
Obligaciones de entregar^{*-**}

» FERNANDO HINESTROSA^{***}

Comienzo por identificar el concepto, en el ánimo de precisar que me refiero globalmente a las obligaciones cuya prestación consiste en la entrega de una cosa, sea que haya de hacerse para transferir o constituir un derecho real sobre ella, sea que haya de hacerse simplemente para conferir un derecho precario o de mera tenencia o para restituir el bien recibido a ese título, o para realizar un trabajo en él. La cosa puede ser corporal o incorporeal (arts. 653 y 664 ss. c.c.), mueble o inmueble (art. 654 ss. c.c.), de género (art. 1565 c.c.) o de especie (arts. 1604 y 1729 ss. c.c.). De todos modos la conducta se proyecta aquí sobre un bien, o como se ha anotado, la prestación, que es un comportamiento, tiene a su turno un objeto que debe ser entregado a su destinatario¹, en oportunidad, en el lugar adecuado, el que es y completo: “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación” (art. 1727 c.c.), cuyo contenido se integra con las disposiciones pertinentes: el régimen general, ante todo los ya citados artículos 1604 y siguientes, 1648 y 1729 y siguientes para el cuerpo cierto, y

* Para citar el artículo: Hinestrosa, F., “Obligaciones de entregar”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 44, enero-junio 2023, 5-12. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.01>.

** Escrito para el libro en homenaje al profesor Isidro H. Goldemberg, Buenos Aires, 1995. Este artículo conserva las formas y reglas de citación originales.

*** Rector de la Universidad Externado de Colombia y profesor en ella de Derecho Civil (1963-2012) (Bogotá). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fue su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya ha sido publicada, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a presentarlos de nuevo, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

1 Prefiero la expresión “destinatario” a la de acreedor, por ser más amplia y comprender todas las posibilidades de satisfacción liberatoria.

los artículos 1566 a 1567 para los géneros. A propósito de la entrega, lo fundamental es observar que la satisfacción del acreedor consiste en recibir el o los bienes que le son debidos, y que, por lo mismo, su derecho se refleja en la descripción del bien, la cual permite una conclusión tajante acerca de si ha habido no cumplimiento, al comparar lo ocurrido con el patrón trazado.

La obligación de dar se refiere al derecho sobre la cosa, en tanto que la de entregar se refiere a la cosa misma. En ambos casos el deudor está obligado *de effectu*² y, por lo tanto, debe el resultado: allá, la transferencia o la constitución del derecho real, más la posesión; aquí, la entrega del bien; y en ambos casos responde de aquel.

Obligaciones de entregar cuerpo cierto³

Si la cosa debida es un cuerpo cierto o especie (*res certa*), esto es, un individuo determinado por sus caracteres singulares y no sustituible, el deudor que lo ha de dar, restituir, entregar, tiene el deber de conservarlo hasta su entrega (art. 1605 c.c.)⁴,

2 Grosso, G., *Las obligaciones - Contenido y requisitos de la prestación*, trad. F. Hinestrosa, Bogotá, 1981, 2.ª reimpr. 1992, p. 41.

3 Este tema, uno de los más ricos e interesantes del derecho privado, ha de estudiarse a la luz de la historia, para observar cómo se fueron conformando las instituciones, en el empeño de captar el sentido y la dimensión de los principios que sucesivamente han animado las normas relativas a la responsabilidad en general y la contractual en especial, y los riesgos del cuerpo cierto. A propósito se pueden consultar: Cannata, C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, y la bibliografía allí citada; Pernice, *Labeo*, Halle 1878, 339 ss. y 345 ss.; Jors-Kinkel, P., *Derecho privado romano*, trad. L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, reimp. 1965, §§ 119.2, 110 y 141, 1a.; Schulz, F., *Derecho romano clásico*, trad. J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, Nos. 885, 919, 941 y 1000; Betti, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, 1. Padova, 1962, §§ 159 a 162; Kaser, M., *Das römische Privatsrecht*, München, 1954, 1: § 118.3, p. 424 ss.; 2: § 258, p. 25 ss.; Arangio Ruiz V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 1958 (1933); Visintini, G., *La responsabilità*, Napoli, 1979.

4 Sin afirmar que la lista sea completa, repasando los dos códigos de derecho privado se encuentran dispersos estos casos de obligaciones de guarda y cuidado: código civil: tutelas y curatelas: art. 481; usufructo: arts. 846, 847, 861; uso y habitación: art. 877; prestaciones mutuas: art. 963; legado: arts. 1176, 1180, 1181, 1193; albaceazgo: art. 1356; venta a prueba: art. 1879; arrendamiento de cosas: arts. 1997, 2005; de predios rústicos: arts. 2037 a 2040; de obra: arts. 2053, 2057; de transporte: arts. 2072, 2073; sociedad: arts. 2110; mandato: arts. 2155, 2179; comodato: arts. 2203, 2204; depósito propio: arts. 2247, 2254, 2263; al posadero: arts. 2266, 2269 a 2271; extensión a otros establecimientos: arts. 2272; agencia oficiosa: art. 2306; prenda: arts. 2419, 2428. Código de comercio: sociedad: arts. 127 a 128; venta: arts. 928, 929; transporte: arts. 992, 1030; transporte marítimo: arts. 1596, 1609; aéreo: arts. 1874, 1883, 1886, 1888; depósito: art. 1171; hospedaje: arts. 1195, 1196; anticresis: arts. 1223; fiducia: art. 1243; mandato: arts. 1268, 1273; comisión: arts. 1292, 1294; cajillas de seguridad: arts. 1417.

La tradición como también el buen sentido, plantean la presencia de “reglas diferentes, según que el contrato implique la transferencia del dominio o de un derecho real, o –apenas– el uso temporal o la conservación o manipulación de cosas pertenecientes al acreedor”: Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 9; y también de acuerdo con el interés de cada parte en la relación jurídica (Kubler, *Das Utilitätsprinzip*, cit. por Cannata, *op. cit.*, p. 10 ss.; Kaser, *Das röm. Privatsrecht*, cit., 1, § 118, p. 424); y examinando uno a uno de aquellos preceptos se puede apreciar cómo, no obstante empeños vanos de imponer reglas generales, y a pesar de estas, la solución particular es ineludible por lo sensata y justa.

conservación que impone su custodia y que en esta se “emplee el debido cuidado” (art. 1606 c.c.). Se tienen entonces dos puntos básicos: cómo debe comportarse el obligado y a quién se atribuyen los riesgos de la cosa⁵.

Evidentemente, para poder entregar el cuerpo cierto debido, es necesario cuidarlo, velar por su conservación, sustraerlo a ciertos peligros, preservarlo, rescatarlo, pues de otra manera puede perecer o deteriorarse, inclusive en términos tan graves que su daño equivalga a la pérdida (arts. 1643 c.c. y 1032 c.co.), y todo esto es, obviamente, de la incumbencia de quien tiene la cosa en su poder⁶. Si esta llega a su destinatario y él la acepta, la obligación se extingue por cumplimiento-pago. Pero si, por el contrario, no es entregada por perecimiento, o se le ofrece al acreedor o queda a disposición de este deteriorada, con la pretensión del deudor de que aquel la reciba así, y ha contención al respecto, el problema consiste en averiguar cuándo y cómo acaeció el suceso dañino y, según las respuestas que se den, lo estipulado (arts. 1604, inc. 4, 1601, inc. 3, y 1732 c.c.) y los principios jurídicos, de sentido común y de equidad, en decidir entre la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor sin satisfacción el acreedor (arts. 1607 y 1729 c.c.), o apenas con su satisfacción parcial (arts. 1543, 1648, 1736 y 2203 c.c. y 2032 c.co.), por causa de imposibilidad sobrevenida acaecida en circunstancias que no vinculan su responsabilidad⁷; y la *perpetuatio obligationis* con la consiguiente *condemnatio pecuniaria*,

5 Al perderse la cosa surge la preocupación de si el deudor tiene que responder: simplemente por su valor o por este más indemnización de perjuicios, o si la pérdida es liberatoria para él (arts. 1648, 1731 y 1729 c.c.) y, en el supuesto de simple deterioro, si el acreedor ha de resignarse a recibir la cosa tal cual, o puede pedir resarcimiento (art. 1648 c.c.), siendo oportuno tener presente que en materia de responsabilidad por incumplimiento de la obligación, “todo se reduce a indagar en cuáles circunstancias la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor”: Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 6; que “el cuidado que se debe poner en la conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos o cuasicontratos de donde descende la obligación” (Pothier, R-J., *Tratado de las obligaciones*, trad. de S.M.S., Madrid-Barcelona ([s.d.], n.º 142); y que la responsabilidad del custodio no va más allá del caso, salvo lo que se haya estipulado o lo que disponga la ley para la relación específica.

6 “Cuando es un cuerpo cierto lo que hace el objeto de la obligación –esta– le obliga al deudor a tener un cuidado conveniente para la conservación de la cosa debida, hasta que el pago se haya hecho; y si por falta de cuidado, la cosa pereciera o se deteriorara, vendría obligado al pago de daños y perjuicios que resultaran para el acreedor”: Pothier, *Tratado de las obligaciones*, cit., n.º 142.

7 “Decir que el deudor queda liberado si justifica ciertas causas, no significa solamente que queda dispensado de la prestación misma que constituía el objeto el contrato (ya de suyo está dispensado, puesto que se parte del supuesto de que esa prestación, de hecho o de derecho se ha vuelto imposible), significa, más enérgicamente, que inclusive queda dispensado de los propios daños y perjuicios, que si él hubiera sido responsable, habrían reemplazado a la prestación. Del art. 1147 *Code civ.* se sigue que el deudor se libera cuando justifica una causa extraña que no le es imputable. El art. 1148 parece traducir: fuerza mayor o caso fortuito. Esta al menos es la hipótesis principal. Pero se admite que pueda haber otras causas de liberación adicionales. Entre ellas dos son indiscutiblemente operantes: el hecho del acreedor y el hecho de un tercero; una tercera es materia de discusión: la ausencia de culpa”: Carbonnier, J., *Théorie des obligations*, Paris, 1963, n.º 157.

sola (*quanta ea res erit*) (art. 1737 c.c.), o acompañada de la indemnización de perjuicios propiamente dicha (arts. 1730, 1731, 1735, 1697 *in fine* y 1648 c.c.)⁸.

El *custodiam praestare*, en su sentido natural e inmediato de guarda, vigilancia, cuidado, ha significado siempre, tanto el responder por la custodia, como el estar obligado a la vigilancia y el cuidado que ella impone⁹.

La primera consideración al respecto consiste en establecer cuyos son los riesgos de la cosa: si del acreedor o del deudor, partiendo de la base de que por razones elementales políticas y prácticas, a quien tenía la cosa en sus manos es a quien corresponde explicar lo sucedido y, naturalmente, probar sus alegaciones, en el empeño de quedar libre (arts. 1603 inc. 3, 1730 y 1733 c.c.)¹⁰. Los riesgos (*periculum*)

-
- 8 “Si la pérdida de la cosa debida ocurre por hecho del deudor, es evidente que la obligación no debe por esto quedar extinguida, y que se debe convertir en la obligación del precio de esta, pues el deudor no puede por su hecho liberarse de su obligación, y hacer perder al acreedor su crédito”: Pothier, *op. cit.*, n.º 661. “Resarcimiento de daños es la reparación del mal sufrido. Mediante él, el perjudicado es puesto en la misma situación en que estaría si no hubiera experimentado el daño; recibe *omne quod eius interest*, es decir, el interés en que el daño no se hubiera realizado”: Jors-Kunkel, *Der. priv. romano*, cit., § 105.2. Ahora bien, la doctrina y aun la propia legislación (cfr. arts. 495 y 504 c.p.c. co.), han solido considerar la *aestimatio pecunia* más que como el débito secundario o subrogado de la prestación específica, a manera de perjuicios. Así Jors-Kunkel, *loc. cit.*: “Por la forma de ejecutarse el resarcimiento, este es de dos clases: puede consistir en la restitución al estado jurídico existente con anterioridad al daño, como en la reparación de la cosa dañada (restitución natural), o en la entrega de dinero equivalente al importe del daño (resarcimiento pecuniario)”. Cfr. Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 6 ss. Ospina Fernández, G., *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, 1976, n.º 726, p. 607, niega que, perdida la cosa, “subsista la obligación pero con cambio de objeto”, porque lo que “hay es una obligación nueva surgida del incumplimiento: de indemnizar daños y perjuicios”. Con todo, el dictado del artículo 1731 c.c. es terminante: “Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto [...]”, regla que deriva de las *Receptae sententiae* de Paulo 5, 7, 4: *Cum factio promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret*. Cfr. Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 11 ss.
- 9 “El uso de la palabra custodia es anfibológico, pudiendo ella designar, de un lado, la actividad humana de vigilar una cosa (D. 33, 9, 7; 15, 2 y 37, 9, 1, 25), y de otro, la responsabilidad en cuestión, que los clásicos consideran como respuesta absoluta e indeclinable para ciertos riesgos a los que aquella puede estar expuesta, riesgos normalmente evitables por quien sepa custodiar: D. 19, 1, 31 pr.; 19, 2, 9, 5”: Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 162 s. Así, Betti, *Ist. di dir. rom.* cit., 2, 1, p. 369: “el contenido de la custodia en sentido técnico, como garantía de conservación, con miras a la restitución, es siempre el mismo; pero entre la custodia-vigilancia y la custodia-garantía media una diferencia conceptual que fue claramente advertida por los propios romanos en función de la distinta situación de los intereses considerados”; y Cannata, *op. cit.*, p. 128 s., insiste en todo momento en la dualidad de acepciones del concepto: v. en espec. cap. V: “*Custodiam praestare* no expresa un criterio de responsabilidad, sino una obligación contractual [...] significaba estar obligado a procurar aquel resultado que con la ‘custodia’ podía ser obtenido. La ausencia de resultado era de suyo incumplimiento imputable. Pero entiéndase bien que ‘resultado’ en este sentido no era la sanidad de la cosa a todo trance (como sí en el *salvam fore recipere* del *nauta*), sino su preservación de ciertos peligros”.
- 10 “En el lenguaje jurídico ‘riesgo’ es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor”: Cosentini, F., *Rischio. Teoria generale*, en *Digesto italiano*, XX, Torino, 1916, p. 1044. “De manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa prometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total. Además, puede incluirse en ella la depreciación económica cuando priva a la cosa de todo valor”: Demogue, R., *Traité des obligations en général*, Paris, 1931, 6, n.º 113. “No sería concebible exigirle al acreedor la prueba de la culpa del obligado; es a este, ante todo porque es o debe ser de su conocimiento, a quien

en el derecho civil colombiano, son de cuenta del acreedor: se aplica íntegramente el principio de *res perit creditoris* (art. 1607 c.c.)¹¹, salvo lo que hubieran acordado las partes, en general, o a propósito de alguno o varios eventos en particular (art. 1732 c.c.). *Casus* es el evento imprevisible e irresistible, sobrevenido sin culpa del deudor (art. 1604, inc. 2 *in fine*): causa extraña al deudor, dentro de la cual se incluyen el hecho de tercero (art. 1648, inc. 3, c.c.) y la culpa del acreedor (arts. 1603, 1739, 2269 c.c. y 871 c.co.). Quedan, por tanto, excluidos los eventos dañinos ocurridos por causa imputable a culpa del obligado o de sus dependientes (arts. 1648 y 1738 c.c.) y, además, el *damnum fatale* que se presente, independientemente de en qué circunstancias u oportunidad, en el supuesto de que el deudor “se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas” (art. 1607 c.c.), o de que deba restituir la cosa que hurtó o robó (art. 1735 c.c.); en ambos supuestos como sanción a su mala fe antecedente.

En torno de la oportunidad en que ocurre el *casus*, es natural distinguir entre si sobrevino durante el tiempo en que el deudor podía o, aun, debía tener la cosa en su poder, de acuerdo con lo estipulado, lo indicado en la sentencia, lo resultante de la naturaleza de la prestación y la forma como se le tomó, o lo que disponga la ley; o si, en cambio, acontece luego de haber entrado el deudor en mora (art. 1608 c.c.), situación esta en cuya razón los riesgos se trasladan al obligado, con una sola excepción: que compruebe que el caso se habría presentado, y con los mismos efectos, aun entregada la cosa oportunamente al destinatario (arts. 1607, 1648 y 1732 a 1733 c.c.). Es claro que cuanto se dice acerca de la *mora debitoris* se entiende a propósito de la mora culpable (*per debitorem stetit quominus solvatur*), con exclusión del retraso debido a fuerza mayor (art. 1616, inc. 2, c.c.), en el perfecto entendido de que esta justificación de la mora no puede ir más allá de lo que perduren los efectos del obstáculo, que obviamente debió presentarse con anterioridad al momento en que el deudor entró en mora, para que pueda merecer ese tratamiento.

Originariamente la custodia implicó la asignación de ciertos riesgos al deudor de restitución de cosa de propiedad del acreedor que él tenía en sus manos, dentro de un régimen que en lo general correspondía a lo que hoy suele denominarse “res-

incumbe señalar cómo ocurrió el insuceso. El curso de los sucesos, la línea de conducta, el eslabón de los hechos el deudor los sabe, quedándole por tanto a él la prueba más factible [...] Mientras que el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de los hechos concurrentes que pudieron impedirle a este satisfacer a tiempo su prestación”: Rocha, A., *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 337 s. Cfr. Demogue, *Traité*, cit., 5, n.º 1237, y casación colombiana de 30 noviembre 1935, Gaceta Judicial, XLIII, 175 ss., en caso de incendio de la cosa arrendada.

11 Cfr. Demogue, *Traité*, cit., 6, n.º 116 ss., p. 124 ss. La contraposición de los brocardos latinos: *res perit creditoris* y *res perit domino* solo tiene lugar a propósito de la conservación de las cosas vendidas, permutadas o aportadas a sociedad, que, según el sistema romano, se consideran de propiedad del vendedor hasta la tradición y, conforme al sistema francés, son de propiedad del comprador a partir de la celebración del contrato de enajenación, pues en la custodia original, correspondiente a cosas pertenecientes al acreedor y en manos del deudor, pendientes de restitución, coinciden en la misma persona las calidades de *creditor* y *dominus*. Cfr. Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 147.

ponsabilidad objetiva”¹². La *fides* era la medida del deber de conducta, y el deudor no solamente había de omitir lo que pudiera impedir su cumplimiento, sino que también debía poner todo lo que estuviera a su alcance para la realización cabal de la prestación¹³.

Relativamente al contenido de la prestación: el *factum debitoris* propio de la obligación de entregar, la necesidad de apreciar las circunstancias en función de la idoneidad misma de la vigilancia y el interés de cada parte en la relación¹⁴ movió al surgimiento y desarrollo de los conceptos de culpa y diligencia, y condujo a hablar de grados de una y otra, que se corresponden entre sí¹⁵, y la preocupación por encontrar patrones de referencia hizo pensar en la figura del *diligens pater familias*, como “ideal ético con ropaje jurídico”¹⁶. De todas maneras la responsabilidad iba hasta la *vis maior*, en el sentido de que no eran de cargo del deudor la pérdida o el deterioro fortuitos.

Ese régimen se extendió a la obligación del vendedor respecto de la cosa vendida: *custodia venditoris*: el *periculum emptoris* era *periculum vis maior*, puesto que el *venditor* respondía de custodia hasta el momento de la *traditio*¹⁷, de manera que de-

12 Cfr. Kaser, *op. cit.*, I, p. 424 s.; Jors-Kunkel, *op. cit.*, p. 250 ss.; Baron, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, p. 203 ss., cit. por Cannata, *op. cit.*, p. 25; v. ID., *op. cit.*, p. 25, 10 y 122 ss.; Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 85. “Custodia en el sentido técnico de responsabilidad absoluta por la seguridad de la cosa excepto frente a *vis maior* y acontecimientos de la naturaleza”: F. de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1957, p. 33.

13 Así, Kaser, *op. cit.*, I, § 118, p. 423 s; Baron, *loc. cit.*

14 Cfr. Cannata, *op. cit.*, p. 129; Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 29 s.

15 “Se desarrolla entonces, por una doctrina ciertamente no clásica, el así llamado ‘principio de utilidad’, con arreglo al cual, en general, el que no tiene interés en la relación sólo responde por *dolus*, en tanto que el interesado ha de responder también por culpa”: Kaser, *op. cit.*, I, p. 424. “El concepto de culpa nace [...] como concepto intermedio entre *dolus* y *casus* (considerando *injuria datum* el daño involuntario, pero originado en un comportamiento socialmente reprochable). Con ello se restringió el sentido de *dolus* al ilícito voluntario [...] Esto tuvo como consecuencia la división de la culpa en culpa contraria a la *fides* (*culpa lata*, equiparada al dolo), y otra culpa (*levis*): no contraria a la *fides*, culpa grave = negligencia: que un hombre honesto no se permite nunca, pues la considera escandalosa”: Marton, *Un essai de reconstruction du développement du système classique romain de responsabilité civile*, Rida, 1949, p. 185 ss., cit. por Cannata, *op. cit.*, p. 11 ss.

16 “La culpa es definida en muchos pasajes de las fuentes, más o menos retocados por los postclásicos, como omisión de la diligencia propia de un padre de familia cuidadoso. En el derecho postclásico, con carácter general, la culpa no es otra cosa que lo opuesto a la *diligentia*”: Jors-Kunkel, *op. cit.*, p. 257. “Abiertamente el desarrollo postclásico, con su actitud moralizadora que la filosofía griega había preparado y que el cristianismo robusteció, colocó la tendencia a ver el supuesto de hecho subjetivo, la culpa, como postura reprochable, en el centro de la responsabilidad. [...] Rige el principio general de responsabilidad por culpa, a causa de la conculcación de la *diligentia*, y ciertamente como medida abstracta se erige la conducta del *diligens pater familias* como dirección y medida de la conducta concreta. Esta medida del padre de familia cuidadoso, surgida de la ética social griega, pudo comunicarse a las teorías orientales por medio de la doctrina cristiana”: Kaser, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 253 s. y 257. Cfr. Marton, *loc. cit.*

17 Cfr. Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 147 ss.; ID., *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1956, § 13; Cannata, *op. cit.*, p. 134 ss.; Jors-Kunkel, *op. cit.*, p. 326 ss.; Schulz, *Derecho clásico romano*, cit., n.º 929.

lante de tales circunstancias extraordinarias el vendedor quedaba libre de su obligación relativa a la cosa vendida, en tanto que el comprador no podía repetir el precio pagado, ni considerarse exento de la obligación de pagar el que tuviera pendiente: el vendedor podía, pues, exigir el pago del precio, y se entendía que de esa manera había un equilibrio en las cargas, dado que el comprador tenía derecho a frutos y aumentos de la cosa a partir del contrato¹⁸ (cfr. art. 1876 c.c.). En el derecho justinianeo se aligeró la responsabilidad del vendedor, sin embargo de lo cual mantuvo su crédito relativo al precio en caso de pérdida no imputable a él, con desventaja evidente para el comprador¹⁹. Pues bien, el código de comercio colombiano (de 1971) invirtió este desequilibrio al estatuir que: “Art. 929. En la venta de cuerpo cierto el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito antes de la 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. En este último caso deberá el comprador el precio íntegro de la cosa”, y análogamente en la hipótesis de aportación de bienes a sociedad (arts. 27 y 28)²⁰.

La renovación de la ciencia romanista ha sido total en esta materia durante el último siglo, y ello permite contemplar con enorme desconfianza el empeño de buena

18 “El vendedor se obligaba a considerar la cosa como si fuera propia del comprador. Debía aquel los frutos de la cosa al comprador y había asumido también la responsabilidad por culpa y custodia. Todo esto le hacía acreedor a una recompensa y tal era el precio convenido en el contrato. La regla aludida, en su contexto clásico, lejos de estar injustificada constituye la solución ideal al problema planteado”: Schulz, *op. cit.*, n.º 919, p. 509 ss. Cfr. Cannata, *op. cit.*, p. 135 ss.; Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 147 ss., *versus* de Zulueta, *op. cit.*, p. 34.

19 “En derecho justinianeo, el vendedor era solamente responsable por culpa, y la recompensa del precio resulta tal vez un tanto desproporcionadamente elevada, en relación con los deberes que sobre aquél pesaban, aunque la norma opuesta: *periculum est venditoris* sea todavía peor por sus consecuencias”: Schulz, *op. cit.*, p. 510. “Ninguna máxima ha sido nunca tan discutida como esta, especialmente desde el punto de vista de la oportunidad. Ella implica que pereciendo la cosa [...] por causa de fuerza mayor, aun antes de que el vendedor la hubiera entregado al comprador, este último no sólo no puede (como es natural) pretender nada, sino que continúa obligado a pagar el precio. [...] Los principios frente a los cuales la regla *periculum est venditoris* constituye una derogación de equidad discutible, pueden resumirse así: Es una regla general que los casos de fuerza mayor liberan a todos los deudores. [...] Es justo que el vendedor no siga obligado entonces frente al comprador, pero, cuando habiendo seguido siendo propietario o poseedor de la cosa hasta el momento de la pérdida, el vendedor puede exigir del comprador que le pague el precio, parece injusto el destino de éste de tener que soportar una responsabilidad por lo fortuito. [...] Al comprador se le aplica, es cierto, la regla general *cuius commoda eius est incommoda*, [...] pero los riesgos adversos son mucho más frecuentes que las eventualidades favorables”: Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 251 ss. Partiendo del supuesto de una contradicción entre los arts. 1876 y 740 ss., 1494 y 1849 ss., Valencia Zea sostiene que “en derecho colombiano debe resolverse en el sentido de dar prevalencia a las reglas generales y no a una ilógica y torpe aplicación particular”: Valencia Zea, A., *Derecho civil, III, De las obligaciones*, 6.ª ed., Bogotá, 1982, p. 442.

20 En estas eventualidades el deudor se exonera de la obligación indemnizatoria únicamente con la prueba del *casus*, dentro de una responsabilidad objetiva *venditoris*, pero para que se considere extinguida la obligación específica a su cargo, es menester la mora del acreedor y la ocurrencia de una fuerza mayor que habría destruido la cosa aun sin la *mora creditoris*, evento único en el cual el comprador debe el precio; la mora de la sociedad *accipiens* no requiere ese factor adicional. El exceso en la reacción es manifiesto. Cfr. Demogue, *op. cit.*, 6, n.º 113 ss.

parte de la doctrina civilista de aplicar a todas las obligaciones de entregar especie una misma solución: bien como si la única defensa permitida al deudor fuera el caso de fuerza mayor; bien como si en toda oportunidad le bastase aducir y probar ausencia de culpa para exonerarse de toda responsabilidad²¹. El análisis cuidadoso y prevenido del deber de custodia, caso por caso, lleva a concluir que la realidad vital y la normativa imponen variedad de soluciones, y muestra, además, que no es cierto que “sin culpa no hay responsabilidad, es decir, no hay obligación de indemnizar”²², como quiera que hay oportunidades en las cuales al deudor de nada le vale comprobar diligencia y cuidado, aun máximos, pues la ley lo sitúa por fuera del campo de la culpa, para circunscribir toda posibilidad de exoneración al elemento extraño, e inclusive vincula su responsabilidad delante de determinados casos, como acontece en las hipótesis del posadero y de los administradores de fondas, cafés, billares y otros establecimientos semejantes: artículos 2267 y 2272 c.c., y del transportador: artículos 2073 c.c. y 992 c.co.²³.

-
- 21 “La obligación de conservar comporta responsabilidad de pleno derecho si la cosa no es presentada o está deteriorada”: Demogue, *op. cit.*, 6, n.º 166, p. 172 ss. “El carácter ‘descamado’ de la obligación de dar es tal, que cuando los redactores del *Code* quisieron tratarlo, fueron incapaces de consagrarle un solo artículo. [...] El influjo de la fuerza mayor es tal, que podría preguntarse si la obligación de dar no es una obligación de garantía. Una conclusión tal nos parecería excesiva. Las obligaciones de dar son solamente determinadas”: H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1957, 1, n.º 669, p. 742 s. A propósito de generalizaciones y confusiones entre dar-entregar, obligación de resultado, obligación de garantía, exigencia de la prueba del *casus* o suficiencia de la prueba de ausencia de culpa, cfr. Rocha, *op. cit.*, p. 333 y 339; Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil chileno*, Santiago, 11, n.º 1068-1070; Ospina Fernández, *op. cit.*, n.º 726, p. 608.
- 22 Jhering, *Der Geist des römischen Recht*, p. 40 ss., cit. por Cannata, *op. cit.*, p. 8.
- 23 En un principio, en fuerza del edicto de recepto, los navieros, mesoneros y estableros respondían en forma absoluta de los bienes a ellos confiados, sin probabilidad alguna de exoneración. Posteriormente, así como se introdujo el criterio de la culpa para la obligación de custodia, se atenuó la responsabilidad del *nauta*, el *caupo* y el *stabularius*, de modo de permitirles aducir la fuerza mayor en su defensa, antecedente nítido de las llamadas obligaciones de garantía. Cfr. Gayo, *Instituciones*, II, 205-206.