la necesaria protección al acreedor que ve defraudado su derecho. De considerarse al juez como representante legal del deudor incumplido, se llegaría a la incoherencia de tenerlo como juez y parte, lo que procesalmente es un absurdo.

Por otra, en las ventas forzadas falta un acuerdo de voluntades entre la persona cuyo derecho se va a transmitir y la persona que lo va a adquirir. Normalmente la primera de ellas, lejos de conformarse con el procedimiento que se adelanta en su contra, es opuesta a él y mal podría su representante legal —el juez— actuar consintiendo por ella.

(31) Cfr. C. C., art. 9; C. de R. P. y M., art. 56. "Nemini Licet Ignorare Leges".

(32) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 33.

En este mismo sentido nuestro apunta una casación de la H. Corte Suprema de Justicia: "Jurídicamente no es posible establecer la analogía entre el contrato y la sentencia, porque mientras aquél es ineludiblemente el resultado del consentimiento, ésta es un acto jurisdiccional configurado por la ley en su naturaleza, autoridad y consecuencias, que finaliza una relación jurídico-procesal y vincula a los jueces por la fuerza de cosa juzgada. Los efectos jurídicos que se desprenden del fallo que decide una acción constitutiva tienen por título o antecedentes la sentencia, en virtud de la soberanía judicial".³³

173. El Régimen Propio de las "Ventas Forzadas" es Todo un Régimen de Excepción.

Epilogando sobre los antecedentes argumentos y contra-argumentos: innúmeros son los escollos que se encuentran en el afán de hacer pasar por venta lo que es un simple acto de autoridad. He aquí algunos.

Es incuestionable que el acto de autoridad —que se da en una venta forzosa— es un principio de enajenación. Sin embargo, el título no es la venta sino la sentencia judicial de adjudicación, en la cual consta la diligencia de remate y la aprobación de éste hecha por el juez. Y el modo es el registro de la sentencia.³⁴

Tan embarazada se halla la ley, por estimar que el acto de autoridad es una venta, que le consagra todo un verdadero régimen de excepción.

Es así como contra una "venta forzosa" no cabe acción rescisoria por lesión enorme (Ley 57 de 1887, artículo 32);³⁵ ni en ocasiones la redhibitoria (C. C., artículo 1922); ni la hipotecaria (ibídem, 2452; C. de P. C., artículo 530, ord. 1).

Asimismo, la acción resolutoria para sanear la evicción es restringida en sus efectos (C. C., artículo 1908). La cláusula legal de opción (C. C., artículos 1546, 1882 y 1930) no opera en caso de incumplimiento por parte del rematante (C. de P. C., artículo 529), como quiera que el ejecutado no puede escoger entre la resolución del remate o su ejecución forzada, en uno y otro caso con indemnización de perjuicios.

(33) Cas. 23 agosto de 1946, LXII, 62.

(34) Vid. nuestro artículo "La Naturaleza Contractual de la Venta". Op. cit., num. 65, ord. 5. Véase la cita de la nota 33.

(35) Vid. supra, num. 168, segunda proposición, donde nos detuvimos sobre el alcance de esta excepción.

Además, en las “ventas forzadas”, se exige un avalúo pericial de la cosa (C. de P. C., artículo 516) y un límite mínimo como base del remate (ibídem, artículos 523, inc. 2 y 533), exigencias ambas extrañas totalmente a cualesquiera ventas.

Si, pues, el régimen de excepción señala tantas consecuencias diferentes a las de la compraventa es porque la propia ley en última instancia hace un reconocimiento tácito o velado de que las “ventas forzadas” no son figuras jurídicas encuadrables dentro de la venta. De lo contrario, bastaría el silencio del legislador y con sólo indicar que los remates judiciales son ventas, se aplicaría el régimen de la compraventa.

174. Contrasantido Lógico y Jurídico de “Venta Forzosa”.

No más semasiológicamente “venta forzada” denota un contrasentido porque la fuerza (necesidad) es incompatible con la voluntad (libertad) y jurídicamente donde hay violencia, fuerza, coacción, amenaza, el negocio es susceptible de sanción: la nulidad relativa.³⁶

La voluntad, entendida como libertad o consentimiento, es la base de toda normatividad —sea ésta ética, jurídica o de simple uso social— y ella desaparece ante la fuerza, que es su negación.

Luego, las ventas forzadas no constituyen venta. Por consiguiente, no son excepción al consentimiento que debe existir en cualquier compraventa y no están sometidas al régimen de ella sino a uno especial, propio de un acto de la autoridad judicial, el cual debe llamarse remate judicial forzoso.

De ahí que escriba Rodríguez Fonnegra: “. . . Las ‘ventas forzadas’ son actos de autoridad que producen efectos propios³⁷ del contrato de compraventa sin que medie la celebración de contrato alguno. . . No siempre las ventas forzadas traen todas las consecuencias del contrato de compraventa. . .”³⁸

175. La “Venta Forzosa”, un Contrato Procesal Innominado.

Devis Echandía, siguiendo a Carnelutti, enseña: “Hay casos en que para la consecución de un efecto procesal se necesita una com-

(36) Cfr. C. C., arts. 740, 742, 743, 1502, ord. 2; 1513 y 1514.

(37) Corregimos nosotros: *algunos efectos propios*. . .

(38) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 33. Ver allí mismo, en la nota 7, las abundantes jurisprudencia y doctrina patrias y foráneas que respaldan las aseveraciones. Ibídem, 37.

binación de actos, que sin duda tienen naturaleza contractual y cuyo ejemplo típico lo encontramos en la venta forzosa en pública subasta o remate. Se trata entonces de verdaderos contratos procesales. Para la aceptación de la noción de contrato en este caso existe naturalmente la dificultad que presenta el hecho de que en vez de concurrir el deudor a la celebración del acto, lo hace el juez en su lugar; pero esto no es obstáculo para reconocer la naturaleza contractual del acto, porque sencillamente esa igualdad de las partes y de los actos de éstas se exige sólo para una especie de contratos, eso es, para los de derecho privado, pero no para todos. Sucede que no se trata de un contrato de derecho privado, sino de uno que pertenece a la especie de los contratos del derecho público, que es muy diferente”.³⁹

Lo que para nosotros es un acto de autoridad, un remate judicial forzoso, para el autor acotado es un contrato procesal.

A pesar de las dificultades enumeradas arriba para ver en la venta forzada un contrato, accederíamos a ver en ella un contrato procesal, teniendo en cuenta que en el ámbito del derecho privado también ya se han configurado contratos “forzados” semejantes a los procesales. Es ésta una de las manifestaciones del fenómeno de la publicización del derecho privado.⁴⁰

Son esos los contratos “dictados”, aparecidos después de la primera guerra mundial, en los que se ha llegado a prescindir de la voluntad de una de las partes, la cual es suplantada por la voluntad del Estado, quien contrata en nombre de aquella bajo las condiciones que él mismo fija.⁴¹

En lo que no accedemos es en conformar la venta forzosa como una venta. Al máximo, será un contrato procesal innominado, por así decirlo, pero no de venta. El régimen especial de la venta forzosa no permite que a ésta se la trate en pie de igualdad con una verdadera venta.

176. “Venta Forzada”: Comodidad e Impropiiedad del Lenguaje o Hábito Lingüístico Vitando.

(39) Devis Echandía, Hernando. Op. cit., 242. Ver igualmente a Mora G., Nelson R. Op. cit., num. 107: “Del Contrato Procesal del Remate”.

(40) Vid. Valencia Restrepo, Hernán. “Thomas Hobbes, Fundador de la Filosofía Política Moderna”. Estudios de Derecho, Septiembre de 1975, N° 88, num. 11, págs. 369 y ss.

(41) Cfr. Larenz, Karl. Op. cit., tomo I, págs. 63 y 64.

En la ciencia jurídica, las instituciones deben ser denominadas por sus propios nombres y no por nombres prestados a otras instituciones con base en semejanzas. Es ello comodidad e impropiedad del lenguaje o hábito lingüístico que debe enmendarse.

Las ventas forzosas débense llamar remates judiciales forzosos porque eso son. Adviértase que este es el vocabulario mismo del Código de Procedimiento Civil que en parte alguna habla de ventas forzosas, ventas en pública subasta o licitación como lo hizo el derogado Código Judicial.⁴² En su lugar, las normas adjetivas vigentes emplean siempre la dicción "remate".⁴³

Si juzgamos cierto que el derecho, como la filosofía, está sometido al principio de razón suficiente, por el que no se deben crear categorías jurídicas sin necesidad, no es menos cierto que el principio de identidad impide que una venta forzosa sea venta y no sea venta al mismo tiempo.

De manera que se debe crear una categoría jurídica nueva que abarque todo lo relativo a las ventas en subastación pública en general y a las forzadas en particular. Esta debe ser una pauta del legislador colombiano cuando promulgue un nuevo Código Civil en reemplazo del vigente, tan avejentado como ajeno a los quehaceres jurídicos actuales.

Mientras ello ocurra, es mejor considerar las "ventas forzadas" como actos de autoridad, remates judiciales forzosos,⁴⁴ categoría que no las encasilla violentamente, que como ventas, entelequia jurídica que las violenta y que sólo es impropiedad o comodidad de lenguaje o hábito lingüístico vitando, repetimos.

(42) Cfr. C. J., arts. 1145, 1147, 1189, 1192; Ley 176 de 1936, arts. 1 y 4.

(43) Cfr. C. de P. C., arts. 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529; 530; 531; 532; 533; 538; 557; 613.

(44) Los remates judiciales voluntarios son los de la jurisdicción graciosa.

DE LA CAPACIDAD EN LA CONTRAVENTA

A) *EL REGIMEN GENERAL: LA CAPACIDAD Y LA INCAPACIDAD GENERAL* (tanto absoluta como relativa).

177. La Capacidad en la Venta y las Normas Generales de los Negocios Jurídicos.

La capacidad negocial, como elemento de validez de la venta, está gobernada por las normas generales, aplicables a cualquier negocio jurídico. Tales son los artículos 1502, 1503 y 1504 del Código Civil, y del Código de Comercio el artículo 12. Trasunto de todos ellos es el artículo 1851 del primero de los Códigos nombrados: "Son hábiles para el contrato de venta todas las personas que la ley no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato".

178. Las Tres Incapacidades: las Dos Generales (la absoluta y la relativa) y la Especial.

Las personas que la ley declara inhábiles para celebrar todo contrato son los incapaces generales, tanto absolutos como relativos.

Las personas que la ley declara inhábiles para celebrar un determinado contrato son los incapaces especiales o particulares.

Aquí sólo nos ocuparemos de estos últimos incapaces, cuyas inhabilidades en materia de venta se consagran en los Estatutos Civil del artículo 1852 al 1856; en el 906 del Comercial y en las Leyes 28 de 1932, artículo 3 y 39 de 1918, artículo único.

B) *EL REGIMEN ESPECIAL: LAS INCAPACIDADES PARTICULARES.*

179. Sistematización: las Incapacidades Especiales en General y las Incapacidades Especiales en Particular.

Trataremos las incapacidades especiales, en primer lugar, globalmente (ord. I) dando una definición (num. 1), explicando su

configuración (num. 2), sus sanciones (num. 3), qué fines persiguen (num. 4); y, en un segundo momento, particularizadamente (ord. II) deteniéndonos en cada una de ellas.

I. DE LAS INCAPACIDADES ESPECIALES EN GENERAL.

1. Definición de Incapacidad Especial.

180. La Incapacidad Especial no es una Prohibición en Sentido Estricto sino una Restricción.

Las incapacidades especiales son restricciones a la plena capacidad de una persona que la ley impone a ésta para celebrar determinados negocios jurídicos.

Don Claro Solar explana: "Las incapacidades especiales consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos; no emplea la palabra prohibición en el sentido de acto prohibido por la ley en sí mismo, que tendría por consiguiente, objeto ilícito. El acto en sí mismo no tiene nada de ilícito, la ley no lo prohíbe, sino que declara que no puede ser ejecutado por ciertas personas, a pesar de la capacidad general que éstas tengan para ejecutar toda clase de actos; establece que ciertas personas no pueden válidamente ejecutarlos y las hace incapaces de realizarlos".⁴⁵

Luego, la "prohibición" o, mejor, la incapacidad particular se configura únicamente por razón de la persona o personas que celebran la venta y no por razón de la naturaleza de ésta en sí misma, que no es un contrato prohibido, el cual contendría objeto ilícito. Lo que reviste ilicitud, por así decirlo, en la celebración de la venta es la calidad o estado de uno de los contratantes o de ambos, y no el objeto, causa o solemnidad del contrato.⁴⁶

De ahí que con toda propiedad, para referirse a las incapacidades especiales, debería hablarse más bien de restricciones que de prohibiciones, vedamientos, inhibiciones o interdicciones, puesto que el negocio jurídico no se prohíbe sino que se restringe la capacidad plena de una persona para celebrarlo.

Si ello no fuera así, habríase de concluir que la sanción a todas las incapacidades especiales sería siempre la nulidad absoluta, en

(45) Solar, Claro. Op. cit., tomo XI, 708.

(46) Cfr. C. C., art. 1741.

obedecimiento a la norma de que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes,⁴⁷ conclusión errada a todas luces, porque no se repara "en que el artículo 1523 no concierne sino a los contratos cuya celebración esté prohibida a todo el mundo (v.gr., el sobre juego no autorizado, el de barraganía y el de transacción acerca del estado civil)".⁴⁸

2. Configuración de las Incapacidades Especiales.

181. La Calidad o Estado de las Personas Contratantes.

En materia de venta, las incapacidades especiales se configuran siempre por razón de la calidad o estado de uno de los contratantes o de ambos: bien porque entre ellos medien determinados vínculos familiares (el vendedor y el comprador sean cónyuges o sean titular de la patria potestad y el sometido a ella), bien porque uno de ellos desempeñe ciertos cargos ora de derecho privado (el vendedor o el comprador sea guardador, mandatario, síndico, albacea o secuestre), ora de derecho público (el vendedor o el comprador sea funcionario de cualquiera de las tres ramas del poder público), bien porque se interpongan conveniencias de seguridad para el Estado Colombiano (el comprador o el vendedor sea un gobierno extranjero).

3. Sanción al Quebrantamiento de las Incapacidades Especiales.

182. Sanción: la Nulidad, pero ¿absoluta o relativa?

Hay unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina en que la infracción de una incapacidad especial se sanciona con nulidad. Más en lo que no hay consenso es en lo relativo a la graduación de la nulidad: si relativa, si absoluta.

Prueba irrecusable de que se ha pensado en que no hay norma exactamente aplicable al caso controvertido la constituyen las encontradas opiniones de los tratadistas.⁴⁹

(47) Cfr. C. C., arts. 1523 y 1741, inc. 2.

(48) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 373, c).

(49) Cfr. Vélez, Fernando. Op. cit., VII, del 209 al 214. González Valencia citado por Ortega Torres en su Código Civil Comentado, arts. 1852 al 1856. Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., del 191 al 213. Valencia Zea, Arturo. Op. cit., IV, del 13 al 15. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., del 338 al 384. Ochoa González, Guillermo. Op. cit., 11. Bonivento Fernández, José Alejandro. Op. cit., 6 al 20. Otro tanto acaece en la doctrina chilena.

Para resolver en forma adecuada la cuestión, es preciso ubicarnos temporalmente: antes de la vigencia del actual Código de Comercio y durante ella.

183. Sanción antes de la Vigencia del Actual Código de Comercio (Hasta el primero de enero de 1972).

En esta época, en verdad no había ley exactamente aplicable para saber de qué nulidad adolecía una venta celebrada en contravención a una incapacidad particular. Ninguna norma del ordenamiento privado colombiano la indicaba.

El derogado Código de Comercio (el en vigor hasta el primero de enero de 1972) no contenía siquiera incapacidades especiales en materia de venta.

Entonces, hubo que acudir a leyes que regularan casos o materias semejantes, o en su defecto, a la doctrina constitucional y a los principios generales del derecho.⁵⁰

Por lo que conocemos, el autor colombiano que con todo acierto trató el punto fue Rodríguez Fonnegra.⁵¹ Con muy sopesadas razones llegó a la conclusión de que toda venta con que se infrinja una incapacidad especial está viciada de nulidad relativa, hecha excepción de la venta inmobiliaria entre cónyuges, afectada de la absoluta a partir de la ley 28 de 1932, artículo 3.⁵²

Esta solución se acomoda a la razón por la cual se configura la incapacidad especial: el estado o calidad de las personas contratantes. Relativa es la nulidad proveniente de tal causa.⁵³

184. Sanción durante la Vigencia del Actual Código de Comercio. (A partir del primero de enero de 1972).

Con la expedición del nuevo Estatuto Mercantil, creemos que ya no puede existir duda sobre la nulidad que tiene una venta celebrada por incapaces particulares porque el artículo 906, inciso final, señala taxativamente la sanción, así:

Nulidad absoluta para cualquier venta —mobiliaria o inmobiliaria— celebrada en contravención a la incapacidad existente entre

(50) Cfr. Ley 153 de 1887, artículo 8.

(51) Cfr. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 373.

(52) Cfr. *Ibidem*, 344, 357, 361, 363, 372, 377 y 382.

(53) Vid. *supra*, num. 181 y C. C., art. 1741.

los cónyuges, a la celebrada entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella, a la celebrada por los empleados públicos y por los abogados (numerales 1, 5, 6 y 7 del precitado artículo).

Nulidad relativa para cualquier compraventa —mobiliaria o inmobiliaria— celebrada en contravención a la incapacidad de los guardadores, mandatarios, síndicos, albaceas y secuestres (numerales 2, 3 y 4 del antedicho artículo).

En consecuencia, no se podrá aducir que no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido.

185. Las Incapacidades Especiales son de Derecho Estricto.

No se vaya a pensar que estamos extendiendo por analogía las incapacidades particulares del ordenamiento comercial al ordenamiento civil. Aquellas, como prohibiciones o restricciones, son de derecho estricto y no admiten, por ende, interpretación extensiva.

Las inhabilidades civiles son las mismas del Código de Comercio.⁵⁴ Lo único específico que hace éste no es ni siquiera señalar la sanción (la nulidad) sino el grado de ésta: absoluto o relativo.

Prohibición, sanción y grado de la sanción son tres conceptos diferentes pero complementarios. Identificándose los Códigos Civil y Comercial en las prohibiciones y sanciones, también lo deben estar en la graduación de éstas. Porque donde existe la misma situación, debe regir la misma disposición.⁵⁵ Luego, sí hay ley exactamente aplicable al caso controvertido.

Por las razones expuestas, no sobrá advertir que, en materia de incapacidades especiales de la venta, las normas del Código de Comercio, en cuanto a los ámbitos de validez temporal y material, se presentan respectivamente como posteriores y especiales con respecto a las del derecho común —las del Código Civil— que son anteriores y generales.

Hoy en día, pues, ha perdido toda significación la polémica sobre el grado de la nulidad en lo tocante a las incapacidades particulares de la venta civil.

(54) Hay una excepción: la de los abogados, del ordinal 7. del artículo 906 del Código de Comercio. Adelante la trataremos. Vid. *infra*, num. 233.

(55) "Ubi eadem est ratio, idem ius".

4. Fines de las Incapacidades Especiales.

186. Protección, Moralidad y "Ragion di Stato".

Las incapacidades particulares persiguen proteger a una de las partes y/o a terceros, quienes son los acreedores de aquéllas.

Buscan alcanzar este fin: la inhabilidad de los cónyuges, la del titular de la patria potestad y el sometido a ella, y la de los representantes, guardadores, mandatarios, síndicos, secuestres y albaceas.

Son inhábiles para vender o comprar en determinados casos los funcionarios de cualquiera de las tres ramas del poder público. El fin perseguido por esta incapacidad es moralidad o moralización en el ejercicio de las funciones públicas. Otro tanto dígase de la inhabilidad de los abogados.

Por seguridad nacional o salvaguardia de la soberanía, son inhábiles los gobiernos extranjeros para comprar bienes inmuebles diferentes al destinado a alojar su propia legación en Bogotá. Es esta la razón de Estado maquiaveliana: la "ragion di Stato".

En las líneas subsiguientes, al considerar las incapacidades especiales en particular, trataremos de nuevo y a espacio los fines aquí esbozados.

5. Contenido de las Incapacidades Especiales.

187. La Prohibición del Auto-contrato de Venta, impuesta al Representante, Subyace en las Incapacidades Especiales.

En el primitivo sistema del Código Civil, hasta la promulgación de la Ley 28 de 1932, absolutamente todas las incapacidades especiales en punto de compraventa se encaminaban de manera particular a prohibir el auto-contrato de venta (o venta consigo mismo) del representante.^{55 bis}

Se restringía y se restringe la capacidad plena del representante en orden a emitir una declaración de voluntad en nombre propio y otra en nombre del representante, para lo cual estaría facultado,⁵⁶ si no mediara la incapacidad particular.

Comprobemos el común denominador del auto-contrato: todos los inhabilitados son representantes.

(55 bis) En este orden de ideas se ubica el C. de Co., art. 839, inc. 1.
(56) Cfr. C. C., arts. 1505 y 2170; C. de Co., arts. 839 y 1339.

En la inhabilidad del artículo 1852: el marido, representante de la mujer casada,⁵⁷ el titular de la patria potestad, padre y/o madre, representante del hijo de familia.

En la de los artículos 1853 y 1854: el empleado público, representante de la entidad oficial.⁵⁸

Aún en la inhabilidad de los funcionarios judiciales (al menos a nivel de magistrados y jueces), se entrevé el auto-contrato toda vez que, según la concepción de la ley, en las ventas forzadas el juez es representante legal del vendedor-tradente.⁵⁹

En la inhabilidad de los artículos 1855 y 1856, el guardador es representante del pupilo; el mandatario, del mandante; el síndico, del concursado y el albacea, de los herederos.⁶⁰

Al promulgarse la Ley 28 de 1932, el marido dejó de ser representante de la mujer casada. Por tanto, actualmente en la incapacidad de los cónyuges para celebrar venta ya no subyace la prohibición del auto-contrato. Cae de su peso que tampoco se trata de auto-contrato de venta la que celebren empleados públicos cuya función no lleve aneja representación, como es el caso de los secretarios de los jueces.⁶¹

(57) "Puede decirse también que estando la mujer bajo la potestad del marido, en contrato que celebrase con éste faltaría una de las partes, puesto que *el marido las representaría a ambas*" (Subrayas nuestras). Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 209.

(58) La venta entre el empleado público (y, en general, el representante) y su testamento y la efectuada en pública subasta, en el fondo, no son más que auto-contrato y por ello también están prohibidas. Cfr. C. de Co., art. 906, encabezamiento.

(59) Cfr. C. C., art. 741, inc. 3. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 7, a). Ver allí mismo en la nota 2, la jurisprudencia.

(60) Asevera Rojina Villegas que la justificación de la representación convencional y la de la representación legal debe ser diversa. Así, entonces, la representación voluntaria se justifica por el principio de la autonomía de la voluntad; fundamentalmente lo que existe en toda representación voluntaria es el respeto a la autonomía de la voluntad del representado, que quiere y autoriza plenamente a otro para que en su nombre celebre actos jurídicos; el representado, se obliga pues, porque lo ha querido así previamente, autorizando por adelantado los actos que haga su representante. En cambio, la representación legal implica una situación diversa y muy compleja; hay diversos factores que intervienen en la representación legal. Ellos son: una incapacidad de ejercicio o una imposibilidad material de obrar jurídicamente; la primera en los menores, los enajenados y los fallidos (concurados o quebrados); la segunda, en el ausente. En las sucesiones (caso de representación legal) hay la extinción de una capacidad (la del de cujus) combinada con la creación de una copropiedad; no hay aquí problema de capacidad jurídica porque la tienen los herederos y los legatarios, pero hay una necesidad de unificar la representación de los herederos y legatarios a través de un órgano que es el albacea. Este es el punto de partida de la representación legal: incapacidad de ejercicio, imposibilidad material de actuar o necesidad de unificar una representación de personas distintas. Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., 290.

(61) Cfr. C. C., art. 1854, inc. 1.

II. De las Incapacidades Especiales en Particular.

188. Las Tres Clases de Incapacidades Especiales.

Por razón de la calidad o estado de las personas contratantes, las incapacidades particulares son de tres clases:

1. Las inhabilidades por vínculos familiares.
2. Las inhabilidades por el desempeño de ciertos cargos, y
3. Las inhabilidades por seguridad nacional.

Como esta clasificación tripartita es susceptible de subclasificaciones, damos a continuación una sinopsis de todas las inhabilidades. En la exposición particularizada de cada una, seguiremos el orden señalado en esta sinopsis.

1. Inhabilidades por vínculos familiares.
 - 1.1. La de los cónyuges.
 - 1.2. La del titular de la patria potestad y el sometido a ella.
2. Inhabilidades por el desempeño de ciertos cargos.
 - 2.1. Cargos de derecho privado.
 - 2.1.1. La de los guardadores.
 - 2.1.2. La de los mandatarios, síndicos y albaceas.
 - 2.2. Cargos de derecho público.
 - 2.2.1. La de los empleados de cualquiera de las tres ramas del poder público.
3. Inhabilidades por seguridad nacional.
 - 3.1. La de los gobiernos extranjeros.

189. Todas las Incapacidades Especiales son "Dobles": Tanto para vender como para comprar. No hay incapacidades "simples": ni para sólo vender ni para sólo comprar.

Enseña el profesor Pérez Vives: "Las excepciones al principio general de que toda persona capaz puede vender y comprar, suelen estudiarse en tres grandes categorías: incapacidades dobles (para vender y comprar); incapacidades para vender, e incapacidades para

comprar. A las primeras pertenece la prohibición de celebrar el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia. A las segundas, la prohibición de vender que afecta a los administradores de establecimientos públicos, en lo referente a los bienes que administran; al fallido; al mandatario. Y a las últimas, la incapacidad que afecta a los empleados públicos respecto de los bienes que se vendan por su ministerio; a los jueces, abogados, procuradores, secretarios, agentes del Ministerio Público, etc., respecto de los bienes en cuyo litigio han intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio; a los tutores y curadores, respecto de los bienes de sus pupilos; a los mandatarios, síndicos y albaceas respecto de los bienes que hayan de pasar por sus manos en virtud de esos encargos; y a los gobiernos extranjeros para adquirir bienes raíces en Colombia".⁶²

Pasamos a demostrar que todas las incapacidades son "dobles" como quiera que las "simples" son reductibles a aquellas.

En cuanto a las inhabilidades provenientes de vínculos familiares, estamos acordes con el tratadista acotado: son "dobles". Tanto a los cónyuges como al titular de la patria potestad y al sometido a ella se prohíbe ser vendedores o compradores entre sí.

En lo referente a la segunda categoría de inhabilidades, las originadas por el desempeño de ciertos cargos, también son "dobles". Particularicemos.

En los cargos de derecho privado, los guardadores son inhábiles para comprar ciertos bienes pupilares: así lo preceptúan el Código Civil en el artículo 1855 y el Código de Comercio, en el artículo 906, ordinal 2. Igualmente lo afirma Pérez Vives en las líneas transcritas.

Pero también son inhábiles para vender de lo suyo a los pupilos puesto que el Código Civil en el artículo 501 habla de que ningún acto o contrato (aquí está incluida la venta y no sólo la compra) en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera o por el juez en subsidio. Luego, el guardador podrá estar interesado ya en comprar bienes pupilares ya en vender bienes suyos (los del guardador mismo) al pupilo. En consecuencia, la incapacidad del tutor o curador es "doble".

(62) Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., 191. Lo mismo en Salamanca, Hernán. Op. cit., 23.

Asimismo, en la inhabilidad que brota del desempeño de ciertos cargos de derecho privado, a los mandatarios, síndicos y albaceas se prohíbe tanto vender como comprar porque el C. C., en el artículo 1856, puntualiza que ellos “están sujetos en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto en el artículo 2170”. A su vez, esta norma señala que “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”. (Sin resaltes en el original).

Entonces, esa incapacidad especial también es “doble”.

En el desempeño de cargos de derecho público, la inhabilidad que cobija a los empleados de cualquiera de las tres ramas del poder público es también “doble”.

En efecto, todo el derecho público está informado por el principio general de que la incompetencia (la incapacidad del derecho privado) es la regla general y la competencia es la excepción. Por tanto, los empleados públicos son inhábiles, incompetentes, para vender los bienes que hayan de pasar por sus manos en virtud de sus funciones, salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente: Constitución, leyes, reglamentos o estatutos.⁶³

E igualmente son inhábiles para comprar los bienes que hayan de venderse por su ministerio debido a expresa disposición de nuestros Estatutos civil y comercial: artículos 1854 y 906, ordinales 5, 6 y 7, respectivamente. Reza la última norma: “No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas:

5. Los administradores de los bienes de cualquier entidad o establecimiento público, respecto de los que les hayan sido confiados a su cuidado;
6. Los empleados públicos, respecto de los bienes que se vendan por su ministerio;

(63) Cfr. C. C., arts. 1853 y 1854, inc. 1. En este mismo sentido nuestro Rodríguez Fonnergra: “Entre nosotros no hay prohibiciones de sólo vender. En teoría abstracta, las prohibiciones atañedoras al contrato de compraventa pueden ser de comprar, vender o de comprar y vender; mas fuera de los casos de objeto ilícito, que no son materia de los capítulos siguientes (los relativos a las incapacidades especiales), en ningún texto de nuestra legislación positiva se establece prohibición de sólo vender”. Op. cit., 339.

7. Los funcionarios que ejerzan jurisdicción y los abogados, respecto de los bienes en cuyo litigio hayan intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio”.

Por otra parte, la disposición 167 del Código Penal señala: “El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en multa de ciento a tres mil pesos.

“Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos o sucesiones”. Son las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.⁶⁴

Y queda fuera de duda que los funcionarios públicos, como vendedores, pueden interesarse en tales negociaciones. Además, lo ilícito penalmente no puede ser lícito civilmente.

Entonces, también es incapacidad “doble” la de los empleados públicos.

Por último, la incapacidad de que adolecen los gobiernos extranjeros de no poder comprar bien raíz diferente al destinado a alojar su propia legación en Bogotá, es también “doble” porque, “contrario sensu”, quiere decir la Ley 39 de 1918 que únicamente podrán vender el edificio que ocupa u ocupaba su legación pues es el único que pueden comprar. Por consiguiente, implícitamente se prohíbe a los gobiernos extranjeros vender bien raíz diferente al destinado a su representación diplomática, y esto, en fin, por sustracción de materia: si no pueden adquirir bienes raíces, ¿cómo los van a vender?

Conclusión: todas las incapacidades especiales impiden al propio tiempo a los afectados por ella tanto el vendedor como el comprar, son “dobles”.

1. Las Inhabilidades por Vínculos Familiares.⁶⁵

- (64) Comentando ese artículo Luis Carlos Pérez aclara que “es antijurídico el doble carácter de funcionario y contratista por la presunción de fraude que encierra...”. “Manual de Derecho Penal”. Op. cit., 453.
- (65) Entendemos aquí por familia la comunidad formada por padre, madre e hijos y entre quienes existen facultades y obligaciones jurídicamente sancionadas (patria potestad, alimentos, derecho sucesorio, adopción...).

1.1. La de los Cónyuges.

190. Normas Pertinentes.

Las normas aplicables son las siguientes:

Del Código Civil, el artículo 1852, primer colon: "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados".

De la Ley 28 de 1932, el artículo 3: "*Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial*". (Original sin repisar).

Del Código de Comercio, el artículo 906, ordinal 1, e inciso final: "No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas: 1. Los cónyuges no divorciados... entre sí.

"Las ventas hechas en los casos 2, 3 y 4 serán anulables; en los demás casos la nulidad será absoluta". (Subrayamos nosotros).

De la Ley 1 de 1976, el artículo 1, que sustituyó el artículo 152 del C. C.: "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado".

191. Fines.

La incapacidad busca proteger a una de las partes y a los terceros.

Busca proteger a una de las partes evitando que uno de los cónyuges obtenga a precios bajos los bienes del otro. Adúcese como razón que la confianza e intimidad que crean las relaciones conyugales serían terreno —el más abonado— para la realización de ventas lesivas de uno de ellos: "...el amor que un cónyuge le tenga al otro, puede influir para que sea perjudicado en un contrato que celebre con él".⁶⁶

La inhabilidad busca proteger asimismo a los terceros. Estos pueden ser los acreedores de uno u otro de los cónyuges, quienes verían disminuida o extinguida su prenda general— el patrimonio del deudor— mediante ventas ficticias o reales, las cuales podrían ocasionar, además, una declaratoria de insolvencia.⁶⁷

(66) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 209.

(67) "...El artículo 1852 del C. C. considera el peligro de fraude a los terceros por ventas reales o ficticias propiciadas por la intimidad de los parentescos a que se refiere...". Sent. junio 10 de 1947, LXII, 425.

También son terceros los legitimarios de los cónyuges, toda vez que por las susodichas ventas podrían quedar defraudadas sus asignaciones. Piénsese en la circunstancia en que uno de los cónyuges o ambos tengan hijos de un primer matrimonio.

192. Justificación.

Antes del Decreto 2820 de 1974, se hacía énfasis en que la inhabilidad se justificaba porque el legislador temía que el marido, abusando de la potestad marital, constriñese a la mujer a celebrar ventas desventajosas para ella: "La prohibición aludida (la de la venta entre cónyuges) se funda en las relaciones jurídicas del marido y la mujer, las cuales someten a ésta a la obediencia a aquél (artículo 176), obediencia que es incompatible con la libre voluntad de las partes contratantes".⁶⁸

Tanto era así que, una vez desaparecida la potestad marital por el divorcio imperfecto (que extinguía esa potestad pero no el vínculo matrimonial), los cónyuges divorciados podían venderse bienes muebles.⁶⁹

Como el prementado Decreto, en el artículo 10, abolió la potestad marital, la justificación enunciada ya no puede aducirse. Aún más, con la Ley 1 de 1976, que implantó el divorcio vincular en el matrimonio civil, los divorciados pueden venderse toda clase de bienes muebles o inmuebles, puesto que ya no son cónyuges.

La inhabilidad en comento se justifica, entonces, en la actualidad plenamente porque tiende a evitar que la confianza e intimidad de las relaciones conyugales propicien ventas lesivas de los intereses de terceros o de uno de los matrimoniados, como lo hemos explanado en el numeral anterior, el 191.

193. Tres Proposiciones en que se Resume la Inhabilidad.

Vamos a desarrollar la inhabilidad de los cónyuges reduciéndonos a comentar las proposiciones que a continuación se enuncian.

1ª La venta mobiliaria entre cónyuges adolece de nulidad absoluta.

2ª La venta inmobiliaria entre cónyuges adolece de nulidad absoluta.

(68) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 209.

(69) Vid. infra, num. 198.

3^a La venta —mobiliaria o inmobiliaria— entre divorciados es plenamente válida.

1^a *La Venta Mobiliaria entre Cónyuges adolece de Nulidad Absoluta.*

194. No es Válida la Venta de Cosas Muebles entre Cónyuges.

Enseñan algunos autores que el artículo 3 de la Ley 28 de 1932 derogó del C. C. el artículo 1852, primer colon, y que, por lo tanto, "actualmente los cónyuges pueden celebrar entre sí válidamente ventas de cosas muebles".⁷⁰

195. Tres Argumentos contra la Validez de las Ventas Mobiliarias entre Cónyuges.

En tres argumentos cimentamos nuestra posición adversa a la validez de ventas semejantes.

A) El artículo 1852 de nuestro Código Civil es una norma anterior y especial con respecto al artículo 3 de la Ley 28 de 1932, que es posterior y general. Luego, haciendo prevalecer la primera, toda venta —mobiliaria o inmobiliaria— entre cónyuges está aquejada de nulidad.

Efectivamente, en caso de pugna entre el ámbito de validez temporal y el ámbito de validez material de dos normas, prefiere éste. Y así es el caso de las antedichas normas: por el primero de los ámbitos, debería prevalecer el artículo 3 de aquella ley porque es posterior (esta ley fue promulgada en 1932 y, en cambio, el Código Civil en 1872). Sin embargo, por el segundo, debe prevalecer el artículo 1852 por ser especial, pues regula sólo la venta mientras que aquella ley todo contrato relativo a inmuebles.

Por consiguiente, haciendo prevalecer la norma anterior y especial, afirmamos que toda venta entre cónyuges está viciada de nulidad. "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges..." C. C., artículo 1852; subrayas nuestras).

Con efecto, lo que vino a hacer el legislador de 1932 fue crear una sanción de nulidad absoluta para todo contrato (de venta o cualquier otro) celebrado entre los cónyuges que versara sobre inmuebles, con excepción del mandato general o especial, sanción aque-

(70) Valencia Zea, Arturo, Op. cit., tomo IV, 13, I, 1). Cfr. Salamanca, Hernán. Op. cit.; 23.

lla que no existía antes; y, de contera, elevar al grado de absoluta la nulidad relativa de que adolecía una venta inmobiliaria entre las antedichas partes, como atrás hemos demostrado.⁷¹

En resumidas cuentas, el artículo 3 de la Ley 28 de 1932 no hizo otra cosa que adicionar el artículo 1852 del Código Civil al señalar el grado de nulidad —el absoluto— a las ventas inmobiliarias entre cónyuges pero no modificó ni derogó la nulidad de las ventas mobiliarias —nada legisló sobre ellas— cuyo grado fue el relativo hasta la expedición del actual Código de Comercio, que indica el absoluto.

B) El segundo argumento lo hallamos en la justificación de la inhabilidad.

El origen legislativo de nuestro artículo 1852 se enraíza en el Código de Napoleón, en el artículo 1595. Los franceses prohibieron las donaciones irrevocables entre cónyuges,⁷² y a esa prohibición unieron la de la venta entre los mismos porque, qué cosa más expedita que disfrazar de venta lo que no es más que una donación. Luego, para no hacer nugatoria la primera, se hizo imperiosa la segunda prohibición.

Y eso mismo fue lo que pretendió hacer nuestro legislador, pero efectuó el camino inverso al de los galos, habiendo prohibido primero la venta entre cónyuges (artículo 1852 del C. C.) para pasar luego al vedamiento de las donaciones irrevocables y de los demás contratos referentes a inmuebles (Ley 28 de 1932, artículo 3).

Quiso, de consiguiente, armonizar las dos interdicciones. ¿De qué valía la protección a las partes y a los terceros, antes del 1932, si los cónyuges podían hacerse donaciones contractuales o celebrar otros contratos sobre mueble e inmuebles, que no fueran de venta?

Se trató, pues, de cerrar la salida prohibiendo terminantemente entre los casados las donaciones irrevocables y los demás contratos relativos a inmuebles.

Nos preguntamos, entonces: ¿sería tan contradictorio y cínico el legislador del 32, que al cerrar una puerta al propio tiempo abría otra permitiendo la venta mobiliaria entre los matrimonios, ya prohibida en el artículo 1852, y cuando lo que pretendía era complementar esta norma y no cercenarla?

C) En tercer lugar, con la vigencia del actual Código de Comercio, nadie podrá dudar hoy de que las ventas entre cónyuges

(71) Vid. supra num. 183.

(72) Cfr. Código Civil Francés, arts. 1091 al 1100.

están viciadas de nulidad absoluta por expresa disposición del artículo 906, inciso final: "...en los demás casos (el primero es el relativo a los cónyuges) la nulidad será absoluta". Puesto que la ley no distingue entre las que recaigan sobre muebles y las inmobiliarias, forzoso es para el intérprete⁷³ concluir que una es la sanción —nulidad absoluta— para ambas ventas.⁷⁴

De acuerdo con lo demostrado por los tres argumentos, la afirmación de que las ventas mobiliarias entre cónyuges son válidas, contraría la letra, el espíritu y la lógica de la legislación.

2ª La Venta Inmobiliaria entre Cónyuges Adolece de Nulidad Absoluta.

196. La Nulidad Absoluta de las Ventas Inmobiliarias entre Cónyuges es un Postulado Jurídico que como tal no Necesita demostración alguna.

El postulado brota espontáneamente de una primera lectura del artículo 3 de la Ley 28 de 1932 y del inciso final del artículo 906 del Código de Comercio, cuyo tenor hemos transcrito en los renglones precedentes.

196 bis. La venta Mercantil entre Cónyuges es Nula y/o Revocable.

Se ha escrito que "no existe la debida coordinación en el artículo de este estatuto (el comercial) pues en otras disposiciones (diferentes al artículo 906) parte del supuesto de la validez de la compra-venta entre cónyuges. Por ejemplo, en el artículo 1965, que se encuentra dentro de la Quiebra, permite que el Síndico de ésta pueda pedir la revocación de algunos actos del comerciante, entre ellos, según el numeral 4º, los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de cesación en los pagos y durante los seis meses anteriores a la misma, con su cónyuge; el supuesto de la revocación es la validez del acto que se pretende revocar".⁷⁵

La falta de coordinación es más aparente que real porque si la venta entre cónyuges no ha sido declarada nula, es plenamente válida y contra ella podrá el síndico de la quiebra incoar en forma al-

(73) "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus".

(74) Vid. supra, num. 184.

(75) Rengifo, Ramiro. "La Compraventa Mercantil". Op. cit., 6.

ternativa o una acción de nulidad o una acción revocatoria, según él lo crea más conveniente para los intereses de los acreedores.

No está de sobra advertir que el síndico de la quiebra es titular de ambas acciones: de la nulidad, porque se trata de la absoluta y él tienen un interés serio y legítimo en que sea declarada;⁷⁶ de la revocatoria, por serle expresamente otorgada por el Código de Comercio, artículo 1965.

3ª La Venta —mobiliaria o inmobiliaria— entre Divorciados es Plenamente Válida.

197. Redundancia y Paralogía de la Locución "Cónyuges no Divorciados".

Por la Ley 1 de 1976 se ha implantado el divorcio vincular o perfecto en el matrimonio civil colombiano.

Entonces, apenas pronunciada la sentencia judicial que declara el divorcio, se disuelve el vínculo matrimonial: los divorciados dejan de ser cónyuges. Por tanto, pueden celebrar entre sí toda clase de ventas pues sobre ellos ya no pesa la inhabilidad que se estudia.

La locución "cónyuges no divorciados" del Código Civil, artículo 1852 y del Código de Comercio, artículo 906, debe ser cotejada con el precepto de la Ley 1 de 1976, artículo 1. A su luz, la expresión resulta redundante y paralógica.

Redundante, cuando quiera que los no divorciados son los únicos que hoy son cónyuges.

Paralógica, porque sugiere antonómicamente que los divorciados continúan siendo cónyuges, lo que no se realiza por lo dispuesto en la antecitada ley. Por otra parte, cabe anotar que "cónyuges divorciados" es un contrasentido jurídico.

198. Divorcio y Venta en el Régimen Anterior a la Ley 1 de 1976.

Antes de la promulgación de la Ley 1 de 1976, los cónyuges "divorciados" —divorcio éste no disolvía el vínculo conyugal pero extinguía la potestad marital— podían celebrar válidamente ventas mobiliarias, puesto que al analizar los artículos 1852 del Código Civil y 3 de la Ley 28 de 1932 desde los ámbitos de validez material, tem-

(76) Cfr. Ley 50 de 1936, art. 2.

poral y personal,⁷⁷ se concluía que ninguna prohibición pendía sobre el particular. Actualmente, lo reiteramos, no siendo cónyuges los divorciados, éstos pueden celebrar cualesquiera ventas entre sí.

1. Las Inhabilidades por Vínculos Familiares (continuación).

1.2. La del titular de la patria potestad y el sometido a ella.

199. Sistematización.

En cinco apartes desarrollaremos esta inhabilidad:

- A) La patria potestad.
- B) Los titulares de la patria potestad.
- C) Los destinatarios y el alcance de la inhabilidad.
- D) El contenido de la inhabilidad.
- E) El fin perseguido por la inhabilidad.

Nos ceñiremos muy rigurosamente al orden que se acaba de señalar corriendo el riesgo de que una rigidez sistemática impida tal vez una comprensión inmediata de la inhabilidad en todo su conjunto, de la misma manera como los árboles impiden ver todo el panorama del bosque. Mas preferimos ese riesgo para no caer en la dispersión a que puede dar lugar el tema de por sí tan profuso, difuso, confuso y abstruso: "Este artículo (el 1852 del C. C.) ha sido tomado del Derecho antiguo y ha pasado a nuestro Código con todos sus defectos y he aquí la causa de su obscuridad".⁷⁸

Solamente cuando se haya explicado el último literal, el E, se tendrá una comprensión total de la incapacidad. Sólo cuando se ha observado el último árbol del bosque, se tiene todo el panorama de éste.

(77) El ámbito de validez personal de la norma 1852 cubre a los cónyuges no divorciados. Luego, "contrario sensu", no se aplicaba a los cónyuges divorciados, en materia de venta mobiliaria o inmobiliaria. El ámbito de validez personal del artículo 3 de la Ley 28 de 1932 cubría a todos los cónyuges —divorciados o no— pero sólo en materia de ventas inmobiliarias. Conclusión: antes de la Ley 1 de 1976, los cónyuges divorciados podían celebrar válidamente la venta sobre muebles. En lo relativo a la validez de esta compraventa, hubo un vacío en la generalidad de la doctrina patria. Cfr. Pérez V., op. cit., 192 al 194. Rodríguez F., op. cit., 363 al 377. Valencia Z. tomo IV, 13, I.

(78) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 210.

A) LA PATRIA POTESTAD.

200. Definición Legal de Patria Potestad.

"La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone". (C. C., artículo 288, inc. 1).

Esta definición se modeló sobre la de Josserand: "Conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos".

Para los efectos de la incapacidad a estudio, sólo nos interesa de ese conjunto de derechos los de contenido patrimonial, cuales son: el usufructo o goce legal, la administración y la representación que sobre los bienes del hijo de familia ejerce el titular de la patria potestad.⁷⁹

El usufructo legal o, más propiamente, el goce legal es el que marca la tónica a los otros dos según tres enunciados que son de suma importancia:

- 1º Si el titular de la patria potestad usufructúa (tiene el usufructo sobre todos los bienes del peculio adventicio ordinario) y administra los bienes del hijo de familia, *lo representa en calidad de padre* y, por consiguiente, aquí se configurará la incapacidad especial.
- 2º Si uno de los titulares de la patria potestad usufructúa pero no administra los bienes del hijo de familia, representa a éste o el otro titular de la patria potestad o el curador adjunto y, entonces, no se configurará la incapacidad especial con respecto a aquel primer titular puesto que no representa.
- 3º Si el titular de la patria potestad no usufructúa (no tiene el usufructo sobre los bienes del peculio adventicio extraordinario) pero administra los bienes del hijo de familia, *lo representa en calidad de guardador mas no de padre* y, por lo tanto, tampoco se configurará la incapacidad especial, tal como ocurre en el segundo enunciado.

Una última idea en torno a ese conjunto de derechos: "La íntima conexión entre el usufructo o goce legal, la administración y

(79) Cfr. C. C., art. 307, inc. 1.

la representación como derivados o manifestaciones de una misma institución (la patria potestad) hace surgir la idea de su imposibilidad de no coexistencia; sin embargo, *su autonomía es completa* y aunque por lo general deben coexistir, *pueden permanecer independientes*".⁸⁰ Con todo, el que administra, siempre representa; pero el que representa, no siempre administra.^{80 bis}

Sucintamente: si el titular de la patria potestad administra en calidad de tal, se configurará la inhabilidad.

Si el titular de la patria potestad administra en calidad de guardador, no se configurará la inhabilidad.

Si el titular de la patria potestad no administra, no se configurará la inhabilidad.

B) Los titulares de la Patria Potestad.

201. El Titular Conjunto (padre y madre) y el Titular Único (padre o madre).

"Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro". (C. C., artículo 288, inc. 2).

"Por regla general, corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre o poner bajo guarda al hijo.

"A falta de la madre tendrá la patria potestad el padre natural, sin perjuicio de que el juez ponga bajo guarda al hijo en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior.

"El matrimonio de quien ejerce la patria potestad sobre el hijo natural es compatible con ésta, pero el juez en tal caso puede proceder en la forma prevista en el inciso segundo del artículo precedente.

"No tiene la patria potestad ni puede ser nombrado guardador el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio.

(80) Jaramillo Osorio, Gustavo León. "Derecho de Familia". Op. cit., pág. 93. En el mismo orden de ideas, Wills Betancur, Luz María. "De la Patria Potestad". Tesis de Grado. Universidad de Antioquia. Medellín, 1977, págs. 70, 71 y 76.

(80 bis) Cfr. C. C., arts. 480, 1327, 2157 y 2279; C. de Co., arts. 196, 840; 1263; 1332 y 1953; C. de P. C., art. 683.

"La guarda pone fin a la patria potestad en los casos de este artículo". (Ley 75 de 1968, artículo 20).^{80 ter.}

Con respecto a los titulares de la patria potestad sobre el hijo adoptivo, se siguen las normas dadas para el hijo legítimo: "Por la adopción adquieren adoptante y adoptivo, los derechos y obligaciones de padre o madre legítimo, con las limitaciones a que se refieren los artículos 284 y 285". (C. C., artículo 276).

En los párrafos siguientes, siempre que usemos la fórmula "titular de la patria potestad", se comprenderá en ella tanto al titular conjunto (padre y madre) como al titular único (padre o madre). Esta segunda titularidad ocurre cuando uno de ellos falte⁸¹ por suspensión o terminación de la patria potestad. En caso contrario, se hará la distinción que se requiera entre titular conjunto y titular único.

C) Los Destinatarios y el Alcance de la Inhabilidad.

202. Destinatarios de la Inhabilidad.

El artículo 1852 del Código Civil, "in fine", preceptúa: "Es nulo el contrato de venta... entre el padre y el hijo de familia".

A su turno, el Código de Comercio ordena: "No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas:

1. Los cónyuges no divorciados, ni el padre y el hijo de familia, entre sí.

Las ventas hechas en los casos contemplados en los ordinales 2, 3 y 4 serán anulables; en los demás casos la nulidad será absoluta" (artículo 906, ordinal 1 e inciso final).

"Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia". (C. C., artículo 288, inciso 3).

"Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1. Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 18 años". (C. C., art. 62, ord. 1).

(80 ter.). El Decreto 772 de 1975, art. 13 derogó la norma transcrita.

(81) Cfr. C. C., art. 307, inc. 2.

De las normas trascritas se colige que los destinatarios de la inhabilidad son el titular conjunto o el titular único de la patria potestad y el sometido a ella, quienes están impedidos para celebrar compraventa entre ellos.

203. Alcance de la Inhabilidad: Cuál es la Venta Prohibida.

En consecuencia, lo que se prohíbe es la venta entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella, con respecto a bienes sobre los cuales se ejerza la patria potestad mediante el usufructo, la administración y la representación, o sea, los bienes del peculio adventicio ordinario.⁸²

De consiguiente, es venta prohibida la que se celebrare entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella cuando su objeto (cosa o precio) sea extraído de los bienes del peculio adventicio ordinario cuya administración y representación tenga aquel titular.

Así, pues, para que se tipifique la inhabilidad, cuando el titular de la patria potestad vende de lo suyo al hijo, el precio tiene que extraerse del peculio adventicio ordinario; cuando el titular de la patria potestad compra a su hijo, la cosa tiene que extraerse del peculio antedicho.

Se incurre igualmente en la incapacidad cuando el titular de la patria potestad y el sometido a ella celebraren la susodicha venta a través de testafarro o en pública subasta. Esto con base no sólo en lo preceptuado expresamente por el Código de Comercio en el artículo 906 sino también por la manida pauta hermenéutica de que donde el legislador no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete: el Código Civil en el artículo 1852 no distingue entre la venta directa, la por interpuesta persona y la en subastación pública.⁸³

204. Ocho Ventas Permitidas.

Por el contrario, son compraventas válidas aquellas cuyo objeto sean bienes sobre los cuales no se ejerza la patria potestad a través del usufructo, la administración y la representación.⁸⁴ Así son las que se celebren:

- (82) Véase el enunciado primero del numeral 200. Son bienes del peculio ordinario aquellos sobre los cuales el titular de la patria potestad tiene el usufructo legal. Cfr. C. C., art. 291, inc. final.
- (83) El por qué de esta venta prohibida lo explicaremos a espacio en los literales D, y E, que versan sobre el contenido y fin de la inhabilidad, y especialmente en el numeral 214.
- (84) Véase el numeral 200 y repásense los enunciados 2º y 3º.

1. Entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella, representado o autorizado éste por el curador adjunto⁸⁵ cuando el objeto de la venta sean bienes del peculio adventicio ordinario, cuya administración y, por tanto, representación, no tiene aquel titular⁸⁶ sino precisamente el curador adjunto.

Antes de proseguir, es necesario apuntar que la enajenación de bienes inmuebles del hijo de familia debe realizarse observando la formalidad habilitante o de protección consistente en la licencia judicial y el remate respectivo.⁸⁷ Lo cual no impide que el padre de familia, si es una de las ventas permitidas,⁸⁸ sea el mejor postor en la puja y a él se adjudique por el juez el inmueble del hijo. Sin ninguna formalidad habilitante, puede vender el padre un bien raíz de su pertenencia a su hijo de familia, en tratándose de venta permitida, repetimos. (Recuérdese en este orden de ideas que "adquirir" no es "enajenar").

2. Entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella cuando el objeto de la venta sean bienes muebles del peculio adventicio extraordinario, cuya administración y representación tenga aquel titular. Este deberá contar con autorización judicial para la venta. Si no tiene la administración y, por consiguiente, tampoco la representación, el hijo de familia deberá ser representado o autorizado por el curador adjunto⁸⁹ y en esta segunda eventualidad el bien objeto de la venta podrá ser mueble o inmueble.

3. Entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella, cuando el objeto de la venta sean bienes del peculio profesional o industrial: "El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial". (C. C., artículo 294).

Así nos viene desde el derecho romano: "No se puede celebrar venta entre el padre y el hijo sino respecto de lo que el hijo adquiriera en la milicia".⁹⁰

- (85) "El curador adjunto es aquel que ejerce la administración con independencia de los padres, pero su presencia es concomitante a la existencia de la Patria Potestad". Jaramillo O., Gustavo L., Op. cit., pág. 95.
- (86) Cfr. C. C., arts. 295, 300 y 301, inc. 1.
- (87) Cfr. ibídem, arts. 303 y C. de P. C., art. 653, inc. 2.
- (88) Son prohibidas las ventas que recaigan sobre finca del peculio adventicio ordinario cuya administración y representación tenga el titular de la patria potestad o sobre inmueble del peculio adventicio extraordinario cuando el administrador y representante del mismo sea el titular de la patria potestad. Esto último por la prohibición explícita del C. C., en el artículo 501, inc. 2. Vid. infra, num. 214 y 215.
- (89) Cfr. C. C., 300 y 501.
- (90) Ulpianus, XVIII, 1, 2: "Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest".

Es imperioso tener en cuenta que “no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo *aun pertenecientes a su peculio profesional*, sin autorización del juez, con conocimiento de causa” (C. C., artículo 303. Original sin subrayas) y que “lo dispuesto en los artículos 303, 483, 484 y 1810 del Código Civil se aplicará también a la enajenación de los derechos hereditarios del menor bajo patria potestad, o guarda, y de la mujer casada, respectivamente”. (Ley 67 de 1930, artículo 1).

Además, la H. Corte Suprema de Justicia ha sentenciado: “Los artículos 303, 484 y 485 del C. C. exigen la formalidad de la licencia judicial y el remate en pública subasta cuando hay interesados incapaces”.⁹¹

En punto de emancipación y capacidad, debe dilucidarse que emancipado no siempre es sinónimo de plenamente capaz, como lo sugiere algún autor.⁹²

Con efecto, la emancipación pone fin a la patria potestad. Por aquella, el emancipado es impúber o menor adulto, si se trata de la judicial; menor adulto, si se trata de la voluntaria; y mayor de edad, tratándose de la emancipación legal por haber llegado el hijo a los 18 años de vida.⁹³

En consecuencia, sólo el último emancipado es el plenamente capaz. Los otros son incapaces y, por consiguiente, deberán actuar jurídicamente representados o autorizados por sus representantes.

De ahí que la ley, al hablar del peculio profesional o industrial, no se haya contentado con decir que con respecto a él el hijo de familia “se mirará como emancipado” sino que hubo de añadir “y habilitado de edad”.⁹⁴

(91) Cas. septiembre 19 de 1951, LXXI, 17.

(92) “Es claro que entre el padre y el hijo emancipado sí pueden celebrarse contratos de venta; lo mismo podemos decir entre el abuelo y el hijo de familia aun cuando éste no se encuentre emancipado”. Hernán Salamanca, op. cit., 23. De pasada observamos que el hijo de familia sólo puede contratar con alguien (aquí con el abuelo) a través de su representante legal o autorizado por éste. “Hijo de familia aún cuando no se encuentre emancipado” es un pleonismo. El hijo de familia es siempre un no emancipado. Si es emancipado no es hijo de familia.

(93) Cfr. C. C., arts. 313, 314 y 315.

(94) A pesar de que la Ley 27 de 1977 señaló la mayoría de edad a los 18 años y con ello desapareció la habilitación de edad como instituto, toda vez que ella únicamente se otorgaba a los mayores de 18 años, subsisten dos casos excepcionales en que se puede hablar de habilitados de edad:

1. Los hijos de familia para la administración y disposición de su peculio profesional o industrial (C. C., art. 294), caso al cual acabamos de aludir en las cuartillas antecedentes, y
2. Los menores que desempeñan cargos públicos para los actos que ejecuten en razón de su empleo (C. C., art. 290).

4. Entre el padre, titular de la patria potestad, y el sometido a ella representado o autorizado éste por la madre, titular también de la patria potestad, cuando el padre haya delegado por escrito la administración y, por tanto, la representación, de los bienes materia de la venta en la madre, o viceversa. Bienes tales pueden pertenecer tanto al peculio adventicio ordinario como al peculio adventicio extraordinario.⁹⁵

5. Entre el padre, no titular de la patria potestad,⁹⁶ y el hijo, representado o autorizado por la madre, titular de patria potestad, cuando el objeto de la venta sean bienes de los peculios adventicios ordinario o extraordinario y la madre tenga la administración sobre los mismos. Si la madre no tiene la administración y la representación, el hijo deberá ser representado o autorizado por el curador adjunto.

6. Entre la madre, no titular de la patria potestad,⁹⁷ y el hijo, representado o autorizado por el padre, titular de la patria potestad, cuando el objeto de la venta sean bienes de los peculios adventicios ordinario o extraordinario y el padre tenga la administración y representación sobre los mismos. Si el padre no tiene la administración y representación, el hijo de familia deberá ser representado o autorizado por el curador adjunto.

7. Entre el padre y la madre, no titulares de la patria potestad, y el hijo emancipado pero menor, representado o autorizado por su curador. No hay aquí peculios porque el hijo ya no lo es de familia.

8. Una vez emancipado y plenamente capaz puede el hijo, por sí mismo y sin necesidad de autorización alguna, celebrar venta con sus padres.⁹⁸

205. Observación sobre las Ventas de los Numerales 5, 6, 7 y 8.

A propósito de las ventas de los numerales 5, 6, 7 y 8, cabe una observación.

(95) Cfr. C. C., art. 307.

(96 y 97) *Ibidem*, arts. 310, 311 y 315.

(98) El por qué de las ocho ventas permitidas se explicará a espacio en los literales D. y E. sobre el contenido y fin de la inhabilidad y especialmente en el numeral 215.

No comulgamos con la opinión de que la prohibición de venta entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella "debe comprender no sólo al padre o la madre que tiene la patria potestad sobre el hijo menor, sino también al padre que no tiene la patria potestad."⁹⁹

Ante todo, por el léxico mismo de la ley: "padre e hijo de familia". Quien dice "hijo de familia", en forma implícita está refiriéndose al titular de la patria potestad, como que el legislador ordena: "Es nulo el contrato de venta... entre el padre y el hijo y de familia". (C. C., artículo 1852). "Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia" (ibídem, art 288, inc. 3. Sin sublíneas en los originales).

Padre de familia e hijo, padre e hijo de familia son expresiones co-relativas, biunívocas.

Luego, cuando no se da esa co-relación o biunivocidad porque el padre no lo sea de familia o porque el hijo no lo sea de familia, a consecuencia de no mediar ya entre ellos la patria potestad, más concretamente, en caso de venta, por no ejercerse la patria potestad (usufructo, administración y representación) sobre determinados bienes del hijo, no se configura la inhabilidad.

Si el legislador hubiera querido prohibir toda venta entre las personas antecitadas, le hubiera bastado señalar: "Es nulo el contrato de venta entre padres e hijos", sin el adinículo "de familia".

Si compartiéramos la tesis censurada, tendríamos que aceptar que habría inhabilidad cuando el padre y el hijo de familia celebraran venta sobre bienes del peculio profesional o industrial, toda vez que el padre no ejerce sobre ellos la patria potestad. Conclusión semejante no se compadece con lo expresado por el Código Civil en el artículo 294 en el sentido de que el hijo de familia será considerado como emancipado y habilitado de edad en todo lo atinente al peculio profesional o industrial.

Además, no se puede admitir que se extienda la inhabilidad al padre que no ejerce la patria potestad porque las prohibiciones son de derecho estricto. No admiten aplicación analógica ni interpretación extensiva. Por tanto, quien es padre o madre pero no de familia, es hábil para venta con el hijo. Por donde son plenamente válidas las ventas de los numerales 5, 6, 7 y 8.

(99) Bonivento Fernández, Alejandro. Op. cit., 10.

D) El Contenido de la Inhabilidad.

206. El Doble Contenido de la Inhabilidad: Auto-contrato de Venta del Titular de la Patria Potestad y Venta entre el Titular de la Patria Potestad y el Incapaz Relativo Sometido a Ella.

Las normas 1852 del Código Civil y la 906, ordinal 1 del Código de Comercio prohíben tanto el contrato de venta que consigo mismo (auto-contrato) celebre el titular de la patria potestad en representación del hijo de familia (incapaz absoluto o incapaz relativo) como la compraventa que el titular de la patria potestad celebre con el hijo de familia relativamente incapaz, autorizado por ese titular.

El objeto (cosa o precio) de una u otra venta debe ser bienes del peculio adventicio ordinario que sean administrados por el titular de la patria potestad en esta calidad, esto es, que el titular de la patria potestad tenga el usufructo, la administración y la representación sobre estos bienes.

Se ha abierto gran controversia en lo relativo al contenido de la inhabilidad.¹⁰⁰ Tomamos parte en ella afirmando que se prohíbe tanto lo uno como lo otro: tanto el auto-contrato de venta del titular de la patria potestad como la venta entre el hijo de familia y el titular de la patria potestad, quien da la autorización a aquél, relativamente incapaz.

207. Necesidad y Autonomía de Esta Incapacidad Especial: su Irreductibilidad a una Incapacidad General (Absoluta o Relativa).

Esta inhabilidad en sus dos formas es irreductible a la incapacidad absoluta o a la relativa.

Arriba¹⁰¹ hemos sentado que la incapacidad especial es una restricción a la plena capacidad de una persona que la ley le impone para celebrar determinados negocios jurídicos.

En el caso que nos ocupa, la persona plenamente capaz es el titular de la patria potestad, quien, si no mediara la incapacidad especial, estaría capacitada para celebrar tanto la venta consigo misma como la con el hijo de familia, autorizado por aquél, cual se probará en los renglones siguientes.

(100) Vid. una exposición exhaustiva y magistral, con un aparato bibliográfico impresionante, en Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., del 378 al 384.

(101) Vid. supra, num. 180.

La incapacidad especial de ninguna manera puede ser referida al hijo de familia, quien siempre es un incapaz general: o absoluto o relativo.¹⁰² De no ser así, la incapacidad particular sobraría y no tendría sentido, como que sería reductible a una incapacidad general.

Luego, se hace necesaria y autónoma la incapacidad especial que afecta privativamente al titular de patria potestad, frente a la incapacidad general que toca en exclusividad al hijo de familia.

I) *Primer contenido: prohibición del auto-contrato de venta al titular de la patria potestad.*

208. El Auto-contrato en la Representación Legal y en la Representación Convencional.

En materia de auto-contrato en general estamos identificados con el doctor Valencia Zea y no con el doctor Rodríguez Fonnegra.¹⁰³

Del contrato consigo mismo, nuestros Códigos Civil y Comercial traen sólo algunas disposiciones particulares pero no generales. Por donde se puede inferir que no está terminantemente prohibido ni ampliamente permitido.

En cuanto a la representación legal, se regla el auto-contrato en el Código Civil, en el artículo 499, inciso 2 y en el 501, y en el Código de Comercio, en el artículo 906, ordinal 2, todo en el contexto de las guardas; en lo pertinente a la venta entre el titular de la patria potestad y el hijo sometido a ella, en el artículo 1852, 'in fine' y en el 906, ordinal 1, de las antecitadas obras respectivamente.

En cuanto a la representación convencional, la auto-contratación está normada en el Código Civil por los artículos 2170 y 2171¹⁰⁴, y en el Código de Comercio por los artículos 839, 1274¹⁰⁵, 1307 y 1339.

Del cotejo de todas las normas enumeradas se deduce que el contrato consigo mismo está permitido cuando no hay oposición de intereses entre el representante y el representado y, por ende, no existe posibilidad de perjuicio para el segundo. De lo contrario, se prohíbe.

(102) Cfr. C. C., art. 1504.

(103) Cfr. Valencia Zea, Arturo. Op. cit., tomo IV, 155. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 351.

(104) En lo atinente al artículo 2170 del C. C. hemos demostrado que es una norma imperativa y no prohibitiva. Vid. "Estudios de Derecho", op. cit., N° 94, págs. 421 y 422, num. 156 y 157.

(105) Cedemos a la tentación de transcribir íntegramente esa disposición por ser demasiado explícita: "El mandatario no podrá hacer de contraparte del mandante *salvo expresa autorización de éste*". (Sin resaltos en el original).

La ley considera que no hay oposición de intereses cuando un tercero, extraño al auto-contrato (otros tutores o curadores generales, un curador adjunto, un curador especial o el juez), o el representado, cuando es plenamente capaz (el mandante), autorizan al representante el contrato consigo mismo, o lo aprueban, en uno u otro caso expresamente.

209. En el Auto-contrato de Venta del Titular de la Patria Potestad Siempre hay Oposición de Intereses entre el Representante y el Representado Porque no hay Quien Autorice o Apruebe Esa Negociación Expresamente.

En la compraventa que celebrare el titular de la patria potestad consigo mismo representando al hijo, no habría quien la autorizara o aprobara expresamente porque "entre nosotros ha lugar el nombramiento de curador 'ad litem' del hijo en ciertas circunstancias...; pero no al de curador especial ni a la intervención de juez para el efecto de la celebración de contrato determinado con el padre".¹⁰⁶

Tampoco habría tutores o curadores generales que la autorizasen porque esas instituciones tutelares son incompatibles con la patria potestad (C. C., art. 438, inc. 1) ni el representado (el hijo de familia) porque, siendo un incapaz, no puede aprobar el negocio jurídico en cuestión.

Como no hay esa garantía, que impida la posibilidad de perjuicio para el representante, la ley prohíbe en forma expresa el auto-contrato de venta que celebre el titular de la patria potestad.

La prohibición del auto-contrato, pues, encuadra dentro de lo señalado en el numeral 203, como única venta prohibida entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella: lo que se prohíbe es la venta entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella,

(106) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 380, nota 1. El artículo 1852 del C. C. fue tomado del Código Chileno, del artículo 1796, que, a su vez, tuvo origen en el proyecto de Código de don Andrés Bello de 1853, cuyo artículo 1967 rezaba: "Es nulo asimismo (el contrato de compraventa) entre el padre y el hijo de familia, aún con el otorgamiento de curador especial. Podrá, con todo, autorizarlo el juez por causa de utilidad evidente". En el Proyecto Inédito del gran jurista, se suprimió todo lo relativo a curador especial y a la autorización del juez, y así pasó al Código Chileno: "Es nulo el contrato de compraventa... entre el padre y el hijo de familia". Por tanto, carece de fundamento legal la citación que de Vera hace Fernando Vélez: "...Aquí (aludiendo a la prohibición de la venta entre el padre y el hijo de familia) la ley parece referirse al caso en que el hijo pidiera autorización judicial o un curador especial con este objeto (para celebrar venta con el padre de familia)". Vélez, Fernando. Op. cit. tomo VII, 210.

con respecto a bienes sobre los cuales se ejerza la patria potestad mediante el usufructo, la administración y la representación, o sea, los bienes del peculio adventicio.¹⁰⁷

209 bis. Venta Permitida que no es Auto-contrato.

La venta entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella, representado o autorizado éste por el curador adjunto, cuando el objeto de la venta sean bienes del peculio adventicio ordinario, está permitida porque, no obstante que el titular de la patria potestad tenga el usufructo legal sobre aquellos, el curador adjunto es quien tiene la administración y la representación sobre esos bienes.

Por tanto, es él quien celebra la venta con el titular de la patria potestad o éste con el hijo de familia, menor adulto, autorizado por el curador adjunto. Luego, en ninguna de las dos ocurrencias se configurará auto-contrato de venta del titular de la patria potestad: éste obra en su propio nombre, personalmente, y el curador en nombre de su representado (el hijo de familia), o éste obra en su propio nombre pero autorizado por su curador adjunto.¹⁰⁸

Es ésta la venta del ordinal 1 del numeral 204.

210. Verdadera Razón de Ser de la Prohibición del Auto-contrato: el Expreso Precepto Prohibitivo.

A pesar de variadas consideraciones para dar la razón de la inhabilidad, ésta no sería tal si no existiera la expresa consagración del artículo 1852 del Código Civil y 906 del Código de Comercio, pues la capacidad es la norma general y la incapacidad —así sea la especial— es la excepción. Por tanto, ésta debe consagrarse ex-

(107) Concuérdese con lo expresado en el enunciado primero del numeral 200.

(108) El nombramiento de curador adjunto (C. C., arts. 300, 434, 438, inc. 2, 581 y 582), que administre separadamente del titular de la patria potestad los bienes del peculio adventicio ordinario, tiene lugar por las siguientes causas:

A) Cuando los titulares de la patria potestad son judicialmente declarados responsables de dolo o culpa grave en la administración de los bienes del hijo de familia (C. C., arts. 299 y 438, inc. 2).

B) Cuando donante o testador hayan dispuesto que los titulares de la patria potestad no tengan la administración sobre los bienes dados al hijo de familia (C. C., art. 295).

C) Cuando se suspende la patria potestad (C. C., art. 310).

presamente por ser de derecho estricto, debe ser declarada por el legislador (C. C., arts. 1503 y 1851). Lo que no está expresamente prohibido, tácitamente está permitido.

Si no existiera la prohibición, el auto-contrato de venta del titular de la patria potestad sería válido. Por ello se hizo necesario el expreso vedamiento, el cual no puede deducirse con base en principios generales, cuya aplicación sancionaría con inexistencia ese auto-contrato, como enseña Rodríguez Fonnegra.¹⁰⁹

De acuerdo con lo enunciado al inicio,¹¹⁰ la prohibición del auto-contrato de venta que pesa sobre el titular de la patria potestad es una inhabilidad porque se restringe la capacidad de una persona plenamente capaz (el titular de la Patria Potestad) para emitir una declaración de voluntad en nombre propio (la del titular de la patria potestad) y otra en nombre del representante (el hijo de familia), para lo cual ha sido habilitado por la ley.¹¹¹

II) *Segundo contenido: prohibición de venta entre el titular de la patria potestad y el incapaz relativo sometido a ella, autorizado por aquél, cuando el objeto de la venta sean bienes del peculio adventicio ordinario, cuya administración y representación tiene ese titular.*

211. Razón de Ser de Esta Segunda Forma de la Inhabilidad: La Viciosa Autorización del Titular de la Patria Potestad.

A esta venta también se extiende la inhabilidad. Los planteamientos serán similares a los hecho para la venta consigo mismo que celebrare el titular de la patria potestad.

Ha sido necesaria la expresa prohibición del artículo 1852 del Código Civil y del 906 del Código de Comercio porque sin ella esa venta entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella sería válida.

En efecto, “los actos o negocios que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que sean autorizados o ratificados por quien ejerce la patria potestad, obligan directamente a quien dio la autorización y subsidiariamente al hijo hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos negocios” (C. C., art. 302).

(109) Cfr. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 381, d).

(110) Vid supra, num. 180 y 207.

(111) Cfr. C. C., arts. 62, 1505 y 2170; C. de Co., arts. 839, 1279, 1307 y 1339.

Tal negocio jurídico "resulta nulo... por no cumplirse la capacidad del hijo a consecuencia de que, teniendo el padre la calidad de parte en el contrato, es viciosa la autorización que él otorga o ha conferido al hijo para celebrarlo".¹¹²

"El motivo de esta prohibición es... la incompatibilidad que existe entre la sujeción de una persona a la potestad de otra y la libre expresión de su consentimiento para un acto jurídico en que tengan intereses opuestos la una y la otra".¹¹³

Es una verdadera inhabilidad toda vez que se restringe la capacidad a dos personas plenamente capaces, cuales son el titular de la patria potestad y el incapaz relativo sometido a ella, quien con la autorización o ratificación de aquel ha devenido plenamente capaz para celebrar la venta.

Asimismo esta segunda forma de la inhabilidad encuadra dentro de lo señalado en el numeral 200, enunciado 1º y en el numeral 203 como única venta prohibida: la que se celebrare entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella con respecto a bienes sobre los cuales se ejerza la patria potestad mediante el usufructo, la administración y la representación, o sea, los bienes del peculio adventicio ordinario.

212. Sanción a la Inhabilidad: la Nulidad Absoluta.

La sanción para la infracción a la inhabilidad, en cualquiera de sus dos formas o contenidos, es la nulidad absoluta, con arreglo a lo establecido por el Código de Comercio, artículo 906, inciso final.¹¹⁴

E. El fin perseguido por la inhabilidad.

213. La Casi Exclusiva Protección al Hijo de Familia.

Busca la inhabilidad, en forma casi exclusiva, proteger al hijo de familia. Esta conclusión se impone y a ella se llega 'a posteriori' y objetivamente. Vamos a recorrer el camino que a ella conduce.

Como hemos sentado atrás, lo único que veda el artículo 1852 del C. C., y el correspondiente del C. de C., es la venta entre el titular de la patria potestad y el sometido a ella sobre bienes del

(112) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 381, d).

(113) Rodríguez Piñeres, citado por Rodríguez Fonnegra, ibídem, nota 7.

(114) Vid. supra, num. 182 al 185.

peculio adventicio ordinario, cuya administración y representación esté a cargo del primero. Esa es la única venta prohibida (la del numeral 203).

Las ventas entre las susodichas partes sobre bienes del peculio adventicio ordinario, cuya administración y representación estén a cargo de un curador adjunto o del otro titular de la patria potestad, sobre bienes del peculio adventicio extraordinario y sobre bienes del peculio profesional o industrial, son permitidas con el lleno de ciertos requisitos. Igualmente las celebradas entre el antiguo titular de la patria potestad y el hijo emancipado. Esas son las ocho ventas permitidas (las del numeral 204).

214. Única Venta en que el Hijo de Familia Está Desprotegido.

En la única venta en que el hijo de familia está desprotegido ante el titular de la patria potestad es en la relativa a bienes del peculio adventicio ordinario, cuya administración y representación tenga el titular de aquella potestad porque, ejerciendo este poder, es al propio tiempo (a más de usufructuario y administrador) representante legal del hijo y nadie, fuera de él, podría autorizar la venta entre él y su hijo, lo cual ha quedado probado en páginas anteriores.¹¹⁵

En tal circunstancia, el padre o madre de familia ejerce la patria potestad sobre los bienes del peculio adventicio ordinario, lo reiteramos, a través de la administración y la representación, a más del usufructo o goce legal.

Luego, en este caso tan particular de tanta concentración de poderes, las leyes protegen al hijo de familia prohibiendo la venta en cuestión.

215. En Todas las Demás Ventas (las ocho permitidas) el Hijo de Familia Está Suficientemente Protegido.

En los demás casos, el hijo de familia o el emancipado no necesita ser protegido por una inhabilidad porque tiene otras formas de protección. Veámoslas.

1) En ventas sobre bienes del peculio adventicio ordinario, con relación a los cuales el titular de la patria potestad tiene el usufructo pero que no tenga la administración ni la representa-

(115) El que no haya tutor, curador general, curador especial ni juez que pueda autorizar o aprobar la venta expresamente. Vid. supra, num. 209.

ción, el representante legal del hijo es el administrador de aquellos, que es el curador adjunto. Este es quien debe representar al hijo de familia o autorizarlo para la venta que va a celebrar con el titular de la patria potestad.

La actuación del curador adjunto constituye la protección del hijo de familia¹¹⁶ e impide la configuración de la inhabilidad, de una de las dos maneras que a continuación se detallan.

Si el curador adjunto es el representante del hijo de familia, no hay auto-contrato, pues una es la declaración de voluntad del titular de la patria potestad, a su propio nombre, y otra la del curador adjunto, a nombre del hijo de familia, el representado.

Si el curador adjunto, en su calidad de representante, autoriza al hijo de familia relativamente incapaz, la autorización convierte a éste en plenamente hábil para celebrar la venta con el titular de la patria potestad, porque no se trata de la autorización viciosa de quien es parte en el contrato y simultáneamente lo autoriza, como sería la del titular de la patria potestad, prohibida esa sí por el artículo 1852 del Código Civil.¹¹⁷

A este propósito escribe Rodríguez Fonnegra: "Sostengo la eficacia del contrato de compraventa de muebles celebrado entre el padre y el hijo de familia en cuanto el primero no ejerza la patria potestad respecto a la administración de la cosa vendida ni a precio".¹¹⁸

Si el titular de la patria potestad llegara a coludirse con el curador adjunto para celebrar una venta en menoscabo de los intereses del hijo de familia, aun quedaría a éste la protección del artículo 505 del Código Civil.

Es menester que haya mucha claridad sobre el punto de que el titular de la patria potestad no debe ejercer ésta en la administración ni en la representación de bienes materia de la venta aunque ejerza la patria potestad sobre ellos por medio del usufructo que la ley siempre le reconoce en el peculio adventicio ordinario.¹¹⁹

(116) "Los curadores adjuntos son independientes de los respectivos padres, cónyuges o guardadores". C. C., art. 582. (Sublíneas nuestras).

(117) Esto ha quedado esclarecido anteriormente, supra, num. 209 bis.

(118) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 381, f).

(119) "Pero quitada a los padres la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley les da el usufructo, no dejarán por esto de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración" (C. C., art. 300, inc. 2; concordancia: ibídem, art. 295).

En la venta entre el titular de la patria potestad y el hijo de familia, interesa antes que todo saber quién administra los bienes objeto de la venta y, de consiguiente, quién representa al dueño de los mismos. No quien tenga el usufructo legal porque con la venta no se quita esto al titular de la patria potestad: a él se darán los frutos líquidos de la cosa comprada o del precio recibido, según el caso, deducidos los gastos de administración.

La incapacidad especial en venta entre padres e hijos de familia mira a la administración y a la representación, no al usufructo. La administración y la representación sobre bienes del hijo de familia pueden ser quitadas al titular de la patria potestad¹²⁰ y otorgadas a un curador adjunto. El usufructo puede ser quitado al titular de la patria potestad pero nunca otorgado a una tercera persona.¹²¹ El llamado a proteger al hijo de familia en materia patrimonial es siempre quien administra sus bienes y en ellos lo representa: o el titular de la patria potestad o el curador adjunto, y no quien tenga el usufructo legal que ineludiblemente será el titular de aquella.

Por tanto, la venta entre el titular de la patria potestad y el hijo de familia sobre bienes del peculio adventicio ordinario —en que el primero siempre tiene el usufructo y no otra persona— es prohibida cuando el titular de la patria potestad tiene la administración y la representación. Es permitida, cuando carece de las dos últimas.

En suma, se permite la venta porque el padre o la madre de

(120) Vid. supra, num. 209 bis, nota 108).

(121) "c) Terminación del usufructo. El goce legal puede finalizar por vía de consecuencia o por vía directa; termina de la primera forma al presentarse la emancipación del hijo en cualquiera de sus modalidades; se acaba por vía directa, es decir, subsistiendo aún la patria potestad, por la presencia de NUEVAS NUPCIAS, en los términos del artículo 169 y 171 del C. C., o sea, por la omisión en confeccionar el inventario solemne de los bienes que se usufructúa con el evidente propósito de no colacionar los mismos con los propios suyos y del otro cónyuge o con los sociales... Esta forma de finalizar por vía directa el goce legal, es quizás la única tomando el atributo de la patria potestad en toda su autonomía o identidad, pero, de varias otras maneras puede finalizar persistiendo la institución de la potestad similares al usufructo (derecho real)". Jaramillo Osorio, Gustavo León. Op. cit., págs. 92 y 93. De las formas de terminar el usufructo legal sólo nos interesa aquí la por vía directa, como se ve por las subrayas del texto acotado. En cuanto a las causales de terminación del usufructo (derecho real) aplicables al goce legal, cuales son: la llegada del plazo o condición prefijados para la duración del usufructo y la destrucción total de la cosa fructuaria, también nos están haciendo ver que tampoco en esas ocurrencias, como en la de los artículos 169 y 171 del C. C., quitado el usufructo al titular de la patria potestad, se otorgue a un tercero.

familia no ejerce la patria potestad sobre esos bienes mediante su administración y su representación. El hijo está suficientemente protegido por el curador adjunto.

2) En ventas sobre bienes del peculio adventicio extraordinario, con respecto a los cuales el titular de la patria potestad no tiene el usufructo legal, hay que distinguir si tiene o no tiene la administración y la representación.

I. *El Titular de la Patria Potestad tiene la Administración y, por tanto, la Representación de los Bienes del Peculio Adventicio Extraordinario.*

En este caso se debe proceder con arreglo a las normas de la guarda (C. C., art. 501). Razón: aquí el titular de la patria potestad administra los bienes del hijo a título de mero guardador y no de padre o madre de familia porque sobre los bienes administrados no ejerce la patria potestad mediante el usufructo legal de los mismos.¹²²

Por idéntica razón, a la venta entre el hijo de familia y el titular de la patria potestad sobre bienes del peculio adventicio ordinario, en que el segundo ejerce la patria potestad a través del usufructo legal, no es aplicable la regla del artículo 501 del Código Civil porque la administración y la representación las tienen los titulares de la patria potestad a título de "tales", de padre o madre de familia, y no de guardadores.

La autorización judicial —que ordena la citada norma— se considera suficiente protección para el hijo de familia e impide la configuración de la inhabilidad. La venta podrá versar exclusivamente sobre muebles. Sobre bienes raíces pende prohibición expresa.

II. *El Titular de la Patria Potestad no Tiene la Administración y, por tanto, Tampoco la Representación de los Bienes del Peculio Adventicio Extraordinario.*

(122) Vid. infra, num. 220. En este contexto es interesantísimo el artículo 297 del C. C.: *Los padres que como tales administren bienes del hijo no son obligados a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasaren a otras nupcias...* (repisamos nosotros). El adjetivo determinado "tales" está indicando "contrario sensu" que si los titulares de la patria potestad administran bienes del peculio adventicio extraordinario —en los que no son administradores como padres de familia sino como guardadores— deben hacer inventario solemne de esos bienes. Concordancias: C. C., arts. 295 y 300, inc. 1.

En este segundo caso, el representante legal del hijo de familia para negociación sobre esos bienes es el curador adjunto, quien debe representar o autorizar al hijo en la venta que va a celebrar con el padre de familia.¹²³

En suma, la actuación del curador adjunto constituye la protección adecuada del hijo de familia e impide la configuración de la inhabilidad. La venta podrá versar indistintamente sobre muebles o inmuebles

3) En ventas sobre bienes del peculio profesional o industrial, el hijo de familia es tenido por emancipado y habilitado de edad. Sobre ellos no se ejerce la patria potestad a través del usufructo legal y, por consiguiente, tampoco a través de la administración, ni de la representación. Puede el titular de la patria potestad llegar a ejercer la administración y representación sobre los bienes del peculio profesional, v. gr., por demencia del hijo, mas en esa situación administra y representa en calidad de guardador, no de padre de familia.

El legislador juzga, con muy buen fundamento, que si el menor fue capaz de hacerse a un patrimonio por su propio esfuerzo y talento, será también capaz por sí solo de administrarlo, conservarlo y defenderlo aún de la voracidad del titular de la Patria potestad.¹²⁴

4) En ventas entre el padre, titular de la patria potestad y el sometido a ella, representado u autorizado por la madre, titular también de la patria potestad, cuando el padre ha delegado por escrito la administración, y con ella la representación, de los bienes, materia de la venta, en la madre.¹²⁵

Se considera que la actuación de ésta es suficiente garantía de protección para el hijo e impide la configuración de la inhabilidad.

Si ella representa al hijo absoluta o relativamente incapaz, no hay auto-contrato porque una es la declaración de voluntad suya, a nombre del hijo, el representado, y otra la del padre, a su nombre propio.

Si la madre autoriza al hijo incapaz relativo, esa autorización no es viciosa porque ella no es parte en la venta. Las partes son el

(123) Cfr. C. C., art. 300, inc. 1.

(124) Cfr. Kipp y Wolff, Ripert et Boulanger. Valencia Zea, Arturo. Op. cit., tomo V, 381.

(125) Cfr. C. C., art. 307, inc. 1.

padre y el hijo de familia. Aquel no está ejerciendo la patria potestad a través de la administración de los bienes, materia de la venta. Estos pueden pertenecer al peculio adventicio ordinario o al extraordinario.

5) En las ventas entre el antiguo titular de la patria potestad y el hijo emancipado, es de considerarse si éste es incapaz o plenamente capaz.

Si lo primero, hay que aplicar las reglas de la guarda que lo protegen. Si lo segundo, no necesita protección alguna porque la capacidad plena sólo la otorga el ordenamiento jurídico a personas que pueden dirigirse a sí mismas y administrar competentemente sus negocios sin el ministerio o autorización de otra y que, por tanto, no necesitan ser protegidas pues se protegen a sí mismas.

216. La Protección a los Terceros, Precaria y Temporal.

Con los planteamientos precedentes, queda demostrado que la inhabilidad protege casi exclusivamente al hijo de familia y de manera muy tangencial a terceros con respecto a la venta, como serían los acreedores del titular de la patria potestad o del sometido a ella.

Reiteramos que muy tangencialmente porque es una protección precaria y temporal. Precaria, porque se refiere solamente a las ventas de bienes del peculio adventicio ordinario, en que el titular de la patria potestad tenga la administración y la representación. Temporal, porque dura la protección hasta cuando el hijo se emancipe.

Si el legislador hubiera buscado proteger a terceros, habría prohibido toda clase de ventas entre padres e hijos, sin la cortapisa de que éstos fueran de familia, cosa que no consagró.

Entonces, los terceros pueden quedar defraudados con suma facilidad en cualquier venta de las permitidas entre padres de familia e hijos.

217. La Generalidad de los Padres no Son Desnaturalizados.

Refiriéndose a la inhabilidad en estudio, enseña el profesor Rodríguez Fonnegra: "Ha de rechazarse la suposición de que exista prohibición encaminada a proteger únicamente al hijo de familia, puesto que el legislador no puede fundarse en el contrasentido de que la generalidad de los padres sean desnaturalizados".¹²⁶

(126) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 381, c).

Sin embargo, retorciendo el argumento, se puede aseverar que la ley ha presumido que la generalidad de los padres son buenos, no son desnaturalizados y por ello precisamente ha creado la inhabilidad para impedir que los desnaturalizados, que son los menos, desvirtúen la presunción atentando contra los intereses del hijo de familia por medio de la celebración de determinadas ventas con éste.

2. Inhabilidades por el Desempeño de Ciertos Cargos.

2.1. De derecho privado.

2.1.1. Guardadores.

218. Normas Pertinentes.

"No es lícito a los tutores y curadores comprar parte alguna de los bienes de sus pupilos, sino con arreglo a lo prevenido en el título De la administración de los tutores y curadores" (C. C., art. 1855).

"Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o de sus padres o hijos naturales, o de sus hermanos legítimos o naturales, o de sus consanguíneos, o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de su padre y madre adoptantes o hijo adoptivo, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o por juez o prefecto en subsidio.

"Pero ni aun de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo" (C. C., art. 501).

"No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas:

"2. Aquellos que por ley o por acto de autoridad pública administran bienes ajenos, como los guardadores, síndicos, secuestres, etc., respecto de los bienes que administran.

“4. Los representantes y mandatarios, respecto de los bienes cuya venta les haya sido encomendada salvo que el representado, o el mandante, haya autorizado el contrato”.

“Las ventas hechas en los casos contemplados en los ordinales 2., 3. y 4. serán anulables” (C. C., de Co., art. 906).

“Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

“2. Por el tutor o curador que ejerciere la guarda sobre menores de 18 años no sometidos a patria potestad y sobre los dementes, disipadores y sordomudos que no pudieren darse a entender por escrito” (C. C., art. 62).

219. Contenido de la Inhabilidad.

Los artículos 1855 y 501 del Código Civil, y 906 del Código de Comercio prohíben la venta en que tenga interés el guardador o las personas enumeradas en esas normas. De ahí, entonces, que el guardador y aquellas personas puedan interesarse en tal venta en cuatro situaciones:

- 1ª El guardador puede interesarse comprando para sí bienes pupilares (auto-contrato de compra).
- 2ª El guardador puede interesarse vendiendo los suyos propios al pupilo (auto-contrato de venta).
- 3ª El guardador puede interesarse vendiendo bienes pupilares a las personas vinculadas con él (las señaladas por el artículo 501 del C. C.). Estas se dicen “comprar”.
- 4ª El guardador puede interesarse comprando para el pupilo bienes de esas mismas personas. Estas se dicen “vender”.

Estas cuatro situaciones quedan comprendidas dentro de la prohibición.

En cuanto a la primera, sólo es permitido al guardador comprar para sí muebles pupilares con licencia de otro tutor o de un curador general, no implicados en el contrato, o del juez en subsidio. Pero ni aun con tal autorización podrá comprar inmuebles pupilares.

En lo que toca a la segunda situación, el guardador puede vender de lo suyo (sea cosa mueble, sea cosa inmueble) al pupilo, contando con la autorización de otro tutor o de un curador general o de juez, a falta de aquellos.

Por lo que respecta a la tercera situación, el guardador puede vender bienes pupilares muebles a cualquiera de las personas vinculadas con él (señaladas por el artículo 501 del C. C.) con la licencia ya mencionada. En cambio, el guardador podrá vender inmuebles pupilares únicamente a las personas indicadas en el inciso primero del artículo 501 del C. C. pero no señaladas en el inciso segundo de la misma disposición (o sean: hermanos legítimos o naturales, demás consanguíneos y afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive y socios de comercio del guardador), contando con la previa autorización requerida. Mas no podrá, aun contando con esa licencia, vender inmuebles pupilares a las personas vinculadas con él y señaladas en el inciso 2 de la precitada norma (cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo).

Con respecto a la cuarta situación, el guardador podrá comprar para su pupilo bienes muebles o inmuebles a las personas indicadas en el artículo 501 del C. C. contando con la licencia del caso.

220. Validez y Nulidad de Tales Ventas.

Especifiquemos el contenido de la inhabilidad, desde el punto de vista de la validez o nulidad de tales ventas.

1. El auto-contrato de compra de mueble pupilar, celebrado por el guardador con la autorización requerida, es válido.
2. El auto-contrato de compra de mueble pupilar, celebrado por el guardador sin la autorización requerida, es relativamente nulo.
3. El auto-contrato de compra de inmueble pupilar, celebrado por el guardador con o sin la autorización de que habla el inciso 1 del artículo 501 del C. C., es relativamente nulo.
4. El auto-contrato de venta de mueble o inmueble perteneciente al guardador, celebrado con la autorización requerida, es válido.
5. El auto-contrato de venta de mueble o inmueble perteneciente al guardador, celebrado sin la autorización requerida, es relativamente nulo.

6. La venta de muebles pupilares a las personas vinculadas con el guardador (cónyuge, cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos naturales, hermanos legítimos o naturales, consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, padre o madre adoptantes, hijo adoptivo o alguno de sus socios de comercio), celebrada con la autorización requerida, es válida.
7. La venta de muebles pupilares a las personas señaladas en el párrafo anterior, celebrada por el guardador sin la autorización requerida, es relativamente nula.
8. La venta de muebles pupilares celebrada entre el guardador y las personas no enumeradas en el inciso 2 del artículo 501 del C. C. pero sí en el primero (hermanos, legítimos o naturales, demás consanguíneos y afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive o alguno de sus socios de comercio), con la autorización requerida, es válida.
9. La venta de inmuebles pupilares celebrada entre el guardador y las personas enumeradas en el párrafo anterior sin la autorización requerida, es relativamente nula.
10. La venta de inmuebles pupilares celebrada entre el guardador y las personas enumeradas en el inciso 2 del artículo 501 del C. C. (cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo) con o sin la autorización indicada en esa norma, es relativamente nula.
11. La compra para el pupilo de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las personas enumeradas en el artículo 501 del C. C., celebrada por el guardador con la licencia requerida, es válida.
12. La compra para el pupilo de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las personas enumeradas en el artículo 501 del C. C., celebrada por el guardador sin la autorización requerida, es relativamente nula.

En los numerales 222 y 223 explicaremos cada una de las ventas precedentes.

Las ventas prohibidas —las anulables de los ordinales 2, 3, 5, 7, 9, 10, y 12— lo son en cualquier eventualidad: celébrense directamente o por interpuesta persona o en pública subasta. Así lo preceptúa el contenido general del artículo 501 del C. C. al no hacer

distinción ninguna y el contenido específico del artículo 906 del Código de Comercio, inciso 1, al enumerar cada una de las tres clases de venta.

221. El Régimen Aplicable es el de la Incapacidad Especial y no el de las Incapacidades Generales (la absoluta o la relativa).

Existe consenso jurisprudencial y doctrinario sobre la calificación de los artículos 1855 y 501 del C. C., y 906 del C. de Co., como contentivos de incapacidades particulares. No pueden consagrar incapacidades generales (absolutas o relativas) porque sería repetición inútil, carente de todo sentido: el negocio de quien contrata (guardador o personas enumeradas en el artículo 501 del C. C.) con un incapaz (pupilo) absoluto o relativo está afectado, en su caso, de nulidad absoluta o relativa.

Por consiguiente, sólo puede tratarse de incapacidad especial. Se restringe la capacidad a una persona plenamente capaz (guardador y personas vinculadas con él) para celebrar un determinado negocio (auto-contrato de compra o auto-contrato de venta del guardador y venta por parte de éste de los bienes pupilares a personas vinculadas con él o compra por parte del guardador para su pupilo de los bienes pertenecientes a personas vinculadas con él).¹²⁷

Como se busca proteger al pupilo, si no mediara la prohibición a las ventas de los ordinales 2., 3., 5., 7., 9., 10. y 12., ellas serían válidas y aquel quedaría desprotegido.

222. En Qué Consiste la Protección Dada al Pupilo.

La protección dada al pupilo es la licencia de otro tutor o de un curador general, no implicados en el contrato, o la del juez, en subsidio, a la venta en cuestión.

Por donde, la venta mobiliaria es prohibida cuando falta la autorización (son los ordinales 2., 5., 7., y 12. del numeral 220); permitida, cuando existe (son los ordinales 1., 6. y 11. del mismo numeral).

En materia de venta inmobiliaria, se impone hacer tres distinciones.

(127) Vid. las cuatro situaciones del num. 219.

1ª Si se trata de auto-contrato de compra de inmueble pupilar por parte del guardador, con o sin la licencia mencionada, esa compra está prohibida (es el ordinal 3. del numeral 220).

2ª Asimismo es venta prohibida la de inmueble pupilar que realice el guardador con las personas enumeradas en el inciso 2 del artículo 501 del C. C., con o sin la autorización indicada en esa norma (es el ordinal 10. del numeral 220).

De estas dos distinciones colegimos que lo que es suficiente protección para el pupilo en punto de muebles —la autorización requerida que hace válidos tanto el auto-contrato de compra de mueble pupilar por parte del guardador como la venta de mueble pupilar que celebre éste con las personas del inciso 2 del artículo 501 del C. C.— no lo es en tratándose de inmueble, pues aún contando con esa autorización, tanto el auto-contrato de compra de inmueble pupilar por parte del guardador como la venta de inmueble pupilar que éste celebre con las personas del inciso 2 del artículo 501 del C. C. están prohibidos. Todo esto debido al criterio legal —hoy totalmente injustificado— de que los bienes raíces deben gozar de mayor favor y protección que los muebles.

Es ése el sentido genuino del inciso 2 del artículo 501 del C. C., al iniciarse con el giro adversativo “pero ni aun de este modo...”, equivalente a: no será válida la venta de inmuebles pupilares aunque se cuente con la autorización requerida para la venta de muebles pupilares.

3ª La autorización que apruebe expresamente la adjudicación que en pública subasta se haya hecho del inmueble pupilar a alguna o algunas de las personas no enumeradas en el inciso 2 del artículo 501 del C. C. pero sí en el primero,¹²⁸ la considera el legislador suficiente protección para el pupilo, y tal venta es permitida (es el ordinal 8. del numeral 220); prohibida, si falta la autorización (es el ordinal 9. del mismo numeral).

(128) Antes o después de adjudicarse el inmueble pupilar a la persona o personas vinculadas con el guardador, se debe contar con la autorización de otro tutor o de un curador general no implicados de la misma manera como aquel guardador en la venta. Si no hay ni uno ni otro, la autorización debe darla un juez. Cabe recordar el artículo 649, ordinal 1, del Código de Procedimiento Civil: “Asuntos que comprende”. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

“1. La licencia que soliciten el padre o madre de familia o los guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados, o para realizar otros actos que interesen a éstos, en los casos en que el Código Civil u otras leyes la exijan”.

223. Venta no Comprendida en la Inhabilidad.

Como las prohibiciones —normas de excepción— son de derecho estricto (no admiten interpretación extensiva o analógica), la venta inmobiliaria que en representación del pupilo celebre el guardador, previos los trámites de la subastación pública judicial y de la autorización por parte de otro tutor o curador general o del juez en subsidio, con sus hermanos legítimos o naturales o con otros consanguíneos —diferentes a los ascendientes o descendientes legítimos o naturales— o con afines legítimos o con sus socios de comercio, es válida (es el ordinal 8. del numeral 220).

En esta eventualidad, la ley entiende que la autorización o aprobación otorgada por los co-guardadores o, en su defecto, el juez a la adjudicación judicial del inmueble y sobre todo el vínculo más lejano que con el guardador tienen las personas enumeradas en el inciso 1 del artículo 501 del C. C. —pero no en el segundo del mismo artículo— constituyen suficiente protección para el pupilo.

224. Sanción a la Venta de Inmueble Pupilar sin la Autorización Requerida.

Si en el supuesto del numeral anterior, falta la autorización o aprobación de la adjudicación judicial del inmueble por parte de los co-guardadores citados o del juez, la venta es relativamente nula (es el ordinal 9. del numeral 220).

“La exigencia de la previa autorización judicial y posterior enajenación por medio de subasta pública, son requisitos exigidos por la ley en consideración al simple estado de incapacidad en que se halla el menor para hacer directamente la enajenación; por lo tanto, su inobservancia conduce apenas a la nulidad relativa del acto o contrato, saneable por la prescripción cuatrenial, y no a la absoluta que sólo es susceptible de purgarse por medio de la prescripción extraordinaria”.¹²⁹

El argumento vale ‘a pari’ (si no ‘a fortiori’) para la autorización o aprobación que debe otorgar uno de los co-guardadores indicados o el juez a la adjudicación judicial del inmueble pupilar a las personas mencionadas en el inciso 1 del artículo 501 del C. C.

(129) Sent. junio 9 de 1953, LXXV, 301.

y no en el segundo. Y enfatizamos que con mayor razón porque la autorización suele darse cuando ya se han de antemano llenado las formalidades de la licencia judicial y de la pública subasta, medidas habilitantes y protectoras del pupilo, como lo es también aquella.

Lo tratado en este numeral nos ha desbrozado el camino para entender la sanción que conlleva la violación de la inhabilidad que estudiamos, tema del siguiente.

225. Sanción al Quebrantamiento de la Inhabilidad: Siempre la Nulidad Relativa.

De dos maneras se puede quebrantar la inhabilidad:

1. Por faltar la licencia requerida: se da en los ordinales 2., 5., 7., 9., y 12. del numeral 220.
2. Porque la licencia no valida la venta: se da en los ordinales 3. y 10. del numeral 220.

La sanción a ambos quebrantamientos de la inhabilidad es la nulidad relativa por disposición expresa del Código de Comercio, artículo 906, inciso final. Para mayor abundamiento, véanse los argumentos esgrimidos precedentemente.¹³⁰

Asimismo, reléase la jurisprudencia citada en el numeral anterior, el 224, sobre la procedencia de la nulidad relativa cuando no existe la licencia señalada por el artículo 501 del C. C.

226. Cómo Ha de Interpretarse el Ordinal 4. del Artículo 906 del Código de Comercio.

El Código de Comercio, artículo 906, ordinal 4., advierte que la compra de bien pupilar por parte del guardador (representante) es válida cuando el representado la haya autorizado. Como éste es un incapaz, no puede otorgar esa licencia. Para este efecto, su representante será el tutor o curador general, no implicados en la compra, o el juez en subsidio, como lo prevé el artículo 501 del C. C.

(130) Vid. supra, nums. 182 y ss. Además, Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 361. González Valencia citado por Ortega Torres en su Código Civil Comentado, después del artículo 1855.

2. Inhabilidades por el Desempeño de ciertos cargos (continuación).

2.1. De derecho privado (continuación).

2.1.2. Mandatarios, Síndicos y Albaceas.

227. El Auto-contrato de Venta del Representante se Permite cuando Cuenta con la Autorización del Representado.

El artículo 1856, de acuerdo con el 2170, ambos del Código Civil, prohíbe al mandatario, al síndico y al albacea (en términos generales, al representante) en materia de bienes objeto de sus encargos, comprar lo que se les haya ordenado vender o vender de lo suyo lo que se les haya ordenado comprar, sin que medie aprobación expresa del mandante, de los acreedores o de los herederos respectivamente (generalizando, el representado).¹³¹

Mandatarios, síndicos y albaceas, no está de más repetirlo, son representantes.¹³² Entonces, se prohíbe el auto-contrato de venta que celebre el representante. La motivación de este aserto se cimenta recurriendo a los argumentos que hemos consignado al tratar del contrato de venta, que consigo mismo celebre tanto el titular de la patria potestad como el guardador.

Es obvio que la inhabilidad busca proteger a los representados: mandante, acreedores del concursado o fallido y herederos de la sucesión. Justamente por ello, cuando éstos expresamente autorizan el auto-contrato, la inhabilidad desaparece y la venta del representante consigo mismo es válida.

Es la autorización prueba inequívoca de que los representados se sienten suficientemente protegidos y de que no sufrirán menoscabo sus intereses, en beneficio de los del representante.

De ahí que otro sea el régimen del albaceazgo¹³³ cuando entre los herederos haya uno o varios incapaces, porque, siendo tales, no pueden dar la autorización. En este caso, la ley los protege obli-

(131) Vid. lugares paralelos en el Código de Comercio, artículos 906, ordinales 2., 3. y 4. e inciso final; ibidem, artículo 839 y 1339.

(132) Para entender la representación, nos remitimos al numeral 187, nota 60, donde se aclara meridianamente el sentido de las dos representaciones —legal y voluntaria— y de modo particular se hace alusión al carácter representativo de síndicos y albaceas.

(133) El albacea únicamente podrá comprar bienes de la sucesión cuando la venta se haya hecho indispensable para el pago de las deudas o legados y esto con anuencia de todos los herederos. Cfr. C. C., arts. 1350, 1353 y 575.

gando al albacea, que no sea heredero,¹³⁴ a realizar los trámites de la guarda (C. C., arts. 484 y 501), como lo dispone el artículo 1351 de la obra referida.

De consiguiente, cuando haya herederos incapaces se debe aplicar, "mutatis mutandis", todo lo que hemos explicado sobre el artículo 501 del Código Civil, con ocasión de las ventas en que tenga interés el guardador o personas emparentadas con él.¹³⁵

228. Sanción al Quebrantamiento de la Inhabilidad.

La sanción por contravenir, sea al artículo 2170, sea al 501 del Código Civil, es la nulidad relativa.

Ello se desprende del Código de Comercio, artículo 906:

"No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas:

"2. Aquellos que por la ley o por acto de autoridad pública administran bienes ajenos, como los guardadores, síndicos, sequestres, etc., respecto de los bienes que administran;

"3. Los albaceas o ejecutores testamentarios, respecto de los bienes que sean objeto de su encargo;

"4. Los representantes y mandatarios, respecto de los bienes cuya venta les haya sido encomendada salvo que el representado, o el mandante, haya autorizado el contrato.

"Las ventas hechas en los casos contemplados en los ordinales 2., 3. y 4. serán anulables".

229. Si los Representantes no Pueden Comprar, Tampoco Pueden Vender de lo Suyo a los Representados.

Es de advertir que el Estatuto Mercantil, en el artículo 906, sólo prohíbe "comprar". Con todo, no se halla ninguna razón — fuera de la distracción u olvido de los legisladores— para que se

(134) "Esta prohibición (la del artículo 1351 del Código Civil, concordado con el 501) no cobija al ejecutor que, siendo al mismo tiempo heredero, concurre con este carácter en los actos dichos (los prohibidos). Tampoco inhabilita esta prohibición al albacea para adquirir los derechos hereditarios de un heredero, porque no deben confundirse los derechos e intereses de la sucesión, con los enteramente personales del heredero". Garavito, Fernando. Op. cit., Tomo II, 108.

(135) Vid. supra, nums. 218 al 226.

tolere a las personas citadas en los ordinales, 2., 3. y 4. del artículo 906, vender de lo suyo al representado, a no ser que cuenten con la autorización expresa de éste.

No en vano es del siguiente tenor un texto: "No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado".¹³⁶

Entonces, el representante, en calidad de contraparte del representado, podrá ser tanto "comprador" como "vendedor".

Por lo demás, hemos demostrado que no hay incapacidades especiales "simples" sino que todas son "dobles".¹³⁷

2. Inhabilidades por el Desempeño de Ciertos Cargos (continuación)

2.2. De derecho público.

2.2.1. La de los Empleados de Cualquiera de las Tres Ramas del Poder Público.

230. Destinatarios de la Inhabilidad: los Empleados de las Tres Ramas del Poder Público.

"No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas:

"5. Los administradores de los bienes de cualquier entidad o establecimiento público, respecto de los que les hayan sido confiados a su cuidado;

"6. Los empleados públicos, respecto de los bienes que se vendan por su ministerio, y

"7. Los funcionarios que ejerzan jurisdicción y los abogados respecto de los bienes en cuyo litigio hayan intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio.

"Las ventas hechas en los casos contemplados en los ordinales 2., 3. y 4. serán anuales; en los demás casos la nulidad será absoluta" (C. de Co., art. 906. Original sin resaltos).

"Se prohíbe a los administradores de establecimientos públicos vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajena-

(136) C. de Co., art. 839, Inc. 1; Cfr. Ibidem, art. 1339.

(137) Vid. supra, num. 189.

ción no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente". (C. C., artículo 1853. Hemos subrayado nosotros).

"Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los magistrados, de la Suprema Corte, jueces, prefectos y secretarios de unos y de otros, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio, aunque la venta se haga en pública subasta". (C. C., artículo 1854, inc. 1. Sublíneas nuestras).

Analizando todas las subrayas de los textos transcritos, llegamos a esta conclusión: tanto los tres ordinales del artículo 906 del Código de Comercio como los dos artículos (1853 y 1854) del Código Civil contienen una única inhabilidad. Por donde en buena técnica legislativa deberían formar un único artículo o norma que prescribiera: "Al empleado de cualquiera de las tres ramas del poder público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; asimismo venderlos, cuando su enajenación no esté comprendida dentro de sus facultades administrativas ordinarias, salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente".

Tal es de veras el alcance de las susodichas normas. Efectivamente, en la expresión "empleado público" se deben comprender las tres grandes divisiones de los servidores del Estado:

1ª La de los empleados de la rama ejecutiva, entendiéndose por tales, para todo lo relacionado con la inhabilidad, las dos especies que de ellos para los efectos laborales han hecho los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, especies que son: la de "empleados públicos" y la de "trabajadores oficiales". Obviamente que ha de entenderse cuando éstos o aquellos tengan la calidad de administradores.

Y si quisiéramos ser más rigurosos desde el punto de vista técnico-legislativo, la inhabilidad para los funcionarios o empleados de la rama ejecutiva habría debido colocarse en el Código de Régimen Político y Municipal, que es su lugar apropiado.

2ª La de los empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, entendiéndose por tales los funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario y los Tribunales seccionales, los jueces de dis-

tintas categorías y especialidades y todo el personal subalterno respectivo; además, los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y del ministerio público a todos los niveles.¹³⁸

La incapacidad especial de los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público debería ir en el Código de Procedimiento Civil.

3ª La de los empleados de la rama legislativa, entendiéndose por tales los miembros del Congreso y los empleados que tienen funciones señaladas por ley o el reglamento de esa Corporación.¹³⁹

Sea ésta la ocasión propia para hacer notar que si bien los congresistas no tienen en sí la calidad de empleados públicos por no estar vinculados por un acto-condición, dada su elección popular que no confiere mandato, con todo, sobre ellos pesa inhabilidad para celebrar venta con la Administración: "Los senadores y representantes no pueden hacer por sí, ni por interpuesta persona, contrato alguno con la Administración, ni admitir de nadie poder para gestionar negocios que tengan relación con el gobierno de Colombia".¹⁴⁰

Las prohibiciones anteriores alcanzan a cualquier venta, sea la celebrada por las personas inhábiles directamente, por interpuesta persona o en pública subasta.

La inhabilidad persigue fines de moralidad y moralización en el desempeño de los cargos públicos. De donde fluye que la incapacidad debería cobijar también a los parientes de los empleados para hacer más confiable la administración de la cosa pública en todas sus tres ramas. Medida que aminoraría el inmoral tráfico de influencias. Una tal inhabilidad tendría un contenido similar al del artículo 501 del Código Civil.^{140 bis}

231. Una Pretendida Excepción.

El inciso 2 del artículo 1854 del Código Civil alude a una pretendida excepción: "Queda exceptuado de esta disposición el empleado con jurisdicción coactiva que, conociendo de alguna ejecución y teniendo, por consiguiente, el doble carácter de juez o de

(138) Cfr. Decreto 546 de 1971.

(139) Cfr. Decreto 3074 de 1968, art. 1.

(140) C. de R. P. y M., art. 23.

(140 bis) Véase a este respecto el C. P., art. 198.

prefecto y acreedor, hiciere posturas a las cosas puestas en subasta, en su calidad de acreedor, cuya circunstancia debe expresarse con claridad”.

La jurisdicción coactiva o fiscal¹⁴¹ permite a las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal llevar a cabo, por sí mismas, a través de sus funcionarios, los cobros ejecutivos de las deudas fiscales (como impuestos y multas) contra sus deudores incumplidos.

Una lectura rápida del inciso en comento daría a entender que el funcionario de la jurisdicción coactiva podría hacer posturas a cuenta de un crédito que él tuviera como particular contra su deudor, a quien él va a ejecutar en calidad de juez. No hay tal.

La defectuosa redacción de la norma da pie para esa interpretación errónea, pues reza: “en su calidad de acreedor”. Mas la posibilidad de configurar una excepción se deshace si pensamos en que el funcionario juega un doble papel: el de juez o abogado executor y el de representante de la entidad acreedora.

Luego, al concurrir al remate y hacer posturas, no obra en su nombre personal o particular —lo que sí sería una excepción— sino en el nombre del Estado.

Por tanto, el inciso 2 del artículo 1854 está de sobra.

232 Sanción.

Como atrás lo hemos expuesto, la sanción al quebrantamiento de la inhabilidad sería la nulidad relativa si no existiera el inciso final del artículo 906 del Código de Comercio, que fija la absoluta, la cual vale igualmente para la venta civil.¹⁴²

233. Tres Observaciones Finales.

A propósito de incapacidades particulares de los empleados públicos en venta mercantil, se deben hacer tres observaciones finales.

1ª Por lo considerado arriba, las inhabilidades de los empleados públicos también se refieren a vender, aunque la norma (C. de Co., art. 906) guarde silencio al hablar únicamente de “comprar”.¹⁴³

(141) Cfr. Ley 102 de 1935, Decreto 1135 de 1936 y Código de Procedimiento Civil, arts. 561 al 568.

(142) Vid. supra, num. 182 al 185.

(143) Vid. supra, 189.

Sería, además, ridículo, carente de la seriedad y consistencia que debe ostentar el ordenamiento jurídico, el que lo ilícito civilmente fuese lícito en materia comercial, y que se pudiera hacer fraude a la ley celebrando el empleado público una venta mercantil para eludir la inhabilidad con que estaría sancionada la misma venta pero sólo en el derecho civil. Vale acá el principio general del derecho: “El dolo todo lo corrompe”.¹⁴⁴

2ª El ordinal 7 del artículo 906 del Código de Comercio es del tenor siguiente: “No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, las siguientes personas.

“7. Los funcionarios que ejerzan jurisdicción y los abogados, respecto de los bienes en cuyo litigio hayan intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio”.

El Código de Comercio extiende la inhabilidad del artículo 1854 del Código Civil a los abogados, como lo hizo desde su misma promulgación el Código Civil Chileno, en el artículo 1798.

Infortunadamente disposición tan moralizadora no existe en nuestro Código Civil ni en el de Procedimiento Civil ni en el Estatuto Orgánico de la Abogacía.¹⁴⁵ El Código de Comercio pretendió colmar vacío semejante para evitar los efectos nefastos que se producen entre los profesionales del derecho cuando negocian con la causa.

3ª El legislador comercial es más drástico que el civil, como que a la sanción de la inhabilidad de los empleados públicos, la nulidad absoluta del artículo 906, puede añadirse otra: “Si el comercio o *determinada actividad mercantil* (queda aquí comprendida la compraventa) se ejerciere por persona inhábil, ésta será sancionada con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos que impondrá el juez civil del circuito del domicilio del infractor, de oficio, o a solitud de cualquier persona, sin perjuicio de las penas establecidas por normas especiales” (artículo 14, inciso final).

Y “son inhábiles para ejercer el comercio, directamente o por interpuesta persona: 2. Los funcionarios de entidades oficiales y semi-

(144) “Dolus omnia corrumpit”.

(145) El artículo 906, ord. 7, va más lejos que el correspondiente art. 43, ord. 6., del Decreto 320 de 1970: “Constituyen faltas de lealtad del abogado para con el cliente: 6. Adquirir del cliente parte de su interés, a título distinto de la equitativa retribución de los servicios y gastos profesionales”.

oficiales respecto de *actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones*” (C. de Co., artículo 14, ord. 2. Ambos textos originales sin subrayas).

234. Sanción Penal a las Inhabilidades del Código Civil, arts. 1853 al 1856, y del Código de Comercio, artículo 906, ords. 2. al 7.

En los delitos contra la Administración Pública, el Código Penal sanciona la violación que de su inhabilidad cometan los empleados públicos, por interesarse en provecho propio en cualquier clase de contrato en que deban intervenir por razón de su cargo (artículo 167, inciso 1).

Igualmente, en el inciso 2, eleva a delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de sus funciones el interesarse en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que por razón de su cargo deba intervenir el tutor, curador o albacea, denominándolos expresamente; y el mandatario y el síndico, comprendiéndolos dentro de la denominación de “administradores particulares”.

En las mismas circunstancias se sanciona a los peritos y árbitros

3. *Inhabilidades por razones de Seguridad Nacional.*

3.1. La de los Gobiernos Extranjeros para Comprar Inmuebles.

235. Sentido y Alcance de Esta Incapacidad.

Preceptúa el artículo único de la Ley 39 de 1918: “Los gobiernos extranjeros que mantengan misión diplomática en la República, pueden adquirir en propiedad o construir en la capital de ella, el edificio destinado a alojar su respectiva legación, siempre que declaren que la República gozará en la misma materia del derecho de reciprocidad”.

Como las adquisiciones suelen efectuarse en la inmensa mayoría de los casos a través de compraventa (entendiendo por tal también la correspondiente tradición), si se interpreta ‘contrario sensu’ la norma trascrita, tenemos: a los gobiernos extranjeros, que mantengan misión diplomática en la República, está prohibido comprar inmuebles fuera de Bogotá, y aun en esta ciudad, si no

es el destinado a alojar su respectiva legación, y cumpliéndose la condición de que Colombia goce del derecho de reciprocidad en la misma materia.

La redacción de la Ley 39 de 1918 es deficiente. De ahí que para entenderla es conveniente compararla con las disposiciones que reformó: “En Colombia no es trasferible la propiedad raíz a gobiernos extranjeros” (Ley 2 de 1886, artículo único), y “En Colombia los gobiernos extranjeros no tienen representación jurídica para adquirir bienes raíces (Ley 153 de 1887, artículo 81).

Hernán Valencia Restrepo.

Medellín, Octubre de 1979.

REIVINDICACION DE LOS TITULOS VALORES

Bernardo Trujillo Calle

Doctor en Derecho de la U. de A.
Profesor de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho
de la U. de A.
Director de la U. de A.
Medellín, Colombia, 25 de Mayo de 1979.