

INDETERMINABILIDAD DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y DERECHO COLOMBIANO*

OPEN PRICE IN THE SALES CONTRACT AND COLOMBIAN LAW

INDETERMINABILIDADE DO PREÇO NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DIREITO COLOMBIANO

ALFREDO FERRANTE**

- * Este escrito ha sido preparado a partir de la lección inaugural "Open Price y compraventa" de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios (en ocasión también de la Primera Jornada Internacional en Derecho de Empresa y de los Negocios) que el profesor Alfredo FERRANTE dictó el 10 de julio de 2013 en la Universidad de La Sabana. Las referencias al Código Civil y Código Mercantil, donde no diversamente especificados se refieren al Código Civil y Código de Comercio de Colombia. El autor quiere agradecer a la Universidad de La Sabana y al doctor Jorge Albán Oviedo la invitación a dicha Jornada y el trato recibido, en el cual ha jugado un papel fundamental también doña María Angélica La Rotta. Para cualquier profundización de contenido y apartado bibliográfico el autor remite a la monografía Alfredo FERRANTE, Open Price y compraventa, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ** Universidad de Girona. Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado. ferrante@elaw.udg.edu

RECIBIDO 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013. ENVÍO A PARES 15 DE SEPTIEMBRE DE 2013.
APROBADO POR PARES 10 DE NOVIEMBRE DE 2013. ACEPTADO 15 DE NOVIEMBRE DE 2013.

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
FERRANTE, ALFREDO, "INDETERMINABILIDAD DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA
Y DERECHO COLOMBIANO", EN ΔΙΚΑΙΟΝ 22-2 (2013), PP. 357-378.

RESUMEN

El artículo ofrece una panorámica sobre las varias tipologías de *Open Price* en relación con el contrato de compraventa y en comparación con la contraria visión romano-francesa que exige que para la validez del contrato de compraventa el precio deba ser determinado o determinable. Posteriormente analiza la normativa colombiana relativa a estos aspectos contenida tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio.

PALABRAS CLAVE:

Open Price, determinación del precio, determinabilidad del precio, compraventa, derecho comparado.

ABSTRACT

This article offers an overview of the various open price systems in relation to the sales contract and compared to the opposing Roman-French view that requires the sale price to be determined or determinable if the contract is to be valid. Colombian law relative to these aspects, as outlined in the country's civil and commercial codes, is analyzed as well.

KEY WORDS:

Open price, price determination, price determinability, sales contract, comparative law.

RESUMO

Este artigo oferece uma panorâmica sobre as várias tipologias de *Open Price Contract* com relação ao contrato de compra e venda e em comparação com a contrária visão romano-francesa que exige que, para a validade do contrato de compra e venda, o preço deva ser determinado ou determinável. Posteriormente, analisa a normativa colombiana relativa a esses aspectos contida tanto no Código Civil quanto no Código Comercial.

PALAVRAS-CHAVE:

Open Price, determinação do preço, determinabilidade do preço, compra e venda, direito comparado.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO; 2. VISIÓN GENERAL DEL *OPEN PRICE*; 2.1. PRECIO RAZONABLE; 2.2. PRECIO DE MERCADO; 2.3. PRECIO GENERALMENTE COBRADO EN CIRCUNSTANCIAS COMPARABLES; 2.4. PRECIO HABITUALMENTE COBRADO POR EL VENDE-
DOR; 3. LA NORMATIVA COLOMBIANA; 3.1. LA NORMATIVA DEL CÓDIGO DE COMERCIO: EL ARTÍCULO 920; 3.2. LA NORMATIVA DEL CÓDIGO DE COMERCIO: EL ARTÍCULO 921 CCOM; 3.3. LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL: EL ARTÍCULO 1864 CC; 3.4. LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL: LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO POR UN TERCERO; 3.5. LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL: LA DETERMINACIÓN UNILATERAL DEL PRECIO POR UNA DE LAS PARTES; 4. BREVES CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se tratará el tema del *Open Price* en relación con el contrato de compraventa, es decir, de la determinación, determinabilidad o indeterminabilidad del precio en dicho contrato. Conviene precisar que el tema objeto de este trabajo no se aborda en los demás tipos contractuales, sino exclusivamente en la compraventa, donde de por sí ya tiene cierta complejidad.

El contrato es, como norma general, aparte de la eventual eficacia contra terceros, eficaz y vinculante entre las partes, según el principio *pacta sunt servanda*, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato obligan a los dos contratantes. En la compraventa, como norma general, son elementos esenciales el precio y el objeto. Esta es la visión de los sistemas francés, italiano, español y, en general, de la *civil law*, la que se contrapone, por ejemplo, al sistema estadounidense o anglófono, o de *common law*, a pesar de que Italia es un híbrido porque no sería, como se verá, por lo que respecta a la determinabilidad del precio, un sistema exactamente igual al francés o romano. En los sistemas franceses y romano el precio es un elemento esencial de la compraventa: hay contrato solo si el precio es determinado o determinable; se compra este determinado reloj a un millón de pesos o, sino, a un millón de pesos menos el precio que tiene aquella botella que está sobre aquella mesa, precio no determinado este último sino determinable restando el precio de la botella a la inicial cuantía de un millón de pesos.

Una visión contraria es la de *common law*. Aquí, para la validez del contrato, resulta indiferente que el precio sea determinado o determinable en el momento de la celebración del contrato, el precio puede determinarse también de forma posterior, pues lo importante es que las partes quieran vincularse: vender y comprar el bien.

Intentaré desarrollar estas temáticas ofreciendo primero una panorámica sobre qué es el *Open Price*—qué es la determinación, determinabilidad e indeterminabilidad del precio—, para después analizar estos temas en relación con el derecho colombiano.

1. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Utilizando una terminología inglesa se puede decir que esencialmente hay cuatro tipo de compraventa: la compraventa entre privados, *consumer to consumer* (C2C);

la compraventa mercantil, *business to business* (B2B); la compraventa internacional de bienes muebles, regulada por la Convención de Viena, y la compraventa con consumidor, *business to consumer* (B2C).

Las normas que analizaré en lo que respecta al Código Civil serán los artículos 1864 y 1865, por la compraventa mercantil, los artículos 920 y 921 del Código de Comercio (Ccom), y en virtud de la aplicación analógica del artículo 2 Ccom, específicamente mediante aplicación directa —respecto a la normativa sobre obligaciones y contratos, artículo 822—, me remitiré también a la normativa civil¹.

Lo mismo debe decirse por el doble juego del artículo 4 del Estatuto sobre consumidor de 2011 (Ley 1480 de 2011)² y de los artículos que recién he citado: antes se aplicará en vía analógica el Código de Comercio y en forma subordinada en virtud de las normas citadas también la normativa del Código Civil. No trataré aquí la cuestión relativa al *Open Price* en la Convención de Viena adoptada en Colombia por la Ley 518 de 1999³. De esta manera, este trabajo se estructura a partir del marco normativo interno colombiano.

En términos generales existe un sistema de *common law* antitético al de *civil law*. El primero ofrece la posibilidad de un acuerdo diferido sobre el precio, mientras la visión contraria de *civil law* —la visión romana/francesa— sostiene que siendo el precio elemento esencial de la compraventa debe ser cierto —*pretium autem certum esse debet* como afirmaban los romanos—, sin posibilidad de ulterior acuerdo diferido entre las partes, pues de lo contrario no hay compraventa. No me detendré aquí sobre la inexistencia, ineficacia o nulidad que se puede generar, simplemente diré que en ausencia de precio no hay compraventa⁴.

El precio se determina por el acuerdo de las partes, mediante el juego de la oferta-contraoferencia contractual, que en la compraventa no es otra cosa que el informalmente llamado regateo. En caso de determinabilidad del precio la remisión es a tres factores. Por un lado, al precio de una cosa cierta: se fija como precio del reloj objeto de compra, por ejemplo, un precio que sea igual a 25 veces el que tiene la botella que está sobre la mesa. Aquí hay remisión al precio de una cosa cierta: la botella que está sobre la mesa.

1 Sobre el punto me remito a Jorge OVIEDO ALBÁN, “Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles”, de futura publicación en *Revista de Derecho Privado* 25 (2013), pp. 81 y ss.

2 Cfr. GUAL ACOSTA y VILLABA CUÉLLAR (dirs.), *Derecho del Consumo. Problemática Actuales*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, Ibáñez, 2013.

3 Sobre los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena cfr. Jorge OVIEDO ALBÁN, “Commentary on the manner in which the Unidroit principles may be used to interpret of supplement CISG art. 14”, enero 2005, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban6.html>. Para una profundización bibliográfica y de contenidos sea permitido el reenvío a Alfredo FERRANTE, *Open Price y compraventa*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 181 y ss.

4 Se destaca que con el Código de Comercio de 1971 se introduce expresamente la palabra inexistencia del contrato como fenómeno autónomo de ineficacia en el artículo 898. En el Código Civil la inexistencia sería prevista por el inciso “no habrá venta”, del artículo 1865: “Informe Colombia”, en VV.AA., *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, Carlos PIZARRO WILSON (coord.), Bogotá, Universidad del Rosario, Universidad del Externado, 2012, p. 229 y 248.

Por otro lado, la determinación del precio puede remitirse a un tercero: lo decidirá el relojero del Centro Comercial Andino de Bogotá. Aquí es un tercero que no es árbitro sino arbitrador⁵, pero es un tercero que decidirá el precio mediante mero arbitrio o arbitrio *boni viri*, es decir, utilizando sus cualidades de relojero o por equidad.

Finalmente, el precio también lo puede fijar la parte de forma unilateral. El sistema de *Open Price* permite que la parte lo pueda determinar de forma unilateral garantizando la validez del contrato. Es la parte que determina unilateralmente el precio⁶. En el sistema de *common law* esto permite una validez del contrato que no es permitida en el *civil law*.

Analizando otros matices, puede decirse que indeterminabilidad e indeterminación del precio son sinónimos, ambos conducen a la nulidad del contrato. Sin embargo, no hay relación biunívoca entre determinación e indeterminabilidad. A mi entender, son cuestiones diferentes.

En caso de determinabilidad —es decir, se vende el bien 10.000 pesos más barato que en la tienda de al lado— se aplicarán los artículos 1864 y 1865 CC o los artículos 920 y 921 Ccom, dependiendo de la tipología de compraventa analizada. En el caso de determinación, en cambio, existe un problema de interpretación del contrato, es decir, las partes sostienen la existencia de dos precios, uno diferente de otro. Aquí no es que no haya un precio sino que hay más de uno. En este evento debe determinarse cuál es el precio correcto y que vincula efectivamente las partes.

En este caso, en el derecho colombiano las normas de referencia serán las relativas a la interpretación del contrato —los artículos 1620 CC y ss.— o será un problema de régimen probatorio, sea esta una prueba documental o testimonial. En el problema de la determinación del precio no es que no haya precio sino que hay más de uno, cada parte sostiene su precio, el cual deberá aclararse mediante prueba testimonial o interpretación del contrato⁷.

2. VISIÓN GENERAL DEL OPEN PRICE

Haré una primera panorámica sobre lo que es el *Open Price*. No haré referencia detallada a los artículos de los textos sino los analizaré con carácter general para que la exposición sea más fluida⁸.

5 No me voy a detener aquí en si es un contrato de mandato o no; en el derecho colombiano en relación con esta temática, por ejemplo; cfr. César GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos Civiles. Compraventa-Permuta-Cesión de Derechos-Arrendamiento-Obra o empresa-Mandato-Hipoteca*, Bogotá, Temis, 4 ed., 2008, pp. 32 y ss.

6 Por ejemplo, la referencia es a *quantum veli, quantum aequum putaveris, quantum aestimaveris*.

7 Para una profundización bibliográfica y de contenidos, también en relación con el derecho español, cfr. Alfredo FERRANTE, *Open Price y compraventa*, op. cit., pp. 25 y ss.

8 Para un detallado análisis, también con amplia referencia bibliográfica y de contenidos, cfr. *ibid.*, pp. 119 y ss.

Utilizando como referencia el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos (en adelante: UCC), quiero destacar en primer lugar que también para el sistema de *Open Price* cabe la posibilidad de poder estipular un precio determinado o determinable. En este sentido se prevé una posibilidad igual a la que se da en el *civil law*. Por ejemplo el artículo 8.1, *Sale of Good Act* (en adelante SGA), antes de remitirse al sistema de *Open Price* deja abierta la posibilidad de que sean las partes quienes determinen el precio que puede fijarse en el contrato.

A esta posibilidad ofrecida por el sistema deben añadirse otras dos: la de un *Open Price* “puro” y otro “híbrido”. El *Open Price* “puro” se verifica cuando nadie ha fijado el precio o su forma de determinarse, las partes quieren comprar y vender recíprocamente, aquí se aplicará el precio de mercado, el generalmente cobrado u otro. Dependiendo del sistema que aplica el *Open Price* se designa automáticamente un determinado precio de referencia.

Al sistema tradicional y al *Open Price* puro, se suma el *Open Price* híbrido. Mediante este último se deja la posibilidad de fijación del precio al arbitrio de una parte o a un tercero, pero si en el *civil law* puede llegar a generar un contrato nulo, en el *common law* se mantiene en vida el contrato considerando que este se ha celebrado a un precio.

Sin detenerme específicamente sobre cada sistema, aquí quiero destacar el diferente y heterogéneo abanico de los criterios aplicables en el *Open Price*. Textos como *Principles of European Contract Law* (en adelante PECL), el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR); la propuesta de Reglamento europeo sobre compraventa (en adelante CELS), los Principios Unidroit aplican criterios heterogéneos.

Por ello, por ejemplo, en caso de *Open Price* puro, es decir, cuando no se determina el precio ni otra forma para llegar a determinarlo, se podrán aplicar diferentes criterios dependiendo del texto de referencia: el precio razonable, el del mercado, el precio normalmente cobrado en comparables circunstancias, el habitualmente practicado por el vendedor o el precio justo.

Además, cuando una misma normativa remite a más de uno de estos, se evidencia la existencia de una falta de clara jerarquía a la hora de aplicación de estos criterios aún más porque algunos de estos, como se verá, no son compatibles entre ellos. Una característica común de cualquier criterio que decida adoptarse es su borrosidad, es decir: ninguno de estos puede fácilmente identificarse con precisión. Trataré brevemente cada uno de estos para luego remitirme a la normativa colombiana. Para ver la heterogeneidad que se da en el caso de *Open Price* puro, dígame por ejemplo que los sistemas inglés y norteamericano (UCC, SGA) remiten al precio razonable, los principios Unidroit y la Convención de Viena (en adelante CISG) al precio generalmente cobrado en circunstancias comparables, el DCFR en primer orden al precio normalmente cobrado en circunstancias comparables y, si esto no puede determinarse, al precio razonable; el ordenamiento italiano al precio generalmente cobrado por el vendedor.

Todos estos sistemas abogan por la validez del contrato, pero todos ellos adoptan un sistema diferente, por tanto, no hay unificación de criterios.

2.1. Precio razonable

La referencia al precio razonable se puede identificar con cuatro tipos de precio. En primer orden, el precio razonable podría corresponder al del mercado. Pero estos pueden no coincidir; la prueba es que el artículo 5.1.7 de los Principios Unidroit establece un orden jerárquico entre estos dos criterios. Esta norma afirma que si las partes no han determinado el precio, en primer lugar se aplicará el generalmente cobrado en circunstancias comparables, y si esto no puede calcularse se aplica el precio razonable. Si se asume que el precio generalmente cobrado en circunstancias comparables corresponde al precio del mercado, se entiende cómo, *a contrario*, precio de mercado y precio razonable no pueden coincidir a pesar de que a veces se haya admitido.

La correspondencia entre el precio razonable y el precio de mercado se justificaría mediante un criterio esencialmente objetivo, al cual se opone un criterio subjetivo. En este segundo caso debería considerarse y cuantificarse el precio razonable en virtud del vínculo existente entre las partes.

A estas dos posibilidades se añade una tercera que asocia el precio razonable al precio justo. En este caso podría determinarse el precio según un valor ecuo y relacionarlo con el valor venal del bien. Esta postura en parte iría en contra de la autonomía contractual y la capacidad de negociación de las partes que podrían decidir pagar más o menos del valor venal del bien. Omitiendo aquí aspectos históricos y que analizan este aspecto desde Tomás de Aquino, más bien el precio justo es seguramente el que las partes han acordado; si ellas han decidido contratar el bien a ese precio, lo han considerado apropiado, existiendo una equivalencia sinalagmática y subjetiva de las prestaciones, poco importa si el comprador ha llegado a pagar el bien diez veces más caro del precio de la tienda de al lado. Si las partes lo han contratado libremente, ese precio es el que han considerado apropiado en la operación económica realizada.

A estos tres criterios se adjunta un cuarto que considera que el precio razonable es el que puede determinarse según los usos y las prácticas del comercio. Este enfoque determina el precio utilizando un criterio que en parte es subjetivo y en parte objetivo. De hecho, usos y prácticas son dos criterios antitéticos: dependiendo si por uso se entiende el uso normativo o el jurídico. Este criterio, por tanto, podría tener una contradicción en términos.

En definitiva, a modo de conclusión sobre el precio razonable, se puede afirmar que utilizar este sistema significa otorgar gran capacidad y margen de discrecionalidad al juez debido a que esto es un concepto indeterminado.

Además, muchas de las normas que lo toman como referencia omiten fijar en qué momento o en qué relación o a qué circunstancias debe exactamente relacionarse.

La mayoría de la normativa que asume que el precio debe ser razonable remite a un concepto general de razonable que se aplica a circunstancias heterogéneas, cuando a mi entender, si quisiera asumirse una remisión a un precio razonable, se necesitaría una definición de qué se entiende por razonable que sea *ad hoc*, específicamente establecida para el contrato de compraventa.

2.2. Precio de mercado

El primer aspecto por destacar es que para mí no existe precio de mercado. Este es un concepto económico que junta la curva de la demanda con la curva de oferta. Jurídicamente no puede hablarse de un precio de mercado, en cambio sí puede hablarse de un valor de mercado, de un valor de aproximación a un precio. Puede fijarse un abanico más o menos amplio en el cual acotar el valor que ese específico bien puede tener en el mercado —entre 80 y 100, entre 80 y 85 por ejemplo—, pero nunca puede llegar a fijarse con precisión. Lo que afirmo tiene una excepción: podrá hablarse e identificarse exactamente el precio del mercado cuando existe un precio legal (cfr. art. 336, Código Civil cubano) o unas regulaciones oficiales como puede darse en la cotización del mercado de valores. Sin embargo, a pesar de que esto puede existir, debe evidenciarse en este último caso un ulterior problema. Para destacarlo quiero remitirme a aquella normativa (como por ejemplo los Principios Unidroit) que afirma que cuando el precio debe determinarse en referencia a un índice y este no existe, se aplicará el índice “más próximo”. Se supone que el precio es el que tiene el cambio oficial euro/pesos colombiano, así como cotizado en el mercado oficial, al día de hoy, por ejemplo, 10 de julio de 2013. Según esta normativa, si este cambio (precio) hoy no existiera, debe aplicarse la cotización oficial más próxima. Esto es un criterio indeterminado.

¿Cuál es el índice (cotización) oficial más próximo? ¿El del día anterior o el del día posterior? Dado que el peso colombiano respecto al euro tiene mucha fluctuación, dependiendo del día que se tome como referencia el comprador podría ahorrarse una buena cantidad de dinero dependiendo del índice de referencia adoptado. A pesar de que la norma no lo dice, para hacerlo más fácil se supone que esta específica que el día que debe tomarse como referencia es el día posterior. ¿Qué pasaría si el día posterior hay huelga y no se verifica la cotización oficial? Se pasaría al segundo día posterior (día 12 de julio) a pesar de que el día efectivamente más próximo en ese caso sería el anterior (día 9 de julio) al que (originalmente) se ha tomado como referencia (día 10 de julio), aplicándose un precio que efectivamente no es el más próximo. Por tanto, debe destacarse una cierta característica de indeterminabilidad o por lo menos de inseguridad a la hora de determinar el precio en esta circunstancia.

Esta indeterminabilidad de hecho caracteriza el valor de mercado, dado que siempre esto debería asociarse tanto a un criterio temporal como espacial, debiéndose establecer en relación con qué lugar y con qué día. La mayoría de la normativa que remite al precio de mercado omite ambos parámetros o fija solo uno de estos. Para evidenciar la dificultad en determinar el precio de mercado quiero ofrecer un ejemplo: se celebra un contrato de compraventa de un coche entre una parte

establecida en Colombia y otra en Argentina. ¿Cuál es el precio de mercado de este coche? ¿El de Argentina? ¿El de Colombia? ¿El de Buenos Aires dado que el vendedor es de Buenos Aires? ¿El de Bogotá, dado que el comprador vive ahí? Aún suponiendo que se pueda restringir el margen de referencia, este precio será siempre indeterminado. El ejemplo me lo ofrece Ráquira; este es un precioso y pequeño pueblo famoso por sus hamacas, que se venden en una única vía larga de tan solo 300 metros. Alfredo no puede irse de Colombia sin comprarse una hamaca aún más si sabe que tiene que hablar de la determinación del precio. Por ello, ha ido a comprobar el valor de mercado de la hamaca en Ráquira. No de cualquier hamaca, de una concreta: hamaca de dos plazas, no tejida a mano. En este ejemplo se asume un marco de referencia espacial exacto, un lugar muy concreto, una compraventa realizada no en Bogotá, ni en Colombia, sino en un lugar perfectamente identificable: la famosa calle que tanto caracteriza el pueblo de Ráquira. Además, se asume como referencia temporal un día concreto, el día en el cual Alfredo ha ido, el 9 de julio de 2013. Para averiguar el precio de mercado he recorrido todas las tiendas y puedo asegurar que el precio para ese tipo de hamaca oscila en un valor de mercado de entre 80.000 y 100.000 pesos colombianos. En términos absolutos 20.000 pesos colombianos —es decir, la diferencia de fluctuación— parecería una cantidad relativamente exigua; sin embargo, si se relaciona con la operación económica concreta que estamos realizando, es una oscilación del 20% del valor de mercado (tomando la referencia a la baja) o incluso del 25% (tomando la referencia al alza). Por ello, aunque se limite y acote lo más posible el mercado de referencia, y se fije un día y un lugar concreto, no puede existir un precio de mercado, sino un valor aproximativo que el bien puede tener. A pesar de que en términos objetivos quizás la cuantía de 20.000 pesos sea una cantidad no excesivamente alta, este 20% es lo que justifica la competencia perfecta y la autonomía negocial de las partes que se refleja en su capacidad de regateo y esto son aspectos fundamentales a la hora de la celebración del contrato, y un posible descuento de 5.000 pesos puede incluso influir sobre el hecho de que se compre o no se compre la hamaca. Tan solo una fluctuación de 5.000 pesos, mucho menos de la fluctuación de 20.000 que se acaba de ver, ha tenido la fuerza de convencerme de celebrar el contrato en una determinada tienda, contrato que de lo contrario no hubiera realizado. Por ello, es imprescindible tomar en consideración todos estos aspectos y la limitación intrínseca que tiene la afirmación “precio de mercado”.

2.3. Precio generalmente cobrado en circunstancias comparables

Esta tipología de precio puede asociarse esencialmente a un precio (valor) de mercado o al precio habitualmente practicado por el vendedor. Analizaré en seguida qué puede entenderse por precio habitual o generalmente practicado por el vendedor.

2.4. Precio habitualmente cobrado por el vendedor

Como premisa afirmo que este criterio podría ser la opción más apropiada si se quisiera implantar el sistema de *Open Price*.

Debo destacar que el precio habitualmente cobrado por el vendedor no corresponde al precio (valor) de mercado, salvo la circunstancia de que se trate de una situación de monopolio o para determinados oligopolios. He afirmado que esta sería la opción más adecuada dado que por este medio el precio se puede calcular más fácilmente, piénsese por ejemplo en la utilización como referencia de las facturas emitidas. En este caso día y lugar serían fácilmente identificables. Aquí, sin embargo, debería aclararse si quieren tomarse como referencia las facturas emitidas frente al mismo comprador o frente a la mayoría de clientes para la misma tipología de bien. Con la decisión de cuál impostación adoptar ya se podría con facilidad llegar a determinar el precio.

Sin embargo, también este criterio tiene límites. Si el precio debe ser el que habitualmente se cobra, necesariamente *a contrario* debe afirmarse que el bien objeto de venta debe ser de largo consumo o de multiplicidad de contrataciones, y las ventas esporádicas no podrían intrínsecamente tener un precio de mercado dado su bajo nivel de transacciones económicas. Ulterior límite sería la compraventa de bienes no fungibles dado que cada pieza tendría su precio por su (probable) alta especificidad en la fabricación o realización. Además, puede decirse que dependiendo del margen temporal que se quiera tomar como referencia, otro límite se daría para aquellos bienes que se acaban de incorporar en el mercado.

Finalmente, puede decirse que es imposible que exista un sistema de *Open Price* en la compraventa de bienes de consumo. En Colombia, ya desde el 1982 en el Estatuto del Consumidor existían los derogados artículos 18-21 del Decreto 3466 de 2 de diciembre de 1982. Esto se confirma en el más reciente Estatuto del Consumidor. En los artículos 23 y 24 de la Ley 1480 de 12 de octubre de 2011 se obliga no solo a ofrecer una información veraz sino que en esta existe la obligación de indicar el precio en la información mínima que el proveedor debe proporcionar (art. 24.2.1). Este aspecto viene corroborado por el artículo 26 por lo que respecta a la oferta pública. Si quedaran dudas también debe hacerse referencia a que ya otra normativa ha tomado esta postura⁹. Aunque esta normativa se relaciona con aspectos y finalidades relativos a una mejor transparencia para la realización de una competencia efectivamente perfecta y su violación genere una sanción administrativa, no es innegable su relación con aspectos contractuales. A pesar de que esta sea una obligación precontractual, necesariamente incide sobre la conclusión o celebración de ese contrato. Cuanto afirmo se puede valorar aún más si recordamos que en el artículo 83 de la Constitución colombiana la buena fe asume raigambre constitucional que toma vitalidad también en el artículo 1603 CC que afirma que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Por ello, debe comprenderse que quien al ofertar el bien omite deliberadamente la indicación del precio, además de violar una normativa administrativa o sobre la competencia perfecta, indirectamente va a incidir sobre la normativa civilista

9 Respecto a bienes de primera necesidad véase el Decreto 863 del 5 de mayo de 1988, y al precio de venta al público véase el Decreto 1485 del 20 de agosto de 1995.

relacionada con aquel contrato de compraventa sobre todo si se asume que la oferta e información precontractual son necesariamente propedéuticas a la realización del contrato.

3. LA NORMATIVA COLOMBIANA

Sin carácter de exhaustividad¹⁰ analizaré brevemente la normativa colombiana, en particular los artículos 920 y 921 del Código de Comercio y los artículos 1864 y 1865 del Código Civil.

3.1. La normativa del Código de Comercio: el artículo 920

Según el artículo 920 CCom:

“No habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega. El precio irrisorio se tendrá por no pactado”.

La disposición se aplica a las compraventas mercantiles (B2B) y, por reenvío del artículo 4 del Estatuto de Consumidor, también a las compraventas con consumidores.

Antes de todo, en el primer apartado de este artículo resalta que los contratantes son los que convienen el precio, es decir, las partes son las que pueden determinar el precio, sino no habrá compraventa. Este artículo sigue la óptica tradicional de *civil law* al afirmar que tanto si el precio no es determinado (“las partes no lo convienen”) ni indeterminable (“no convienen la manera de determinarlo”) no habrá contrato¹¹. Sin embargo, la peculiaridad de este artículo es que sufre de una excepción¹². En la segunda parte del 920.1 Ccom se va más

10 Sobre el precio en el derecho colombiano es fundamental el análisis de: COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO DE COMERCIO, “Proyecto de ley y exposiciones de motivos sobre Compraventa y Permuta. Contrato de Suministro. Cesión de Derechos, del contrato de Transporte y del contrato de comisión de transporte”, en *Revista Trimestral de Derecho Comercial*, 38-39 (1955), en particular artículo 16, pp. 29-31; Arturo VALENCIA ZEA, *Proyecto de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980, en particular artículos 761 y 762, p. 245.

Respecto a la doctrina cfr. César GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, ob. cit., p. 31 y ss.; Fernando VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, París, Imprenta París-América, t. VII, 2 ed. corregida y aumentada por el autor y por Luis-Ángel ARANGO, 1926, n. 227 y ss, pp. 174 y ss.; José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 17 ed. actualizada, 2008, pp. 78 y ss.; Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 277 y ss.; en relación también con el anterior Código de Comercio cfr. Javier RODRÍGUEZ FONNEGRA, *Apuntes sobre el derecho civil colombiano. Del Contrato de Compraventa y materias aledañas*, Bogotá, Lerner, 1960, n. 192 y ss., pp. 276 y ss.

11 Que el precio fuera elemento esencial de la compraventa lo tenía claro también el proyecto de Código de Comercio; Comisión revisora del Código de Comercio, “Proyecto de ley...”, op. cit., en particular el artículo 16, pp. 29-31.

12 Aunque refiriéndose al antiguo artículo 229 CCom 1877, en estos términos se refiere expresamente el mismo proyecto de Código de Comercio “una excepción importante al principio de referencia”; Comisión revisora del Código de Comercio, “Proyecto de ley...”, op. cit., en particular artículo 16, p. 30.

allá y se añade un sistema de *Open Price* por el cual si el comprador ha recibido el bien “se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega”.

Debe fijarse la atención en que la disposición no habla de precio de mercado sino de “precio medio”, del cual todavía no se ha encontrado una precisa definición en la doctrina y tampoco en la jurisprudencia, aspecto que caracteriza el derecho colombiano.

Entrando en el detalle se observa cómo esta norma se caracteriza por un aspecto seguramente positivo dado que ancla el precio medio tanto a una referencia temporal como espacial: “día y lugar de la entrega”.

Desglosando la norma pueden darse dos posibilidades: a) no hay acuerdo, b) hay acuerdo habiéndose pactado un precio irrisorio. Bajo la primera posibilidad, la falta de acuerdo puede repercutir de dos formas sobre la validez del contrato dependiendo de si ha habido o no ha habido entrega. Si no ha habido entrega no habrá contrato, siguiendo el sistema romano; de lo contrario, hay presunción de precio medio.

Si, en cambio, se ha pactado a un precio irrisorio, el segundo apartado del artículo 920 Ccom afirma que “el precio irrisorio se tendrá por no pactado”. A mi entender aquí puede nacer una cuestión interpretativa sobre las consecuencias de esta situación dependiendo de cómo quiere interpretarse el entrecomillado “se tendrá por no pactado”. El artículo 920.2 CCom puede interpretarse de forma independiente o dependiente del primer apartado. Si se quiere interpretar de forma autónoma, claramente todo contrato celebrado a precio irrisorio no será válido dado que se ha celebrado a un precio indeterminado. Sin embargo, si se quiere crear una relación entre los dos apartados de la norma, se debería llegar a la conclusión de que sería válido un contrato de compraventa celebrado a precio irrisorio donde el bien se ha entregado dado que, en principio, se aplicaría la presunción de que se ha celebrado a un precio medio. Por tanto, dependiendo de si se quieren interpretar los dos apartados del artículo 920 Ccom de forma autónoma o no, la compraventa celebrada a un precio irrisorio podrá dar lugar a un contrato válido si hubo entrega.

Importante es también matizar sobre lo que se debe considerar por “presunción” de precio medio. Si la norma quiere presumir la existencia de un precio medio, puede argumentarse *a contrario* que cabe la prueba en contra. El hecho de que existe una presunción da lugar a dos enfoques distintos: a) que puedo probar la existencia de otro precio concertado, b) que la presunción efectivamente se aplica de forma automática frente a la inexistencia de un precio determinado.

En el primer caso la norma se mantiene fiel al enfoque romano-francés. Aquí puedo probar, por ejemplo, por prueba testimonial o documental, que efectivamente hubo ya un precio pactado, o hay problemas interpretativos dado que cada parte podría sostener que el contrato se ha celebrado a un determinado

precio: es un problema de determinación del mismo (o un precio que se prueba por prueba documental o precio medio) e interpretación del contrato y carga probatoria, demostrando por ejemplo la existencia de un correo electrónico o fax en donde se había fijado un tal precio "X". En el segundo caso, la norma abrazaría totalmente una visión de *Open Price* sin presuponer un anterior y eventual precio pactado por las partes.

Ahora bien, estos razonamientos quedan sujetos a un matiz dado que en la compraventa a prueba el comprador tiene tres días para devolver el bien si no es de su agrado (cfr. art. 912 Ccom).

Respecto al "día de entrega" al cual se refiere la norma, debe diferenciarse si la entrega se ha realizado entre presentes y es instantánea (la entrega de la hamaca en Ráquira) o no. En este segundo caso debe recordarse que en la compraventa mercantil el vendedor está obligado, a no ser que se haya pactado otra fecha, a entregar el bien en 24 horas desde la perfección del contrato (cfr. arts. 845 y 924 Ccom) independientemente de que el comprador haya pagado o no (aunque podrá exigir el pago existiendo una obligación de pagar el bien en el momento de la entrega) (cfr. art. 947 Ccom). En este sentido, la normativa se diferencia de la civil que legitima al vendedor a proceder a la entrega solo después de que se haya pagado el bien o manifieste la intención de pagar (cfr. arts. 1882.1 y 1882.3 CC). Lo que acabo de afirmar permite concluir que en la compraventa entre ausentes, típica en el ámbito mercantil, existe una obligación de entregar a pesar de que no se haya todavía pagado, por tanto, la entrega no coincide con el lugar de realización del contrato, pudiendo ser el domicilio del deudor o el lugar donde el comprador quiere implantar su negocio. Cuanto acabo de afirmar incluso se podría aplicar a la compraventa entre presentes (Ráquira) cuando se haya pactado la entrega (de la hamaca) en otro lugar (Bogotá).

Por tanto, en caso de entrega instantánea entre presentes el día y lugar de la entrega puede hacer de forma que el precio medio corresponda al precio (valor) de la plaza o al precio generalmente practicado por el vendedor si se asume que la entrega se ha realizado en el establecimiento mercantil; se llegará a esta solución dependiendo de la interpretación que se quiera adoptar (asumiendo como lugar de entrega la calle de Ráquira, o la tienda del vendedor ubicada en esa calle de Ráquira). Por ello, nunca se identificaría con el valor del mercado en general (el precio de la hamaca en Colombia o en Bogotá) sino de la plaza en la que se ha realizado la entrega.

En caso de entrega en un lugar diferente o de contrato celebrado entre ausente (v. gr. por fax), se debería aplicar el precio medio del lugar pactado para la entrega del bien, llegando incluso a poderse aplicar el precio generalmente practicado por el comprador (y no vendedor) si la entrega se ha realizado no en el domicilio particular sino en el de la actividad practicada por el comprador y este habitualmente revenda el bien (se recuerda que estamos en caso de compraventa mercantil). En el caso de que se haya entregado en el domicilio particular del comprador, el sistema de *Open Price* vuelve a caracterizarse por sus rasgos de borrosidad.

En definitiva, al referirse a “precio medio” el artículo 920 Ccom se refiere al promedio de la plaza, es decir, al precio normalmente cobrado en circunstancias comparables, pero agotando mucho más el abanico de referencia y sin llegar a entenderse como un verdadero valor de mercado en términos absolutos y generales. Ahora, dependiendo de la interpretación más o menos restrictiva que se quiera dar al término de entrega, en determinados casos el precio medio, podría equipararse o al precio habitualmente practicado por el vendedor e incluso del comprador. Toda esta visión interpretativa no se hubiera producido de haberse mantenido la redacción del artículo 229 del Código de Comercio de 1887¹³ por la cual se fijaban como términos de referencia el “día y lugar en que se hubiese celebrado el contrato”.

3.2. La normativa del Código de Comercio: el artículo 921

Según el artículo 921 Ccom:

“Cuando las partes para la determinación del precio se remitan al que tenga la cosa en ferias, mercados públicos de valores y otros establecimientos análogos, o estipulen como precio el corriente de plaza se tomará el precio medio que la cosa tenga en la fecha y lugar de la celebración del contrato”.

Este artículo quiere unificar criterios y afirma que a pesar de que las partes hayan utilizado cuatro referencias distintas (ferias, mercado público de valores, otros establecimientos análogos, o el precio corriente de la plaza) se asumirá que el precio celebrado es el “precio medio que la cosa tenga en la fecha y lugar de celebración del contrato”.

Aquí se destaca la diferente impostación que este artículo tiene frente al artículo 920 Ccom: si uno se refiere al día y lugar de la entrega, otro se refiere al día y lugar de la celebración del contrato, aspectos que no necesariamente coinciden y que dan poca uniformidad al conjunto que quiere dibujarse relativo a un probable sistema de *Open Price*.

Por tanto, el precio medio del artículo 921 Ccom asume aspectos diferentes respecto al precio de mercado del artículo 920 Ccom.

En el artículo que se está analizando surge la duda de si el “precio medio” puede identificarse con el “precio de la plaza” (dado que este es uno de los cuatro valores que quieren unificarse). Existe también la duda de si el precio medio puede identificarse con aquel generalmente cobrado en circunstancias comparables dado que se aceptaría una concepción demasiado extensa de lugar, por ello parecería un poco improbable poderlo equiparar al precio (valor) de mercado. En definitiva, más bien podría identificarse con el precio habitualmente practicado por el vendedor.

13 Para un *excursus* histórico sobre el Código de Comercio cfr. Rafael BERNAL GUTIÉRREZ, “El Código de Comercio Colombiano (historia y proyecciones)”, en VV.AA., *Centenario del Código de Comercio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 85-108.

3.3. La normativa del Código Civil: el artículo 1864

La normativa del Código Civil inicialmente abraza la impostación tradicional francesa y afirma que el precio debe ser determinado por los contratantes, como expresamente señala el artículo 1864.1 CC. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de remitirse a un “precio corriente de plaza”. Por ello el sistema de *Open Price* se encuentra reflejado en parte en el Código Civil colombiano. En estos casos, por precio “corriente de la plaza” debe entenderse el del día de la entrega, a menos de expresarse otra cosa (artículo 1864.3 CC). Este último inciso deja la posibilidad de referirse, gracias a la autonomía contractual de las partes, a otro día o a otro criterio de determinabilidad.

La expresa referencia al bien fungible por sí mismo denota una limitación de la norma dado que nunca podrá aplicarse esta norma para los bienes no fungibles o bienes inmuebles¹⁴ como ya ha destacado parte de la doctrina colombiana¹⁵.

Queda por aclarar el sentido de precio “corriente de la plaza” dado que aquí no se define. ¿Sería posible remitirnos al artículo 921 Ccom y asumir como el precio de la plaza el precio medio que la cosa tenga en la fecha y lugar de celebración del contrato? Quizás esta sería una improbable remisión dado que los artículos 2 y 882 Ccom remiten a una aplicación analógica de las normas del Código Civil y no viceversa, también porque la tipología y finalidad de una venta mercantil es parcialmente diferente de una venta entre privados.

De todos modos, aunque se quisiese tomar la remisión al precio medio que el artículo 921 Ccom hace para el precio de plaza y aplicarla analógicamente en relación con el artículo 1864.3 Ccom debería también destacarse una diferencia de impostación entre las dos normas dado que si la primera toma como referencia el lugar de la celebración del contrato, la norma civil se refiere al lugar de la entrega que podría crear problemas interpretativos dado que lugar de celebración y lugar de entrega son dos esferas que no necesariamente coinciden¹⁶.

3.4. La normativa del Código Civil: la determinación del precio por un tercero

Aquí analizaré cuando las partes hayan remitido la determinación del precio a un tercero y este no lo determine. Sistematizando, esencialmente puede decirse que existen tres tipos de posibilidades. La primera es la fiel al *civil law* (v. gr., art. 1447.2 Código Civil español): el contrato será ineficaz bajo la constatación de que

14 Se observa cómo, para la finca raíz, el precio o la forma de fijarlo debe manifestarse en la escritura de compraventa; cfr. JAVIER RODRÍGUEZ FONNEGRA, *Apuntaciones sobre el derecho civil colombiano*, ob. cit., n. 194, pp. 278 y 279.

15 Así Fernando VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, ob. cit., n. 227, p. 175.

16 Que ambas normas se refieren a la fecha de entrega y otra a la de celebración se ha destacado en parte de la doctrina; César GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, ob. cit., n. 21, pp. 31 y 32.

ha venido menos una actividad, la del arbitrador, que no es sustituible dado su *facere* personalísimo.

Una segunda posibilidad no afirma la nulidad del contrato sino la posibilidad de “salvar el contrato”. En este caso (v. gr., art. 1473.2 Código Civil italiano) cualquiera de las partes puede de común acuerdo pedir el nombramiento de otro sujeto por parte del presidente del Tribunal del lugar de conclusión del contrato. Este procedimiento no es frente al juez sino tiene carácter de jurisdicción voluntaria que se efectúa gracias a la elección entre una lista de arbitradores (no de arbitrios); sin detenerme aquí, a mi entender, este sistema tiene el límite de poderse aplicar solo al arbitraje *boni viri*.

Para dar una breve pincelada informativa a la tercera impostación, la propia del *Open Price*, debe evidenciarse una vez más la variedad de criterios aplicables. Puede decirse que en el caso de que el tercero no determine el precio, se aplicará por ejemplo el precio razonable (UCC, Principios Unidroit) o hay una posible remisión al juez (Proyecto Gandolfi), o dependiendo si se ha entregado o no el bien, el contrato será nulo o deberá aplicarse el precio razonable (SGA). Si en cambio, el tercero determina el precio pero lo hace de forma no razonable, tal vez procede que se quiere mantener el contrato válido y el juez podrá aplicar un precio razonable (DCFR) o podrá aplicarse en primer lugar el precio generalmente cobrado y, de no existir esto, un precio razonable (CELS).

En el sistema colombiano, en todo tipo de compraventa se aplicará el artículo 1865 CC, no solo a la compraventa civil dado que la disposición se aplica también para la compraventa mercantil (cfr. art. 2, 822 Ccom, vid. *supra*) y para las venta de consumo (cfr. art. 4 Estatuto del consumidor, y por la ausencia de una norma mercantil *ad hoc* a la civil siempre en virtud de los arts. 2 y 822 Ccom). Esto se debe a que la anterior normativa mercantil prevista en el artículo 230 Ccom de 1887 viene derogada y desaparece en el actual código civil.

Según la normativa colombiana, al igual que la normativa italiana, se intenta salvar el contrato. Son las partes las que pueden de común acuerdo nombrar otro sujeto, sin intermediación de otros sujetos. Si las partes no se acuerdan para el nombramiento de otro sujeto el ordenamiento vuelve a retomar la impostación francesa y afirma que “no habrá compraventa”¹⁷, viniéndose a modificar radicalmente la impostación del original sistema mercantil¹⁸, más afín una visión de *common law*, que impulsaba el mantenimiento en vida del contrato¹⁹.

17 En el caso de muerte del tercero, la doctrina, aplicando el artículo 2055 CC, afirma que se podría mantener en vida el contrato cuando este “haya procedido a ejecutar la obra”, en este caso el precio se fijará por peritos; Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., p. 281. Sobre el punto cfr. también Fernando VELEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, ob. cit., n. 228-229, pp. 175 y 176.

18 Artículo 230 Ccom 1887: “Si el tercero a quien se ha confiado el señalamiento del precio no lo señalara, sea por el motivo que fuera, el contrato se llevará a efecto por el que tuviere la cosa vendida el día de su celebración, y en caso de variedad de precios, por el precio medio”.

19 Para el mantenimiento en vida del contrato propulsaba también el Proyecto VALENCIA ZEA que permitía que en caso de que el tercero no lo determinará, era el juez que lo podía hacer, sin necesitar el acuerdo de las partes sino siendo suficiente la petición de una de las dos a condición de que el contrato haya empezado a ejecutarse, de lo contrario —si el contrato todavía no se ha ejecutado— se

3.5. La normativa del Código Civil: la determinación unilateral del precio por una de las partes

No puedo detenerme en este tema pero quiero decir que en una óptica de *civil law* (como por ejemplo ocurre en los ordenamientos francés, italiano y español) las compraventas *quantum veli, quantum aequum putaveris, quantum aestimaveris* no están permitidas, siendo nulas. Quiero recordar que estas páginas se refieren al solo contrato de compraventa y no a las otras tipologías de contratos²⁰.

En el ordenamiento colombiano la norma de referencia es el artículo 1864 CC. Su primer inciso repite la impostación del sistema francés afirmando que el precio debe determinarse por las partes. Ahora bien, se podría comparar el artículo 1864.1 CC que explícitamente afirma que “el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes” con el artículo 1865 CC dado que su segundo inciso afirma que “no podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes”. Esta norma viene después de un primer apartado que obliga a las partes —si quieren nombrar otro tercero a falta de terminación del precio por esta— a elegirla necesariamente de común acuerdo: esto se demuestra dado que el artículo 1865.1 CC utiliza la expresión “convinieren”, es decir, necesitándose un acuerdo común por las partes.

Por ello, el artículo 1865.2 CC en relación con el artículo 1865.1 CC parecería redundante dado que esta última norma deja claro que se requiere un acuerdo entre las partes en el nombramiento de un tercero y que, por tanto, no puede permitirse otra solución. Si en cambio el artículo 1865.2 CC quisiera entenderse de manera autónoma²¹, su mejor ubicación hubiera tenido ser en el artículo 1864 CC y no en el artículo 1865 CC; de todos modos, bajo este aspecto mejor solución ofrecía el Proyecto VALENCIA ZEA²².

Respecto a la visión de *common law* se debe destacar que se permite la determinación unilateral del precio consintiendo la validez del contrato aunque no se determine o se haya determinado pero de forma no razonable. También aquí cabe destacar la heterogeneidad de los criterios adoptados, por ejemplo, en caso de falta de determinación unilateral de la parte podrá aplicarse un precio razonable (UCC, SGA), o determinarse según *equo apprezzamento* (Proyecto GANDOLFI). En caso de

exigía el acuerdo de ambas partes para nombrar un nuevo sujeto. En este sentido, el Proyecto omite que las partes no pueden determinar unilateralmente el precio manteniendo solo que el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes; Arturo VALENCIA ZEA, *Proyecto de Derecho Privado*, ob. cit., artículo 762, p. 245.

20 Respecto a la determinación unilateral no en la compraventa sino en el contrato en general, quiero remitirme a Ernesto RENGIFO GARCÍA, “La fijación unilateral del precio”, en *Revista de Derecho Privado*, 2 (2012), pp. 43 y ss.

21 Esta autonomía parece deducirse también de aquella doctrina que no vincula a la determinación por terceros; cfr. José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles*, ob. cit., p. 79; Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., p. 281.

22 En este sentido el Proyecto omite que las partes no pueden determinar unilateralmente el precio manteniendo solo que el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes; Arturo VALENCIA ZEA, *Proyecto de Derecho Privado*, ob. cit., en particular, artículos 761 y 762, p. 245.

que se haya fijado un precio no razonable, deberá aplicarse el razonable (PECL, DCFR, CELS, Unidroit), el equitativo (BGB) o, en caso de mala fe, incluso el contrato podría ser nulo (UCC). Una vez más un diferente abanico de posibilidades.

4. BREVES CONCLUSIONES

Como principales conclusiones de lo expuesto en este trabajo pueden destacarse las siguientes:

No puede darse un sistema de *Open Price* en los contratos de bienes de consumo.

Tampoco podría aplicarse a la compraventa de bienes inmuebles sobre todo si para estos se requiere la forma escrita *ad substantiam*, o en caso de compraventa a plazo dado que para esta tipología intrínsecamente debe fijarse un precio determinado y “total” (sino se dejaría indirectamente sin aplicación la reserva de dominio: cfr. art. 952 Ccom).

Si se quisiera aplicar un sistema de *Open Price* puro a otro tipo de compraventa, o para otra tipología de contrato, quizás el criterio más apropiado sería el precio generalmente cobrado por el vendedor, aunque se ha visto que también este criterio sufre limitaciones.

Si se quisiera mantener la validez del contrato a falta de determinación de tercero, el mejor criterio sería lo que se remite a la elección de un ulterior sujeto nombrado por el presidente del tribunal o por el secretario judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Un problema más que genera la adopción del sistema de *Open Price* se verifica en relación con la acción de reducción del precio: si el ordenamiento adopta un método de cálculo de reducción del precio que tiene entre sus parámetros el precio de compra, se llega a una incongruencia. Permitir una compraventa a precio indeterminable significaría añadir una dificultad más a la hora de calcular la reducción del precio, viniéndose a eliminar uno de los factores matemáticos que la fórmula de cálculo considera esencial para deducir el importe de la reducción del precio. Por ello una de dos, o se aplica otro método de cálculo que no tenga en consideración el precio de compra, o cualquier fórmula de reducción del precio que lo tome como referencia —como ocurre en el artículo 50 CISG— sería incompatible con el sistema de *Open Price*²³.

El *Open Price* también ofrece un diferente y mayor papel al juez y produce mayor litigiosidad dada la borrosidad y difícil determinación de los términos que quieren tomarse como referencia.

Finalmente, por lo que respecta al ordenamiento colombiano, se ha visto que es un sistema que entremezcla la visión de *common law* con la tradicional de *civil*

23 Sobre el punto, y con aspectos más críticos en relación con el artículo 50 CISG, cfr. Alfredo FERRANTE, *La reducción del precio en la compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

law y que, a pesar de que aquí se ha analizado por sumos capos, necesitaría una remodelación, porque a mi juicio podría producir algunos inconvenientes.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael, “El Código de Comercio Colombiano (Historia y proyecciones)”, VVAA, *Centenario del Código de Comercio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Los principales contratos civiles*, Librería Ediciones del Profesional, 17ª ed. actualizada, 2008.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO DE COMERCIO, “Proyecto de ley y exposiciones de motivos sobre Compraventa y Permuta. Contrato de Suministro. Cesión de Derechos, del contrato de Transporte y del contrato de comisión de transporte”, en *Revista Trimestral de Derecho Comercial*, 38-39 (julio-diciembre 1955).
- FERRANTE, Alfredo, *La reducción del precio en la compraventa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- FERRANTE, Alfredo, *Open Price y compraventa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos Civiles. Compraventa – Permuta – Cesión de Derechos – Arrendamiento – Obra o empresa – Mandato – Hipoteca*, Bogotá, Temis, 4 ed., 2008.
- GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLABA CUÉLLAR, Juan Carlos (dirs.), *Derecho del Consumo. Problemática actuales*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, Ibáñez, 2013.
- HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge, “Commentary on the manner in which the Unidroit principles may be used to interpret of supplement CISG art. 14”, enero 2005, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban6.html>.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge, “Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles”, en la *Revista de Derecho Privado*, 25 (2013), pp. 81-107.
- PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, Universidad del Rosario, Universidad del Externado, Bogotá, 2012.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “La fijación unilateral del precio”, en *Revista de Derecho Privado* 2 (2012), pp. 43-71.
- RODRÍGUEZ FONNEGRA, Javier, *Apuntaciones sobre el derecho civil colombiano. Del contrato de compraventa y materias aledañas*, Bogotá, Lerner, 1960.

VALENCIA ZEA, Arturo, *Proyecto de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

VÉLEZ, Fernando, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VII, París, Imprenta París-América, 2 ed., corregida y aumentada por el autor y por Luis-Ángel ARANGO, 1926.