

*El periculum est emptoris y la perpetuatio obligationis en el contrato de compraventa de frutos futuros**

José Vicente Hurtado Palomino**

Recibido: mayo de 2014
Aprobado: marzo de 2015

Resumen

En el presente escrito se revisa la aplicación de las reglas romanas *periculum est emptoris* y *perpetuatio obligationis* en el contexto específico del contrato de compraventa de frutos futuros provenientes de un cultivo o plantación, con la finalidad de revisar el contenido y clasificación del mencionado negocio jurídico, establecer los parámetros requeridos para la procedencia de las citadas reglas en el aludido contrato, precisar sus diferencias conceptuales y determinar su estrecha relación con el principio de la buena fe. Para tal propósito, se acoge una técnica del pensamiento que parte de un problema evidenciado en un caso concreto, a través de cuyo análisis se plantean las posibles respuestas atendiendo el estudio conceptual previo basado en la revisión de las fuentes romanas y del ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: compraventa de cosa futura, teoría del riesgo, *periculum est emptoris*, *commodum incommodum*, *periculum est venditoris*, buena fe, *perpetuatio obligationis*.

* El presente escrito es producto del trabajo de investigación denominado "Los requisitos para que una cosa que se espera que exista sea objeto del contrato de compraventa" en el interior del Grupo de Neoconstitucionalismo y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga. Investigador principal: José Vicente Hurtado Palomino. Coinvestigador: Gustavo Andrés Chía Cáceres. Auxiliar de Investigación: Diovanel Pacheco Arévalo. Su contenido se funda en la propuesta y en los avances de investigación que fueron presentados en la VII Convocatoria Interna de Investigación efectuada por la citada Universidad.

** Abogado Cum Laude de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Comercial de esta última Universidad. Ejerció como abogado interno del Departamento Jurídico de la empresa agroindustrial Industrial Agraria la Palma Ltda. INDUPALMA LTDA. Actualmente es docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga; Investigador del Grupo de Investigación Neoconstitucionalismo y Derecho de la misma institución y abogado litigante y asesor jurídico empresarial. Bucaramanga, Colombia. Correo electrónico: angeledei@hotmail.com

Periculum est emptoris and perpetuatio obligationis in purchase-sale agreement of future products

Abstract

In this article, the application of Roman Laws PERICULUM EST EMPTORIS and PERPETUATIO OBLIGATIONIS are reviewed in the specific context of a purchase-sale agreement of future products coming from a plantation with the object of revising the content and classification of the already mentioned juridical business, to set up required norms for the origin of mentioned norms in above mentioned agreement, to precise its conceptual differences and to determine its narrow relation with the good faith principle. For such a purpose, a though technique which comes from an evidenced problem in a concrete case is used, which through its analysis poses possible replies bearing in mind prior conceptual study based on the revision of Roman sources and Colombian juridical ordering.

Key words: purchase – sale of a future product, risk theory, periculum est emptoris, commodum incommodum, periculum est venditoris, good faith, perpetuatio obligationis.

INTRODUCCIÓN

En el contexto agroempresarial es habitual que las transacciones comerciales de la producción de cultivos se realicen a través de contratos de compraventa de cosa futura, toda vez que dicho negocio jurídico le permite al vendedor ofrecer el bien que se espera que exista a un precio competitivo, fidelizar clientes, realizar una planeación dirigida a la búsqueda de fuentes de financiación y mano de obra cualificada, y encontrar un socio estratégico, entre otras razones.

Por su parte, al comprador le beneficia el empleo del aludido instrumento contractual, pues le facilita la adquisición a futuro de un bien con un precio más conveniente a sus expectativas negociales, contribuye a la búsqueda de fuentes de financiación para su compra, permite hallar personal idóneo para la recepción y traslado de los bienes, y le garantiza la adquisición futura de estos, entre otros factores.

Atendiendo la importancia del contrato en mención, a nuestro juicio su contenido no puede ser ajeno a aquellas instituciones tradicionales del derecho privado que tienen sus raíces en el derecho romano, como las reglas *periculum est emptoris* y *perpetuatio obligationis*, gracias a la labor que adelantó el ilustre Andrés Bello durante la mitad del siglo XIX y que tuvo impacto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en los que se incluye Colombia¹.

Para abordar la aplicación de las mencionadas reglas romanas en el campo específico del contrato de compraventa de frutos futuros provenientes de un cultivo o plantación, por razones metodológicas, se aclara que el presente escrito es de índole jurídica y se acoge una técnica del

¹ "(...) la obra de Bello es determinante para fijar la estrecha relación entre el derecho romano, sobre toda su tradición ibérica y el derecho de américa latina, que se traduce también, en un código que yo considero y califico como un código de independencia, por una parte, y, por otra parte, de la transfusión del derecho romano a américa latina" (Schipani, 1987, p. 54).

pensamiento que se orienta hacia el problema², es decir, se parte de un caso concreto en el cual se estudiarán las posibles respuestas atendiendo el contenido y clasificación del contrato de compraventa de cosa futura y el alcance de las aludidas reglas.

Sin perjuicio de lo precedente, en el documento también se hacen precisiones conceptuales atinentes a la naturaleza jurídica del mencionado tipo contractual y al contenido de las reglas romanas *periculum est emptoris* y *perpetuatio obligationis*, lo cual contribuye no solo en la aplicación adecuada de la citada metodología, sino que enriquece el contenido del documento o lo hace más riguroso, toda vez que se determina el alcance de los conceptos jurídicos³ que sirven de fundamento para resolver los problemas que surgen del caso planteado.

El caso concreto que sirve de base y marco para el desarrollo del presente texto trata de un contrato de compraventa suscrito entre un empresario agroindustrial y un comprador común, mediante el cual el primero le vende al segundo la totalidad de los frutos que en el futuro se lleguen a producir en sus cultivos debidamente individualizados o singularizados en su predio, a un precio determinado. Las partes pactaron

² "El punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el *problema*" (Viehweg, 1964, p. 49).

"El problema toma y conserva el primer puesto y, por ello, es preciso buscar respuestas con un planteamiento siempre nuevo, el tejido conceptual, que sale a la luz, no puede tener otro aspecto. Si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta a la cuestión central, es preciso interrumpirla por medio de una invención (...). Todos los conceptos que se forman tienen la función de servir de medios auxiliares a una discusión de problemas, del modo indicado. Tienen, utilizando nuestra terminología, el carácter de tópicos (...)" (Viehweg, 1964, p. 137).

³ "Cualquier análisis del jurista comienza habitualmente con la determinación del significado de las palabras que entran a formar parte de la proposición normativa o del grupo de proposiciones normativas que constituyen el objeto de su estudio. Este análisis tiende a fijar el conjunto de las reglas que establecen el uso de una determinada palabra. El conjunto de las reglas que establecen el uso de una palabra constituye el *concepto* correspondiente a esa palabra" (Bobbio, 1980, p. 188).

que el citado contrato ostentaba el carácter de conmutativo.

En el lapso que media entre el perfeccionamiento del aludido negocio jurídico y el cumplimiento del vendedor de la obligación de entrega jurídica y material de los frutos al comprador, estos perecen en razón a que los cultivos fueron afectados por un hongo que se estaba propagando por la zona desde tiempo atrás a la época del acuerdo contractual.

Con base en el caso antes descrito, surgen algunas preguntas que ameritan su reflexión: ¿Es viable que una cláusula accidental pueda determinar el tipo de compraventa de cosa futura y, por ende, su carácter aleatorio o conmutativo? ¿Los frutos futuros objeto de venta se catalogan como cuerpo cierto? ¿La teoría del riesgo opera en el contrato de compraventa de cosa futura? Si llega a operar la teoría del riesgo, ¿quién asume la pérdida de los frutos? ¿La obligación de entrega de los frutos futuros en cabeza del vendedor se extinguió o subsiste? Tales cuestionamientos serán resueltos en el desarrollo del documento, además de otros que quizá le surjan al lector al revisar el caso propuesto.

1. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA FUTURA. LA VENTA DE FRUTOS FUTUROS

En el derecho colombiano el contrato de compraventa de cosa futura es reconocido como un negocio jurídicamente viable y es clasificado en los códigos Civil y de Comercio en las modalidades *emptio rei speratae* o venta de la cosa esperada y *emptio spei* o venta de la esperanza⁴. La primera ostenta el carácter conmutativo, y la segunda es de naturaleza aleatoria.

Dicha naturaleza se puede precisar por vía convencional a través de una cláusula accidental, como acaeció en el caso objeto de estudio, en

⁴ Código Civil de Colombia. Artículos 1518 y 1869. Código de Comercio de Colombia. Artículo 917.

donde las partes en ejercicio de su autonomía contractual acordaron que el contrato de compraventa de frutos futuros era conmutativo. Frente a dicho pacto se considera que es válido y por lo tanto se debe respetar, atendiendo que las disposiciones normativas de los aludidos Códigos no lo restringen y porque su contenido no atenta contra el orden público, las buenas costumbres y el principio de la buena fe⁵.

Con base en lo precedente, se deduce que el contrato de compraventa de cosa futura suscrito por el empresario agroindustrial y el comprador común se ubica en la especie de la *emptio rei speratae*, cuyo perfeccionamiento, a nuestro juicio, no está condicionado por el advenimiento de la existencia material de la cosa objeto de venta, como lo señala la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su jurisprudencia⁶ y algunos doctrinantes⁷, por las siguientes razones:

Los artículos 1518 y 1869 del Código Civil de Colombia, y 917 del Código de Comercio colombiano reconocen que se pueden efectuar contratos de compraventa sobre cosas futuras, por lo tanto, su objeto, entendido como pre-

⁵ Código Civil de Colombia. Artículos 15, 16, 1602 y 1603. Código de Comercio de Colombia. Artículo 863 y 871.

⁶ (...) el comprador se obliga a dar dinero a cambio de cosa apenas eventual; por consiguiente, nada obsta para que *a pesar de pender la existencia misma del contrato*, la cosa existente, esto es, el dinero, se vaya entregando con antelación". (Cursiva por fuera del texto original). Complementando lo anterior, la citada Corporación en la misma providencia afirma que "(...) en la compraventa (art. 1869 del C. Civil), *el contrato se entiende celebrado "bajo la condición" de que las cosas lleguen a existir (...) y que el mencionado artículo 917 del Código de Comercio admite "(...) la venta de cosa futura, sujetando su perfección a la condición de la existencia* (Cursiva por fuera del texto original) (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 21 de julio de 2003).

⁷ El citado negocio jurídico se encuentra sometido a la condición legal de la existencia de la cosa (Messineo, 1954). De otro lado existen otras tesis que afirman de manera equívoca que el contrato se encuentra en vía de formación o que es incompleto, en virtud de la anticipación del consenso respecto de un elemento esencial del contrato (Rubino, 1939); o que la próxima existencia de la cosa como elemento constitutivo de los efectos (Scognamiglio, 1961).

supuesto⁸, conformado por el *bien futuro*⁹, existe desde el momento en que las partes declaran su consentimiento sobre los elementos esenciales específicos de la compraventa, que son la cosa futura y el precio, según el artículo 1857 del mencionado Código Civil.

En ese sentido, "(...) la cosa futura constituye, por disposición de la ley, objeto lícito de contrato y cuya aparición condiciona el traslado de propiedad de la misma. De no producirse este faltará la entrega de la cosa, no el objeto del contrato" (Calonge, 1963, p. 194).

Con base en lo expuesto, se aclara que no se debe confundir el objeto del contrato con el objeto de la obligación, pues en el contexto del contrato de compraventa de cosa futura, este tiene objeto contractual; sin embargo, lo que no tiene objeto material es la obligación específica que tiene el vendedor de entregar la cosa, en razón a su inexistencia; por ende, ella no se le puede exigir al vendedor hasta tanto exista (Rovira, 1965).

En ese orden de ideas, "la existencia de la cosa no es un presupuesto de la estructura del negocio sino de su realización o cumplimiento" (Rovira, 1965, p. 129). Por lo tanto, "la venta es perfecta y produce efectos obligatorios que no

se derivan de la existencia de la cosa" (Rovira, p. 130).

En razón a lo precedente, el contrato de compraventa de cosa futura "(...) existe en el mundo del derecho, [es] válido y completo en sus elementos, en modo tal que no pueda hablarse ni de inexistencia ni de "nulidad". Solamente su eficacia, parcialmente pendiente en virtud del mecanismo condicional, no resulta todavía total y definitivamente desplegada" (Rogel, 1975, p. 269).

Entendiendo que el contrato de compraventa de cosa futura es perfecto, pues "el juego de la condición tendría un ámbito de aplicación más limitado, no al contrato, sino a ciertas obligaciones derivadas del mismo" (Rovira, 1965, p. 133) se infiere que produce efectos, evidenciados tanto en obligaciones suspendidas bajo la condición de existir la cosa, como en ciertos efectos obligatorios dirigidos a la existencia del bien futuro (Bianca, 2007). Ejemplo de los primeros caracterizados por ser conexos con la existencia de la cosa (Rovira) está la entrega de los frutos al comprador; y de los últimos, que no se derivan de la existencia de la cosa (Rovira), serían aquellos cuyas prestaciones de hacer están conformadas por la siembra, mantenimiento y cuidado de los cultivos, entre otras actividades orientadas a la existencia de los frutos ofrecidos en venta.

En virtud de lo anterior, se concluye que la condición suspensiva de la existencia de la cosa no recae en el contrato, puesto que la condición como elemento accidental del negocio jurídico no puede tener incidencia en el presupuesto del objeto contractual; por ende, "(...) lo que está condicionado, lo que impide la condición, es la exigibilidad inmediata de la obligación de entregar, o sea, el nacimiento de un derecho de crédito" (Rogel, 1975, p. 260).

Complementando lo anterior, pero centrándose en la obligación referente a la cosa, Francisco

⁸ "(...) para que al negocio se puedan atribuir los efectos adecuados a su típica función económica social y, por consiguiente, conforme a la intención práctica normal de las partes, debe existir, lógicamente, una correlación entre tales efectos y algunas circunstancias extrínsecas al negocio considerado en sí, las que llamaremos presupuestos de validez o presupuestos simplemente (...). Estás si bien son extrínsecas al negocio en sí considerado, se integran en el seno de la compleja situación rehecho (inicial) de la que forman parte y en la que el negocio se inserta. Cuando tales circunstancias integradoras deben estar presentes en el momento en que el negocio se realiza o alcanza vigor, se llaman presupuestos del negocio, mientras que si su presencia es requerida en un momento posterior, pueden designarse, en sentido amplio con el nombre de condiciones" (Betti, 2008, p. 191-192).

⁹ El profesor Giovanni Battista Ferri define el objeto del contrato como un *bien* entendiendo a este último como una categoría amplia que contempla *cosas, valores, utilidades corporales e incorpóras de naturaleza patrimonial*, constituyéndose en el punto de referencia objetivo y de los intereses específicos de los que se pretende disponer mediante el contrato (Battista, 2002).

Rovira señala:

[...] esta cosa misma es un elemento estructural de la obligación, y no puede ser al mismo tiempo el acontecimiento condicional, puesto que la condición, como dice Falzea, es un coelemento accidental o marginal a la estructura de la relación jurídica en cuestión, y además debe ser incierta; un elemento esencial (la cosa) de la obligación, no puede ser puesta en condición, porque sería negar su existencia; la obligación debe tener todos sus requisitos esenciales para que sea relevante, y lo que impida su eficacia debe derivar de fuera, no ser un elemento esencial (Rovira, 1965, p. 133).

Aceptar que el contrato de compraventa de cosa futura está sujeto a la condición suspensiva de la existencia de la cosa implicaría que dicho negocio jurídico no se encuentra perfeccionado por carecer uno de sus presupuestos como lo es el objeto, lo que lleva a que se acepte la tesis en que no existe vínculo contractual alguno entre las partes hasta tanto la cosa exista; por lo tanto, ellas no estarían obligadas de manera recíproca.

Dicha situación es contraria a los fundamentos teóricos del objeto como presupuesto del negocio jurídico, a las condiciones suspensivas como forma de determinar el momento de hacer exigible las obligaciones, y al principio de la buena fe, toda vez que se desconocería la naturaleza *sui generis* del contrato de compraventa de cosa futura, que se caracteriza por producir ciertas obligaciones para las partes *independientemente* que la cosa no exista, como aquella de pagar el precio por el comprador o de velar por la existencia futura de la cosa de manera diligente y de informar al comprador todos los pormenores del negocio de manera clara, oportuna, transparente y suficiente, por el vendedor.

Además, la tesis en mención genera desprotección jurídica para quienes realizan tales nego-

cios, pues no podrían exigir el cumplimiento de obligación alguna entre ellas, en razón a que la relación jurídica que media entre ellas carece de fuente obligacional de naturaleza contractual. Desde esta perspectiva, la única opción jurídica que tendrían tales sujetos para salvaguardar sus intereses negociales es acudir al régimen de responsabilidad civil extracontractual, con las implicaciones que en materia probatoria¹⁰ le podría acarrear a la parte afectada.

De otro lado, sin desconocer la técnica de pensamiento que se orienta hacia el problema y que se ha planteado como método del escrito, en los siguientes capítulos, se presenta, en primer lugar, un estudio conceptual riguroso de la *teoría de los riesgos*, a partir de la revisión del *riesgo de la cosa*, y de la regla romana *periculum est emptoris*, comprendiendo su relación estrecha con el principio de la buena fe y el desarrollo *disímil* que esta ha tenido en el derecho privado colombiano; en segundo término, se efectúa un análisis conceptual de la regla *perpetuatio obligationis* atendiendo el derecho romano clásico y lo dispuesto en los artículos del Código Civil que lo regulan y son aplicables a los contratos mercantiles, gracias a la remisión expresa al citado Código por el artículo 822 del Código de Comercio. Por último, se aborda la aplicación de las reglas romanas *periculum est emptoris* y *perpetuatio obligationis* en el contrato de compraventa de cosa futura, con miras a responder los cuestionamientos jurídicos que se derivaron del caso objeto de análisis.

¹⁰ Con base en lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil colombiano, la culpa se presume en el contexto de la responsabilidad contractual, toda vez que opera la inversión de la carga de la prueba cuando el deudor incumple con las obligaciones pactadas en el contrato. En ese sentido, al deudor le corresponderá probar la ausencia de culpa (grave, leve o levísima) o acreditar la presencia de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero, hecho del acreedor) según el contrato y a las calidades del agente (Suescún, 2005A). A *contrario sensu*, de acuerdo con el artículo 2341 del Código Civil, como regla general en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, la víctima tiene la carga de la prueba de demostrar la culpa del victimario dentro del proceso judicial respectivo.

2. EL RIESGO DE LA COSA: LA TEORÍA DE LOS RIESGOS

Para comprender la *teoría de los riesgos*, es indispensable iniciar con la definición del concepto *riesgo*, el cual es considerado como aquella "posibilidad de un evento futuro dañino" (Abeliuk, 2001, p. 1059) que puede generar ciertos efectos negativos para uno de los extremos contractuales, dependiendo del momento en que se configure y del sujeto sobre el cual recaiga.

Por su parte, la *teoría de los riesgos* está conformada por aquellas construcciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales orientadas a determinar si será el deudor o el acreedor el que finalmente sobrellevará el detrimento económico de la pérdida de una especie o cuerpo cierto, en el marco de un contrato bilateral, cuando esta perece a causa de un caso fortuito (Sepúlveda, 2011).

En ese orden de ideas, es atinado señalar que la *teoría de los riesgos* se concibe como aquella herramienta jurídica, que dentro de una determinada relación contractual permite determinar si puede existir una probabilidad de peligro particular, llamado *riesgo*, y que, existiendo esta probabilidad, se pueda señalar quién y por qué razón uno de los extremos contractuales debe asumir el riesgo generado sobre la pérdida de la cosa (Suescún, 2005B).

Con base en lo expuesto en los renglones precedentes, se colige que no hay que confundir la problemática que surge del *riesgo de la cosa* con aquella que nace de la *responsabilidad*, pues en la primera, la afectación al patrimonio de uno de los extremos negociales, reflejado en la pérdida de la cosa que se debe, no se origina del incumplimiento imputable a una de las partes de sus obligaciones, sino de una situación extraña y ajena a ella, surgiendo la necesidad de restablecer el equilibrio en la posición de los

contratantes, según criterios de funcionalidad de las relaciones negociales¹¹.

En ese sentido, el *riesgo* requiere que la producción del deterioro o pérdida de la cosa surja en razón a una causa extraña, pues si hay responsabilidad para el deudor, "(...) no ha habido riesgo, porque el deudor no cumplirá la obligación que se hizo imposible, pero deberá indemnizar los perjuicios" (Abeliuk, 2001, p. 1060).

Por lo tanto, la presencia del *riesgo de la cosa* marca un límite a la elaboración y a la explicación del carácter bilateral del contrato, sin que ello implique que su naturaleza sinalagmática se desvanezca (Neme, 2008) y, a su vez, al derecho se le fija el reto de establecer el extremo negocial que asumiría el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe cuando la relación jurídica se instrumenta a través de un contrato bilateral como la compraventa.

Como respuesta a esa necesidad, el derecho ha desarrollado la *teoría del riesgo*, y en el interior de la misma ha estructurado la regla *periculum est emptoris*, la cual le atribuye el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe al comprador, quien sería el acreedor de la obligación de entrega de la cosa vendida en el marco del contrato de compraventa. Dicha regla fue adoptada en el derecho colombiano, en particular, en las disposiciones normativas del Código Civil, pues el Código de Comercio no la acogió¹², lo cual hace *disímil* su aplicación.

¹¹ "Bisogna evitare di confondere i profili del rischio e della responsabilità: è indubbio che anche in materia di rischio sussiste la necessità di procedere a spostamenti patrimoniali fra le parti, per riequilibrare la posizione dei contraenti, ma non si tratta di responsabilità per inadempimento" (Talamanca, 1990, p. 668).

¹² Es importante aclarar que de acuerdo con los artículos 1607 y 1876 del Código Civil colombiano, en las relaciones contractuales de naturaleza civil los riesgos de la pérdida de la cosa que se debe se atribuyen al acreedor, es decir al comprador dentro del contrato de compraventa, adoptándose de esta manera la regla *periculum est emptoris*. A contrario sensu, en materia comercial, el artículo 929 del Código de Comercio colombiano invierte la atribución del riesgo, pues lo deja en cabeza del vendedor, acogiéndose la regla *periculum venditoris*.

Para comprender las razones por las cuales a dicho sujeto se le arroga el riesgo de la pérdida de la cosa y por qué el legislador patrio la adoptó en el Código Civil, es necesario hacer un recorrido histórico de dicha institución en el derecho romano clásico¹³, comenzando con un texto de Paulo en el D. 18.6.8, Comentarios a Sabino, libro V; Comentarios al Edicto, Libro XXXIII en donde se señala que

[...] es necesario saber, cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quién sea el riesgo, porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador. Y si respecto a lo que se hubiere vendido apareciera que sea, de qué, calidad, cuánto, y su precio, y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiere sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra alguna, así como tampoco estipulación; pero si se hubiere cumplido, dicen Próculo y Octaviano, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio al libro noveno. Más si pendiente la condición hubiere fallecido el comprador o el vendedor, consta que si se cumpliera la condición, también están obligados los herederos, cual si la compra se hubiere ya celebrado anteriormente. Pero si la cosa hubiera sido entregada pendiente la condición, no podrá el comprador usucapirla como comprador, y se repetirá el precio que se pagó, y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor, así como se extinguen las estipulaciones y los legados condicionales, si pendiente la condición hubiere perecido la cosa. Pero si existiera la cosa, aunque se haya deteriorado, puede decirse que el daño es del comprador.

¹³ Para la profesora Martha Lucía Neme Villarreal la regla *periculum est emptoris* tuvo vigencia en los inicios del periodo clásico del Derecho Romano con base en las fuentes romanas y por las posiciones doctrinarias, como el del profesor Ricardo Cardilli en su texto *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. (II Sec.a. C. – II Sec. a. C.), Milán, 1995 (Neme, 2008).

Dicho pasaje junto con los textos de autoría de otros jurisconsultos romanos, como Ulpiano¹⁴ y Modestino¹⁵, permitieron resolver la cuestión de quién asumía los riesgos, pues "se optó por la solución de que fuera el comprador quien asumiera el riesgo por la pérdida fortuita de la cosa desde el momento del perfeccionamiento del contrato, conociéndose así esta regla como *periculum est emptoris*" (Oviedo, 2004, p. 197). Por lo anterior, el comprador estaba obligado a pagar el precio, no obstante que su otro extremo negocial se encuentre libre de la obligación de entrega de la cosa en virtud de su pérdida.

Esta regla que le atribuye el riesgo de la pérdida de la cosa debida al comprador se funda en el criterio *commodum incommodum*, también desarrollado en el derecho romano clásico¹⁶, según la cual a aquel a quien pertenece el beneficio debe asumir las incomodidades, pues el comprador se favorece, a partir de la venta, de todas las agregaciones que llegue a tener la cosa vendida; de esta manera la citada regla se constituye como una forma de equilibrar las cargas de las partes en términos de riesgo y de beneficio de la cosa vendida (Neme, 2008).

En razón a lo precedente, se deduce que la regla romana del *periculum est emptoris* se funda en el principio de la buena fe, pues "los deberes de lealtad y consideración de los intereses de la contraparte, aunados a la fuerza vinculante de los compromisos asumidos, reglas que derivan del principio, harían parecer como propio de las relaciones sustentadas en la *fides bona* que los riesgos de la cosa vendida se transfirieran al comprador" (Neme, 2008, p. 66), más aún, cuando dicho sujeto, desde el mismo momento del perfeccionamiento del

¹⁴ D. 18.6.1 pr.-1, Ulpiano, Comentarios a Sabino, libro XXVIII.

¹⁵ D. 18.1.62.2, Modestino, Reglas, libro V.

¹⁶ D. 50.17.10, Paulo, Comentarios a Sabino, libro III: Es conforme a naturaleza, que las comodidades de cualquiera cosa correspondan al que le correspondieren las incomodidades.

contrato de compraventa, es el destinatario de la cosa vendida y consecuentemente a quien por naturaleza debe afectar su pérdida, siempre y cuando ella no tenga como causa la culpa del vendedor (Neme, 2008).

Ahora, retomando el pasaje de Paulo, es importante resaltar que existían eventos en donde se le atribuían al vendedor los daños por la pérdida de la cosa vendida, atendiendo la ductilidad de la buena fe, pues dicho principio impide en determinadas circunstancias que el riesgo se traslade "al comprador no *dominus* y por el contrario exige que el mismo permanezca en cabeza del vendedor, lo cual no significa invertir la regla de manera tal que resulte viable hablar de *periculum est venditoris* como regla preexistente en el derecho romano clásico a aquella que trata del *periculum est emptoris*" (Neme, 2008, p. 67).

Por otro lado, vale destacar que la aplicación de la regla *periculum est emptoris* en el contrato de compraventa solo procedía cuando la obligación de entrega de la cosa en cabeza del vendedor no estaba sometida a condición suspensiva. Ahora, si esto último sucedía y la cosa perecía mientras pende la condición suspensiva, el riesgo de la pérdida de la cosa lo asumiría el vendedor.

No obstante los fundamentos teóricos expuestos que soportan la regla romana *periculum est emptoris*, algunos doctrinantes señalan que ella es contraria a la equidad por atribuirle el riesgo de la pérdida de la cosa debida al comprador, mientras que el vendedor seguía con la propiedad de la cosa; y que constituye una ruptura del carácter sinalagmático de las obligaciones que emanan del contrato de compraventa (Ospina, 1998).

Frente a tales críticas, otro sector de la doctrina, a la cual nos adherimos para los propó-

sitos de este escrito, señala que tales autores desconocen que el origen de la regla *periculum est emptoris* se encontraba en la buena fe; su justificación se funda en razones de equilibrio contractual y que ella es una excepción a la naturaleza sinalagmática del contrato (Neme, 2008), según se ha explicado en los párrafos precedentes.

2.1 *La regla periculum est emptoris en el derecho privado colombiano. Requisitos para su procedencia*

Para comprender la procedencia de la regla romana del *periculum est emptoris* en el derecho privado colombiano, es vital aclarar que el Código de Comercio no adoptó dicha regla; *a contrario sensu*, el Código Civil sí la acogió en su normativa. En ese sentido, se hace notoria la existencia de una dicotomía en el derecho privado colombiano, pues los citados códigos arrojaron reglas distintas para atribuir a alguna de partes del contrato de compraventa el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe (Suescún, 2005B).

El Código Civil, siguiendo la visión de Andrés Bello, materializada en el Código Civil chileno, además de regular el tema de la pérdida fortuita de los bienes objeto de una obligación de dar o hacer, distinguiendo si se trata de bienes de género o de especie o cuerpo cierto (Oviedo, 2004), acogió al sistema clásico de compraventa romana conformada por el título y el modo, en sus artículos 740 y 745 junto con la aplicación de la regla *periculum est emptoris*.

La decisión que tomó el insigne venezolano de seguir con dicha tradición romana se basó atendiendo

[...] los principios de buena fe y equidad y obedece al reconocimiento de elucubraciones complejas y colmadas de matices que realizó la jurisprudencia romana con el fin de proponer soluciones que aten-

diendo las directrices de los aludidos principios, tomen en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, (...) lo que hace Andrés Bello con estas soluciones es armonizar los preceptos del riesgo en la compraventa con el entero sistema del Código Civil que se encuentra regido por los principios de buena fe y equidad (Neme, 2008, p. 105).

La regla *periculum est emptoris* tiene su fundamento legal en los artículos 1607 y 1876 del Código Civil colombiano, los cuales establecen que al momento de configurarse el riesgo sobre un cuerpo cierto, no cumpliendo aún el deudor (vendedor) la entrega de la cosa, este riesgo debe ser asumido por el acreedor (comprador), salvo que el deudor (vendedor) esté constituido en mora o que este último se hubiese comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.

En ese sentido, la pérdida fortuita de la cosa implica para el acreedor (comprador) efectuar el pago del precio de la cosa debida que pereció o abstenerse de reclamar la devolución de lo pagado si ello se efectuó antes de la pérdida de la cosa. Por su parte, al deudor (vendedor), según el numeral 7 del artículo 1625 en concordancia del artículo 1729 del Código Civil colombiano, lo exonera de cumplir con su obligación de entregar la cosa, pues en razón a su pérdida, la obligación de entrega que estaba en su cabeza se extingue.

Con base en las citadas disposiciones se deduce que los requisitos para la estructuración de la aludida regla romana en el ámbito del contrato de compraventa son: a. Que el objeto de la prestación recaiga en un cuerpo cierto; b. Que la pérdida o deterioro de la cosa debida sobrevenga en virtud de una causa extraña y no durante la mora del vendedor; c. Que no hubiese efectuado la entrega de la cosa que se debe a partir del perfeccionamiento del contrato.

Sumado a lo precedente, se infiere que en el ordenamiento jurídico colombiano se adoptó el criterio romano *commodum incommodum*, toda vez que por regla general se señala que las mejoras que llegue a tener la cosa desde el momento del perfeccionamiento del contrato de compraventa hasta su entrega pertenecen al comprador. Lo anterior tiene respaldo en el inciso segundo del artículo 1872 del Código Civil colombiano que señala que los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador.

De otro lado, es importante dilucidar que la regla *periculum est emptoris* no tiene un alcance extensivo que permita cobijar tipos contractuales distintos al contrato de compraventa, no obstante que coincida con esta última en producir la obligación de dar una cosa cierta¹⁷. En tales eventos se aplica la regla romana *damnum domini*, es decir, la pérdida recae sobre el dueño, atendiendo la imposibilidad de poner a cargo del deudor no propietario de la cosa el riesgo de su pérdida¹⁸ (Neme, 2008).

Por su parte, el Código de Comercio colombiano en el artículo 929 consagra la regla *periculum est venditoris* al estipular que cuando sobrevenga la venta de un cuerpo cierto, la configuración del riesgo sobre la pérdida de la cosa, ya sea por fuerza "mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador".

Aunado a lo anterior, el mismo Código consagra en el artículo 919 que "Los frutos naturales pendientes al tiempo de la entrega, y todos los frutos, tanto naturales como civiles que después

¹⁷ Dentro de los contratos que no se aplica la regla *periculum est emptoris* están: arrendamiento, artículo 2008; obra, artículo 2057; mandato, artículos 2179; comodato, artículo 2203, todos del Código Civil colombiano.

¹⁸ D. 19.2.15.2, Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XXXII y D. 13.6.5.7, Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XXVIII.

produzca la cosa, pertenecerán al comprador de buena fe exenta de culpa”, situación que, de acuerdo con la profesora Neme, “quebranta la regla *commodum incommodum* al atribuir los riesgos de pérdida de la cosa debida al vendedor pero a su vez transferir las ventajas derivadas de los frutos de la cosa al comprador” (Neme, 2008, p. 104).

En virtud de lo expuesto, es atinado afirmar que las disposiciones normativas del Código Civil que acogieron la regla *periculum est emptoris*, mediante la cual los riesgos de la pérdida de la cosa que se debe se atribuyen al acreedor (comprador), es la más coherente con los postulados de la buena fe contractual y la equidad, toda vez que a través de la regla *commodum incommodum* se equilibran las cargas de las partes en términos de riesgo y del beneficio de la cosa vendida, dejando a un lado criterios como la mera asignación de la propiedad de la cosa sobre la que recae el dueño y en su lugar se consideran otros aspectos del negocio jurídico, como su función económico-social (Neme, 2008).

3. LA REGLA PERPETUATIO OBLIGATIONIS EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

La regla *perpetuatio obligationis* tuvo reconocimiento en las fuentes romanas como lo expone el jurisconsulto Paulo en el pasaje del D. 45.1.91.3, Comentarios a Plaucio, Libro XVII al señalar:

Corresponde ver respecto a lo que los antiguos establecieron, que siempre que interviene culpa del deudor se perpetúa la obligación, como haya de ser entendido. Y si verdaderamente hubiere hecho el prometedor que no puede pagar, la Constitución tiene fácil inteligencia; pero si solamente hubiera sido moroso, se extinguirá la mora anterior. Y escribe Celso, el joven, que el que incurrió en mora en entregar el esclavo Stico, que había pro-

metido, puede enmendar esta morosidad ofreciéndolo después; porque esta es una cuestión de bondad y de equidad; en cuyo género de cuestiones se yerra, dice, perniciosamente muchas veces atendiendo a la autoridad de la ciencia del derecho. Y verdaderamente es admisible esta opinión, que ciertamente sigue también Juliano; porque cuando se cuestiona sobre el daño, y es igual la causa de uno y de otro, ¿por qué no será preferente el que tiene sobre el que persigue?

Sobre el citado pasaje, se comenta que Paulo “atribuye toda la responsabilidad del incumplimiento al deudor y es esta conducta culposa lo que justifica la [*perpetuatio obligationis*], culpa que los *veteres* entendieron como comportamiento positivo, como acto material que hacía imposible el cumplimiento que no extinguía la obligación primaria que se podía reclamar judicialmente” (Torrent, 2006, p. 1183).

En ese sentido, la mencionada regla romana fue empleada por los *veteres* para

[...] conseguir la condena del deudor que hubiese eliminado el esclavo prometido por un *factum proprium* culpable, aunque para ello tenían que enfrentarse con un hecho y dos principios jurídicos en principio incompatibles; el hecho era la imposibilidad de la prestación (muerte del esclavo debido); los dos principios eran que la imposibilidad sobrevinida de la prestación libera al deudor, y que el deudor no puede liberarse de su obligación con un hecho exclusivamente imputable al mismo con el que se excluye la posibilidad de cumplir, pero permanece obligado, no extingue la obligación, que es lo que significa la [*perpetuatio obligationis*] que en la visión de Cannata de los *veteres* sigue siendo la obligación originaria (Torrent, 2006, p. 1187).

Con base en lo descrito, se deduce que el espíritu de la regla romana en mención se dirige a proteger el orden público económico

materializado en el respeto al derecho de crédito del comprador afectado por la conducta reprochable del vendedor (Torrent, 2006, p. 1178). En ese sentido, la *perpetuatio obligationis* busca preservar el equilibrio, el respeto y la cooperación mutua entre los extremos negociales de una relación contractual, lo cual demuestra que dicha regla es un desarrollo del principio de la buena fe.

La regla romana *perpetuatio obligationis* fue contemplada en los artículos 1731 y 1732 del Código Civil colombiano, cuya interpretación sistemática da a entender, en primer lugar, que la obligación de entrega del deudor debe recaer en un cuerpo cierto para su procedencia, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1518 del mismo Código.

En segundo lugar, las citadas disposiciones señalan que si el impedimento que obstruye la prestación tiene como origen la culpa imputable al deudor, o si este asumió de manera extraordinaria la responsabilidad de los casos fortuitos o de fuerza mayor, en razón a una cláusula accidental o por encontrarse constituido en mora, la obligación no se extingue, no obstante que sea imposible entregar la cosa misma a causa de su pérdida, pues al deudor se le atribuye una responsabilidad por su incumplimiento, y en razón a ello, debe cumplir su obligación entregando al acreedor el valor de la cosa e indemnizándole los perjuicios que le ha causado por su culpa, porque él es el culpable de la pérdida (Claro, 1979).

Sin embargo, es importante señalar que el mencionado artículo 1731 contempló un aspecto que no estaba inmerso dentro de la versión original de la aludida regla romana, como es la posibilidad que tiene el comprador afectado de reclamar la indemnización de perjuicios, además del precio de la cosa que pereció, lo cual le da un carácter resarcitorio.

Sobre la naturaleza no resarcitoria de la mencionada regla romana, un sector de la doctrina señala que “[b]ajo el aspecto formal, la *perpetuatio obligationis* significa que se puede pedir en juicio la cosa debida y no el resarcimiento; si bien la condena debe ser en dinero, la fórmula menciona en la *intentio* la cosa debida y sólo en la *condemnatio* ordena la conversión en dinero del interés del acreedor” (Cortés, 2009, p. 74).

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia le otorga una connotación resarcitoria a la citada regla, contrario a lo dispuesto en las fuentes romanas, al señalar que:

El artículo 1731 del Código hace referencia al “precio de la cosa” más “los perjuicios de la mora”, lo que a primera vista pudiera dar la impresión de que ese precio no forma parte de la indemnización. Más el artículo 1737 disipa toda duda sobre el particular al expresar que, en cierta hipótesis, “se deberá solamente el precio, sin otra indemnización de perjuicios”. Esto significa que el precio de la cosa debida constituye indemnización, y que la integrada por este precio y el valor de los perjuicios de la mora es la indemnización compensatoria (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 3 de noviembre de 1977).

4. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS ROMANAS PERICULUM EST EMPTORIS Y PERPETUATIO OBLIGATIONIS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA FUTURA. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

4.1 *La periculum est emptoris en la compraventa de frutos bajo la modalidad emptio rei speratae*

Desde una interpretación restringida del artículo 1876 del Código Civil colombiano, se

podría afirmar que *en principio* la regla romana de la *periculum est emptoris* no es aplicable al contexto específico del contrato de compraventa de cosa futura, pues es imposible que una cosa perezca cuando ella es inexistente (Calonge, 1963); sin embargo, cuando la compraventa se realiza sobre frutos futuros, a la luz de la buena fe contractual y atendiendo la naturaleza *sui generis* del negocio jurídico en cuestión, se podría reinterpretar el alcance del concepto vago o ambiguo de *perecer*, incluyendo otras hipótesis¹⁹.

En ese orden de ideas, el concepto de *perecer* se hace más amplio en el campo del contrato de compraventa de frutos futuros, pues dicho verbo no recae exclusivamente en la especie objeto de venta que está en su etapa inicial de desarrollo en los árboles o que incluso no ha tenido desarrollo alguno por la edad temprana de las plantas, sino que también cobija a estas y al suelo, pues, de acuerdo con la naturaleza, el origen de los frutos depende de manera directa de estos últimos, más allá de la intervención del hombre.

En ese sentido, si las flores sin fecundar que están adheridas a los árboles llegan a perecer o las plantas y/o el suelo llegan a destruirse por una causa extraña a las partes del contrato, sin que exista algún indicio de la existencia física de los frutos, operaría la consecuencia jurídica del artículo 1876 del Código Civil que el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe lo asume el vendedor, entendiendo que el advenimiento de los frutos se constituye como una condición suspensiva de la obligación de entrega de la cosa.

¹⁹ "Debe recordarse, en particular, que la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre; y que el significado preciso de una palabra en una situación específica está siempre en función de la unidad total o entidad: la expresión como tal, en el contexto y la situación" (Ross, 1974, p. 130).

Tal inversión en la atribución del riesgo hacia el vendedor no es, a nuestro juicio, una excepción a la regla del *periculum est emptoris*, toda vez que la inversión se da en razón a la naturaleza *sui generis* del contrato de compraventa de cosa futura, gracias al carácter futuro de su objeto que tiene repercusiones no solo en la formación del negocio jurídico, sino también en su estructura y en los efectos, de tal suerte que si en el lapso en que pende la existencia física de la cosa, se presenta alguna de las hipótesis de perecimiento descritas con antelación, el riesgo lo debe asumir el vendedor.

Ahora, si la cosa existe, es decir, que los frutos están *separados* del árbol o se encuentran *pendientes* de su cosecha respectiva, se aplica la regla del *periculum est emptoris*, pues en estos casos se trata de ventas de cosas existentes (Calonge, 1963)²⁰.

Corroborando lo expuesto, en las fuentes del derecho romano se encuentra un pasaje de Labeón en el D. 18.1.78.3, Obras póstumas compendiadas por Javoleno, libro IV que reza "[a] vender el trigo que estaba en la planta, dijiste que si algo hubiese sucedido por fuerza o temporal, tú lo pagarás; las nieves estropearon el trigo; si fueron demasiadas y contra lo ordinario de la estación, podrá ejercitarse contra ti la acción de compra".

Sobre este fragmento del Digesto, la profesora Neme señala que el pacto expreso mediante el cual el vendedor asume el riesgo de la pérdida de la cosa que se vende *antes* de la recolección, no hace referencia a la alteración de la regla del *periculum est emptoris* por vía convencional, sino de una limitación de ella, toda vez que el ven-

²⁰ (...) desde antiguo se vendían las aceitunas en el árbol, *olea pendens*; éstas son ventas de cosas existentes, aunque acostumbren a realizarse con adición de pactos especiales (*leges venditionis*). Tampoco la venta de *fructus in herbis* parece posible configurarla como compraventa de cosa futura. Más bien parece tratarse de la compra de un sembrado en las condiciones en que se halla, esto es, todavía *in herbis* (Calonge, 1963, p. 28).

dedor se obliga a responder por la tempestad; por ende, aquello que sea distinto al citado evento y que trate de un riesgo normal en el comportamiento de la cosa vendida corre por cuenta del comprador (Neme, 2008), es decir, se aplica la regla de *periculum est emptoris*²¹.

Por lo tanto, se infiere que cuando medie cláusula accidental en donde el vendedor acepta asumir los riesgos de la pérdida de la cosa por causa extraña antes de su recolección, no puede afirmarse que se adopte la regla del *periculum est venditoris*, sino que es una extensión de la obligación de *praestare*, la cual no se limita únicamente al dolo, a la culpa o a la custodia (Cardilli, 1996), ni tampoco excluye la aplicación de la regla *periculum est emptoris* (Neme, 2008, p. 72).

Sobre la posibilidad de asumir los riesgos sobrevenidos por causa extraña por vía contractual, el derecho romano lo contemplaba en sus fuentes²², siempre y cuando no sean contrarios a la equidad; más aún, cuando el deudor que asume el riesgo recibe de su otro extremo negocial alguna cosa equivalente a la estimación del riesgo de que se hace cargo, toda vez que los riesgos se catalogan como una cosa apreciable (Claro, 1979).

Con base en todo lo expuesto, se deduce que en el caso planteado no se puede aplicar la regla romana del *periculum est emptoris*, mediante la cual se atribuye el riesgo de la pérdida de la cosa al comprador, por dos razones:

La primera, que acoge una perspectiva formalista, se funda en que el negocio jurídico que realizó el empresario agroindustrial y el comprador común se cataloga como mercantil, atendiendo lo dispuesto por los artículos 20 numeral 17, 21, 22 y 25 del Código de Comercio; por lo tanto, se le aplicaba *en principio* el artículo 929 del mismo Código, que contempla la regla *periculum est venditoris*, con todas las inconsistencias teóricas que ello conllevaría.

La segunda, que es de tipo sustancial, se basa en que su procedencia, al igual de la regla *periculum est venditoris* consagrada en el Código de Comercio, resultaba infundada o nugatoria, toda vez que no se cumple con el requisito de que la pérdida o deterioro de la cosa debida sobrevenga por *causa extraña*²³, pues el hongo que afectó los cultivos se *encontraba en la zona con antelación al perfeccionamiento del contrato de compraventa de frutos futuros*; por ende, dicha amenaza no era ajena al empresario agroindustrial, quien por ostentar la condición de *artifex sabía o debió saber de dicha situación* informando al comprador de ello²⁴, en virtud del principio de la buena fe²⁵,

²¹ "El vendedor de un sembrado de trigo se había comprometido a responder de los daños causados a la futura cosecha *vi aut tempestate*. Arruinado el sembrado por las nevadas el vendedor deberá responder *ex empto* si dichas nevadas fueron *inmoderate* o contra *consuetudinem tempestatis*. Cabe suponer, por tanto, que cualquiera otro daño o deterioro sufrido por el trigo todavía en hierba, lo soportará el comprador. Este había comprado bajo la promesa o *lex venditionis* de que el vendedor soportaría el riesgo extremo antes aludido. Así mismo hay que admitir que de no mediar esta *lex venditionis* el comprador soportaría también -además de los riesgos normales- el perecimiento por *vis maior*. En definitiva, soportaría el comprador- salvo pactados los casos de pérdida en los que el vendedor no tuviese culpa (*factum venditoris*). A efectos, pues, de los frutos todavía no producidos y, por tanto, cosas futuras o no existentes en el momento de la venta, el riesgo parece incumbir al comprador, pese a que como hemos visto, la compraventa de cosa futura en Pomponio es condicional" (Calonge, 1963, p. 27).

²² D. 19.2.13.5, Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XXXII.

²³ Sobre los elementos que estructuran la causa extraña, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señala que el "contratante que alega el caso fortuito o la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual, debe demostrar a más de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, *que no contribuyó por acción u omisión en la realización del hecho*, pues si de lo que se trata es de fracturar la relación entre la actuación del deudor y el resultado contractual no deseado, la existencia de una conducta inapropiada de dicho deudor, permitiría mantener el lazo causal y le haría atribuible el resultado dañoso". (Cursiva por fuera del texto original) (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 21 de noviembre de 2005).

²⁴ "En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente" (Chinchilla, 2011, p. 331).

²⁵ "Con sujeción al postulado de la buena fe y a ineludibles deberes conexos o coligados al deber central de prestación, en especial, los de protección, transparencia e información, el vendedor está obligado a informar con claridad, precisión y

para que decidiera si realizaba o no la compra de los frutos futuros.

En ese sentido, al vendedor le correspondía cumplir una obligación de diligencia conforme al modelo de un profesional o *artifex*, toda vez que la empresa agroindustrial como experto en el tema de cultivos, debió indicarle al comprador las condiciones del terreno, los posibles riesgos que eventualmente afectarían los cultivos (ejemplo, presencia de hongo en la zona) y el alcance de las obligaciones que asumiría al suscribir el contrato; todo ello con el fin de que dicho sujeto contractual, siendo consciente de todos los pormenores del negocio, emitiera su consentimiento dirigido a la realización o no del contrato.

Ahora, si el comprador hubiese tomado la decisión de realizar el negocio jurídico con conocimiento pleno de la existencia del hongo en los alrededores de los cultivos, ello no exoneraría al vendedor de tomar todas las medidas razonables dirigidas a mitigar o prevenir cualquier daño que pudiese ocasionar dicha amenaza en la plantación que afectara la existencia de los frutos o menoscabara su calidad y cantidad, pues el empresario agroindustrial debe cumplir con la obligación de lealtad que emana del principio de la buena fe, sin importar que dicha obligación no se hubiese contemplado de manera expresa en el contrato como lo señalan los artículos 1603 y 871 de los Códigos Civil y de Comercio, respectivamente.

Por otro lado, atendiendo los argumentos antes reseñados, el empresario agroindustrial

a plenitud al comprador los vicios o defectos que conozca o deba conocer y, por ello, la reparación de los daños encuentra también vengencia en su inobservancia, por cuanto de conocerlos o haber logrado conocerlos, podía evaluarlos y abstenerse de contratar o hacerlo en términos diferentes. Tales deberes son más intensos en quienes se dedican habitual o profesionalmente a la venta, ya de manera exclusiva, concurrente o conexas con otras actividades, *verbi gratia*, con la construcción, sea por sí mismo o por otro, en cuyo caso, han de adoptar todas las medidas exigibles, razonables e idóneas para conocer e informar el exacto estado de la cosa" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 19 de octubre de 2009).

tampoco podría incoar una acción tendente a la extinción de su obligación por pérdida de la cosa que se debe, con base en lo dispuesto en el artículo 930 del Código de Comercio, pues al aceptar dicho planteamiento se vulneraría la regla romana del *pacta sunt servanda* contemplada en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable en los contratos mercantiles por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.

4.2 *La perpetuatio obligationis en la compraventa de frutos bajo la modalidad emptio rei speratae*

Partiendo de la premisa que en el contexto del contrato de compraventa de cosa futura, la existencia de esta se constituye como condición suspensiva de la obligación de entrega que recae en el vendedor, se infiere que lo señalado en el artículo 1543 del Código Civil es de recibo en el citado negocio jurídico, pues el vendedor asume la obligación de velar que la citada condición se cumpla o se materialice.

En ese sentido, el vendedor como deudor de la obligación de entrega de la cosa que está sometida a la condición suspensiva, debe realizar todos los actos necesarios a la luz de la buena fe contractual para que la condición se surta; por ende, si él, en razón a su conducta negligente y/o contraria al citado principio, deja que el bien perezca o se destruya, ello no conlleva a la extinción de la obligación por la pérdida de la cosa que se debe, ni mucho menos el comprador asume el riesgo del perecimiento o destrucción de la cosa, sino que dicha obligación subsiste a la luz del postulado romano *perpetuatio obligationis*, desarrollado en el artículo 1731 del Código Civil.

Sumado a lo precedente, es importante destacar que el aludido tipo contractual no está exento de cumplir con lo dispuesto en el artículo 1518 del Código Civil, que les exige a las partes establecer un objeto determinado o fácilmente determinable, pues dicho requisito legal no es contrario a la posibilidad de un objeto futuro,

toda vez que la determinación del objeto busca que las partes del contrato efectúen una adecuada y rigurosa identificación o individualización de la cosa futura y no que esta sea existente al momento del perfeccionamiento del contrato (San Julián, 1996).

De acuerdo con lo anterior, se infiere que se puede firmar un contrato de compraventa de cosa futura que recaiga sobre un cuerpo cierto o que al menos el trato normativo que se le dé sea el propio de aquellos negocios jurídicos que se realicen sobre este tipo de cosas como lo señala el artículo 1877 del Código Civil, de tal suerte que se cumple con la exigencia establecida en el artículo 1731 del Código Civil, que desarrolla la regla de la *perpetuatio obligationis*, concerniente a que el contrato respectivo se realice sobre un cuerpo cierto.

Efectuadas tales aclaraciones, en el caso objeto de análisis se evidencia que las partes desde un principio individualizaron y singularizaron los frutos que se iban a vender²⁶, y señalaron que la venta recaía sobre *todos* aquellos frutos que se lleguen a cosechar en los cultivos del empresario agroindustrial; por lo tanto, se cumple el requisito de viabilidad de la regla romana de la *perpetuatio obligationis*.

Por otro lado, la regla en mención es procedente en el caso objeto de estudio, pues el vendedor no actuó de acuerdo con el modelo de un *artifex*, al no prever la presencia de un hongo que afectaba los cultivos en la zona al momento del perfeccionamiento del contrato de compraventa de cosa futura y al no ejecutar aquellas medidas que por su condición de profesional le eran exigibles, como prever y efectuar todas las medidas técnicas para el cuidado y mantenimiento de la plantación, que incluye aquellas dirigidas a la prevención del hongo que

²⁶ La determinación de los frutos como cuerpo cierto se pudo realizar estableciendo unas parámetros técnicos que los permitiera distinguir de otras variedades de frutos como la semilla empleada, el nivel de desarrollo de los cultivos, el estado fitosanitario, entre otros.

se ubicaba en el sector, y advertir al comprador antes del perfeccionamiento del negocio jurídico de la existencia de un hongo en la zona que se podría propagar en los cultivos y que afectaría la cosecha de frutos, entre otras, todo lo cual impidió el cumplimiento de la condición suspensiva, pues los frutos objeto de venta no tuvieron existencia.

En virtud de lo precedente, el vínculo jurídico entre los extremos contractuales del caso objeto de análisis se tornó inmutable, toda vez que el comprador afectado le puede reclamar la cosa debida al empresario agroindustrial, pero en razón a que se hizo imposible su existencia por la conducta culposa de este último, él sería condenado por el valor de la cosa ofrecida en venta (los frutos) como si ellos existiesen, más la indemnización de perjuicios, si lo llegare a probar, aclarando que esta última pretensión no hace parte del contenido original de la señalada regla romana.

De esta manera, la regla romana de la *perpetuatio obligationis* se constituye como una herramienta jurídica idónea, emanada del principio de la buena fe, que busca proteger al comprador afectado en el caso objeto de revisión, pues a través de ella se persigue la protección de sus intereses que fueron vulnerados por la falta de cuidado del vendedor *artifex*.

CONCLUSIONES

La interpretación adecuada de los artículos 1869 del Código Civil y 917 del Código de Comercio colombianos es que la existencia física de la cosa no condiciona el perfeccionamiento del contrato de compraventa, sino que ella es una condición suspensiva de ciertas obligaciones del vendedor, como la entrega de la cosa, mientras que otras surgen en ese mismo instante a partir de su perfeccionamiento como aquellas dirigidas a propiciar el advenimiento material de la cosa futura ofrecida en venta.

Sumado a lo precedente, se estableció que la cláusula accidental que las partes estipulen en el contrato de compraventa de cosa futura dirigido a precisar su modalidad *emptio rei speratae* o *emptio spei*, y de contera su naturaleza conmutativa o aleatoria, respectivamente, es viable toda vez que la ley no lo prohíbe y porque su contenido no atenta contra la buena fe, el orden público y las buenas costumbres.

Por otro lado, se precisó que no hay que confundir la problemática que surge del *riesgo de la cosa* con aquella que nace de la responsabilidad, pues en la primera la pérdida de la cosa que se debe no se deriva del incumplimiento imputable a una de las partes de sus obligaciones a título de culpa o dolo, sino de una causa extraña.

Para el estudio del *riesgo de la cosa*, se desarrolló la *teoría del riesgo* como construcción jurisprudencial y doctrinaria dirigida a establecer cuál de los extremos negociales debería asumir el riesgo de la pérdida de la cosa. Para responder tal cuestionamiento, los romanos estructuraron la regla *periculum est emptoris*, la cual le atribuye el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe al comprador. Dicha regla fue acogida por el Código Civil colombiano, pues el Código de Comercio adoptó la regla *periculum est venditoris*.

Se determinó que la regla romana del *periculum est emptoris* se funda en los principios de la buena fe y la equidad, persigue el equilibrio contractual y que ella es una excepción a la naturaleza sinalagmática del contrato, pues la aplicación de la regla *commodum incommodum* permite equilibrar las cargas de las partes en términos de riesgo y beneficio de la cosa vendida, considerando la función económico-social del contrato.

De otro lado, se señaló que la regla *periculum est emptoris* era procedente solo cuando la obligación de entrega de la cosa en cabeza del vendedor no estaba sometida a condición suspensiva, pues, si esto último sucedía y la cosa pereciere mientras pende la aludida condición, el riesgo

de la pérdida de la cosa lo asume el vendedor a la luz del artículo 1876 del Código Civil.

Frente a la aplicación de la mencionada regla romana en el campo del contrato de la compraventa de cosa futura, se determinó que en principio no era viable, toda vez que es imposible que una cosa perezca cuando ella es inexistente. No obstante, se estableció que en el campo específico del contrato de compraventa de frutos futuros, era viable la citada regla, si el concepto *perecer* se interpreta de manera más amplia, atendiendo la buena fe, la naturaleza sui géneris de la venta de cosa esperada, el estado natural de los frutos objeto de venta, es decir si estos están desarrollados o no en la planta, si están o no separados del árbol, entre otros aspectos.

Efectuadas tales precisiones conceptuales, se concluyó que en el caso objeto de análisis las partes suscribieron un contrato de compraventa de frutos futuros que se adecuó a la modalidad *emptio rei speratae*, en razón a que pactaron su carácter conmutativo. También se señaló que en el caso no era viable la aplicación de la regla romana del *periculum est emptoris*, toda vez que el negocio jurídico es mercantil y, por lo tanto, se le aplican las disposiciones del Código de Comercio que contemplan la regla *periculum est venditoris*. Ahora, tampoco era procedente dicha regla, pues la causa del perecimiento de los frutos fue por razones imputables al empresario agroindustrial.

En ese sentido, al caso objeto de análisis se aplica la regla romana de la *perpetuatio obligationis* contemplada en los artículos 1731 y 1732 del Código Civil, que son aplicables en materia mercantil en virtud de la remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio, toda vez que las partes desde un principio individualizaron y singularizaron los frutos futuros objeto de venta, y porque el vendedor actuó de manera culposa, por no prever la presencia de un hongo en el sector que podría afectar los cultivos al momento del perfeccionamiento del contrato,

impidiendo el cumplimiento de la condición suspensiva que recaía en la existencia de los frutos objeto de venta.

En razón a lo precedente, el vínculo jurídico entre los extremos contractuales no se extingue, pues el comprador afectado le puede reclamar los frutos debidos al empresario agroindustrial, pero en razón a que se hizo imposible la existencia de tales bienes por dicho sujeto, este sería condenado por su valor como si ellos existiesen, más la indemnización de perjuicios si lo llegare a acreditar dentro del proceso judicial respectivo, aclarando que esta última pretensión no hace parte del contenido original de la señalada regla romana.

Atendiendo las precisiones conceptuales de las reglas romanas del *periculum est emptoris* y de la *perpetuatio obligationis* se evidencia que ellas tienen diferencias estructurales que las hacen disímiles al momento de su aplicación. Sin embargo, ellas coinciden en tener un origen histórico afín como lo es el derecho romano y porque ambas emanan de la buena fe, que representa un *principio* del derecho de las relaciones obligatorias (Larenz, 1958), y, en virtud de ello, persiguen el propósito legítimo de alcanzar una justicia contractual, en donde no es permitido el desequilibrio injustificado, las conductas ajenas a la lealtad y corrección que afecten los intereses de uno de los extremos negociales, como el incumplimiento grave de las obligaciones emanadas del contrato; y el enriquecimiento sin causa de la parte que obró con culpa o dolo en la relación contractual.

En ese sentido, las aludidas reglas, como desarrollo del principio de la buena fe, reiteran el postulado romano de que "todo el derecho tiene por finalidad al hombre" (Tafaro, 2003, p. 397), lo cual, a nuestro juicio, es innato en el contrato que por tradición histórica se ha consolidado como instrumento que regula la necesidad de cooperación mutua entre sujetos dentro de un contexto social (Betti, 1969), más hoy en el marco de un Estado social de derecho como lo es

Colombia donde los principios y valores tienen una función primordial²⁷ y, en razón a ello, el contrato debe tener una función social²⁸.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeliuk, R. (2001). *Las obligaciones*. Tomo II. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Battista, G. (2002). *El negocio jurídico*. Perú: Ara Editores E. I. R. L.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Betti, E. (2008). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares S. L.
- Bianca, M. (2007). *Derecho civil*. 3. *El contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1980). Ciencia del derecho y análisis del lenguaje, en *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia. Editor: Fernando Torres.
- Calonge, A. (1963). *La compraventa civil de cosa futura desde Roma hasta la doctrina europea actual*. Salamanca: Talleres Gráficos Imprenta Núñez.
- Cardilli, R. (1996). L'obligation de praestare et la responsabilité contractuelle en droit romain. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3e Série, Tome XLIII, (No. 43), pp. 81-132.
- Chinchilla, C. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, (No. 21), pp. 327-350.
- Claro, L. (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. De las obligaciones III. Tomo 12. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (3 de noviembre de 1977). *Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 3 de noviembre de 1977*, M. P. Ricardo Uribe Holguín. Colombia.

²⁷ No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, a concebir todo contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores (Zagrebel'sky, 2002, p. 125-126).

²⁸ "(...) el contrato es un instrumento no sólo para el intercambio, sino también, para la integración o cohesión de la sociedad" (Moreno, 2005, p. 38).

- Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia. (21 de julio de 2003). *Sentencia del 21 de julio de 2003*, Ref. Expediente N.º 6995, M. P. Jose Fernando Ramírez Gómez. Colombia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia. (21 de noviembre de 2005). *Sentencia del 21 de noviembre de 2005*, Ref. Expediente N.º 11001-3103-003-1995-07113-017, M. P. Edgardo Villamil Portilla. Colombia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia. (19 de octubre de 2009). *Sentencia del 19 de octubre de 2009*, Ref. Expediente N.º 05001-3103-009-2001-00263-01, M. P. William Namén Vargas. Colombia.
- Cortés, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Larenz, K. (1958). *Derecho de las obligaciones - Tomo I*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo II. Buenos Aires: EJEA.
- Moreno, D. (2005). *El equilibrio contractual: reflejo estéticos de justicia y solidaridad*. Tesis de Grado (Sin publicar). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Neme, M. (2008). Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, (No. 15), pp. 59-108.
- Ospina, G. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Santa Fe de Bogotá: Temis S. A.
- Oviedo, J. (2004). La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa-derecho colombiano y comparado. *Revista Universitas Pontificia Universidad Javeriana*, (No. 108), pp. 193-223.
- República de Colombia. (1887). *Ley 57 de 1887, mediante la cual se expide el Código Civil de Colombia*. Colombia.
- República de Colombia. (1971). *Decreto Extraordinario 410 de 1971, mediante el cual se expide el Código de Comercio de Colombia*. Colombia.
- Rogel, C. (1975). *La compraventa de cosa futura*. (L. Díez-Picazo, Ed.) Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Rubino, D. (1939). *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari in Studi di diritto privato*. Dir. da Giuseppe Messina. Milano: Dott A. Giuffré.
- San Julián, V. (1996). *El objeto del contrato*. Pamplona: Arazandi, SA.
- Schipani, S. (1987). Andrés Bello institucionalista y codificador. En *Simposio Internacional de Derecho Civil. 100 años del Código Civil de la Nación* (pp. 41-54). Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro. Ministerio de Justicia.
- Scognamiglio, R. (1961). *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sepúlveda, A. (2011). *Fundamentos del riesgo del acreedor en los contratos bilaterales en Chile*. Tesis para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Recuperado el 13 de abril de 2014 de la página Web http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111024/de-Sepulveda_a.pdf?sequence=2
- Suescún, J. (2005A). La prueba en responsabilidad contractual. La presunción de culpa y los medios para desvirtuarla. En *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Tomo I) (pp. 255-414). Bogotá: Legis S. A.
- Suescún, J. (2005B). Análisis Comparativo de algunos aspectos del régimen de obligaciones y de contratos en general del Código de Comercio y del Código Civil. En *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Tomo I) (pp. 11-90). Bogotá: Legis S. A.
- Rovira, F. (1965). *La compraventa de cosa futura* en Estudios de Derecho Privado. Vol. II. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Tafaro, S. (2003). Hombre y obligaciones: equilibrio entre las prestaciones. En *Universidad Externado de Colombia, Estudios de derecho civil obligaciones y contratos: Libro en homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003* (pp. 379-425). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Dott A. Giuffré.
- Torrent, A. (2006). Culpa Debitoris - Imposibilidad Sobvenida - Perpetuatio Obligationis. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. (No. 10), pp. 1169-1194.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Ed. Taurus, S. A.
- Zagrebel'sky, G. (2002). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Ed. Trotta.