

La Venta de Cosa Futura

FEDERICO WEBER PONCE DE LEÓN

Profesor de Seminario de Contratos en el Departamento de Derecho de la UIA.

DE LAS modalidades del contrato de compraventa, nos interesa la venta de cosa futura. Analizaremos las dos figuras contractuales que han sido consideradas especies de la venta de cosa futura: La *Emptio spei* o compraventa de esperanza y la *Emptio rei speratae* o compraventa de cosa esperada. Antes de analizar estos contratos en particular, dedicaremos las siguientes líneas al estudio de la cosa futura y a la naturaleza jurídica del contrato de compraventa que versa sobre cosas futuras.

I COSA FUTURA Y COSA ESPERADA

Tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista doctrinal, se aceptan estos contratos sin discusión por lo que toca a su forma. La polémica en torno a este tema se suscita al analizar la naturaleza jurídica del objeto en este tipo de contratos. El objeto de la obligación, esto es, la cosa misma, acarrea diversas consideraciones que no debemos pasar por alto. Trataremos pues, para determinar la naturaleza jurídica de la compra venta de cosas futuras, de precisar, lo mejor posible, el concepto de lo que es una cosa futura.

En principio, cosas futuras son aquellos bienes corporales que en el momento de la celebración del contrato no existen, pero que se espera lleguen a existir. Este concepto de cosa futura es el más aceptado por la tradición jurídica; se refiere al tiempo, a la proyección que la cosa tiene en el porvenir. Por ejemplo, es muy usual contratar en compraventa los frutos de una huerta.

Tratándose de ciertos frutos, se acostumbra su corte en determinada época del año, precisamente en un punto tal de su desarrollo físico, que permiten ser cortados antes de su plena madurez para que, una vez separados del árbol, puedan ser transportados, empacados y distribuidos a los comerciantes detallistas. Desde que estos frutos nacen, existen ya en la naturaleza, pero desde

el punto de vista jurídico se les considera dependientes y sujetos a un proceso natural de crecimiento, el cual deberán sufrir para poder ser conceptuados como cosas jurídicamente autónomas. Desde el punto de vista formal no son considerados durante ese lapso siquiera como bienes muebles. Si atendemos lo dispuesto por el código civil en el art. 750 fr. II, tenemos que: "Son bienes inmuebles. . . Los frutos pendientes de los mismos (se refiere a los árboles) mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares." En este caso, los frutos, como entes naturales, sí existen en principio, en la naturaleza, pero se encuentran en un determinado punto del proceso evolutivo normal; en este caso, podríamos considerarlos jurídicamente como "cosas esperadas" (*rei speratae*) pues existen muchas probabilidades de que éstos terminen su proceso de crecimiento y alcancen el punto clave de su desarrollo, en el cual serán cortados del árbol que les dio vida. Estos frutos son cosas que se esperan puesto que, el indicio de que llegarán a existir como frutos en sentido jurídico, es razonable.

La situación cambia si el contrato se celebra en un momento tal, que el desarrollo natural no ha permitido indicio alguno de existencia de frutos. Estos no existen en ningún estado, lo único que existe es el árbol que probablemente les dará vida. Creemos que en esta hipótesis se trata de auténticas cosas futuras, la proyección no sólo se refiere a la existencia misma de la cosa, sino al tiempo. En uno y en otro casos, los contratantes esperan que la cosa llegue a existir y en ambos casos existen probabilidades de que los frutos no se den.

Si atendemos al momento de la celebración del contrato y en ese momento existen ya los frutos en sentido natural, hay un buen número de probabilidades de que ese contrato tenga un feliz término, aunque también pueda (por alguna razón ajena a la voluntad de los contratantes) interrumpirse el proceso natural de fructificación y entonces, los frutos no existirán.

En el segundo caso, la celebración del contrato se efectuó en un momento en el cual no existía indicio alguno de fructificación. Este contrato implica un estado de fuerte incertidumbre para las partes, ellas contrataron basándose en el conocimiento que tienen de que el árbol fructificará, no sólo esperan que los frutos (como en el caso anterior) sufran el proceso evolutivo normal, sino que confían en la existencia misma, en la fructificación propiamente dicha. De lo anterior podemos concluir que la "cosa es futura en cuanto inexistente, y esperada en cuanto es incierto si se producirá o no."¹

Estos ejemplos nos permiten distinguir —desde el punto de vista doctrinal— a la cosa futura de la cosa esperada, aunque la práctica jurídica identifique o asimile ambos conceptos. Tradicionalmente la cosa futura es con-

siderada “de hecho, el fruto, o sea, un ser que físicamente puede ya estar producido en el momento de la celebración.”²

La mayoría de los tratadistas en esta materia se sirven (con el fin de ejemplificar la cosa futura) de la redada. El que Ticio lance al agua su red y se comprometa a vender el pescado obtenido, integra la figura del “*captus piscium*”. Decimos que se trata de una figura por el abuso que de este ejemplo se ha hecho, nos viene desde el tiempo de POMPONIO.³ “Te compro todos los pescados que saques con tu red la próxima jornada”. Este es un contrato al cual tradicionalmente se ha considerado una compraventa de cosa futura. Sin profundizar ahora sobre si se trata o no de una compraventa, preguntémonos por el objeto de la obligación.

¿Son los peces o no cosas futuras?

Cosa Futura y Res Nullius

“Así, es normal que el lago, el río o el mar contengan peces y que ellos que hoy son *res nullius*, se conviertan mañana en propiedad de un tercero al cual el pescador los ha vendido.”⁴ En este ejemplo, los peces ya existen y los contratantes lo saben. En cuanto a su existencia son *res nullius* y hasta el momento de la captura son cosas esperadas y no como se ha dicho, cosas futuras. Para que exista el derecho de propiedad sobre esos animales, es menester que el pescador realice una conducta tendiendo su red y que los peces sean capturados en ella. La cosa, objeto de la obligación, puede por consiguiente, encontrarse en la naturaleza, “pero restringida al ambiente del cual deba después ser separada. Cuando más, para lograr este fin será suficiente la intervención de una actividad humana, ya sea de extracción, ya de transporte o de organización de medios adecuados, a menudo abandonados también a las leyes de la naturaleza.”⁵

Lo anterior nos permite de nuevo distinguir; la cosa futura es diferente a la *res nullius*. La distinción de estos conceptos no radica en la existencia o no existencia de la cosa, sino en el derecho que sobre ella se puede, legítimamente ejercer. Podríamos decir que la *res nullius* es la cosa que ya existe, lo que no existe es el derecho de propiedad actual que sobre una cosa debe tenerse para poder enajenarla. La captura, el acto de apropiación determinaría ese derecho.

Cosa Futura y Cosa Ajena

Otra postura es la que considera que la venta de cosa futura comprende los bienes existentes en sí, pero inexistentes en el patrimonio del vendedor. Algunos autores han considerado la cosa ajena como cosa futura, en tanto ésta

no ha entrado al patrimonio del vendedor. Se ha considerado venta de cosa futura desde el punto de vista del vendedor puesto que éste no posee actualmente la cosa, pero presumiblemente llegará a adquirirla para transmitir la propiedad de la misma al comprador. Este género de transacciones es utilizado frecuentemente en la vida comercial.

Es usual que un cliente adquiera mediante un pedido hecho a otro comerciante, determinadas mercancías, las cuales no pertenecen todavía a éste último. El comerciante en cuestión las compra a otro comerciante o a un fabricante y sólo entonces las entregará al cliente primario. Se trata de dos o más contratos y la cosa, objeto de la obligación en el primer contrato, existe en el patrimonio del fabricante, quien deberá trasladar la propiedad al vendedor del primer contrato, para que éste a su vez, pueda transmitir su dominio al primer comprador. Si analizamos este caso a la luz de la compraventa, debemos concluir que el contrato primero es nulo, pues se trata de una compraventa de cosa ajena. De hecho en este caso, el vendedor adquiere la propiedad de la cosa con posterioridad a la celebración del contrato y de hecho también, éste queda convalidado por la posterior adquisición. En realidad, cuando se trata de ventas entre comerciantes no hay el mismo riesgo que existe en este tipo de contrato cuando se da entre personas no comerciantes, ya que el destino natural de las cosas entre los comerciantes es el de ser compradas y vendidas, en tanto que una transacción de esta naturaleza entre no comerciantes implica el riesgo de que en un momento dado, no se pueda adquirir la propiedad de una cosa que ya había sido vendida.

En estas hipótesis estamos de acuerdo con Paolo GRECO y con Gastone COTTINO, no creemos que sea factible considerar a las mercancías como cosas futuras por el hecho de que no hayan ingresado al patrimonio del vendedor cuando él celebró el contrato; “la venta de cosa ajena es venta de cosa existente y se encuentra regulada por los artículos 2270 y 2271 de nuestro código civil”.⁶

Cosa Futura y Cosa Inaccesible

Otra de las diferencias establecidas por GRECO y COTTINO es la que se refiere a la cosa actualmente inaccesible, distinguiéndola de la cosa futura. Para estos autores, contratar en compraventa una cosa existente pero inaccesible en el momento de la celebración, presenta una alternativa.

“O bien las partes han tenido en consideración la disponibilidad inmediata y actual de la cosa y entonces la obligación es nula por la imposibilidad originaria del cumplimiento de la prestación; o la cosa que ya existe es vendida con vistas a la eventualidad que el vendedor o el comprador logren

hacerla accesible por el uso de recursos particulares... en tales casos, parece más exacto hablar de un contrato condicional.”⁷

Un ejemplo de esto último podría ser la venta de bienes cuya existencia se conoce y éstos se encuentran en un sitio lejano y poco explorado.

En este caso no se trata de cosas futuras, sino de cosas inaccesibles que requieren, para ser objeto posible de la obligación, el consentimiento sobre su problemática obtención para que el deudor cumpla con la prestación, que aunque difícil, es posible. En este caso se plantea nuevamente la diferencia entre una cosa futura y la cosa que se espera obtener, pero que ya existe.

Cosa Futura y Cosa cuya existencia se ignora

Pueden también celebrarse contratos de compraventa que versen sobre cosas que no se sabe si existen actualmente, pero no debemos confundir este tipo de bienes con los que no se sabe si persisten en la actualidad. Es diferente la compraventa que trate sobre los minerales que se extraerán de un suelo inexplorado y que se espera existan, lo cual encaja en el esquema de la venta de cosa futura, de la venta de un bien que se sabe existió pero se ignora su persistencia. Este es un contrato normal de venta, al cual simplemente se aplicaría la problemática de los riesgos. Este tipo de contratos se proyecta más bien hacia el pasado que hacia el futuro.⁸ Resulta clara la distinción entre este tipo de contratos y los que versan sobre una cosa futura.

Conclusión. Las anteriores líneas nos permiten distinguir la Cosa Futura de la Cosa Esperada y de otros tantos conceptos que han sido prácticamente asimilados a ella; estas diferencias nos permitirán insistir en que las cosas futuras son los bienes *actualmente inexistentes* y cuya futura existencia es razonablemente factible, para poder ser el contenido real de una obligación patrimonial. Esa “razonable esperanza” implica además un elemento de incertidumbre en cuanto que la cosa llegue o no a existir, para poder ser considerada un bien jurídicamente autónomo.

Aclarado nuestro término básico, estudiaremos ya en particular la compraventa de cosa futura como una figura contractual; ahora, enfocaremos el estudio de su naturaleza jurídica.

II NATURALEZA JURIDICA DE LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

La venta de Cosa Futura ha suscitado una polémica en torno a su naturaleza jurídica. Respecto a este problema existen fundamentalmente tres

corrientes de opinión que podríamos, para efectos de este estudio, denominarlas como sigue:

1. Teoría Negativa.
2. Teoría de la Imperfección.
3. Teoría de la Perfección.

Teoría Negativa

Algunos autores han considerado que la naturaleza jurídica de la venta de cosa futura es la de ser un contrato sujeto a condición suspensiva, concretamente, a la condición “si la cosa llega a existir.”

Para esta corriente de opiniones, no cabe duda que si la condición suspensiva se realiza, la venta es perfecta y produce todos sus efectos en el momento en que la cosa viene a existencia.

Cosa diferente ocurre cuando esa condición suspensiva no llega a operar por no venir a existencia la cosa esperada. En este caso, se trata de un contrato *inexistente* por faltar el objeto. Uno de los elementos esenciales de todo contrato es precisamente el objeto. La compraventa de cosa futura tiene por objeto una cosa no existente pero susceptible de existencia en el futuro, el contrato se encuentra suspendido en sus efectos hasta que la cosa llegue a existir. Vimos ya que si ésta llega a existencia, termina ese suspenso y el contrato produce todos sus efectos jurídicos.

Ahora bien, “no cumpliéndose la condición, no llegando a existir la cosa, el contrato no puede tener efecto por falta de un requisito esencial”.⁹ Un autor, dentro de esta opinión y refiriéndose concretamente al derecho mexicano nos dice: “Desde el punto de vista jurídico, esta modalidad provoca un verdadero problema en el derecho, porque la venta de cosas futuras, cuando éstas no llegan a existir, en teoría debería ser jurídicamente imposible. Se objeta argumentando que se trata de un contrato aleatorio; pero la aleatoriedad desde el punto de vista estrictamente jurídico no debe llegar al grado de afectar la existencia misma del contrato... en la compra de esperanza o en la venta de cosas futuras, se da el caso de un contrato sin objeto.”¹⁰

Otro autor que comparte este punto de vista es REZZÓNICO, quien al analizar la venta de cosas futuras nos dice: “la venta de cosa futura puede hacerse en dos formas tradicionales: como contrato conmutativo condicional o como contrato aleatorio. En tales casos (como contrato condicional) se subordina la entrega de la cosa futura que se vende, a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, y si la cosa esperada no llega a existir, la venta queda sin efecto, pues el comprador no ha cargado con el riesgo (como

en los contratos aleatorios) de que no llegue a existir. Si no se cumple la condición, no hay contrato por falta de objeto.”¹¹

Esta opinión que tildamos ya de negativa, encuentra muchos juristas simpatizantes, todos ellos tratadistas del Derecho Civil; parece ser que ésta es la posición dominante en la doctrina. Entre los autores que sustentan este punto de vista (sin el ánimo de elaborar una lista exhaustiva), nombraremos a POTHIER¹², MOURLON¹³, TROPLONG¹⁴, DEMOLOMBE¹⁵, GUILLOUARD¹⁶, LAURENT¹⁷, COLIN y CAPITANT¹⁸, HAMEL¹⁹, GIORGI²⁰, CARBONNIER²¹, PUIG PEÑA²², AGUILAR CARVAJAL²³, LEÓN HURTADO²⁴.

Teoría de la Imperfección

Otra opinión que niega que la compraventa de cosa futura es un contrato perfecto cuando la cosa no llega a existir, es la que aduce que “se trata de un contrato incompleto, en proceso de formación, susceptible de simples efectos preliminares después de los cuales se implican una serie de obligaciones negativas y positivas a cargo del vendedor y su responsabilidad in contrahendo en caso de incumplimiento culposo de ellas.”²⁵

En el área de esta opinión puede comprenderse la teoría del negocio anticipado²⁶ desarrollada por un jurista italiano; nos referimos a DOMENICO RUBINO.²⁷

“El negocio anticipado... es una de las hipótesis de la inversión del orden cronológico de formación de los actos jurídicos en general y de los negocios jurídicos (contratos) en particular. El negocio jurídico comprende generalmente diversos elementos. Entre éstos se dan algunos que normalmente existen ya desde el comienzo de la formación del consentimiento, pero puede acontecer también que en ese momento falten otros y la ley consienta su superveniencia. En esta última hipótesis, cuando las partes concluyen el contrato antes de que alguno de aquellos elementos se haya realizado, se anticipa la formación del consentimiento.”²⁸

Desde el punto de vista de este autor, lo que sucede es que el objeto de la obligación (como requisito), generalmente existe en el momento en que aquél se celebra. Sin embargo, excepcionalmente, el objeto puede sobrevenir después de la celebración y éste es el caso de la cosa futura. “Cuando el derecho no haya nacido, el contrato no está completo en todos sus elementos, los cuales no pueden todavía, producir ninguno de sus efectos definitivos, específicamente, la transmisión del derecho no se verifica, y ciertamente, las partes no pretenden que eso suceda inmediatamente, porque saben que todavía no puede esto acontecer.”²⁹

Es interesante para nosotros, la distinción que RUBINO hace entre los

efectos preliminares y los efectos definitivos. Los primeros tienen un carácter transitorio e interino y se dan en el lapso de tiempo en el cual, el derecho no se ha verificado completamente.

“Entre estos efectos preliminares, se encuentra siempre la obligación del vendedor de no impedir el nacimiento del futuro derecho al cual se refiere la venta.”³⁰

Una vez que el derecho existe plenamente, aparecen los efectos definitivos; la obligación de transferir la titularidad de ese derecho existente, se contaría entre ellos y el comprador —tratándose de una cosa en especie— adquiere el derecho “automáticamente y directamente en virtud del consentimiento ya formado con anterioridad; pero no acontece esto naturalmente (desde ahora), sino solamente en el transcurso desde el momento en el cual el derecho no ha nacido.”³¹

Para el caso que la cosa no llegue a existir y por ende el derecho sobre ella, o si en algún momento después de celebrado el contrato hay alguna evidencia de su no superveniencia, el contrato permanece definitivamente incompleto. Esto desde luego, si las partes no han tenido culpa respecto de la no existencia de la cosa; pues de lo contrario, si existe culpa en alguna de ellas “y ésta había violado la obligación preliminar, quedará obligada al resarcimiento de daños.”³²

Teoría de la Perfección

Existe también una corriente de opiniones que sostiene que la venta de cosa futura es, en todo caso, una venta perfecta; esto se justifica atendiendo a la *naturaleza* del objeto, una *cosa futura*.

“Así como es posible la atribución patrimonial en favor o a cargo de una persona que no existe en el momento en el cual se realiza el negocio que enseguida vendrá, así, también es posible que el negocio tenga por objeto un bien futuro.”³³

Al explicar el pensamiento de BIONDI, GRECO y COTTINO comentan la posibilidad de distinguir los efectos reales de los efectos obligatorios en un contrato. Si se piensa que los efectos reales pueden ser diferidos en el contrato de venta de cosa futura, mientras que los obligatorios permanecen, se puede considerar por esta vía la posibilidad de que la venta de cosa futura sea comprendida en el esquema general de la venta obligatoria.

Otro autor que piensa en la compraventa de cosa futura como una venta perfecta es FRANCISCO DEgni³⁴, para quien la compraventa es un contrato que no se puede concebir sólo en cuanto a su eficacia real, sino que además, debe añadirsele un efecto meramente obligatorio. Este efecto obligatorio

consiste en prometer la transferencia de la propiedad de la cosa futura “no ya en el sentido de prometer el consentimiento para la transmisión, sino en el de prometer la transmisión misma en un momento posterior. Esto es, apenas sea posible en relación con determinados eventos, uno de los cuales puede referirse al nacimiento de la cosa.”³⁵

DEGNI aclara que en este caso, no falta el objeto del contrato como tal, lo que sucede es que éste no existe actual y concretamente, “y es por eso por lo que se hace imposible la transmisión actual, pero el objeto que mientras tanto es determinable, es tomado en consideración para el momento en que nacerá.”³⁶

Según la opinión del catedrático de la Universidad de Mesina, la simple determinabilidad de la cosa junto al consentimiento sobre ella basta para que se consideren existentes los elementos esenciales del contrato.

“Se entiende que por la misma especial naturaleza de esta compraventa, a diferencia de cuanto sucede en la compraventa ordinaria, el efecto obligatorio sobrepasa al efecto real, (el cual) sin embargo, no es excluido, sino diferido al momento en que la cosa nacerá. Se comprende que si ésta no llega a existir, la compraventa no podrá producir el efecto de la transmisión, pero esto dependerá no del hecho de que falte el objeto, sino de la imposibilidad de la prestación; todo esto no impide, sin embargo, que se haya constituido un verdadero y propio definitivo contrato de compraventa.”³⁷

Al concluir lo anterior, Francisco DEGNI advierte la semejanza que existe entre sus argumentos y la tesis de Gino GORLA, para quien se hace necesaria la distinción entre el contrato de compraventa en sí (considerado como un negocio obligatorio sinalagmático) y el acto traslativo de dominio. Tanto para GORLA como para DEGNI, “la venta de cosa futura es una venta meramente obligatoria.”³⁸

Desde el punto de vista de estos autores se debe considerar que la venta de cosa futura “es perfecta como contrato obligatorio, por efecto del solo consentimiento” y debe tenerse en cuenta, asimismo, “que la transmisión de propiedad de la cosa es diferida y tendrá lugar *ipso iure* en el momento en que la cosa nazca, esto es, cuando la prestación llega a ser posible.”³⁹

Estos autores consideran además la obligación que el vendedor tiene a su cargo de hacer posible el nacimiento de la cosa, es decir, el ejercitar toda actividad tendiente a su realización. Una vez realizada la cosa o por mejor decir, una vez que la cosa futura llega a existir, “surge para el vendedor la obligación de la transmisión.”⁴⁰

Otro autor de relieve en la doctrina del derecho civil que comparte estos puntos de vista es el italiano Francisco MESSINEO. Este jurista aborda el

problema que nos ocupa al tratar sobre “el objeto en la compraventa” y al distinguir las especies de compraventa de cosa futura. MESSINEO alude en esta parte de su obra a la diferencia entre la *emptio spei* y la *emptio rei speratae*, considerando a esta última como la “verdadera y propia venta de cosa futura.”⁴¹

MESSINEO expresa que no puede aceptarse la concepción de la compraventa de cosa futura (él dice de cosa esperada), como una venta imperfecta, “no porque tal concepción no sea abstractamente posible o más de acuerdo con la realidad de las cosas, sino porque la configuración legislativa, que prevé la nulidad de la venta cuando la cosa no llega a tener existencia, conduce a pensar en una venta que está ya perfeccionada.”⁴²

Para este autor, sí existe el objeto en la compraventa de cosa futura, aunque es menester concebirlo “con lineamientos singulares, como el de ser *res sperata* o sea *in fieri* o pertenecer a un patrimonio diverso del patrimonio del vendedor.”⁴³ Esta última oración nos mueve a creer que nuestro autor considera dentro del concepto de cosa futura a la cosa ajena. No está por demás recordar las diferencias ya mencionadas.

Hecha esta consideración, seguimos el argumento de MESSINEO al punto donde él considera como objeto de la obligación “junto a la cosa presente, también la cosa futura, por tanto debe contemplarse en la venta de cosa esperada una venta obligatoria.”⁴⁴ y agrega... “o una venta bajo condición suspensiva.”⁴⁵

Cuando MESSINEO se refiere a una “venta bajo condición suspensiva” cita en apoyo de su dicho a Lino SALIS y explica en su referencia... “o sea, una venta con eficacia suspendida, porque la propiedad no se adquiere por el comprador antes de que la cosa llegue a tener existencia, pero no una venta inválida.”⁴⁶

Estas opiniones de MESSINEO podrían conducirnos a pensar que su pensamiento debería clasificarse en el grupo mayoritario de teorías que consideran a la venta de cosa futura como un contrato condicional. Independientemente del análisis crítico que de estas tesis haremos más adelante, procedimos a situar la opinión de MESSINEO en esta corriente, la que considera a la compraventa de cosa futura como un contrato perfecto. Lo hicimos, tomando en cuenta sus palabras, por la cita que de Lino SALIS hace, y por considerarlo procedente sus colegas italianos.⁴⁷

Entre otros juristas que en alguna forma sustentan la tesis de que la compraventa de cosa futura es como tal, una venta perfecta, aun cuando la cosa no llegue a tener existencia, se encuentran BAUDRY-LACANTINERIE y LEO SAIGNAT.⁴⁸

Crítica a la Teoría Negativa

La exposición de estas tres corrientes de pensamiento en torno a la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de cosa futura, nos mueve a analizar cada una de ellas con el fin de aceptar lo positivo de las diversas posturas y rechazar lo que a nuestro juicio proponen de negativo. La corriente doctrinal que enseguida analizaremos es la que considera a la compraventa de cosa futura como un contrato sujeto a la condición suspensiva "si la cosa llega a existir."

Como ya antes mencionamos, esta opinión abarca una buena parte de la doctrina del derecho civil y los tratadistas que tal posición sustentan, piensan que la condición recae directamente sobre el contrato. No cumpliéndose la condición que suspende los efectos del contrato, es decir, no sobreviniendo la cosa futura objeto del contrato, éste no existe ya que se retrotraen los efectos al momento de la misma celebración y debido a que falta uno de los elementos esenciales cual es el objeto, no existe contrato alguno. Esta es pues en términos generales, la postura más negativa que en nuestro estudio encontramos.

Por nuestra parte creemos que la crítica que debe hacerse a quienes esto piensan es en el sentido de hacer depender la existencia misma del contrato, de la realización de una condición, esto es, de una modalidad.

Efecto de la condición suspensiva

Manuel BORJA MARTÍNEZ analiza el efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen ⁴⁹ y dice: "El funcionamiento de la condición suspensiva y sus efectos sobre la obligación condicionada y sobre el negocio jurídico que puede darle origen, constituye un tema que preocupa *ab-antiquo* a los civilistas y sobre el que la doctrina ha elaborado distintas teorías. Entre ellas se encuentran las tesis que hacen depender de la realización de la condición la existencia misma de la voluntad y consecuentemente el nacimiento del negocio jurídico. Las teorías que consideran que de la condición no depende la voluntad, sino lo querido, o sea, el efecto del negocio jurídico o si se quiere, el contenido preceptivo y el resultado práctico del negocio; o en otras palabras, que de la condición suspensiva no depende el surgimiento del negocio jurídico, sino la existencia de las obligaciones que normalmente deben resultar de él, y ... opiniones que conceptúan a la condición como un mecanismo que sólo interfiere en la efectividad de las obligaciones que desde luego nacen del negocio jurídico, las cuales aunque existentes, no son exigibles hasta en tanto no se realiza la condición." ⁵⁰

Un poco más adelante, este autor se refiere a los diversos elementos estructurales del acto jurídico y concluye que son: los elementos esenciales (consentimiento y objeto) con los requisitos de validez (capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, forma legal y objeto, motivo y fin lícitos), y siguiendo a STOLFI y FERRARA⁵¹ agrega a estos elementos, los requisitos de eficacia, los cuales “tienen relevancia solamente para la eficacia del negocio, de modo que su falta únicamente suspende o resuelve tal eficacia. El negocio por consiguiente, si falta un requisito de eficacia, o no produce efectos, o los produce de modo efímero y caduco en el sentido de que más tarde desaparecen tales efectos.”⁵²

Los requisitos de eficacia según FERRARA, pueden ser voluntarios o legales, dependiendo de la fuente que les haya dado origen y entre los voluntarios, que “pueden perfectamente configurarse como autolimitaciones de la voluntad”, se cuenta a la condición. En este estudio de la estructura del negocio jurídico, BORJA MARTÍNEZ concluye que: “La formación o efectividad de un negocio jurídico puede interrumpirse en diferentes momentos. En el proceso de su formación, si se afecta uno de los elementos esenciales que se han señalado, en este caso el acto jurídico no nacerá sino hasta el momento en que el elemento sustancial exista. Pueden también suspenderse simplemente las consecuencias del acto jurídico, esto es, sus efectos y aun cuando dicho acto exista y sea válido, sus consecuencias no se producirán hasta en tanto no se llene el requisito de efectividad.”⁵³

El primer grupo de teorías que analiza BORJA MARTÍNEZ, tiene como común denominador “el estimar que la condición afecta a la voluntad que debe formar el negocio jurídico y en consecuencia se afecta con la condición la existencia del negocio.”⁵⁴

Estas teorías son criticadas y rechazadas por el maestro BORJA al considerar a la voluntad como un elemento esencial encaminado a la producción de resultados prácticos, “aun cuando se condicione un negocio jurídico, éste se forma y existe desde el momento en que se ha expresado la voluntad de otorgarlo, y por lo mismo, existe desde ese momento; la condición no interfiere en la formación del negocio jurídico.”⁵⁵

Aun cuando estas teorías enfocan el suspenso a la voluntad misma y no al objeto, creemos que la crítica es aplicable a la postura que quiere hacer depender de una condición suspensiva el contrato de compraventa de cosa futura y que si la condición recae sobre el objeto, éste, considerado como elemento esencial, no puede estar condicionado a existencia, puesto que de lo contrario, el consentimiento carecería de materia.

Una condición es un hecho externo al contrato, cuya realización bien suspende, bien resuelve una obligación. Aceptar que los elementos de exis-

tencia bien sea la voluntad o el objeto, pueden ser condicionados, es admitir un absurdo, un elemento extraño al consentimiento y anterior al mismo, que determina la existencia tanto del consentimiento cuanto del objeto.

BORJA MARTÍNEZ, en otra obra ⁵⁶, dice a propósito de considerar al contrato preparatorio como un contrato sujeto a condición suspensiva: “no puede pensarse que la promesa unilateral, sea un contrato sujeto a la condición que el beneficiario quiera celebrarlo, puesto que la voluntad de uno de los contratantes es un elemento esencial, intrínseco, del contrato y, por lo mismo, no puede servir como condición. Recuerden ustedes que la condición es un acontecimiento futuro de realización incierta del que depende la existencia o la resolución de un determinado derecho, pero que ese acontecimiento debe ser exterior, extrínseco al contrato y que no puede ser uno de los elementos constitutivos.”

Por su parte, Etienne BARTIN sostiene que “no hay en un acto jurídico condición propiamente dicha, más que cuando se le puede, con el pensamiento concebir como un acto puro y simple.” ⁵⁷

No puede negarse que la venta de cosa futura tenga muchas afinidades con la venta condicional, pero no puede confundirse con ella. La condición debe referirse a un hecho, a un acontecimiento extraño a los elementos esenciales del acto jurídico, los cuales deben suponerse existentes. “Si el propio nacimiento de la cosa se pone como condición de la compraventa, en esencia se viene a negar que ésta se halle constituida.” ⁵⁸

En resumen, creemos conveniente y fundado rechazar la concepción del contrato de compraventa de cosa futura, como contrato sujeto a condición suspensiva. Según nuestro parecer, un contrato no puede estar condicionado en sus elementos de existencia. Creemos razonable afirmar que lo que verdaderamente se condiciona, es la obligación que un contrato genera y no el contrato mismo. Es, a todas luces, diferente el contrato de la obligación; confundir a ésta con aquel, equivale a negar el objeto del contrato. Según nuestro punto de vista, más valdría hablar de obligación condicionada, que de contrato condicionado. ⁵⁹

Crítica a la Teoría de la Imperfección

Con relación al segundo criterio, aquel que considera al contrato de cosa futura (compraventa) como un contrato incompleto, imperfecto, como un contrato en proceso de formación susceptible de algunos efectos preliminares, interinos o transitorios, entre los cuales se cuenta la obligación del vendedor de no estorbar el nacimiento de la cosa o del derecho, debemos asimismo, plantearnos la duda siguiente: ¿cuál es el origen, la causa eficiente, de esos efectos preliminares o transitorios?

A nuestro modo de ver las cosas, la causa eficiente es sin duda alguna el acuerdo de voluntades, o sea, el contrato de compraventa de cosa futura que existe de una manera autónoma; si la cosa objeto de la obligación no sobreviene, no podemos afirmar que no existió un contrato, ni tampoco podemos decir que existió en forma incompleta. Hablar de efectos jurídicos supone ya una causa eficiente completa y perfecta, la cual es precisamente el contrato de compraventa de cosa futura.

Puede acontecer que la obligación principal se vea reducida o llegue a desaparecer, pero ello no querría decir que no existió un acuerdo de voluntades en el sentido de contratar sobre una cosa futura. Esto último es, verdaderamente, el contrato.

Mencionamos anteriormente que un representante de esta corriente de opinión es Domenico RUBINO, quien elaboró la teoría de Inversión Cronológica en el orden de formación de los actos jurídicos y que propone denominarlos negocios con consentimiento anticipado. Existe en esta hipótesis un contrato al cual se le da la categoría de tal, sin embargo existe incompleto.

SCOGNAMIGLIO ha dicho al respecto: "RUBINO, adhiriéndose a una opinión de la doctrina alemana habla de inversión cronológica en el orden de formación de la hipótesis, y por consiguiente de negocio anticipado. Pero tal construcción peca de excesivo formalismo, sin explicar además lo absurdo del punto de vista que identifica la declaración de voluntad y por ejemplo, la existencia material de la cosa." ⁶⁰ y ^{60 bis}

La tesis del negocio anticipado se encuentra (como dijimos en la nota 60 bis precedente) muy escuetamente expuesta en el libro del autor. En el caso que éste sea el total contenido, creemos que no es razonable aceptar que los tales efectos jurídicos preliminares o interinos carezcan de una causa eficiente; por el contrario, pensamos que estos efectos provienen directa e inmediatamente de un acuerdo de voluntades sobre algo, sobre la transmisión de propiedad de una cosa futura contra el pago de un precio cierto y en dinero.

Hablar de un contrato imperfecto en esos términos, resulta a nuestro juicio, una elaboración teórica poco realista. En el supuesto que la cosa no llegue a existir, estaríamos en presencia no de un contrato invertido cronológicamente, sino de un contrato cuya ejecución material en las prestaciones es imposible, pero al fin y al cabo, en presencia de un contrato.

Aceptación de la Teoría de la Perfección

Los anteriores razonamientos nos permiten establecer una conclusión previa. Hemos rechazado la teoría negativa y la teoría de la imperfección

en tanto que consideran la no existencia del contrato si la cosa futura no sobreviene, o la imperfección del mismo dada la inversión cronológica de sus elementos. Creemos legítimo, basándonos en anteriores consideraciones, pensar que en este supuesto, la compraventa de cosa futura es un contrato perfecto desde el punto de vista de su integración o formación. No pensamos que se trate de un caso de inexistencia o de un caso de imperfección en la existencia. El contrato existe como tal. La obligación de trasladar el dominio por un lado y el pago del precio por el otro, son el contenido de ese contrato. La cosa futura y el precio son el contenido de las obligaciones. Si por un lado, la cosa no llega a existir o si por otro lado, el precio no es pagado, no quiere decir que no haya existido la obligación respectiva. Se trata de un problema de ejecución de la prestación y no de un problema de existencia o no existencia del contrato.

Estamos de acuerdo con Domenico RUBINO cuando afirma que en el momento de la celebración del contrato, éste “no puede todavía producir ninguno de sus efectos definitivos; específicamente la transmisión del derecho no se verifica, y ciertamente, las partes no pretenden que esto suceda inmediatamente, porque saben que todavía no puede acontecer.”⁶¹

Las partes han acordado obligarse en tales circunstancias, contratando sobre una cosa futura. Si las partes conocen esta circunstancia y han aceptado obligarse, ¿podemos afirmar que no hay contrato alguno o que éste existe de manera incompleta?

Conclusión

Nuestra posición es en el sentido de considerar al contrato de compraventa de cosa futura, como un contrato perfecto desde su inicio, desde que el consentimiento se otorga y cuyas obligaciones y consecuencias se pueden encontrar suspendidas en su eficacia si es que la cosa futura no sobreviene.

Con los anteriores elementos de juicio, una vez definida nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura, estudiaremos otro aspecto de este tipo de contratos, aquel que se refiere a los diversos tipos de compraventa de cosa futura, la *Emptio Spei* o compraventa de esperanza y la *Emptio Rei Speratae* o compraventa de cosa esperada. Dedicaremos la siguiente parte a tal propósito.

III ESPECIES DE COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

Una buena parte de los autores y tratadistas del Derecho Civil⁶² consideran que la compraventa de cosa futura toma dos formas contractuales

específicas. La *Emptio Spei* o compraventa de esperanza, y la *Emptio Rei Speratae* o compraventa de cosa esperada. Casi todos ellos diferencian estos contratos por el carácter aleatorio de la *Emptio Spei* y la conmutatividad de la *Emptio Rei Speratae*.

De acuerdo con la tesis de Marcel PLANIOL, aceptada por nuestro legislador en el art. 1838, contrato conmutativo es cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

La distinción considerada por los tratadistas nos mueve a estudiar con detenimiento la naturaleza jurídica de ambas figuras, ya que los autores no han reflejado un acuerdo y sus conclusiones nos parecen un tanto conflictivas; empezaremos por señalar que la mayoría de ellos abordan estos contratos cuando estudian “el objeto en la compraventa” y no en el tema de las modalidades.⁶³ Salvo algunas excepciones que ya estudiaremos, los autores en general, coinciden en que estos contratos tienen como objeto en sus obligaciones, las llamadas cosas futuras.

El contrato de compraventa de esperanza (Emptio Spei)

La *Emptio Spei* —se ha dicho— es una compraventa en la cual el comprador se obliga a pagar un determinado precio a cambio de que el vendedor se obligue a transmitirle la propiedad de una cosa futura, de una cosa que al momento del contrato no existe, pero que puede llegar a existir, y que aun cuando ésta no sobrevenga, el comprador debe el precio.

Como claramente se puede apreciar, existe un riesgo, un elemento de incertidumbre en que la cosa objeto de la obligación llegue o no a sobrevenir. El comprador en esta compraventa acepta el riesgo, conoce el elemento de incertidumbre y como ya dijimos, sobrevenga o no la cosa, el precio se debe al vendedor.

Parece ser que este planteamiento es el aceptado comúnmente; sin embargo, cuando los tratadistas analizan los elementos y estructura de este contrato, la polémica empieza. Analizaremos algunas opiniones en torno al problema que se señala como el medular: el problema del objeto.

La esperanza como objeto del contrato

Existe una primera corriente de pensamiento en el sentido de catalogar a la *Emptio Spei* como un contrato de compraventa de cosa futura cuyo ob-

jeto es la esperanza, la suerte, y por ello, se trata de un contrato aleatorio. Los tratadistas que esto sostienen, opinan que si la cosa no llega a existir, y si ésta fuera el objeto del contrato, le faltaría al mismo uno de sus elementos esenciales por lo cual el contrato sería inexistente, pero a pesar de ser éste inexistente, el comprador debe el precio. ¿Cuál sería entonces la causa eficiente de la obligación del comprador de pagar el precio si el contrato no existe por falta de objeto?

Estos juristas resuelven el problema argumentando que el verdadero objeto de estos contratos no es la cosa futura como tal sino la esperanza, la suerte de que dicha cosa llegue a existir. En esta forma, se dé o no la cosa, el contrato no carece de objeto precisamente porque la suerte *es el objeto*, la esperanza que el comprador “adquiere” por un precio determinado que deberá pagar al vendedor en todo caso.

En este punto, empieza la disensión. La discusión se centra sobre el tema del objeto. La argumentación anterior ha sido desarrollada por gran parte de los tratadistas del Derecho Civil y en especial por la tradición jurídica francesa.⁶⁴

La idea de concebir a la esperanza, a la suerte como el objeto de la obligación del vendedor en la *emptio spei*, salva la objeción de que si la cosa no llega a existencia, el contrato es inexistente por falta de un elemento esencial. Esta idea entusiasmó a muchos juristas de gran prestigio y en realidad se trata de un desarrollo a la teoría negativa expuesta en la sección precedente.

Como dijimos, la tradición civilista ha aceptado esta posición desde que la idea se plasmó en el Digesto Justiniano y hasta nuestros días, la inconformidad con el argumento se ha dejado sentir en casos aislados y principalmente por autores italianos y alemanes.

La esperanza así concebida trajo un problema respecto de su ubicación como cosa futura o cosa presente. Existen otros autores que desarrollando la tesis anterior, no están de acuerdo en considerar a la esperanza como una cosa futura sino como un *bien presente*.

La esperanza es un bien presente

Otros autores opinan que si bien es cierto que se ha enmarcado a la *emptio spei* dentro de la compraventa de cosas futuras, la clasificación no ha sido muy afortunada. Si el objeto de estos contratos es la esperanza, la suerte, la *spes*, estamos en presencia de una cosa presente y no de una cosa futura. “Es indudable ... que del contrato de compra y venta pueden ser objeto tanto las cosas presentes como las futuras. Una natural distinción surge en

cuanto a éstas, distinción que arranca desde los mismos hechos. No es lo mismo vender la cosa que se espera, la cosa propiamente futura, que la esperanza de la cosa misma. Esta es la distinción entre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei* que, lejos de constituir un mero juego de palabras, implica una diferencia de supuestos y consecuencias jurídicas... en rigor, podría decirse que en la *emptio spei* se contrata sobre una cosa presente, de existencia actual, la *esperanza* que en el momento en que se consiente no cabe duda que tiene como tal esperanza, realidad ontológica.”⁶⁵

Así pues, la idea básica ha permanecido y la mayoría de los autores no repararon en esta posición. Trátese de cosa presente o de cosa futura, la esperanza ha sido considerada el objeto de este contrato.

Crítica a estas opiniones

Independientemente de si la esperanza, la suerte o la incertidumbre deben ser consideradas bienes presentes o cosas futuras, creemos importante expresar que en nuestra opinión, los autores que pretenden hacer de la esperanza el objeto y el aspecto medular de estos contratos, están recurriendo a un formalismo excesivo y utilitario.

No estamos de acuerdo en considerar como objeto de estos contratos a la esperanza ya que nos parece inadecuado explicar la naturaleza jurídica de los mismos a partir de dos supuestos excluyentes uno del otro, a saber:

“Si la cosa llega a existir, ella es el objeto; si la cosa no se realiza, el objeto fue la esperanza.”

Un planteamiento tal es incongruente en cuanto pretende resolver el caso según la circunstancia de que se dé o no el objeto de la obligación. La naturaleza jurídica de una figura debe ser explicada y justificada en todo caso.

Ahora bien, suponiendo que los autores quieran plantear la naturaleza jurídica de este contrato de una manera congruente, el supuesto sería: “Llegue la cosa a existencia o no, el objeto es la esperanza”. En tal caso nos preguntamos, si la cosa llega efectivamente a existir, ¿qué es lo que sucede con la esperanza?

Existe una contestación que el pescador (vendedor) da a su co-contratante: ¡Tú has tenido la esperanza y yo me quedo con los pescados! ⁶⁶

No puede decirse que las partes han querido, una vender la esperanza y la otra pagar por ella un precio. La intención negocial ha sido, en nuestro concepto, diferente. ⁶⁷

Por otra parte, la crítica puede dirigirse en el sentido de que resulta absurdo considerar a la esperanza como un objeto, sea éste presente o futuro. La esperanza representa un estado anímico subjetivo, una circunstancia del

orden psicológico que difícilmente puede ser objeto de comercio. Una característica del objeto contractual es, como sabemos, su posibilidad física y jurídica. Esto significa que la cosa objeto de la obligación debe por lo menos, poder existir en la naturaleza, ser determinable en cuanto a su especie y estar dentro del comercio.

Esta observación —creemos— es de peso y juzgamos conveniente escuchar a LINO SALIS, quien realiza una crítica a estas corrientes desde el mismo ángulo.

Dice LINO SALIS que hablar de venta, de una transmisión de propiedad de la esperanza será posible una vez que se haya demostrado que la esperanza es un bien susceptible de dominio y que una vez materializado, pueda ser susceptible de valuación económica, de tal manera que el vendedor mediante un acto de voluntad pueda prescindir de ese bien y transferir la propiedad del mismo al comprador, obteniendo el precio equivalente.

SALIS por su parte, no cree que una demostración tal sea factible, entre otras cosas, por la imposibilidad de objetivar y materializar el concepto de esperanza en tal forma, que también sea posible comprenderlo en el concepto cosa, de la cual sí es posible la transferencia de la propiedad.⁶⁸

Siguiendo en esta parte de la crítica el pensamiento de SALIS, encontramos un poco más adelante los siguientes conceptos, que resumidos y traducidas sus líneas liberalmente, expresan algo como esto: Tanto la esperanza cuanto la incertidumbre, no son susceptibles de una determinación jurídica, de individualización y materialización y por tanto, no pueden como tales, constituir un patrimonio o formar parte del mismo puesto que no es posible una valuación de tipo económico.

En realidad, no se trata más que de conceptos abstractos que a su vez comprenden una infinitud de elementos imponderables. Es imposible pues, considerar tales elementos como cosas en sentido jurídico y resulta absurdo pensarlos como objetos posibles en la transmisión del dominio.⁶⁹

Por lo anterior, rechazamos la tesis que sostiene que la esperanza es el objeto del contrato que nos ocupa. Esta tesis no es más que un desarrollo de la teoría negativa expuesta y criticada en la sección anterior. Creemos además, que la argumentación es suficiente para rechazar esta corriente en sus dos modalidades, la que considera a la esperanza en sí como objeto del contrato y la que profundiza concluyendo que se trata de una cosa presente con realidad ontológica.

La actividad del vendedor concebida como objeto del contrato

Estudiamos y rechazamos las tesis que consideran a la esperanza como el objeto de la *emptio spei*. Toca ahora ocuparnos de otro sector de la doc-

trina que trata de explicar al objeto en función de la actividad que el vendedor debe desplegar para producir la cosa inexistente, de tal manera, que si la cosa no llega a existir, su actividad no queda sin remuneración.

Uno de los autores que sostiene este punto de vista es FUBINI.⁷⁰ Según este tratadista, el contrato que nos ocupa es una verdadera compraventa pero su objeto no es ni la esperanza ni la cosa misma, ya que en el caso de faltar ésta, se excluye la posibilidad de la transmisión de la propiedad y por tanto, de la venta.

Explica este autor que la determinación de las obligaciones aparece clara si se considera al objeto como una actividad determinada. En otras palabras, "FUBINI ve el objeto de la *emptio spei* en la actividad que ha de realizarse para que la cosa llegue a tener realidad."⁷¹

Federico PUIG PEÑA, duda sobre si la *emptio spei* es o no una compraventa, aunque admite que el objeto es una actividad o un servicio. "En realidad, puede no llegar a haber compraventa propiamente dicha, pues se puede tener que pagar un precio por nada, y esa nada, no es una contraprestación. El defecto de técnica viene del Derecho Romano, por su rígida catalogación de los institutos según nos dice LONGO; pero la moderna doctrina prefiere configurarlo como un supuesto de contrato innominado, de naturaleza particular y de carácter aleatorio, en el cual el verdadero objeto es la prestación de una actividad y no de cosas."⁷²

Felipe CLEMENTE DE DIEGO parece adherirse a esta corriente y considera al objeto de la *emptio spei* fijándose "en la actividad que el vendedor desarrolla para la producción de la cosa inexistente (el ejemplo clásico lo constituye la compra de los peces que el pescador cogerá en un determinado tiempo) que no se quiere dejar sin remuneración... Es decir, estaríamos en presencia de un contrato afín al arrendamiento de obras."⁷³

Puntos de contacto y diferencias entre estos autores

Estamos de acuerdo con PUIG PEÑA cuando señala la dificultad de clasificación en ciertos casos o la difícil distinción entre las ventas de cosa futura y otro tipo de contratos, que sin ser compraventas implican la transmisión de dominio del bien.

En la exposición de ideas que hacen estos tres autores, encontramos acuerdo en puntos tales como: que la *emptio spei* tiene como objeto en la obligación del vendedor una determinada actividad. Esta actividad está encaminada a que la cosa futura llegue a existir. Sin embargo, encontramos también diferencias fundamentales cuando se intenta precisar de qué contrato se trata.

Para FUBINI este contrato es una compraventa, para PUIG PEÑA se trata

de un contrato innominado “de naturaleza particular y de carácter aleatorio” y según CLEMENTE DE DIEGO se está en presencia de un contrato afín al arrendamiento de obras.

Creemos que el camino correcto para intentar la solución a este problema es precisar más los puntos acordes e intentar una reflexión mayor sobre las obligaciones que surgen de este contrato.

Hay coincidencia de opiniones en que la *emptio spei* es un contrato aleatorio. “¿Qué son propiamente contratos aleatorios? El fondo de su contenido se descubre por contraposición a los contratos conmutativos, así lo ha hecho la doctrina y así lo hizo el Código Francés en su famoso artículo 1104. En éste se dice que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o a hacer una cosa que es considerada como equivalente de lo que se le da o de lo que se hace por ella. Y es aleatorio cuando el equivalente consiste en la eventualidad de ganancia o pérdida para cada una de las partes, con arreglo a un acontecimiento incierto. De forma pues, que en los contratos aleatorios el equivalente de la prestación realizada está pendiente de una eventualidad integrada por un acontecimiento incierto.” ⁷⁴

De acuerdo con lo anterior, la *emptio spei* es un contrato aleatorio y esta característica es aceptada por los autores.

Un segundo punto en común es que las obligaciones del vendedor son, en primer lugar, una obligación de hacer consistente en desempeñar un determinado esfuerzo, realizar una conducta o desplegar una energía con la exclusiva finalidad de hacer nacer la cosa, intervenir ayudando en su producción, poner todos los medios a su alcance para su superveniencia y una vez que la cosa ha nacido, entregarla al comprador.

La otra obligación que el vendedor asume simultáneamente a la primera, es la de transferir la propiedad de la cosa al comprador cuando la cosa ha nacido. Esta obligación se vería satisfecha con la entrega de la cosa. Entendemos que la entrega de la cosa es una obligación derivada de la obligación primaria que es la de transmitir la propiedad del bien. La obligación de transmisión del dominio y la obligación de entrega son ambas obligaciones de dar.

En resumen, las obligaciones que fundamentalmente asume el vendedor son: una obligación de hacer que consiste en realizar la actividad y dos obligaciones de dar, la de transmitir la propiedad de la cosa y la de entregarla, como pago de cosa debida una vez que ésta sobrevenga.

El comprador por su parte, se obliga a pagar un determinado precio nazca o no la cosa que se ha pactado en el contrato. El pago del precio se hace en todo caso, es decir, el comprador asume un riesgo. Hasta aquí el

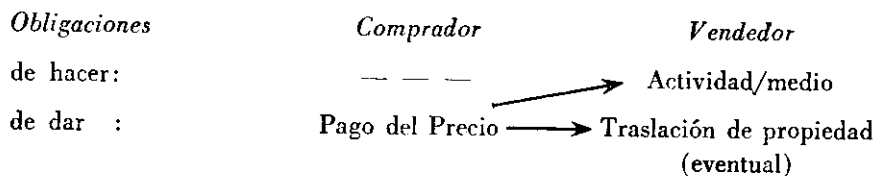
acuerdo de los autores. La *emptio spei* genera obligaciones de hacer y obligaciones de dar combinadas.

Nosotros tendríamos además algo que decir respecto a la obligación que el comprador tiene en este contrato. La Doctrina se ha ocupado mucho de la obligación del vendedor, pero a nuestro juicio no ha explorado suficientemente la obligación del comprador.

Según nos parece, el comprador *toma un riesgo*⁷⁵ respecto de la traslación de propiedad de una cosa futura obligándose a pagar el precio en todo caso. Creemos que esta conducta se realiza en forma similar al riesgo que asume un asegurador frente al asegurado. Si consideramos en esta forma la obligación del comprador, la asunción del riesgo corresponde directamente a la obligación de transmisión de propiedad, como un ingrediente importante en la integración del contrato. La obligación del pago del precio corresponde también en forma directa a la obligación de desarrollar la conducta por parte del vendedor para que la cosa futura se produzca.

Podemos a nuestro juicio, considerar que el comprador tiene a su cargo una prestación de cosa consistente en el pago del precio. La contraprestación a este pago de precio sería, por una parte, la traslación de la propiedad de la cosa en el caso que ésta llegue a existir y la cual estaría a cargo del vendedor.

Así pues, el comprador se obliga a una prestación de cosa consistente en el pago del precio (consecuencia de la asunción del riesgo), y el pago del precio encuentra una segunda contraprestación correspondiente a cargo del vendedor, una conducta, la actividad necesaria para favorecer el nacimiento de la cosa. Esquematisando la estructura contractual, tendríamos lo siguiente:



Con esta estructura contractual, tenemos que la obligación de hacer del en el pago del precio (consecuencia de la asunción del riesgo), y el pago del precio) y la obligación de dar a cargo del vendedor (transmisión) responde también a la obligación del comprador (pago). El comprador toma un riesgo ya que la traslación de propiedad es incierta y depende de que la cosa nazca.

Asimismo, el precio es otro elemento que en este contrato se configura con varios ingredientes *que no han sido tomados muy en cuenta*. El pago del precio comprende la actividad desplegada por el vendedor para que la cosa se produzca (valor X), el valor de la cosa en caso de producirse (valor X) y la consideración del riesgo que ambas partes están asumiendo, principalmente el comprador (valor X).

Si el vendedor se obliga a realizar una conducta para dar origen a la cosa y no cumple con su obligación, hay un incumplimiento del contenido normativo del contrato, el cual otorga al comprador las posibilidades de acción derivadas del art. 1949, la resolución de la obligación o la ejecución forzada y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios.

Realizada la conducta por parte del vendedor, el precio pactado se debe y la causa eficiente de esa deuda es la obligación derivada del acuerdo de voluntades.

Si en la configuración del precio se toma en cuenta a la actividad, al valor de la cosa y al riesgo de que ésta se dé o no se dé, no podemos decir que este conjunto de elementos concuerden con el esquema normativo de una compraventa, ya que por otra parte, la compraventa genera, en lo fundamental, obligaciones de dar y no de hacer. Generalmente la obligación principal en el contrato de compraventa es, para el vendedor, la transmisión de la propiedad de la cosa, sin requerir ésta una obligación previa de hacer o de realizar una determinada conducta o actividad para traer la cosa a existencia. Además de lo dicho, agregaremos que en el esquema normativo de la compraventa no se incluye la asunción del riesgo como elemento fundamental. Somos conscientes de que la compraventa en general contiene no sólo obligaciones de dar sino algunas de hacer (transporte, envase, etc.). Si bien, estas obligaciones de hacer forman parte del contrato, son secundarias. Es notoria la diferencia entre este tipo de obligaciones de hacer y las que tiene a su cargo el vendedor en la *emptio spei*. Resulta que en este contrato, si el vendedor no cumple prestando la conducta tendiente a que la cosa nazca, ésta puede no darse y esta circunstancia afecta directamente la traslación de propiedad de la cosa. En resumen, no se trata de obligaciones secundarias sino de capital importancia. Nuestro punto de vista es en el sentido de considerar que la *emptio spei* se aleja, por sus características que hemos mencionado, de lo que podemos considerar sea una compraventa.

CLEMENTE DE DIEGO opina que más que una compraventa, la *emptio spei* es un contrato afín al arrendamiento de obras.

El llamado arrendamiento de obras es un contrato que se desarrolló paralelamente al arrendamiento de servicios (hoy contrato de trabajo) y que

en términos generales es como sigue: una de las partes llamada arrendador, contratista o empresario se obliga respecto de otra denominada arrendatario, capitalista, propietario o comitente, a la producción eficaz de un determinado resultado de trabajo u obra a cambio de un precio cierto.⁷⁶

En estos contratos, a diferencia del arrendamiento de servicios o *locatio conductio operarum*, el contratista, arrendatario o empresario “no promete sólo su trabajo, sino el resultado del mismo. En esta nota se distingue este contrato del de arrendamiento de servicios pues que en este último sólo se promete el trabajo como tal independientemente de su resultado. . . COLÍN y CAPITANT se fijan en un elemento más subjetivo y así dicen que en el contrato de trabajo hay un vínculo de subordinación, al paso que el maestro de obras o contratista ejecutan el trabajo a que se comprometieron sin dirección extraña y por su cuenta y riesgo.”⁷⁷

Estos contratos implican no solamente una actividad por cuenta de una de las partes para producir la cosa pactada, sino que implican también una transmisión de propiedad respecto de los materiales utilizados y la cosa misma.

Estos contratos son un ejemplo de lo que antes mencionamos. Comprenden una transmisión de propiedad, igual que acontece en la compraventa, pero la actividad a que está obligada la parte, se traduce en una obligación de hacer y ésta resulta fundamental, cosa que la compraventa excluye en su supuesto normativo. El interés de las partes no es la conducta sino su resultado material.

GARCÍA LÓPEZ plantea también los casos frontera (compraventa-obra) y quiere distinguirlos a partir del artículo 2616 de nuestro código civil.⁷⁸

“¿Cuál es el criterio a que debemos atenernos para distinguir si hay compraventa o contrato de obras? Pues a la preeminencia del trabajo sobre los materiales, esto es, si en la construcción de la obra lo importante es el trabajo, el contrato será de obras; pero si lo más importante es la materia sobre la que se realiza el trabajo, entonces el contrato será de compraventa”.⁷⁹

Respecto a nuestro problema de si la *emptio spei* es un contrato parecido al arrendamiento de obra, diremos que el punto fundamental de contacto es la actividad que una de las partes desarrolla, la traslación de la propiedad de la cosa, el pago de un precio, pero vemos también muchas diferencias.

En la *emptio spei* el vendedor se obliga a realizar toda actividad tendiente a *favorecer el nacimiento* de la cosa futura.

En el contrato de obra el contratista *debe realizar* la obra de manera que tenga las cualidades prometidas en el contrato.⁸⁰

En la *emptio spei* el vendedor se obliga a *hacer lo posible* para que la

cosa futura nazca. En el contrato de obra el empresario se obliga a *ejecutar la obra*.

De esta diferencia aclaramos por una parte, que la cosa futura en la *emptio spei* puede producirse o no, a pesar de toda la actividad que el vendedor desarrolle. Por otra parte, en el contrato de obra el nacimiento de la cosa no sólo es probable o posible, sino seguro que el empresario la ejecutará. El art. 2617 del código civil dice: "Todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiese morosidad por parte del dueño de la obra en recibirla..."

De lo anterior se deriva otra diferencia. Si la cosa futura no llega a existir, el vendedor en la *emptio spei* no debe entregar nada al comprador, en tanto que el comprador sí está obligado al pago del precio ya que asumió el riesgo de que la cosa no llegue a existencia. En el contrato de obra, el dueño, comitente, arrendatario o capitalista no asume tal riesgo y no debe el precio si no le es entregada la obra.

Además, nos da la impresión de que en la *emptio spei* no se espera el nacimiento de la cosa en función de la sola actividad del vendedor, sino que se admiten posibilidades de intervención de factores externos a la actividad del obligado y a su voluntad ya que el comprador previendo la incertidumbre, la eventualidad, toma el riesgo. Tratándose del contrato de obra, las posibilidades de intervención de factores extraños a la voluntad y actividad del obligado se ven considerablemente disminuidos y el acento se pone, en definitiva, en la actividad y en la ejecución del empresario para producir la obra.

El planteamiento de Felipe CLEMENTE de DIEGO nos parece alejado del espíritu o de la intención negocial de las partes. Nos convence más el punto de vista de PUIG PEÑA cuando considera a la *emptio spei* un contrato de naturaleza particular. *Nosotros agregaríamos que esa naturaleza particular es la de ser un contrato mixto dentro de la clasificación de los contratos atípicos.*⁸¹

Conclusión

De lo dicho, consideramos a la *emptio spei* como un contrato innominado en sentido amplio, de naturaleza esencialmente aleatoria, en el cual participan algunos elementos del contrato de compraventa y algunos elementos del contrato de obra, pero que de manera alguna podríamos enmarcar totalmente dentro de los esquemas normativos de dichos contratos. La doctrina del derecho civil no se ha preocupado mucho por resaltar la asunción del riesgo y sus efectos inmediatos y directos en la fijación del precio, así, el monto

se compone del valor estimado de la cosa, de la actividad tendiente a producirla y del riesgo que su obtención supone. Este planteamiento nos hace ver que la *emptio spei* no es, en realidad, una compraventa, sino un contrato diferente de carácter mixto.

Analizaremos enseguida la otra figura contractual, que se ha considerado es otra de las especies de la compraventa de cosa futura. Nos referimos a la *emptio rei speratae* o compraventa de cosa esperada.

IV EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA ESPERADA (*Emptio Rei Speratae*)

El contrato de compra de cosa esperada es la otra figura que, según dijimos, ha sido conceptuada como la segunda especie de compraventa de cosas futuras; aunque al decir de algunos autores, la *emptio rei speratae* es la verdadera y propia compraventa de cosa futura puesto que excluye que la *emptio spei* sea una compraventa.

La compraventa de cosa esperada es, en lo fundamental, un contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa que al momento de la celebración no existe, y el comprador se obliga a pagar el precio de la cosa en tanto ésta se dé.

Este contrato tiene algún parecido con la *emptio spei*; versa sobre cosas futuras, puede en un momento dado verificarse la traslación de propiedad y la entrega de la cosa que ha nacido, existe la obligación de pagar un precio y además existe una incertidumbre de que la cosa llegue o no a existencia.

Estas similitudes deben ser matizadas en sus alcances ya que los supuestos de uno y otro contratos son básicamente diferentes.

Podemos, comparando ambos contratos, matizar lo arriba dicho ya que existen diferencias muy marcadas en varios aspectos de ambos contratos; trataremos ahora de señalar las más significativas por su relevancia.

A. En cuanto a la *intención negocial* de las partes.

La compraventa de esperanza encierra desde su concepto, el enfrentamiento a una eventualidad, que el comprador y el vendedor han previsto y han querido asumir. La eventualidad puede traducirse en una ganancia o en una pérdida según se den los acontecimientos. La gama de posibilidades es muy grande; desde una prestación fija (precio) que puede resultar un monto ridículo si la cosa futura se da en cantidad excesiva, hasta verse desproporcionado si la cosa se da en poca cuantía o de plano, no se da. La intención negocial de las partes es muy clara en cuanto que ellas han querido asumir

o incorporar un factor aleatorio como parte fundamental del contrato que otorgan.

La compraventa de cosa esperada es una convención con espíritu diferente, la intención negocial de las partes es otra. En este contrato, la intención es la proporción. La proporcionalidad en las prestaciones resulta el criterio definitivo. El aspecto aleatorio funciona también, pero en otro sentido que más adelante veremos y que no afecta la esencia misma del contrato. En la *emptio rei speratae* las partes no intentan riesgos y la cuantía en las prestaciones es siempre proporcional. En este contrato no cabe la gama de contrastes o de desproporción entre las prestaciones a las cuales las partes se han obligado.

B. En cuanto al *otorgamiento del consentimiento*.

En la compraventa de esperanza, debido a la intención negocial de asumir los riesgos por la eventualidad de que la cosa se dé o no, las partes toman en consideración factores diversos al solo valor de la cosa, lo cual, como veremos también más adelante, afectan directamente la fijación del precio. En virtud de la intención negocial aleatoria, el consentimiento cubre toda eventualidad y se excluye con esto la falta de pago del precio por no existir la cosa misma. El consentimiento es el acuerdo de voluntades sobre una prestación independientemente de que la contraprestación pueda o no darse si la parte obligada realizó las conductas previstas para hacer posible tal contraprestación.

En la compraventa de cosa esperada el consentimiento de las partes implica, merced a la intención negocial, la equidad en las prestaciones; lo cual se refleja en la fijación del precio como un criterio de proporción, respecto del nacimiento de la cosa; podríamos decir que en la *emptio rei speratae*, las partes se obligan en tanto la cosa se dé, la voluntad de las partes no comprende eventualidad alguna respecto a sus intereses.

C. En cuanto a las *obligaciones que los contratos generan*.

En la compraventa de esperanza encontramos obligaciones de dar y de hacer combinadas. Esta combinación determina a nuestro juicio, la estructura contractual en la forma que ya expresamos mediante un esquema. La obligación de hacer a cargo del vendedor (conducta o actividad) encuentra su relación en la obligación de dar a cargo del comprador (pago del precio). La obligación de dar del vendedor (transmisión), está sujeta a que la cosa nazca.

Como una consecuencia de la asunción del riesgo, el comprador se obliga a pagar un precio (dar), obligación que se relaciona con la actividad del vendedor para favorecer el nacimiento de la cosa (hacer).

Esta estructura da como resultado una serie de obligaciones de dar y de hacer combinadas. Este aspecto lo vimos ya al estudiar las obligaciones en la *emptio spei*.

Cosa diferente acontece en la compraventa de cosa esperada, en la cual las obligaciones son proporcionales y en relación lineal. La obligación de dar correspondiente al comprador y que consiste en el pago de un precio, la asume el obligado en tanto se le transfiere la propiedad de la cosa pactada; esta obligación de transferir la propiedad está a cargo del vendedor y es también una obligación de dar. La compraventa de cosa esperada no encierra mayor problema en cuanto a la estructura de las obligaciones de las partes.

Las obligaciones de dar en este contrato, no son puras y simples, en esto estriba otra diferencia que enseguida analizaremos.

D. En cuanto al tipo de contrato.

La *emptio spei* es un contrato puro y simple. Esto quiere decir que las obligaciones asumidas por las partes en este contrato, no están sujetas a modalidades tales como la condición. No es condición para que el comprador pague el precio el hecho de que nazca o no la cosa, lo que sí se encuentra condicionado es el acto de traslación de propiedad, pero la falta de este acto no afecta la contraprestación que es el pago del precio, ya que en el consentimiento no se ha reflejado reserva alguna en ese sentido, por lo cual, el contrato es perfecto desde el principio y completo, nazca o no la cosa.⁸²

La *emptio rei speratae* es un contrato modal. Las obligaciones que este contrato genera han sido materia de un consentimiento otorgado con reserva. La modalidad que opera o que afecta las obligaciones asumidas por las partes es una condición. La condición es suspensiva ya que paraliza los efectos de la obligación de transmitir la propiedad hasta en tanto no se realice el acontecimiento futuro e incierto que es el nacimiento de la cosa; por otra parte, el pago del precio se ve suspendido correlativamente y la obligación de pagarlo depende también del nacimiento de la cosa.⁸³

E. En cuanto a la cosa futura.

La *emptio spei* genera entre otras, la obligación a cargo del vendedor, de transmitir la propiedad de la cosa futura. Esta cosa futura sólo puede ser determinable. La compraventa de esperanza no admite cosas determinadas. La determinación a la cual nos referimos, es respecto al *cuánto*, a la cantidad en concreto. La razón es que debido a la naturaleza aleatoria del contrato, el comprador no sabe, como tampoco lo sabe el vendedor, el monto en unidades que nacerán en el futuro, o si acaso nacerán.

La compraventa de cosa esperada admite las dos posibilidades, cosas

determinadas y cosas determinables. Es factible en este contrato, pactar sobre la traslación de propiedad de la cosa futura determinando el monto o la cantidad de unidades desde el momento de la celebración, así como su correspondiente precio. Se está pactando sobre una cosa futura determinada en cuanto a su cantidad. Por otra parte, al igual que la *emptio spei*, este contrato admite el pacto sobre cosas futuras determinables.⁸⁴

F. En cuanto a la *fijación del monto del precio*.

Este punto se encuentra en estrecha relación con la intención negocial de las partes y el otorgamiento del consentimiento.

En la *emptio spei* se da un precio fijo, un precio alzado que según nuestro punto de vista comprende fundamentalmente tres factores; el valor de la cosa en sí misma, la remuneración a la actividad del vendedor para favorecer el nacimiento de la cosa y la eventualidad o el riesgo cuantificado tomando en cuenta la gama de posibilidades desde la no producción de la cosa hasta el exceso de producción. Estos tres factores son a nuestro juicio, los elementos que las partes consideran para fijar el monto del precio.

En la *emptio rei speratae*, el precio no es alzado, sino que se fija tomando en cuenta alguna referencia unitaria, bien sea por unidad en estricto sentido, bien sea por patrones tales como el kilogramo, el litro etc. Por otra parte, en este contrato, el monto del precio va en relación directa con el valor de la cosa, o por lo menos, el criterio para fijarlo excluye cualquiera consideración a la actividad del vendedor y al riesgo de que la cosa llegue a existir o no. Si el precio comprendiera la cuantificación de las actividades o conductas tal como acontece en la *emptio spei*, el contrato saldría del esquema jurídico de la compraventa y se configuraría otro distinto.

G. Otra diferencia es en cuanto a la *incertidumbre*.

Mencionamos ya que en cierto sentido, la incertidumbre se concibe en el contexto de ambos contratos, pero en forma totalmente diferente; la razón es que ambos contratos versan sobre cosas futuras y el acontecimiento futuro e incierto (de su nacimiento), acarrea la incertidumbre en ambos casos, pero los efectos son diversos.

En la *emptio spei* la incertidumbre se traduce cuantitativamente en un riesgo que es asumido por el comprador y por el vendedor. Este riesgo es uno de los criterios que, como ya vimos, intervienen en la fijación del precio. Por otra parte, el estado de incertidumbre afecta la traslación de la propiedad de la cosa en cuanto que ésta depende de una eventualidad. La incertidumbre es un factor o un elemento que configura este tipo de contratos. La aleatoriedad en la *emptio spei* es un factor decisivo, vertebral.

En la *emptio rei speratae* la incertidumbre existe, pero sólo afecta al

cuánto en la traslación de propiedad y al *cuánto* en el pago del precio. Es algo totalmente externo a la estructura contractual; más que un problema jurídico, es un problema de hecho o de ejecución.

Las prestaciones son conocidas por las partes en cuanto a su alcance y el contrato es conmutativo. La aleatoriedad no es en la *emptio rei speratae*, un factor importante.

H. En cuanto a *sus efectos*.

En la *emptio spei* el precio se debe independientemente del nacimiento de la cosa futura o de su cantidad. Esto es cierto en tanto el vendedor haya ejecutado las actividades tendientes a favorecer el nacimiento de la cosa, ya que de otra manera, el comprador no sólo estaría a merced de factores incontrolables por su co-contratante, sino además estaría a merced del arbitrio del vendedor, lo cual resultaría absolutamente fuera de toda justicia y equidad.⁸⁵ Así pues, aunque la cosa no llegue a existir, si el vendedor ejecutó las conductas necesarias y puso todos los elementos necesarios para favorecer su producción, está libre de responsabilidad y el comprador debe el precio.

Por otra parte, la compraventa de cosa esperada es una convención en la cual el precio se debe en tanto exista una transferencia de propiedad resultante del nacimiento de la cosa futura. La condición suspensiva de la cual hablábamos actúa en este contexto de una manera plena. En este contrato nada importa la actividad del vendedor para producir la cosa, debido a que el comprador no asume riesgo alguno. Si la cosa nace, la propiedad se traslada al comprador y éste paga al vendedor el precio acordado por dicha traslación.

Si la cosa futura no se produce, el vendedor no debe nada y por lo mismo, no tendrá el comprador que pagar el precio.

Si el precio ha sido pagado total o parcialmente dependiendo de si se trata de cosa determinada o determinable y la cosa no llega a existencia, tenemos un enriquecimiento sin causa por parte del vendedor, lo cual permite al comprador, recuperar el monto pagado indebidamente.

Del estudio anterior, podemos decir respecto a la compraventa de cosa esperada, lo siguiente a manera de conclusión:

La compraventa de cosa esperada es un contrato que sí embona en el esquema normativo de la compraventa, ya que sus características y lo fundamental, las obligaciones que genera, son típicas de la compraventa. Se trata de un contrato conmutativo debido a la estructura lineal y proporcional de las obligaciones que las partes asumen.

Estamos en presencia de una convención cuyas obligaciones están sujetas a una condición suspensiva, concretamente, a la condición "si la cosa llega

a existir". Es un contrato perfecto desde su inicio y adoptando la teoría de la perfección que expusimos en la sección segunda de este trabajo. consideraríamos que si la cosa no llega a existir, los efectos reales del contrato se ven inejecutados, pero los supuestos del contrato existieron desde el momento de su celebración.

Con estas consideraciones damos fin al estudio de estas figuras y trataremos de presentar en unas cuantas líneas, las conclusiones generales que se desprenden de cada una de las secciones de este trabajo.

1. Es menester precisar el concepto de cosa futura y distinguirla de las *res nullius*, de la cosa ajena, de la cosa actualmente inaccesible y de la cosa cuya existencia se ignora. Cosa futura es, para nosotros, un bien que no existe en la naturaleza actualmente.

2. Creemos que el criterio adecuado para considerar los contratos sobre cosa futura, es el de su perfección inicial según concluimos en la sección segunda de este trabajo. En este sentido se trata de contratos que generan obligaciones que más tarde pueden verse inejecutadas. Nos parece importante considerar en este punto, la diferencia entre los efectos obligatorios y los efectos reales de los contratos.

3. No estamos de acuerdo en considerar la "esperanza" como el objeto de la *emptio spei*, ya que según nuestro criterio, la esperanza no es un bien susceptible de comercio.

4. Creemos que la doctrina del Derecho Cicil no ha puesto suficiente atención en el análisis de la obligación del comprador (en la *emptio spei*) y sí lo ha hecho en detalle respecto de la del vendedor. Por otra parte, vemos claramente que el aspecto *riesgo* interviene directamente en la *fijación del precio*, junto con el valor propio de la cosa y con el cuánto de la actividad del vendedor.

5. Consideramos que la *emptio spei*, más que una compraventa, es un contrato alíptico, mixto, de carácter fundamentalmente alcatorio en el cual participan elementos de varios contratos tales como el de obra, prestación de servicios y desde luego, compraventa. La asunción del riesgo por ambas partes es una nota de capital importancia.

6. La *emptio rei speratae* es un contrato cuyas obligaciones se encuentran suspendidas por una condición. Es un contrato conmutativo debido a la estructura lineal y proporcional de las obligaciones que genera. Es aplicable a este contrato lo dicho en la segunda conclusión. Por último, diremos que se trata de una auténtica compraventa ya que su estructura concuerda totalmente con el esquema normativo del contrato de compraventa.

N O T A S

¹ Paolo GRECO y Gastone COTTINO, *Commentario del Codice Civile* 1a. ed. Zanichelli Editore, Bologna 1966. Pág. 53. Agradezco al Lic. Miguel Villoro el haber efectuado la traducción de las partes conducentes de esta obra para efectos del presente trabajo.

² *Ibidem*. "Cosa futura e infatti il frutto, ossia un'entità che fisicamente può già essere prodotta nel momento della stipulazione."

³ "Quod fit cum captus piscium, vel avium, vel messilium emitur; emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est." Digesto (L. 8. 1. Nov. 160 cap. 1; Nov. 72, cap. VII.) Según cita de Charles Demolombe, *Traité des Contrats* (Cours de Code Napoléon) A. Lahure éditeur, Paris, pág. 287.

⁴ GRECO y COTTINO, *op. cit.* pág. 54.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Idem. pág. 55. Hicimos esta cita sustituyendo los artículos del código civil Italiano por los del Mexicano, los cuales son semejantes: "La vendita di cosa altrui e di cose esistenti, disciplinata separatamente negli art. 1478 e segg."

⁷ *Ibidem*.

⁸ Idem. pág. 56.

⁹ José Ma. MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*. 4a. ed. Reus S. A. Madrid, 1931. T. X. pág. 29.

¹⁰ Rafael ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho Civil*. Robredo, México, 1962. T. IV pág. 155.

¹¹ Luis Ma. REZZÓNICO, *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. 2a. ed. Depalma, Buenos Aires, 1958. pág. 102.

¹² Robert Joseph POTHIER, *Tratado del Contrato de Venta*. (trad. por Manuel Deó) Ed. Llordachs, Barcelona, 1880. T. V. pág. 237. "En su rigor no puede existir contrato de venta sin que haya una cosa vendida; pero no es de absoluta necesidad que la cosa deba existir al tiempo del contrato, basta que pueda y deba existir. Por ejemplo todos los días llega el caso de venderse el vino que debe recogerse antes de la cosecha; esta cosa vendida es válida aunque no exista todavía, pero depende de la condición de su futura existencia; y si no llegara a existir por no recogerse vino alguno, tampoco existirá la venta."

¹³ Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*. 12ème ed. Garnier Frères. T. 2 Paris, 1885. pág. 604. "On peut dire que le contrat est aléatoire dans deux cas; mais il est conditionnel dans le premier, pur et simple dans le second". El autor se refiere a la *emptio rei speratae* y a la *emptio spei*.

¹⁴ M. TROPLONG, *Le Droit Civil Expliqué*. 4a. ed. Charles Hingray éditeur. Paris, 1845. T. I, Vol. 5 pág. 281 y ss. "En effet les choses futures sont du ressort de la vente. Le jurisconsulte Pomponius en donne pour exemple la vente des fruits qui naissent d'une terre, et celle du croît d'un animal. Nous ajouterons la vente des produits qui seront fabriqués dans une manufacture. Une telle vente est conditionnelle. Elle ne se réalise qu'autant que les fruits viennent à naître, et alors elle produit un effet rétroactif au jour du contrat, comme nous l'enseigne le même Pomponius. Mais si l'année est entièrement stérile, il n'y a pas de vente."

¹⁵ C. DEMOLOMBE, *Traité des Contrats*. (Cours de Code Napoléon) A. Lahure, Imprimeur-éditeur, Paris, T. I. pág. 286.

"... et si ma récolte est détruite par le grêle ou par la gelée de manière que je n'aie pas du tout?... Eh bien! alors, le contrat n'aura pas eu d'objet et l'acheteur se trouvera délié rétroactivement de l'obligation de payer le prix d'une vente qui n'a pas pu s'accomplir, subordonnée qu'elle était à la condition de l'existence de l'objet futur, sur le quel les parties avaient traité; tel est en effet, le caractère des contrats qui ont pour objet des choses futures, qu'ils dépendent conditionnellement de la future existence de ces choses."

¹⁶ L. GUILLOUARD, *Traité de la Vente et de l'Echange*. 2ème. ed. A. Durand et Pedone Laurier Editeurs, Paris, 1890. T. I. pág. 185. "Si au contraire, les parties n'ont entendu se lier que pour le cas où la chose future ou incertaine viendrait à exister, la vente sera non avenue si la terre ne produit pas de récoltes, ou si les pêcheurs ne prennent pas de poisson."

¹⁷ F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français* 5ème. ed. Bruylant Christophe Editeurs, Bruxelles, 1893. T. 24. pág. 104. "Quand les fruits futurs sont l'objet du contrat, il n'y aura pas de vente s'il n'y a point de fruits... Cela est élémentaire¹"

¹ (en las notas) "Duranton et tous les auteurs" Laurent cita además un caso concreto resuelto en el sentido de inexistencia del contrato por falta de objeto, año 1854, Mayo 18, Corte de Lyon.

¹⁸ Ambrosio COLIN y Henry CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*. (trad. por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, anotado por Demófilo de Buen) Editorial Reus S. A. Madrid, 1922. T. IV. pág. 38.

"La venta de cosa futura puede ser por ejemplo, un contrato conmutativo, como sucede cuando un industrial vende objetos a cuya fabricación se obliga, pero antes de fabricarlos. O bien puede venderse algo que no ha nacido, pero que va a nacer, como el potro que nazca de una yegua que está preñada. Esta venta es la llamada *rei speratae* y en este caso, si la cosa esperada no llega a tener nacimiento, la venta es nula."

¹⁹ Joseph HAMEL, *Traité pratique de Droit Civil Français*. Dirigido por Marcel Planiol y Georges Ripert. 2ème. ed. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et Durand Auzias, Paris, 1956. T. X. pág. 31.

"La vente des choses futures prend deux formes traditionnelles: elle est une vente soumise à la condition que la chose existera un jour et elle disparaît si la condition fait défaut (*venditio rei speratae*) ou bien elle estime simple convention aléatoire et l'acheteur devra payer le prix à tout événement (*venditio spei*)".

²⁰ Giorgio GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* (trad. de la 7a. ed. italiana por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia). Ed. Reus S. A., Madrid, 1929 pág. 309. "Si se parte de la consideración de que toda obligación no condicional o a término debe cumplirse desde luego, se comprende sin dificultad que sea imposible toda obligación contractual sobre cosa inexistente. Así, pues, para que la obligación contractual sobre cosa futura sea válida precisa que las partes consideren que la cosa es futura y dilaten la ejecución del contrato al momento oportuno. Por lo mismo, el contrato sobre cosa futura es necesariamente condicional o a término. Condicional, siempre que sea incierta la existencia futura de la cosa pactada; a término, cuando su existencia futura sea cierta".

GIORGI enseña que un contrato sujeto a término es aquel que en este caso celebra un comerciante sobre una cosecha futura: "este contrato no es condicional sino a término; puesto que, por mucho que la cosecha sufra los efectos de las vicisitudes atmosféricas no puede concebirse que en toda la región (tosca) dejen de cogerse diez

quintales de aceite en un año cualesquiera que sean las contrariedades de la cosecha. Pero si suponemos que se pacta aceite de óptima calidad y exento de todo vicio, o que se determine la hacienda o el olivo de que deben tomarse, el contrato se hace condicional, pues puede darse el caso de que el hielo o cualesquiera de las plagas del campo perjudiquen los olivos de toda la Toscana de tal modo que impida, como a veces sucede, que la cosecha entera alcance su perfección o que la cosa sea tan escasa que la hacienda o el olivo designados no den en la cantidad contraída. En este caso vendría a menos la obligación por falta de objeto".

²¹ Jean CARBONNIER, *Droit Civil*. Presses Universitaires de France, París, 1962. T. 2. pág. 364.

"Si la chose escomptée n'arrive pas à l'existence, le contrat sera réputé ne s'être pas formé faute d'objet, car un contrat portant une chose future dépend conditionnellement de la future existence de cette chose".

²² Federico PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, T. IV. Vol. II. pág. 96 y ss. Este tratadista distingue también en la venta de cosas futuras a la *emptio spei* de la *emptio rei speratae*. "Aquella es de tipo condicional (c.r.s.) y no provoca la entrega del precio..."

²³ Leopoldo ACUILAR CARVAJAL, *Contratos Civiles*. 1a. ed. Ed. Hagtam, México, 1964. pág. 108.

"La compra de cosa futura, también llamada esperada, consiste en la venta de cosa principal, futura, tomando el comprador para sí el riesgo de que no llegue a existir." Este autor piensa que la compra de esperanza está reglamentada por el código civil y sólo versa sobre frutos futuros o productos de un hecho, en tanto que la venta de cosa futura versa sobre cosas principales. El punto de crítica que encontramos es que este autor considera en ambos casos, que el comprador toma para sí el riesgo de que la cosa no llegue a existencia. "Lo importante es que la modalidad plantea un verdadero problema teórico ya que ella afecta al objeto mismo de la obligación, como elemento de esencia, puesto que en el caso de que la cosa futura no llegare a existir, habría una obligación sin un elemento esencial como es el objeto."

²⁴ Avelino LEÓN HURTADO, *El Objeto en los Actos Jurídicos*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958. pág. 19 y ss.

"... pero en cambio, la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte... Y como la autonomía de la voluntad no es suficiente para alterar la naturaleza de las cosas, se ha fallado que "aun cuando es indudable que dentro de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para pactar contratos innominados, esa libertad no puede llegar hasta hacer subsistir como innominados los contratos reglamentados por nuestro código civil a que le faltan requisitos esenciales y estimar como innominados los contratos de venta en que no existe precio o cosa vendida, en razón de que la falta de tales requisitos hace desaparecer el objeto o la causa del contrato".

²⁵ Paolo GRECO y Gastone COTTINO. *op. cit.* pág. 57.

²⁶ Mejor que negocio anticipado, debe llamarse por corrección misma del autor, "negocio con consentimiento anticipado" (Rubino).

²⁷ *La Comprarendita*. Giuffrè Editore, Milano. 1960. pág. 83.

²⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Idem*, pág. 84.

⁴¹ *Idem*, pág. 85.

⁴² *Idem*, pág. 84.

⁴³ Biondi, según cita de Paolo GRECO y Gastone COTTINO, *op. cit.* pág. 56 cita 3 en las notas.

⁴⁴ FRANCISCO DEgni, *La Compraventa*, (trad. por Francisco Bonet Ramón), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pág. 118 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*, pág. 119.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Gino GORIA, según cita de FRANCISCO DEgni, *op. cit.* pág. 119. (*La Compraventa e la Permuta*).

⁴⁹ DEgni, *op. cit.* pág. 119.

⁵⁰ *Ibidem*. Nuestra opinión es que FRANCISCO DEgni distingue, aunque no de una manera clara, la obligación (de medios) que se genera inmediatamente para el vendedor en el sentido de hacer posible el nacimiento de la cosa, y la obligación (de resultados) que se genera también desde el inicio, pero que se verá satisfecha en el momento en que la cosa llegue a tener existencia, nos referimos concretamente a la obligación de trasladar el dominio.

⁵¹ FRANCISCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, (trad. por Santiago Sentis Melendo) Ed. Europa-América, Buenos Aires, 1955. T. V, pág. 63.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*. Nótese nuevamente la confusión o asimilación de conceptos cosa futura-cosa esperada-cosa ajena.

⁵⁴ *Idem*, pág. 64.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, cfr. nota 15 a pie de página.

⁵⁷ Paolo GRECO y Gastone COTTINO, *op. cit.* pág. 56 nota 4.

⁵⁸ G. BAUDRY LACANTINIERE et Leo SAIGNAT, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, 3ème. ed. Librairie de la Société du Recueil, J. B. Sirey et du Journal du Palais, París, 1908, T. 24, pág. 75, Estos autores, como una excepción dentro de la corriente francesa, consideran al contrato de compraventa de cosa futura independientemente de que se dé o no la cosa, "Dans tous ces cas, il y a vente d'une chose future pouvant exister plus tard; le contrat de vente n'est pas sans objet et il est valable".

⁵⁹ Manuel BORJA MARTÍNEZ, *Análisis del efecto de la Condición Suspensiva sobre la Obligación y sobre el Negocio Jurídico que le da origen*, en Estudios Jurídicos en homenaje a Manuel Borja Soriano, Ed. Porrúa, México, 1969, pág. 205 y ss.

⁶⁰ *Idem*, pág. 210.

⁶¹ Giuseppe STOLFI, *Teoría del Negocio Jurídico*, (trad. por Jaime Santos Briz), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 123.

Luigi CARLOTTA FERRARA, *El Negocio Jurídico*, (trad. y notas de Manuel Albaladejo) Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 58 según cita de Manuel Borja Martínez, *op. cit.* pág. 213.

⁶² FERRARA, según cita de Borja Martínez, *Ibidem*.

⁶³ Manuel BORJA MARTÍNEZ, *op. cit.* pág. 214.

⁵⁴ Idem. pág. 215.

⁵⁵ Idem. pág. 217. En apoyo a este pensamiento, Borja Martínez cita a su vez a Manuel Albaladejo: "Se dice por brevedad, que el negocio es condicional, pero realmente no es el negocio sino la producción de sus efectos la que se halla *sub-conditione*".

⁵⁶ Manuel BORJA MARTÍNEZ "El Contrato Preparatorio" en *Jurídica No. 1*, (Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana) México, 1969, pág. 81.

⁵⁷ Etienne BARTIN, *Théorie des conditions*. Arthur Rousseau, Editeur. París, 1887. pág. 32.

⁵⁸ CUTURI. *Vendita*. núm. 28. *Gianturco Contratti speciali La Compravendita*. (Lezioni Universitarie) II, 1908. Según cita de Francisco Degni *op. cit.*

⁵⁹ El artículo 1938 determina: "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependa de un acontecimiento futuro e incierto". Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, México, 1928.

⁶⁰ Renato SCOCNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Casa Editrice dott. Eugenio Soveri. Napoli, 1950. pág. 336 (notas).

^{60bis} Este autor se refiere a una opinión de la doctrina alemana que no nos ha sido posible localizar. La impresión que guardamos es la originalidad de Domenico Rubino en la elaboración de la tesis, ya que él tampoco cita autor alemán alguno. Al respecto hacemos notar que la teoría del negocio jurídico anticipado es expuesta por Rubino en su libro en forma francamente escueta como sigue: "Si ha cioè un caso di negozio anticipato, il quale a sua volta é una delle ipotesi di inversione dell' ordine cronologico di formazione degli atti giuridici in genere e dei negozi giuridici particolare. Il negozio giuridico comprende generalmente diversi elementi. Fra questi ve ne sono alcuni quali normalmente sussistono già prima della formazione del consenso, però può anche accadere che in tale momento ancora manchino, ma la legge consenta che sole parti sopra vengano in seguito. In questa última ipotesi, perciò, quando le parti concludono il contratto prima ancora che qualcuno di que del consenso quegli elementi si sia realizzato, esse anticipano tale formazione del consenso. Quindi per questa figura di negozio, sulla quale sono stato io stesso qualche anno a richiamare l'attenzione, più del termine negozio anticipato, che io stesso avevo scelto, appare corretto el termine negozio a consenso anticipato." Es pues en estos términos que Domenico Rubino expone la teoría del negocio con consentimiento anticipado.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Entre otros, citaremos a los MAZEAUD, LAURENT, DOMAT, CARBONNIER, TROPLONG, GIORGI, SAIGNAT, PUIG PEÑA, BALDRI-LACANTINELLI. Esta enumeración de autores podría ser muy amplia, pero nuestra pretensión es solamente la de respaldar la apreciación anteriormente hecha.

⁶³ En esta ocasión no quisiéramos hacer una afirmación tan tajante, bástanos decir que la generalidad de los autores realizan el estudio de estos contratos no a propósito de las modalidades de la compraventa, sino debido a que consideran la relación objeto-cosa futura.

⁶⁴ Algunos de los juristas que opinan que el objeto de la *emptio spei* es la esperanza, son los siguientes:

Frederic MOURLON, *op. cit.* pág. 604: "La vente est alors commutative ou aléatoire, suivant qu'elle a pour objet la récolte elle même, en tant qu'elle existera, ou seulement la chance de la récolte... il sera rationnel de décider que c'est la chance de la récolte qui a été l'objet du contrat."

M. TROPLONG, *op. cit.* pág. 282: "On peut même traiter par achat et vente d'une espérance, d'une vente incertaine, comme un coup de filet". Y más adelante dice: "C'est donc une incertitude qui a fait l'objet du contrat, et l'acquéreur doit en courir les hazards".

L. GUILLOUARD, *op. cit.* pág. 185: "... on peut vendre... les choses futures dont l'existence même est incertaine, comme le produit d'un coup de filet, jactus retis. Mais, lorsqu'on est en présence d'une vente de cette nature il importe d'en bien déterminer le caractère: les parties ont-elles voulu faire un contrat aléatoire, vendre par un prix fixe les chances de la récolte à naître ou du coup de filet que l'on va jeter, que la terre produise des fruits ou n'en produise pas, que le filet ramène ou non du poisson? S'il en est ainsi, le contrat devra être maintenu et l'acheteur obligé de payer le prix, n'y eut il ni récolte ni poisson".

F. LAURENT, *op. cit.* pág. 104: "La vente de choses futures est aléatoire quand les parties ont entendu vendre et acheter une chance; telle est la vente d'une récolte quand, dans la pensée des parties contractantes c'est une espérance qui fait l'objet de la convention; qu'il y ait des fruits ou qu'il n'y en ait point, l'acheteur devra payer le prix, car le prix représente la chance, il ne représente pas les fruits".

Ambrosio COLIN y Henry CAPITANT, *op. cit.* pág. 38. En este tratado, no encontramos mucho escrito sobre la *emptio spei*, pero citamos a estos autores dentro de la corriente que estudiamos debido a que tocan el punto al tratar las cosas futuras como objeto de la compraventa y dicen: "La venta puede ser también un contrato aleatorio, y a esta operación se le da entonces el nombre de *spei*, como por ejemplo, la venta de una rodada de peces. En este caso, si la contingencia favorable que se daba por segura no se llega a realizar, no por esto es la venta menos válida ni el comprador deja de deber el precio íntegro ya estipulado".

Francisco MESSINEO, *op. cit.* pág. 63 y ss. "Una distinción de la antigua fecha discierne entre venta de cosa esperada... y la venta de esperanza o *emptio spei*, cuyo diverso contenido se delinea diciendo que la *emptio spei* implica la obligación incondicionada del comprador de pagar el precio, aun cuando la cantidad vendida no llegue a tener existencia... de donde resulta la ulterior diferencia en virtud de la cual la *emptio spei* es un contrato aleatorio... en la *emptio spei*, el comprador asume sobre sí el riesgo de que la esperanza no llegue a verificarse y en tal caso, el contrato que es perfecto *ab-initio*, mantiene su validez aun cuando la esperanza no se verifique; tal es el ejemplo clásico de la compra de lo que dará el "lance" de una red de pesca; o una "batida" de caza... Algunos autores no se adaptan a concebir la *emptio spei* como venta. Los mismos señalan que la *spes* no puede ser objeto de venta, porque la misma no es ni una cosa ni un derecho, sino un elemento de hecho. A lo cual puede replicarse que la *spes* es siempre una cosa o derecho (*in fieri*): en otro caso, el contrato carecería de objeto; pero nadie ha negado nunca que la *spes* sea objeto válido del contrato".

Henri, LEON y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*. (trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo). Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962. Vol. III, pág. 121 y ss.

"La solución es diferente cuando la compraventa de cosas futuras es un contrato aleatorio. El comprador ha conocido y aceptado la eventualidad que presentaba para él la no supervenencia de la cosa; debe soportar el riesgo. Si la cosa futura no aparece, el comprador sigue obligado por el contrato aleatorio que ha concluido válidamente a pagar el precio estipulado. En efecto, ha comprado no una cosa futura espera-

da... sino la esperanza de la superveniencia de la cosa... La distinción entre la compraventa conmutativa y aleatoria de cosas futuras se relaciona con el hecho de que depende la superveniencia de la cosa. Si ese hecho depende de la voluntad del dador, la compraventa es conmutativa... si el hecho es exterior a la voluntad del vendedor, la venta es aleatoria; el comprador de una redada no compra sino la esperanza, concierta un contrato aleatorio."

Luis María REZZÓNICO, *op. cit.* pág. 102. "La venta de cosa futura puede hacerse en dos formas tradicionales: como contrato conmutativo condicional o como contrato aleatorio... El segundo caso clásico de venta de cosas futuras, su segunda forma o modalidad es la denominada "venta de esperanza", en latín denominada *emptio spei futuri emolumentum*... Del art. 1332 (del Código Civil Argentino) resulta que la venta es aleatoria en tres casos. Primer caso: Cuando se venden cosas futuras tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegarán a existir en su totalidad. Segundo caso: Cuando se venden cosas futuras tomando el comprador sobre sí, el riesgo de que no lleguen a existir en cualquier cantidad. En tales casos también debe pagar el comprador la totalidad del precio convenido pues también entonces ha comprado una esperanza". El tercer caso no se refiere a la compraventa de cosa futura, sino a una compraventa de cosa presente de riesgosa entrega, por lo cual omitiremos incluirla.

C. AUBRY y C. RAU, *Cours de Droit Civil Français*, 4^{ème} ed. Marchal et Billard éditeurs, Paris, 1871. T. IV. pág. 352.

"Dans les ventes de récoltes, il faut distinguer si les parties ont entendu faire une vente entièrement aléatoire en traitant de *spe fructuum nascitorum*... Au premier cas, la vente est pure et simple et l'acheteur est obligé de payer le prix."

Jean CARBONNIER, *op. cit.* pág. 364. "J'achète à des pêcheurs leur prochain coup de filet: la vente demeure valable lors même qu'ils ne ramèneraient aucun poisson. L'objet du contrat, en pareil cas, est non pas la chose future elle-même, mais la chance, l'espérance de l'obtenir (*trenditio spei*).

65 D. José María MANRESA y NAVARRO, *op. cit.* pág. 29.

Giorgio GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, (op. cit.) pág. 310. "Hay contrato aleatorio sobre la simple esperanza cuando las partes hacen depender de la existencia esperada de la cosa que tratan, no la perfección jurídica del contrato, sino la utilidad que, una de las mismas, por lo menos, espera sacar de ella. En este caso, el contrato no es en verdad, sobre cosa futura, sino sobre cosa presente y abstracta; puesto que su objeto no es la cosa de existencia sucinta, sino la esperanza."

66 HOFMANN, *Ueber das periculum beim Kauf*, 1970. pág. 108 según cita de Lino Salis, *La Compravendita di Cosa Futura*, Casa Editrice Dott. Padova, 1935. pág. 20. "Tu hai già avuto la speranza, i pesci me li prendo io."

67 Lino SALIS, *op. cit.* pág. 18. "Impossibile considerare quindi la speranza come una cosa, impossibile considerarla, anche se riferita ad un determinato avvenimento, come possibile oggetto di un contratto di compravendita... Può darsi con ciò che le parti abbiano voluto comprare e vendere rispettivamente l'alea, il rischio? O non invece la cosa forma oggetto del contratto, non essa rappresenta nel negozio *Id quod debetur*, non ad essa le parti hanno voluto attribuire un prezzo."

De Marsico, según cita del propio Salis. "La speranza, il rischio l'alea son cose su cui possa esercitarsi un diritto di proprietà?"

Endemann, según cita del mismo Salis (nota al pie de la pág. 12). "Die Hoffnung ist ein affect. Sie gehoert als solches dem Gefuehlsleben der Seele an."

Opina Salis en el mismo cuerpo de notas de la obra citada, que la doctrina francesa ha traducido en general, el término latino *spes* con la palabra *espérance* y ya DE VISSIER ha puesto de relieve que esta traducción no es del todo exacta. Lo que en Derecho Romano significaba *spes* como objeto de un contrato de compraventa, es más bien la espera, *espoir* y no la *espérance*. Así, pues existe una diferencia entre lo esperado y la esperanza como estado anímico genérico. El mismo DE VISSIER lo explica así:

"L'espoir est précis dans son objet et disparaît aussitôt que la chose espérée devient impossible. L'espérance, au contraire est une disposition générale de l'âme et persiste, on peut persister malgré la déception de tous les espoirs particuliers que nous avons formés."

Agradecemos al Dr. José de Jesús Ledesma el habernos proporcionado copia fotostática del artículo de Fernand de VISSIER aparecido en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2ème. année, Melanges, Bruxelles, 1949.

⁶⁸ Lino SALIS, *op. cit.* pág. 13. "Una tale dimostrazione io non credo possa darsi, poiché impossibile mi sembra una obbiettivazione e materializzazione del concetto di speranza tale da poterlo ricomprendere tra le cose di cui è possibile il trasferimento del dominio."

⁶⁹ *Idem*, pág. 15. "Ma, anche a questo riguardo è facile dimostrare che tanto la speranza, quanto l'alca ed il rischio, considerati in se stessi e senza riferimento a cosa alcuna, non sono suscettibili di una individuazione od obbiettivazione, non costituiscono degli elementi che possano far parte di un patrimonio, che siano suscettibili di una qualunque valutazione od utilità. Essi non sono infatti altro che puri concetti astratti comprensivi di una infinita di elementi imponderabili, generalmente sottratti ad una qualunque regola imposta dalla volontà umana, elementi della più varia natura, disciplinati da norme all'uomo in molta parte sconosciute, dall'averarsi o meno dei quali dipende spesso un aumento od una diminuzione negli elementi che compongono il patrimonio di una persona o di un número indefinito di persone. Impossibile, quindi, considerare tali elementi come cose in senso giuridico; assurdo, poi pensarli come possibili oggetti di dominio."

⁷⁰ FUBINI, según cita de Lino Salis en un trabajo aparecido en 1903. *Monitore dei Tribunali*.

⁷¹ Felipe CLEMENTE de DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. 2, Madrid, 1959, pág. 222.

⁷² *Op. Cit.* pág. 97. Es manifiesto cómo los autores han perdido de vista el consentimiento que las partes han otorgado al celebrar el contrato. Planteado así, suena injusto aquello que menciona al autor: "se puede tener que pagar un precio por nada y ese nada no es nunca una contraprestación." El problema no es de prestación o contraprestación, sino que en virtud de un consentimiento se debe un precio. La causa de la prestación no es la contraprestación. La causa eficiente, la que genera la obligación y la prestación misma es un acuerdo de voluntades en determinado sentido.

⁷³ *Op. cit.* pág. 223.

⁷⁴ *Idem*, pág. 445 nota 1 al pie de la página.

⁷⁵ Antigono DONATI, *Los Seguros Privados*, (trad. por Arturo Vidal Solá) Librería Bosch, Barcelona, 1960, pág. 7.

"Un evento futuro e incierto, en efecto, puede ser económicamente indiferente, favorable o desfavorable: es económicamente desfavorable cuando altera en sentido negativo la relación entre necesidades y medios de satisfacerlas, ya motive una nueva necesidad

(por ejemplo el nacimiento de un hijo), ya haga disminuir los medios de satisfacción (por ejemplo, el incendio de una casa). La posibilidad de un evento económicamente desfavorable, que provoque una necesidad, se llama *riesgo*.

Este autor explica el contrato de seguro en función de contratos antecedentes entre los cuales se cuenta la compraventa en la cual el comprador asume un riesgo.

"El camino no ha sido fácil: limitado primero bajo el disfraz de un contrato de préstamo a la gruesa; luego por el de compraventa sometida a riesgo, después por una compraventa del riesgo, es gracias a la preocupación de los prácticos que nace la *assecuratio* y poco a poco aparecieron todos los elementos del seguro."

76 *Locatio conductio operis*, que desde el Derecho Romano ha tomado diversos nombres. Para los italianos el contrato se denominó *appalto*; el Derecho Español lo llama arrendamiento de obra. COLÍN y CAPITANT le llaman arrendamiento de industria. La doctrina suiza prefiere denominarlo contrato de empresa, y para los alemanes este contrato es de obra. El concepto general fue tomado de FEDERICO PUIG PEÑA, GUILLERMO FLORIS MARGADANT, FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, LUDWIG ENNECCERUS y otros.

77 *Ibidem*.

cfr. AGUSTÍN GARCÍA LÓPEZ, *Apuntes de Contratos* 1. 2.

El Lic. García López distingue dentro del contrato de obras, varias modalidades.

1. Contrato de obras en el que el empresario pone únicamente su trabajo (sería el actual contrato de trabajo).
2. Contrato de obras en el que el empresario pone su trabajo y los materiales.
3. Contrato de obras en el que el empresario no pone ni su trabajo personal en la ejecución de la obra, ni los materiales necesarios para construirla, sino únicamente la dirección, el trabajo técnico que la obra requiere (algunos tratadistas lo llaman contrato de empresa).
4. Contrato de obras en el que el precio se regula en relación con las unidades de la obra (a destajo).
5. Contrato de obras en el que el precio se fija de una manera alzada, es decir, en una cantidad fija (a precio alzado).

78 "El contrato de obras a precio alzado cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales..."

79 *Op. cit.* pág. 303. En igual sentido: FRANCISCO LOZANO NORIEGA.

op. cit. pág. 309. Ambos autores siguen la teoría de la absorción.

80 FEDERICO PUIG PEÑA, *op. cit.* pág. 305. Además en Derecho Mexicano el art. 2618 previene: "Siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de la obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de cien pesos, se otorgará el contrato por escrito incluyéndose en él una descripción pormenorizada y en los casos que lo requieran, un plano, un diseño o presupuesto de la obra."

Lozano Noriega señala como principal efecto del contrato de obra, la obligación a cargo del empresario de ejecutar la obra.

81 Decimos que se trata de un contrato mixto, especie de los atípicos porque hemos tomado el concepto expresado por MANUEL BORJA MARTÍNEZ en su artículo escrito publicado por *El Foro Núm. 19* quinta época, julio-septiembre 1970, denominado "*El Contrato Atípico*", págs. 41-58. El autor de referencia expresa en la pág. 45.:

"III. *El Concepto de contrato atípico*: Hecha la introducción histórica que hemos trazado, debemos confrontarla con los nombres usuales con los que se designa a los

contratos que no reciben una regulación legal específica. La expresión "contrato innominado" usada generalmente por los tratadistas del siglo pasado y por un buen número de autores contemporáneos, corresponde filológicamente al concepto de contrato sin nombre lo cual se amolda en el sistema clásico del Derecho Romano. No quiere esto decir que quienes emplean el término aludido acepten esta liga, pues bien aclaran que el concepto moderno de contrato innominado desborda su acepción gramatical y debe entenderse, jurídicamente, como aquel contrato que no encuentra reglamentación expresa en el derecho positivo. Con esta idea corresponde el concepto de contrato innominado aun a aquellos contratos que teniendo un nombre, no encuentran regulación legislativa. El *nomen iuris* no es determinante, el concepto no está vinculado con él, sino con la reglamentación legal."

El mismo autor expresa en la pág. 48 que existen tres clases de contratos atípicos, los atípicos puros, los que sin ser típicos presentan una semejanza con otro contrato que sí está regulado por la ley, y una tercera categoría, la cual estaría "constituida por aquellos contratos atípicos que toman sus elementos de diversos tipos regulados por la ley. Aquí nos encontramos ante el caso de los contratos llamados *Mixtos*." BORJA MARTÍNEZ hace el análisis de algunas definiciones del contrato mixto y procede a destacar los siguientes conceptos de las definiciones estudiadas. Pág. 49 "I. El contrato mixto es un contrato unitario (es decir, "formado de la combinación de elementos o prestaciones típicas de diversos contratos nominados, y que se caracterizan por perseguir una finalidad económica jurídica diversa de la perseguida por estos contratos." Esta definición está citada por BORJA MARTÍNEZ y procede de Antonio AGUILAR GUTIÉRREZ) II. El contrato mixto es una especie de los contratos atípicos... La razón de ser del análisis del contrato mixto es determinar su régimen jurídico, y si éste ya está dado por la ley la razón carece de valor."

Por estas argumentaciones clasificamos a la *emptio spei* como un contrato innominado, atípico, mixto. Sabemos que nuestro Código Civil se ocupa de él en los artículos 2792 y 2793, pero no le da una regulación específica, propia, simplemente lo tipifica y el art. 2793 refiere los derechos y obligaciones de las partes, al contrato de compraventa.

⁸² Manuel BORJA SORIANO. *op. cit.* pág. 11 (T. 2)

"Podemos decir que la obligación es pura y simple si no está sujeta a una modalidad ya consista en plazo, condición, o carga en pluralidad de sujeto o de objetos." ... (pág. 15) "... podemos decir que la condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la existencia o la resolución de una obligación. Es el primer caso la condición es suspensiva y en el segundo resolutoria."

c.f.r. Arts. 1938 y 1939 de nuestro Código Civil.

⁸³ En este sentido se expresa la corriente mayoritaria de los tratadistas del Derecho Civil. Como lo expusimos en el capítulo segundo de este trabajo, casi todos consideran que el contrato y no la obligación es lo que se sujeta a la condición suspensiva "si la cosa llega a existir". Por lo menos, la precisión no aparece muy clara.

LOZANO NORUEGA dice: "Compra de cosa esperada: A, vendedor, vende a B la cosecha que espera obtener del campo X en el año presente. Pero B comprador, pagará esa cosecha a razón de diez pesos la carga de trigo. Fíjense que aquí el comprador no está asumiendo los riesgos de la producción o falta de producción; simplemente, el contrato, versando sobre cosas futuras está sujeto a una condición suspensiva de que la cosa llegue a existir; si no hay cosecha, B comprador, no estará obligado a pagar el

precio; si hay cosecha, el monto de ella (el cuánto) determinará también el precio; se trata de una cosa que no está determinada, que es determinable; se se trata también de un precio que no está determinado, de un precio que es determinable. ¿En el momento en que se celebra el contrato podrá A exigir a B el pago del precio? No, porque el contrato está subordinado a una condición suspensiva, que exista la cosecha. Además porque independientemente de esta consideración, precisamente la cantidad de la cosecha determinará también el monto del precio; el pago del precio no podrá determinarse sino hasta que se mida la cosecha. El precio está subordinado en cuanto a su determinación, a que haya la cosecha; habiéndola, a que se proceda a la medición de ésta."

84 LOZANO NOGUEA piensa que la *emptio rei speratae* es susceptible no sólo de ser un contrato condicional como apuntamos en la nota conducente, sino que además puede éste estar sujeto a la modalidad plazo o término.

"El contrato versa sobre cosas futuras, pero simplemente está sujeto a un plazo, ya no a una condición. Es decir, el comprador tiene derecho, vencido ese plazo, a exigir que se le entreguen las cosas objeto del contrato de compraventa, aun cuando de hecho, en la realidad, esa cosa no se haya producido, esto implica un incumplimiento por parte del vendedor respecto de la obligación de entregar la cosa. Por ejemplo, una persona, comprador, se dirige a un fabricante de automóviles, le compra cinco, en el momento de la celebración de la compraventa el vendedor no ha producido un solo automóvil, pero son cosas que están llamadas a existir, cosas futuras, si no se producen, es por un hecho imputable al deudor."

Nosotros enfocáramos el problema no desde el punto de vista de las modalidades condición o plazo, sino que lo haríamos desde el punto de vista de la determinabilidad de las cosas objeto de la contratación. Usando los mismos ejemplos de LOZANO NOGUEA, es lo mismo celebrar un contrato de compraventa sobre una futura cosecha que celebrar un contrato de compraventa de futuros automóviles. La diferencia estriba a nuestro modo de ver, en la determinabilidad de los bienes, dando por supuesto que las partes sólo se obligan, en ambos ejemplos, una a comprar pagando un precio y la otra a vender transmitiendo la propiedad, sin obligaciones adicionales en orden a producir la cosa, ya que de lo contrario, agregaríamos al contrato obligaciones de hacer y estaríamos fuera del supuesto normativo de la compraventa.

Así, pues, aceptamos que la *emptio rei speratae* admite como materia de las obligaciones, la posibilidad de contratar sobre bienes determinados o determinables.

Insistimos en que es posible, si acaso no se tiene presente el tipo de obligaciones, configurar no un contrato de compraventa, sino posiblemente contratos tales como fabricación, obra, empresa, prestación de servicios, etc., que importen además de otras obligaciones, la de transferir el dominio del bien. Al respecto, tenemos:

M. TROPLONG, *op. cit.* pág. 281. "En effet, les choses futures sont du ressort de la vente. Le jurisculte POMPEIUS en donne pour exemple la vente des fruits qui naîtront d'une terre, et celle du croît d'un animal. Nous ajouterons la vente des produits qui seront fabriqués dans une manufacture."

HENRI, LEON y Jean MAZEAUD, *op. cit.* pág. 121. "Las ventas de cosas futuras son frecuentes; un industrial, por ejemplo, vende algunos objetos que no ha fabricado aún. La naturaleza de tal contrato, por lo demás es difícil de precisar; en lugar de una venta de cosas futuras, puede ser susceptible de constituir un arrendamiento de obra o un contrato de empresa. La distinción entre la compraventa conmutativa o aleatoria de cosas futuras se relaciona con el hecho de que depende la superveniencia de la cosa. Si

ese hecho depende de la voluntad del vendedor, la compraventa es conmutativa, (sería el caso de la compra de automóviles que LOZANO NORIEGA explica) ejemplo: el industrial que vende los productos que ha de fabricar, no vende esperanza, concluye una venta conmutativa de cosas futuras."

⁸⁵ Nos parece que sería aplicable o análogamente aplicable, lo dispuesto por el art. 1944, "Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del dendor, la obligación condicional será nula."

BIBLIOGRAFIA SELECTA

- BARTIN Etienne, *Théorie des Conditions*, Arthur Rousseau Ed., París 1887.
- BORJA MARTÍNEZ Manuel, *El Contrato Atípico*. (Artículo en El Foro, No. 19, México 1970).
- CLEMENTE de Diego Felipe, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Ed. Reus S. A. Madrid 1959.
- DEGNI Francisco, *La Compraventa*. (Trad. por Francisco Bonet Ramón) Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- GRECO Paolo y COTTINO Gastone, *Commentario del Codice Civile*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1966.
- PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1939.
- RUBINO Domenico, *La compravendita*, Giuffrè Editore, Milano, 1950.
- SALIS Lino, *La compravendita di Cosa Futura*, Casa Editrice Dott. Padova, 1935.