LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

CARLOS ENRIQUE PARAMO SAMPER

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1.987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

034206

DR≠0663

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
CONTROL
C.C.-4034206
No. INVENTARIO 199
PRECIO
FECHA 08 FEB. 2008
CANJE
ISN

LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

CARLOS ENRIQUE PARAMO SAMPER

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

Director: Dr. Blas González Sánchez

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1.987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
346.074
R221

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente el Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla,

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

A mi esposa, hijos y padres, quienes de una u otra forma facilitaron la feliz culminación de este trabajo.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Doctor
Carlos Daniel Llanos Sánchez
Decano
Facultad de Derechp
Corporación Educativa Mayor
del Desarrollo
Simón Bolívar
E. S. D.

Respetado doctor.

Por medio de la presente me permito rendir el correspondiente concepto sobre el trabajo de Tesis de Grado presentado por el estudiante, señor CARLOS ENRIQUE PARAMO SAMPER.

La investigación desarrollada se refiere a "EL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA", elaborada en varios apartes, donde el egresado hace un estudio de la evolución del Contrato desde el Derecho Romano hasta nuestros días, estudiando las normas que regulan en Colombia esta relación bilateral, generante de obligaciones mutuas a cargo del Comprador y del Vendedor, estudiando fundamentalmente el riesgo en el referido contrato.

Considero que el trabajo desarrollado por el señor CARLOS ENRIQUE PARAMO SAMPER, agota las posibilidades de investigación sobre la materia y plantea el alumno la posibilidad de instituir un seguro especial, tendiente a garantizar el riesgo en el acto contractual.

En mi concepto la tesis llena los requisitos que exige la Universidad - para optar el título de Abogado, toda vez que se trata de un trabajo - serio y bien fundamentado.

De usted, atentamente,

BLAS GONZALEZ SANCHEZ
Director de Tesis

LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

INDICE DE TEMAS:

		Pág.
Introducción		
1.	EL CONTRATO DE COMPRAVENTA	1
1.1.	Generalidades	1
1.1.1.	Res Divini Juris	1
1.1.1.1.	La Res Declae	1
1.1.1.2.	La Res Religiosae	1
1.1.1.3.	La Res Santae	2
1.1.2.	Res Humani Juris	2
1.1.2.1.	Res Comunes	2
1.1.2.2.	Res Publicae	2
1.1.2.3.	Res Universitatis	3
1.1.2.4.	Res Privates Singulorum	3
1.1.3.	Clasificación de las Res Privatae	3
1.1.3.1.	Res Mancipi y Res Mec Mancipi	3
1.1.3.2.	Cosas Corporales y cosas incorporales	4
1.1.3.3.	Res Moviles y Res Inmoviles	4
1.2.	Concepto de la compraventa	7
1.3.	Definición de la compraventa	8
1.3.1.	Noción de la compraventa	8
1.4.	Conceptos y situaciones principales	15
1.4.1.	El precio	15
2.	TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.	38
2.1.	Obligaciones de entregar	38
2.2.	Imposibilidad sobreviniente	40
2.3.	Modificaciones de la Responsabilidad	45
2.4.	Obligación de dar	46
2.5.	Deterioro de la cosa	46
2.6.	Venta de cuerpo cierto	49

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

INDICE DE TEMAS :

		Pág.
3.	TEORIA DEL RIESGO EN EL DERECHO COMERCIAL	55
3.1.	La obligación de entregar en materia de - derecho Comercial.	56
3.2.	Lugar y momento de la entrega	59
3.3.	Los Riesgos en materia comercial	64
3.4.	Desistimiento y Acción Resolutoria	68
3.4.1.	Desistimiento	68
3.5.	Especial protección al vendedor	72
4.	SEGUROS DE GARANTIA	75
4.1.	Concepto de Obligaciones	75
4.2.	Garantía de las obligaciones	80
4.3.	La indemnización de perjuicios	84
4.4.	Contrato de seguro	90
4.5.	Las características del Riesgo	96
Conclusiones		100
Bibliografía		104

INTRODUCCION

Siendo la compraventa un tema tan antiguo no por ello deja de tener un interés en la actualidad y lo seguirá teniendo en el futuro dado que en la satisfacción de las necesidades primarias el hombre, además de la alimentación y el techo, constituye elemento de vital importancia junto con los anteriores y seguramente no desaparecerá jamás.

Esta circunstancia ha determinado que la falta de seguridad por parte del comprador, sobre quien recae el riesgo, como la ansiedad del lucro por parte del vendedor, se haya vuelto hoy en día un problema social y de orden público.

He analizado desde el punto de la igualdad de los contratantes, ya que se trata de un acuerdo de voluntades, que este riesgo se haya convertido en un problema social y de orden público, lo legal y equitativo sería lograr en casos de contratación, que las partes además de obligarse por medio de un contrato, tomen una póliza de seguros para garantizar la entrega del bien y así obtener un equilibrio mejor, llegando a un ideal de equidad y de justicia pretendida por el Derecho mismo.

El seguro protege de diversas maneras y con muy distintas facetas el patrimonio industrial y comercial de cada país, vinculándose en ocasiones a pulverizar los riesgos propios de las cosas en sí mismas consi

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

deradas y en otra asumiendo los heterogéneos que afectan a un conjunto patrimonial, provengan éstos de hechos de la naturaleza o tengan su causa en el proceder de una o más personas e incluso en circunstancias distintas que excluyen los conceptos anteriores.

El seguro en los casos de contratación constituye un amparo complementario para aquel que otorgan los seguros reales, llegándose con este conjunto a la protección más adecuada para las partes contratantes, ya que la extensión comprende una gama de riesgos no referidos a determinado bien.

No siendo este trabajo una tesis en el sentido mismo de la palabra, pues en él no hay ninguna novedad científica, sino el interés de denunciar con el tema tratado una situación actual procurando despertar inquietudes e interrogantes con su lectura.

1. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

1.1. GENERALIDADES.-

La palabra Res (cosas), tenía con el Derecho Romano su significado más amplio. Con ello designábase todo ente que pudiera ser objeto de derechos privados, que no podían pertenecer al patrimonio particular de los hombres. Por ello, la primitiva división en : Cosas en el patrimonio y cosas fuera del patrimonio, lo cual se puede apreciar en las - instituciones de Justiniano; esta clasificación ha sido calificada como incompleta, por lo cual es proferida la siguiente, que resulta de los - textos romanos de la época clásica;

1.1.1. Res Divini Juris

Estas se regian por el Derecho Divino. Se subdividían así :

1.1.1.1. La Res Declae :

Cosas sagradas; eran las consagradas al culto. Para los paganos eran los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los - Dioses Superiores por una Ley, un senado-conulto o una constitución imperial; para el cristianismo la iglesia y los objetos consagrados al - culto por los obispos.

1.1.1.2. La Res Religiosae :

Eran los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas, -

SIDAD SIMON
BIBLIOTECA
BARRANQUI

estaban consagrados por los Dioses Manes.

1.1.1.3. La Res Santae :

No eran con exactitud las cosas santas. Eran las cosas que estaban protegidas contra los atentados de los hombres, asimilándolas para ese efecto a las cosas divini juris. Tales eran los muros y las puertas de las ciudades cuya violación se castigaba con las penas más severas.

1.1.2. Res Humani Juris :

Estas se regían por el Derecho Romano. Todas las cosas que no fueran de derecho divino eran humani juris, y se gobernaban por el Derecho Romano. Se subdividían así :

1.1.2.1. Res Comunes :

Eran las cosas cuya propiedad no pertenecía a nadie y su uso era común a toda la humanidad. Eran, por tanto, insusceptibles de apropiación individual, como el aire y el mar.

1.1.2.2. Res Publicae :

Eran también las cosas cuyo uso era común a todos, pero limitado al pueblo romano con exclusión de los otros pueblos. Tales eran las vías pretorianas o consulares, los puertos, las corrientes de agua que nunca llegaban a secarse; flumina perennia.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

1.1.2.3. Res Universitatis :

Eran las que pertenecían a ciertas personas, como las ciudades y las corporaciones que por su destino público no eran objeto de propiedad individual, tales eran los teatros, las plazas y los baños públicos.

1.1.2.4. Res Privates Singulorum :

Son las que nos interesan en nuestro estudio, eran todas las cosas susceptibles de propiedad individual y privada que, por tanto, entraban a formar el patrimonio particular de las personas. Se les llamó también bona (bienes), porque eran destinados a procurar al bien particular de las personas. Su clasificación incumbe un tema, así que tenemos:

1.1.3. Clasificación de Kas Res Privatae :

1.1.3.1. Res Mancipi y Res Nec Mancipi :

Fue esta una clasificación propia y exclusiva del Derecho Romano. Res Private eran las cosas cuya propiedad podía ser adquirida únicamente por la mancipatio y, en general, por los medios propios del derecho civil (jus civile). Se consideraban como las más importantes para la economía, tales eran los fundos rurales estáticos, las servidumbres rurales, los esclavos, las bestias de carga y de tiro, etc. Las Res Nec Mancipi eran todas las demás. Su adquisición podía efectuarse por la simple tradición y, en general, por los medios de adquirir según el

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

jus gentium.

1.1.3.2. Cosas Corporales y Cosas Incorporales :

Son corporales todas las cosas del mundo exterior que caen bajo los sentidos, tienen una composición material y pueden ser objetos de derechos; son incorporales los derechos que sobre tales cosas se tienen.

1.1.3.3. Res Moviles y Res inmoviles :

Esta clasificación tradicional de las cosas no aparece expresamente consagrada en los textos del Derecho Romano, pero muchas instituciones jurídicas se refiere de manera diferente de unas a otras.

Cosas muebles, son las que pueden móverse materialmente, ya - por sí mismas (Res de moventas), como los seres animados, ya por mano - del hombre.

Cosas inmuebles, que son las de mi interés en este estudio, - son los fundos de tierra, los edificios y en general lo que por su naturaleza u otra casa no pueden ser transportadas de un lugar a otro.

Algunas coas muebles por naturaleza se consideran a veces como inmuebles por razones de las circunstancias especiales que la ley establece.

Uno de los medios adquisitivos propios del jus civile fué la in jure caessio, que era un medio solemne y simbólico. Las partes enajenante o adquirente, comparecían ante el magistrado figurnado un juicio de reinvindicación de la cosa cuyo dominio pretendía adquirirse. - Si la cosa era inmueble, parece haberse admitido que se llevara un fragmento del inmueble ante el magistrado. El adquirente, tocando el fragmento de la cosa inmueble, afirmana en presencia del magistrado y del - enajenante ser suya, según el Derecho Civil. El enajenante no contradecía tal afirmación y en vista de ello el magistrado declaraba propie-- tario al adquirente.

También estaba la mancipatio, en que si la cosa era mueble - debía tenerse tal calidad del presente en el acto. Los inmuebles también eran susceptibles de ser adquiridos por usucapión, salvo aquellos que - la ley exceptuaba, como los fondos provinciales en general, tampoco podían ser usucapidas las cosas que no eran susceptibles de propiedad particular. Esta institución fue el origen de la prescripción adquisitiva - del derecho moderno.

Otro medio de adquirir el dominio, según el jus gentium, era - la tradición, que es el acto por el cual se entrega a otro una cosa o se pone bajo su poder físico y jurídico, habiendo en quien entrega la intención de transferir el dominio, y en quien la recibe, la intención de adquirirlo.

Las personas que efectúan la tradición se denominan Tradens - (tradente) y aquella a quien se hacía, accipiens (adquirente). El traden

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

te se desprendía del dominio. El accipiens lo adquiría. Para que en la tradición operara la adquisición del dominio se requería :

a) Que el tradens fuera el dueño de la cosa;

b) Que tuviera la intención de transferir el dominio;

c) Que el accipiens tuviera la intención de adquirir dicho dominio, y

d) Que la cosa quedara bajo el poder físico y jurídico del accipiens.

El acto material de la tradición no requería, a veces, el desplazamiento físico de la cosa de una persona a otra.

En ocasiones el accipiens ya tenía la cosa en su poder, aunque a nombre del tradens, v.gr., en calidad de arrendatario de éste. Bastaba entonces, que lo reconociera como dueño, convirtiendo su tenencia en posesión. Otras veces sucedía lo contrario, el tradens, dueño y poseedor, se constituía en simple tenor en nombre del accipiens desde el momento de la tradición, v. gr., se enajenaba una cosa y el enajenante seguía como arrendatario del adquirente; con ese solo cambio de calidad jurídica se efectuaba el acto material de la tradición. En estos casos y sus semejantes, se consideraba haber entregado materialmente la cosa al accipiens.

En cuanto a la accesión de cosas muebles a inmuebles, otro medio de adquirir el dominio, la principal modalidad era la inaefidica-

tio, ésta era la edificación en que los materiales pertenecían a una - persona y el terreno a otra distinta.

La regla general a este respecto era que, el dueño de terreno se hacia dueño de la edificación desde el momento en que adhirieran al inmueble en tal forma que no pudiera separarse de él sin grave perjuicio; todo esto regido por el principio prohibitivo del enriquecimiento sin justa causa, cuya aplicación imponía determinadas prestaciones o indemnizaciones entre los dueños de las cosas que de este modo llegaban a adherirlas.

Así pues, hemos esbozado algunos antecedentes de importancia para est e tema, originarios del Derecho Romano, pilar de nuestro derecho actual.

1.2. CONCEPTO DE LA COMPRAVENTA.-

En el principio de los tiempos lo que se conoció fue el "CONTRATO DE PERMUTA" (trueque), pero cuando se inventó la moneda como medida común del valor de las cosas, nació el contrato de 'COMPRA-VENTA". Así, el contrato originario fue la PERMUTA, y el moderno, la COMPRA-VENTA, - por esto las reglas generales de este contrato sirven de base para el - contrato de permuta, que fue la raíz de la compraventa y se sigue empleando hoy en día en las transacciones de inmuebles con bastante frecuencia, dado que facilita las negociaciones, al no disponer de un efectivo completo.

Realmente la permuta no es un contrato nominado, ya que al estar involucrado dentro de las normas que regulan la compraventa, no tiene elementos propios, es decir, no tiene autonomía jurídica.

La permuta (art. 1955 a 1958 del C.C.) sólo se diferencia del contrato de compraventa en que se dá en lugar de un precio total en dinero, una cosa. En general, todo contrato corresponde a una función económica de creación o circulación de riqueza y de satisfacción de necesidades, de tal forma que todas las veces debemos tener presente la finalidad económica del contrato.

La compraventa puede hacerse sobre bienes muebles o inmuebles. Sobra anotar, y es importante que volvamos a recordar que, todo lo que aquí se diga a dicho tema, va orientado a los segundos, o sea, los BIENES INMUEBLES.

1.3. DEFINICION DE LA COMPRAVENTA.-

1.3.1. Noción de la compraventa:

El art. 1849 del C.C. dice: "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio".

Como se anotó antes, "cuando el precio consiste, parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

el dinero, y venta en el caso contrario". (art. 1850 del C.C.).

Con el contrato de compra-venta, como su nombre lo indica, - uno compra y otro vende, por eso el C.C. lo llama compra-venta, dado - que tiene en cuenta los dos aspectos de manera de obligarse. La compra-venta es la adquisición de la cosa por un precio, y la venta la enajenación de la misma por un precio, según los romanos; pero en la época de hoy, en que se acepta la policitación, se considera como un contrato de venta propiamente dicho, porque existe la unidad contractual.

La compraventa es, sin lugar a dudas, uno de los contratos - más importantes, más general y de diaria ocurrencia, ya que muchos de - medianos o altos recursos económicos lo celebran diariamente en operaciones de compras de inmuebles, para subvenir las necesidades de techo o para fomentar sus negocios, invirtiendo gruesas sumas de dinero, esto sin citar la compraventa de muebles de todos los días, que es enorme y - no hace parte del tema.

El contrato de compraventa tiene las siguientes características : es un contrato principal, porque vive por sí mismo; es un contrato esencialmente oneroso, porque se celebra en utilidad de ambos contratantes.

Dentro de la subclasificación de los onerosos es generalmente conmutativo, ya que el precio de la cosa equivale a lo que se compra o se vende.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

Es un contrato bilateral, porque genera obligaciones para las dos partes; para el vendedor entregar y responder de la evicción y saneamiento de la cosa vendida y para el comprador la de recibir y pagar.

Es generalmente consensual, porque se perfecciona con el solo consentimiento de las partes sobre la cosa y el precio.

Es excepcionalmente solemne en los casos determinados por la ley, como en el caso concreto de la compraventa de inmuebles.

En cuanto a la forma y requisitos del contrato de venta, el art. 1857 del C.C. nos dice: "La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes :

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública". Los materiales de un edificio que va a a derribarse, no están sujetos a esta excepción.

De manera pues, que solo excepcionalmente el contrato de compraventa es solemne, a ello se refiere el inciso 2° del artículo anotado, cuando habla de los bienes raíces, las servidumbres y los derechos hereditarios. Creo que la tradición de otros bienes ha debido incluirse también en este artículo, ejemplo: La subasta pública, pues en ella el representante legal del deudor ejecutado es el juez, y él es el tra-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

dente legal. En esta figura no puede haber entonces lesión enorme, en ella hay simplemente consentimiento, cosa y precio; el remate en subasta pública es solemne, por estar sometido a ciertas formalidades publicitarias; se podrá anular si prescinden de ellas.

En la enajenación de servidumbre, inmuebles y derechos hereditarios, la solemnidad es la escritura oública, es una solemnidad Ad - substanciam, es elemento esencial del contrato, la ley lo preestablece como requisito del contrato, además de la capacidad, consentimiento libre de vicios y el objeto y la causa lícita, pero, respecto a los inmuebles, la solemnidad rige sólo respecto a los inmuebles por naturaleza, ya que los inmuebles por adhesión no exigen un contrato solemne, sino - uno tan solo consensual, como lo anota el artículo mencionado anteriormente, al referirse, entre otros, a los materiales de una casa que va a derribarse, caso en el cual no se requiere escritura pública.

Los casos de los inmubels y los otros anotados, son pues aquellos en que el contrato de venta es solemne. Si se omite la escritura - pública, el contrato no producirá efectos civiles, éste será nulo por - la omisión de la solemnidad, lo que equivaldrá a que el contrato nunca ha existido. La solemnidad es así, el único vehículo posible para la nanifestación del consentimiento.

Me refiero ahora a un concepto importante en la compraventa - de inmuebles, cual es el de la tradición (art. 740 del C.C.), recordando que el Derecho Colombiano sigue al Romano, distinguiendo entre TITULO y

MODO. Estos conceptos se prestan a confusiones; la tradición era uno - de los modos de adquirir el dominio (atrás me referí a cómo era ella según el jus gentium en Roma). Consiste en la entrega que el dueño hace de la cosa a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de - transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Es erróneo hablar de contratos traslaticios de dominio, ya - que los contratos sólo generan obligaciones, la primera etapa es el título, la segunda el modo, así : la. más 2a. igual dominio.

Es erróneo pues, decir que hay contratos traslaticios de dominio, ellos son generadores de obligaciones personales de dar; compraventa, permuta, se cumple con la tradición, registro y modo; de entregar, como el arrendamiento; de hacer, como el mandato; de no hacer; abstención cuando se incumplen los contratos, la acción que se pretende - que se cumpla -s personal. [1]

La justicia del título se relaciona con la validez. El justo título es el que esta conforme a la ley. El concepto del título tiene - dos excepciones : La fuente de las obligaciones y derechos (Cuál es el - título que fundamentará su derecho?). El concepto de justo título entra en otra situación jurídica, y éste se refiere al modo como le llegó el -

1. Dr. FERNANDEZ HERRERA, Mario. curso de contratos IV 1.977 .

derecho y a la fuente del derecho; un justo título es el título fuente del derecho y el modo en virtud del cual le llegó ese derecho.

Es necesaria la tradición, el registro y la entrega material. (modo).

Hay un concepto de título que se relaciona con los documentos mismos, relativos al derecho correspondiente; los títulos son todas las escrituras y documentos privados que se tengan, en este caso del inmueble, el abogado que los estudia deberá hacerlo con una anterioridad de veinte años.

En el justo título hay que estudiar la fuente del derecho, el modo y la documentación que se relaciona con esa fuente y con ese modo.

En el concepto de título las fuentes no crean sino obligaciones; el modo se encarga de ejecutar esas obligaciones.

El título en sí mismo no genera los derechos reales, con el solo contrato no se ha hecho dueño nadie, tan sólo han nacido obligaciones. El título no transfiere el dominio, entre nosotros los títulos no transfieren cosas ni derechos, sólo crean obligaciones.

Los títulos traslaticios conllevan la obligación de trasferir un derecho real; la permuta, por ejemplo, crea la obligación de dar, pero en rigor los únicos traslaticios son los modos. No se deben confundir, repito, los títulos con los modos.

Título : Lo definimos finalmente, como una cualquiera de las fuentes de obligaciones, puesta en actividad por el hombre o la ley - para generar derechos personales; la fuente está en la voluntad de las personas o en la ley misma. Hay negocios jurídicos que crean derechos sin ser contratos.

Modo : Forma jurídica en virtud de la cual se ejecutan los títulos generadores de los derechos reales.

En los derechos personales la fuente inmediata es el título. El derecho real nace en dos situaciones jurídicas diferentes que son el título y el modo.

En el derecho francés el solo contrato trasfiere , entre nosotros, el modo tiene que venir a trasladar y no los títulos.

La buena fe en los negocios jurídicos se califica antes, durante y después del negocio jurídico, como en la compra-venta.

En resumen, el Dr. Salamanca dice al respecto : "La compra-venta es título traslaticio de dominio, o sea, que engendra la obligación de trasladar el dominio de la cosa.

Se da cumplimiento al título por la tradición de la cosa, o - sea, el modo. En derecho colombiano el contrato es fuente de obligaciones de hacer la tradición de la cosa. Cuando se celebra el contrato de

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

venta no se traslada ni se transfiere, sino que se engendra la obligación de trasferir el dominio, razón esta por la cual, en derecho colombiano, es válida la venta de cosa ajena.

"El derecho colombiano sigue la tradición del derecho Romano, distinguiendo éste título y modo. Este es llamado modus adquirendi y - aquel el título de adquisición. La compraventa justifica el modo. Cuando se hace un contrato de venta no se trasfiere nada sino que se adquiere la obligación de hacer la trasferencia y tal obligación se cumple o no y en este último caso se expone a las consecuencias del incumplimiento en la obligación." [2]

1.4. CONCEPTOS Y SITUACIONES PRINCIPALES.-

habiéndome referido antes a la solemnidad y a la tradición que se dan en la compra-venta de un inmueble, me refiero ahora, a los principales conceptos y situaciones que generan o se pueden generar en el contrato, o mejor, en el negocio de compra-venta de dichos inmuebles, como son, ante todo, el precio, la promesa de venta, las arras, el registro, la hipoteca, la lesión enorme, el embargo y finalmente la intermediación.

1.4.1. El precio.

---

2. SALAMANCA hernán. Curso IV Contratos. Derecho Civil.- 1.977.

El artículo 1864 del C.C. nos dice al respecto : "El precio - de la venta debe ser determinado por los contratantes; podrá hacerse esta determinación por cualquier medio o indicaciones que lo fijen ...".

Lo importante es la fijación del precio en dinero, ya que el - pago es consecuencia de la celebración del contrato. El precio debe ser en dinero, como se deduce de la definición misma del precio. Cuando el contrato es solemne como en la venta de un inmueble, el precio fijado - en dinero debe constar es escritura pública, pues sin ello es nula absolutamente la escritura pública, y de no figurar el precio sería otro - contrato, v.gr. la donación.

Sobre el precio no se pueden estipular modificaciones, porque se afecta la naturaleza del contrato.

El precio de la compra-venta debe tener varios condiciones : ser real, o sea, que existe, que tiene realidad, contraponiéndose así - al precio ficticio y al precio irrisorio, que es el desproporcionado a simple vista, produciendo el fenómeno de la lesión enorme. Este precio - irrisorio es diferente del denominado vil o injusto, que en casos que - determina la ley, da base para la anulación del contrato. Debe ser determinado o determinable; se entiende que él debe ser fijado voluntaria o libremente por los dos contratantes, no obstante, puede que no sea fijado en una cantidad determinada sino con expresiones que sirvan para determinarlo, caso en el cual se llama determinable.

El precio también puede fijarse por un tercero cuando así lo convengan vendedor y comprador, mas si el tercero no quiere fijarlo, el contrato no puede realizarse, porque la condición no prospera, no obstante puede nombrarse otra persona para que lo fije. En cuanto a la calidad jurídica de esta tercera persona, es la de mandatario según la jurisprudencia y no la de árbitro o perito.

El precio debe ser justo, o sea que, debe ser comercial, es - decir, que de acuerdo con él, sería posible la venta en pública subasta. Por este aspecto hay dos clases de precio, el justo y el convencional, este último es el determinado en el contrato y obedece a las circunstancias del momento. La ley establece que cuando hay un desequilibrio notorio entre el precio justo y el convencional, se configura la - lesión, la cual da base para la acción rescisoria por ausencia de causa; en este caso el justo precio se refiere al día del contrato. La ley parte del principio de que el justo precio es el que tenía la cosa el día del contrato y así no se podrán tener en cuenta los hechos sobrevinientes que hayan determinado el aumento del precio., pero sí se tienen en cuenta los posibles vicios redhibitorios y hasta una posible causa de - evicción.

Debe ser en dinero, en su totalidad o en su mayor parte. Si el valor de la cosa, cuando se da ella como precio, es mayor que el valor que se da en dinero, habrá entonces permuta y no compra-venta, ya que la ley acepta que haya una cosa como suplemento, siempre que la mayor - cantidad del precio sea en dinero.

La fijación del precio y no su pago es lo que importa a la - ley, porque en virtud de la libertad contractual que corresponde a comprador y vendedor, después de haber acordado el precio en el contrato, pueden resolver pagar en otra forma, dándose así una novación, sin que el precio fijado se altere.

ste tema del precio, creo, es de los más difíciles en la economía y el derecho; en primer lugar cada Estado tiene medio defensivos de su sistema monetario, en los países que están sujetos a un patrón - internacional, sus monedas van fluctuando permanentemente hasta el punto que saben exactamente cuál es su valor real, por este motivo, los - estados no permiten, generalmente, que los negocios se hagan en moneda distinta a la nacional. Pero hay que hacer la excepción cuando se trata de negocios internacionales, es preciso que valga el pacto en moneda - extranajera. De modo que están prohibidas las compra-ventas en moneda - extranjera; se exceptúan las negociaciones cuando se trata de comercio - exterior. (entonces el precio vale en moneda extranjera).

En Colombia, una compra-venta es o no lícita cuando se ha - pactado en moneda extranjera? . . . vale el contrato, pero el comprador no está obligado a pagar en esa moneda (estamos en el comercio nacional), paga a como esté la moneda el día del contrato. En compra-venta internacional se tiene en cuenta el día del pago y la desvalorización de la moneda, se habla de precio en moneda nacional en operaciones nacionales y con la extranjera, siempre que sea permitida la operación por la ley.

El decreto 444 de 1.967, es el que regula totalmente la compraventa a nivel internacional.

Hay también otros factores de modificación del valor o del precio en la compraventa: la. Cláusula voluntaria; 2a. Cláusula indiciaria.

La cláusula voluntaria.- consiste en que el precio se pacta hoy con sujeción a la modificación que la moneda tenga en el mercado internacional, Ej.: si hoy se negocia computando el dólar $250. y dentro de un año está a $300., el comprador deberá reajustar $50. por cada unidad. Esto alteraría las condiciones del contrato. La teoría económica y la teoría jurídica han evolucionado diciendo que si la compra-venta exige una total precisión en cuanto al precio y al objeto, habría una rescisión en cuanto al precio, sin embargo, con base en el C.C., se permite esta cláusula por cuanto dice que el precio se estipula, o las partes pueden fijar la manera de estipularlo, entonces no sería injurídico decir que se puede someter a las modificaciones muy objetivas de la moneda internacional.

La cláusula Indiciaria.- consiste en que el precio está sujeto a moficiaciones por factores diversos al valor intrínseco de la moneda. Estas modificaciones se pueden originar por factores como el aumento de los impuestos, el costo de la vida, etc. La teoría actual ha sostenido que esto no es admisible sino cuando el índice o factor que modifica el precio, permanezca como un elemento esencial al contrato, es decir, que

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

incida directamente en el contrato, y no de una manera genérica.

En los artículos de primera necesidad no existe la libertad - de las partes para fijar el precio, porque el Estado regula estos precios por diferentes mecanismos, según las condiciones económicas del momento, como sucede también en la congelación de los precios de los -- arrendamientos en los inmuebles urbanos, como se verá más adelante.

El C. de Co. ha traido algunas modificaciones al C.C.en la - materia que se ha venido tratando; el C.C. dice que, el precio debe ser en dinero, en moneda de curso forzoso, sim embargo, el C. de Co., ha admitido que factores de crédito que antes no eran considerados como precio, lo sean hoy. Son los títulos representativos de dinero : el cheque, la letra de cambio, el pagaré, etc. El C. de Co., ha admitido que sirven como valor los títulos representativos de dinero, art. 905 inciso 3o. - Entonces, hay que saber si la compraventa es de carácter civil o comercial, si es civil, el vendedor no está obligado a recibir los títulos - valores crediticios, pero, si es comercial si está obligado a recibir los.

Según el C. de Co., cuando no se pacta precio, se entiende - que es el precio corriente, en cambio, en materia civil si no se pacta- precio ni las bases para fijarlo, no hay compra-venta.

La Promesa de Venta.- Luego de acordado el precio definitivo del negocio de compra-venta de un inmueble, entre el vendedor y el com-

prador y las condiciones del mismo, viene este contrato preliminar de - la promesa por lo general, cuyo fin es el de asegurar la negociación. Es un contrato preparatorio.

El cumplimiento de las obligaciones de este contrato pre- - paratorio es un negocio jurídico, una cosa es el contrato preliminar y otra el contrato definitivo; el primero es un contrato medio, el segundo, el contrato fin que se realiza luego.

El contrato preparatorio es susceptible como contrato de validez, por ejemplo: Es ad substanciam actus y ad probationem, genera - una obligación de hacer, exige la licitud del contrato prometido, que éste no sea de los que la ley prohibe.

El contrato preliminar tiene como fin volcar sobre el futuro lo acordado, para poder hacer los preparativos que se requieran mien- - tras se llega al definitivo.

El contrato preliminar tiene una finalidad aseguradora, es un contrato futuro, es un producto del derecho de prácticos, pues los ordenamiento fueron hostiles al contrato preliminar, así, las partes deberán convenir de una vez lo definitivo, pues los pasos intermedios decían, - se prestaban a problemas.

El contrato preliminar es autónomo y perfecto dentro de su sentido de contrato medio.

El contrato preparatorio obliga, pero no con carácteres definitivos, las partes pueden no darle carácter definitivo a su obligación de contratar, de ahí la existencia de las arras penitenciales (ordinarios) de que trataré más adelante en este estudio, por las cuales cada una de las partes se reserva el derecho de no ejecutar la obligación prometida. Art. 866 C. de Co. y 1.859 C.C. Es de anotar, que si no hay documento, no hay promesa de venta (en lo civil).

El contrato preparatorio puede ser nulo (absoluta o relativamente), puede ser reductible por exceso, puede ser rebajable en caso de excesiva onerosidad. Art. 859 C. de Co., Art. 1729 y ss. del C.C. En él, entre tanto, se puede dar un problema de incapacidad de una de las partes, imposibilidades sobrevenidas, definitivas o transitorias, casos de muerte, de locura; en este caso el curador deberá cumplir también; si el promitente comprador se muere, se podrá acudir a los herederos. Art. 1411 C.C.

El Art. 1.611 del C.C., ya derogado, decía : "La promesa de celebrar un contrato no produce en ingún caso obligación alguna". Esta norma no parecía bien ubicada dentro del código., por ello el Art. 89 de la ley 153 del 87 deroga el citado artículo diciendo : "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes :

1. Que la promesa conste por escrito;
2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de -

aquellos que las leyes declaran ineficaces por no cumplir los requisitos que establece el artículo 1.502 del C.C.;

3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato;

4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falta la tradición (en este caso del inmueble) o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

Así, podemos darnos cuenta que, el contrato de promesa de contrato, valga la redundancia, o de su celebración, es un contrato especial que tiene sus características : es solemne como se anotó antes, porque tiene que constar por escrito; puede ser bilateral o unilateral, según que el prometido sea unilateral o bilateral; es un contrato principal, o sea, que existe por sí mismo ; es bilateral, porque necesita la concurrencia de dos voluntades.

Además, es diferente del contrato prometido : Las promesas generan obligación de hacer, cual es la de celebrar el contrato prometido o contrato fin, si no se cumple, se someterá al Art. 1.546 del C.C. que reza : "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; pero, en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

Se colige de lo anterior, en cuanto a los perjuicios, que si se pide que el contrato viva, los perjuicios son moratorios, si se resuelve el contrato, los perjuicios serán indemnizatorios.

Las Arras.- En el sistema romano clásico, cumplían una función simple de prueba de la celebración del contrato, a esto se agregaba una función de garantía de cumplimiento de las obligaciones por parte del comprador; tenía importancia jurídica o limitada en el derecho clásico, hay pocas fuentes; son un pacto accesorio.

Parece que los romanos no conocieron bien las arras penitenciales (ordinarias, permiten el desistimiento). Las arras en dinero eran parte del precio, si eran en objeto, el vendedor satisfecho lo devolvía al cumplirse el contrato.

Las arras son una figura del derecho griego, surgieron allí como posibilidad de celebrar una compra-venta consecuente cuando el comprador no tenía la totalidad del precio. El romano encuentra las arras de índole griega y poco las aplica, pero las aplican sí como garantía de cumplimiento; tenemos, en ese entonces, que en la parte oriental de Roma se sigue practicando derecho griego.

En la compilación justiniana se encuentran textos sobre arras que son contradictorias, lo cual complicó el problema. "En la venta, permuta, donación y en el contrato arral, cuando las partes están de acuerdo en celebrarlo por escrito, la forma tiene valor constitutivo y no meramente probatorio". (Justiniano).

Desde un principio hay una división de la figura en dos efectos :

a) Como precio del incumplimiento;

b) En el otro sentido, como señal de celebración del contrato, es un principio de ejcución.

Artículos 1859 y 1861 del C.C. respectivamente. El ingrediente germánico es importante en las arras, el esquema germánico es en la compraventa real sistema rígido. El contrato romano consensual implica confianza, en los germanos no. Antes se tenía el trueque que es un contrato real, se pasó luego de cosa por cosa (permuta) a cosa por precio (compraventa); se daba por anticipado un dinero, que luego, si se realizaba la permuta, se devolvía, luego el dinero no era parte del precio sino garantía o seguridad; esto subsiste hasta cuando la permuta es sustituida por la compraventa en que entonces las arras se devuelven o se cuenta sobre ellas, por lo tanto, antes no se habla de arras como parte del precio o como pena.

La vertiente germánica llega hasta el medioevo, cuando se plantea si tenían las arras naturaleza punitiva. Los Glosadores sentaron las bases, fundamento que son de esa institución. Las arras no fueron para los juristas medioevales elemento esencial de la compraventa, eran un medio, un accidente, podían pactarse, podían acceder al contrato ya celebrado o a una fase de la compraventa.

Bartolo dice "que es un contrato accesorio accidental"

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Se distinguía entre unas arras dadas como parte del precio y no dadas como tal, sino en especie, como por ejemplo con la entrega de un anillo; en las primeras, las arras son consideradas como un anticipo del precio, si el comprador cumple, no tiene que pagar sino el saldo. Si el comprador llegaba a un acuerdo con el vendedor, el contrato se podía disolver ipso iure mero concenso si nada se había dado.

Teníamos entonces: arras como contrato preparatorio, no se paga indemnización o daños. Arras como parte de un contrato de compraventa, sí se pagaba indemnización o resarcimiento de daños.

La configuración de las instituciones ahora, se da con los Comentadores, tenemos las arras destrate o penitenciales, las arras como señal de haber quedado convenido (o cumple o paga perjuicios). Existe una figura intermedia por la vía del código Italiano, en que las arras se confunden con la cláusula penal.

Una cosa es el incumplimiento y otra el ejercicio de un derecho; aclaramos, cuando incumple con arras simples, estoy ejerciendo un derecho que es el de retractación y que cuesta. Las arras como parte del precio o señal de quedar convenidos, no se puede retractar quien las da, sino que las pierde si lo hace y además tiene que celebrar el contrato.

Nuestro actuak C.C. dice al respecto del tema en su Art.1859 lo siguiente: "si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda

de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse, el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas.

El art. 1860 dice: "Si los contratantes no hubieran fijado - plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega.

Y el art. 1861 termina diciendo: "Si expresamente se dieran - arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta, sin perjuicio de lo prevenido en - el art. 1857 inc. 2o.

No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes".

Es de anotar, que las arras como estipulación o pacto accesorio, no es un pacto específico del contrato de venta; así, ellas - se pueden dar por ejemplo en cualquier contrato como el de arrendamiento , por lo tanto, según el doctor Salamanca, con quien comparto su opinión, están mal ubicadas en el código al colocarlas dentro del contrato de venta y hubieran quedado mejor dentro de la teoría general de las obligaciones.

La doctrina había venido considerando que esta pacto podía -

funcionar en los demás contratos como dige arriba, pero ninguna norma - legal lo había extendido. Fue el nuevo C. de Co.el que estableció en la parte general el pacto de arras para cualquier clase de contratos.

En cuanto a su estructura, el C. de Co. tiene tres formas de arras, lo más importante de todas es la que presume que las partes se - pueden retractar cuando se entregan cosas o dinero, pero, también nos - trae este código la modalidad de arras como parte del precio y como señal de quedar convenido.

Veamos algunos ejemplos: Se celebra un negocio de compraventa de un inmueble. A debe entregar un millón de pesos a B. A entrega a B cienmil pesos como parte del negocio, en arras. Si no se dice expresamente a título de qué se entregan esos cienmil pesos, se entiende - que ambas partes, con ese pacto adicional, pueden desistir del contrato cuando quieran. De manera que las arras en este sentido, conllevan la - situación jurídica de no cumplir el contrato.

Segunda forma : Se celebra el contrato de compraventa, y B recibe cienmil pesos como parte del precio o como señal de quedar convenido. En estos dos casos el contrato principal debe cumplirse y no existe para las partes la facultad de desistir del negocio, pero, en nuestro - derecho, las arras se han conservado en el primer sentido que anotamos atrás; las dos últimas formas existieron en el derecho romano primitivo como prueba de ese contrato y que se conserva hoy en señal de quedar - convenido.

Las arras son cosas, lo cual quiere decir que cualquier cosa puede servir de arra; pueden darse por comprador o vendedor. Son un pacto accesorio, de manera que si la compraventa es nula, el pacto de arras será nulo, con base en el principio de que el contrato accesorio corre la suerte del principal. El pacto de arras es real, porque se perfecciona con la entrega de ellas.

Así pues, resumiendo y según el C.C., hay dos clases de arras: Las simples y las solemnes.

Las Arras Simples: Dan derecho a retractarse; la pérdida de las arras son los únicos perjuicios que se pueden reclamar como consecuencia del incumplimiento del contrato en que ellas se dieron. El contrato de venta con arras no da lugar a pedir indemnización de perjuicios cuando no se ejecuta por culpa contractual, pero el pacto de arras no operá si el contrato se ha invalidado por resciliación o cualquiera otra causa independiente de la voluntad de los contratantes. Las arras simples, son pues, en sí, el precio en que se han evaluado los perjuicios en caso de incumplimiento del contrato. Si en el contrato no se dice nada, se presume que las arras son para desistimiento. Algunos las llaman resolutorias o arras penitenciales, pero es mejor llamarlas "arras retractorias", porque su fin es que la persona comprometida se pueda retractar. No está bien hablar de arras penitenciales, porque este concepto nos acerca a la cláusula penal. La cláusula penal es para asegurar la existencia del contrato, en cambio las arras implican una sanción (dar una suma de dinero), éste no se paga como indemnización de

perjuicios (porque no es cláusula para ello).

Algunos dicen que la cláusula penal es un anticipo para la - indemnización de perjuicios, pero esta tesis no es verdadera, porque - muchas veces no hay lugar a los perjuicios y sin embargo, la cláusula - penal se hace efectiva.

Así pues, las arras ponen el contrato en condición resolu-- toria. El contrato es perfecto, y si no dice el otro que se retracta en el tiempo oportuno (art. 1860 C.C.), el contrato se tiene que cumplir.

Aclarado está, cuándo se deben pagar perjuicios, por culpa - ya sea real o presunta, quien cause un daño está obligado a pagar per-- juicios, es decir, cuando no se ejerce un derecho conforme a la ley - (posibilidad de retractarse), entonces no hay lugar a pago de perjui-- cios.

Las Arras Solemnes : Son las del art. 1861 del C.C., cuando - ellas se dan como parte del precio. En este caso las arras son prueba - de la irrevocabilidad del contrato. Si por ejemplo, el contrato se ter- mina por la resolución, las arras forman parte de la indemnización. Es- tas arras deben constar por escrito y dejar la constancia de que forman parte del precio, pues de otro modo se considerarían como simples. Esta es una presunción de derecho, lo dice el artículo citado antes y no hay argumento contra ello. Se les llama también arras Confirmatorias.

Entonces, las arras retractatorias son reales. Las arras que significan parte del precio o señal de quedar convenido, son solemnes y además expresas; cuando hay duda sobre la manifestación de voluntad de las partes, debe entenderse que las arras son, creo, retractatorias. Cuando se entrega una suma determinada como parte del precio, el que la recibe no está obligado a devolverla, pero, si se entrega el dinero como señal de quedar convenido, el que lo recibe sí está obligado a devolverlo, porque en este caso no hace parte del precio.

Finalmente, tenemos que las arras pueden operar en dos etapas:

a) En la celebración del contrato;

b) En la ejecución del contrato.

Así, cuando se celebra un contrato de promesa de compraventa y se le ponen arras a este contrato preparatorio, se entiende que las arras se estipulan es para no celebrar el contrato de compraventa. Hay una condición suspensiva potestativa, este sería el primer caso.

El segundo caso, en que se utilizan las arras es en la ejecución del contrato. Ejemplo: celebro el contrato de compraventa del edificio X, lo llevo a la escritura pública, la cual se registra para perfeccionar así el contrato. La escritura dice: el vendedor entregará el inmueble en el curso de dos años, o puede decir, el comprador entregará el precio en el curso de dos años. Entonces, tratándose de un contrato de ejecución, se pueden pactar las arras retractatorias, y así, el día anterior al vencimiento de la fecha convenida para entregar el precio del

edificio, me puedo presentar ante su propietario y decirle que me retracto de la ejecución de ese contrato según las arras pactadas. Las arras en la ejecución del contrato, el contrato ya está celebrado y faculta a una de las partes para no cumplirlo; hay una condición resolutoria.

Así, aunque el C.C. dice que, las arras son para que no se lleve a cabo el negocio, el C. de Co. dice que puede servir para no celebrarlo o para no ejecutarlo. Hay pues, dos mecanismos en materia mercantil y uno en materia civil.

Respecto de las obligaciones del vendedor y del comprador, aunque hacen parte del tema, tan sólo las mencionamos dándolas por conocidas, pues de lo contrario se nos alargaría demasiado este trabajo, siendo otro su objetivo. Las obligaciones del vendedor se reducen, en general, a dos : La entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida (evicción y vicio redhibitorio).

Las obligaciones del comprador son la recepción de la cosa y el pago del precio convenido art. 1928 C.C.

Cabe anotar, respecto a otro pacto cual es el de la reserva del dominio, que en materia de inmuebles no hay reserva del dominio hasta el pago total del precio. Se acepta en lo que se relaciona a bienes muebles. Es frecuente ver en promesas de venta este pacto; en relación con inmuebles no es jurídico, pues este pacto es para resolver una ven-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ta, no opera entonces tal institución.

El Art. 1931 del C.C. derogado. Ley 45 de 1.930 Art. 1° dice: "La cláusula de no transferirse el dominio de los bienes raíces sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el Art. 1930 del C.C.

Este Art. 1930 equivale al Art. 1546 del C.C., por el cual el efecto normal del incumplimiento del contrato es la condición resolutoria tácita que lleva envuelto todo contrato bilateral; este último artículo se aplica para comprador o vendedor, mientras que el 1930 tan sólo para el vendedor, quien tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo - dichos.

Es de anotar que, el C. de Co. sí autoriza el pacto de reserva del dominio para inmuebles, según el Art. 952 de dicho código mercantil que reza : "El vendedor podrá reservarse el dominio de la cosa vendida, mueble o inmueble, hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio".

El registro : Tenemos el decreto 1250 de 1.970 por el cual se expidió el estatuto del registro de instrumentos públicos. El registro de instrumentos públicos es un servicio del Estado, que se presta por - funcionarios públicos y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

La ley 29 de 1.973, Art. 20 modificó el Art. 80 del citado - decreto, habiendo un tránsito de legislación; el Gobierno nacional, por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro, estableció paulatinamente el nuevo sistema de registro inmobiliario, debiendo quedar - implantado plenamente antes del 31 de diciembre de 1.974.

Están sujetos a registro : Todo acto, contrato, providencia - judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real - principal o accesorio sobre bienes raices, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario; la cancelación de las anteriores inscripciones. El registro de los documentos referentes a inmuebles se verificará en - la oficina de su ubicación.

El registro tiene tres objetos : Hace las veces de tradición, da publicidad y sirve de garantía como medio probatorio. La inscripción es importante (posesión inscrita); el registro informa la situación de los inmuebles, es fuente de información. Una forma para hacer más fuerte el valor de la inscripción, presunción que obliga a los particulares a inscribir el inmueble para figurar como dueño y poseedor. La forma alemana establece no sólo esto, sino es una organización tan perfecta, - que es casi una fotografía de la realidad de los inmuebles, con sanciones para la falsedad ante el registro, tiene organización administrativa y doctrinas especiales.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

La tradición no es realmente un registro, pues las formalidades o formas no pueden ir contra lo real. La tradición se basa en la posesión, pues valga el ejemplo, no he comprado escrituras sino un inmueble. Si la tradición necesita una atención especial, la forma única es la entrega material, el sólo registro no es tradición.

Según unos, pese a algunas jurisprudencias de la corte, lo que perfecciona la venta es la escritura pública y no el registro, La Corte ha sostenido que la compraventa no se perfecciona sino con la escritura registrada (opinión que no comparto). El mismo Andrés Bello advirtió que el registro no tenía otra finalidad que transferir los derechos respectivos. Pero, viene ahora el C. de Co. a confirmar la tesis de Bello que es la misma que sostiene don Fernando Vélez. La venta de inmuebles como simple título, se perfecciona con la sóla escritura pública. El registro sólo sirve para oponibilidad a terceros.

El doctor Salamanca anota que, "La posesión se vincula a la tradición registro (posesión inscrita). El dueño de la cosa es quien tenga el título registrado (posesión inscrita), aún cuando el vendedor no le haya hecho entrega de la cosa vendida, puesto que el registro sirve de tradición. El dueño del título registrado puede entablar demanda y le prospera , porque el individuo que tiene la posesión real de la cosa no es dueño de ella, puesto que la vendió y la entregó al registrar el respectivo título en el libro que se lleva para el caso".

Creemos, armonizando, que la tradición es doble: registro y

entrega material del bien, pues el sólo registro de una escritura no es por sí tradición, decir que gozo de un edificio por tener una escritura en el bolsillo, no es nada; ahora, decir que no hay sino una sola tradición, la posesión material y no la inscrita, me parece una posición extrema. El actual código de comercio en su Art. 322 dice: "La tradición del dominio de los bienes raices requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa".

O sea que, además del registro, se requiere la entrega material de la cosa. (Estas dos cosas comprenden la tradición), posición con la que estoy de acuerdo.

La oficina de registro es hoy en día lenta y demorada en su actuación, mas de acuerdo con los resultados de una investigación realizada por la seccional de Camacol (Cundinamarca), una buena parte de las dificultades y demoras en el trámite de los diversos documentos que deben gestionar los constructores, por ejemplo (ya que la construcción se está dando hoy en forma vertiginosa en Bogotá), se origina en la carencia de conocimientos al respecto de los interesados y de la ausencia de una profunda y óptima divulgación por parte de las autoridades.

Para llenar este vacío, Camacol ha iniciado la difusión de los requisitos que deben llenar los constructores, según sea el documento a tramitar, por ejemplo: la solicitud de registro debe ir acompañada de la respectiva boleta de registro y anotación o de la constancia de estar -

excento de tal impuesto, expedida por la beneficencia correspondiente o por las oficinas recaudadoras de impuestos o por la Tesorería Municipal donde este impuesto no lo perciba la beneficencia.

En caso de solicitud de registro de un acto cuya fecha de expedición sea superior a los 90 días exigidos por la ley, se debe acompañar una boleta del 50%. Tratándose de hipotecas y patrimonio de familia el registro sólo es posible dentro de los 90 días de expedición de la escritura contentiva de esos actos. También se deje adjuntar una copia simple del documento objeto de la inscripción.

Los derechos de registro se cobran de acuerdo con el valor - del acto consignado en el documento a razón de $30.00 por los primeros $10.000.00 más un recargo del uno y medio por mil sobre el excedente de dicha suma, pero es importante tener en cuenta que para que un documento sea aceptado, se requiere suministrar los datos del registro anterior. Cancelados los derechos, la oficina de registro expide un recibo con anotación del turno.

Ceritifcado de Libertad : para solicitar certificado de li-- bertad y tradición, es requisito indispensable indicar el número de la matrícula correspondiente al inmueble objeto de la petición, o en su - defecto, el del libro, tomo, página y partida donde se encuentra inscrito el último acto de adquisición del bien raíz.

2. TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.-

Para hacer más claro el comentario que nos lleva a un convencimiento más o menos claro y con el fin de justificar los motivos que me indujeron a estudiar el riesgo en el contrato de compra-venta, hemos creído conveniente hacer un estudio analítico de la teoría general de - la pérdida de la cosa.

2.1. OBLIGACIONES DE ENTREGAR :

Cuando la actividad del deudor (vendedor), se proyecte sobre un bien, los efectos del vínculo se regulan atendiendo a la calidad de los objetos que son motivo de la venta. Elemental es la diferencia entre bien de especie (cuerpo cierto) y bien de género.

Por especie se entiende un individuo determinado, individualizado, se trata de ese objeto que ha sido precisado por sus razgos característicos, razgos particulares, que lo distinguen de cualquier otro por similar que sea.

Esa identificación del objeto conduce al resultado de que el-deudor tiene la responsabilidad de su cuidado y conservación y que debe mantenerlo en el estado en que se encontraba cuando asumió la deuda, para entregarlo en su oportunidad y por lo mismo responde de todos los deterioros y pérdidas que ocurran por su culpa o la de sus dependientes. La pérdida o deterioros fortuitos corren por cuenta del acreedor, equi-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

valiendo la imposibilidad sobreviniente (pérdida de la cosa vendida) a su pago oportuno en cuanto a sus defectos liberatorios. (C.C. 1729).(1).

El género:

Es el individuo fungible, intercambiable, que se determina - no en sus razgos específicos sino únicamente por su inclusión dentro de un género, clase, número o calidad (C.C. Art. 1565). El deudor asume - los riesgos de la cosa debida, no puede alegar al acreedor que los individuos destinados a los pagos perecieron sin su culpa, pues al ser -- reemplazable ha de cumplir con el resultado de la entrega, en tanto que la especie perece para el acreedor (RES parit CREDITORIS), el género aparece para su dueño, o mejor, se dice que el género no perece, pues su desaparición no comporta la extinción de la deuda (Gener non Perit) -- C.C. Art. 1567 (2).

De lo anterior se colige, que la diferencia básica en cuanto a las obligaciones de especie y género está en los riesgos, en las obligaciones de género, responde el deudor.

El objeto de la obligación de entregar, necesariamente ha de ser determinado y su determinación puede ocurrir individualizando o - bien señalando su número y el género o clase a que pertenece. La calidad de los géneros será la que indique el título, y en caso de silencio

---

1. HINESTROSA, Fernando. Teoría General de las Obligaciones E. Universidad Externado de Col. Bogotá. 1961 P. 42.
2. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Obligaciones. Ed. Temis Bogotá. 1961 P. 42.

una calidad mediana cuando menos (Art. 1566 C.C.).

Cuando son varios deudores de un resultado que solamente se logrará con la participación de todos, se tiene la obligación de actividad conjunta, cada uno de los deudores debe su aporte, pero ninguno por separado realizará la satisfacción del acreedor. Para el pago se requiere que todos participen, que todos los deudores obren y actúen de concurso.

En este evento, si todos realizan su actividad, la actividad se cumple y la deuda se extingue por pago. Si todos están listos a realizar los actos que le conciernes, que por caso de fuerza mayor o caso fortuito se imposibilita la ejecución, la imposibilidad sobreviniente se asimila al pago y equivale a él en sus efectos liberatorios. Artículo 1729 C.C.

Si todas las cosas alternativamente debidas perecen por caso fortuito o fuerza mayor, o sin intervención culposa del deudor o de sus dependientes (art. 1738 C.C.), la obligación se extingue en razón a la imposibilidad sobreviniente, art. 1729 del C.C.

2.2. IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE:

La obligación tiene por contenido una conducta determinada, de naturaleza patrimonial, que una persona determinada (deudor) debe realizar para satisfacer un interés de otra persona determinada (acreedor). Por lo mismo, para que la realización se materialice, es necesario

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

que esa actividad, comisión o abstención, acto personalísimo o anónimo del deudor, entrega de una especie o de bien en género, sea física o legalmente posible. De no ser posible inicialmente la prestación por - uno u otro motivo, el vínculo será del todo ineficaz.

Pero bien puede ocurrir que en el medio tiempo entre la a-- sunción de la deuda y la oportunidad del pago la prestación se haga - imposible (1). En este caso el pago se extingue, la imposibilidad sobreviniente posee efectos liberatorios de toda responsabilidad equivalente a los depago, dicha imposibilidad está con todo sometida a ciertas - condiciones : De tiempo, pues solamente se acepta el cambio físico o legal ocurrido entre la época comprendida entre el nacimiento de la obligación y el día de hacer el pago, no el que se presenta hallándose el deudor en mora. De calidad, es relevante la imposibilidad sólo cuando - es general, no cuando afecta exclusivamente al deudor o cuando depende de un acontecimiento imprevisto art. 1732 C.C., regularmente imprevisible y de naturaleza inevitable o irresistible (Ley 95/990 art. 1) que - se ha presentado sin la intervención culposa del deudor o de sus dependientes o personas por las cuales legalmente debe responder. Art. 1736 C.C.

Es física la imposibilidad sobreviniente, cuando responda de acontecimientos estrictamente naturales; es legal, cuando en el interior se ha presentado un cambio legislativo u ocurre una disposición de au-

---

1. HINESTROSA, Fernando. Obligaciones cit. pág. 79.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

toridad que veda el comportamiento del deudor.

La imposibilidad sobreviniente es el género que abarca todos los sucesos fortuitos e irresistibles que afecta el cumplimiento de la obligación, pero como quiera que debe mayor importancia, presenta el - caso es dentro de las obligaciones de dar o entregar, se toma esta especie para dominar y regular el fenómeno entero (C.C. 1b. Tit. XIX).

La obligación de dar contiene la de entregar y si se trata - de cuerpo cierto, la de conservación de su estado hasta el día de pago. La obligación de conservar exige que en la custodia del objeto se emplee el debido cuidado.

La obligación de género no se extingue por la desaparición o pérdida de los individuos determinados al pago. El deudor mientras subsistan bienes de los mismos o similares características a los preparados al efecto deberá reemplazar a éstos por igual número de objetos, de donde se desprende el principio de "Geners non perunt" (1).

La obligación de cuerpo cierto está concretada a un objeto específico no fungible, no reemplazable individualizado, a través de sus razgos principales singulares, el riesgo del cuerpo cierto lo asume el acreedor (RES PERIT CREDITORIS). (art. 1607, 1729 C.C.), pero dentro de las siguientes precisiones :

---

1. HINESTROSA, Fernando, Obligaciones. Cit. pág. 80 en igual sentido VALENCIA ZEA, Arturo. Cit. pág. 63.

Siempre que la cosa perece en manos del deudor se dice que ha sido siempre por su hecho o culpa, involucrando dentro de ésta - la de sus dependientes (1729, 1738 C.C.), la prueba de la inocencia incumbe a quien la alega (C.C. art. 1604 inc. 3°y 1733 inciso 1°).

Si el objeto perece, entendiendo por pérdida su desaparición como su ruina total y parcial en el caso de que se vuelva inidóneo para su destinación natural o para la especie dada en el título obligatorio, estando el deudor en oportunidad para hacer el pago o con anterioridad a ella, al reo se le abren dos posibilidades de exoneración de responsabilidad: Probar su diligencia, cuidado, previsión, pericia, o sea, acreditar que no incurrió en el error de conducta o culpa y aprobar que la cosa pereció por causa de un elemento extraño (culpa del acreedor, intervención de un tercero, caso fortuito, caso de fuerza mayor). Sin su participación (art. 1604 inciso 2° del C.C.).

Si la especie se pierde entando el deudor en mora de entregarla (1608 C.C.), sus posibilidades de descargar la presunción que obra - en su contra se reduce: Ya al terreno de la culpa le está vedado, de - nada se valdrá probar su cuidado por mínimo que haya sido, está constreñido a demostrar el acontecimiento foruito, estando por tal "el elemento extraño" con la agregación de acreditar que así se hubiera puesto el poder del acreedor la cosa puntualmente, ésta de todas maneras había perecido (art. 1604 inc. 2°; 1733 inc. 2° del C.C.).

A este mismo tratamiento está sometido el deudor que pierde -

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

la cosa, cualquiera que sea el momento de su desaparición, cuando ha obrado de mala fe, cuando ha prometido su entrega a diversas personas por obligaciones distintas (art. 1707 C.C.).

El deudor que hurtó un cuerpo cierto asume la totalidad de los riesgos sin ninguna excusa, puede oponer el acreedor para redimir su obligación (art. 1735 C.C.).

Al perecer la cosa estando aún en poder del deudor, pero con posterioridad a la oferta de pago, en razón de la mora creditaria aunque solamente responda por su culpa lata, error asimilable al de, o - por el daño maliciosamente causado (art. 1739, 63 C.C.).

Si el deudor resulta irresponsable por haber logrado comprobar su inocencia siendo admitida su desmostración, la deuda se extingue, cesa totalmente su responsabilidad y tan sólo tiene el compromiso de ceder al acreedor las acciones endemnizatorias que posea contra terceros causantes del daño (art. 1736 del C.C.).

Si en cambio, el deudor resulta responsable de culpa o asumió legal o convencionalmente el riesgo, la obligación persiste pero con - sustitución de objeto, de deuda de cuerpo cierto que se convierte en genérica, de pagar suma de dinero, equivalente pecuniario del objeto y - los daños y perjuicios que con su incumplimiento ha ocasionado al acreedor (art. 1731 inc. 3º del C.C.). Si la cosa desaparecida es recuperada con posterioridad a la reparación, el acreedor puede exigir su entrega devolviendo lo que recibió en razón de su precio (art. 1734 del C.C.).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

El deudor que de manera inculpable, ignorando con excusa su obligación destruye, enajena o pierde la cosa debida, está obligado a pagar su precio, pero no a indemnizar perjuicios (art. 1737 C.C.).

2.3. MODIFICACIONES DE LA RESPONSABILIDAD :

La reglamentación ordinaria de la responsabilidad completa es susceptible de cambio por convención de partes que determina deberes - más amplios y profundos que los habituales, trazadas por el ordenamiento y si corrientemente el caso fortuito verdaderamente en circunstancias es liberatorie. (art. 1604 inc. 2 del C.C.), son admitidos los objetos negociables y acordar la exclusión de algunos riesgos especiales como disculpa a la responsabilización del deudor por todo acontecimiento imprevisto o irresistibles. (1).

El problema de la modificación del régimen legal de la responsabilidad (art. 1604 inc. 4 del C.C.), se plantea en dos direcciones, - de un lado la reducción de los deberes corrientes y de otro su aumento, (art. 1732 C.C.). En un principio la segunda medida no merece censuras, mientras que la primera cuenta con oposición que mueve a vetar todo contrato al respecto, o cuando menos a restringir notoriamente su operancia.

De todas maneras, la parte general que sirva de derrotero en

---

1. MAZEAUD, Cit. RODRIGUEZ FONNEGRA Jaime, del contrato de compraventa y materias aledañas. Ed. Lerner Bogotá - 1.966 Páf. 677.

el estudio de todas estas funciones indica repugnancia hacia los abusos de una posición privilegiada jurídica o económica para evitar las desigualdades comprobables en la situación de los contrayentes al tiempo de celebrar el contrato se traduzca en renunciamiento anticipado de poderes legítimos, ya de parte del acreedor, según el juego de las distintas prestaciones, lo que hace ver igualmente censurable una situación de franca irresponsabilidad convencional, que una de responsabilidad exagerada, y conduce al intérprete en su labor de pulimento en los negocios a desatanderse en todas las estipulaciones que desequilibren notoriamente la igualdad de trato a que aspira la ley.

2.4. OBLIGACION DE DAR.

El deudor de cuerpo cierto asume el compromiso de conservar la especie y entregarla oportunamente (art. 1605 y 1606 del C.C.), siendo de su cargo todos los riesgos que sobrevengan hallándose en mora o habiendo prometido su entrega a varias personas por diferentes conceptos, en vista de su mala fe (art. 1607, 1731 y ss. del C.C.), cuando la cosa perece encontrándose el obligado en tiempo para entregarla, presumiéndose que incurrió en culpa previa o de dependientes suyos (art. 1730 y 1738 del C.C.), se le admite el descargo fundado en su diligencia y en pérdida o deterioro causado por pérdida o acontecimientos fortuitos presentados, no obstante su vigilancia y cuidado (art. 1604, inciso 3° y 4°, 1733 del C.C.).

2.5. DETERIORO DE LA COSA

El deudor en principio, debe la cosa en el estado en que se

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
[illegible]

halla en el momento en que surgió la obligación en tratándose de cuerpo cierto. Cuando el objeto desaparece se presume la culpa del deudor, pero él puede exonerarse de responsabilidad, demostrando cuidado y diligencia o que el insuceso sobrevino por caso fortuito. En estos casos el acreedor debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre y esto crea efectos liberatorios (art. 1648 del C.C.), el acreedor puede pedir al deudor las acciones que éste posee contra quien causó el daño (art. 1634 Inc. 3 y 1736 del C.C.). Cuando los deterioros y la pérdida son imputables al deudor, podrá entregar la cosa en el estado que se encuentre si las mismas no son de consideración y si siéndolo, el acreedor lo acepta, además del faltante en dinero y la indemnización de perjuicios (art. 1648).

Conforme al artículo mencionado, incisos 1° y 3°, el acreedor de la obligación de dar cuerpo cierto debe recibirlo en el estado en que se halla, a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan de no haber pagado al deudor de especie viviente o descomponible que originó la obligación primaria de conservarlo, anexa a la de dar, o que el daño no haya sobrevenido por caso fortuito liberatorio.

ha de tenerse en cuenta que al ser liberatorio el caso fortuito causante del deterioro de la especie que se entrega no obstante que el deudor la haya hurtado, o robado u obligándose a entregarla a varias personas de modo que en el pago que se efectuara a alguna de ellas le impidiera pagar a otras, puesto que la obligación, a pesar de lo uno o de lo otro, se paga, sólo que hurtada o robada por el deudor el acree-

dor puede rechazarla mientras esté expuesta a ser materia de interdicción posesoria. (1).

El acreedor no puede forzar al deudor a que le entregue objeto distinto del debido, aún cuando sea similar o de inferior valor a él, como tampoco solicitar el remplazo de la prestación, cualquiera que sea, ni el deudor puede constreñir al acreedor a que le reciba prestación diferente de la ordenada, aun cuando demuestre que la ofrecida - como sustituto es del mismo o de superior valor que el de aquella.

Estableciendo una conclusión tenemos :

A _____ B

Vendedor Comprador

(cuerpo cierto)

A debe cuerpo cierto a B.

B recibe la cosa tal como se halla.

No la recibe:

a) Cuando se deteriora por hecho o culpa del deudor o de sus dependientes (Inc. 1° y 3° .).

b) Cuando el deudor se halla constituido en mora, a menos -

---

1. RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. Compraventa y materias aledañas Ed. Lerner, Bogotá. 1960. Pág. 671.

que dentro de esa mora haya ocurrido un caso fortuito y en virud de él la cosa, de todas maneras, hubiera perecido.

El artículo 1648 tiene dos casos en que el deterioro no lo asume el acreedor, es decir, castiga al deudor cuando incurre en culpa - él o sus dependientes y cuando incurre en mora.

2.6. VENTA DE CUERPO CIERTO

a) Es aplicable al contrato de compraveta los expuesto en los capítulos precedentes, que sobre el vendedor de cuerpo cierto pese las consecuencias de sobrevenir caso fortuito liberatorio que traiga la destrucción de la especie cuyo dominio se deba a la desaparición o deterioro, o que consista en la expropiación del objeto debido. Con sujeción a ello ha de entenderse el primer inciso del artículo 1876 (1); el que no atañe al evento de que el vendedor de especie viviente o descomponible omite pagar su obligación primaria de conservarla en su ser, y - en el cual falta la manifestación deterioro expresa de que ni el perecer la cosa (llamada ahí pérdida) ni el deterioro del objeto son - para el comprador si el hecho no ocurre en caso de fuerza de liberación. El vendedor, en efecto es deudor del dominio vendido y no cabrá pensar que por ese artículo se establecerá regla especial para la compraventa de cuerpo cierto sin echar a rodar la admirable armazón que se ha - visto, ni tomado al pie de la letra sin imputar al legislador el crimen de absolver al vendedor que abandona la especie cuyo dominio ha vendido,

---

1. "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que vende pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado - la cosa.

agravado con el autorizársele para cobrar el precio.(2).

b) Admitiéndose por el contrario los principios generales que en lo anterior del presente capítulo se declarar, hay que refutar que - al referirse a pérdida y a deterioro en el primer inciso del citado artículo, el código contempla apenas aquellos eventos en relación a los cuales se reunan las tres condiciones siguientes :

1. Sobrevenir el deterioro o la imposibilidad de pagar con la especie en caso fortuito ocurrido no estando el vendedor en mora, o que estándolo habría acaecido si el objeto hubiera sido entregado al - comprador.

2. Acontecer el caso fortuito a pesar de haber empleado el vendedor la diligencia debida de precaverlo.

3. No haber éste hurtado ni robado la especie, ni venir obligado al acontecer el caso fortuito a darle a otra persona, a menos - que se trate de deterioro de la que se entrega por una parte y se recibe por la otra.

c) Acerca de las circunstancias indispensables para que un suceso constituya caso fortuito, tenemos que no todo suceso que impide ejecutar la prestación en ese caso fortuito, requiriéndose conforme al - léxico, para que alguno lo sea :

---

2. RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. Compraventa y Materias Aledañas Edit. Lerner Bogotá 1.960, Pág. 693.

1. Que al iniciarse el contrato el acontecimiento no haya sido previsto por todas las partes; lo que está previsto acontece normalmente, por grave y raro que sea, y tomar el deudor sobre sí el peligro de que determinado acontecimiento sobrevenga, es prever este suceso ya, de consiguiente reputar que, si llegare a suceder, él mismo no constituirá caso fortuito, aú cuando se presente como inevitable por lo que el deudor y el acreedor concierne;

2. Que el acaecimiento no haya podido ser evitado por el deudor. De ordinario, la falta de diligencia de éste se confunde con la ausencia de caso fortuito, cual sucede en eventos como el de que el tren se descarrila por mal estado de la vía férrea y el de formarse corto circuito por deficiencia del fluido de la instalación colocada por el arrendatario o por haberlo éste quitado; pero, alguna vez la falta de diligencia actual no equivaldría a no prevenir la pérdida o el daño de caso fortuito, y ambos fenómenos pueden, rigurosamente hablando, coincidir. Ejemplo más diciente es el de que habiendo el deudor de cuerpo cierto dejado abierta la puerta de la casa donde lo tiene, por ahí penetren los ladrones y se lleven el objeto. La culpa antecedente no quita pues, la condición de caso fortuito al suceso que a última es inevitable, sólo según vamos a ver, el acontecimiento ha ocurrido por negligencia del deudor y no es liberatorio (1).

La regla general del primer inciso del artículo 1876, que es

---

1. PEREZ VIVES, Alvaro, Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano, Teoría General de las Obligaciones (Obligaciones). Universidad Libre, Bogotá 1.962 Pág.75.

puramente interpretativa, no tiene cabida sino cuando el comprador ha - concedido plazo, no siendo la obligación del vendedor para ser ejecutada inmediatamente, dejando éste de constiturle en mora, y ello, no tratándose del deterioro en cuanto el vendedor no ha hurtado ni robado la especie, ni cometido la falta de obligarse para con otro en términos que, pagando a éste, dejare de pagar al comprador. Esa regla general se justifica pactándose plazo, en efecto, el comprador echa sobre sí las consecuencias de lo acordado y, por lo tanto, las de la insolvencia del - vendedor, las proveniente de que entretanto la cosa perezca o se de- - terìore por caso fortuito que se realice mientras la especie permanezca en poder del vendedor que haya venido cumpliendo con su obligación secundaria de guardarla y que no la haya hurtado ni robado, ni la tenga - prometida a otro, desde luego que el vendedor de cuerpo cierto ha de poner cierta vigilancia en la custodia, según la naturaleza del contrato o según las estipulaciones expresas de los contratos, mal estaría que fuera de los casos exceptuados, él correrá con el caso fortuito que sobreviniera sin embargo de su diligencia conducente a prevenirlo, y de - tal manera, es indispensable la conclusión legal de que si a consecuencia de caso fortuito ocurre durante el plazo la destrucción, la desa- - paración o el deterioro de la especie vendida, o si llegó a efectuarse el consistente en fatal expropiación del objeto de la obligación del vendedor, sea como si el comprador la hubiere dado en comodato o en prenda. Y también en natural que si el comprador ha dejado de reconvenir al vendedor cuando es necesario hacerlo para constiturle en mora le sucede el riesgo, por no haber manifestado él voluntad de ejercer su derecho o - que se le haga tradición inmediata, si no es que ha tenido intención de

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

no hacerlo efectivo todavía o que se ha descuidado en ello, o en otros términos, por haberse contentado con que, no siendo alguno de los casos exceptuados, el vendedor cumpla con su obligación secundaria de guardar la especie con la diligencia que le incumbe.

Objétase con todo, que ninguno de los contratantes ha consentido en objetarse para con el otro, sino con la condición de que éste ejecute la prestación a su cargo. (1).

No quiero determe en cómo será el asunto en el derecho francés, debiéndome limitar a que en el derecho romano, sobre la compraventa que es objeto de obligacionesla solución de que operándose por caso fortuito de destrucción, la desaparición o el deterioro del cuerpo cierto cuya propiedad se deba, la pérdida se efectúe en mora si ha sido negligente en la custodia conducente a evitar el suceso dañoso, resulta determinado por circunstancias que atañen la técnica y tales, que hacen poner de lado cualquier consideración sobre los fines último que el comprador haya tenido en mira al tiempo del contrato y para satisfacer los que haya él exigido, y el vendedor aceptado que éste asuma el peligro del suceso fortuito que sobrevenga a pesar de la diligencia que haya de emplearse para prevenirlo. Conforme a esta técnica y a los conceptos que la informan, cada una de las obligaciones provenientes del contrato bilateral es susceptible de extinguirse por sus medios propios

1. CAPITANT. "De la causa des obligations, Josserand, Planiol & Repert, 'porque siendo el contrato de compraventa bilateral, ha de pagar al comprador las mercaderías perdidas fortuitamente si el vendedor no tiene que entregarle nada".

y con la independencia de los otros, sea voluntariamente (pago, novación, remisión), o sea fuerza de los hechos (compensación no convencional, confusión, prescripción) de tal manera, si bien de contratos bilaterales como el de compraventa y el de permuta surgen las obligaciones recíprocas de las partes a un mismo tiempo, no por ello estas obligaciones han de estinguirse en un momento dado, y aunque el principio haya sido el origen. De otro lado, en tal sistema el caso fortuito que impide pagar se mira como hecho extintivo de la deuda por lo relativo a lo que se ha hecho imposible satisfacerla, atendiéndose a que todo contrato debe ejecutarse de buena fe y considerándose por consiguiente que, por tener el deudor el cuerpo cierto, que emplear en la custodia cierta diligencia cuya magnitud se determina por las estipulaciones de las partes o por la naturaleza del contrato, la omisión de esta diligencia, también llamada culpa, hace que el suceso dañoso no constituya caso fortuito o acontecimiento imprevisto y al cual no se puede resistir, o bien quitar al caso fortuito la condición de fenómeno lineratorio, semejante a como ocurre si el deudor está en mora (salvo alguna vez entre nosotros) o si conforme al código él ha hurtado o robado la especie o no tratándose de mero d-terioro, se halla obligado a una misma dación para con varios acreedores; por donde se concluye que si el vendedor ha empleado el cuidado debido en la custodia y sin embargo el caso fortuito sobreviene (circunstancias cuya comprobación está a su cargo), él mismo se libra de la responsabilidad que tendría sin el caso fortuito que le impiede hacer la tradición que debe, a menos que él se haya constituido en mora o ejecutado hecho de los mencionados anteriormente.

3. COMPRAVENTA DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

Existen unas compraventas especiales, como compraventa a prueba, al gusto, las marítimas y la de establecimientos de comercio sobre la cual veremos algunas nociones de interés en nuestro estudio. Antes, en este tipo de operaciones se burlaban los derechos de terceros. Según vemos el artículo 525 del C. de Co. en lo referente a las operaciones - sobre establecimientos de comercio, "enajenación de un establecimiento de comercio a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elemen-- tos que lo integran".

Así, con el establecimiento de este tipo, entonces se pueden realizar varias operaciones: enajenación (venta o permuta), dación en - pago, aporte en sociedad, arrendamiento, comodato, usufructo, etc. Las operaciones sobre estos establecimientos son en bloque, a menos que - las partes pacten lo contrario. En la compraventa tenemos que ver qué se regula por el C.C. y qué por el C. de Co.; si se trata de establecimientos de comercio, se presume que esas operaciones son mercantiles - (Art. 20, numeral 4° y Art. 21 del C. de Co.), si se trata de dos civiles el contrato se rige por el C.C., si el acto es comercial para una - parte y civil para la otra, se rige por la ley comercial (Art. 22 del - C. de Co.).

La enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado debidamente autenticado; la apertura o enajenación de

ellos se debe registrar en la Cámara de Comercio (artículo 28, Ord. 6° C. de Co.). Todos los contratos del establecimiento de comercio pasan con sus ventajas y desventajas (art. 516 del Código Mercantil).

Un balance general con una relación específica del pasivo, certificados ambos por un contador público, deberá el enajenante entregar al adquirente. Tanto el uno como el otro responderán solidariamente de todas las obligaciones que hayan sido contraídas hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades propias del establecimiento y que tengan constancia en los libros obligatorios de contabilidad. Esto lo vemos en el artículo 528 del C. de Co., que contempla algunos requisitos para que no sean burlados los acreedores con la enajenación. Las deudas que no aparezcan en los libros de contabilidad, el adquirente no es responsable. Los acreedores que se opongan pueden pedir garantías para la seguridad de sus créditos. La prenda de un establecimiento de comercio no cobija los activos circulantes, pero se puede hacer extensiva a ellos por estipulaciones expresas.

Creemos que las disposiciones a este respecto son acertadas y completas.

3.1. LA OBLIGACION DE ENTREGAR EN MATERIA COMERCIAL.

El Art. 1880 del Código Civil dice que las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos : La entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. Y, el inciso final consagra ; "La tradición se sujetará a las reglas dadas en el Título 6° del Libro 2°". Resalta -

esa norma cómo trata de asimilar la expresión entregar con la tradición, a pesar de que, a nuextro modo, encierra una incorrección, por recoger- o sostener sustancial y gramaticalmente alcances diferentes.

Si hablamos de entregar, sin agregar otro concepto a la obligación, se cumple cristalizando materialmente ese hecho, es decir, colocando al comprador en la posibilidad física de la explotación útil de la cosa. Pero, si se pretende refundir con la tradición, la cuestión - varía sustancialmente, por cuanto este último fenómeno no se logra - sino mediante la transferencia del dominio. No es la entrega, de esa - manera, la obligación, sino apareja otra consecuencia: la disposición - del objeto vendido, que indiscutiblemente plantea una obligación diferente.

En sentencia de casación de fecha 2 de septiembre de 1.970, la Corte Suprema de Justicia insistió que la obligación es de trasmitir el dominio, adoptando el criterio de que no basta la entrega y la posesión útil y pacífica, sino que es indispensable la tradición. Dijo la - Corte en uno de los partes del fallo y que en resumen de esa posesión: "Como consecuencia lógica de lo expuesto, resulta que habiéndose obligado el demandado por el Contrato (de compraventa, hay que entenderlo), a transferir el dominio de un inmueble sobre el que no tenía derecho de propiedad sino meros derechos hereditarios en él vinculados (se trata - de una típica venta de cosa ajena, agrego yo), por el registro de la - escritura pública en que se consignó aquel contrato, no cumplió con su obligación de traducir el dominio, por la clara razón de no ser el ver-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

dadero dueño de los inmuebles". (1)

Tuvimos oportunidad de estampar al hablar de los alcances de la expresión, dar nuestra posición que difiere abiertamente del criterio acogido por nuestro más alto tribunal de justicia y que coincide eso sí, con la sentencia del 31 de mayo de 1.938 de la misma Corte, cuando sostuvo : "El comprador no podrá demandar la resolución del contrato cuando el vendedor ha hecho entrega de la cosa aunque ésta sea ajena su no es perturbado en su posesión". Tal como está concebida la compraventa en nuestro estatuto civil, la obligación es la de entregar la cosa vendida, es decir. procurar la posesión útil o provechosa del comprador en el momento de adquirir el bien, es la aplicación de los principios del derecho romano de la segunda época, en donde la obligación del vendedor se cumplía con la entrega de la cosa. Diferente, en verdad, a la tesis acogida en el derecho francés, en donde la entrega supone fundamentalmente, la tradición. Sin tradición no hay cumplimiento de obligación del vendedor ya que la compraventa es título y modo.

En el derecho alemán la compraventa hace surgir obligaciones, y por tanto, el vendedor debe cumplir la principal mediante la entrega respaldada, posteriormente, con la transferencia del dominio; por eso, si el vendedor no es el dueño de la cosa, el comprador puede demandar la resolución del contrato por incumplimiento.

---

1. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales contratos Civiles, Ed. sexta, Librería El Profesional, Bogotá, 1.983.

3.2. LUGAR Y MOMENTO DE LA ENTREGA.

El artículo 905 del Código de Comercio, al definir la compraventa como el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagar el dinero (artículo 922 del C. de Co.), al decir que la tradición del dominio de bienes raices requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa, están señalando los alcances de la obligación de entregar a cargo del vendedor. Indiscutiblemente se requiere no sólo la entrega material de la cosa, sino la transmisión del dominio - para el cumplimiento de esa obligación.

No cabe, por tanto, discusión alguna sobre este aspecto. La imposición de la transmisión en la compraventa es evidente e incuestionable. No basta pues, la entrega, para satisfacer la obligación; debe el vendedor tradir el bien objeto del contrato.

Empero, me llama poderosamente la atención, los términos de la tradición que regula el artículo 922 del C. de Co. para los bienes raíces, cuando exige además de la inscripción del título en la oficina de registro del circuito donde se encuentra el bien, la entrega material, - por cuanto va mucho más allá de lo ordenado en el C.C. que solamente requiere, en su artículo 756, la inscripción del título.

Resulta difícil entender, tal como está constituida, la tradición mediante dos supuestos : La inscripción y la entrega material, por

que se presta en realidad, a mantener una dualidad de derechos peligrosos y controvertibles : Si el título se registra pero no se hace la entrega material de la cosa, no se opera la transferencia plena del dominio; y, por el contrario, si se hace la entrega, pero no se inscribe el título, con mayor razón, tampoco hay tradición. Entonces, ante la oficina de registro ¿quién es el dueño, el comprador, o sea la parte que recibió el título y lo registró formalmente, o el vendedor quien extendió el título y tenía la capacidad d intención suficiente para transmitir el derecho de propiedad, pero no hizo entrega material del inmueble vendido?. . . ¿y frente a las partes? . . . ¿y frente a terceros? . . . ¿El que conserva la cosa en su poder a pesar de haberla vendido?.

Cuando la entrega de la cosa se cumple con cualesquiera de - las formas establecidas en los artículos 754 y 756 del C.C., pesa sobre el vendedor una especie de obligación de conservación, que se satisface con la realización de aquellos actos de cuidado necesarios para mantener la cosa, por lo menos, en el estado en que se encontraba al momento de perfeccionarse el contrato, cuando se trata de cuerpo cierto. Dispone el artículo 1605 del C.C.:"La obligación de dar contiene la de entregar la cosa. Y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de - conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir", y el artículo 1606 - ibídem, fijando los alcances de esa obligación dice : "La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado. De esta manera, perfeccionado el contrato, se mantiene a cargo del vendedor el compromiso de cuidar la cosa hasta la entrega. No basta con -

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

perfeccionar el contrato y pretender entregar la cosa en cualquier estado. No debe el vendedor, emplear la diligencia ordinaria en la conservación; reponde él en consecuencia de la culpa leve y del dolo (artículo 63 y 1604 del C.C.).

El vendedor queda descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa y sólo será responsable del dolo o de la culpa grave, si el comprador se constituye en mora de recibir como dispone el artículo -- 1883 del C.C.

Pero, hasta dónde se puede extender esta obligación; podrá el vendedor responder de la fuerza mayor o caso fortuito, sabiendo que éste es un hecho imprevisto y repentino ajeno al querer y a las condiciones de cuidado del vendedor, y que es inevitable en sus consecuencias?.

El artículo 1729 del C.C. se refiere de manera general de - fijar los efectos, preceptuando : "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación, salvo las excepciones de los artículos subsiguientes". Es la explicación del principio romano Res Perit Creditoris.

Y este criterio está contemplado específicamente en la com-- praventa, en el artículo 1876 del C.C., que dice : "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al - comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se

haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la - mejora o deterioro pertenecerá al comprador".(1).

De acuerdo con este artículo la cosa perece para el comprador que es el acreedor de ella, como es el vendedor deudor de la misma. En ese orden de ideas y la pérdida o deterioro la sufre el comprador, -- cuando se trata de especie o cuerpo cierto desde el momento de perfeccionarse el contrato. Se requiere para que tenga vigencia el artículo - 1876 del C.C. : a) que se trate de venta de especie o cuerpo cierto, - porque el género no perece, tal como lo consagra el artículo 1567 del - C.C.". La pérdida de algunas cosas de género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe". Es, en - síntesis, la aplicación del principio romano "Genera monpereunt"; b)que no se vende bajo condición suspensiva, porque mientras pende la condición, los riesgos los asume el vendedor.

Cuando la pérdida se debe a fuerza mayor o caso fortuito ocasionados por la mora del vendedor, se extingue la obligación, y éste - deberá restituir el precio recibido e indemnizar los perjuicios correspondientes, salvo que la destrucción o perecimiento hubiera tenido --

---

1. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles, Ed. 6° Bogotá 1.983

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

también ocurrencia en poder del comprador. Si bien, la prueba del caso fortuito corresponde al vendedor por ser la parte que alega, tal - como lo impone el artículo 1733 del C.C.

No basta con manifestar el vendedor el perecimiento, se exige acreditar el hecho imprevisto. El artículo 1604 del C.C., inciso final, establece que la prueba de la diligencia corre a cargo del que debe cuidarlo, en este caso el vendedor, por cuanto en los contratos bilaterales en que ambas partes reportan beneficios, gravándose recíprocamente la responsabilidad de los contratantes, se ubica en la culpa leve que hace suponer el grado de conducta del otorgante. Cuando la pérdida es parcial o se produce un deterioro en el objeto vendido. Si el riesgo de la cosa lo asume el comprador en su totalidad, con mayor razón si es parcial la pérdida o simplemente se deteriora.

Empero, al quedar parte de la cosa, la obligación del vendedor es de entregarla en las condiciones existentes, partiendo de la - base que la disminución es producida por fuerza mayor o caso forutito y no por negligencia, culpa o mora del vendedor, en cuyo caso estará obligado a entregar lo que reza en el contrato, pudiendo el comprador pedir que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa y, además de lo uno o lo otro, la indemnización de perjuicios.

Pero, si se vende una cosa de las que suele venderse por peso, cuenta o medida, señalada de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, la pérdida o deterioro, así como las mejoras, -

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

pertenecerán al comprador, aunque no se hayan pesado ni medido, porque se entiende que la venta no es de género sino de cuerpo cierto, y como tal, está sometida a los efectos de esa venta.

Si de las cosas que suele venderse a peso, cuenta o medida, sólo se vende una parte indeterminada, se entiende que la venta es de - género, subsistiendo ante la pérdida o destrucción la obligación del - vendedor.

3.3. LOS RIESGOS EN MATERIA COMERCIAL.

El riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito o-- currido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el - comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o - el caso fortuito no la hubiera destruido sin la mora del comprador. En este caso deberá el comprador el precio íntegro de la cosa. Consagra la ley mercantil, el precio "Res Perit Dominio", para derivar los efectos del riesgo en la pérdida. La destrucción de la cosa, antes de la entrega y una vez perfeccionado el contrato, es a cargo del vendedor, salvo que el comprador se hubiera constituido en mora de recibir, porque en este evento corre completamente con el riesgo de la pérdida total o parcial, y con la obligación de pagar el precio convenido.

Por su parte, el artículo 930 del C. de Co., impone los efectos de esos riesgos, diciendo : "Si la falta de entrega procediera de - la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor li-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

bre de toda responsabilidad". Reglamenta una resolución ipso-jure de - pleno derecho cuando no se puede cumplir con la entrega de la cosa por la pérdida fortuita, siempre y cuando, y éste es un aspecto complementario de la situación general del riesgo, no sea imputable por causa - del vendedor, en cuyo caso se resolverá el contrato, también de derecho, pero subsistirá la indemnización por los perjuicios que le causen al - comprador.

Corresponde, por tanto. la prueba del caso fortuito al vendedor, por ser la parte que lo alega. También se eriege para el vendedor la obligación de conservación, desde el momento de la celebración del - contrato hasta su entrega, so pena de indemnizar los perjuicios.

De acuerdo con esta asunción del riesgo en la venta de un - cuerpo cierto, nos parece poco acorde con la equidad, el tratamiento - que la ley le da a los frutos pendientes al tiempo de la entrega para asignárselos al comprador, mediante lo estatuido en el artículo 919 : "Los frutos naturales pendientes al tiempo de entrega, y todos los frutos tanto naturales como civiles, que después produzcan la cosa, pertenecerán al comprador de buena fe exento de culpa". Lo justo sería que así como el vendedor asume el riesgo de la cosa hasta la entrega, le - pertenezcan los frutos naturales y civiles hasta ese mismo instante sustancial, para colocarlo en una misma situación. Pero no es así: La parte del riego es a cargo del vendedor y la parte del beneficio para el - comprador.

Indiscutiblemente, el Código Civil sí es acorde en ese planteamiento, con base en lo dispuesto en los artículos 1872 inciso 2° y 1876 ya comentados.

El lugar donde deba cumplirse la entrega implica un aspecto extraordinario en desarrollo del acto jurídico, por cuanto determina - en el espacio los alcances de la obligación.

El Código Civil guarda silencio sobre este aspecto, ya que - al tratar la compraventa omite reglamentar esta materia.

Indubitablemente, las partes pueden señalar, por convenio expreso, el lugar donde debe hacerse la entrega. De suerte que, consignada la voluntad de los contratantes en el señalamiento del sitio, debe - cumplirse con la entrega, sea cual fuere el lugar donde se haya celebrado el contrato. Es otra aplicación fundamental del principio de autonomía de la voluntad en los contratos. Pero, si las partes no expresan el lugar a cumplir la entrega, corresponde acudir a textos que regulen situaciones semejantes para precisar los alcances de esa obligación. Encontramos, para esos efectos, el artículo 1646 del C.C., y con base en esta norma podemos decir que la entrega debe hacerse en el lugar donde existía la cosa en el momento de la celebración, cuando se trata de -- cuerpo cierto; si el objeto de celebración es de género. el lugar donde se debe cumplir con la entrega es el del domicilio del deudor, o sea, - el del dendedor. Claro está que, si el bien vendido es un inmueble, se comprende, por la naturaleza inamovible de la cosa, que la entrega de--

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA

berá hacerse donde está situado, sin poderse modificar por cláusulas especiales o por el lugar de la celebración del contrato.

El artículo 1882 del Código Civil prescribe que la entrega debe hacerse "inmediatamente después del contrato o la época prefijada en él", señalando así el momento de la entrega.

Ciertamente que la obligación de pagar la cosa inmediatamente después del contrato, supone que exprese la voluntad de los contratantes de diferente o especial manera, porque para ese caso prevalece el querer de las partes; eso significa que, a falta de estipulación, la entrega se hará inmediatamente después de la celebración del contrato. Por eso, considero que el artículo 1882, en su inciso primero, ha debido regular inicialmente la oportunidad de la fijación del momento de la entrega por el acuerdo de las partes, para luego dejar o suplir ese vacío contractual con la expresión inmediatamente después de celebrado el contrato". Todo esto en guarda de una armonía legal.

¿Qué quiere significar la expresión inmediatamente? . . siendo un adverbio de modo, denota gramaticalmente : en el acto, en el instante, enseguida y jurídicamente mantiene estrecha relación para precisar los alcances, es decir: celebrado el contrato, si no se conviene lo contrario, debe hacerse la entrega incontinente en el instante, enseguida, en el acto. No se puede dilatar en el tiempo ese evento. Si no hace la entrega se coloca, justamente, en estado de incumplimiento por retardar la entrega.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Así, si el vendedor no entrega la cosa vendida en el tiempo estipulado o inmediatamente después de celebrado, incumple el contrato.

3.4. DESISTIMIENTO Y ACCION RESOLUTORIA.

El artículo 1882 en el inciso 2° consigna los efectos del incumplimiento del vendor cuando dice : "Si el vendedor, por hecho o por culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio preservar en el contrato o desistir de él, y en los dos casos para ser indemnizado de los perjuicios, según las reglas generales". Pero, además, se requiere que el comprador haya pagado o esté pronto a pagar el precio íntegro, o si ha estipulado pagar a plazo como lo manda el inciso 3° de ese mismo artículo. En consecuencia : el incumplimiento permite al comprador exigir el cumplimiento del contrato o desistir de él, con derecho a la indemnización por perjuicios.

3.4.1. Desistimiento.

Se sostiene por jurisprudencia y doctrina, que el desistimiento de que habla el precitado artículo, es la misma condición resolutoria de que habla el artículo 1546 del Código Civil que va envuelto en todo contrato bilateral. En otras palabras, desistir y resolver son la misma figura sustancial.

Nosotros no compartimos ese criterio, consideramos que el desistimiento es una figura separada o diferente a la resolución, aún cuando produzca los mismos resultados : Dejar sin efecto el contrato de compraventa, volviendo todo al estado precontractual. Con la resolución

se requiere, fundamentalmente, de la declaratoria judicial en tal sentido y para ello es indispensable la acción judicial ordinaria del caso. En cambio, con el desistimiento no hay necesidad de impulsar el aparato jurisdiccional del estado para procurar dejar sin efecto el contrato; - basta que se colmen los supuestos enunciados en el artículo 1882 del Código Civil, como son :

a) Retardo en la entrega.-

b) Incumplimiento del comprador en el pago del precio establecido dentro del plazo.

c) El retardo no provenga por fuerza mayor o caso fortuito - que imposibilite la entrega en el tiempo convenido o inmediatamente después de celebrado el contrato, a falta de estipulación.

Para disolver el vínculo contractual, se requiere de la voluntad del comprador, quien debe transmitir al vendedor su intención de desistir del contrato; cuando se trate de muebles, se hace indispensable - que ese conocimiento sea directo, inequívoco, claro, categórico, porque mientras no se produzca esa manifestación de voluntad del comprador, - puede el vendedor cumplir el contrato mediante la entrega de la cosa. - Por eso, es suficiente que él se entere del querer del comprador de desistir, sin que pueda oponer razón diferente a la del caso fortuito.

Para recoger de una manera más efectiva esa voluntad, creo - que la mejor forma de producirla es por medio judicial, esto es, pidien

do ante un Juez, se le notifique al vendedor la disolución del contrato, en ejercicio de la autorización que le confiere el artículo 1886 del Código Civil.

El artículo 917 y 918 del Código de Comercio, preceptúan : "La venta de una cosa futura sólo quedará perfeccionada en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario y que de la naturaleza del contraro aparezca que se compra el área. . . Si la cosa llegare a tener únicamente existencia parcial, podrá el comprador desistir del contrato o preservar en él a justa tasación" (artículo 917). "La compra de un cuerpo cierto que al tiempo de perfeccionarse se supone existe y no existe, no producirá efecto alguno, salvo que las partes tomen como objeto del contrato el área de su existencia y el vendedor ignore su pérdida... Si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador desistir del mismo o darlo por subsistente abonando el precio o justa tasación de expertos o peritos" (art. 918).

A mi modo de ver, el desistimiento se acerca a lo preceptuado por los artículos anteriores en materia de contrato de compraventa en materia civil, con sólo ver las situaciones que preveen esas normas cuando se trata de una venta futura, pero no existencia parcial, y para la venta de un cuerpo cierto que se supone existe, pero luego no existe y llega a faltar de la cosa tal como lo reglamenta el artículo 1870 del C.C.

El desistimiento opera sin necesidad de ningún mecanismo procedimental. Es, como dije antes, una forma de romper el vínculo jurídico que nació imperfecto, sobre todo uno llama la atención, los eventos que reglamenta, ya que da a entender los fines que persigue para la destrucción total del nexo contractual.

Así como se refiere el artículo 918 a la subsistencia del contrato mediante el abono del precio y justa tasación de expertos peritos por medios extrajudiciales, así hay que afirmar frente a la manifestación de desistir del negocio.

Si para desistir se requiere de una acción de resolución, las relaciones comerciales se verían seriamente comprometidas en el tiempo por lo prolongado o complejo de un proceso ordinario. Por eso, creo, que el legislador fue cauteloso en acoplar las situaciones susceptibles del desistimiento.

Tanto la resolución como el desistimiento producen, como efecto importante; el pago de los perjuicios por incumplimiento del contrato; expresamente el artículo 1882 del Código Civil preceptúa que, el comprador podrá a su arbitrio preservar en el contrato o desistir de él, y en los dos casos con derecho de exigirse le resarzan los perjuicios.

Estos deberán regularse según las normas generales de acuerdo al artículo 1882, de acuerdo a los perjuicios que se originan por falta

en el cumplimiento del contrato, como el valor actual de la cosa, el monto de las expensas hechas por el comprador, de los intereses de la parte del precio que hubiere dado, etc.

3.5. ESPECIAL PROTECCION AL VENDEDOR.

Además de lo estudiado sobre la mora del vendedor en la entrega de la cosa, encuentro que el inciso final del artículo 1882, reviste al vendedor de una situación especial, en defensa de sus intereses patrimoniales, diciendo : "Peso si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado el plazo para el pago del precio, sino pagado o asegurado el pago.

Ciertamente que esta parte de la norma trascrita es peligrosa y puede engendrar un sin número de controversias judiciales por encasillar una situación que, en manos de vendedores inescrupulosos, dan margen para aprovecharse y no cumplir con la entrega. Cuando habla de mengua considerable en la fortuna del comprador, hay que entender un grado de insolvencia económica que haga difícil el cumplimiento en el pago del precio, no de manera simple ni caprichosa, debe estar sustentada sobre bases serias y reales. Desafortunadamente, este artículo deja bajo un poder de discrecinal e inicial del vendedor, medir los alcances de la merma de la capacidad económica del comprador, para obtener el precio total del pago o la garantía de su pago, por tanto permite : Que el vendedor no entregue la cosa o que el comprador pague el precio

o lo asegure.

Vale la pena detenerse en precisar si esa facultad de no entregar la cosa encierra un derecho de retención, como tantas veces lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos, y los tratadistas Valencia Zea, Pérez Vives y tros, o si conforman una figura diferente.

En verdad, el artículo 1882 en su inciso final, habla de que no se podrá exigir la entrega de la cosa, pero no quiere reflejar el derecho de retención, sino más bien, la <u>exceptio non adimpleti contratus</u>, o sea, la excepción del contrato no cumplido. Una vez perfeccionada la compraventa de acuerdo a los presupuestos comentados, surge la obligación a cargo de los contratantes, el vendedor deberá entregar la cosa y el comprador pagar el precio. Todo de conformidad con el querer o voluntad de las partes. Mientras no se haga la entrega del comprador no es sino acreedor de ella. En manera alguna es dueño; tampoco es tenedor y mucho menos poseedor, en tales condiciones el vendedor sigue siendo el dueño, el poseedor y tenedor de la cosa. Si eso es así, mal puede retener lo que siempre ha tenido, lo que le pertenece, de lo que es poseedor; para que el derecho de retención se dé, se requiere, tal como se conoce esa figura, que el bien que se mantenga en poder del retenedor, pertenezca al deudor, ya que como lo hemos precisado, hasta tanto no se entregue la cosa vendida y haya la capacidad suficiente para la tradición, pertenece al vendedor. Este, como dueño, poseedor y tenedor en sentido material, no puede retener lo que le pertenece y

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

siempre ha tenido. Simplemente el vendedor se puede negar a cumplir - con la entrega, subsistiendo las circunstancias previstas en el inciso 4° del artículo 1882 del Código Civil; no está obligado, en pocas palabras, a satisfacer su compromiso principal por la mengua de la fortuna económica del comprador.

En cambio, el derecho de retención sí se presenta en el derecho francés, por cuanto el artículo 1613 del Código Civil, permite que se acuerde un plazo en la entrega de lo vendido y allá la compraventa es título y modo y se tiene al comprador como dueño de la cosa desde el momento mismo de la celebración del contrato; en este caso el vendedor sí puede retener la cosa hasta tanto no se cubra la totalidad del precio.

4. SEGUROS DE GARANTIA

4.1. CONCEPTOS DE OBLIGACIONES.

El maestro Francisco Messines en su Manuel de Derecho Civil y comercial advierte que por obligación debe entenderse una relación entre dos sujetos, en virtud de la cual uno de ellos (deudor) queda - obligado o sometido a un deber frente al otro (acreedor), a cumplir una presentación, o sea, desarrollar una actividad determinada, patrimonialmente valorable.

Menciona el Prefesor de Milán que esta figura implica una - restricción voluntaria a la libertad de las personas que tiene poder vinculante en cuanto tenga origen en la voluntad del obligado. Corrientemente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en - provecho de otra.

El concepto de obligación coíndide con el derecho de crédito, ya que se trata del mismo vínculo jurídico expresado en relación con el deudor y el acreedor en cada caso.

Nuestro Código Civil da una noción de lo que se entiende por obligación, al definir el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La noción de obligación presenta diversas acepciones según -

se expresa como vínculo jurídico, como derecho de crédito y como deuda. La doctrina italiana, influida por los tratadistas alemanes, distingue dos momentos lógicos dentro del concepto de obligación, ubicando un - primer momento como el deber jurídico y un segundo momento constituído por la responsabilidad, patrimonio del deudor, en caso de incumplimiento, momentos que se expresan por la teoría alemana como Shald Debiti y Haftung Responsabilidad.

Tradicionalmente se handistinguido tres elementos dentro - del vínculo obligatorio :

sujeto activo o acreedor

Sujeto pasivo o deudor

Prestación.

Los sujetos de las obligaciones pueden ser singulares o plurales y admiten un tercer sujeto vinculado como garante del sujeto pasivo. Generalmente los sujetos indeterminados como en las obligaciones propter rem, en las nacidas de título de crédito al portador, de las derivaciones de oferta al público y en los contratos por cuenta del otro.

Si la prestación se subdivide en positiva o negatia, correspondiendo a la primera la de dar y hacer y a la segunda la de no hacer; esta distinción se precide de las obligaciones al clasificarlas según - su objeto, pero con ánimo puramente académico puede tratarse al referirse a la presentación para llegar a una mejor comprensión de su alcance.

Finalmente, hay que advertir que, la doctrina distingue entre contenido y objeto de la obligación según se mire a la prestación o a la cosa o bien sobre el cual se exterioriza el derecho del acreedor.

Como colorario, debe mencionarse que la prestación debe ser - posible física y jurídicamente, debe ser lícita, determinada o determinable, y debe corresponder a un interés al acreedor valorable pecuniariamente.

Aun cuando se han elaborado diversas clasificaciones de las obligaciones atendiendo también a distintos criterios, me remitiré tan sólo a una clasificación que no por parcial es insuficiente, pues contiene los distintos puntos de interés para el presente estudio.

a. La distinción entre obligaciones civiles y naturales según tengan o no acción para su exigibilidad.

b. La clasificación entre puras y simples, y condicionales o a plazo, según estén o no sujetas a una modalidad especial.

c. Principales y accesorias según que dependan o no de otra.

d. Atendiendo el carácter de la prestación se dividen en: de dar, de hacer, de no hacer.

e. Según el carácter de la vinculación, las obligaciones del - sujeto plural se dividen en ; conjuntas y solidarias.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA

f. Según el objeto se dividen en : de objeto simple, en alternativas y facultativas.

g. Finalmente cabe mencionar las clasificaciones de las obligaciones en de medio y de resultados, según el alcance de la prestación a cargo del deudor.

h. Existen otras clasificaciones que atienden al objeto de la obligación y así las clasifican en dos: en de Género o de cuerpo cierto y divisible o indivisible.

Sobre las distintas notas características de estas clasificaciones volveré más adelante al tratar otros temas propios de este capítulo.

Frente a las fuentes de las obligaciones, la doctrina se ha expresado de muy distintas maneras sobre cuál debe ser la clasificación de las fuentes de las obligaciones que comprenden todas aquellas circunstancias de las cuales se general las obligaciones, procurando distinguir entre una y otra atendiendo a la naturaleza de su origen; tenemos así que quienes interpretan el Derecho Romano consideraron que para dicho ordenamiento las obligaciones nacían de los acuerdos de voluntades o contratos, de los cuasicontratos, de los delitos cuasidelitos y de la ley, clasificación que adoptó nuestro nuevo Código Civil y que la doctrina francesa ha precisado que no corresponde al concepto exacto que tuvieron los romanos.

Messineo, en su análisis de las fuentes y de las obligaciones dice que, éstas pueden distinguirse según emanen de la voluntad de la persona o de la voluntad de la ley.

La doctrina francesa presentó distintas clasificaciones entre las cuales cabe destacar la ensayada por Planiol, que restringe las fuentes al contrato y a la ley; la de Colin y Capitant, que distinguen entre el contrato y el acto unilateral, el acto ilícito, el enriquecimiento injusto de la agencia oficiosa; la de Demogue, que trae el contrato al acto unilateral, el delito, el cuasidelito y el simple hecho que genera la obligación; y la de Luis Josserand, que menciona el acto jurídico, el acto ilícito, el enriquecimiento sin causa y la ley.

La doctrina italiana, fundándose en los estudios de los juristas alemanes expresó su formulación de las fuentes de las obligaciones según provengan del acto jurídico, clasificación que ha tenido grande aceptación dentro de la doctrina del derecho en Occidente y que el doctor Ospina Fernández aplica al Código Civil Colombiano, restringiéndose al acto jurídico y al hecho jurídico, incorporando dentro del primer género al negocio jurídico; esta clasificación bipartita fue adoptada por los redactores del Código de Comercio de 1.971 quienes entendieron que esta comporta una claridad mayor y reune los supuestos que exige la lógica de la filosofía jurídica.

Para mi análisis revestirá gran importancia el negocio jurídico, por lo cual lo definiré como el acto cuyos efectos son los requeridos por la voluntad de las partes que en él intervienen.

4.2. GARANTIA DE LAS OBLIGACIONES.

El concepto de garantía hace relación a una seguridad otorgada en beneficio de quien tiene prestación o un derecho cuyo cumplimiento efectivo supone una conducta del deudor o si es del caso del aparato jurisdiccional del Estado.

Esta seguridad que debe rodear a toda obligación es esencial para el buen desarrollo de la vía comercial y tiene su fuente en el derecho Romano antiguo, el cual, luego de desvincular a la persona del deudor del cumplimiento de sus obligaciones, desarrolla una teoría de vinculación directa entre el patrimonio de aquel y sus obligaciones, afectando sus bienes y derechos en beneficio de sus acreedores. Este principio doctrinario al pasar por las escuelas alemana, francesa e italiana, logró mayores avances que les permitieron concretarse en las distintas disposiciones que hoy regulan esta materia y cuya mención tuvo eco en el derecho moderno, consagrándose particularmente en nuestro Código Civil en el artículo 2488 este principio enunciando como : el patrimonio de deudor constituye la prenda general de sus acreedores; ha dado lugar a muy diversos enfrentamientos entre los autores en cuanto se refieren al concepto del patrimonio y la expresión prenda.

En este punto coincide con la doctrina italiana que expresa que el término "Prenda" debe entenderse como expresión genérica, sinónimo de garantía y el concepto de patrimonio está compuesto en su parte activa, por los derechos bienes y prestaciones valuables en dinero, cuya manifestación práctica sea la característica de embargabilidad.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Igualmente, la noción de garantía, vincula el concepto de afectación subsidiaria al cumplimiento de las obligaciones del deudor, lo que, como ya se ha visto, en abstracto mira al patrimonio del deudor, pero que en concreto es predicable de obligación y garantías particulares.

Una primera distinción entre garantía en general y en particular tiene su origen en la antedicha noción y no merece mayor análisis, por cuanto sus efectos son relevantes en cuanto a los particulares propiamente dichos.

Cabe anotas que, los privilegios de que gozan algunas obligaciones especiales, guardan estrecha relación en razón a la prelación - que en concurrencia contra otras obligaciones les da el legislador. Estos privilegios, tal como lo advierte Messineo, gozan de especial favor frente a la ley y le son atribuidos a la obligación en consideración a su naturaleza misma, a su origen o a la calidad del acreedor.

Esta teoría la recoge nuestro Código Civil en su libro 4° Título 40 (art. 2488 y siguiente) al tratar de la prelación de créditos. El concepto de garantía según que incorpore un elemento objetivo de seguridad o un elemento subjetivo puede clasificarse en garantía real o específica y garantía personal o general.

La garantía específica a su turno significa la afección directa de un bien o derecho total o parcialmente a la satisfacción de una o-

bligación en caso de incumplimiento.

El efecto principal de las garantías de las obligaciones - consiste en la seguridad que da el acreedor respecto de su incumplimiento y la virtual vinculación susbsidiaria en la satisfacción de la misma.

Las garantías reales a su turno, por razón de los privi- - legios que le son propios, traen como consecuencia importante el - que el bien o derecho dado en garantía, para efectos de la ejecución forzosa de la obligación garantizada, se encuentran vinculando directamente a ésta y que entratándose de obligaciones de otros acree- - dores, aquel se sustrae del patrimonio del deudor, reduciéndose la prenda general de los acreedores correlativamente.

Ahora bien, debe expresarse que, en principio son susceptibles de garantizarse toda clase de obligaciones, advirtiéndose que entratándose toda clase de obligaciones intuitu personae o de prestaciones de no hacer su ejecución coactiva, se resuelve en indemnizaciones de perjuicios, lo que además a que la garantía sea en di-- nero por concepto de perjuicios, al paso que respecto de las obligaciones de dar o entregar o de hacer su ejecución coactiva puede - tener a su cumplimiento coactivo por el deudor, por el juez o por un tercero.

La garantía por sí misma se refiere al cumplimiento de la o-- bligación, pero dado que la expresión implica que ésta se realice den--

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

tro del término establecido para tal efecto, la afectación de la garantía forzosamente debe ser posterior al incumplimiento, lo que traduce que esta la más de las veces garantiza el pago de los perjuicios por - incumplimiento, comprendido los géneros de indemnización compensatoria y moratoria.

La función de la garantía, fundamentalmente se explica en la igualdad y ventajas que permite dentro del comercio jurídico, al consultas el patrimonio del deudor como sinónimo de capacidad de adquirir bienes y servicios analizando plazos y perspectivas; en cada caso esta función está vinculada directamente con el desarrollo y progreso, en - particular respecto de un individuo y en general respecto de una comunidad z, pudiendo llegar a definirse ésta como un multiplicador de las relaciones jurídico-económicas de los individuos que impulsan simultáneamente sendas operaciones que de otra manera se dificultarían por - razón de los innumerables riesgos que incorporan.

Ninguna de nuestras codificaciones de normas y principios de derecho privado recoge y regula como acápite el tratamiento de la garantía de las obligaciones, debiéndose llegar a él por deducción de las - previsones en ella consignadas.

El otorgamiento de una garantía, por su carácter de declaración de voluntad, demanda el cumplimiento de todos los requisitos esenciales para su existencia y validez cuyo estudio no es materia de este análisis, por ello los enumeramos :

1. Capacidad

2. Consentimiento

3. Objeto y causa lícita.

Ahora bien, el Código Civil y de Comercio preveen distintas normas para el otorgamiento de garantías reales y su régimen en relación con sus efectos frente a terceros, exigiendo su publicidad en su tratamiento en caso de incumplimiento de la obligación causionada.

Sobre el estatuto mercantil debe advertirse, que por su naturaleza misma adiciona la lista de los bienes y efectos susceptibles de afectarse como garantías específicas, tales como los títulos valores, los títulos de acciones o cuotas de interés en sociedades de capital, los establecimientos de comercio, la prestación del contrato de seguros, las naves y aeronaves (hipoteca) y muchos otros, llegándose a pensar que son susceptibles de afectarse como garantías de una obligación todos aquellos bienes que tengan el carácter de negociables.

En cuanto toca con la garantía personal, tanto el régimen civil como el mercantil establecen sistemas similares, adoptándose en este último algunas características especiales en cuando al carácter de la vinculación del garante y el tipo de contrato, presumiéndose en toda operación la solidaridad del garante, a diferencia del régimen civil cuyo establecimiento de la solidaridad es escepcional.

4.3. LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

La noción de indemnización de perjuicios se identifica con -

la determinación de una suma de dinero que equivale a la obligación incumplida, a la mora en el cumplimiento de la obligación a los anteriores.

La indemnización de perjuicios se funda en el principio de la equidad, por cuya virtud toda persona debe quedar indemne cuando media el incumplimiento del deudor.

La indemnización de perjuicios se clasifica en compensatoria y moratoria, según atienda el equivalente de la prestación debida o a mora del deudor, advirtiéndose que la primera debe tasarse según se trate de incumplimiento total o parcial.

Estas dos clases de indemnización son acumulables, puesto que su causa es distinta y obedecen a dos nociones de perjuicios diversas, igualmente la indemnización moratoria es predicable a continuación de la ejecución coactiva de la obligación.

La indemnización de perjuicios supone varios elementos así: El cumplimiento del deudor, el perjuicio correlativo del acreedor y que el incumplimiento del deudor sea incomputable a él. No sobra advertir que varios sectores de la doctrina consideraron como hecho autónomo que el deudor se encuentre en mora, entendiendo que este elemento no se halla implícito en el primero de los nombrados, presupuesto que cobra relevancia frente al derecho civil, pero que no lo es tanto dentro de la obligación mercantil.

La teoría de la indemnización de perjuicios se estructura sobre la culpa del deudor, traducida en nuestro ordenamiento en la clasificación tripartita que de la misma hizo el derecho medieval, transmitida a través del derecho Español.

Cabe advertir en este punto, el criterio de compensación de culpas que informa todo nuestro derecho de responsabilidad civil.

Como nota importante traemos a colación las clasificaciones de los perjuicios adoptados por nuestra doctrina, en relación de la determinación de su monto y con los efectos propios y límites de la indemnización de los perjuicios, con ellas las que distinguen entre perjuicios materiales y morales, directos o indirectos, previsibles o imprevisibles, actuales y futuros, ciertos y eventuales, conceptos estos que tienen aplicación mayor o menor, según que el deudor responda a título de dolo o culpa, los grados de ésta y según la clase de obligación incumplida.

Como apéndice llaman la atención de los criterios de estimación de perjuicios que se acepten en nuestra legislación, tratándose principalmente el de la estimación legal cuyo típico ejemplo es el de los intereses de las obligaciones de pagar la suma de dinero y finalmente el de criterio de la estimación convencional o sistema de la cláusula penal, compensatoria o moratoria, cuyos efectos y características regula ampliamente nuestro código civil. (art. 1592 a 1601).

El efecto propio de las obligaciones consiste en su cumplimiento en los términos en que se pacte, vale decir en las condiciones de objeto, modo, tiempo y lugar que se establecieron en su fuente.

Sin embargo, en razón a la posibilidad de incumplimiento o cumplimiento defectuoso que en menor o mayor grado cada obligación incorpora existen previsiones legales o simplemente de derecho que están llamadas a regir en los casos de incumplimiento total o parcial.

Para el adecuado desarrollo de esta figura debe distinguirse su desenvolvimiento y alcance según la clase de obligación que se incumpla y según se cuente o no con el mecanismo de la ejecución coactiva.

Igualmente debe advertirse sobre las consecuencias de la fuerza mayor y el caso fortuito en consonancia con la institución de los riesgos de la cosa debida.

Por considerarlas como las únicas clasificaciones relevantes frente al concepto de la ejecución coactiva y la indemnización de perjuicios tomaremos las clasificaciones de las obligaciones que a continuación se enuncian, desarrollando cada una de ellas una vez se incumplen.

1. Obligaciones - de Dar
   de Hacer
   de no hacer.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2. Obligaciones - De género

De cuerpo cierto.

3. Obligaciones - Divisibles

Indivisibles

El incumplimiento de una obligación de dar o entregar una cosa sea de género o especie, admite la ejecución coactiva para obtener a través del Juez la entrega de la cosa o cosas debidas a la indemnización por la mora en el pago de la obligación.

Si la obligación consiste en el pago de una suma cierta de dinero se deberá estipular los intereses moratorios correspondientes que en esta materia se establece; una excepción frente a la prueba de los perjuicios ya que en nuestra legislación civil y comercial consagra la obligación de pagar los intereses por el sólo hecho de la mora, en tanto que en los restantes casos de indemnización de perjuicios moratorios el acreedor está obligado a probar su ocurrencia y garantía.

Si la cosa debida, como cuerpo cierto, perece por causa imputable al deudor, la ejecución se resuelve en indemnización en dinero compensatoria y moratoria.

Si se deben cosas de género el deudor mal puede alegar su presentimiento y en consecuencia el acreedor puede demandar o el cumplimiento de la obligación o a la indemnización correspondiente a su elección.

En cada caso los perjuicios se valoran judicial, legal o convencionalmente, según el tipo de presentación y los términos pactados. En el supuesto que se trate de una obligación de hacer incumplida, debe distinguirse si se trata de una obligación intuitu personae, o de una susceptible de ser cumplida por el acreedor, el juez o un tercero, caso este último en el cual puede pretenderse la ejecución coactiva y la indemnización moratoria.

Parece improcedente que se pretenda la ejecución coactiva de una obligación de hacer intuitu personae por la naturaleza misma de esta y por la dificultad de obligar a su cumplimiento y de garantizar éste, por ello afirma la doctrina que en estos casos la acción se adelanta por indemnización de perjuicios compensatorios y moratorios.

Finalmente, tratándose de obligaciones de no hacer, claramente se incluye que su incumplimiento se traduce en indemnización de perjuicios, pues se torna imposible el objeto de la ejecución coactiva.

En segundo término, entre obligaciones divisibles e indivisibles, ya que estas cobran vigencia ante el incumplimiento parcial de las obligaciones y la consecuente transación de los perjuicios, puesto que - ya se vió la equidad es la noción que caracteriza a esta institución.

La clasificación entre obligaciones de medios y de resultados la traemos a colación en este punto por su importancia para la determinación del incumplimiento el deudor y por las luces que arroja para la

interpretación de la presentación que le corresponda al deudor la - forma como debe entenderse su incumplimiento y los efectos del incumplimiento. De gran importancia en materia probatoria ha sido la noción y su aplicación en nuestras jurisprudencias ha tenido importantes significaciones frente a la indemnización deperjuicios, trascendiendo en veces el límite estricto de la responsabilidad contractual.

Para concluir resultados de la distinción de las obligaciones según sean principales o accesorias haciendo dos anotaciones, la primera de ellas en cuanto al alcance del incumplimiento de una obligación ac-- cesoria frente al de la obligación principal, el cual en nuestro sistema con mucho tino ha sido dejado al criterio de los jueces, y la segunda - respecto de la posibilidad de deslindar una y otra para exigir coactivamente su cumplimiento o para demandar perjuicios.

Cualquier otra distinción o análisis sobre otra clase de obligaciones o prestaciones concluye en alguno de los tipos mencionados, debiéndose en consecuencia su definición someterse a los principios aquí enunciados, los cuales en cada caso concreto admitirán modalidades o - procesales que de la naturaleza sustantiva de la obligación.

4.3. CONTRATO DE SEGURO.

Entre la importancia y la necesidad del seguro, tenemos la seguridad como uno de los anhelos comunes a todos los hombres. Seguridad en cuanto a sus intereses, el riesgo de posibilidad de pérdida o desembolso ha afectado a la humanidad desde sus comienzos y el problema que

plantea es tan antiguo como la sociedad misma en su intensidad y los medios de hacerle frente lo que ha variado. El constante desarrollo social impone mayor trascendencia al problema que urge el establecimiento de correctivos. De los ideados por la humanidad en su evolución unos tienden a prevenir los riesgos y otros a contrarrestar sus consecuencias económicas.

Dentro de los correctivos preventivos están las medidas de prevención, unas ordinarias y otras extraordinarias, producto de la ciencia y de las técnicas modernas.

Los correctivos compensatorios son los medios utilizados para atacar el pliego en sus efectos, dada la insuficiencia e inoperancia frente a él; de las medidas preventivas entre éstos puede citarse el ahorro, la asistencia social y el seguro.

El seguro contituye la expresión jurídica de la defensa común ideada por el hombre contra los riesgos que la amenazan, a él y a sus obrar. El seguro es la más alta expresión de la lucha del hombre contra la fatalidad, ello es la aplicación jurídica más extendida y segura de la solidaridad humana. Ello proteje al hombre contra las consecuencias dañosas del azar y la acción de las fuerzas ciegas de la naturaleza. Ello no suprime el daño, pero repartiéndolo entre un gran número de personas lo limita a proporciones mínimas. (Pandectas, belgas Juan Bernardo Cobo, seguro y reaseguro. - parte general - Tomo I Pág. 30).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

La vida actual de la organización comercial, la agilidad de - las negociaciones hacían importante la necesidad del seguro y es ella la que ha contribuido a su vertiginoso desarrollo. El seguro es la res-- puesta más adecuada a la necesidad de seguridad, de tranquilidad, su - ausencia habría implicado un establecimiento en el desarrollo social y comercial. el seguro influye de manera preponderante en todos los fac-- tores de la economía.

La producción entraña riesgos que al ser trasladados mediante el seguro hacen posible el desarrollo. Sin su existencia, criterios de seguridad lograrían el establecimiento. La intermediación y el comercio encuentran fundamento de su creciente desarrollo en el seguro, al igual que el perfeccionamiento de los medios de transporte.

El seguro influye en la fijación de los costos, en la regulación de los precios, es igualmente de trascendental importancia como - garantía de las diarias transacciones comerciales, las cuales se verían entorpecidas por su ausencia.

La formulación de una definición de seguro ha sido siempre asunto de gran dificultad para la doctrina y la jurisprudencia y es que no resulta difícil determinar claramente y con exactitud en una fórmula el significado, contenido y naturaleza de una institución tan compleja. Se tropieza en tal empeño con inconvenientes que surgen de la diversidad de los riesgos de la naturaleza de los bienes asegurables, de las - diferentes organizaciones de las cuales son trasladados los riesgos y

en últimas de la evolución siempre constante de la institución, impuesta por el progreso y las necesidades crecientes y cambiantes de la sociedad. Tales inconvenientes aconsejan la no incorporación de definiciones a la ley, dejando tal función a la doctrina y la jurisprudencia que si bien encuentran grandes tropiezos, tienen a la mano elementos correctivos emanados de su movilidad, los cuales le permiten ir a la par de las evoluciones de la institución y a las necesidades sociales, lo que por razones de seguridad no le está permitido a la ley; algunas legislaciones extranjeras adoptan definiciones legales del contrato de seguro en formas diferentes.

La legislación colombiana en el Código de Comercio terrestre en su artículo 634 incluía la siguiente definición: El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose mediante una retribución convenida a indemnizarle la perdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados".

Tal definición abarca un sólo tipo de riesgo, los reales sin tener en cuenta los patrimoniales ni los seguros de persona. Igualmente parece limitar la contratación al propietario del bien, diferencia que es subsanada por otra norma que permite la contratación a quienes tengan un interés real en la conservación del bien.

El nuevo código de comercio, acorde con las teorías que trasladaron a la doctrina y a la jurisprudencia la formulación de definiciones, trae una mera fórmula enunciativa de los elementos necesarios al contrato de seguro.

"Art. 1036. El seguro es un contrato solamente bila-- teral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador sus cribe la póliza.

Dentro de los elementos del contrato tenemos como esenciales para su "existencia", los elementos de todo contrato, cuales son capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Frente a la capacidad es de anotar la diversa calidad de las partes intervinientes en el contrato asegurador y tomador. Art. 1037 del C. de Co.

El objeto del contrato de seguro y por lo mismo uno de sus elementos esenciales. (1).

La define el doctor Ossa como :

La relación económica amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla

---

1. Ossa Efrén. Tratado Elemental de Seguros, Pág. 151.

consigo misma o con otra persona o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular.

El vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio. (2).

Es necesario que el asegurado se vea amenazado por un riesgo en su vida, su integridad personal, sobre su patrimonio o sobre un determinado bien, para que en procura de su seguridad pueda válidamente trasladarlo al asegurador mediante la celebración de un contrato de seguro.

La vida y los bienes están constantemente amenazados, lo que ha impulsado al hombre a buscar constantemente sistemas de prevención y de compensación económica de los daños. Uno de tales sistemas es el seguro que si bien no elimina ni disminuye los riesgos, protege contra las consecuencias de los mismos, transfiriendo los daños por el ocasionados a otra persona especial, organización y capacidad financiera suficientemente sólida para soportarlos.

En la doctrina encontramos diversas concepciones de riesgo. Para Planiol y Ripet es : "La eventualidad del suceso cuya realización

---

2. Joaquín Rodríguez, Rodríguez.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ha de obligar al asegurador a efectuar la presentación que le corresponde".

Halperin lo define como "La eventualidad que hace nacer una necesidad".

Para Picard y Besson es "un acontecimiento incierto que no depende exclusivamente de la voluntad de las partes".

Luis Benítez de Lugo, lo considera "el acontecimiento fortuito, todavía no ha realizado el peligro que presenta un objeto designado especialmente y también el máximo de perjuicio garantizado que no puede producir un sólo y mismo siniestro".

En la incertidumbre, el fundamento del concepto del riesgo, - puede referirse al acontecimiento, al evento o al momento de su ocurrencia (muerte).

4.5. Las características del riesgo :

No shablan sobre lo posible, el acaecimiento del riesgo ha - de ser posible, lo imposible sobrepasa sus límites. Incierto de su acaecimiento o el momento de éste ha de predicarse tal incertidumbre.

Fortuito, la realización no ha de depender de la voluntad de aquel que ha de soportar sus efectos.

Perjudicial : Todo riesgo entraña un peligro, su realización ha de producir destrucción, deterioro y daño.

Los riesgos han sido clasificados en relación a la mutabilidad del peligro en : contantes, progresivos y decrecientes; en atención a los intereses que afectan en : personales, reales y patrimoniales.

El artículo 1054 del C. de Co. establece : "Los hechos ciertos, salvo la muerte y lo físicamente imposible, no constituyen riesgos". El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco la producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

La culpa como acto humano integra pues, riesgos asegurables pero solamente en su grado de leve y levísimo.

El artículo 1057 del C. de Co. establece : "En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarin a corres por - cuenta del asegurador a la hora 24 del día en que se perfecciona el contrato.

Tratándose de obligaciones positivas de dar cuerpo cierto, es claro que el asegurador mal puede ttansmitir el derecho del cual no es

titular y si se trata de obligaciones de dar cosa de género el asegurador podía incumplirla a nombre del deudor subrogándose en las acciones del acreedor por virtud del pago de la indemnización en lo concerniente al artículo 1006 del C. de Co., toda vez que el asegurador ha pagado la indemnización correspondiente al cumplir en vez del deudor la obligación que amparaba anticipadamente al nacimiento de la obligación indemnizatoria sucedánea del incumplimiento.

Ahora bien, no puede entenderse de esta manera que el asegurador cumple a nombre del deudor, pues no se trata del pago a un tercero a que alude nuestro código civil, sino que corresponde al cumplimiento de una obligación indemnizatoria a cargo del asegurador en los términos del artículo 1110 del C. de Co.

En tratándose de obligaciones de hacer, es predicable la misma suerte excepcional, en razón a que sobre las mismas pautas de interpretación de la ley, asiste al asegurador titularidad para cumplir la obligación de acuerdo a la esposición antes dicha.

Cabe anotar, que tal como recientemente se puntualizó por los autores más representativos del derecho de seguros nacionales, la obligación de indemnizar que gravita sobre el asegurado se califica como facultativa, noción que introduce mucha claridad sobre la materia y en cierta medida coadyuva lo expresado.

Desde otro ángulo hay que relievar que este proceder excepcio

nal no contradice el elemento esencial de la actividad aseguradora cual es el de la uniformidad de excepciones que se obtienen al reducir a sumas de dinero máximas el valor de exposición en cada riesgo contratado, que de no ser así nos llevaría a contemplar la más variada gama de obligaciones condicionales a cargo de los aseguradores, cuyo cumplimiento - se haría demasiado gravoso en la práctica, ya que no habría limitación alguna en tal sentido.

La última característica notada en relación con el seguro de cumplimiento tiene importancia en cuanto a la relación existente entre éste y la fianza, garantía a la cual más se asemeja y cuyas normas deben atenderse para determinación de su régimen en su razón al vacío - que se presenta en el Código de Comercio y las leyes especiales.

Los conceptos de garantía y -bligación accesoria tienen gran trascendencia en relación con la vigencia del seguro de cumplimiento, ya que esa debe extenderse hasta el término necesario para que el acreedor esté protegido contra los perjuicios derivados del eventual incumplimiento por parte del deudor.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en la parte general concluiré :

El artículo 1729 habla de pérdida y consagra el precitado principio de Res Perit Creditoris, el deudor se libera de la obligación y la cosa se perdió para el comprador; esta regla del artículo - 1729 es general y tiene como excepciones :

-Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de - objeto, el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

- Si el deudor está en mora y el cuerpo que se le debe perece por caso fortuito que habría sobrevivido igualmente a cicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se debería la indemnización de los perjuicios de la mora, pero si el caso fortuito puede no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de - la mora.

-Cuando se deteriora por hecho culpa del vendedor o de sus - dependientes inc. 1° y 3° arts. 1648 C.C.

-Cuando el deudor se halla constituido en mora a menos que - dentro de esa mora haya ocurrido un caso fortuito y en virtud

de él la cosa hubiere perecido.

En la norma especial del artículo 1876 encontramos pérdida y deterioro de la cosa, ejm. a) Vendedor de cuerpo cierto perfecciona un contrato con b, comprador, quien no ha recibido la cosa, o sea no es adquirente, porque nada ha recibido y sin embargo le impone el riesgo.

Al referirme al deterioro del artículo 1876, se deteriora - para el comprador (No adquirente), al tenor del artículo 740 inciso 1° y 2° del C.C.; el artículo 1648 tiene dos casos en que el deterioro no lo asume el acreedor, es decir, castiga al deudor cuando incurre en - culpa.

Yo pregunto, esto es aplicable al vendedor deudor ? respondo, no, porque la norma del 1876 es especial, ante todo quiero anotar que estas consideraciones o conclusiones podrán ser erradas en su apreciación en algún aspecto, pero obedecen en el fondo a la mejor buena fe e intenciones de no serlo, pues lo que pretendo es despertar inquietudes e interrogantes y sobre todo plantear una situación de actualidad en el momento en el tema tratado.

En razón a la situación planteada, es mi teoría que oportunamente se establezca una denominación genérica que englobe las especies de seguro, pues se trata de una figura jurídica regulada legalmente - como un contrato de seguro.

El seguro desde su origen ha derivado su denominación del riesgo que constituye su objeto y siguiendo esta linea las especies de que tratamos identificar el riesgo por su denominación del cual a su vez la tomaron.

Se adopta una denominación genérica que identificara los riesgos asumidos desborda el contenido y pretendo, dadas las diversas gamas que componen estos seguros que impiden la comprensión de los riesgos de un mismo género.

En los casos en que después de haberse efextuado el contrato hubiere llegado a menguarse considerablemente la fortuna del - comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque sea lo estipulado para el pago del precio, sino pagándole asegurando el pago.

Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso - fortuito o de alguno en particular, se observa lo pactado.

- El deduro está obligado a probar el caso fortuito que alega si está en mora y pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, sería también obligado a probarlo.

- Si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido - en razón de su precio.

- Quien por descuido pierde o le es hurtado el cuerpo cierto, no podrá alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aún de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor.

- Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios.

El art. 1648 se refiere al deterioro y se le impone al comprador la obligación de recibir la cosa tal como se halla, cuando no recibe la cosa.

BIBLIOGRAFIA

BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles, Edición Libreria el Profesional 1.983.

VALENCIA ZEA, Arturo., Derecho Civil Obligaciones, Editorial Temis 1.961, Bogotá.

RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime., El Contrato de Compraventa y Materias Aledañas., Ediciones Lerner Bogotá 1.960.

HINESTROSA, Fernando., Obligaciones. Teoría General, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1.961.

GOMEZ ESTRADA, César., Teoría General de Las Obligaciones., Ediciones Biblioteca Jurídica Dike 1.983.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliografía Argentina.

PEREZ VIVES, Alvaro., Teoría General de las Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá 1.968.

MADRILLAN, Ramón E., Derecho Comercial, Editorial Temis 1.980.

JOSEPH POTHIER, Robert, Tratado de los Contratos, Editorial - Atalaya, Buenos Aires, 1.948.

ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil, Editorial Temis 1.981.

ORTEGA TORRES, Jorge, Código de Comercio, Editorial Temis.

NUÑEZ CANTILLO, Adulfo., Práctica Forense Usual, Edificones Librería El Profesional.

OSSA GOMEZ, J. Efren, Tratado Elemental de Seguro, Segunda - Edición Editorial Lerner, Bogotá, 1.983.

HOLGUIN URIBE, Ricardo, Cincuenta Breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos, segunda edición, Bogotá Temis 1.979.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, Teoría General de los Actos y - Negocios Jurídicos, Bogotá Temis 1.980.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones - segunda Edición México 1.953.

SALAMANCA, Hernán, Derecho Civil Contratos, segunda Edición Externado de Colombia 1.974.

MILLER JEROMES, Riegel Robert, Seguros Generales, Principios y Practicas. Editorial Continental México D.F. 1.979.

MEJIA ANTONIO, Jorge, Estudios de Derecho, Apuntes sobre el Contrato de Seguros, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín 1.973.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA