

Estudios de Derecho

Publicación del Centro Jurídico.—Escuela de Derecho

Director, JOSE LUIS LOPEZ.

Redactor-Administrador, JORGE E. OROZCO

Serie IX—Medellín, Mayo 1º de 1920.—Nro. 78.

Tesis

presentada y sostenida por el Sr. Marco T. Jiménez para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

INFORME DEL PRESIDENTE DE TESIS

Medellín, 14 de Marzo de 1919.

Señor Rector de la Universidad de Antioquia:

Rindo a Ud., con mucho gusto, el informe reglamentario sobre la Tesis que ha presentado el señor Marco Tulio Jiménez, para recibir el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

Versa el trabajo del Sr. Jiménez sobre el punto de si es o no aplicable al contrato de permuta la rescisión por lesión enorme; y como base de este estudio, define y concreta lo que se entiende por lesión enorme en Derecho civil, con muy buen acopio de datos acerca de esta materia. Establecida una norma de criterio con fundamentos históricos muy importantes, aplica su modo de pensar a la rescisión por lesión enorme en la permuta.

Como el Código Civil colombiano no dice expresamente que la permutación sea rescindible por lesión enorme, el Sr. Jiménez estudia con sagacidad y buen criterio la naturaleza de este contrato, para ver si a ella se opone la rescisión por lesión enorme, ya que, según lo preceptúa el artículo 1958, las disposiciones de la compraventa se aplican a la permutación, en cuanto no pugnen con la naturaleza de este contrato. Las deducciones son escogidas con tal rigor lógico, que quien profese opinión contraria no podrá menos de sentirse sorprendido

Condiciones:

Suscripción de 10 números.....\$	1,00
Suscripción de 10 números para estudiantes de la Escuela de Derecho.....	0,50
Un número, el día de su salida.....	0,10
Un número atrasado.....	0,15

AVISOS

Página.....	2,00
Media página.....	1,00
Un cuarto de página.....	0,50

La correspondencia deberá dirigirse al Redactor-Administrador en la Escuela de Derecho.

Se solicitan avisos y agentes de propaganda en las poblaciones del País.

y vacilante. Así son de fuertes las objeciones que opone contra la rescisión de la permuta por lesión enorme.

No es fácil a mente alguna escapar al juicio previo, o idea preconcebida, que ha de informar todo análisis en el estudio de una materia, y así en la Tesis del Sr. Jiménez resalta el concepto de que hay interés social en que las transacciones se puedan hacer con rapidez y de una manera estable, idea que es la misma predominante en la legislación comercial, sin duda porque en esta rama de la industria humana el buen éxito se finca en la rapidez con que se mueven los capitales, a fin de que una misma cantidad éntre en función en varias operaciones durante corto lapso de tiempo. Se ha de procurar allí que la prisa supla el volumen. Este punto de vista es el que confiere al estudio del Sr. Jiménez su exquisita lógica. Para refutar tan interesante trabajo, me parece que habría necesidad de situarse en otro plano y definir el interés social en forma distinta, fuera de demostrar que esa otra forma debe primar sobre la que se rechaza.

No huelga anotar que el Sr. Jiménez ha sabido buscar informaciones con la habilidad con que podría hacerlo cualquier experto en estas lides.

El trabajo del Sr. Jiménez reviste caracteres de utilidad teórica y práctica sobre un punto de derecho muy discutible, y por eso considero que no debe quedar inédito. El constituye, además, claro timbre de honor para su autor y para la misma Universidad en donde tan bien se aprende a estudiar las cuestiones legales.

Sr. Rector,

Libardo López.

CUESTION: ¿Es rescindible por lesión enorme el contrato de permuta?

INTRODUCCION

Conforme a las prescripciones de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, venimos hoy a cumplir con el deber reglamentario de desarrollar y sostener una Tesis para nuestro examen de grado.

No pretendemos, ni con mucho, forjar una monografía de mérito, ya que ello sería poco menos que imposible, dadas nuestras escasas facultades y la carencia de libros de consulta con que desgraciadamente hemos tropezado en el medio en que nos ha tocado vivir después de terminados los estudios universitarios.

Queremos hacer notar, sin embargo, que el modesto trabajo que hoy presentamos a la Universidad, con el fin de pedir que se nos expida el honroso y noble título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, no carece de originalidad, y es, a no dudarlo, un *motivo* para que los juriconsultos colombianos paren allí su atención y nos expongan sus opiniones en el para nosotros oscuro y delicado problema.

Para obrar con orden dividiremos nuestro estudio en dos secciones:

PRIMERA

De la rescisión por lesión enorme en los contratos de compraventa.

SEGUNDA

De la rescisión por lesión enorme en los contratos de permuta.

SECCION PRIMERA

De la rescisión por lesión enorme en los contratos de compraventa.

Muchos y muy eruditos expositores de Europa y América han tratado extensa y sabiamente la materia que es objeto de esta sección, motivo suficiente para que no aspiremos a decir nada nuevo sobre el asunto.

A nuestro propósito basta un ligero análisis de la acción rescisoria por causa de lesión enorme en los contratos de compraventa, con el fin de que nos sirva de punto de partida para llegar a las conclusiones a que habremos de llegar en el curso de nuestro estudio, el cual se refiere principalmente a la cuestión de saber si los contratos de permuta son rescindibles por la referida causa.

Lo dicho no obsta para que nos extendamos un poco acerca del desarrollo histórico del principio de rescisión por causa de lesión, ni para que señalemos las dificultades que, en nuestro sentir, presenta la consagración del derecho aludido, ya que todo esto habrá de servirnos para el fin que nos proponemos.

La rescisión de la venta por causa de lesión no fue conocida en el antiguo derecho romano ni en la época clásica. Se consideraba que a pesar de ser la venta un contrato conmutativo era imposible obtener un completo equilibrio entre el precio y la cosa; los mejores peritos incurren en error al pretender fijar el justo precio de las cosas; sólo en la época del Emperador Diocleciano vino a incorporarse en la legislación el aludido principio. Se estableció por medio de un rescripto en favor exclusivo de aquel que vendía por precio *non justum*, pues se consideró que el comprador, al adquirir por precio *vil*, no lo hacía urgido por la necesidad sino espoleado por la ambición; el vendedor, por el contrario, se veía precisado a desprenderse de su alhaja porque lo obligaban a ello la necesidad y la miseria. De allí el principio generador de la acción rescisoria: *invidia penes emptorem; inopia penes venditorem*.

El rescripto se fue quedando poco a poco sin aplicación, debido, seguramente, a las dificultades que presentaba su ejercicio, hasta que una ley del Código de Teodosio lo desconoció por completo.

Más tarde lo restableció el emperador Justiniano en el Código que lleva su nombre, por medio de la Ley II [Libro XLIV, Título IV]: *De rescindenda venditione*. La legislación española, por su parte, tomó de aquí el principio en referencia y lo consagró en las Leyes V, Tit. X, Libro III del Fuero Real; LVI, Tit. V, Partida V; y II, Tit. I, Libro X de la Novísima Recopilación.

Recorrió, pues, las antiguas leyes españolas, con variaciones más o menos importantes, hasta parar en la úl-

tima ley citada, en los siguientes términos: «Si el vendedor o comprador de la cosa dixere, que fue engañado en más de la mitad del justo precio; así como si el vendedor dixere, que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedis, o el comprador dixere, que lo que valió diez dio por ello más de quince; mandamos, que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valía la cosa al tiempo que fue comprada, o de la dexar al vendedor, tornándole el precio que recibió; y el vendedor debe tornar al comprador todo lo demás del derecho precio que le llevó, o tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió».

En el año de 1889 volvió España a desconocer casi por completo el derecho de rescindir por causa de lesión, pues sólo concede esa garantía a los pupilos y a los ausentes, en los contratos celebrados en su nombre, siempre que hayan sido lesionados en más de la *cuarta parte* del valor de la cosa materia del contrato. Se requiere, además, que el contrato celebrado sea de aquellos que el tutor puede llevar a efecto sin autorización previa del Consejo de familia. Pero raro será el caso en que el tutor puede obrar sin estar autorizado por el referido Consejo, porque, según el Art. 269 del Código Civil Español, el tutor necesita dicha autorización «para enajenar o gravar bienes que constituyan el capital de los menores o incapaces, o hacer contratos o actos sujetos a inscripción».

El legislador español de 1889 prescindió de antiguas teorías y adoptó resueltamente el Art. 1293 del C. C., que es el mismo que hoy rige: «Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados».

De suerte que en la legislación española subsiste aún el principio, pero sólo en casos excepcionales que apenas si tendrán lugar; puede afirmarse, en tesis general, que la acción rescisoria por causa de lesión enorme no existe hoy en España.

El Código de Chile tomó de las antiguas leyes españolas el principio que estudiamos; al efecto dijo en su Art. 1888: «El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme». Estableció que el vendedor tiene derecho a pedir la rescisión cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

De Chile fue trasladado ese precepto al Art. 1952 del Código de Cundinamarca, al 1941 del Código de Antioquia, al 1965 del Código de Cauca, etc., y, finalmente, al Art. 1946 del Código Civil Nacional.

Tal es el desarrollo histórico de la acción rescisoria por causa de lesión enorme en el C. C. colombiano.

En cuanto al Derecho francés, debemos anotar que el precepto no vino a implantarse definitivamente en la ley

positiva sino con la expedición del Código Napoleón, pues en Francia no se habían apartado gran cosa del Código teodosiano hasta que Portalis hizo triunfar aquella teoría en la legislación civil; pero no debe perderse de vista que el establecimiento de este principio en Francia suscitó acaloradas discusiones entre los juriconsultos encargados de la elaboración del Código, y que salió triunfante debido a la influencia del Primer Cónsul. Se sabe, no obstante, que la ley del 3 de Germinal, año V, restableció el principio de rescisión que expresamente había abolido la Ley del 14 de Fructidor, año III de la República. El principal argumento de Portalis, presentado en su erudita *Exposición de motivos* cuando se discutió el Proyecto del Código Napoleón, fue el siguiente: «El precio debe equilibrar con la cosa vendida; no hay precio si éste no corresponde al valor de la cosa; y si falta el precio, falta la causa del contrato». Laurent refuta esta teoría diciendo que el argumentar así prueba demasiado, porque según eso debe extenderse la rescisión al arrendamiento y a todos los contratos conmutativos.

Nuestra Corte Suprema reprodujo la teoría de Portalis en sentencia del 11 de abril de 1899, pues dijo que la falta de equivalencia entre el precio y la cosa constituía una desigualdad que viciaba el contrato en su esencia. Parece un poco exagerada esta doctrina, como observa Laurent, refiriéndose al argumento de Portalis.

Como antes dijimos, la idea de Portalis triunfó en el C. C. francés, pero sólo en favor del *vendedor*. En efecto, el Art. 1674 de aquel Código dice que si *el vendedor* ha sido lesionado en más de las *siete duodécimas* partes del precio de un inmueble tiene derecho a pedir la rescisión de la venta, aunque haya renunciado expresamente esta garantía o haya declarado que dona el resto del mayor valor.

En cuanto al comprador, la negación del derecho de rescindir no puede ser más rotunda, según el Art. 1683: «La rescisión pour lésion n' a pas lieu en faveur de l' acheteur».

Del Código Civil francés han tomado el principio de rescisión, *mutatis mutandis*, las legislaciones de Italia, de algunos cantones suizos, de Luisiana y el Código belga, idéntico al francés en este sentido.

En Austria «cuando la venta tenga por objeto mercancías, y el *comprador* (nótese la diferencia con Francia) haya pagado un precio superior a la tarifa legal, puede pedir ante las autoridades administrativas daños y perjuicios por la lesión, aunque ésta sea poco importante. En otros casos, aunque no proceda la acción de lesión, los contratantes tienen, dentro de la ley, medios para obtener compensación de las pérdidas experimentadas. Sin embargo, la rescisión no puede ser pedida por el que previamente-

te haya renunciado a ella, o por el que teniendo conciencia del verdadero valor de lo que compra, paga cantidades extraordinarias por consecuencia de afecciones especiales o por motivos particulares; tampoco procede cuando las partes hayan declarado que al obrar como lo habían hecho obedecían a un móvil de generosidad o liberalidad, o cuando la venta se haya realizado en subasta pública» (1)

Lo mismo que en Austria, pero al contrario de lo estatuido en los Códigos de Justiniano y Napoleón, la legislación alemana consagra la acción rescisoria en favor exclusivo del *comprador*. Presume que el que da un precio exorbitante por una cosa que no alcanza a valer lo pagado es porque procede en virtud de un error que invalida el contrato, y porque—agregan los comentadores—no debe establecerse en favor del vendedor, ya que éste debe conocer suficientemente el verdadero precio de la cosa que ha tenido bajo su dominio, por cuyo motivo es razonable considerar la lesión sufrida como una mera liberalidad que no está sujeta a repetición.

Las legislaciones de Méjico y Venezuela restringen de manera especial el derecho de rescindir por causa de lesión. El Art. 2890 del Código mejicano no admite este derecho sino en el caso de que la lesión tenga su origen en el precio fijado, *con posterioridad al contrato*, por peritos designados para ello. El art. 3170 del mismo Código prohíbe impugnar las transacciones por motivo de lesión.

En el C. C. argentino se observa una doctrina contraria a la mejicana. En efecto, según el art. 1351 «La estimación que hicieren la persona o personas determinadas para señalar el precio es irrevocable, y no hay recurso alguno para variarlo». Por otra parte, el Código argentino, así como el de Holanda, no hablan de rescisión por lesión, lo que equivale a no admitirla.

El Código de Venezuela permite alegar la lesión únicamente en el caso del art. 1498, o sea en el contrato de venta con pacto de retroventa, cuando el justo precio de la cosa es inferior a la mitad del precio recibido por el *vendedor*; el comprador puede ejercitar la acción rescisoria dentro de un año, a contar del vencimiento del plazo fijado para el rescate.

El Código de Guatemala es perentorio en la materia: niega el derecho de rescindir por causa de lesión; dejando a un lado las antiguas leyes españolas dispuso en su Art. 1630: «La ley no reconoce la nulidad ni la rescisión de contrato por lesión enorme o enormísima».

Los Códigos de Francia y Colombia no dan valor a la renuncia de la acción rescisoria. Prusia y Austria, al contrario, consagran la efectividad de la renuncia.

De todo lo anterior se deduce, sin esfuerzo alguno, que

la acción rescisoria por causa de lesión no obedece, estrictamente, a un principio de equidad universal, toda vez que ha venido a los códigos de un modo caprichoso, considerada desde diversos puntos de vista, sin que se haya dicho y admitido la última palabra acerca de la razón jurídica que asista a los contratantes cuyo consentimiento no ha sido viciado por error, fuerza o dolo, para pedir que se rescinda el contrato lesionario.

La expresa abolición que del derecho de rescindir hizo el Código de Teodosio; el rechazo que le ha dado la moderna legislación española, contra una costumbre de siglos; el hecho de que unas naciones lo hayan establecido en favor del vendedor únicamente y otras en favor exclusivo del comprador; el no menos importante de la variedad de cuantías para la fijación del monto del engaño; las restricciones de que ha sido objeto en algunos países de América; y la circunstancia de que algunos códigos establecen este derecho en favor de determinados actos jurídicos, en tanto que otros, como las Partidas y la Novísima, lo hacen extender a todos los contratos conmutativos, son razones suficientes para sostener, en buena lógica jurídica, que sobre el principio de rescisión por causa de lesión no hay ideas fijas ni fundamentos sólidos, precisos e indiscutibles en la Ciencia del Derecho.

El aludido principio es, quizá, el resultado de un concepto de caridad que nada serio promete para la garantía de las transacciones. Si su consagración en la ley positiva es conveniente, deberían determinarse con criterio científico los actos o contratos en que deba tener lugar. Es evidente que este derecho está plenamente justificado en las particiones, porque, como éstas excluyen la especulación, es claro que a cada uno de los copartícipes debe garantizársele lo que equitativamente le corresponde.

*
*
*

Aunque no pretendemos—ni sería materia que cupiera en los estrechos límites de este ligero estudio—hacer un análisis de la rescisión por causa de lesión desde los diferentes puntos de vista de nuestro Código, ni entrar a estimar las razones que militan en pro y en contra de aquella institución, nos proponemos, sin embargo, señalar algunos de los inconvenientes que presenta, con el fin, como dijimos antes, de hacer resaltar el porqué de las conclusiones a que habremos de llegar más adelante.

Desde luego observamos que, como lo hizo notar D. José Tocarnal desde 1859 en su *Memoria sobre la rescisión de la venta por lesión enorme*, según el Código Civil Chileno, al respecto igual al nuestro (Art. 1947), las reglas de la rescisión favorecen notablemente al vendedor: «Un fundo que vale \$ 20.000, dice, se vende en \$ 9.000; el vendedor sufre lesión enorme, porque el precio que recibe [9.000] es

inferior a la mitad [10.000] del justo precio del fundo. Supongamos ahora que el mismo fundo se compra en \$ 31.000. El comprador recibe aquí un perjuicio de \$ 11.000, exactamente igual al del vendedor, en el primer caso, ¿y se le concederá la rescisión? No, porque el justo precio del fundo (20.000) no alcanza a ser inferior a la mitad [15.500] del precio que paga por él. Por consiguiente, para que pueda rescindirse el contrato, es preciso que el comprador se haya perjudicado en más de \$ 20.000, en tanto que al vendedor le basta un perjuicio de más de \$ 10.000. Resulta pues, en general, que, para obtener el beneficio de la rescisión, el comprador necesita haber recibido un perjuicio doble del que, en igualdad de circunstancias, necesita el vendedor.»

Concluye el Dr. Tocarnal proponiendo la siguiente fórmula que considera más equitativa: «Hay lesión enorme en el contrato de venta cuando alguna de las partes se ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa.»

Otra anomalía es la que se observa en el Art. 1950 de nuestro Código: «Si se estipulare—dice el Art. citado—que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación; y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se tendrá esta cláusula por no escrita». Hay en la primera parte de este artículo una prohibición que el vendedor puede hacer nugatoria en perjuicio evidente del comprador. En efecto: como se manda, en la segunda parte, que se tenga por no escrita la cláusula en que el *vendedor* exprese la intención de donar, dejando a ese respecto desamparado al comprador, es claro que la renuncia de éste a ejercitar la acción rescisoria queda consumada desde el momento en que exprese su intención de donar el exceso. Por este último medio puede hacer la renuncia que el Legislador, al parecer, pretende evitarle en la primera parte del Art. citado.

Refiriéndose a esa misma disposición dice el Sr. Tocarnal: «Se ofrece una dificultad en la inteligencia de este artículo. Prohíbese en él estipular la renuncia de la acción rescisoria; pero, ¿se limitará la prohibición a la renuncia que se hiciera en el mismo contrato de venta, o comprenderá todos los casos? ¿Qué debería decirse si la renuncia se hiciera posteriormente al contrato, o, como se expresan algunos autores, *ex-intervalo*? Sería ineficaz o válida? ¿Será preciso atender a las circunstancias de cada caso, incumbiendo al juez inquirir si el acto adolece todavía del mismo vicio que la venta, o es en realidad el resultado de una voluntad libre? Si fuere lo segundo ¿no podría considerarse la renuncia como una verdadera donación, que se regirá por las reglas de los contratos de esa especie? Verdad es que el artículo no ha distinguido, pero entenderlo de una manera absoluta ¿no sería darle una latitud extremada, que seguramente no entró en la mente del Legisla-

dor? Si el perjudicado obra ya con plena libertad y conocimiento; si dueño de pedir la rescisión de la venta, prefiere ratificarla y abdicar su derecho ¿podría la ley impedirselo? Dejo a otros el cuidado de resolver esta cuestión.»

El Dr. Fernando Vélez, por su parte, expone así sus observaciones al comentar el artículo 1950.

«La lesión implica nulidad relativa, la cual permite la ratificación expresa o tácita [Arts. 1752, etc.] del contrato rescindible. Pues bien: si habiendo sufrido lesión el vendedor, por ejemplo, posteriormente al contrato en que se le engañó, declara que renuncia al derecho de pedir rescisión por lesión ¿no valdrá esta renuncia que implica ratificación del contrato viciado?»

«Una ratificación también necesita, para ser válida, de no adolecer de ningún vicio. De aquí que si cuando se hace la renuncia, quien la hace se halla en idénticas circunstancias a las que se encontraba cuando celebró el contrato, como si siendo el vendedor no se le ha pagado el precio, es natural que la renuncia no valga, porque es hija de la necesidad de linero que tiene el vendedor.»

«No siendo este el caso, como si la renuncia se hace después de que el contrato ha sido cumplido por ambas partes, ella debe valer porque las circunstancias demuestran que es voluntaria y libre, y no habría motivos para anularla. A esto puede objetarse que el *estipular* del Art. 1950 comprende la renuncia hecha en cualquier tiempo, mientras no esté prescrita la acción correspondiente (Art. 1954).» *

Pasando a otro asunto, anotamos que algunos han creído encontrar una antilogía entre lo dispuesto por el Art. 1889 y las reglas relativas a la acción rescisoria por causa de lesión. Según lo dispuesto en este artículo, si un predio se vende como cuerpo cierto no habrá derecho por parte del comprador ni del vendedor para pedir rebaja o aumento del precio, *sea cual fuere la cabida del predio*. ¿Dados los términos absolutos en que está concebido este artículo—se dice—no es una contradicción admitir luego la acción rescisoria por lesión enorme? Si el vendedor, por ejemplo, solicita aumento del precio fundado en que la cabida que entregó es desproporcionada con relación al convenido, por más que se palpe la lesión, deberá ser baldía su demanda; pero si establece la acción rescisoria obtendrá el aumento del precio que de otro modo se le niega.

Merece mencionarse otra dificultad digna de estudio en el caso de venta de un derecho herencial, cuando éste re-

* «La renonciation à l'action en rescision, que le vendeur fait postérieurement à la vente, ne peut être qu'une confirmation de ce contrat.»

cae sobre inmuebles, ya que, según el Art. 1967, «el que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario».

Consideramos que si uno de los contratantes resulta lesionado es perfectamente jurídico no admitir la acción rescisoria por causa de lesión, porque en este caso se trata de una especie de contrato aleatorio. Téngase presente, además, que en la venta de una sucesión hereditaria no ha habido completo acuerdo entre los juriconsultos acerca de la calificación que deba darse a los bienes [muebles o inmuebles] para ciertos efectos.

Ha sido muy discutido el punto relacionado con la naturaleza del acto que tiene por objeto la compraventa de inmuebles con *ánimo de especular*. Esta circunstancia es lo que caracteriza los asuntos mercantiles, y como no debe negarse que las transacciones sobre inmuebles pueden obedecer a un espíritu de especulación, han surgido diversas opiniones sobre la naturaleza de un acto de esta especie. Es cierto que el Código de Comercio no ha dicho de un modo expreso que la compraventa de inmuebles puede constituir un asunto mercantil, pero debe tenerse presente que en ninguna parte establece lo contrario; que el Art. 23 de la misma obra dice: «Los artículos 20 y 22 son declaratorios y no limitativos; y en consecuencia, los Tribunales de Comercio resolverán los casos ocurrientes por analogía de las disposiciones que ellos contienen»; y que el último inciso del Art. 21 asigna el carácter de actos de comercio a «todas las obligaciones de los comerciantes».

Sin deternos a examinar las razones que se aducen en pro y en contra del punto relacionado, nos limitamos a llamar la atención sobre la dificultad, no muy remota por cierto, dado el desarrollo de la vida comercial moderna, que podría surgir en el caso de que se pidiera la rescisión, por causa de lesión, del contrato de compraventa de un inmueble, en el supuesto de que el negocio haya reunido los requisitos de un verdadero acto comercial, si, por otra parte, existe el Art. 218 del Código de Comercio, el cual establece que no son rescindibles por causa de lesión los contratos mercantiles.

Supongamos que entra en el giro ordinario de una sociedad comercial la compra de casas para revenderlas, o la compra de solares para dividirlos en lotes y luego vender éstos con alguna utilidad. ¿Los que así obran, podrán solicitar con buen éxito la rescisión de estos contratos, por causa de lesión? Actos de esta naturaleza tienen un carácter esencialmente comercial, y los actos comerciales excluyen la idea de lesión, la cual no tiene cabida sino en las relaciones puramente civiles. Y no se diga que los inmuebles son inaparentes para entrar en la vida

mercantil: siempre que aparezca el ánimo de especular, establece el Art. 44 del Código de Comercio italiano, las transacciones sobre inmuebles se consideran mercantiles.

Escrito lo anterior hemos encontrado la siguiente Nota de Francisco Blanco Constans, traductor de César Vivante, que refuerza nuestra opinión: «El Código (español) de 1829 declaraba, además, que no eran mercantiles las compraventas de bienes raíces y cosas afectas a éstos, aun cuando fueran muebles, disposición que ha desaparecido del Código actual porque, como dice el legislador en la exposición de motivos, la importancia que han tomado en nuestro tiempo las empresas particulares o sociedades mercantiles dedicadas a la compra de terrenos con el objeto de revenderlos en pequeños lotes, o después de construir en ellos edificios destinados a habitaciones, o para el laboreo de minas, o para la construcción o explotación de los ferrocarriles y demás obras públicas, y que ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino una de sus operaciones sociales, hace que no pueda admitirse como principio absoluto la negación a toda venta de bienes raíces del carácter de mercantil, calificación que deberán hacer los tribunales en cada caso, según las circunstancias que en él concurren. Para que no sea obstáculo a la decisión judicial el texto del Código de 1829, que cerraba la puerta a toda interpretación, se ha prescindido de él en el vigente Código. Como se ve, éste es el primer paso que se da en España hacia la comerciabilidad de los bienes inmuebles, que hasta la fecha sólo ha sido declarada por el Código italiano y el novísimo de Portugal».

A esto puede agregarse la conclusión del Profesor italiano David Supino en su obra de derecho mercantil: «En substancia, no hay razón alguna para alegar contra los bienes inmuebles, para derogar este principio: todo lo que tiene valor en cambio puede ser objeto de comercio».

En cuanto a minas, consideramos muy aceptable la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Cundinamarca en sentencia del 12 de Agosto de 1893. Esta entidad ha dicho que el contrato de compraventa de minas no está sometido, en tesis general, a rescisión por causa de lesión enorme, porque este contrato es en cierto modo aleatorio [J. de los T., N° 3142]. En realidad: hay minas que no pueden recibirse ni regaladas, porque resultan caras.

La fijación del precio *justo*, en una época dada, es y seguirá siendo un problema sin solución satisfactoria; esto lo reconoce el legislador al no admitir como prueba plena ni aun el dictamen pericial (Art. 79 de la Ley 105 de 1890), y al dejar, en consecuencia, al prudente juicio del fallador la fijación definitiva de aquel precio, que será la base para la rescisión. Ni siquiera la prueba que

arroje el catastro, documento de carácter oficial, es suficiente para determinar el precio justo, «por estar expuesto a las oscilaciones de las influencias y a la consideración por los afectados del impuesto» [J. de los T. N° 815.]

No queremos cerrar esta sección de nuestro estudio sin transcribir los conceptos del eminente furisconsulto italiano Jorge Giorgé en su *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*.

«En realidad, dice el ilustre autor, si se prescinde del contrato de división, donde concurren en favor de la acción rescisoria razones especialísimas y completamente excepcionales, esta acción no halla, seguramente, su fundamento en los principios de equidad natural. No se niega que la igualdad de valores permutables sea una condición necesaria de los contratos a título oneroso; pero, ¿se infiere de ahí, en buena lógica, que se deben rescindir todos los contratos en que aparezca alterada tal igualdad? No; puesto que las cosas no valen en los contratos según el valor corriente, sino que cuestan tanto como las partes tienen por conveniente evaluar. Es decir, sólo los contratantes son jueces del valor de las cosas, y cuando ellos han convenido libremente en valorarlas de un modo determinado, nadie puede criticar su juicio sin violar la libertad de que cada cual disfruta al contratar. Supongamos que un romano tiene por conveniente el pagar tres mil dracmas por la linterna de Epicteto, y que un holandés paga veinte veces a peso de oro una cebolla de tulipán. Pues bien; a despecho de todos los precios corrientes y de todas las estimaciones o valoraciones, son precios justos aquellos que los contratantes han estimado así. Y como ni la moral, ni el orden público, quedan ofendidos o vulnerados por la diversidad de modos con que los hombres evalúan por cuenta propia las cosas venales, es preciso demostrar la falsedad de la máxima que, en materias contractuales, eleva a principio supremo de derecho la voluntad de las partes, y borrar entonces del Código los artículos en virtud de los cuales los contratos tienen fuerza de ley respecto de aquellos que los han hecho; o es preciso condenar todo criterio objetivo en la fijación de los valores y proscribir toda intervención del poder social que no sea reclamado por la moral o el orden público, y toda tutela legislativa de las personas capacitadas para contratar.

«Se objeta que la lesión es una prueba de error, de violencia o de dolo. Casi todos los vendedores, se dice, al vender por un precio muy distante del corriente, lo hacen o porque se han engañado sobre él o porque la necesidad los ha obligado a poner sus cosas en poder de un usurero que, aprovechando las circunstancias, las ha obtenido por un precio irrisorio.

«Será verdad esto, pero entonces, ¿porqué no se res-

cinde el contrato por error, violencia o dolo? ¿Qué razón puede haber para crear el remedio especial de la lesión? La lesión será una comparación o un indicio del vicio de consentimiento; pero este vicio no sólo deberá probarse con buenos argumentos, sino que deberá también (no se desmienta esto) presentarse acompañado de aquellos requisitos que, según las reglas ya expuestas, le hacen eficaz frente a la ley. Se habla, en efecto, de violencia, pero ésta debe ser injusta. Y dígasenos: si un propietario obligado por la necesidad a vender cosas de su pertenencia no llega a encontrar sino un precio vilísimo ¿qué injusticia comete el comprador que las adquiere por dicho precio? ¿No es cierto que concediendo al vendedor el derecho de exigir después la restitución de la cosa, o el suplemento del precio, se autoriza el *préstamo forzado* entre personas privadas y se legitima el falso socialismo tomando como pretexto una exagerada filantropía?

«Se habla también de error y de dolo; pero, ¿cuántas veces, volvemos a repetir, los contratos que se consideran lesivos son impuestos por insaciables deseos o arrancados por la necesidad, pero en plena buena fe y con claro conocimiento del verdadero estado de las cosas? [1]

SECCION SEGUNDA

De la rescisión por lesión enorme en los contratos de permuta.

Ante todo, debemos recordar que el contrato de permuta perteneció en el antiguo derecho de los romanos a lo que ellos llamaron *contratos innominados*, esto es, sin nombre legal; era un pacto que en un principio no daba acción para exigir su cumplimiento, y que sólo producía el efecto de dar derecho para repetir la cosa entregada, porque se consideró, eso sí, que nadie debía enriquecerse a costa de otro.

Más tarde, los proculyanos dieron cabida a la acción que llamaron *praescriptis verbis*, en virtud de la cual el permutante que había cumplido con su obligación podía pedir a la justicia que se le cumpliera lo prometido.

La escuela sabiniana pretendió, por su parte, dar a los contratos innominados las acciones que correspondían a los nominados. Para el efecto daban aquella acción que tuviera más semejanza con la naturaleza del acto innominado. Para la permuta (*do ut des*) querían las acciones que correspondían a la compraventa (*emptio venditio*).

De aquí, sin duda, el origen del precepto contenido en el Art. 1958 de nuestro Código Civil: «Las disposiciones

(1) George. — Obra citada, edición española de 1911 tomo IV, pag. 13

relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».

La permutación es indiscutiblemente el contrato más antiguo, pues sabido es que los hombres no inventaron la moneda sino después de muchos siglos de existencia, y que el cambio de unas cosas por otras, como necesidad imperiosa de la vida humana, debió verificarse aún en las épocas más bárbaras. También debió ser el más usado, pero con la acuñación de monedas perdió su primacía para dar paso a la compraventa; decayó tanto el contrato de permuta, que se puede afirmar, en tesis general, que hoy es el menos usado en las relaciones civiles internas; más no puede decirse lo mismo respecto del comercio exterior, porque ha sido y será de vital importancia para la adquisición de productos que solamente se obtienen en cambio de otros.

No pretendemos estudiar en todas sus faces el contrato de cambio, pero sí precisaremos sus caracteres generales, pues no podría prescindirse de ellos en relación con esta monografía. Si se trata de muebles, la permuta es simplemente *consensual*, pero si en lo cambiado entran inmuebles, o una sucesión hereditaria, adquiere el carácter de *solemne*. Como ambas partes contraen obligaciones, el cambio es *bilateral*. Es *oneroso* porque las partes se gravan en beneficio recíproco, y es *conmutativo* porque la cosa que da cada uno de los permutantes se considera como equivalente de la que recibe en cambio.

La permuta y la compraventa tienen analogías y diferencias que importa especificar en parte, porque de allí dependen todos los argumentos que se aduzcan con el fin de llegar a la conclusión de que en la permuta es impropcedente la acción rescisoria por causa de lesión enorme.

Ambos contratos se reputan perfectos por el solo consentimiento, menos cuando se trata de inmuebles, como ya se deja dicho; ambos son bilaterales, onerosos y conmutativos; la cláusula resolutoria en caso de no ejecución de lo estipulado es propia de ambos contratos, y la obligación de saneamiento debe entenderse también en ambos. Otras varias analogías pueden anotarse, pero prescindimos de analizarlas para llegar pronto a nuestro objeto.

En cuanto a diferencias, las dividiremos en dos clases:
1º Diferencias esenciales en cuanto al objeto:

a) La permuta carece de precio en dinero; la compraventa requiere esta circunstancia. En otros términos: en la compraventa se da una cosa por un precio, el cual debe consistir en dinero; en la permuta se da una cosa por otra.

b) Se diferencian igualmente en el carácter que representan las cosas en el contrato: en la venta, la cosa vendi-

da no puede ser precio, ni éste puede ser cosa vendida; en la permuta, cada una de las cosas tiene un doble carácter: es cosa vendida y es *precio* de la otra. Esta diferencia es esencial, porque desde el momento en que se diga que la cosa vendida es también precio, la supuesta venta ha degenerado en permuta.

2º Diferencia esencial en cuanto al sujeto:

En la compraventa hay un solo comprador y un solo vendedor; cada parte tiene su carácter propio y determinado, de modo que no puede ser comprador y vendedor a un mismo tiempo porque el contrato degeneraría en permuta; en ésta, al contrario, cada parte reúne las dos calidades, de tal modo que sin una de ellas el contrato degeneraría en venta.

El precio y la cosa, en la compraventa, no siempre están claramente deslindados; por este motivo dice el Art. 1850 del C. C. lo siguiente: «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario». Pero nada dijo el Legislador para el caso en que la cosa y el dinero sean equivalentes. Sobre esto hay opiniones contrarias; algunos creen que en este caso se debe considerar el contrato como permuta, en atención a que éste es el más antiguo entre los hombres; ha esto se ha objetado que no son las cosas más antiguas las preferentes, sino las más usadas; de allí la regla sostenida por los últimos: *Venditio dignior est quoe in dubio preferenda*. En nuestro concepto, primero se debe atender a las circunstancias del acto y a la voluntad de las partes, y sólo en último caso, o sea cuando haya una verdadera duda acerca de la especie de convención que se ha celebrado, debe acudir a la regla enunciada.

Según el Art. 1958 del Código Civil, «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato». De suerte que toda disposición de la compraventa que se oponga a la naturaleza del contrato de permuta es inaplicable a este último contrato. La dificultad estriba en saber cuáles son esas disposiciones.

Entre las analogías hemos puesto lo relativo al saneamiento, el cual aparece reglamentado en la compraventa. Nosotros no vacilamos al dar por sentada tal analogía porque la ley a considerado a cada permutante como vendedor, y nada más natural y jurídico que obligar al que vende una cosa a sanearla, ya sea en el caso de evicción o en el de vicios redhibitorios.

Se objetará que las disposiciones relativas al saneamiento aluden al precio y que, en consecuencia, no son aplicables a la permuta. El Art. 1958 citado, establece que «cada permutante será considerado como vendedor de la

cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio». Ahora bien: el Art. 1904 dice: «El saneamiento de evicción, a que es obligado el vendedor, comprende: 1º La restitución del precio, aunque la cosa al tiempo de la evicción valga menos». Si la ley ha dicho, al tratar de la permuta, que el *justo precio* de la cosa que se entrega se mirará como el *precio* que se paga por la que se recibe en cambio, es claro que si uno de los permutantes ha sido privado por sentencia judicial de la cosa que recibió tiene derecho a exigir del otro el justo precio de la cosa que entregó, atendida la época del contrato. Más adelante volveremos a tratar el asunto al estudiar el valor de las expresiones *precio* y *justo precio*.

Consideramos jurídica la solución anotada porque a-cata elementales principios de equidad: el permutante que recibió una cosa que luego es evicta obtiene una compensación con el precio que debe entregarle el otro (justo precio de la cosa recibida); los terceros poseedores de la cosa no evicta ningún perjuicio sufren con los pleitos que ocurren entre los permutantes por consecuencia de la evicción decretada. Obligar al permutante que ha de sanear la evicción a restituir la cosa recibida y no el *justo precio* de ésta es dar a las citadas disposiciones un alcance que no está contenido en su letra ni en su espíritu: lo primero, porque claramente ordenan que debe restituirse el precio; y lo segundo, porque absurdamente se impondría al saneante la obligación de entregar una cosa que quizá ya no exista por cualquier motivo, o que ha pasado a manos de tercer poseedor.

Muchos argumentos podrían aducirse para sostener que la obligación de saneamiento es perfectamente compatible con el contrato de permuta; mas no sucede lo mismo respecto de la acción rescisoria por lesión enorme; al contrario, todos los argumentos militan en contra.

En la primera parte de esta monografía hablamos de la marcada tendencia que existe en las legislaciones modernas por hacer desaparecer la acción rescisoria por causa de lesión enorme en la compraventa. Tratándose de dicha acción en la permuta existe algo más que tendencia a su desaparición: expresamente ha sido prohibido su ejercicio en algunas legislaciones; en otras, como la nuestra, la prohibición se deduce de múltiples causas, de las cuales procuraremos hablar.

Con el fin de plantear la cuestión, copiamos los siguientes párrafos, tomados del comentador Vera, citado por el Dr. Fernando Vélez en su importante obra sobre el Derecho Civil Colombiano:

«Lo que separa la venta de la permuta, dice el Sr. Vera refiriéndose al Art. 1900, igual al 1958, es sólo el precio y por eso es que las reglas de aquel contrato son apli-

cables a este otro. La gran dificultad es saber cuándo las bases de la compraventa se toman para la permuta, siendo que ambos contratantes son compradores y vendedores a la vez. Así, pues, ¿hay lesión enorme en los mismos casos de la compraventa? La evicción y saneamiento de vicios redhibitorios ¿se aplican a la permuta? ¿Se satisfacen todos los perjuicios de la falta de cumplimiento por alguna de las partes? ¿Produce la permuta las mismas obligaciones de la venta?

«Desde luego las reglas de la compraventa referentes al precio no tienen aplicación en la permuta. En este contrato los trasmitentes son dos y el precio de cada cosa que se permuta, puede decirse que es el valor de la contraria, a pesar de que no siempre son iguales estos valores y por eso cuando se nivelan, por medio del dinero, pudiera dudarse si el contrato formalizado es de venta o de permuta.»

Refiriéndose a estos dos apartes del Sr. Vera, dice el Dr. Vélez:

«El Sr. Vera no contesta las preguntas que hace en su primer párrafo precedente.

«De acuerdo con el Art. 1706 del Código francés, 'la rescisión por causa de lesión no tiene lugar en el contrato de cambio.' Nuestro Código no tiene una disposición expresa como ésta.

«La reproducción general de disposiciones legales que hace el Art. 1958, no deja de presentar inconvenientes. Esas disposiciones, según dicho artículo, no se aplican a la permuta en lo que se opongan a la naturaleza de ésta. Luego disposición relativa a la compraventa que desnaturalice el cambio, porque le varíe sus propiedades o condiciones o lo desfigure, no le es aplicable. De esto se deduce que disposición que requiera precio, es incompatible con la permuta, porque es de la esencia de ésta que no lo haya.

«Entonces a cada permutante ¿por qué se le considera como vendedor de la cosa que da y es justo precio de ésta el de la fecha del contrato? Quizá sólo para algunos efectos, como el de saneamiento que es obligación de cada contratante [Arts. 1893 etc.], y para el pago de los derechos fiscales (Arts. 1862, 2625 a 2628 y 2672). Según Escriche, algunos dividen la permuta en simple y estimatoria: *simple* cuando no se determina precio de ninguna de las dos cosas, y *estimatoria* cuando se hace valuación de ellas. En la primera no puede haber lesión; en la segunda sí. . . . La clasificación de que habla Escriche no tiene razón de ser de acuerdo con nuestro Código, y tal vez la rescisión por lesión es incompatible con la naturaleza de la permutación, porque en ésta no hay precio que se dé y que se reciba, que es la base de la lesión según el Art. 1947»

No pretendemos contestar las graves cuestiones formuladas por el Dr. Vera, ni desvanecer la seria duda que deja en los párrafos transcritos. Pero sí expondremos

nuestros conceptos sobre el asunto con el fin de aportar nuestro pequeño concurso tendiente a la solución del delicado problema.

Tratando de historiar lo relativo a la acción rescisoria por lesión enorme en el contrato de permuta hemos recogido los siguientes datos:

En el Derecho romano no debió existir, por dos razones: 1ª Porque se trataba de un contrato innominado desprovisto, por consiguiente, de aquella acción. 2ª Porque la acción rescisoria por lesión enorme sólo se concedió entre los romanos en favor exclusivo del *vendedor*; y es palpable la dificultad que se les presentaba en la permuta para saber cuál era el carácter de cada uno de los contratantes: si se consideraban ambos como vendedores no habría lugar a la acción porque ésta debía ser dirigida contra un comprador; si se consideraban como compradores, ninguno de los dos tendría la acción; por último, si cada permutante se presentaba con el doble carácter de comprador y vendedor sería tanto como tener un derecho y no tenerlo, lo que llevaría al absurdo. Cualquier hipótesis iría, pues, contra la *elegantia juris*, elemento que tan atinadamente sabían salvar los romanos.

El Legislador español, no contento con la apropiación del trabajo de los jurisconsultos romanos, se salió de sus moldes para extender el recurso de rescisión al comprador y a todo contrato bilateral. En efecto, la Ley II, Título I, Libro X de la Novísima Recopilación dice, después de establecer la rescisión por causa de lesión en los contratos de compraventa: «Y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejables»

El precepto anotado, cuya consagración venía haciéndose en las antiguas leyes españolas, no sobrevivió a la expedición del moderno Código Civil de 1889. Pero lo curioso del caso es que desde mucho antes de 1845 ya se desconocía en España el derecho de reclamar por lesión enorme en los contratos de permuta. En efecto, véase lo que dice el jurisconsulto español D. Eugenio de Tapia en su obra *Febrero*, editada en 1845: «Conviene este contrato (el de permuta) con el de venta en que los contratantes están obligados a la evicción y saneamiento de las cosas trocadas, y generalmente a todo lo que se especificó tratando de la compra y venta; pero se diferencian en que el trueque verificado con cosa ajena es nulo, y la venta es válida, según se dijo en el título de compra y venta. Por lo que hace a la reclamación por lesión enorme, no tiene lugar en la permuta sino en el caso de tasarse o apreciarse las cosas permutadas para cambiar su valor por otro; porque entonces es una especie de compra y venta.» (Tomo IV, pag. 280).

Téngase presente que lo anotado por el Sr. Tapia no

es una mera opinión aislada sino el trasunto fiel de la jurisprudencia española de aquella época, pues su obra tuvo por objeto recopilar, en forma práctica, las leyes existentes que estaban diseminadas.

El redactor del Código Civil chileno conoció muy a fondo las legislaciones de Francia y España porque este conocimiento le era indispensable para elaborar su obra y, en realidad, ellas fueron las fuentes del Código expedido por aquella nación en el año de 1855. Ahora bien: como hacía bastante tiempo que en España había sido abolida la acción rescisoria por lesión enorme en la permuta, debido, quizá, a las muchas dificultades que semejante derecho traía en la práctica, todo lo cual se deduce de lo expuesto por el Sr. Tapia en su obra publicada diez años antes, la cual circuló profusamente en América; y como en Francia estaba expresamente negado este derecho en el Código Napoleón; de allí, probablemente, el empeño del redactor del proyecto chileno en introducir una innovación en los principios establecidos por las dos legislaciones que le servían de modelo, y quizo que expresamente se hiciera constar esa novedad por medio de la siguiente disposición: «Las reglas relativas a la lesión enorme en la venta se aplican igualmente a la permutación» Con esto trató de volver a las antiguas leyes españolas, pero al discutirse el proyecto fue negado el artículo así redactado y, efectivamente, brilla por su ausencia en los Códigos chileno y colombiano.

En vista, sin embargo, de las muchas analogías que existen entre el contrato de venta y el de permuta resolvieron los legisladores chilenos establecer la regla restrictiva que hoy vemos en el Art. 1958 de nuestro Código: «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato, etc.» ¿Quedó incluido aquí el principio que no quisieron adoptar expresamente con la fórmula del señor Bello?

Con el fin de indagar en la jurisprudencia nacional la interpretación que se ha dado al art. 1958 hemos acudido a esa fuente, pero, por desgracia, poco hemos encontrado sobre el particular. A la Corte Suprema se llevó un caso de rescisión por lesión enorme de un contrato de permuta, procedente del juzgado 2º del Circuito de Palmira y sentenciado en segunda instancia por el Tribunal de Popayán. Se trataba de un ruidoso pleito, originado del cambio de una finca por veinticinco mulas, un caballo y \$ 25.000 papel moneda. El juez de primera instancia absolvió al demandado [al que dio las mulas] por consideraciones de orden distinto al que buscamos, pues basó el fallo en la falta de pruebas. El Tribunal de Popayán, por su parte, consideró como venta el contrato cuya rescisión se pedía, y terminó su sentencia así: «Se declara rescindido el contra-

to de compraventa, etc.» La Corte infirmó luego la sentencia en vista de que el Tribunal había incurrido en un error de derecho, consistente en haber considerado como venta lo que legalmente era permuta. Al efecto dijo la Corte: «Es éste un error de derecho en la apreciación de la prueba instrumental que sirvió de fundamento a la sentencia, error que ha sido alegado por el recurrente (el Dr. Bonifacio Vélez] como causal de casación y que esta sala encuentra acreditado.»

No entró la Corte a resolver la cuestión de si ese contrato de permuta era o no rescindible por lesión enorme, pero sí lanzó este concepto que parece dar a entender que acepta como legal el derecho aludido: «Avaluado el precio [sic] de la finca por peritos, y dado que el contrato de que se habla es, como queda demostrado, una permuta, era de rigor también estimar por medio de peritos las mulas y el caballo aparejados.» En efecto, los semovientes no fueron avaluados; esta circunstancia nos privó de que la Corte hubiera entrado a resolver los muchos problemas que naturalmente se le presentaban en el debate, como, por ejemplo, determinar cuál es el papel del demandado en la *litis*, pues sabido es que cada permutante es comprador y vendedor a un mismo tiempo, y que las prestaciones mutuas, en caso de rescisión por lesión, varían notablemente según el papel que desempeñen los contratantes. Consecuencialmente se presenta la cuestión de resolver cuál es el carácter que corresponde asumir al actor.

Otro asunto no menos interesante que habría tenido que resolver la Corte, sería el siguiente: sabido es que la compraventa de muebles no está sujeta a la acción rescisoria por lesión enorme; ¿el permutante que entregó los semovientes no es un verdadero vendedor de muebles y el otro su comprador? Es innegable que la finca entregada, si bien es cierto que tiene el carácter de cosa vendida, no es menos cierto que tiene el carácter de precio de los semovientes recibidos. Lo mismo ocurre con los contratantes: son compradores y vendedores a la vez. Esta dualidad de calidades en la cosa y en el sujeto son inseparables, o mejor dicho, son de la naturaleza íntima de la permutación. El cambio es un contrato primitivo e imperfecto que no se presta para aplicarle todas las reglas establecidas en favor de la compraventa.

Claro está que la Corte no se vio precisada a estudiar las cuestiones anteriores, y que sólo dio un concepto más o menos vago sobre el asunto.

El Tribunal de Manizales, apoyándose en el aludido concepto de la Corte, declaró rescindido por lesión enorme un contrato de permuta.

Es de mucha importancia el fallo del Tribunal de Cundinamarca, publicado en el *Registro Oficial*, N° 292, de 1895, porque hasta hoy, que sepamos, es el único Tribu-

nal que ha tratado a fondo la cuestión que nos ocupa.

Desde luégo hacemos constar nuestro respeto por las opiniones emitidas en aquella época por los honorables juriscónsultos que dictaron la sentencia; mas la discusión franca nos obliga a expresar nuestros conceptos, como los entendemos.

El caso que se presentó al Tribunal fue una demanda para que se declarara rescindido por lesión enorme un contrato de permuta de dos casas situadas en Bogotá. El Tribunal no tuvo ocasión de declarar rescindido el contrato porque avaluadas las dos casas resultó que no era mucha la diferencia de precios. Esta circunstancia nos privó, como en el caso de la Corte, de que el Tribunal nos hubiera resuelto el modo equitativo y legal de conciliar los intereses encontrados de las partes, al fallar sobre las prestaciones mutuas. Pero sí trató la cuestión en los siguientes términos: «Desde luégo hay que resolver, ante todo, por ser de vital importancia, la cuestión que ha surgido en este debate, relativa a saber si en el contrato de permuta tienen cabida las disposiciones legales del contrato de compraventa que reglamentan la materia titulada 'de la rescisión de la venta por lesión enorme'»

Más adelante dice el Tribunal aludido, refiriéndose a la permuta: «Esta se diferencia de la compraventa 'en que el precio no se fija en dinero, en que cada cosa es a un mismo tiempo cosa vendida y precio de la otra, y en que cada uno de los contrayentes tiene las dos calidades de comprador y vendedor'. Pero estas diferencias no son tan radicales que rechacen en absoluto la aplicación de las disposiciones legales de que se ha hablado al contrato de permuta, porque en éste también se tiene en cuenta si no el precio mismo sí el valor, cosas que no son entre sí distintas, pues la única diferencia estriba en que el primero tiene su expresión visible en la moneda.»

Parece que el Tribunal no meditó suficientemente cuando dijo que las diferencias que separan el contrato de permuta del de venta «no son tan radicales» para deducir de allí que la acción rescisoria por lesión enorme es aplicable a la permuta. Sabido es que las diferencias anotadas por el Tribunal son *esenciales*; y no es tratando de desvirtuar la esencia de la permuta como se llega a dicha conclusión, sino dando por sentado que las disposiciones relativas a la lesión no pugnan con la naturaleza jurídica del referido contrato. La sinonimia entre *precio* y *valor* anotada por el Tribunal, aunque cierta relativamente, no es suficiente por sí sola para afirmar lo que afirma. Soluciona, sí, una dificultad relativa al precio, pero nada indica que pueda contrarrestar la presencia de las otras condiciones esenciales de la permutación.

«De manera, continúa el Tribunal, que puede decirse sin incorrección que todo precio es un valor, pero no que el

valor es precio». Este concepto es verdadero, como veremos más adelante, pero de él no se deducen las conclusiones a que llegó el Tribunal: «No es, por tanto, el precio lo que distingue esencialmente estos dos contratos, pues así en el uno como en el otro hay que tener en cuenta la estimación de las cosas para realizarlas (*sic.*)» A nadie se le ocurrirá hoy sostener que el precio no distingue esencialmente la venta de la permuta.

¿Cuál es, entonces, esa diferencia esencial de precio que todos los tratadistas de derecho señalan y que el Tribunal de Cundinamarca rechaza?

Principiaremos por estudiar los significados de la palabra *precio* en nuestra legislación. Desde luego anotamos que tiene dos significados: uno lato y otro estricto. En un sentido lato significa *todo* lo que se da en cambio de una cosa o de un servicio: en la permuta, por ejemplo, el precio consiste en cosa; en el arrendamiento puede consistir en cosa o en dinero; y en la misma compraventa el precio puede consistir parte en cosa y parte en dinero. La palabra *precio* no incluye, necesariamente, la idea de dinero.

Heineccio nos habla de este sentido lato al tratar de la compraventa: «El tercer requisito esencial de este contrato es el *precio*; sin el cual ni se compra ni se vende. *Mas aunque en cierto sentido se llama precio todo lo que se da por alguna cosa*, sin embargo, tomado propiamente este vocablo, significa sólo el dinero contado que se paga en la compra por la cosa.....Y de aquí se infiere la diferencia entre la compra y la permuta, pues si por la cosa se da dinero contante, será compra; si una cosa por otra, será permuta. Sobre lo que también discordaban, según costumbre, los sabinianos y proculyanos: aquéllos juzgaban que también se hacía la compra con otras cosas más que con el dinero; éstos opinaban que necesariamente había de consistir el precio en dinero.»

Las palabras de Heineccio nos ahorran el trabajo de expresar el sentido estricto de la palabra *precio*, pues claramente aparece diferenciado en ellas del sentido lato. La definición contenida en el Art. 1849 de nuestro Código Civil corresponde a ese sentido estricto: «La *compraventa* es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice *vender* y ésta *comprar*. El dinero que el comprador da por la cosa se llama *precio*.»

Ahora bien: no es indispensable tomar siempre la palabra *precio*, en las disposiciones de la venta, como correspondiente a *dinero*, porque en la mayor parte de ellas equivale o está empleada en el sentido de *valor*. Nos enseñan los tratadistas de Economía Política que cuando el *valor* de una cosa se expresa o representa en numerario toma el nombre particular de *precio*. De suerte que todo precio es un valor, pero no todo valor es un precio. Todas las

cosas tienen dos valores sobresalientes: *valor de uso* y *valor de cambio*. No llamamos la atención sobre otro valor, el *valor de afección*, porque éste generalmente se confunde con el valor de uso.

El valor de cambio es aquella propiedad que tienen las cosas de ser permutables en un momento dado, atendida la circunstancia de lugar, por determinada cantidad de dinero o de cosas. En cierta feria, por ejemplo, *vale* o es cambiante un caballo por tanto dinero o por tanto número de carneros; en este sentido, el valor no es otra cosa que el *justo precio*. Pero como las necesidades del adquirente varían según sus caprichos, aptitudes, etc., y como no es muy fácil saber cuál es el valor de cambio, o sea el *justo precio* de las cosas, sucede, y esto es lo más frecuente, que se paga por ellas mayor o menor cantidad de dinero del que en realidad valen: este es el *valor de uso* o simplemente el *precio*.

«Justo precio» y «valor de cambio», «precio» y «valor de uso» son, pues, expresiones sinónimas, y tanto en la compraventa como en la permuta se halla esta sinonimia. En efecto, véase la parte final del Art. 1958: «Cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio (valor de cambio) de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio (valor de uso) que paga por lo que recibe en cambio.» Tómese un artículo cualquiera de la compraventa y tendremos: «Art. 1947. El vendedor sufre *lesión enorme* cuando el precio (valor de uso) que recibe es inferior a la mitad del justo precio (valor de cambio) de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre *lesión enorme*, cuando el justo precio (valor de cambio) de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio (valor de uso) que paga por ella.»

Probablemente esta sinonimia fue lo que indujo al Tribunal de Cundinamarca a sostener lo que hasta hoy nadie se había atrevido a afirmar: «No es, portanto, el precio lo que distingue esencialmente estos dos contratos.» No se observó que la palabra *precio* tiene varios significados y que cuando éste se toma en un sentido estricto, es decir, cuando necesariamente ha de consistir en dinero, no puede dejar de constituir una diferencia esencial entre la compraventa y la permuta.

De lo dicho se deduce que las disposiciones de la compraventa que hablan de precio, tomada esta palabra en su sentido estricto, o sea cuando la presencia de dinero es indispensable, son incompatibles con la naturaleza jurídica del contrato de permuta. Así, por ejemplo, repugna a este contrato lo relativo a la venta en pública subasta, porque el precio en esta operación *necesariamente* debe consistir en dinero. Pero cuando la palabra *precio* esté tomada en un sentido más amplio, esto es, cuando no implica necesariamente la presencia de dinero, es aplicable a

la permuta la disposición que la contenga si, por otra parte, nada se opone a las otras condiciones esenciales de este contrato.

En un sentido amplio, como ya se dijo, *precio* y *justo precio* equivalen en las disposiciones de la compraventa a las frases *valor de uso* y *valor de cambio*. Estos dos elementos se hallan tanto en la venta como en la permuta, y de allí que el precio, tomado en este sentido, no sea obstáculo para que ciertas disposiciones de la venta sean aplicables a la permuta.

Es necesario, en consecuencia, estudiar en cada caso especial el sentido en que pueda tomarse la palabra *precio* para resolver, en parte, la cuestión de si una regla de la compraventa es o no aplicable al contrato de permuta. Resumiremos lo expuesto en dos apartes:

1º Cuando esta palabra sólo pueda tomarse en el sentido estricto de que hemos hablado, la disposición es absolutamente inaplicable; por eso tiene sólido fundamento jurídico el Art. 11 de la Ley 71 de 1916, cuando dice: «La enajenación de bienes raíces de los Municipios que no pueda someterse a la formalidad de la subasta pública, porque la naturaleza del contrato que va a celebrarse lo impida, como en el caso de permuta, podrá celebrarse sin esta formalidad, pero previo avalúo judicial de los bienes»

2º Cuando la palabra *precio* pueda tomarse en un sentido lato, la disposición es aplicable a la permuta si, por otra parte, no se opone a las demás condiciones esenciales de la permutación: El Art. 1930 del C. C., por ejemplo, trae dicha palabra de modo que no repugna tomarla como sinónima de *cosa*, al aplicarla a la permuta: «Si el comprador estuviere en mora de pagar el precio (la cosa ofrecida en cambio) en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta (de la permuta en su caso)»

El precio, en tesis general, no siempre se opone, pues, a la naturaleza jurídica del contrato de permuta y, en consecuencia, tanto el saneamiento como la acción rescisoria por *lesión enorme* tendrían cabida en este contrato si únicamente el precio se presentara como dificultad, porque las disposiciones que regulan estos dos derechos no implican necesariamente la presencia de dinero, como ya dejamos demostrado.

Veamos ahora si las otras cosas esenciales del contrato de permuta, no analizadas por el Tribunal de Cundinamarca, se oponen a la acción rescisoria por *lesión enorme*.

Es evidente que no sólo el precio separa la compraventa de la permuta; también se diferencian en otras cosas esenciales, como dejamos anotado atrás. Así, es de la esencia de la permutación el que cada uno de los contratantes reúna el doble carácter de comprador y vendedor, sin lo cual no existe el contrato, o degenera en otro cualquiera.

En la compraventa, al contrario, no se concibe sino una sola parte compradora y otra vendedora, cada cual con sus derechos y obligaciones claramente determinados en la ley. No sucede esto último en la permuta: cada permutante tiene los derechos y las obligaciones correspondientes al doble carácter de comprador y vendedor; esto es natural, porque la permuta no parece ser otra cosa que una doble compraventa; pero es claro que no puede un permutante ejercer derechos de comprador y vendedor a un mismo tiempo; es preciso asumir una de estas dos calidades siempre que se trate de ejercer un derecho relacionado con el contrato, pues repugna al buen sentido que un individuo pueda desempeñar papeles tan opuestos a un mismo tiempo.

¿Cómo se concreta, entonces, el carácter que puede o debe asumir un permutante cuando trata de ejercer un derecho relacionado con el contrato? Las pocas disposiciones que regulan la permutación en nuestro derecho no contestan la pregunta de un modo explícito. Es necesario acudir a las reglas de la compraventa con el fin de ver si es posible deslindar los papeles en el caso concreto que se presente. Si uno de los permutantes, por ejemplo, es privado por sentencia judicial de la cosa que recibió, puede, en nuestro concepto, asumir contra el otro el carácter de *comprador* y demandarlo para que salga al saneamiento de la cosa evicta; el demandado debe ser considerado como *vendedor* de la cosa que entregó viciada. Los papeles asumidos por las partes en la *litis* son tan naturales y jurídicos que no puede hacerse el menor reparo. Las reglas del saneamiento parecen no oponerse, pues, a la naturaleza del contrato de permuta, ni en cuanto al precio, como ya lo vimos, ni en cuanto al doble carácter de comprador y vendedor que reúne cada contratante.

No puede decirse lo mismo respecto de las reglas de la acción rescisoria por lesión enorme. Este derecho se estableció por la legislación romana en favor exclusivo del vendedor, como ya se dijo en la primera parte de este estudio. El fundamento que tuvieron los romanos para excluir al comprador es bien conocido: el vendedor, decían, se ve forzado a vender por la necesidad; el comprador, al contrario, obra movido por la envidia. El derecho francés no se apartó de estas concepciones de los romanos, y estableció el derecho de invocar la lesión en favor exclusivo del vendedor. Mourlon sostiene esa teoría en los siguientes términos: «Si se deroga el principio general (el que niega la acción rescisoria por causa de lesión en toda clase de contratos; Art. 1118 del C. C. Francés) en favor del vendedor de un inmueble, es porque la ley, concedora de que la fortuna inmueble es la más estimada, aquella de que uno se desprende con más dolor, presume que el propietario que vende a un vil precio ha sido determinado por una ne-

cesidad imperiosa de dinero, dominado por un estado de angustia y constreñido a aceptar la módica suma que se le ofrezca». En cuanto al comprador, dice que como éste nunca tiene imperiosa necesidad de adquirir un inmueble, no hay motivo alguno para invocar la lesión en su favor.

Si se traslada este concepto, muy aceptable por cierto, al caso de una permuta de inmuebles, se ve de modo claro que los permutantes no obran por la necesidad imperiosa de obtener dinero, sino halagados por el deseo de adquirir otro inmueble; y ya se ve, según el mismo concepto, que nadie está en la necesidad imperiosa de adquirir bienes raíces. Con razón dijo algún jurisconsulto que la permuta es un contrato que se hace más *ad corpus que ad mensuram*, para indicar que los permutantes atienden generalmente más a la cosa que a su valor.

De acuerdo con los anteriores conceptos es muy lógica la legislación francesa cuando estatuye que no habrá lugar a la acción rescisoria en el contrato de permuta, pues si cada permutante es comprador y vendedor a la vez, lógico es concluir que como vendedor tiene el derecho y que como comprador no lo tiene, lo que equivale a una manifiesta contradicción que debe resolverse en favor del sostenimiento del contrato, según lo estipulado, con lo cual se rinde culto al principio universal que indica que en materias contractuales la ley soberana es la voluntad de las partes.

La legislación colombiana se aparta del principio romano porque establece la acción rescisoria de que venimos hablando en favor de ambos contratantes (Art. 1947 del C. C.) pero es de advertir que si tiene en cuenta las consideraciones romanas en favor del vendedor, puesto que el comprador necesita un perjuicio doble del que, en igualdad de circunstancias, ampara al vendedor. En efecto, si el justo precio de la cosa vendida es \$ 30.000, al vendedor le basta para invocar la lesión un perjuicio de poco más de \$ 15.000, en tanto que el comprador sólo podría hacer uso del mencionado derecho cuando ha sufrido un perjuicio de más de \$ 30.000.

En beneficio de la claridad hemos vuelto sobre la anterior consideración, a pesar de que ya estaba anotada en la primera parte de este estudio; sólo nos proponemos hacer resaltar la tesis de que no existen en la permuta las mismas razones que originan en la compraventa el derecho de invocar la lesión. Si el Legislador colombiano ha tenido en cuenta al vendedor para favorecerlo más ampliamente, ¿pudo hacer lo mismo en el contrato de permuta, dada la circunstancia de que cada contratante es no sólo vendedor sino comprador? Sin vacilar contestamos que la naturaleza del contrato de permuta se opone a ello. Hay imposibilidad jurídica para saber cuál es el carácter exclusivo de cada permutante.

Si la envidia es lo que ha movido a los permutantes a contratar, ¿podrán invocar las consideraciones que la ley ha consagrado para el vendedor? Si la causa determinante ha sido la necesidad, ¿no son acreedores ambos a las mismas consideraciones? Por otra parte, si como dice Mourlon, el comprador nunca está en la necesidad imperiosa de adquirir un inmueble, ¿qué diremos del permutante desde que lo suponemos *comprador* de la finca que recibe en cambio?

La confusión sube de punto cuando se considera la moderna teoría alemana, cuyo fundamento es la legislación de ese sabio país: la acción rescisoria por causa de lesión sólo puede ejercerla el comprador. Los comentadores explican este fenómeno jurídico diciendo que dicha acción no debe establecerse en favor del vendedor porque éste sabe o conoce mejor que el otro contratante el verdadero precio de la cosa que vende, y que este es motivo suficiente para que la lesión que aparezca deba considerarse como una mera liberalidad que no está sujeta a repetición.

Dada esta teoría, la cual no deja de ser muy razonable; ¿podrá sostenerse que la permuta es rescindible por causa de lesión, siendo así que cada uno de los contratantes tiene el carácter de vendedor?

Pero prescindamos de aplicar al caso teorías extranjeras y veamos si la ley colombiana tiene preferencia por alguno de los contratantes cuando de lesión se trata. En otro lugar hemos anotado que en la compraventa el Legislador se decide resueltamente en favor del vendedor, dejando, por otra parte, en condiciones muy desfavorables al comprador; sólo en casos remotos se halla éste con derecho a invocar la lesión. Prueba de ello es que si se revisa la jurisprudencia nacional se verá que los casos de lesión invocados por el vendedor son relativamente frecuentes, en tanto que son rarísimos los casos en que el comprador ha sido el lesionado. De allí que en la práctica sea poco menos que nugatorio el derecho que la ley concede al comprador.

Visto lo que ocurre en la ley colombiana, y en el supuesto de que el permutante pueda pedir la rescisión, cabe preguntar: ¿pudo el Legislador colombiano atribuir un carácter determinado (comprador o vendedor) al permutante que intenta ejercer la acción rescisoria por causa de lesión? ¿Pudo, lógicamente, dejar al demandante y al demandado en condición de *vendedores*, según los términos en que está concebida la parte final del Art. 1958? Todo tiende a demostrar que el Legislador no quiso dar el remedio contra la lesión enorme en el contrato de cambio.

Sobre vicio del contrato en su esencia, motivado por la desigualdad de valores, véase la teoría de Laurent, anotada en la primera parte de nuestro estudio.

En la sentencia, el Juez debe dar a cada parte su derecho; debe resolver sobre las prestaciones mutuas y, en fin,

debe establecer claramente la obligación facultativa que corresponde al demandado en el juicio rescisorio por causa de lesión. La Corte ha resuelto que es casable la sentencia que priva al demandado, por omisión, de la obligación facultativa que le reconoce el Art. 1948 del C. C. La naturaleza jurídica de la permutación no se presta para fallar con equidad, cuando se trata de rescindir este contrato por causa de lesión, porque hay imposibilidad de saber, a ciencia cierta, cómo ha de considerarse al demandado (comprador o vendedor) para el efecto de condenarlo. Y no se diga que al demandante o al demandado le es indiferente asumir en la litis cualquier papel: sabido es que en caso de condena, ésta varía notablemente, según el caso.

Si la ley establece que cada permutante sea considerado como *vendedor* (Art. 1958), ¿cuándo y cómo podrán tener aplicación los artículos 1948, 1951 y 1953 en lo que hacen relación al comprador? Semejante estado de cosas en la litis es una verdadera anomalía sin solución.

En el caso de saneamiento no ocurren estas dificultades, pues si la cosa recibida ha sido evicta, el carácter de *permutante comprador* aparece en el que ha sido privado de ella, tan pronto como la evicción ha tenido lugar; sólo en esta calidad puede demandar de la otra parte la obligación del saneamiento; aparece entonces en el demandado el carácter de *permutante vendedor*; nada más natural y acomodado a la justicia que éste salga a responder de los vicios que en sí llevaba la cosa que entregó. Y no ofrece dificultades esta solución porque el saneamiento está consagrado en favor exclusivo del comprador.

En el caso de lesión, el permutante que trata de hacer efectiva la acción rescisoria debe asumir el carácter de comprador o de vendedor porque, no estando consagrada dicha acción en favor exclusivo de una de estas dos calidades, es preciso que asuma un determinado papel en la demanda, toda vez que las prestaciones mutuas son distintas, como ya dejamos anotado. ¿Puede el demandante elegir el papel que más le convenga? ¿Esta elección corresponde al demandado? ¿Podrá el Juez fijarla? Ni la ley, ni la lógica responden a esta preguntas. En efecto, ¿demanda el permutante porque ha *vendido* una finca que vale \$ 20.000 por un *precio* (valor de cambio de la cosa que recibe) de \$ 9.000; o demanda porque ha *comprado* por un *precio* (valor de cambio de la cosa que entrega) de \$ 20.000 una finca que sólo vale \$ 9.000? Es imposible saberlo; la naturaleza del contrato de permuta se opone a ello; todo esto proviene de que la permutación es un contrato primitivo e imperfecto en relación con la compraventa, como antes dijimos, y es un absurdo querer aplicar todas las reglas de un contrato perfecto a otro que no lo es.

Lo dicho bastaría para hacer ver que no es aceptable la opinión, lanzada por el Tribunal de Cundinamarca, de que

existen en la permuta las mismas razones que hacen rescindible la compraventa por causa de lesión. Si la ley quiere que el vendedor sea más favorecido cuando sufre una lesión, preciso es confesar que en la permuta es no sólo vendedor sino comprador de la cosa que recibe en cambio, y que, en consecuencia, no es acreedor a las mismas consideraciones que la ley reconoce al perfecto vendedor de la compraventa.

No hemos hablado de la tercera condición esencial del contrato de permuta, o sea del doble carácter que en sí representa cada una de las cosas permutadas, porque esta cuestión está íntimamente relacionada con la anterior. Es evidente que si se lograra deslindar el carácter de los permutantes, las cosas necesariamente seguirían su condición; pero como se hace imposible conocer ésta, las cosas adolecen del mismo defecto. En el caso de lesión, por ejemplo, la cosa entregada por el demandante, ¿se estimará como *cosa vendida* o como *precio* de la que recibió en cambio? Esto sólo podría saberse en el caso de que se supiera cuál es el carácter del actor.

El Art. 32 de la Ley 57 de 1887 trajo una dificultad más a la acción rescisoria por causa de lesión enorme en la permuta. En efecto, dicho artículo establece que no habrá lugar a esta acción en las ventas de bienes muebles. Ahora bien: se permuta una finca por cierto número de arrobas de café y resulta que uno de los permutantes aparece gravemente lesionado. ¿Puede éste demandar al otro permutante para que se decrete la rescisión del contrato? Creemos que ni la ley ni la lógica jurídica justifican semejante acción. En el contrato propuesto, como en todos los de permuta, las personas y las cosas concurren a formar un todo que no es posible separar sin destruir el vínculo jurídico: si bien es cierto que hubo *venta* de un inmueble y *compra* del mismo, no es menos cierto que hubo *venta* de bienes muebles y *compra* de ellos. El demandado puede alegar, en consecuencia, que el demandante no tiene derecho a invocar la lesión, toda vez que le ha *comprado* o le ha *vendido* muebles. Por otra parte, no es compatible la acción rescisoria por causa de lesión, en el caso propuesto, con la seriedad del comercio. Es claro que quien recibe o entrega una cantidad de arrobas de café, u otro bien mueble cualquiera, está sujeto a la contingencias del momento. El valor de los muebles es caprichoso y varía con suma rapidez. Ya hemos hablado en otro lugar del caso que se presentó en la Corte Suprema con motivo de la permuta de una finca por veinticinco mulas.

Según el Art. 1950 del Código Civil, «si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación; y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se ten-

drá esta cláusula por no escrita». Se observa que al comprador no le está prohibido donar el exceso, y como en la permuta cada objeto es *precio* y *cosa* y cada permutante es *comprador* y *vendedor*, tenemos que las partes, como vendedoras, no pueden estipular la supresión de la acción rescisoria, y como compradoras pueden donar el exceso. Todas estas contradicciones tienden a demostrar que las reglas de la lesión no están hechas para la permuta, pues ninguna seriedad científica presenta una ley que prohíba una cosa y luégo dé, ella misma, los medios para burlarla. En el presente caso se ha llegado, por medio de una simple expresión, a un resultado que la ley quiso evitar.

No deja de tener igual importancia esta otra regla de la lesión: «Art. 1951. Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato. Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa». Como en la permuta hay dos cosas vendidas es muy interesante saber si perdida o enajenada una de ellas hay lugar a la acción rescisoria por causa de lesión respecto de lo que queda. Esta regla también da lugar a soluciones contradictorias cuando se trata de aplicarla a la permuta. En efecto, si uno de los permutantes conserva la cosa recibida y el otro enajena o pierde la que recibió a su vez, puede decirse que este último, si se considera como vendedor, *gastó* o *perdió* el *precio*; y que el primero, en su carácter de comprador, conserva la cosa en beneficio de ambos contratantes para el caso de que haya ocurrido una lesión. Pero si el que enajena o pierde la cosa se considera como comprador es claro que el otro, por más que conserve la que recibió en cambio, no hace otra cosa que conservar un *precio*. Por otra parte no debe perderse de vista que el objeto principal de la rescisión es volver las cosas al estado que antes del contrato tenían, y si en la compraventa es posible esto porque el dinero no es identificable, no ocurre lo mismo en la permuta: no se puede obligar a un individuo a que devuelva una cosa perdida o que se halle legítimamente en manos de terceros poseedores.

Todo lo dicho tiende a demostrar que las disposiciones relativas a la lesión enorme se oponen a la naturaleza del contrato de permuta y que, en consecuencia, no le son aplicables. Por lo menos queda una gran duda que debe resolverse en favor del sostenimiento del contrato, ley ineludible de las partes.



Centro Jurídico

Informe presentado por el Presidente del Centro Jurídico de la Escuela de Derecho al terminar el período comprendido desde Octubre del año próximo pasado hasta Abril del año en curso

Señores Miembros:

El espíritu democrático que desciende de las sociedades civiles y políticas para animar las asociaciones de carácter secundario, las asociaciones que abarcan solamente un aspecto de la personalidad humana—el intelectual, por ejemplo, como nuestro Centro Jurídico—os movió en un momento de suma benevolencia a depositar en mi vuestra confianza nombrándome Presidente para el período que hoy toca a su fin.

Acepté entonces con más acatamiento que satisfacción el alto cargo que me discerníais, convencido de la carencia de méritos que me acreditaran para desempeñarlo, seguro de mi incapacidad o deficiencia, pero lleno de fe en el entusiasmo y buena voluntad que alentaban la mayor parte de los socios, sentimientos éstos, poderosos por sí solos a imprimir al Centro una orientación definida de laboriosidad, de unión, de constancia y por tanto de perfeccionamiento y eficiencia.

En verdad que no resultaron frustráneas mis apreciaciones ideológicas iniciales, ya que el tiempo se ha encargado de darles la realidad ontológica que todos podemos observar dando una mirada retrospectiva que comprenda en conjunto la actuación del Centro Jurídico en la etapa que finaliza, o pasando los ojos por el Libro de Actas para corroborar analíticamente, detalladamente, los pasos muy acertados que marcan y determinan el funcionamiento regular y provechoso de nuestra corporación.

Deseo que ninguno vea en este informe un juicio que yo mismo me imparta. Mal podría asumir simultáneamente los caracteres antagónicos de agente y de juez. A vosotros toca juzgar, o calificar cuando menos, mi actuación. Yo me limito a consignar un hecho: el progreso organizado y científico del Centro, y a señalar su causa eficiente: el cumplimiento de los deberes, la actividad y el celo de la mayor parte de los socios.

Inútil sería y fastidioso hacer una relación circunstanciada del movimiento del Centro Jurídico en el período comprendido entre Octubre del año próximo pasado y Abril del año en curso. Por eso me limitaré a la enunciación de los puntos que puedan tener alguna trascendencia, sin perjuicio de detenerme en breves consideraciones sobre aquellos que por su intrínseca valía o por circunstancias especiales debemos tener en cuenta si hacemos uso de la Filosofía de la Historia para interpretarlos auténticamente, alcanzar su significado, ver sus consecuencias y formar así con la tradición de nuestro Centro la orientación o el rumbo que haya de seguir en lo futuro.

Las sesiones hebdomadarias que se han celebrado con toda exactitud, y la asistencia de los socios, puntual y numerosa, son signos característicos de verdadera disciplina. Por otra parte, la labor en ellas efectuada ha sido intensa.

Número obligado del *orden del día* en todas las sesiones las conferencias, han contribuido en gran parte a la formación de la naturaleza verdaderamente intelectual del Centro Jurídico. Iniciando ellas todas las reuniones, han llevado al ánimo de los asistentes la convicción profunda de la solidez de los ideales y las prácticas del Centro, lo que ha producido en él una atmósfera de seriedad que se acomoda mucho con el fin que persigue.

Además, las discusiones, con la variedad que introducen en la monotonía parlamentaria de los cuerpos colegiados, han traído simultáneamente utilidad y amenidad a las sesiones del Centro. Hechas a un lado las discusiones bizantinas, producto híbrido de la vacuidad, la sutileza y el rigorismo formulista de un sistema en desuso, hemos presenciado «el combate de las inteligencias que se disputan el imperio del pensamiento» en la discusión genuina, basada en principios jurídicos importantes, sostenida con razonamientos y defendida con cultura.

Y no se ha limitado al tiempo de las sesiones el trabajo de los socios. Muy al contrario, éstos, con generosidad y desprendimiento altamente laudables, han cumplido las diversas comisiones para que han sido designados, y presentado en consecuencia informes muy sustanciales que han ilustrado el criterio del Centro lo suficiente para obrar con conocimiento de causa en todos sus acuerdos y resoluciones, los cuales, por lo mismo, se han caracterizado con el sello, muy honroso por cierto, de la prudencia sin abatimiento, de la innovación sin altivez.

Entre las medidas de esta naturaleza son dignas de mención especial las solicitudes dirigidas al Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia. La etapa del desarrollo del Centro a que se refiere el informe presente, ha sabido conservar sin mengua de su dignidad e independencia la más completa armonía con aquella superioridad. De

ella ha alcanzado reformas tan considerables como la reorganización de la Escuela de Derecho y la creación de la clase de Criminología. Recientemente pidió al mismo Cuerpo el traslado de la biblioteca jurídica de la Universidad a la Escuela de Derecho y obtuvo esta respuesta: «Contéstese al Centro Jurídico que las obras de Derecho se trasladarán a la Escuela tan pronto como se instale ésta en el local que debe ocupar próximamente, y que entonces se proveerá a la manera como debe ser administrada»

Para mayor intensidad y eficacia en el servicio de los informes jurídicos, adoptamos hace pocos días la clasificación de las asignaturas en Ramos o Departamentos que deben constituir las Comisiones Permanentes. La inscripción en una o algunas de ellas se hace con libertad de elección, de manera que cada uno consulta la tendencia de sus aficiones o aptitudes especiales y se afilia en el grupo correspondiente. Esta organización, esencialmente metódica y sistemática, produce una impresión optimista, presagio de triunfos si cabe, para un futuro próximo en la vida del Centro.

Conviene observar aquí cómo nuestra organización que se manifiesta por los hechos apuntados, por los que pondré de relieve más adelante y por otros muchos que no se os ocultan, pero que yo paso por alto en gracia de la brevedad, subsiste y se acentúa favorablemente día por día, a pesar de la carencia de Estatutos. Cualquiera diría que esto es una paradoja. Sin embargo, la realidad indica lo contrario. Débase a nuestra idiosincrasia o a cualesquiera consideraciones de otro género, el hecho es evidente, inconcuso y muy significativo.

En el decurso de las sesiones de este período se presentó un proyecto de nombramiento directo, o sea, por votación, de una Comisión que procediese a elaborar, con facultades omnímodas y discrecionales, los Estatutos del Centro. De más está recordar que la idea no halló favorable acogida. Nuestra corporación no debía, no podía aceptar incondicionalmente como norma de acción para lo presente y para lo futuro la voluntad y criterio de una Comisión de su seno. Eso sería entregarse como patrimonio de casta, como bien de una o varias personas, y semejante abdicación, condenándola al no ser, marcaría con estigma oprobioso la futura existencia ficticia del Centro.

De manera que nada se hizo en punto de Estatutos. Estoy seguro que si se hubieran discutido, el resultado no habría sido diferente. Como en otras ocasiones, se hubieran manifestado divergencias fundamentales y entonces, como ha sucedido muchísimas veces, la suspensión indefinida del proyecto hubiera puesto fin a la discusión sin aportar elemento nuevo ninguno para la solución del problema.

Después de pensar bastante la cuestión de los Estatu-

tos, he creído que no los necesitamos. La vida del Centro sin ellos y el fracaso de todos los proyectos han confirmado mis convicciones.

El Centro prefiere, por lo visto, la voluntad del momento para resolver su modo de obrar en cada asunto; teme los moldes, teme la tiranía de las disposiciones, sin que esto signifique la aceptación tácita de la dictadura o arbitrariedad de los dignatarios. Bien sabéis cómo se entienden armónicamente los dirigentes y los dirigidos, tanto más cuanto que entre nosotros la Presidencia, como elemento formulario y decorativo, dirige las sesiones y metodiza la discusión pero no impone su voluntad, ni imprime a su verbo el carácter inapelable del *fiat*.

Varios estudiantes ingresaron durante el período como miembros activos del Centro. Sería de desear que el mayor número posible de los matriculados y asistentes en la Escuela nos acompañaran también en la Corporación. Fuera de que cooperarían con sus trabajos y sus luces al desarrollo y adelanto de aquélla, facilitarían en alto grado la unión y armonía de los estudiantes de todos los cursos de la Escuela, por lo que tan insistentemente ha propendido el Centro Jurídico. En realidad, se ha visto la acción unificadora de éste, que crea y conserva vínculos muy estrechos de unidad y compañerismo entre todos sus miembros con el fin de poner coto a las antiguas divisiones o separaciones tradicionales entre los cursantes de los diversos años escolares.

La unión en las múltiples manifestaciones de la actividad humana, es un factor y un medio adecuado e infalible para el feliz resultado de todas las empresas. El hecho a que se refiere el acápite anterior es la aplicación de este postulado. A él obedece también la actuación observada por el Centro Jurídico con el objeto de establecer relaciones entre las Facultades de Derecho de la República, mediante el canje de tesis y publicaciones de los estudiantes.

Lo que sí tengo que lamentar es la ineptitud del Salón de Sesiones en que el Centro se ha reunido. Un edificio estrecho, aislado, falto de luz y con mil incomodidades, acaba, según la ley de las apreciaciones, con el valor intrínseco del Centro Jurídico; y no es lógico, no es justo que circunstancias remediabiles de orden material releguen al olvido a nuestra Corporación y la priven de las simpatías sociales que le sirven de estímulo. Así que, es forzoso reaccionar contra esa causa de eliminación indirecta. Hagamos lo conducente para obtener permiso de celebrar las sesiones, como en alguna época pretérita, en el salón de la Asamblea. Entonces serán de doble mérito nuestros esfuerzos, que tanto se dirigirán al intercambio de conocimientos, es decir, al aporte jurídico de todos los socios como a erigir un medio de instrucción *post-escolar* para las masas que por curiosidad o por deleite intelectual acudi-

rán como «barras» a escuchar nuestras conferencias y a presenciar nuestros debates.

Señalé al principio como causa eficiente del adelanto del Centro el entusiasmo perseverante de todos los socios. Confirmando ahora tal aserción sin perjuicio de reconocer otra causa concomitante, igualmente provechosa. Me refiero a la concentración de las energías del Centro en los asuntos de su propia incumbencia. La aplicación al Derecho, la vida jurídica, si así puede decirse, ha alentado todos nuestros actos; hemos hecho abstracción absoluta de la crítica de los acontecimientos sociales y nos hemos abstenido de toda intervención en cuestiones extrañas a la naturaleza del Centro. Hemos realizado, en una palabra, el *non multa sed multum*, lema preciso, que ha formado personas naturales y sociedades de alta talla moral y científica.

Bien haya el Centro Jurídico que así ha sabido conservar alto, apreciado y sin tacha el nombre de la juventud estudiosa!!

Hago pública manifestación de agradecimiento al Sr. D. Aurelio Mejía por la actividad con que ha colaborado como Secretario del Centro, en la buena marcha y conservación del régimen interno del mismo; igualmente significo mi reconocimiento a los demás dignatarios; formulo votos sinceros por el progreso de la Corporación, y os reitero la gratitud con que he correspondido a vuestra deferencia.

Medellín, Abril de 1920.

JOSE LUIS LOPEZ.



Informe de una Comisión.

Señor Presidente del Centro Jurídico—Pte-

Sr Presidente

La Comisión de Derecho Público encargada por Ud. para estudiar la situación creada en la Gobernación de Antioquia con motivo de la separación del Señor Gral. Ospina, cumple su deber en los términos siguientes:

El Gobernador del Departamento dictó para separarse un Decreto por el cual encarga del Despacho al Secretario de Gobierno.

Conviene ante todo observar:

- a) Podía separarse el Gobernador?
- b) El Decreto que dictó sería válido?

A la primera contestamos así: sí puede separarse siempre que llene todos los requisitos exigidos por el artículo 124 del C. P. y M. que son:

- a) Que se trate de ausencia, es decir, de falta temporal;
- b) Que ésta sea en ejercicio de sus funciones;
- c) Que tenga autorización u orden del Gobierno, y
- d) Que el fin de la separación sea el buen servicio público

No es del caso jurídico que estudiamos entrar a considerar si el Sr. Gobernador, al separarse, llenó o no las condiciones anotadas; las aceptamos en gracia de discusión, y en atención al dicho del Sr. Secretario de Gobierno. De consiguiente damos por sentado que sí pudo legalmente separarse.

El mismo artículo 124 del Código citado lo autoriza para dictar el decreto en cuestión. Lo importante, desde luego, es averiguar la duración de la vigencia del Decreto.

Hay disposiciones de carácter permanente y otras apenas transitorias, que son aquellas que se dictan para surtir sus efectos mientras dura la causa que las produjo. De estas últimas consideramos el Decreto por el cual el Gobernador encargó del Despacho al Sr. Secretario de Gobierno, porque su cargo fué sólo para los asuntos urgentes y mientras durara la ausencia, y como no concebimos

una ausencia permanente, concluimos que la vigencia del Decreto es apenas transitoria.

Siendo transitorio el Decreto debemos buscar cuál fue el momento de su inexistencia. Este es aquel en el cual cesan las causas que le dan fuerza, o cualquiera de ellas porque todas son esenciales según el artículo 124. En el caso presente, aquella consiste en la ausencia que dejó de existir desde el momento en que pasó a ser falta absoluta.

El Señor Gral. Ospina aceptó la Presidencia del Consejo de Estado, puésto este que según el artículo 3 del Acto Legislativo de 1914, «es incompatible con cualquiera otro empleo público efectivo»:

El artículo 281 del C. P. y M. dice: «Ningún empleado administrativo dejará de funcionar aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto o el suplente respectivo».

Según este artículo el Gral. Ospina debió conservar su carácter de Gobernador hasta tanto que se hiciera nuevo nombramiento, porque en este caso no hay lugar a suplencia, pero como existe la incompatibilidad anotada, resulta que al posesionarse de su cargo de Presidente del Consejo de Estado abandonó el de Gobernador.

Este abandono implica falta absoluta, y habiéndola, desaparece la ausencia que en el presente caso es la causa que le da vida al Decreto, y como en éste estriba la legalidad de la actuación del Secretario Encargado, la cesación del Decreto vicia de nulidad sus actos.

Finalmente, Señor Presidente, en el interregno transcurrido entre la falta absoluta del Gobernador ocasionada por la aceptación de la Presidencia del Consejo de Estado y la posesión del nuevo Gobernador, jurídica y legalmente no hubo Despacho en la Gobernación de Antioquia y por tanto los actos—urgentes o no urgentes—ejecutados en razón de un encargo insubsistente, están, como ya lo dijimos tocados de nulidad.

El Derecho escrito nos suministra los argumentos apuntados; a ellos agregamos, porque lo creemos oportuno y de mucho peso, el siguiente principio que ha llegado a ser indiscutible en Derecho Administrativo: «Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por las leyes; los empleados públicos, por el contrario, sólo pueden hacer los que las leyes les ordenen o permiten».

La Comisión,

AURELIO MEJIA.—JOSE LUIS LOPEZ,—CARLOS BETANCOURT E.—LUIS MARTINEZ LOPEZ.

Mayo, de 1920.

Varia.

Nuevos Dignatarios

El Centro Jurídico en sesión de 9 de Abril eligió los siguientes dignatarios:

Presidente, Carlos E. Gómez.—Vice-presidente, Luis E. Marín.—Secretario José J. Zuluaga.—Director de la Revista, José Luis López.—Administrador de la misma, Jorge E. Orozco.—Tesorero, Gabriel Botero Dz.

Comisiones Permanentes

Han quedado constituidas las siguientes:

1ª. Derecho y procedimiento civiles.—José J. Zuluaga y Pablo E. Duque.—Jorge E. Orozco.—Gabriel Botero y Alberto Palomino.

2ª. Minas, Baldíos y Asuntos Generales.—Carlos E. Gómez.

3ª. Derecho Penal y Procedimiento Criminal.—Andrés Rivera y Gabriel Botero Dz.

4ª. Derecho Público: José Luis López.—Carlos Betancourt.—Nicolás Flórez.—Manuel Restrepo.—Félix García y Aurelio Mejía.

5ª. Ciencias Políticas y Económicas: Manuel Franco.—Luis Sierra.—José Luis López y Luis E. Marín,

6ª. Redacción y Revisión: José Luis López.—Nicolás Flórez.—Andrés Rivera T. y Eduardo Correa.

7ª. Prensa: Aurelio Mejía.—José Luis López.—Carlos E. Gómez y Luis E. Marín.