



# LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA VENTA\*

*Hernán Valencia Restrepo*

Doctor en Derecho de la Universidad de Antioquia.  
Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Antioquia.  
Medellín, Calle 48, N° 81A-14.

(\*) Capítulo III de la obra en preparación "Los Contratos-Arquetipos del Derecho Privado" (Compraventa, arrendamiento, mandato, hipoteca y transacción).

# SUMARIO \*

## INTRODUCCION

*La consensualidad o Solemnidad, la Bilateralidad y la Onerosidad de la Venta:* 59.

## PRIMERA PARTE

*La Venta, Contrato Consensual o Solemne:* 60 - 80.

- A) Apunte Preliminar: 60 - 62.
- B) La compraventa consensual: 63.
- C) La compraventa solemne: 64 - 78.
  - 1. La compraventa solemne legal: 64 - 71.
  - 2. La compraventa solemne convencional: 72 - 78.
  - 3. Sentido y alcance de las ventas solemnes: 79 - 80.

## SEGUNDA PARTE

*La Venta, Contrato Esencialmente Bilateral:* 81 - 88.

- A) Apunte preliminar: 81.
- B) Aplicaciones importantes de la bilateralidad de la venta: 82 - 88.

## TERCERA PARTE

*La venta, Contrato Esencialmente Oneroso, Naturalmente Conmutativo y Natural o Accidentalmente Aleatorio:* 89 - 102.

- A) La venta, contrato esencialmente oneroso: 89.
  - 1. Aplicaciones importantes de la onerosidad de la venta: 90 - 92.
- B) La venta, contrato naturalmente conmutativo y natural o accidentalmente aleatorio: 93 - 102.
  - 1. La venta, contrato naturalmente conmutativo: 93 - 94.
  - 2. La venta, contrato natural o accidentalmente aleatorio: 95.
  - 3. Aplicaciones importantes de ser la venta conmutativa o de ser la venta aleatoria: 96 - 102.

\*Los números se refieren a los encasillados del texto.



## LA CONSENSUALIDAD O SOLEMNIDAD, LA BILATERALIDAD Y LA ONEROSIDAD DE LA VENTA

### 59. Las Tres Características Contractuales más Importantes de la Venta.

Como lo hemos anunciado en el numeral 54, la figura contractual de la compraventa es de una gama o espectro jurídicos amplísimos.

En efecto, es un contrato nominado o típico (arquetípico y prototípico, para nuestra sistematización); creador de obligaciones principales; de libre discusión o de adhesión; de ejecución instantánea; consensual o solemne; bilateral y oneroso conmutativo u oneroso aleatorio.

Importantes sobremanera juzgamos las tres últimas características contractuales porque la consensualidad o solemnidad, la bilateralidad y la onerosidad tocan ya la existencia, ya la subsistencia de la venta.

La consensualidad o solemnidad de la venta tocan su existencia misma: el perfeccionamiento. De suerte que si éste no se da, no hay venta.

La bilateralidad y la onerosidad tocan la subsistencia de la venta. Esta existe, mas no podrá subsistir, pues sin ellas la venta, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente.

Además, son ellas las tres únicas dignas de tratarse debido a que originan consecuencias de veras relevantes. Así, la falta de la consensualidad o de la solemnidad conduce a la inexistencia o nulidad absoluta de la venta; y la de la bilateralidad u onerosidad, a que la venta, o no produzca ningún efecto o degenera en otro contrato o se aniquile retrorayendo a las partes a la situación precontractual por obra de acciones como la resolutoria, rescisoria o revocatoria. Todo lo cual explanaremos enseguida.

## LA VENTA, CONTRATO CONSENSUAL O SOLEMNE

## A) Apunte Preliminar.

## 60. El Perfeccionamiento de los Contratos.

Preciso es advertir que todo contrato es consensual en sentido amplio, en cuanto a su génesis o formación, toda vez que es un acuerdo: consentimiento de voluntades. En ello participa de la naturaleza del negocio jurídico.<sup>1</sup>

Pero si nos atenemos, no a su génesis, sino a la manera cómo se perfeccionan, hay contratos consensuales en sentido estricto, solemnes y reales.<sup>2</sup>

Contratos consensuales: cuando para su perfección, las partes no deben ceñirse en la expresión de su consentimiento a solemnidades ni a la tradición o entrega de la cosa objeto del contrato. "Solus consensus obligat": el mero acuerdo, expresado en cualquier forma inteligible, perfecciona el contrato.

"Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco".<sup>3</sup> Tal es la venta de un bien mueble: de un libro, pongamos por caso.

Contratos solemnes: cuando la ley o las partes señalan las formas o ritualidades absolutamente necesarias por las cuales se debe expresar el consentimiento para que se perfeccione el respectivo contrato.

"Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad".<sup>4</sup> Así es, v. gr., la venta de un bien raíz, cuya forma especial es el otorgamiento de escritura pública en que aquella se contenga.

"Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2 del artículo precedente, no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá

(1) Cfr. C. C., art. 1502, ord. 2.

(2) Cfr. C. C., art. 1500.

(3) C. de Co., art. 824, colon 1.

(4) *Ibidem*, colon 2.

cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida".<sup>5</sup> De esta clase sería la venta de sellos postales que dos personas desean celebrar por instrumento público.

Contratos reales: cuando la tradición o entrega de la cosa, sobre la que versa el negocio jurídico, es entendida como el consentir y conforma, por ende, el mismo perfeccionamiento contractual.

"No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición confiere el dominio".<sup>6</sup> Otro tanto acaece con los contratos de comodato y depósito. La venta nunca es contrato real, como tendremos oportunidad de destacarlo.<sup>7</sup>

## 61. El perfeccionamiento de la Venta.

Acogiéndonos a una interpretación gramatical (hermenéutica de exégesis o de glosa), a tenor del artículo 1857, inciso 1, de nuestro Código Civil, la venta es un contrato consensual por regla general, y, solo por vía de excepción, solemne: "La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes...".

La compraventa es consensual cuando las partes expresan sin formalidades el consentimiento. Convienen en el derecho patrimonial o cosa que se va a vender, y en el precio, que se va a pagar.

Empero, deviene solemne cuando el legislador ordena celebrarla otorgando escritura pública o privada (compraventa solemne legal), o cuando los interesados disponen su celebración mediante el lleno de una formalidad, que generalmente consiste en consignar la venta en un instrumento público o privado (compraventa solemne convencional).

## 62. Importancia del momento del perfeccionamiento.

Importa grandemente conocer el momento exacto del perfeccionamiento de la venta para un sinnúmero de efectos.

Citamos no más los siguientes:

1. La cosa, que se va a vender, debe existir al tiempo de perfeccionarse el contrato (C. C., art. 1870; C. de Co., art. 918).

(5) C. C., art. 1858. Conc.: art. 1979.

(6) *Ibidem*, art. 2222.

(7) Vid. *infra*, num. 76, I.

2. La pérdida, deterioro o mejora de la especie que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa (C. C., artículo 1876).
3. El precio de la venta debe estipularse al menos en su mitad en dinero al momento de su perfección (C. C., art. 1850).
4. Al momento del perfeccionamiento es cuando podrá determinarse si la venta es conmutativa o aleatoria (C. C., arts. 1498 y 1876; C. de Co., art. 918).
5. Desde la fecha de la perfección de la venta comienza a correr el plazo de la prescripción en casos como el del pacto comisorio (C. C., art. 1938), de la retroventa (C. C., art. 1943, inc. 1) y de la lesión enorme (C. C., art. 1954).
6. La garantía del buen funcionamiento de la cosa vendida, sin determinación de plazo, expirará a los dos años contados a partir de la fecha del perfeccionamiento de la venta (C. de Co., art. 932, inc. 3).
7. El vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior al perfeccionamiento de la venta (C. C., arts. 1895 y 1899, inc. 1).
8. Son vicios redhibitorios los que han existido al tiempo del perfeccionamiento de la venta (C. C., art. 1915, ord. 1).
9. Por último, el vendedor es tenido a entregar la cosa a la época prefijada en la venta o, si nada se estipuló, inmediatamente después del contrato dentro de las 24 horas siguientes a su perfeccionamiento y la deberá entregar con todos sus accesorios y en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse la venta (C. C., art. 1882, inc. 1 y C. de Co., arts. 912, inc. 3; 924 y 928).

Hecho el apunte preliminar, pasamos a ver detenidamente cuáles son las ventas consensuales y cuáles las solemnes, cuándo y dónde se perfeccionan.

#### B) La Compraventa Consensual.

63. Cuáles Ventas son Consensuales. Momento y lugar de su Perfección.

Fuera de los cinco casos en que la venta es solemne legal y de los casos en que sea solemne convencional,<sup>8</sup> todos los demás serán ventas consensuales.

El Código Civil no señala el momento en que se perfecciona la venta consensual. Es menester colmar el vacío analógicamente con las normas mercantiles que sí lo señalan. Ello en obediencia a la Ley 153 de 1887, artículo 8.

La venta consensual se perfecciona en el momento en que el proponente —las más de las veces el vendedor— recibe la aceptación que de la oferta hace el comprador.<sup>9</sup>

Ahora bien, para saber el preciso momento en que el oferente recibe la aceptación, hay que fijarse si la oferta fue verbal o si la oferta fue por escrito.

Si la oferta fue verbal (posible solo entre presentes), se presume que la aceptación debió hacerse en el acto de oírse aquella. La propuesta hecha por teléfono se asimila a la verbal.<sup>10</sup>

El día 15 de marzo de 1977, a las 10 horas a. m., Luis propone a Diego verbal o telefónicamente venderle dos armarios por la suma de \$ 16.000.00. Diego, oída la propuesta, la acepta. Queda perfecta la venta desde el día 15 de marzo de 1977, a las 10 horas a. m.

Si la oferta se hizo por escrito, se presume que la aceptación debió hacerse dentro de los 6 días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario de ésta reside en el mismo lugar del proponente. Si reside en lugar distinto, al término dicho se sumará el de la distancia. Este se calculará según el medio de comunicación empleado por el proponente.<sup>11</sup>

Carlos, residente en la ciudad de Medellín, envía el 10 de abril de 1978 a Juan, residenciado en la misma, una misiva en que le propone la venta de un semoviente por la suma de \$ 20.000.00. Juan responde aceptando la propuesta el 14 de abril de 1978. Carlos recibe la carta de aceptación de la propuesta el 17 de abril de 1978, a las tres horas p.m. Es esta la fecha y momento del perfeccionamiento de la venta. Juan tuvo un término hábil de 6 días contados a partir del 10 de abril de 1978, para aceptar o rechazar la oferta.

(8) Vid. infra, nums. 65 y 72.

(9) Cfr. C. de Co., art. 864.

(10) Cfr. C. de Co., art. 850.

(11) Cfr. Ibidem, arts. 851 y 852.

Al lado de la aceptación expresa, que es la que se deja explicada en los precedentes renglones, se da la tácita, consistente en dar comienzo a la ejecución de la venta. Aquí la aceptación se entiende recibida cuando el proponente conozca la iniciación del contrato por parte del aceptante.<sup>12</sup>

Ignacio vive en Medellín. El 28 de julio de 1978, envía una nota a Darío, residente en Armenia (Ant.), en que le propone comprarle 11 cargas de café "caturro", a razón de \$ 7.500.00 la carga. Darío recibe la oferta el 2 de junio de 1978 y de inmediato despacha a Ignacio las 3 únicas cargas de café que tiene disponibles en esos momentos. Ignacio las recibe el 8 de junio de 1978, a las 10 horas a.m. Esta es la fecha y momento del perfeccionamiento de la venta porque en ella y en él Ignacio, el oferente, conoce la iniciación de la ejecución del contrato por parte del aceptante Darío.

Ha de tenerse en cuenta que las normas comentadas son meramente supletivas. Por consiguiente, las partes pueden fijar plazos distintos a la aceptación.<sup>13</sup>

Salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrada la venta en el lugar de residencia del proponente. Esta norma vale tanto para la venta consensual como para la solemne.<sup>14</sup>

### C) La Compraventa Solemne.

#### 1. La Compraventa Solemne Legal.

#### 64. Las Solemnidades Sustanciales y las Solemnidades Probatorias.

A las solemnidades se asigna un doble cometido: perfeccionar el negocio jurídico (las "ad substantiam actus") y probar el mismo (las "ad probationem").<sup>15</sup>

Pues bien, en la compraventa solemne legal, la formalidad es requisito para lo uno y para lo otro: para la perfección y prueba del contrato.

La venta de bienes raíces, por ejemplo (solemne por disposición de la ley) únicamente se perfeccionará una vez otorgado instrumento público contentivo de la misma y sólo podrá probarse su celebración allegando el mismo instrumento.

(12) Cfr. C. de Co., art. 854.

(13) Cfr. *Ibidem*, art. 853.

(14) Cfr. C. de Co., art. 864.

(15) Cfr. C. C., arts. 1760; C. de Co., art. 824; C. de P. C., arts. 187, inc. 1, 232, inc. 1 y 265.

#### 65. Los Casos de Compraventa Solemne Legal.

En cinco casos la ley preceptúa que la venta se celebre otorgando instrumento público. Son ellos:

1. La venta de derechos reales inmobiliarios (C. C., art. 1857, inc. 2; Decreto 960 de 1970, arts. 12 y 13).
2. La venta de naves mayores y aeronaves (derechos reales mobiliarios; C. de Co., art. 1427).
3. La venta de la propiedad intelectual (derecho que recae sobre un bien inmaterial; Ley 86 de 1946, art. 52 y Decretos Reglamentarios 1148 de 1947, 1258 de 1949 y 2554 de 1952). De rigor es anotar que la Ley 6 de 1970 ratificó la "Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas", firmada en Washington, el 22 de junio de 1946.
4. La venta de derechos universales, como los sucesorales (C. C., art. 1857, inc. 2), los gananciales y la venta de un establecimiento de comercio (C. de Co., arts. 516, 525 y 526).

Valencia Zea asevera que "la venta de derechos hereditarios, a falta de norma legal sobre el particular, se perfecciona en las mismas condiciones en que se perfecciona la venta de la propiedad. Además, la venta de derechos hereditarios no exige formalidad alguna cuando entre los bienes que forman la masa herencial no existe ninguno cuya transmisión exija formalidad".<sup>(16)</sup>

No se puede aceptar opinión semejante porque, por una parte, hay norma legal sobre el particular (el artículo 1857, inc. 2, del C. C.) y, por otra, donde no distingue la ley, no puede distinguir el intérprete: "La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública". (Sin resaltos en el original).

No distingue, pues, el legislador si en la sucesión haya o no haya bienes de la masa herencial cuya transmisión exija formalidad.

Aún más, el derecho jurisprudencial tiene establecido que "la venta de los derechos y acciones en general que al vendedor le correspondan en una sucesión, sin vincularlos en inmueble alguno especial, no es venta de bienes raíces que deba registrarse en la oficina de la ubicación de éstos. Ella queda debidamente registrada en el

(16) Valencia Zea. Arturo. Op. cit., tomo IV, 42, I

lugar del otorgamiento de la escritura pública".<sup>17</sup> "...La cesión de derechos hereditarios tiene que hacerse por escritura pública, la que es la obligada prueba de este contrato; de suerte que quien invoca su calidad de cesionario tiene que comprobarla con la copia notarial registrada de esa escritura pública".<sup>18</sup>

Débase apuntar que nuestra jurisprudencia ha extendido por analogía la solemnidad de la venta de una herencia a la venta de cualquier universalidad jurídica.<sup>19</sup>

Que la venta de un establecimiento de comercio sea tratada como venta de una universalidad jurídica aparece palmario en el Estatuto Mercantil, en los artículos 516, 517, 525 y 526.

El último de los citados artículos dispone una solemnidad alternativa: otorgamiento de escritura pública u otorgamiento de documento privado reconocido por los interesados ante funcionario competente.<sup>20</sup>

5. La venta hecha por ministerio de la justicia (C. de P. C., arts. 527, 530 y 262, ord. 1). La diligencia de remate y la aprobación del juez deben ser recogidas por escrito para servir luego de título de la adquisición.

Está así reiterado por la jurisprudencia: "La diligencia de remate y la aprobación del juez, equivalen a una escritura pública que debe registrarse. Esos dos actos judiciales hacen de título en la venta que realiza el juez, hacen de escritura pública... Por eso, cuando en juicio, sea para pedir la declaración de nulidad de la misma (de la venta), o para cualquier fin, se debe comprobar la compraventa hecha en remate es necesario presentar la copia auténtica del remate y su aprobación judicial que equivalen a escritura pública que debe ser registrada, y esa prueba no puede ser reemplazada por otra, ni por confesión. La falta de la copia equivale a inexistencia".<sup>21</sup>

Retomaremos el punto de las ventas judiciales a propósito de las "ventas forzadas".

(17) Cas. noviembre 19 de 1956, LXXXIII, 832.

(18) Cas. septiembre 20 de 1941, LII, 393.

(19) Cfr. Gaceta Judicial, tomo LIX, pág. 919.

(20) Para entender a cabalidad las ventas solemnes, véase arriba 7, nuestra definición de venta. Asimismo 8, nuestra división cuatripartita de los derechos patrimoniales (en reales, personales, los que recaen sobre bienes inmateriales y universales), que hemos empleado en los cuatro primeros casos de las ventas solemnes legales.

(21) Sent. mayo 20 de 1952, LXXII, 121.

66. El artículo 1867 del C. C. no es un Caso más de Venta Solemne Legal.

"Es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota; pero será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos.

"Las cosas no comprendidas en esta designación se entenderá que no lo son en la venta; toda estipulación contraria es nula".

Casi todos los tratadistas hablan indiscriminadamente de que la venta normada por el transcrito artículo 1867 del C. C. es solemne.<sup>22</sup> Es siempre solemne el inventario pero no necesariamente la venta.

Efectivamente, si en tal contrato hay derechos de los enumerados en los cinco casos del encasillado precedente, ha de celebrarse la venta por escritura pública. En caso contrario, la venta es consensual. Mas en una u otra venta, el inventario de todas las especies, géneros y cantidades que se vendan debe extenderse por escritura pública. La falta de inventario solemne es causa de nulidad absoluta de la venta.

De ahí, entonces, que puedan acontecer cuatro situaciones que pasan a considerarse.

1ª Cuando siendo solemne, celebran las partes la venta sin otorgar el instrumento público correspondiente. Haya o no inventario solemne, la sanción será la inexistencia de la venta, cual se declarará en el numeral 71, I.

Sirva de ejemplo ilustrativo la venta que de todos sus bienes presentes —dentro de los cuales hay un inmueble— celebra Antonio con Carlos otorgando simplemente un documento privado.

2ª Venta asimismo solemne que debe constar "en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente"<sup>23</sup> y de ella se extiende únicamente el documento privado. Haya o no inventario solemne, la sanción será la nulidad absoluta, sanción que analizaremos también en el numeral 71, II.

(22) Cfr. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 170, b), (c). Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 232. Bonivento Fernández, J. A. Op. cit., 26. Ochoa González, Guillermo. Op. cit., 8. Más o menos en el mismo sentido nuestro sólo Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., 69, nota 1.

(23) C. de Co., art. 526.

Es la hipótesis que se realiza, v.gr., cuando se venden todos los bienes presentes y futuros de una persona, dentro de los que hay un establecimiento de comercio, sin que las partes hayan reconocido sus firmas del escrito privado, contentivo de la venta, ante notario.

3ª Igualmente solemne, la venta es celebrada por escritura pública o privada, según el caso, pero no se extiende inventario solemne de las especies, géneros y cantidades vendidos. Hay venta, pero viciada de nulidad absoluta.

Diego vende a Juan la mitad de todos sus bienes actuales, dentro de los cuales hay dos fincas. Otorgan la escritura pública de la venta pero omiten el inventario solemne. El negocio jurídico está afectado de nulidad absoluta.

4ª Cuando, siendo consensual la venta, la partes pretermiten el inventario solemne. La compraventa será nula de nulidad absoluta, como en la ocurrencia anterior.

Samuel celebra con Ignacio una venta de todos sus bienes, consistentes todos en bienes muebles y créditos, sin otorgar inventario solemne de los mismos. La venta podrá ser declarada absolutamente nula.

Por último, la estipulación, en que se disponga que la venta comprenderá también los demás bienes del vendedor no designados en el instrumento público, será nula absolutamente. Empero, nulidad tal no vicia la venta de los efectos incluidos en el inventario solemne.

La venta del artículo en comento es irreductible a la venta de derechos universales, que es solemne. Y es irreductible porque los objetos, materia de la venta, de ninguna manera constituyen una universalidad jurídica. Prueba irrefragable es el inciso 2 del artículo analizado: "Las cosas no comprendidas en esta designación se entenderá que no lo son en la venta; toda estipulación contraria es nula".

Si lo vendido ("todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota") fuera una universalidad de derecho, el legislador nada habría dicho con respecto a bienes pertenecientes a ella pero no incluidos en el inventario solemne y, por tanto, tampoco en la venta, porque de por sí el concepto de universalidad abarca todas las especies, géneros y cantidades que la forman sin necesidad de designarlos.

Luego, si explícitamente nuestro Código señala, en forma por demás reiterativa, que se deben designar específicamente los bienes que se van a vender (inciso 1 del art. 1867) y que los no incluidos en esa designación por escritura pública no lo estarán en la venta (inciso 2), es porque no se trata de una universalidad jurídica.

En el régimen de las ventas de derechos universales, que es el solemne, no se ordena especificar los objetos que componen la universalidad. Por el contrario, tal especificación con la cláusula de que lo no incluido en ella no lo será en la venta, convierte la venta de derechos universales, que se pretendió celebrar, en venta de derechos singulares.

Con todo, si en la venta de un derecho universal, se hace inventario de lo vendido, sin añadir la cláusula de que lo no incluido en él no lo estará en la venta, quedará vendido también lo que no se inventarió.

Los derechos universales recaen sobre una universalidad y no sobre cada uno de los derechos singulares que contribuyen a formarla. Por tanto, la venta de objetos (especies, géneros y cantidades) es contrato esencialmente diferente al de la venta de la universalidad que ellos componen.

Así, una persona puede vender alguno o algunos de los derechos singulares que forman parte de su patrimonio o una cuota parte de ellos. En esta ocurrencia la venta no es de una universalidad del patrimonio, sino de derechos singulares que integran esta. Esa venta no se regula por el régimen de las ventas de derechos universales.

Una jurisprudencia ha interpretado malamente la cuestionada venta. Afirma: "La Ley no acepta, y ese es el alcance del artículo 1867 del C. C., la venta de una universalidad jurídica, porque no puede haber trasferencias a título universal".<sup>24</sup>

Este pronunciamiento ha seguido a Alessandri Rodríguez, que opina: "La ley no acepta que se venda una universalidad jurídica, porque no hay transferencias a título universal; puede sí una persona vender todo lo que tiene, pero entonces debe enumerarlas (sic); y si algo se le escapa de la enumeración, se entenderá que eso no lo vende porque no se entienden comprendidos en la venta

(24) Cas. junio 20 de 1959, XC, 657, 2ª, nums. 2211-2212. Ortega Torres la cita en su "Código Civil" a continuación del artículo 1867.

sino los objetos enunciados; y desde el momento que en el contrato se designan nominativamente las cosas vendidas, la venta es a título singular, aunque el vendedor venda todo su patrimonio".<sup>25</sup>

Con respeto disentimos de nuestro más alto Tribunal de Justicia y del autor chileno porque incurren en un sofisma 'de genere ad genus', como que toda venta a título universal es venta de una universalidad jurídica (es ella la venta del patrimonio de una persona), pero no toda venta de una universalidad jurídica es venta a título universal (v.gr., la venta de derechos sucesorales, de gananciales, de un establecimiento de comercio, etc.). Entramos a dilucidar esta proposición.

Siempre que el Código Civil emplea la expresión 'a título universal', entiende referirse con ella al patrimonio de una persona viva o muerta, ora al patrimonio en su totalidad, ora a una cuota parte del mismo. Verifíquense los artículos de ese Estatuto<sup>26</sup> y se concluirá que ése es el propio léxico de nuestro legislador.

Hecha la equivalencia semasiológica, es exacto afirmar que la ley no acepta la venta de la universalidad jurídica constituida por el patrimonio de una persona viva porque no puede haber transferencias a título universal por acto entre vivos (vendedor y comprador).<sup>27</sup>

Mas es inexacto inferir de ahí que la ley no acepta la venta de una universalidad jurídica. Y lo es porque hay universalidades de derecho que no constituyen el patrimonio todo de una persona viva, como son los derechos sucesorales, los gananciales, un establecimiento de comercio, cuya venta es lícita por no constituir transferencia a título universal ni para el vendedor ni para el comprador.<sup>28</sup>

Nos dará idea clara de lo que sería una venta a título universal la siguiente puntualización: "No puede haber compraventa a título universal, aunque sí cabe que alguien se valga de la fórmula de vender cuantas especies, géneros y cantidades le pertenezcan en momento dado, siempre que se enumeren estos bienes en escritura pública. De suerte que la venta hecha en esta forma se refiere a los bienes indicados en el inventario, aunque comprenda todo lo que el vendedor tenga en el momento de la convención, y excluye las

(25) Alessandri Rodríguez, Arturo. Op. cit., pág. 96.

(26) Cfr. C. C., arts. 1008, 1011, 1124, 1155, 1464, 1465, 1466, 1520, 1867 y 2082. Baudry-Lacantinerie, G. y Wahl, A., aseguran que "les modes d'acquérir a titre universel, 'per universitatem', s'appliquent a l'universalité qui constitue le patrimoine. Telle est la succession, qui fait acquérir a l'héritier le patrimoine d'une personne décédée ou une partie aliquote de ce patrimoine, comme la moitié, le tiers". Op. cit., "Des Successions", tomo I, 5.

(27) Cfr. C. C., arts. 1464, 1465, 1466, 1520, 1867 y 2082.

(28) Cfr. Ibidem, arts. 1857, inc. 2 y C. de Co., arts. 516 y 526.

deudas y los derechos que no son objeto de contrato de compraventa. Conforme al concepto jurídico de la transmisión universal, la venta que se hiciese a este título incluiría todo el patrimonio actual del vendedor, o sea la totalidad de su activo, con excepción de los derechos intrasferibles; el adquirente se obligaría con respecto al pasivo; el monto de éste constituiría parte del precio; y al vendedor no quedaría sino dinero. Pero semejante contrato, que no sería estrictamente el de compraventa, no es posible como en el texto se reconoce y declara".<sup>29</sup>

Luego, la ley sí acepta la venta de una universalidad jurídica.<sup>30</sup> Lo que prohíbe es la venta a título universal que sólo puede configurarse con relación al patrimonio de una persona viva. El constituye la única universalidad de derecho no transferible por acto entre vivos.

La razón del vedamiento radica en que el concepto de patrimonio es inherente al de personalidad. Por tanto, no pueden separarse, lo que ocurriría vendiéndose y traditándose el patrimonio. Este sólo puede transmitirse "mortis causa", cuando ya por la muerte se han separado las dos figuras jurídicas de personalidad y patrimonio. De consiguiente, la única manera de suceder a título universal es por causa de muerte.<sup>31</sup>

Finalmente, venta en que se confeccione un inventario de lo que se vende, no será venta a título universal ni venta de derechos universales sino venta de derechos singulares, cual acontece en la hipótesis del artículo 1867 del C. C.<sup>32</sup>

## 67. La Venta de la Propiedad Industrial no es Solemne Legal.

Los derechos que recaen sobre bienes inmateriales (las producciones del espíritu), están constituidos por la propiedad intelectual que comprende las obras científicas, literarias y artísticas, y por la propiedad industrial. La primera no es susceptible de aplicación industrial inmediata, la segunda, sí.

(29) Alude al texto del artículo 1867 del C. C. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 169.

(30) Vid. la interesante casación de enero 30 de 1970, en que, entre otras cosas, ha sentenciado la H. Corte Suprema de Justicia: "El referido derecho de herencia... puede ser transmitido por causa de muerte, o transferido en todo o en parte y a cualquier título, por un acto entre vivos...". Igualmente la Casación Civil de abril 19 de 1971 sobre la venta de gananciales: "...El contrato de venta y el derecho a gananciales objeto suyo se consideran referidos a los inmuebles de la respectiva universalidad...".

(31) Cfr. C. C., arts. 1008, 1011, 1124, 1115.

(32) Volveremos sobre la venta de universalidades jurídicas en el contexto de la determinación de la cosa que se va a vender. Ahí trataremos de explicar exhaustivamente el problema de los derechos universales que ahora dejamos medio resuelto.

La venta de la propiedad intelectual es solemne legal. Es el caso tercero del numeral 65. En cambio, la venta de la propiedad industrial, que abarca las nuevas creaciones y los signos distintivos, es consensual. Mas para que la tradición, que es la verdadera enajenación, produzca efectos frente a terceros, se deberá inscribir en la Oficina de Propiedad Industrial un escrito contentivo de la venta.<sup>33</sup>

Mientras no se efectúe la inscripción, la enajenación, aunque válida entre las partes, es inoponible a terceros.

Carlos acuerda verbalmente con José venderle un determinado modelo industrial, creación del primero, por un precio de \$ 2'000.000.00, el 5 de julio de 1975. El día 8 de los mismos mes y año, Carlos entrega el modelo a José. El 16 de octubre de 1975 se realiza la inscripción de la venta en la Oficina de Propiedad Industrial. Sólo a partir de la última fecha el derecho de propiedad de José sobre el modelo industrial empieza a producir efectos frente a terceros y no a partir del 8 de julio de 1975, que es la fecha de la tradición ni del 5 de julio de 1975, que es la del perfeccionamiento de la venta.

Quiere ello decir que, si perfecta una venta de propiedad industrial (venta que es puramente consensual), el vendedor se muestra renuente a extender un escrito de ella para que sea registrado en la Oficina de Propiedad Industrial, el comprador puede obligarlo a realizar tal hecho mediante una acción, originada en el contrato.

Para efecto de mayor publicidad de la venta de la propiedad industrial, es recomendable registrar el contrato en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde fue celebrado o en la del domicilio del comprador.

Conclúyese, pues, que la solemnidad del registro de la venta en la Oficina de Propiedad Industrial es un requisito sólo para la configuración de la oponibilidad. No para perfeccionar la venta.

68. La Venta Civil o Comercial de Vehículos Automotores no es Solemne Legal.

“La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.

(33) Cfr. C. de Co., art. 616.

“Parágrafo. De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades”.<sup>34</sup>

Desde la expedición del actual Código de Comercio, se ha ido difundiendo grandemente la especie de que las ventas mercantiles de vehículos automotores son solemnes legales, puesto que se deben recoger en documento que ha de registrarse en la oficina competente.

Agregan, doctrinantes y jueces, que es esa la manera de acoplar la venta a la tradición ordenada por la norma 922 de la susodicha obra.

Interpretación errónea porque carece de asidero normativo y de asidero en la práctica jurídico-económica.

En cuanto a lo primero, no hay norma que ordene la celebración solemne de las ventas de vehículos automotores.

En cuanto a lo segundo, es violentar el artículo 922 porque perfectamente se puede acoplar la venta consensual con una tradición que exige, a más de la entrega material del automotor, el registro del título o documento en que consta el contrato.<sup>35</sup>

Es así como, perfeccionada la venta de un automotor por el simple acuerdo de las partes sobre el vehículo y su precio, surge la obligación para el vendedor de hacer tradición de lo vendido, cosa que sólo podrá cumplir entregando materialmente la máquina y extendiendo, juntamente con el comprador, un documento contentivo de la venta, allegando todos los demás documentos pertinentes (solicitud de cambio de propietario, entre otros) y adelantando el trámite administrativo para lograr el registro y la licencia respectiva.

Entonces, si Fernando celebra consensualmente la venta de un automotor Dodge, modelo 1977, motor N° 000150032, de color verde, etc., con la empresa “Motores de Antioquia” por el precio de \$ 860.000.00, y la empresa es descuidada en otorgar un escrito del contrato, Fernando podrá accionar contra su vendedor pidiendo que se resuelva el contrato con indemnización de perjuicios compensa-

(34) C. de Co., art. 922.

(35) Es indudable que el “título o documento en que consta el contrato de enajenación” del vehículo automotor es lo que se debe registrar. Vid. Sentencia de noviembre 10 de 1976 en el ordinario de José Isaac e Ildefonso Valencia Chaurra frente a Guillermo Velásquez y Gabriel Soto y Cas. Civil de febrero 12 de 1977.

torios, o que se obligue a la empresa a cumplir la tradición extendiendo escrito de la venta con indemnización de perjuicios moratorios.<sup>36</sup>

Aún más, “el comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y 870 de este libro”.<sup>37</sup>

La existencia de un documento en que conste la venta comercial del vehículo automotor es una solemnidad exigida solo para cumplir la tradición, que se soluciona registrando el precitado título y entregando materialmente el vehículo. Mas el requisito de forma no perfecciona la venta así sea práctico, recomendable, útil y ya consuetudinario celebrar las ventas en comento por escrito.

En suma, la tradición de vehículos automotores es en parte solemne: registro del documento contentivo de la venta. Pero ésta no es solemne legal.

69. No es Solemne Legal la Venta de Muebles por Anticipación ni la de Inmuebles por Adherencia, que van a ser separados del respectivo Inmueble.

“Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción”.

Este inciso 3 del artículo 1857 del Código Civil consagra una pretendida excepción a la excepción, exonerando del otorgamiento de escritura pública las ventas de muebles por anticipación y de inmuebles por adherencia que van a ser separados, unos y otros, del respectivo inmueble.

El parágrafo constituye un pleonasma jurídico, y en gracia de la brevedad y laconismo que debe ostentar la ley (no se debe legislar sobre cosas que por sabidas se callan),<sup>38</sup> hubiera bastado el silencio legislativo y en nada se cambiaría el régimen de celebración de las antedichas ventas, que es el consensual.

En verdad, sobra, por una parte, el inciso cuestionado porque los muebles por anticipación (C. C., art. 659) —frutos y flores pendientes, la madera de los árboles...— son siempre muebles, ora

(36) Cfr. C. C., arts. 1546 y 1882, inc. 2; C. de Co., art. 870.

(37) C. de Co., art. 925.

(38) Se pretermitió el canon de estilística jurídica “simplicitas legum amica”.

sean considerados antes de su separación del inmueble, “para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño” (inciso 1 del precitado artículo, y ésta es la ocurrencia cuando se van a vender), ora después de su separación. En este segundo supuesto “a fortiori”, como quiera que ya adquirieron su calidad definitiva de muebles por naturaleza.

Ahora bien, si se trata de inmuebles por adherencia (C. C., artículos 656 y 657) —los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase...— éstos son bienes equiparables y reductibles a muebles por anticipación, puesto que van a recobrar su primitiva calidad de muebles por naturaleza, que transitoriamente habían perdido, mientras adhirieron al inmueble.

Tal equiparación y reducción la hace el anteriormente citado artículo 659, consagratorio de los muebles por anticipación, en el inciso 2: “Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina y a las piedras de una cantera”.

Por otra parte, a los muebles por anticipación y a los inmuebles por adherencia es aplicable el régimen del artículo 661 del C. C.: “Las cosas que por ser accesorias a bienes raíces se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea; por ejemplo, los bulbos o cebollas que se arrancan para volverlos a plantar, y las losas o piedras que se desencajan de su lugar para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan con el objeto de darles diferente destino dejan de ser inmuebles”. (Subrayas nuestras).

En consecuencia, la venta de derechos reales que recaen sobre muebles por anticipación o inmuebles por adherencia, que van a ser separados del inmueble correspondiente, no es una excepción a la solemnidad de aquel contrato. Debe éste celebrarse consensualmente, como es la regla general enunciada en el artículo 1857, inciso 1 del Estatuto Civil, en tratándose de muebles.

70. Momento del Perfeccionamiento de la Venta Solemne Legal.

La venta solemne legal se perfecciona en el momento en que el notario firma la escritura pública<sup>39</sup> o firma el documento privado, con lo que da fe de que ha sido reconocido por los otorgantes, si lo que se vende es un establecimiento de comercio.

(39) “...La ley exige perentoriamente que en los instrumentos públicos aparezca la fecha de la ‘autorización’, es decir, la en que el notario firma la escritura, que es la última escala del ‘proceso de su perfeccionamiento’, y no la de la ‘recepción’, que es la primera”. Sentencia septiembre 28 de 1972, CXLIII, 182.

Luis quiere vender a Pablo un lote de terreno por la suma de \$ 1'000.000.00. Van a la notaría el 5 de diciembre de 1960. El notario firma la escritura pública el 7 de diciembre del mismo año. Esta es la fecha de la perfección de la venta.

### 71. Sanción a la Inobservancia de la Solemnidad.

Para saber que sanción acarrea la falta de solemnidad en la venta solemne legal, es imprescindible distinguir si aquella consiste en el otorgamiento de instrumento público o simplemente en el otorgamiento de instrumento privado reconocido por los interesados ante funcionario competente.

I) Falta de Instrumento Público. Sanción: inexistencia de pleno derecho.

“La Corte ha dicho en repetidas ocasiones que en los contratos solemnes, como el de compraventa de bienes raíces, el contrato y escritura, su prueba, son inseparables, y que si ésta no se ha extendido o no se ha otorgado conforme a la ley, el contrato no ha tenido existencia jurídica, y si no ha existido no puede declararse nulo”.<sup>40</sup>

La presunta compraventa no requiere ser declarada inexistente por el juez, a tenor de los artículos 1760, inciso 1 del C. C. y del 265 del C. de P. C., que en seguida se registran:

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula penal no tendrá efecto alguno”.

“Instrumento público ‘ad substantiam actus’. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aún cuando se prometa reducirlos a instrumento público”.

La inexistencia se configurará ‘ipso iure’ cuando se intenten celebrar, sin otorgar instrumento público, las compraventas de derechos reales inmobiliarios, de derechos reales mobiliarios consistentes en naves mayores y aeronaves, de derechos que recaen sobre bienes inmateriales formados por la propiedad intelectual, de derechos universales y las hechas por ministerio de la justicia.

(40) Cas. Civil julio 23 de 1929, XXVII, 91.

II) Falta de Instrumento Privado Reconocido por los Otorgantes ante Funcionario Competente. Sanción: inexistencia que requiere ser declarada judicialmente.

Es la hipótesis de la venta de un establecimiento de comercio que se tratare de celebrar sin reconocimiento de firmas ante notario.

La inexistencia necesita declaratoria judicial, de acuerdo con lo estipulado por el C. de Co., en el artículo 898, inciso 2: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”, armonizado con el artículo 897: “Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

De la concordancia se desprende “contrario sensu” que la inexistencia no opera de pleno derecho, como sí la ineficacia.

Esta inexistencia mercantil se puede asimilar a la nulidad absoluta de que adolecen los contratos civiles que deben celebrarse por instrumento privado. Así lo sanciona el artículo 1741, inciso 1: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

Por tanto, en la circunstancia de pretenderse celebrar promesa de contrato sin que conste por escrito, el negocio jurídico será absolutamente nulo y no inexistente.

Por último, adviértase que los contratos que deben celebrarse por instrumento público (los cinco indicados en el ordinal I de este numeral), cuando faltare éste, quedarán afectados de inexistencia ‘ipso iure’ y no de nulidad absoluta, porque debe darse aplicación a la sanción del artículo 1760, inciso 1, del C. C., que es norma posterior y especial, y no a la del 1741, inciso 1, del mismo cuerpo, que es anterior y general.

### 2. La Compraventa Solemne Convencional.

#### 72. Los Casos de Compraventa Solemne Convencional.

Además de la compraventa solemne legal, existe la convencional, cuando las partes estipulan que la venta de otros derechos patrimoniales, diferentes a los cinco casos señalados en el numeral 65,

no se repute perfecta hasta el cumplimiento de determinada solemnidad, que las más de las veces consiste en el otorgamiento de escritura pública o privada.<sup>41</sup>

Esta venta sólo puede celebrarse sobre derechos mobiliarios diferentes a naves mayores o aeronaves, sobre derechos personales y sobre derechos que recaen sobre bienes inmateriales consistentes en propiedad industrial porque de los demás derechos patrimoniales, la venta debe celebrarse solemnemente por disposición de la ley.

### 73. Cuál puede ser la Solemnidad Convencional. Su valor.

La solemnidad puede consistir en cualquier formalidad que hayan querido o inventado las partes y aún pueden supeditar el perfeccionamiento de la venta al cumplimiento de una ritualidad en torno a cuestiones distintas a la cosa y al precio.

Lo anterior halla razón de ser en el principio de la autonomía de la voluntad particular para crear consecuencias jurídicas, dentro de las coordinadas constituidas por el orden público y las buenas costumbres.

Es preciso que los interesados estipulen expresamente que el contrato no se perfeccionará sino una vez cumplida la solemnidad. De no efectuarlo, la formalidad podrá tener finalidad probatoria, como por ejemplo en la situación de otorgarse instrumento público o privado, sin entenderse que es el medio perfeccionador de la venta. El documento tendrá valor de simple prueba de contrato y no habrá lugar a la aplicación del artículo 1858 del C. C. En ocurrencia semejante, la venta ha quedado perfecta desde cuando se produjo el acuerdo de voluntades sobre cosa y precio. No desde el momento en que se otorgó la escritura.

Conclusión: la solemnidad convencional es cosa accidental de la venta, cuya estipulación debe llevarse a cabo mediante cláusula especial, la que es norma dispositiva.

En la compraventa solemnemente convencional, la formalidad es requisito para el perfeccionamiento del contrato, no para su prueba.

Pedro y Juan deciden celebrar una venta de un libro incunable mediante instrumento público. Esa negociación únicamente se perfeccionará una vez se haya extendido la escritura pública. Mas su celebración podrá probarse por cualquier medio.<sup>42</sup>

(41) Cfr. C. C., art. 1858.

(42) Cfr. C. de P. C., art. 175.

Ello se colige de los artículos 1760 del Código Civil y 232, inciso 1, y 265 del Código de Procedimiento Civil, que señalan por excepción (y taxativamente, por lo consiguiente) como prueba única hábil el escrito que la ley exija para la existencia y validez de un acto o contrato, y no el escrito que las partes hayan fijado como medio para perfeccionar un negocio jurídico.<sup>43</sup>

Hay una pauta normativa que enseña cómo los derechos y obligaciones de excepción sólo admiten interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía a casos no expresamente contemplados por el legislador. De suerte que la formalidad de las ventas solemnemente convencionales es "ad substantiam actus" privativamente y no "ad probationem".

### 74. La Compraventa Solemne Convencional no es Contrato Sujeto a condición suspensiva.

Con lucidez escribe Rodríguez Fonnegra: "Aquí no se trata de promesa de venta ni de contrato causante de obligaciones condicionales, sino de que las partes han pospuesto la formación del contrato hasta que no se otorgue el acto escrito".<sup>44</sup>

La venta solemnemente convencional "solamente se entenderá formada el día de la redacción del escrito; en el entretanto, cada una de las partes conserva su libertad y el acuerdo de voluntades constitutivo de la venta no se ha producido. Ninguna de las partes puede exigir a la otra su consentimiento para firmar el escrito... Sería erróneo considerar la redacción de un escrito como una condición suspensiva que tiene efecto retroactivo; tal condición suspensiva sería, en efecto, una condición puramente potestativa, cuya nulidad implicaría la del contrato.<sup>45</sup> En realidad, las partes han exigido una forma especial para su contrato; de esta suerte han pospuesto el intercambio de consentimientos hasta tanto no se proceda a cumplir esa formalidad; y mientras tanto no exista el intercambio de consentimientos, la venta no queda perfeccionada".<sup>46</sup>

### 75. Momento del Perfeccionamiento de la Venta Solemne Convencional.

El momento en que se forma la venta solemnemente convencional es aquel en que el notario firma el escrito, contenido de la venta, convirtiéndolo en instrumento público.

(43) Cfr. C. C., art. 1858.

(44) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 47, a).

(45) Incurrir en el error don Fernando Vélez. Op. cit., tomo VII. 219. Nota nuestra.

(46) Planiol et Ripert. "Traité Pratique de Droit Civil Français". Op. cit., t. X, 17, c) et note 1). También Laurent, op. cit., XXIV, 129.

Si la solemnidad es la extensión de un documento privado, la venta quedará perfecta en el momento en que las partes lo firman.

Antonio propone comprar a Felipe diez sellos postales por el precio de \$ 100.000.00. Acuerdan celebrar el contrato extendiendo documento privado, que firman el 5 de octubre de 1953. He ahí la fecha de la perfección de la venta.

Si la formalidad es otra diferente al escrito, el momento del perfeccionamiento será aquel en que se lleve a efecto el requisito convenido.

## 76. Dos Consecuencias de la Compraventa Solemne Convencional.

La venta solemne convencional, o, mejor expresado, el precontrato de venta o proyecto de compraventa solemne convencional, produce dos consecuencias que conviene descollar: I) Una facultad de renuncia a la solemnidad y II) Una facultad de retractación sobre el proyecto de venta o precontrato.<sup>47</sup>

### I) La Renuncia a la Solemnidad.

Las partes pueden renunciar expresa o tácitamente a la solemnidad, puesto que fue su voluntad (crearon una norma dispositiva) y no la ley quien la ordenó.<sup>48</sup>

El legislador entiende renuncia tácita a la solemnidad cuando el vendedor haya dado principio a la ejecución del contrato, esto es, haya dado inicio a la tradición o entrega de la cosa al comprador.

Habrá también renuncia tácita a la solemnidad cuando el comprador efectúe un pago total o parcial, con anuencia del vendedor. Esta hipótesis no está contemplada en el artículo 1858 del C. C., pero indudablemente que, por analogía<sup>49</sup> y por la bilateralidad y onerosidad de la venta se puede hablar de esta manera.

En la compraventa solemne legal no cabe renuncia —ni expresa ni tácita— a la formalidad porque la norma, que la ordena, es taxativa, de orden público. Su observancia no queda librada al albedrío de las partes.<sup>50</sup>

(47) Para comprender a cabalidad la noción de precontrato (que no es sinónimo de promesa de contrato), vid. supra, num. 5.

(48) Concuérdense del C. C. los arts. 15 y 1858.

(49) "Ubi eadem ratio, eadem dispositio".

(50) Armonícense los artículos 1857, inc. 2 y el 16 del C. C.

De donde, si el presunto comprador de un inmueble paga el precio al pretendido vendedor, antes de mediar el instrumento público, no podrá exigir al segundo que le haga entrega del bien raíz. Será solamente titular de una acción de repetición contra el presunto vendedor por pago de lo no debido, pero no de acción alguna derivada de la presunta venta.

Al referirse a la renuncia tácita en la compraventa solemne convencional, Fernando Vélez estima que en tal coyuntura la venta adquiere carácter real, cuando quiera que se perfecciona con el principio de entrega.<sup>51</sup>

No comulgamos con esa apreciación porque los contratos reales no pueden crear obligaciones recíprocas, ser bilaterales, como que, de ser así, se desfigurarían. Todo contrato real es unilateral, anotábamos con Josserand en líneas anteriores.<sup>52</sup>

Y la venta no puede ser contrato real debido a que, no obstante darse una tradición parcial o total, la parte que la realiza queda todavía obligada a efectuar otra serie de prestaciones:

Si es vendedor que ha entregado toda la cosa o una parte de la misma, a recibir el precio, eventualmente a sanear, a atajar o a allanarse a una acción rescisoria por lesión enorme, por ejemplo; y si comprador, que ha pagado total o parcialmente el precio, a recibir la cosa.

Para abundar en razones, el principio de ejecución del contrato (tradición de la cosa o del precio) no es lo que perfecciona la venta, sino el acuerdo, al menos tácito o presunto, que se configura sobre la cosa y el precio cuando o el comprador recibe la cosa que le entrega el vendedor, y sabe ya cuánto ha de pagar por ella, o el vendedor recibe el precio que paga el comprador y ya sabe cuál es la cosa que ha de entregar. No en vano la venta solemne convencional versa sobre derecho que la ley preceptúa vender consensualmente.

Por tanto, la venta jamás es contrato real ni unilateral. Será siempre consensual o solemne y bilateral.

Magistralmente enfatiza el carácter por regla general consensual y siempre bilateral de la venta, el artículo 1450 del Código Civil Español: "La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor,

(51) Cfr. Vélez, Fernando. Op. cit., tomo VII, 205 y 219, 2.

(52) Vid. supra, 5. Cfr. Josserand, "Cours de Droit Civil Positif Français". Op. cit., tomo II, num. 26.

y será obligatorio para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, *aunque ni la una ni el otro se hayan entregado*". (Subrayamos nosotros). Luego, la venta no es contrato real.

## II) La Retracción de la Proyectada Venta o Precontrato.

La segunda consecuencia importante de la compraventa solemne convencional es la facultad de retracto que asiste a las partes hasta tanto no se cumpla con la formalidad pre-establecida, o no se haya principiado a ejecutar el contrato. Vale decir, hasta cuando no se haya llegado a la etapa contractual.

"Algo diferente sucede si los contratantes perfeccionan el contrato, pero convienen en hacerlo constar en un escrito; en este caso, el escrito no juega el papel de solemnidad sino el de una obligación accesoria que una de las partes podrá obligar a hacer cumplir a la otra, sin que ésta pueda retractarse".<sup>53</sup>

En la compraventa solemne legal opera a plenitud el derecho de retractación sobre la tentativa de venta, hasta tanto no se otorgue el instrumento público o no sea reconocido ante funcionario competente por sus otorgantes el documento privado de la venta de un establecimiento de comercio.

Es así como aún en la situación en que una de las partes haya comenzado a ejecutar una venta solemne legal sin que de ésta se haya otorgado el documento público o reconocido el privado, la contraparte podrá retractarse del proyecto de venta. Retracto éste no procede en la venta solemne convencional. Luego, en la primera venta el derecho de retractación o arrepentimiento es más amplio que en la segunda.

Acaece la situación prenotada cuando se celebra consensualmente venta de un bien raíz y quien se cree comprador ha pagado el precio antes de otorgarse la correspondiente escritura pública. Como todavía no se ha perfeccionado la venta, no hay negocio contractual, la contraparte (el presunto vendedor) puede retractarse del precontrato, si bien el sedicente comprador podrá entablarle una acción de repetición —y aún una indemnizatoria, si es procedente— por pago de lo no debido, pero no ninguna acción contractual.

(53) Valencia Zea, Arturo. Op. cit., tomo IV, 12, III.

Por las dos facultades analizadas que conlleva la compraventa solemne convencional, no ocurre en ella inobservancia de la solemnidad que se pueda sancionar. La inobservancia no puede existir por alguna de estas dos circunstancias:

- 1ª Porque una de las partes se retracte del precontrato. La retractación es un acto lícito y, por ende, no susceptible de sanción.
- 2ª Porque una de las partes, con aquiescencia de la otra, comience a ejecutar la venta. Es la renuncia a la solemnidad que tampoco es sancionable.

## 77. Las Costas de la Escritura en las Ventas Solemnes.

Los gastos de la escritura (como los honorarios del abogado que confeccionó la minuta, los derechos notariales, el estudio de títulos, los derechos de beneficencia, etc.) serán divisibles por mitades entre el vendedor y el comprador, a menos que estipularen otra cosa.<sup>54</sup>

Esa norma es supletoria de la voluntad de los contratantes. Permítasenos una pequeña pero necesaria digresión a este respecto.

## 78. La Relación entre Normas Imperativas y Dispositivas y las Cosas Esenciales, Naturales y Accidentales del Contrato.

Si concordamos los artículos 15, 16 y 1501 del C. C., podemos inferir tres conclusiones, que a continuación se consignan.

1ª Las normas reguladoras de las cosas esenciales de un contrato son normas taxativas, so pena de que, al no observárselas, el contrato no produzca efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. O sea, el efecto alternativo de la inobservancia es siempre el no perfeccionamiento del contrato buscado por las partes.

Por donde el Código de Comercio indique con gran acierto, en el artículo 899, ordinal 1, que será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraríe una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.

Y como las normas reguladoras de las cosas esenciales a un contrato son imperativas, siempre su infracción debería acarrear nulidad absoluta. Sin embargo, la ley misma ha dispuesto otra cosa permitiendo que el contrato, viciado de nulidad absoluta, degenera en

(54) Cfr. C. C., art. 1862; C. de Co., art. 909, inc. 1; Decreto 960 de 1970, art. 223 y Decreto 665 de 1975, arts. 1, lits. a y b, y 7.

otro (art. 1501 del C. C.) o que produzca los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato (C. de Co., art. 904).

Las ideas precedentes se adecúan al precepto de que se debe buscar interpretar el negocio jurídico más para que sea válido que para que sea nulo y "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".<sup>55</sup>

Los derechos conferidos por las normas reguladoras de las cosas esenciales de un contrato, por estar en ellos interesados el orden público y las buenas costumbres, no podrán renunciarse válidamente.<sup>56</sup>

2ª Las normas que regulan las cosas de la naturaleza de un contrato, son normas dispositivas y supletorias de la voluntad de las partes. Dispositivas porque los contratantes pueden convenir en derogarlas. Supletorias porque los interesados pueden callar y su silencio es interpretado por la ley como voluntad de acatar las disposiciones sobre las cosas de un contrato que se entienden pertenecerle a él sin necesidad de una cláusula especial pues "las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".<sup>57</sup>

La norma supletoria es dispositiva porque las partes pueden derogar aquella creando una norma diferente.

Son renunciables los derechos conferidos por las normas reguladoras de las cosas que son de la naturaleza de un contrato.<sup>58</sup>

En las cosas de la naturaleza de un contrato es donde un esmero especial debe emplear el asesor jurídico, y es la piedra de toque para calificar de eficiente o no una asesoría.

Si al redactar la minuta, el abogado nada expresa sobre las cosas de la naturaleza del contrato, entran a regir las normas supletorias, y, entonces, puede ocurrir que su cliente se vea sorprendido con gastos y cargas con los cuales no contaba.<sup>59</sup>

Si, por el contrario, el abogado entra a regularlas mediante cláusulas, que vienen a ser normas dispositivas, con ellas bien puede favorecer a su patrocinado.

(55) "Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat" (Dig. 45, 1, 80); C. C., art. 1620.

(56) Cfr. C. C., arts. 1526, 1740 y 1950.

(57) C. C., art. 1621, inc. 2.

(58) Cfr. C. C., 1989, 1909, 1916; C. de Co., art. 936.

(59) Véase: "Al vendedor tocan naturalmente los costos...". C. C., art. 1881. C. de Co., art. 909.

3ª Las normas reguladoras de las cosas accidentales a un contrato son normas dispositivas, toda vez que las partes disponen observarlas agregándolas al contrato por medio de cláusulas especiales.

Son renunciables los derechos conferidos por las normas reguladoras de las cosas accidentales a un contrato.

La digresión no entra en contradicción ni con el principio de la autonomía de la voluntad ni con el postulado de la normatividad de los negocios jurídicos.

En verdad, por el principio y el postulado prementados, los particulares pueden crear toda suerte de normas reguladoras tanto de contratos innominados como de cláusulas de contratos nominados, con tal que las normaciones no contravengan a los preceptos legales, al orden público y a las buenas costumbres.<sup>60</sup>

Ahora bien, ya en los contratos innominados, ya en las cláusulas de contratos nominados perfectamente se pueden percibir las cosas que son de la esencia, las que son de la naturaleza y las que son accidentales a los negocios obligatorios. Luego, les son aplicables las consideraciones hechas.

### 3. Sentido y Alcance de las Ventas Solemnes.

#### 79. Sentido de las Ventas Solemnes.

La solemnidad busca una mayor ponderación por parte de los celebrantes, viabilidad probatoria, autenticidad y publicidad de las ventas a ella sometidas.

Una de las dificultades "que puede presentarse cuando el contrato de venta es consensual, es la prueba de la existencia de éste... "Se exige la escritura pública para perfeccionar ciertos contratos, especialmente los tendientes a la enajenación, limitación y gravamen de inmuebles, por conveniencia general, la cual consiste en este caso, en que los particulares pueden averiguar con certeza quién sea el dueño de los bienes raíces y qué limitaciones o gravámenes

(60) "En el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él". (Cas. Civil, agosto 12 de 1976). A este propósito se refiere el Código Civil Español, artículo 1255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

tienen y en favor de quién. Esta certeza se logra más fácilmente siendo aquellos contratos solemnes que consensuales, como bien se comprende, desde que la perfección de ellos debe constar en instrumentos públicos y no pueden justificarse con las pruebas comunes.<sup>61</sup>

#### 80. Alcance de las Ventas Solemnes.

A pesar de que, ceñidos rigurosamente a lo literal de las palabras del artículo 1857 de nuestro Código Civil, y a una hermeneútica anquilosada (la exegética), la venta solemne es la excepción,<sup>62</sup> el tráfico económico-jurídico y la misma legislación positiva en otras disposiciones nos está demostrando lo contrario: la venta solemne es la regla general y la consensual es la excepción.

Si por ley han de celebrarse solemnemente las ventas de derechos reales inmobiliarios, las de derechos reales mobiliarios que sean naves mayores o aeronaves, las de la propiedad intelectual (derecho que recae sobre bien inmaterial), las de los derechos universales y las judiciales, el campo de la compraventa consensual queda restringido a los solos derechos reales mobiliarios diferentes a naves mayores y aeronaves, a los derechos personales y a la propiedad industrial (derecho que recae sobre bien inmaterial).

Redúcese aún más el campo de la venta consensual al constatar que la compraventa solemne convencional rige precisamente para la venta de los derechos acabados de enunciar en el párrafo anterior.

Todavía más, al momento de la cesión de un derecho personal, tradición que es posterior a su título que puede ser una compraventa, debe haber un documento contentivo de la transferencia del crédito, que será entregado por el cedente al cesionario.<sup>63</sup>

Lo propio ocurre en materia de venta comercial de automotores, cuya tradición es parcialmente solemne. Debe haber, pues, un documento en que aquella conste para ser registrado en la oficina competente.<sup>64</sup>

Otro tanto pasa con la venta de la propiedad industrial, la que, si bien consensual, exige un documento de la misma que se inscriba en la Oficina de Propiedad Industrial para que la enajenación surta efectos frente a terceros. Solemnidad para efectos de oponibilidad.<sup>65</sup>

(61) Vélez, Fernando. Op. cit., VII, 217.

(62) Vid. supra, 61.

(63) Cfr. C. C., arts. 1959 y ss. C. de Co., art. 888.

(64) Cfr. C. de Co., art. 922. Vid. supra, 68.

(65) Cfr. C. de Co., art. 616. Vid. supra, 67.

Entonces, es muy recomendable que la venta de créditos, de automotores y de la propiedad industrial se celebre solemnemente, por escrito.

Y, siendo prolijos, debemos agregar que el hombre prudente celebra de ordinario las ventas de cierta relevancia económica por medio de documento. Conducta que se justifica plenamente por múltiples motivos. Uno de ellos —y no el menos trascendental— es la pre-constitución de la prueba, que es “el escrito que se deja por los contratantes en el momento de formar el contrato para prever futuras dificultades, cuando llegue la oportunidad de exigir el cumplimiento de la obligación o los perjuicios por inejecución”.<sup>66</sup>

En este mismo orden de ideas se ubica el Código de Procedimiento Civil, artículo 232, inciso 2: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”. (Sublíneas nuestras).

La factura, “recibo” o “tiquete de compra” que acostumbran entregar los vendedores (v.gr., los almacenes) a los compradores (éstos se hallan facultados para exigir esa prestación) al realizar la compra, constituye una solemnidad para fines probatorios. Por donde bien se puede hablar de una venta solemne cuyo formalismo sirve “ad probationem”.<sup>67</sup>

“...En todo el derecho contemporáneo se nota una tendencia que ha sido calificada por algunos como ‘retorno al formalismo’, que quiere modificar sustancialmente el principio “solus consensus obligat”...”<sup>68</sup>

Tercia, pues, en favor de nuestra tesis la argumentación esgrimida por la doctrina para aseverar que asistimos a un renacimiento formalista, fruto no del capricho sino de la necesidad de proteger a las partes y de hacerlas meditar con más provecho sobre las implicaciones del contrato.<sup>69</sup>

(66) Betancur Jaramillo, Carlos. Op. cit., 112.

(67) Cfr. C. de Co., art. 944.

(68) Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., 53.

(69) Cfr. Hermanos Mazeaud. Op. cit., tomo II, 1ª parte, pág. 95.

Por vía de interpretación sistemática, se nos impone una conclusión objetiva y 'a posteriori', aunque se aparte del texto del artículo 1857 del Código Civil —más no de su contexto y de otros textos de nuestro ordenamiento positivo— y es que las ventas solemnes son la regla general —sea su solemnidad sustancial o probatoria— y las consensuales la excepción.

Hay, en fin, un regreso al sistema romano en el cual se sentó el principio de que el mero consentimiento no obligaba.<sup>70</sup>

Con todo, hay quienes<sup>71</sup> dicen basarse en el artículo 824 del Código de Comercio para sostener que en materia mercantil la consensualidad es la regla general y el formalismo la excepción. Creemos que tal norma da pie para la interpretación contraria como que deja a las partes en libertad de escoger cualquier vía, la cual, por las razones expuestas, debe ser la constituida por el formalismo. Reza el artículo: "Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad".

Que la venta sea consensual o solemne, tiene una consecuencia muy importante: saber cómo va a extinguir el vendedor las obligaciones de transmitir el derecho materia de la venta y de entregar la cosa vendida. Además, presta servicio en la determinación de los elementos de existencia y validez de la venta, todo lo cual se tratará en el capítulo venidero.

## LA VENTA, CONTRATO ESENCIALMENTE BILATERAL

### A) Apunte Preliminar.

#### 81. Criterios para Dividir los Contratos en Unilaterales y Bilaterales: La Formación o Génesis Contractual y las Obligaciones Contractuales.

##### I. Criterio de la Formación o Génesis Contractual.

Si dividiéramos los contratos en unilaterales y bilaterales, adoptando el criterio divisorio de las voluntades que para formarlos se requieren, hablar de contratos unilaterales sería una contradicción en los términos, una reducción al absurdo, pues por definición los contratos presuponen ineludiblemente dos voluntades que acuerdan crear obligaciones. Jamás una sola.<sup>72</sup>

Y, en el mismo contexto, predicar de los contratos que son bilaterales, es una redundancia porque, así como todo contrato es consensual en sentido amplio, todo contrato es bilateral o sinalagmático: supone dos voluntades.

##### II. Criterio de las Obligaciones Contractuales.

Empero, si dividimos los contratos en unilaterales y bilaterales, según que al momento de perfeccionarse generen obligaciones para una de las partes o para ambas, respectivamente, esta división es intachable.<sup>73</sup>

No se incurre en contradicción terminológica al hablar de "contratos unilaterales" ni tampoco es locución pleonástica denominar "bilaterales" los que generan obligaciones recíprocas para los contratantes.

Es de notar que la ley, cuando quiere referirse a los contratos que generan obligaciones para una sola de las partes, los llama simplemente "unilaterales"; y cuando a los generadores de obligaciones recíprocas para las partes, "bilaterales".<sup>74</sup>

(70) "Ex nudo pacto actio non oritur". "Nuda pactio obligationem non parit".  
(71) Entre otros, Pérez Vives. "Comentarios al Código de Comercio". Op. cit., págs. 212-222.

(72) Cfr. C. C., art. 1495.

(73) Cfr. *Ibidem*, art. 1496.

(74) Cfr. C. C., arts. 1496, 1546, 1609; C. de Co., art. 870; Decreto 960 de 1970, arts. 223 y 224.

De lo cual colígese que, cuando la legislación, la jurisprudencia y la doctrina quieran aludir a la formación bilateral del contrato, debieran emplear la expresión "negocio jurídico de formación bilateral". Y cuando a las declaraciones en que solo intervenga una voluntad, "negocio jurídico de formación unilateral".

Por consiguiente, hemos intitulado esta segunda parte "La Venta Contrato Esencialmente Bilateral", concepto totalmente diverso al de venta, negocio jurídico de formación bilateral.

La venta engendra obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador, por manera que uno y otro al propio tiempo son acreedores y deudores entre sí pero bajo diferentes respectos. Las obligaciones recíprocas más importantes, y que son de la esencia del vender y del comprar, son: para el primero, transmitir el derecho objeto del contrato y entregar efectivamente la cosa materia de la venta al comprador; para éste, recibir la cosa y pagar el precio pactado al vendedor. Obligaciones que están en relación de intercambio ("do ut des") y se sirven mutuamente de causa económica y jurídica.<sup>75</sup>

## B) Aplicaciones Importantes de la Bilateralidad de la Venta.

### 82. Cuáles Son.

- I. Las acciones otorgadas por el artículo 1546 del C. C. y por el 870 del C. de Co.
- II. La excepción de contrato no cumplido (C. C., art. 1609).
- III. La teoría de los riesgos (C. C., art. 1607).
- IV. Los derechos notariales.

Con relación a las aplicaciones de la bilateralidad contractual, se puede consultar provechosamente una jurisprudencia de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, algunos de cuyos conceptos utilizaremos en las páginas siguientes.<sup>76</sup>

- I. Las Acciones otorgadas por los artículos 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.

### 83. La Mal Llamada "Condición Resolutoria Tácita".

Las acciones que nacen de los precitados artículos, por el evento de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, son: la resolutoria, la de cumplimiento y la indemnizatoria.

(75) Cfr. C. C., art. 1524.

(76) Vid. G. J., 1907, pág. 342.

En lo atañadero a la compraventa, se las regula iterativa e in-útilmente (hubiera bastado la norma general del artículo 1546 del C. C.) en los artículos 1882, incisos 2 y 3, y en el 1930 del Estatuto referido.

Nuestra ley, la jurisprudencia y la doctrina llaman con impropiedad la primera acción, vista sustantivamente, "condición resolutoria tácita": "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

Aunque la norma lo consagre, lo que el artículo 1546 del C. C. regla en el prementado inciso 1 no es una condición —ésta debe ser un acontecimiento futuro, incierto, posible y *arbitrariamente querido por el declarante o las partes*—<sup>77</sup> sino una cláusula resolutoria por incumplimiento.

En punto a condición resolutoria tácita del Código Civil Francés<sup>78</sup> —artículo 1184 que se identifica con nuestro 1546— comentan Planiol y Ripert: "No todo lo que tenga virtualidad para resolver un contrato puede considerarse como una condición resolutoria. Cuando el legislador decide, a falta de todo pacto o cláusula a tal fin, que un acto jurídico válidamente celebrado, y que haya producido sus efectos, deje de producirlos si tal o cual suceso se produce, se trata en este caso de una cláusula legal de resolución, pero no de una condición resolutoria".<sup>79</sup>

### 84. La Cláusula Legal de Opción.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

(77) Cfr. Ruggiero y Mariori, citados por Castán Toboñas, José. "Derecho Español, Común y Foral". Octava edición. Reus, Madrid, 1951. Tomo I, vol. I, pág. 560.

En este mismo sentido nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia: "...Los elementos constitutivos de la obligación condicional son: 1) La necesidad de un acontecimiento futuro e incierto. 2) La sujeción de la obligación a este acontecimiento, y 3) *El carácter voluntario*, o sea convencional, de esta dependencia". (Cas. mayo 31 de 1938, XLVI, 573 y noviembre 1939, XLVIII, 888).

(78) "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. "Dan ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

"La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

(79) Planiol et Ripert. Op. cit., t. VII, p. 2, pág. 338.

Este segundo inciso del artículo 1546 del C. C. disciplina una cláusula legal de opción y una acción indemnizatoria, de las cuales es titular el co-contratante cumplido o que se allanó a cumplir. Podrá ejercer alternativamente, o la resolución del contrato o el cumplimiento forzado del mismo, en uno u otro caso con resarcimiento de perjuicios,<sup>80</sup> compensatorios si se trata de lo primero, moratorios si de lo segundo.

El ordenamiento mercantil concede al comprador la facultad de exigir pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del C. C. y en el 870 del C. de Co. Lo dispone así la norma 925 de la obra últimamente referenciada. En la venta civil carece el comprador de esa facultad.

### 85. Aplicaciones de la Cláusula Legal de Opción.

Los principios enunciados por el artículo 1546 del C. C. y por el 870 del C. de Co. son de frecuente aplicación en la venta. Es así como subyacen en todos<sup>81</sup> los incumplimientos de las partes, cuales:

1. Cosa vendida que se supone existente pero que falta en parte considerable (C. C., art. 1870, incs. 1 y 2; C. de Co., arts. 917, inc. 2, y 918, incs. 2 y 3).

2. Mora del vendedor en la entrega (C. C., art. 1882, inc. 2).

3. Saneamiento de la evicción total (C. C., arts. 1904 y ss.; C. de Co., art. 940, inc. 2) o de la parcial (C. C., arts. 1909, inc. 4; 1910 y 1911; C. de Co., art. 940, inc. 3) y de los vicios redhibitorios (C. C., arts. 1917 y 1918; C. de Co., art. 934).<sup>82</sup>

(80) "La ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios al acreedor..." (Cas. octubre 8 de 1929, XXXVII, 254; Cas. abril 28 de 1952, LXXI, 771).

(81) "La ley no ha distinguido y, por tanto, cualquier incumplimiento de las obligaciones que el contrato impone autoriza para pedir su resolución. No importa cuál sea la magnitud de la infracción, ni la importancia de la obligación violada.

El juez no puede excusarse de pronunciar la resolución, a pretexto de que el incumplimiento es parcial y de que la obligación incumplida es de importancia secundaria. Por excepción la ley considera la magnitud de la infracción. Así, en el arrendamiento, la infracción de la obligación del arrendatario de cuidar de la cosa como un buen padre de familia, solo faculta al arrendador para hacer cesar el arriendo en "caso grave", cuando pueda imputarse al arrendatario "grave y culpable deterioro" (arts. 1939, 1972 y 1979). En el caso de evicción parcial..." Meza Barros, Ramón. Op. cit., 129. De ahí que no compartamos la opinión de que "la acción resolutoria sólo tiene cabida en los contratos bilaterales, por incumplimiento de obligación 'primaria' ("Llamo obligaciones 'primarias' las que estructuran el contrato de manera que no puede confundirse con otro, por oposición a las 'secundarias', que son elementos auxiliares o complementarios destinados a que el negocio jurídico se realice con equidad"). Uribe-Holguín, Ricardo. Op. cit., págs. 5 y 2. Meza Barros se refiere al artículo 1552 del Código Civil Chileno igual al 1546 de nuestro cuerpo de normas civiles.

(82) En esas normas el legislador habla inadecuadamente de rescisión. Debía decir resolución.

4. No pago del precio o mora en el pago del mismo (C. C., arts. 1930, 1932 y 1933; C. de Co., art. 948).

5. Venta por cabida (C. C., art. 1888).

6. No comparecencia de una parte a la cita para pesar, contar o medir la cosa vendida (C. C., art. 1878).

Sobre los casos reseñados volveremos con detenimiento al tratar el pacto comisorio y los demás temas pertinentes en particular.

No está fuera de lugar recordar que la resolución, alternativa de la cláusula legal de opción, junto con la nulidad, es una causa que invalida los contratos. Se presenta, además, como una sanción a un negocio plenamente válido. Es un evento que sobreviene a éste: el incumplimiento de lo pactado. Fenómeno judicial que extingue retroactivamente y hacia el futuro las obligaciones: produce efectos 'ex tunc'.

### II. La Excepción de Contrato Incumplido del Artículo 1609 del C. C. ("Exceptio non adimpleti contractus").

#### 86. A Quien incumple no hay por qué cumplirle.<sup>83</sup>

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Lo que concede el transcrito artículo 1609 del C. C. es simplemente la misma acción resolutoria del 1546 de la misma codificación, pero bajo la forma de defensa para el demandado y que conforma una excepción dilatoria. Se la ha descrito plásticamente con el apotegma de "la mora purga la mora". También es denominada mora bilateral o mora simultánea de ambos contratantes.

La parte, que quiera hacer valer las acciones del artículo 1546, debe haber cumplido o, al menos, haberse allanado a cumplir con su respectiva prestación. De otra manera, verá su acción paralizada por el excepcionante en base a contrato no cumplido por el actor.

A quien incumple no hay por qué cumplirle: "Inadimplenti non est adimplendum". Como los contratos bilaterales suelen ejecutarse 'dando y dando', mientras cada contratante no cumpla o se allane

(83) "Non servanti fidem, non est fides servanda".

a cumplir lo pactado, puede el otro negarse a cumplir su prestación, la puede retener. De donde se ha colegido que la excepción de contrato no cumplido es una aplicación general del derecho de retención.

En lo atinente a la venta, el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica en lo normado por los artículos 1882, inciso 4 y 1929, inciso 2 del C. C.<sup>84</sup>

### III. La Teoría de los Riesgos.<sup>85</sup>

#### 87. La Venta de Géneros y la Venta de Especies.

Debido a la interdependencia recíproca de las obligaciones, propia de los contratos bilaterales, el incumplimiento de una parte, causado por fuerza mayor o caso fortuito, repercute en la contraparte liberándola de su obligación, salvo el caso del artículo 1607 del Código Civil.

Allí se ordena que el riesgo del cuerpo cierto, cuya entrega se deba, corra a cargo del acreedor, siempre que no medie culpa del deudor.

Por una imperfecta adaptación legislativa del principio de que las cosas perecen para el dueño,<sup>86</sup> el precepto en comento contraría las reglas de simetría prestacional inherente a los contratos sinalagmáticos consagrando el "res perit creditori" (la cosa perece para el acreedor) que todavía no es dueño por no haber mediado aún la tradición.

En materia de venta, el primer colon del artículo 1876 es eco del brocardo romano de que perfeccionada la venta, el riesgo es del comprador.<sup>87</sup> He aquí su tenor: "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa".

El Código de Comercio, artículo 929, ha corregido la falla mencionada: "En la venta de un 'cuerpo cierto', el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en

(84) En forma muy técnica regula la excepción de contrato incumplido el Código Civil Alemán (BGB), en los artículos 320 y 322.

(85) Cfr. C. C., arts. 1605, 1606, 1607, del art. 1729 al 1739, 1876 y 1877.

(86) "Res perit domino".

(87) "Perfecta emptio, periculum est emptoris".

mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa".

Para aplicar en forma correcta la teoría de los riesgos es imprescindible distinguir entre la venta de géneros y la venta de especies, toda vez que, en tratándose de la primera, débese tener presente que los géneros no perecen.<sup>88</sup>

### IV. Los Derechos Notariales.

#### 88. La Norma Supletiva sobre los Derechos Notariales.

"En los actos o contratos bilaterales los derechos serán de cargo de las dos partes, por mitades. Los varios integrantes de una parte responderán solidariamente por la cuota de ella". Esta norma del decreto 960 de 1970 (arts. 223 y 230), constitutivo del estatuto del notariado, es reproducción de la 1862 del C. C. y de la 909, inciso 1, del C. de Co. Todas ellas son supletivas de la voluntad de las partes. A este propósito, consúltese el numeral 77 y especialmente el 78, en que nos hemos pronunciado a espacio en el contexto de la compraventa solemne sobre las normas supletorias, dispositivas y taxativas.

(88) "Genera non pereunt".

LA VENTA, CONTRATO ESENCIALMENTE ONEROSO,  
NATURALMENTE CONMUTATIVO Y NATURAL O  
ACCIDENTALMENTE ALEATORIO

A) La Venta, Contrato Esencialmente Oneroso.

89. La División de los Contratos en Onerosos o Gratuitos.

El criterio de la clasificación de los contratos en onerosos o gratuitos es doble: la mutua utilidad y el mutuo gravamen de las partes.<sup>89</sup>

La onerosidad en la venta es cosa de su esencia. Un presunto vender y comprar a título gratuito o de beneficencia podría degenerar en su contrato antónimo: una donación entre vivos, o no producir efecto alguno.

1. Aplicaciones Importantes de la Onerosidad de la Venta:  
La Graduación de la Culpa Contractual y el Ejercicio de la Acción Pauliana.

90. La Graduación de la Culpa Contractual.

Según la teoría de la prestación de culpas,<sup>90</sup> vendedor y comprador responden hasta la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones, si expresamente nada estipulan al respecto.

Intimamente conectada con el presente principio está la mora creditoria del comprador, consistente en no recibir la cosa vendida oportunamente. Esta mora tiene la virtualidad de descargar al vendedor del cuidado ordinario en conservar lo vendido, y en adelante será ya responsable solo del dolo o de la culpa grave.<sup>91</sup>

Asimismo, cuando el vendedor deba entregar cuerpo cierto responderá en su guarda y custodia hasta de la culpa leve.

(89) Cfr. C. C., art. 1497.

(90) Cfr. C. C., arts. 63 y 1604.

(91) Cfr. *Ibidem*, art. 1883 y 1739.

Por lo que mira a la responsabilidad en los contratos de beneficencia, la ley se muestra muy benévola y morigeradora la rigidez exhibida en los onerosos. Es así como el deudor responde, o bien solo de la culpa lata, si es contratante que no recaba utilidad del negocio (como en el depósito), o bien hasta de la levísima, si es el único beneficiado (como en el comodato).

91. El Ejercicio de la Acción Pauliana o Revocatoria.

Para poderse ejercer la acción pauliana contra una venta, por su carácter oneroso, deben confluír en ésta dos requisitos: el "eventus damni" y el "consilium fraudis".<sup>92</sup>

Por el primero, la compraventa debió causar o causará un perjuicio a los acreedores de cualquiera de las partes.

Por el segundo, debió mediar colusión entre el deudor (vendedor o comprador) y la contraparte, con el fin de defraudar a los acreedores del primero.

En cambio, para poderse ejercitar la acción revocatoria contra contratos de beneficencia, la ley señala menos requisitos: basta el perjuicio de los acreedores (el "eventus damni") y la mala fe del deudor (el "animus nocendi"). No la de éste y su contraparte, lo que conformaría el "consilium fraudis".<sup>93</sup>

92. Error en la Persona, Saneamiento por Evicción y Ley Fiscal en la Venta y en la Donación entre vivos.

En punto de onerosidad y gratuidad, es de ocasión resaltar tres diferencias que se dan entre la obligación de trasladar la propiedad a título oneroso (venta) y la obligación de trasladar la propiedad a título gratuito (donación entre vivos) en materia de error en la persona, saneamiento por evicción y la ley fiscal.

I. El error en la Persona.

El error en la persona con quien se celebra la venta generalmente no vicia el consentimiento porque es de la naturaleza de tal contrato no ser "intuitu personae", a diferencia de lo que ocurre en la donación contractual que, celebrándose en consideración a la persona del donatario, es rescindible por esa circunstancia.

(92) Cfr. C. C., art. 2491. Ord. 1.

(93) Cfr. *Ibidem*, art. 2491, ord. 2.

## II. El Saneamiento por Evicción.

El vendedor garantiza al comprador, mediante el saneamiento de la evicción,<sup>94</sup> que la cosa vendida no adolece de vicios jurídicos. Por el contrario, en la donación irrevocable, el donante no está obligado a prestar esa garantía.<sup>95</sup>

## III. La Ley Fiscal.

La legislación tributaria grava más la donación entre vivos que la venta.

Cabe traer a cuento el Decreto Legislativo 2143 de 1974, especialmente su artículo 6, ordinal 1: "Para efectos de este decreto, se presumen donaciones entre vivos:

1. La enajenación de bienes, directa o por interpuesta persona mediante uno o varios actos, hecha a pariente, hasta del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil".

Y el artículo 7: "Las presunciones determinadas en el artículo anterior admiten prueba en contrario...".

Copiamos, además, de la Resolución 1.000.148 (septiembre 25 de 1975) de la Dirección General de Impuestos Nacionales, el art. 2: "Con carácter permanente delégase en el mismo funcionario a que se refiere el artículo anterior (el Jefe de la Sección de Liquidación de Impuestos Sucesorales de la Correspondiente Administración de Impuestos Nacionales) la facultad de dictar resoluciones que declaren desvirtuadas las presunciones de donación establecidas en el referido artículo 6 del Decreto 2143 de 1974".

Conviene puntualizar que las ventas susodichas se presumen donaciones para los solos efectos fiscales, pero no para los efectos civiles.

B) La Venta, Contrato Naturalmente Conmutativo y Natural o Accidentalmente Aleatorio.

1. La Venta, Contrato Naturalmente Conmutativo.

(94) Cfr. C. C., arts. 1893 al 1913.

(95) Cfr. *Ibidem*, art. 1479.

## 93. La Sub-división de los Contratos Onerosos.

Los contratos onerosos se dividen en conmutativos o aleatorios, según que las partes, al momento de contratar, conozcan o no con certeza las correspondientes prestaciones y, por tanto, puedan apreciar o no de inmediato la utilidad y el gravamen que de ella derivan.<sup>96</sup>

## 94. Por Regla General, la Venta es Conmutativa.

La venta es por naturaleza conmutativa, y ésta es la regla general

"El contrato de venta, oneroso por esencia, es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes pueden determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar: comúnmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga".<sup>97</sup>

En las ventas conmutativa, por ende, la ley presume que las partes se benefician y gravan por igual: el precio es equivalente a la cosa. Hay una equipolencia o equilibrio en las prestaciones. En consonancia con ello sentencia el Código de Comercio, artículo 872: "Cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo".

## 2. La venta, Contrato Natural o Accidentalmente Aleatorio.

## 95. Por Excepción, la Venta es Natural o Accidentalmente Aleatoria.

La compraventa es natural o accidentalmente aleatoria, pero esto es la excepción.

"Solo excepcionalmente puede asumir la venta la naturaleza del contrato aleatorio, en que la extensión de las obligaciones de los contratantes o la existencia de ellas dependa de un suceso futuro e incierto que no les permita establecer inmediatamente la ganancia o pérdida, tal como acontece cuando la venta tiene por objeto una cosa futura y se expresa o aparece de la naturaleza del contrato que se compró la suerte".<sup>98</sup>

(96) Cfr. C. C., arts. 1498 y 2282.

(97) Sent. febrero 20 de 1948, LXIII, 705.

(98) Sent. febrero 20 de 1948, LXIII, 705.

Se configura, pues, el carácter aleatorio porque al momento de perfeccionarse la venta, las partes, o, al menos, una de ellas<sup>99</sup> no pueden prever por causa de un azar la existencia o extensión de las prestaciones. Habrá siempre una contingencia de ganancia o pérdida, las más de las veces para el comprador.

En la venta aleatoria, generalmente una de las partes se beneficia más que la otra, o porque la cosa vendida valga más que el precio o porque éste más que aquella. Hay posibilidad de inequivalencia, desequilibrio o desproporción en las prestaciones.

Pothier define esta venta así: "Un contrato meramente aleatorio en que el comprador da cierta suma de dinero para correr el riesgo de no obtener nada o para obtener algo que vale mucho más, mucho menos o lo mismo que lo que dio".<sup>100</sup>

En el subsecuente ordinal ampliaremos las nociones de los numerales 94 y 95.

3. Aplicaciones Importantes de ser la Venta Conmutativa o de ser la Venta Aleatoria: I. Venta de Cosa futura.  
II. Teoría de la lesión enorme.

#### I. La Venta de Cosa Futura.

96. Cuándo la Venta de Cosa Futura es Conmutativa y Cuándo es Aleatoria.

El primer colon del artículo 1896 reza: "La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir". Por estas voces se somete tal venta, que es conmutativa, a una condición suspensiva, o, con más propiedad, es un contrato de venta conmutativa causante de obligaciones sujetas a una condición suspensiva.<sup>101</sup>

El segundo colon de la misma norma regla un supuesto en que siempre la venta será aleatoria, contrato generador de obligaciones puras y simples: "Salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte".

(99) Véase a este respecto, Colint, Capitant y de la Morandiere. Op. cit., tomo II, 20.

(100) Pothier. Op. cit., III, 6 y ss.

(101) Que la venta esté sometida a condición, vid. Paulus, Dig. XLV, I. "De Verborum Obligationibus", 73. I.

El objeto de la primera venta, la conmutativa, es la misma cosa que se espera. Por lo que los romanos, con su lenguaje lacónico y práctico, la denominaron "emptio-venditio rei speratae": Compra-venta de la cosa esperada. De veras es ella la propia venta de cosa futura, comoquiera que lo esperado (lo futuro) es la existencia eventual del objeto de la venta.

Muy impropiamente es llamada venta de cosa futura la segunda, la aleatoria, en que se compra el azar de que la cosa llegue a existir o no. Es impropio llamarla así porque el objeto de la venta existe desde que media el acuerdo de voluntades sobre la cosa (el álea de su existencia) y el precio, aunque por razones sistemáticas (una norma regula dos ventas tan diferentes), se las trate como una unidad. La jurisprudencia romana la llamó "emptio venditio spei": compraventa de la esperanza. Esta es algo actual, no futuro.

1. La Venta de Cosa Futura, Contrato Conmutativo Causante de Obligaciones Sujetas a una Condición Suspensiva.

97. El Evento de la Condición Suspensiva en la Venta de Cosa Futura y sus Tres Estados.

El evento o contenido específico de la condición es que la cosa llegue a existir. Luego, es preciso analizar la existencia de la cosa en los tres estados de la condición: pendiente, cumplida y fallida.

#### a. Pendiente la Condición.

El tiempo en que la condición está pendiente es el que media entre el perfeccionamiento de la venta (momento en que las partes se pusieron de acuerdo sobre la cosa, cuya existencia se espera, y el precio que se va a pagar, si la venta es consensual, o el momento en que se cumple con la formalidad, si es solemne), y el momento en que comenzó a existir la cosa (cumplimiento de la condición) o en el que llegó a ser cierto que no existirá (falla la condición).

En tal interregno o intervalo, el contrato es puro y simple. Ha producido la modalidad de someter las obligaciones a una condición suspensiva.<sup>102</sup>

Mientras cuelga la condición, el comprador podrá impetrar las providencias conservativas del caso, que cautelen su derecho futuro y eventual.<sup>103</sup>

(102) Para justipreciar el aserto, véase la apuntación sobre venta sujeta a condición o a plazo, del numeral siguiente, el 98.

(103) Cfr. C. C., art. 1549, inc. 3.

Igualmente, si fallece, trasmite a sus herederos la venta de la cosa esperada y otro tanto ocurre con el vendedor.<sup>104</sup>

'Pendente conditione', el vendedor no puede demandar el pago del precio. Si el comprador paga, le asiste el derecho de repetir lo pagado (la "condictio indebiti"). Mas sólo puede ejercer la acción antes del cumplimiento de la condición porque éste hace la obligación cierta, pura y simple.<sup>105</sup>

Manresa, citado y seguido por Pérez Vives,<sup>106</sup> escribe que la venta de cosa futura "se entiende celebrada a un plazo tácitamente señalado y es el que media entre su celebración y la existencia de la cosa".

La opinión es incorrecta porque la venta de cosa esperada queda sometida a una condición suspendida y no a un plazo suspensivo.

En efecto, esos dos supuestos jurídicos de eficacia diferida discrepan en que, por una parte, al paso que la primera suspende el nacimiento de las obligaciones contractuales (las de la "emptio rei speratae", en nuestro caso), el segundo solo suspende su exigibilidad o ejecución.

Y queda fuera de duda de que hasta tanto no se cumpla la condición (la existencia de la cosa), no nacen las obligaciones. Ahora bien, si la condición falla, tampoco nacen las obligaciones. De suerte que en los dos eventos —cumplirse o fallar la condición— lo que está diferido es el nacimiento de las obligaciones y no su exigibilidad.<sup>107</sup>

Por otra parte, no acaecerá fatal o ineludiblemente que la cosa llegue a existir, lo cual sería plazo, como lo sugiere el autor cuestionado en la acotación transcrita.

Lo que Manresa llama "plazo tácitamente señalado" no es más que el lapso en que la condición está pendiente.

La causa del error del autor últimamente citado creemos hallarla en la comunidad de resultado que se da cuando en la condición suspensiva ésta pende y cuando en el plazo suspensivo éste no se ha cumplido: la no exigibilidad de las obligaciones sometidas a esas modalidades.

(104) Cfr. *Ibidem*, inc. 1.

(105) Cfr. *Ibidem*, art. 1542.

(106) Pérez Vives, Alvaro. "Compraventa...". Op. cit., 57.

(107) "Con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación, esto es, la entrada en vigor del efecto jurídico". (Cas. abril 9 de 1937, XLIV, 725).

Estamos de acuerdo en que la obligación no es exigible mientras pende la condición suspensiva o el plazo suspensivo no se ha cumplido. Mas, enfatizamos, la razón de la no exigibilidad no se puede basar en el término suspensivo sino en la condición suspensiva.

Mientras la condición suspensiva cuelga, la obligación no ha nacido. En cambio, en el plazo suspensivo, la obligación ya ha nacido y está pendiente o aplazada su exigibilidad solamente.<sup>108</sup>

En la condición suspensiva pendiente, no se puede exigir el cumplimiento,<sup>109</sup> exactamente lo mismo que en el plazo suspensivo. En éste, porque ella no se ha hecho exigible, y en aquella, porque no ha nacido.

Luego, la comunidad de resultado (no exigibilidad de la obligación) en la condición suspensiva pendiente y en el término suspensivo no cumplido, no puede llevarnos a una confusión en la razón de ese resultado.

Las precedentes disquisiciones no las hemos efectuado a título académico. Tienen consecuencias no sólo teóricas sino prácticas. Recuérdese no más que cuando el deudor paga antes de vencerse el término suspensivo, se entiende que renuncia a éste y no tendrá derecho de repetir lo pagado.<sup>110</sup> Por el contrario, si una persona paga la obligación antes de saberse si se cumple o no la condición, podrá ejercer la acción de restitución, porque ha realizado pago de lo no debido.<sup>111</sup>

De donde la venta de una cría de animal preñado está sometida a la condición suspensiva de que ella llegue a existir. Si pendiente la condición, el comprador paga el precio, podrá repetir lo pagado hasta que la cría nazca viva mediante una acción de pago de lo no debido pero no mediante acción contractual alguna pues no hay obligación contractual contra la cual accionar.

Si la susodicha venta estuviera sujeta a un plazo suspensivo, el pago hecho por el comprador antes del vencimiento del término es renuncia a éste. Ha pagado lo que debía y, por ello, no podrá repetir.<sup>112</sup>

(108) "La condición, cuando es suspensiva, detiene la formación de la obligación, no sabiéndose si ésta habrá de nacer, y el plazo solo suspende su exigibilidad en la obligación ya constituida". (Cas. noviembre 17 de 1939, XLVIII, 889).

(109) Cfr. C. C., art. 1542.

(110) Cfr. C. C., art. 1552.

(111) Cfr. *Ibidem*, art. 1542.

(112) Para otros efectos del plazo suspensivo pendiente, cfr. C. C., arts. 1553, 1715 y 2535.

Por último, cuando de la naturaleza de la cosa esperada no brota el tiempo dentro del cual ha de fallar la condición (la no existencia), afirmamos con Rodríguez Fonnegra que "no se forma ese contrato condicional en cuanto deje de fijarse tiempo dentro del cual se reputa que la condición ha fallado si a la sazón no ha existido la especie".<sup>113</sup> Vale decir que en tal hipótesis debe señalarse el tiempo durante el cual la condición puede pender.

#### b. Cumplida la Condición.

Si la condición se cumple (la cosa esperada llega a existir), nacen las obligaciones propias del vendedor y del comprador. Cualquiera de ellos podrá demandar al otro el cumplimiento de su obligación y éste se verá en la necesidad de cumplir. Al comprador ya no le será posible repetir lo pagado "pendente conditione". Correrá la prescripción, puesto que las obligaciones se han tornado exigibles.

Cumplida la condición, se plantea un problema: ¿desde qué momento nacieron y se hicieron exigibles las obligaciones? Importa saberlo para diversos efectos, entre otros, para los relativos a la prescripción.

¿Ese momento es el mismo de la perfección de la venta (cuando se pactó la modalidad), pues cumplida la condición, ésta surte efectos retroactivos? ¿O será más bien el momento en que la condición se cumple?

Oscar vende a Santiago el potro que parirá la yegua "Esmeralda" por \$ 20.000.00, el 1 de mayo de 1976. El 5 de agosto de 1977 nace con vida el potrillo. ¿Cuál será la fecha del nacimiento y de la exigibilidad de las obligaciones de la venta: el 1 de mayo de 1976 o el 5 de agosto de 1977?

Nuestra opinión es esta: el cumplimiento de la condición suspensiva no opera retroactivamente en el caso del artículo 1896 del C. C. y, en consecuencia, la fecha será el 5 de agosto de 1977.

La teoría de la retroactividad de la condición ha sido una de las cuestiones más discutidas del derecho común.

El Código de Napoleón, artículo 1179, estatuye que la condición es retroactiva. A pesar de tal expreso precepto, hay doctrina francesa que enseña cómo la condición solo es retroactiva en los casos en que se aplicó en el derecho romano y que en los demás es irretroactiva.<sup>114</sup>

(113) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 684, f).

(114) La retroactividad e irretroactividad de la condición se pueden ver en Planiol, Ripert y Boulanger, op. cit., tomo III, págs. 463 y ss. Jossierand, tomo II, pág. 466 Capitant, "Introducción..." Op. cit., págs. 348 y 349.

El Código Civil Colombiano no siguió el artículo francés 1179 y, de acuerdo con su carácter empírico y casuista, no resuelve el problema con una hipótesis general sino que hace aplicaciones particulares. Así, es retroactiva la condición en los supuestos de los artículos 1547, 1548 y 2438; irretroactiva, en el 1545.

"Nuestro Código no sentó el principio general de la retroactividad de la condición, como sí lo hizo el francés en su art. 1179.

"Esto tiene una grande importancia: salvo aquellos eventos concretos (arts. 93, 1543, 2438) en que expresamente el legislador hizo alusión a la retroactividad, para los cuales habría que proceder de manera semejante a la adoptada en Francia,<sup>115</sup> de modo general tiene el juzgador un amplio poder de apreciación y una gran autonomía al aplicar la regla en examen, que viene a ser desprendida de la doctrina más que de la ley. Mediante esa facultad, podrá eludir las notorias injusticias que, para ciertos casos, reconocen los expositores franceses, al aplicar el principio de la retroactividad... Así podrá abstenerse de darle efecto retroactivo, cuando quiera que de ello se derive una iniquidad".<sup>116</sup>

Luego, si aún en los casos en que la condición tiene efectos retroactivos por voluntad expresa del legislador, tal regla sufre excepciones, forzoso es concluir que en el caso del artículo 1869 del C. C., en donde nada se dice sobre la retroactividad, la condición cumplida solo producirá efectos para el futuro y no para el pasado.<sup>117</sup>

En los ordenamientos más recientes, por ejemplo en el Código Civil Alemán, artículo 158, y en el Código Suizo de las obligaciones, artículo 51, cumplida la condición, se produce la consecuencia sin retroactividad, a no ser que las partes convengan lo contrario sin lesionar derechos de terceros de buena fe.<sup>118</sup>

En el ejemplo traído a colación, la fecha del perfeccionamiento de la venta de cosa futura (la cría de la yegua) es el 1 de mayo de 1976. Esta será la que se tendrá en cuenta para los efectos indicados en el numeral 62 y particularmente para contar el plazo de la pres-

(115) La jurisprudencia y la doctrina francesas han impuesto notables derogaciones al principio de la retroactividad de la condición. Cfr. Planiol Ripert et Esmein, VII, 350. (nota nuestra).

(116) Pérez Vives, Alvaro. "Teoría General...". Op. cit., 279.

(117) Véase la controversia en el derecho colombiano, en el mismo sentido nuestro, Pérez Vives, Alvaro. "Teoría...". Op. cit., 279. Valencia, Arturo. Op. cit., tomo I, 209. Uribe-Holguín, Ricardo quien asevera: "La obligación condicional no nace ni se hace exigible con su fuente, sino con el acaecimiento de un hecho futuro incierto". "Teoría...". Op. cit., pág. 34. En sentido contrario, González Gómez, Eudoro. Op. cit., Cap. XV, 1.5. La Cas. nov. 17 de 1939, XLVIII, 889 y los autores chilenos Alessandri Rodríguez y Meza Barros.

(118) Cfr. Enneccerus. Op. cit., 185, II, Thur, von. Op. cit., t. II, pág. 232.

cripción en los casos especiales (corre la prescripción desde la perfección del contrato y no desde la exigibilidad de las obligaciones) señalados por la ley como en la venta con pacto comisorio (C. C., art. 1938) y en la con pacto de retroventa (Ibíd., art. 1943, inc. 1).

La fecha en que nacen y se hacen exigibles las obligaciones de la venta es el 5 de agosto de 1977, fecha en que se cumplió la condición (nació el potrillo), que carece de efectos retroactivos. Desde tal día comenzará a correr el término de la prescripción extintiva de las acciones, que se ciñen a la regla general de empezar a contar el tiempo "desde que la obligación se haya hecho exigible".<sup>119</sup>

### c. Fallida la Condición.

Si la condición falla (la cosa esperada no llega a existir), no nacen las obligaciones propias del vendedor ni del comprador. Quedarán sin efecto las medidas conservativas que el comprador haya impetrado. Podrá el comprador repetir lo pagado mientras pendía la condición.

Se destaca que la condición falla cuando ha llegado a ser cierto que la cosa esperada no existirá o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual ha debido existir y no ha existido.

No son pequeñas las dificultades que hemos topado para entender el alcance de la venta de cosa futura. Se debe eso a la forma anti-técnica de concebir tal venta sometida a una condición suspensiva, por expreso querer del legislador. A esta concepción podemos endilgar las mismas críticas que hicimos con ocasión de la llamada "condición resolutoria tácita".<sup>120</sup>

Con todo rigor, no puede configurarse una condición comoquiera que ésta debe ser un acontecimiento arbitrariamente querido por las partes y no impuesto por la ley, cual acaece con el primer colon del artículo 1869 del Código Civil.

Es técnico, sí, el artículo 917 del Código de Comercio que dispone: "La venta de cosa futura sólo quedará perfecta en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario o que de la naturaleza del contrato aparezca que se compra el álea". La venta, pues, de cosa esperada en materia comercial no queda sometida a una condición suspensiva por mandato del legislador. Es una solución

(119) C. C., arts. 2535 y ss.

(120) Vid. supra, 83.

sabia y una enmienda feliz del artículo 1869 del Código Civil porque las partes pueden estipular que tal venta quede sujeta a condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, como lo deja entrever claramente el artículo en cita con la locución "salvo que se exprese lo contrario".

Cuando así se procede, la venta mercantil queda perfecta al pactarse la condición, como ocurre en la venta civil. Si no, sólo se perfecciona en el momento en que exista la cosa.

Volviendo al ejemplo tan socorrido en párrafos anteriores, la venta civil de la cría de la yegua "Esmeralda" se perfecciona el 1 de mayo de 1976. En cambio, la venta comercial de la misma cría se perfecciona el 5 de agosto de 1976, día en que nace vivo el potrillo. Mas si en la venta mercantil, los comerciantes Oscar y Santiago pactan el 1 de mayo de 1976 la condición suspensiva de que la cría nazca con vida, esa es la fecha de la venta y no el 5 de agosto de 1977, en que el potrillo nace con vida.

Reiteramos la idea de que la venta comercial de cosa esperada no es contrato condicional porque si el legislador indica que la venta quedará perfecta cuando exista la cosa es porque la venta no es condicional. Si fuera condicional, la venta quedaría perfecta desde cuando medió el acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio o desde cuando se cumplió con la formalidad, según que la venta sea consensual o solemne, respectivamente.

En materia de venta comercial de cosa esperada, pues, podemos decir lo mismo que predicábamos de la venta solemne convencional, sea civil sea mercantil.<sup>121</sup> Esto es, que no se trata de contrato causante de obligaciones condicionales, sino de que las partes han pospuesto la formación de la venta hasta que la cosa exista. En el entretanto, cada una de ellas conserva su libertad para celebrar o no la venta.

### 98. Apuntamiento sobre Venta Condicional y a Plazo.

Estatuye el artículo 1863 del Código Civil: "La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria".

"Puede hacerse a plazo para la entrega de las cosas o del precio.

"Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas.

"Bajo todos estos respectos se rige por las reglas generales de los contratos, en lo que no fueren modificadas por las de este título".

(121) Vid. supra, 74.

Esta disposición será el punto de referencia de las consideraciones que siguen. El punto de partida es el siguiente principio: "Los contratos se forman y se extinguen siempre sin sujeción a plazos ni condiciones. Solo sus efectos, es decir las OBLIGACIONES, pueden ser condicionales o a término".<sup>122</sup>

Luego, la venta siempre es pura y simple. Solo las obligaciones, los efectos, pueden someterse a modalidades, pero no la causa.<sup>123</sup>

Las expresiones de 'contrato condicional' y sus equivalentes de 'contrato bajo condición suspensiva' y 'contrato sujeto a condición de esta clase' como las de 'contrato resoluble', 'contrato bajo condición resolutoria', 'contrato a plazo o a término', etc., son elípticas (empleadas corrientemente por comodidad de lenguaje para abreviar los términos) en el sentido de que debería decirse contrato cuyas obligaciones están sujetas a condición o a plazo.<sup>124</sup>

Desde el derecho romano se ha empleado la elipsis<sup>125</sup> y otro tanto ha ocurrido en todos los ordenamientos,<sup>126</sup> costumbres, jurisprudencias y doctrinas.

Contra las concepciones precedentes se alza Pérez Vives: "No siempre es exacto que la condición suspensiva afecte únicamente la obligación que nace del contrato mas no la formación de éste. Tomemos el ejemplo dado por el doctor Uribe Holguín, que es uno de los analizados por nosotros en la "Compraventa...": la venta de una cosa futura: no es sólo la obligación del vendedor la que está sujeta a la condición de que la cosa llegue a existir; es el contrato mismo, puesto que —por esencia— la compraventa es un contrato bilateral que requiere el acuerdo sobre una cosa a vender y un precio a pagar por ella; la cosa, de modo necesario, debe ser, porque la nada mal puede ser objeto de un contrato conmutativo. Si la cosa nunca ha sido ni llega a ser, faltará el objeto de la obligación del vendedor, sin lo cual no hay obligación por parte de éste, de hacer tradición de la cosa; puesto que no existe tal cosa, ni nunca ha existido, el contrato jamás se formó: es inconcebible un contrato de compraventa en que no haya una cosa que se venda. Como se ve, es algo más que la simple obligación del vendedor lo que está pendiente del cumplimiento de la condición, es la esencia, la exis-

(122) Uribe-Holguín, Ricardo. "Teoría General de las Obligaciones". Op. cit., pág. 44.

(123) En este mismo orden de ideas, cfr. Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 666, nota 2; 682, a) 684, a) y 686, a).

(124) Cfr. *Ibidem*, 200, nota 5 y 682, b).

(125) Por ejemplo en Just. Inst. III, XXIII, 4: "*Emptio tam sub conditione quam pure contrahi potest. Sub conditione veluti 'si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot'*".

(126) Véase en nuestro C. C., el antecitado artículo 1863.

tencia misma del contrato lo que se ha afectado; si la condición falla, no habrá contrato, nunca lo habrá habido. El doctor Uribe trata de explicar esto diciendo que el contrato, por voluntad de las partes, no engendró obligaciones. Más ¿qué pensar de un contrato que, no obstante haber existido y producido ciertos efectos, no tuvo justamente la consecuencia fundamental, la única que justifica su existencia, de crear obligaciones a cargo de las partes? ¿Cuál la ventaja de sustituir el antiguo concepto de que la condición suspende aquí la formación del contrato, para decir que éste se formó pero nunca produjo efectos? ¿No será acaso lo mismo, expresado con diferentes palabras, con la circunstancia de que no tienen la precisión de las tradicionales?

"Con mayor claridad surge el error del doctor Uribe en la compraventa cuyo precio se deja al arbitrio de un tercero; antes de que éste lo fije, no hay, no puede haber compraventa, ya que ésta requiere esencialmente un precio determinado en dinero.

"En cambio, es perfectamente aceptable la existencia de un precontrato. Nada impide que éste, al cumplirse la condición, se transforme en un contrato de venta, puesto que se cumplió el evento incierto del cual dependía que pudiera haber o no, contrato de venta: la existencia de una cosa que se vende; la fijación del precio de la cosa".<sup>127</sup>

Creemos que se pueden desbaratar esos argumentos con la siguiente contra-argumentación: "Lo que da la falsa impresión de que hay contrato bajo condición suspensiva es la circunstancia de que, cuando es conmutativo, la condición afecta por igual las obligaciones recíprocas de las partes. La venta de cosa que no existe pero se espera que exista, es conmutativa: si la cosa vendida no llega a existir, esto es, si la condición falla, el contrato no causa obligaciones a cargo de vendedor ni comprador.<sup>128</sup> En apariencia, la venta era condicional; realmente lo eran apenas las obligaciones que estaba destinado a producir. El contrato existió a pesar de no haberse cumplido la condición pactada en él. Que existió es indiscutible, puesto que tuvo un efecto: por voluntad de los propios contratantes no hubo obligaciones".<sup>129</sup>

(127) Pérez Vives, Alvaro. "Teoría General...". Op. cit., 279.

(128) Pero si causó obligaciones diferentes a aquellas cuya existencia depende del cumplimiento de la condición. Tales obligaciones se produjeron durante el tiempo en que la condición estuvo pendiente. Cuando la condición suspensiva falla, las obligaciones producidas 'pendente conditione' se extinguen, como enseguida declararemos. (Nota nuestra).

(129) Uribe-Holguín, Ricardo. "Teoría General de las Obligaciones". Op. cit., pág. 45. No hubo las obligaciones cuya existencia dependía del cumplimiento de la condición, como si el contrato condicional fuera el de venta, no habría habido las obligaciones de hacer tradición de lo vendido ni de pagar el precio, pero sí hubiera habido las obligaciones producidas en el tiempo en que la condición estuvo pendiente. (Nota nuestra).

La base de toda la argumentación de Pérez Vives es el que un contrato tiene que producir obligaciones, que es justamente su consecuencia fundamental, la única que justifica su existencia. Pues bien, vamos a demostrar que el denominado 'contrato condicional' sí produce obligaciones pero sujetas a una modalidad. Las obligaciones producidas pueden observarse y constatarse en los tres estados de la condición: pendiente, cumplida y fallida.

Ante todo, transcribimos dos opiniones: "Es el contrato mismo lo que crea las modalidades; luego éstas, que son el fruto del consentimiento de las partes, no pueden suspender la formación ni la eficacia de éste. La causa eficiente es siempre lógica y cronológicamente anterior al efecto, y jamás puede ser el efecto lo que produce la causa".<sup>130</sup>

"El acuerdo de los contratantes establece las modalidades, y el cumplimiento de éstas crea o hace exigibles las obligaciones. Por ello es inadmisibles afirmar que no es compraventa, sino pacto destinado a engendrar compraventa condicional, aquel según el cual una persona venderá a otra una cosa mueble determinada, por cierto precio, si ocurre un hecho futuro incierto. La idea, además de forzada y artificial, sería errónea, porque hay compraventa consensual<sup>131</sup> desde que las partes estén de acuerdo en la cosa y en el precio (artículo 1857), aunque ni comprador ni vendedor contraigan obligaciones a partir de ese momento.<sup>132</sup> El pacto de que hablo es compraventa, y lo que las partes han acordado no es que la una 'venderá' la cosa a la otra, sino que se la vende y 'se obligará a hacer tradición de ella si la condición pactada se cumple, caso en el cual el comprador también quedará obligado a pagar el precio. Y lo mismo ocurre con cualquiera otro contrato consensual"<sup>133</sup>.

Consideremos, pues, cómo en un contrato condicional, en los tres estados de la condición se han producido obligaciones.

### 1. Pendiente la Condición.

El contrato es puro y simple, sea la condición ora suspensiva ora resolutoria, y produce obligaciones.

(130) *Ibidem*, pág. 44.

(131) Y solemne, agregamos nosotros, una vez se cumpla con la formalidad. Es el caso del urbanizador que vende a su cliente la propiedad horizontal del apartamento de la segunda planta del edificio que el primero construirá, y de tal venta se extiende instrumento público. (Nota nuestra).

(132) A partir de ese momento contraen ciertas obligaciones, como explicaremos más adelante.

(133) Uribe-Holguín, Ricardo. "Teoría General de las Obligaciones". Op. cit., págs. 44 y 45.

Que haya producido obligaciones, es un hecho que el mismo Pérez Vives reconoce, en materia de condición suspensiva: "En todo caso, los contratantes se encuentran vinculados de manera que existen a su cargo deberes e, incluso, obligaciones; si bien difieren de las obligaciones cuya existencia pende del cumplimiento de la condición.

"De ahí, que todos los tratadistas reconozcan, como hemos visto, que —aunque las obligaciones no hayan tenido existencia— los contratantes tienen ciertos derechos actuales (como los califica Josserand), particularmente el acreedor, a cuyo beneficio se han estatuido medidas de conservación, de protección contra la retroactividad de las leyes nuevas y la facultad de transmitir por vía hereditaria los derechos que nacen de esa delicada situación 'pendente conditione'"<sup>134</sup>.

Luego, si el contrato condicional ha producido obligaciones —de ello no queda duda— es porque 'pendente conditione' estamos en presencia de un verdadero contrato y no de un pre-contrato, como asegura Pérez Vives.<sup>135</sup>

De un pre-contrato, figura que ya hemos dejado esclarecida.<sup>136</sup> cualquiera de las partes puede retractarse lícitamente. En cambio, de un contrato condicional, mientras pende la condición, no es lícito retractarse, no cabe una desvinculación unilateral, un desistimiento. Los contratantes tienen la obligación de respetar la condición: "Tal es el caso... del vendedor de una cosa futura, que debe abstenerse de hacer todo aquello que implique la no existencia de la cosa, etc."<sup>137</sup>

"Por otra parte, todos los tratadistas aceptan que la obligación condicional, aunque no haya nacido, liga en cierto modo a las partes: 'Hay un lazo jurídico, en virtud del cual ninguno de los contratantes puede desistir de su compromiso sin el consentimiento del otro, porque aunque no exista más que una esperanza, ésta es irrevocable en el sentido de que, una vez acaecido el suceso en que la condición consiste, se adquiere definitivamente el derecho'"<sup>138</sup>.

Entonces, si no puede haber retracto (ya existen obligaciones) es debido a que, mientras cuelga la condición, hay contrato y no pre-contrato.<sup>139</sup>

(134) Pérez Vives, Alvaro. "Compraventa...". Op. cit., 460.

(135) *Ibidem*, supra.

(136) *Ibidem*, supra, 5.

(137) Pérez Vives, Alvaro. "Compraventa...". Op. cit., 460.

(138) *Ibidem*, 458.

(139) De ahí que hayamos escrito que en la venta mercantil de cosa futura no hay contrato condicional sino que no hay venta hasta tanto la cosa exista. Y hasta tanto no acaezca, hay pre-contrato. Las partes conservan en el interim la libertad de celebrar o no la venta, y de retractarse o desistir del pre-contrato. *Ibidem*, supra, 97.

'A fortiori' se puede afirmar que 'pendente conditione', en materia de condición resolutoria, también el contrato es puro y simple, y ha producido obligaciones. Lo que está en suspenso es la extinción de éstas. Luego, obviamente ya han nacido y si han nacido es por obra y gracia del contrato.

Como conclusión de lo anterior y en conexión con lo que vendrá, registramos estos conceptos: "A tenor del artículo 1863... , la compraventa puede hacerse bajo condición suspensiva o bajo condición resolutoria.

"Literalmente significa esto que no hay compraventa o que ésta desaparece por el hecho de que, pactada con relación al contrato, la condición suspensiva falle o la resolutoria se cumpla; *mas no se trata de la imposible disolución del acuerdo de voluntades que se ha operado*, sino de reputarse que en el uno o en el otro de estos eventos las obligaciones de comprador y vendedor producidas por el acto contractual no se han formado o, con otras palabras, que las partes no se han ligado entre sí como vendedor y comprador mediante la celebración del contrato en fuerza del cual ello se produce, que da vida a tales obligaciones en cuanto se cumpla la condición suspensiva o la resolutoria falle y *que hasta en el tiempo intermedio obra manteniendo, ya las obligaciones simultáneamente condicionales, ora las a un tiempo resolubles*". (Sin resaltos en el original).<sup>140</sup>

## 2. Cumplida o fallida la condición. (Desaparecida la incertidumbre).

En estos dos estados de la condición, también el contrato es puro y simple, y produce obligaciones.

Cumplida la condición suspensiva o fallida la resolutoria, desaparece la modalidad convirtiendo las obligaciones en puras y simples. En la ocurrencia de la condición suspensiva, nacen las obligaciones propias del contrato celebrado. En la condición resolutoria, las obligaciones propias del contrato celebrado, nacidas con anterioridad al momento en que falló la condición, no se extinguen.

Cumplida la condición resolutoria o fallida la suspensiva, desaparece asimismo la modalidad extinguiendo tanto las obligaciones propias del contrato celebrado, que habían nacido con anterioridad al cumplimiento de la condición resolutoria, como las obligaciones

(140) Rodríguez Fonnegra, Jaime. Op. cit., 682, a).

producidas 'pendente conditione', en el caso de la condición suspensiva. En esta última ocurrencia, no nacen las obligaciones propias del contrato celebrado, pues la existencia de ellas pendía cabalmente del cumplimiento de la condición.

Por tanto, en cualquiera de los cuatro eventos el contrato es puro y simple, y produce obligaciones, bien las propias del contrato celebrado, bien otras diferentes, aunque íntimamente conectadas con aquellas, como serían la de respetar la condición, la de observar las medidas conservatorias impetradas por una de las partes, etc.

En cuanto a venta o contrato a término, no hay mayor dificultad en percatarse de que éste o aquella son puros y simples, y de que lo sometido a plazo es el conjunto de obligaciones contractuales.

En verdad, el término suspensivo o resolutorio afecta la exigibilidad de la obligación y no su nacimiento. Por consiguiente, trabaja con el supuesto de que la obligación ya ha nacido por obra del contrato. En consecuencia, lo que se puede someter a plazo es la obligación nacida del contrato, el cual siempre será puro y simple.

Un pretendido contrato sometido a término, si llena los requisitos de la Ley 153 de 1887, artículo 89, es una verdadera promesa de contrato.

Es de advertir en forma muy enfática que una cosa es someter todas las obligaciones de un contrato a una modalidad, y otra muy diversa es sujetar una o algunas a ella. Ejemplos de la primera hipótesis pueden ser los artículos 1865, 1869, colon 1, y 1939 del C. C. De la segunda, la Ley 45 de 1930, artículo 1, inciso 2, y el artículo 1863, inciso 2 del mismo Código.

Conclusión: si al pactarse la condición o el plazo, se cumplen con los requisitos exigidos para que haya venta consensual o solemne, la fecha del perfeccionamiento del contrato será la del momento en que la modalidad se pactó y no la del momento en que ésta se cumple o falla. La fecha del perfeccionamiento será trascendental para los efectos indicados atrás.<sup>141</sup>

## 2) La Venta de Cosa Futura, contrato aleatorio, puro y simple.

### 99. Cuándo la Venta de Cosa Futura es Contrato Aleatorio, Puro y Simple.

Cuando en una venta de cosa futura, el comprador corre el riesgo de su existencia o cuando de la naturaleza del contrato aparece

(141) Vid. supra, 62.

que se compró la suerte, el contrato será aleatorio, puro y simple. Así está consagrado por el Código Civil, artículo 1869, segundo colon, y por el Código de Comercio, artículo 917, inciso 1.

Esas normas regulan una situación en que las obligaciones contractuales son puras y simples, no sujetas a modalidad alguna. Sea que la cosa llegue a existir, sea que no llegue a existir, las obligaciones nacen desde el momento mismo de la perfección de la venta pues se compró la contingencia (la suerte, el álea, la esperanza, el riesgo, el azar, la ilusión...) de la cosa ("emptio-venditio spei") y no la cosa misma. He ahí, además, la venta aleatoria.

#### 100. Conclusiones sobre la Venta de Cosa Futura.

Se imponen dos conclusiones: la venta de cosa futura es naturalmente conmutativa y la venta de cosa futura es natural o accidentalmente aleatoria.

##### 1. La Venta de Cosa Futura es Naturalmente Conmutativa.

Así se desprende del análisis de los artículos 1869 del Código Civil y del 917, inciso 1, del Código de Comercio porque esas disposiciones preceptúan que la venta de cosa futura se entenderá celebrada bajo la condición de que la cosa esperada llegue a existir o que ella no quedará perfecta hasta tanto la cosa exista, respectivamente, sin necesidad de cláusula especial.<sup>142</sup> Esta es la regla general.

##### 2. La Venta de Cosa Futura es Natural o Accidentalmente Aleatoria.

Esta es la excepción. La venta es naturalmente aleatoria, sin necesidad de cláusula especial, cuando "por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte" o, como reza el artículo 917 del Código de Comercio, "que de la naturaleza del contrato aparezca que se compra el álea".

Por ejemplo, la compraventa de un billete de lotería,<sup>143</sup> de un derecho litigioso, de un usufructo, de la propiedad fiduciaria.<sup>144</sup>

(142) Cfr. C. C., art. 1501.

(143) Contra Alessandri Rodríguez, op. cit., I, N° 3, se pregunta Rodríguez Fonnegra: "Mas, ¿podría hablarse en el derecho moderno, de compraventa de la mera suerte? En realidad no, porque la suerte no es susceptible de ser trasferida, aunque por comodidad de lenguaje se diga que tal se ha comprado. Ese contrato, distinto del juego, es el de compraventa aleatoria llamada por los romanos "emptio spei"... Tampoco le sigo (a Alessandri) en la tesis de que la compra hecha al expendedor de billetes (no boletos) de lotería constituya contrato aleatorio, pues cada uno de tales billetes representa derecho a tomar parte en juego que por excepción se permite y respecto del cual nada tienen que ver los negocios realizados con los billetes mismos". Op. cit., 16, nota 5.

La venta es accidentalmente aleatoria cuando las partes expresamente convienen mediante cláusula especial en vender y comprar la suerte.

Como si en la venta de la cría de una yegua que aun no ha parido, se estipulará que habrá venta independientemente de que nazca viva o muerta la cría.

#### II. Teoría de la Lesión Enorme.

##### 101. Incompatibilidad de una Acción Rescisoria por Lesión Enorme con una Venta Aleatoria.

La segunda aplicación más relevante del carácter conmutativo o aleatorio de la venta tiene ocurrencia en la teoría de la lesión enorme.

La acción propia de la lesión enorme es la rescisión, la cual tiende a restablecer el equilibrio pre-contractual de las partes, roto por la lesión enorme. Cuando el contratante condenado consiente en la rescisión, las partes son restituídas a la situación anterior a la venta. Cuando, en cambio, el condenado quiere atajar la rescisión, se restablece el equilibrio contractual propio de los contratos conmutativos.<sup>145</sup>

De ahí, entonces, que la lesión enorme solo proceda en las ventas conmutativas y no en las aleatorias, ya que éstas pueden implicar un desequilibrio en las prestaciones. Por tanto, en razón de la índole de la venta aleatoria y de la índole de la acción rescisoria por lesión enorme, una y otra son incompatibles.

Es así como no se compadece la virtualidad de la acción rescisoria, que es restablecer el equilibrio pre-contractual o el equilibrio contractual, que se ha quebrantado, con el efecto peculiar de la venta aleatoria, cual es poder conllevar desequilibrio prestacional.

##### 102. La Lesión Enorme solo Opera en las Ventas Inmobiliarias Conmutativas.

En derecho colombiano, la lesión enorme solo tiene operancia en las ventas inmobiliarias conmutativas, como veremos adelante. Luego, es improcedente en las ventas inmobiliarias aleatorias.

(144) Cfr. C. C., arts. 794, 865, 1969.

(145) Cfr. C. C., art. 1948.

Si, v. gr., Pedro vende a Juan un inmueble cuyo precio queda a deber y que será la suma de dinero que el segundo obtenga al vender la cosecha que produjere el año venidero otro predio de su propiedad, esa venta es aleatoria y, por consiguiente, no rescindible por lesión enorme.

El doctor Valencia Zea incurre en flagrante contradicción al considerar que "todas las compraventas que recaen en bienes inmuebles, son conmutativas"<sup>146</sup> y agregar, 16 páginas después, que "tanto la jurisprudencia nacional como la francesa han sostenido que cuando la venta de inmuebles constituye un contrato aleatorio, no puede tenerse en cuenta la lesión, como en la venta de la nuda propiedad o en las ventas a cambio de una renta vitalicia".<sup>147</sup>

Medellín, junio de 1978

(146) Valencia Zea, Arturo. Op. cit., tomo IV, 3, III).

(147) *Ibidem*, 8, II).