

346.6
G633

5513 1



DEL CONTRATO DE PROMESA



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

AMELIA GOMEZ DE LOPEZ

SCIB
00018243

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO
COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OPTAR AL TITULO DE ABOGADO.

46943

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO
CARTAGENA, 1.982

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Dr. LUIS H,ARRAUT ESQUIVEL RECTOR
Dr. CARLOS MENDIVIL CIODARO SECRETARIO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Dr. FABIO MORON DIAZ DECANO
Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ SECRETARIO

Dr. JAIRO LOPEZ MORALES PRESIDENTE HONORARIO
Dr. ANTONIO DE LA VEGA VELEZ PRESIDENTE DE TESIS
Dr. ANIBAL PEREZ CHAIN PRIMER EXAMINADOR
Dr. ROBERTO SCHAMUN MANSUR SEGUNDO EXAMINADOR
TERCER EXAMINADOR

" LA FACULTAD DE DERECHO NO APRUEBA
NI DESAPRUEBA LOS CONCEPTOS EMI-
TIDOS EN ESTA TESIS, TALES CONCEPT
TOS SE CONSIDERAN PROPIOS DEL
AUTOR" (ART.83 DEL REGLAMENTO IN-
TERNO).

A Jairo, mi esposo
y a mis hijos Jairo, Javier y Raúl Ernesto,
motivo de mis deseos de superación;

A mis padres y hermanos,
quienes con gran abnegación me ayudaron
inmensamente a cumplir la difícil tarea
que resulta de combinar las labores del
hogar con la disciplina de las aulas;

Para ellos, mis más sinceros agradecimientos.

AMELIA GOMEZ DE LOPEZ

I N D I C E

Págs.

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE : LA PROMESA DE CONTRATO EN GENERAL

I. UTILIDAD, DEFINICION Y EVOLUCION DE LA FIGURA	1
II. LA PROMESA DE CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO	5
III. EN EL DERECHO ESPAÑOL	17
IV. EN FRANCIA	32
V. TRATAMIENTO DE LA PROMESA DE CONTRATO EN LOS CODIGOS MODERNOS	42
VI. LA PROMESA DE CONTRATO EN LA LEGISLACION CHILENA	46

**SEGUNDA PARTE ; EL CONTRATO DE PROMESA EN EL DERECHO
COLOMBIANO**

I. CONSAGRACION POSITIVA	52
II. CARACTERISTICAS DE LA PROMESA	55

A. Es un contrato	55
B. Es preparatorio	58
C. Es general	59
D. Es principal	59
E. Es solemne	61
F. Sujeto a modalidad por disposición legal	62
G. Es excepcional	62
H. Es un contrato transitorio	64
I. Es bilateral	65
III. DUALIDAD CONTRACTUAL E HIPOTESIS QUE PUEDEN DARSE	66
1. Promesa bilateral de contrato bilateral	66
2. Promesa bilateral de contrato unilateral.	67
3. Existe contrato unilateral de promesa?	68
4. Promesa unilateral de contrato unilateral	70
5. Promesa unilateral de contrato bilateral	71
IV. REQUISITOS INELUDIBLES QUE DEBE REUNIR TODO CONTRATO DE PROMESA	79
- PRIMER REQUISITO : Que la promesa conste por escrito.	80
- SEGUNDO REQUISITO : Que el contrato no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces.	85
- TERCER REQUISITO : Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.	87

- CUARTO REQUISITO : Que en la promesa se especifique de tal manera el contrato prometido que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban.

92

V. EFECTOS DE LA PROMESA DE CONTRATO

97

VI. EL CONTRATO MERCANTIL DE PROMESA

(Innovación Jurisprudencial)

105

CRITICA

121

APENDICE

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Luego de observar detenidamente el contenido de la doctrina nacional, vemos cómo, a pesar de existir en nuestro país expositores del Derecho de alta talla, muy pocos de ellos se han referido en sus obras a una figura jurídica tan útil y socorrida en nuestros días como es LA PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO; y quienes lo han hecho, le han dedicado sólo un fugaz capítulo de sus vastas obras a la promesa específica de compraventa, mas nó a la figura general de promesa, que constituye el tema del presente estudio.

Por éste y otros motivos, elegí el contrato de promesa como tema para elaborar mi tesis de grado y, ante la ausencia de obras de escritores nacionales sobre la materia, como lo dije anteriormente, hube de acudir en consulta a la jurisprudencia nacional y a la doctrina universal, especialmente a la chilena, las cuales se pronuncian prolijamente sobre este fenómeno jurídico.

No pretendo que esta tesis sea considerada una obra magistral, ya que plumas mucho más autorizadas que la propia, lo han hecho antes con suma riqueza retórica y jurídica; mas sí deseo con mi trabajo, aportar en la medida que como simple estudiante de Derecho me es posible, un

estudio detallado y relativamente completo de esta categoría contractual.

El trabajo, por razones de método, fue dividido en dos partes y cada una de ellas contiene diferentes capítulos. La primera de ellas ha sido dedicada a las generalidades del contrato de promesa, su evolución a través del tiempo y su tratamiento en las diferentes legislaciones, en lo que pretendo que constituye un satisfactorio registro histórico y un esforzado trabajo de derecho comparado.

La segunda parte, contiene un análisis de la figura a la luz del derecho positivo colombiano, teniendo particularmente en cuenta la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El último capítulo de esta segunda parte, lo dedico al estudio de una interesante innovación jurisprudencial relativa al contrato mercantil de promesa, tema de actualidad, acerca del cual confío en haberme pronunciado, si no con la riqueza conceptual que el asunto merece, si con cierta dosis de originalidad.

Como dato de curiosidad intelectual y, a manera de apéndice, concluyo el presente trabajo con la inserción de algunos modelos de promesas tomados de textos españoles antiguos, los cuales transcribí con fidelidad, respetando los arcaicos términos en que fueron redactados.

Espero, pues, que la Universidad de Cartagena, por intermedio de las personas que tienen a su cargo la revisión de esta monografía, tengan a bien aprobar mi modesto trabajo, con el cual me propongo escalar un peldaño más de los tantos que me esperan por recorrer dentro del ancho mundo de la Ciencia Jurídica.

PRIMERA PARTE

PROMESA DE CONTRATO EN GENERAL

1. UTILIDAD, DEFINICION Y EVOLUCION DE LA FIGURA

Es de frecuente ocurrencia que las personas en determinado momento deseen celebrar un contrato, pero que por múltiples circunstancias no es tén en condiciones de celebrarlo todavía. Para suplir la necesidad crea da por esta situación, la ley acude a proporcionar los mecanismos con- ducentes a la celebración de estos contratos, mediante la institución de la figura jurídica llamada PROMESA DE CELEBRAR CONTRATO, cuya fun- ción es la de crear un vínculo jurídico entre las partes, orientado a la celebración de un contrato futuro que no se quiere o no se puede otorgar de presente.

Definir esta figura general de contrato no es una tarea fácil, especial- mente para medios diferentes al nuestro, debido a la dispersión de doc- trinas al respecto y aún a la negación que se hace en algunas legisla- ciones de la existencia de la misma.

Para ANDREA TORRENTE, "Es un contrato por el cual las partes se obli- gan a concluir un contrato futuro".¹

¹ TORRENTE, Andrea, "Manuale di Diritto Privato", Pág. 402, Cuarta Edición, Giuffrè, Milano.

Dice RAFAEL ROJINA VILLEGAS al definir esta especie convencional:
"La promesa es un contrato por el cual una de las partes o ambas se obligan dentro de cierto plazo a celebrar un contrato futuro determinado".²

Una sentencia española la define así: "El precontrato es una convención por la cual dos o más personas se comprometen a realizar en tiempo futuro un determinado contrato que en el momento de celebrar esa convención no quieren o no pueden celebrar como definitivo"³

El alemán DEGENKOLB, al dar una definición que se aviene con la construcción llamada dogmática, dice al respecto lo siguiente: "Contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona que, juntamente con la declaración que emita la otra, integrarán los elementos del contrato principal que se proyecta".⁴

El chileno FERNANDO FUEYO LANERI, aprovechando el texto legal que estructura este contrato a través de requisitos de forma y fondo,

² ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", tomo VI, Vo. I. Pág. 88, segunda edición, Antigua Librería Robledo. México 1954.

³ Tribunal Supremo. 23 de abril de 1957. Anuario de Derecho Civil, tomo X-IV, pág.1281. Madrid 1:957.

⁴ Zur Ichre von Vorvertrag. Citado por Fernando Fueyo Laneri. "Derecho Civil" Tomo V, "Contratos y demás Fuentes". Vol II-1, Segunda Edición, Imprenta y Lito Universo, S.A., Santiago de Chile, 1.964, págas. 59 y siguientes.

considera que sería torpe no utilizar todo ello y ofrecer una definición más completa, acogiendo tales estructuras aún a riesgo de caer en lo explicatorio. Dice: "Es un contrato preparatorio general, por el cual, una parte o ambas, se obligan a celebrar otro que ha de ser legalmente eficaz y que se especifica de momento al menos por sus elementos esenciales, estipulándose al propio tiempo un plazo o una condición, o ambos a la vez, que fijen su futureidad, y concediendo la ley los medios judiciales eficientes para su ejecución forzada"⁵

En mi concepto, el contrato de promesa es un contrato preparatorio general, de naturaleza excepcional, por el cual las partes se obligan mediante el lleno de las formalidades prescritas por la ley, a celebrar un contrato al vencer cierto plazo o al acaecer el evento de una condición.

Al iniciar un estudio pormenorizado de la promesa de contrato, es de gran importancia analizar sus posibles orígenes, al igual que al tratamiento que esta categoría contractual ha merecido a través de los tiempos a las diferentes legislaciones.

En los capítulos siguientes haremos un recorrido por todos esos ordenamientos legales de los cuales, sino de manera directa, por lo me-

⁵ FUEYO LANERI, Fernando. "Derecho Civil" Tomo V, "Contratos y demás Fuentes". Vol. II-1.2a. Edición. Imprenta y Lito Universo, S.A. Santiago de Chile, 1.964, Págs. 59 y siguientes.

nos indirectamente, nuestra legislación civil se ha nutrido para erigir sus instituciones jurídicas, entre las cuales se halla la promesa de celebrar un contrato.

Empezaré este itinerario con un recuento del Derecho Romano, pasando por el Derecho Civil español antiguo y contemporáneo; luego será analizada la creación tal y como es concebida por el Derecho Civil francés; seguidamente se hará referencia al tratamiento que brindan a esta figura algunos otros códigos modernos, para después pasar al Derecho Civil chileno, fuente inmediata de nuestra legislación.

II. LA PROMESA DE CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho romano no existió figura jurídica alguna que nos permita afirmar con absoluta certeza, que equivalga a lo que en nuestros días se conoce como promesa de celebrar un contrato; mas, si bien es cierto ésto, no lo es menos el hecho de que sí es posible encontrar algunas instituciones que, a pesar de no constituir por sí solas una figura igual a la que nos ocupa, bien pueden ser consideradas como el germen de la misma.

En el Derecho romano clásico, al menos en un principio, los contratos sólo podían formarse con el lleno de ciertas formalidades de rigor, como eran el intercambio de palabras sacramentales en el caso de los contratos *verbis*, la inscripción de fórmulas rituales en determinados libros, como en los contratos *litteris*, o con la entrega de la cosa, como en los contratos formados *RE*. En otras palabras, el solo acuerdo de voluntades no era entonces suficiente para la celebración de un contrato, *strictis juris*, capaz de producir acción, si no que era menester el empleo de ciertas solemnidades. Los acuerdos carentes de las solemnidades instituídas, eran simples pactos, desprovistos de acción. Entre los diferentes contratos *verbis* que existieron, resulta interesante analizar algunos de ellos, entre los cu

les están los siguientes:

a) EL NEXUM : Aplicado en un principio sólo a los préstamos de dinero, consistía en una ceremonia solemne denominada "*Per Aes et Libram*" cuyo significado es "por el cobre y la balanza". Se verificaba la ceremonia del *nexum* en presencia de las partes contratantes quienes a su vez comparecían ante cinco ciudadanos romanos púberes y pronunciaban unas palabras solemnes con el fin de determinar la naturaleza y efectos del contrato, al mismo tiempo que se pesaba en una balanza determinada cantidad de cobre que equivalía al dinero prestado.

Más tarde, esta misma ritualidad llegó a emplearse en contratos diferentes al préstamo de dinero, siempre y cuando su objeto comprendiera sumas del mismo.

Los efectos del *nexum*, debido al empleo de términos solemnes en su celebración, eran demasiado rigurosos; el deudor que incumpliera su obligación quedaba sometido, en virtud de este contrato, a la *Manus Injectio* por parte de su acreedor, quien podía tomar para sí la persona del deudor y reducirla al estado de esclavitud y hasta venderlo si lo considera conveniente para el pago de su acreencia.

En el año 428 la ley *Paetelia Papiria*, reconociendo los excesos cometidos al amparo de esta clase de contratos, abolió la clase de los *nexi*, constituida por aquellas personas que en virtud del *nexum*

se hallaban desposeídas de su libertad.⁶

Como se puede observar, no es precisamente en el *nexum* donde encontramos las raíces del contrato que ocupa nuestro estudio; ya dijimos más adelante, que esta era una forma utilizada exclusivamente para llevar a cabo contratos que tuvieran como objeto sumas de dinero, y el único interés que me asiste al mencionarlo, es el de presentar de una manera ilustrativa lo que eran los rigores del *formulismo* romano.

b) LA SPONSIO

Paralelamente al *nexum*, desde los primeros tiempos del Derecho Romano fue reconocida otra forma de contratar, denominada "*sponsio*". Este término deriva del verbo "spondere" que significa prometer. Corresponde la *sponsio* a la categoría de los *contractus verbis*, toda vez que sólo podía perfeccionarse mediante el empleo de ciertas palabras solemnes. El acreedor preguntaba, por ejemplo: "*quinque aureos dare spondes ?*" y el deudor respondía: "*Spondeo*". La pregunta debía contener la denominación expresa y clara del objeto del contrato, y una vez otorgada la respuesta afirmativa por parte del deudor, se formaba el vínculo jurídico.

Tenía un gran inconveniente esta solemne forma contractual y era

⁶ Carlos J. Medellín. "Lecciones Elementales de Derecho Romano". Sexta Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1976, Pag. 147 y siguientes.

que el verbo *spondere* no era accesible sino para los ciudadanos romanos, por lo que no todas las personas podían utilizarla; quedaba así limitada al uso de un número reducido de personas.

c) LA STIPULATIO

Debido al inconveniente generado por la limitación en el uso de la *sponsio*, hubo lugar en Roma a la creación de otra forma contractual que, surtiendo los mismos efectos de aquélla, estuviera al alcance de todos, y fué así como nació la *stipulatio*, que no era otra cosa sino el resultado de la evolución de la *sponsio*, con la diferencia de que en esta podía utilizarse cualquiera forma oral, siempre que conllevara la idea de promesa del deudor hacia el acreedor. Para su validez, la *stipulatio* debía observar los siguientes requisitos:

1. Era necesario una pregunta oral por parte del acreedor y dirigida hacia el deudor, quien a su turno debía responder de la misma manera al acreedor. La pregunta debía contener la mención expresa y clara del objeto de la obligación que se constituía, e igualmente la respuesta del deudor comprendería de manera tácita o expresa dicho objeto. Ejemplo : " *Promittis dare quinq̄ue aureos?* " y la respuesta debía ser "*Promitto*".
2. La *stipulatio* debía hacerse en presencia de ambos contratantes y de manera oral, de lo cual se puede deducir que esta forma contrac

tual no era accesible ni a los mudos ni a los sordos,

- 3. Era necesario la concordancia tanto gramatical como jurídica entre la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor, lo que significa que, si la respuesta del deudor incluía alguna cosa distinta de las contenidas en la pregunta del acreedor, faltaba la debida concordancia, y por ende, la estipulación carecía de validez. Igualmente sucedía si la respuesta del deudor comprendía el mismo objeto de la pregunta del acreedor, pero en diferentes condiciones.

El consentimiento de los contratantes, como hemos anotado, debía dirigirse hacia un mismo objeto. Sin embargo, más tarde fue admitido que, habiendo discrepancia entre la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor, conviniendo en las modificaciones hechas por éste, la estipulación era válida ya que se realizaba la unidad de objeto en el consentimiento de los contratantes.

Si la respuesta del deudor contenía uno solo de varios objetos comprendidos en la pregunta del acreedor, era válida la estipulación en cuanto a ese objeto, más no en relación con los demás. En tratándose de sumas de dinero, la solución no era uniforme entre los jurisconsultos. Gayo sostenía que las dos sumas eran real y jurídicamente diferentes, por lo que la estipulación no valía ante la ausencia de concordancia entre la pregunta y la respuesta. Para Paulo y Ulpiano,

la cantidad contenida en la respuesta hacía parte integrante de aquella a que la respuesta se refería, y por lo tanto, habiendo concurrencia en cuanto a esa parte, la estipulación valía hasta su concurrencia.

4. Debía existir continuidad entre la pregunta y la respuesta para poder establecer con precisión, el hecho de que la respuesta del deudor correspondía a la pregunta hecha por el acreedor en el acto del contrato, y no a otra cosa.

Siendo la *stipulatio* un contrato *strictis juris*, era necesario, además de las formalidades citadas anteriormente, dejar constancia de la pregunta y la respuesta, para lo cual los romanos acostumbraban redactar un escrito llamado "*instrumentum o Cautio*", en el que se relataban los antecedentes de la operación celebrada y al final se hacía constar la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor. Posteriormente se admitió, que si en el escrito se hacía constar la promesa solemne del deudor, se presumía legalmente la pregunta hecha por el acreedor, reservando a las partes, el derecho de probar que la estipulación no se había hecho en la plenitud de sus formalidades legales, por no haber estado presentes el acreedor y el deudor el día en que se decía celebrado el contrato. El escrito de la *stipulatio* no era una solemnidad *ad substantiam actus*, sino sólo un requisito *ad probationem*.⁷

⁷ Carlos J. Medelín. Obra citada, Pag. 247 y siguientes.

Dicho lo anterior, podemos resumir diciendo que la *stipulatio* era un contrato solemne, unilateral porque sólo generaba obligaciones a cargo del deudor prometiente, quien se hallaba obligado de acuerdo con los términos de su promesa, sin que le fuera dado al juez entrar a averiguar la intención de las partes al momento de su celebración, como tampoco podía someter las obligaciones emanadas de ella a consideraciones de equidad o de buena fé.

d) LA DICTIO DOTIS

Otro contrato *verbis* de carácter unilateral y de derecho estricto que existió en Roma, fué el denominado *dictio dotis*, y consistía en la promesa solemne de una dote a favor del marido. No se conoce la fórmula verbal de este contrato, la cual cayó en desuso cuando Teodosio y Valentiniano establecieron que la simple promesa bastaba para constituir una dote.

e) LA JUSJURANDUM LIBERTI

Hubo también en Roma el contrato *verbis* llamado *jusjurandum liberti*, el cual surgió de la necesidad de obligar al esclavo manumitido a la prestación de varios servicios en favor de su antiguo amo. El esclavo, inmediatamente antes de su manumisión, hacía un juramento de carácter religioso de prestar dichos servicios, pero como de un juramento religioso no era posible hacer pender una obligación civil, ni el esclavo era capaz de contraerla antes

de su manumisión, se estableció que, una vez manumitido, el liberto debía ratificar su promesa mediante juramento de carácter civil. Esto fue el origen de la figura denominada "*jusjurandum liberti*", la cual obtuvo la categoría de contrato *verbis*, generando así su respectiva obligación.

Además de los contratos citados, consideró el Derecho Romano otra figura que interesa a nuestro estudio, y fue la "*pollicitatio*", que consistía en la promesa no aceptada por la parte a quien se hacía y que de manera general no producía ningún efecto jurídico, salvo cuando se hacía a la divinidad, caso en el cual se denominaba *voto*, y cuando se hacía a una ciudad.

En nuestros días existe una figura jurídica denominada oferta, la cual se encuentra reglamentada por nuestro Código de Comercio, y es considerada como una de las etapas de la formación del consentimiento. La oferta es, en la actualidad, una figura jurídica equivalente a la *pollicitatio* romana, y constituye uno de los puntos de mayor interés en este trabajo, como lo veremos más adelante al analizar la jurisprudencia nacional respecto del contrato de promesa.

En el período de la expansión mundial, durante el cual la antigua comunidad patricio-plebeya se convierte, al principio, en el centro, y, más tarde, en la capital del Imperio, se produce la separación del *ius publicum* y el *ius privatum* y se llega, en ge

neral, al más esplendoroso desarrollo de aquel derecho. El *ius civile* de la comunidad rústica se vió sorprendido por una súbita transformación económica y social. El Derecho romano se fué depurando, adaptándose poco a poco a los fines de una sociedad más extensa y civilizada y a las relaciones comerciales más variadas. Los nuevos ideales jurídicos, nacidos como consecuencia del contacto con los pueblos de civilización helenoriental, están representados por el "*ius gentium o ius naturale*"; las manifestaciones legislativas son: el Derecho de la magistratura pretoria, "*ius honorarium*"; el emanado de los senadoconsultos y el proveniente de las constituciones imperiales, "*ius novum*", patrocinado en parte por el procedimiento "*extra ordinem*". La buena fé y la compensación equitativa de los daños y los beneficios en las relaciones de carácter patrimonial, el sentido y el realce otorgado a la voluntad interna frente a las palabras en los actos jurídicos, los lazos de sangre (*ratio sanguinis*) frente a lazos, artificiales en lo sucesivo, de la familia romana, son las motivaciones genéricas de la justicia que se quiere realizar, de la "*aequitas*".

Merced al impulso del "*ius gentium*", el Derecho romano se inviste de un carácter elástico y genérico que habfa de trocarle con el tiempo en un Derecho verdaderamente universal. Pero lo que tal vez cifra el valor supremo del Derecho Romano, fue la impronta individualista infiltrada en los orígenes soberanos de sus instituciones, como así mismo el sello netamente igualitario liberal,

impreso por la victoria de la democracia, por el singular valor de concepto del Estado y por su espíritu mercantil. El sujeto jurídico se concentró en el individuo libre y en su voluntad soberana, y el Derecho privado no reconocía ninguna diferencia social entre los hombres.

La obligación reviste definitivamente en esta época un carácter patrimonial y asume una función comercial. En cuanto a sus fuentes, si el Derecho primitivo representa la era del delito, el Derecho clásico representa la era del contrato. Los antiguos delitos privados se reducen a un número exiguo, y, pese a la tradición romana, apenas puede relacionarse con la obligación. La *pecunia credita* aspira a desglosarse del delito desde la época de la Ley Paetelia. La *sponsio*, que en la época más antigua ya había llegado a ser una formalidad destinada, no a garantizar, sino a constituir una obligación, fue reemplazada por la *stipulatio* del Derecho de gentes, en cuyas formas hay mayor libertad y cuyo ceremonial consiste únicamente en la pregunta y en la respuesta correlativa sin el empleo de palabras sacramentales, pudiendo incluso formalizarse en idiomas extranjeros.

La elaboración del *contractus*, que vino a ser el término genérico para designar el acuerdo que se forma con cualquier finalidad jurídica, y, en el Derecho moderno, el término genérico con que se señala la fuente capital de las obligaciones, evolucionó sobre la base de las más comunes transacciones de la vida económica, concertadas entre

las partes contratantes y reconocidas como válidas por sí mismas, independientemente de toda clase de formalidad. El *contractus* o *Contractum* no es más que una elipsis del *contractus negotii* o *negotium contractum*.

Contrahere, siguiendo el sentido de esta palabra, designa la constitución de cualquier clase de obligación, incluso de carácter no patrimonial (*contrahere nuptias, sponsalia*); por el contrario, no significa el consentimiento denominado *conventio* o *pactum*. Pero el sustantivo *contractus*, en el que la palabra *negotium* está sobreentendida, se aplicó de modo más específico y exclusivo a la materia de las obligaciones. Esta palabra se extiende de los contratos materiales a las formas, y significa toda constitución de obligación que no se deriva de un delito. Las obligaciones emanadas de contratos se consideraban en Roma divididas en cuatro categorías y ellas eran: a) Las *obligationes quae re contrahuntur* o contratos reales; b) Las *obligationes quae litteris contrahuntur* o contratos literales; c) Las *obligationes quae consensu contrahuntur* o contratos consensuales y d) Las *obligationes quae verbis contrahuntur* o contratos verbales.

En la época imperial se desarrollaron algunas modalidades contractuales que hoy en día solemos comprender bajo el nombre colectivo de contratos innominados; en Roma, según Justiniano, fueron clasificados en cuatro categorías: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

La principal evolución se llevó a cabo en el Derecho pretoriano, del cual nacieron los llamados "pactos pretorianos"; anteriormente existieron los llamados *pactum nudum*, los cuales, de acuerdo con ese famoso aforismo romano *Ex nudo pacto actio non nascitur* no generaban acción, dando sólo origen a obligaciones naturales. Estos pactos pretorianos entre los cuales estaban los pactos de *constituto*, el de *receptum*, y el pacto de *juramentum* se hallaban investidos de acción y por lo tanto generaban obligaciones civiles.⁸

Una vez dicho lo anterior, y en nuestro afán de encontrarle al contrato de promesa un antecedente en el Derecho Romano, podemos decir que los Romanos no conocieron el contrato de promesa, lo que no quita que en Roma existieran contratos como la *stipulatio verbis* y algunos pactos, que pueden tomarse como antecedentes históricos de la promesa, tal como se presenta en nuestros días. Lo que puede llamarse promesa en tal Derecho fue más bien un contrato verbal solemne que obligaba al deudor al cumplimiento de una prestación futura. Es más, en el pacto de retrovendo podemos encontrar el embrión de lo que hoy se conoce específicamente con el nombre de promesa de venta, lo que no es otra cosa que la especie más común del género llamado contrato de promesa.

⁸ Pietro Bonfante. "Historia del Derecho Romano". Vol. I, Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1.944, Pág. 529 y siguientes.

III. EN EL DERECHO ESPAÑOL

La figura de la promesa de contrato fue introducida a España mediante la reproducción de lo que era la *stipulatio* del Derecho Romano, en la Ley 1a. del Título XI de la Partida V, bajo la denominación de *Promesa* o *Promisión*, y consistía en la oferta deliberada que una persona hacía a otra de darle o hacerle alguna cosa; o dicho en otras palabras, era un contrato unilateral por el que una persona concedía u otorgaba a otra la cosa o hecho que le pedía, quedando por ello obligada a cumplir.

Decía la mencionada Ley:

"Promisión es otorgamiento que fazen los omes vnos con otros, por palabras o con intención de obligarse auiniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o facer, vnos a otros"

La forma de la *promisión* era igual a la de la *stipulatio* romana, pero sin que existiera para el efecto la obligación de emplear términos de rigor.

La promesa se hacía en España según las solemnidades y formas previs

tas por el derecho, con el alcance de un contrato unilateral, por el cual, respondiendo una de las partes congruamente a la pregunta que la otra le hacía, se consentía en dar o hacer la cosa o hecho que se le pedía, quedando por ello el promisor obligado a cumplir.

El contrato de promesa, tal y como se concebía por el derecho de las Partidas, correspondía a la clasificación de contratos verbales, ya que al igual de lo que sucedía en los contrato *verbis* de los romanos, no se podían perfeccionar sino con cierta solemnidad de palabras. Decía, por ejemplo, el uno de los contratantes: *Ticio, me prometes darme cien escudos el día primero del mes próximo?* Y Ticio respondía: *Sí, te lo prometo.* Con esto se perfeccionaba la promesa, quedando Ticio obligado a dar los cien escudos.

Más tarde, en el año 1348, fue publicado un código denominado "Ordenamiento de Alcalá", que contenía 32 títulos divididos en leyes, las cuales pasaron casi en su totalidad a un código posterior denominado "Novísima Recopilación" publicado en el año 1806, dividido en 12 libros, cada uno de los cuales comprendía diferentes títulos, constantes a su vez de diversas leyes. Este código recopiló, además de las leyes del Ordenamiento de Alcalá, las Siete Partidas, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Leyes del Estilo y las Leyes de Toro. En el Libro X de esta novísima Recopilación, que trata de las obligaciones y los contratos juntamente con los testamentos y las herencias, se halla consignado, de una manera amplia y satisfactoriamente pormenorizada,

el contrato de promesa, infundiéndole un carácter consensual pues prescinde de las formalidades que para el efecto prescribían las Partidas. La Ley Unica del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, reproducida por la Ley 1a., Título 1o., Libro X de la Novísima Recopilación dice lo siguiente:

" Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó; y no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir, prometimiento con cierta formalidad de derecho o que fue hecho el contrato entre ausentes, o que no fue hecho ante escribano público, o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros ausentes, o que se obligó alguno, que darla otro, o harla alguna cosa; mandamos que todavía vale la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro".⁹

Resulta interesante subrayar que el llamado "Nudo pacto" por los romanos, o sea el convenio que para ellos no pasaba a contrato por no tener nombre cierto ni causa civil obligatoria y que, por ende, carecía de acción civil, generando solamente obligación natural, no tenía en España aplicación alguna por obra del texto de la ley citada, la cual de manera expresa establecía que de todo pacto nacieran obligación civil y acción al igual que en los contratos.

⁹ Joaquín Escriche. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Imprenta Pillet y Dumoulin, 1876. París Pag. 663.

La promesa podía hacerse verbalmente o por escrito, entre presentes o ausentes, por instrumento público o privado, por sí mismos o por medio de otro.

Todas las personas podían prometer, con excepción de aquellas quienes la ley lo prohibía expresamente. Estas personas eran:

1. El loco o desmemoriado.
1. El infante o menor de siete años
3. El pupilo mayor de siete y menor de catorce; y el mayor de catorce y menor de veinticinco sin otorgamiento de su curador; pero si lo hacía el pupilo menor de veinticinco sin autoridad de su curador, la promesa valía en cuanto importaba el beneficio que le resultaba, mas no en cuanto le perjudicaba; y si mayor de catorce y menor de veinticinco no tuviese curador, valía su promesa, bien que con sujeción a la restitución *in integrum*.
4. El pródigo disipador de sus bienes, privados por el juez del uso de ellos, y provisto de curador, en los mismos términos del pupilo.
5. El padre al hijo que tiene en su poder, y el hijo al tal padre; sino es en razón del peculio castrense o cuasicastrense, y de mejoras de tercio y quinto. (Ley 4a., Tít.XI, Part.V; Leyes 5, 6, 21 y 22, Tít.XI, Part.III).

Podía hacerse promesa estando presentes promitente y aceptante, aún cuando no hablaran el mismo idioma, con tal que se entendieran y firmaran el contrato de obligación. (Leyes 1a. y 2a., Tít.XI, Part.V).

"Y si no están presentes, con tal que el promitente se obliga por su carta firmada, por mensajero cierto, aunque sea por deuda agena, y estará obligado a pagarla". (Ley 3a., Tít. XI, Part. V).

"No pueden ser objetos de promesas las cosas que están por fuera del comercio de los hombres, como verbigracia las del Derecho Divino; ni las que no son ni pueden ser; ni las que ya hubiesen perecido: Pueden serlo todas las cosas que sean imaginableles presentes o futuras, y todos los hechos lícitos". (Leyes 20, 21 y 22, Tít. XI; Part. V).

"También es válida la promesa de cosas que están por nacer, con tal que se espere que nazcan; pero de lo contrario no valdrá, a menos que el no nacer provenga de culpa del promitente". (Ley 20, Tít. XI, Part. V).

"La promesa de dar o hacer alguna cosa puede ser pura, a día cierto, condicional y mista.

Es pura o simple, cuando no hay señalamiento de plazo ni condición; y entonces pende del arbitrio del juez señalar el día en que ha de cumplirse, atendidas las circunstancias de los interesados, y la naturaleza y objeto de la promesa.

Es a día cierto, cuando se designe el plazo en que ha de cumplirse; y entonces no puede exigirse su cumplimiento antes que llegue el día prefijado; pero si el promisor diere o hiciere la cosa con anticipa-

ción, no puede ya reclamarla o repetirla, porque es indudable que el día ha de llegar.

Es condicional, cuando se hace bajo una condición posible y honesta; y entonces no sólo no puede exigirse su cumplimiento antes que se verifique la condición, sino que en el caso de que el promisor la cumpliera antes de existir este requisito, podrá repetir la cosa dada, porque podría suceder que la condición no llegase a tener lugar.

Es mista, cuando señala plazo y condición; y entonces ha de verificarse uno y otro, para que el promisor pueda ser compelido al cumplimiento". (Leyes. 12, 13, 14 y 17, Tít. XI, Part. III).

Una vez hecha la promesa, sea condicionalmente, sea a día cierto, pasan sus efectos a los herederos; de suerte que si el promisor muriere se antes de llegar el día o la condición, tendrían que cumplir sus herederos lo prometido por el difunto, luego que llegase el día o se verificase la condición; del mismo modo falleciendo el acreedor, sus herederos sucederían en los derechos que tenía contra el promitente, por la regla general de que el que contrae, contrae para sí y para sus herederos: lo que no sucede en los legados condicionales, los cuales se extinguen muerto el legatario pendiente de la condición". (Ley 2a., Tít. XIV, Part. III).

"Cuando dos personas prometen simplemente una misma cosa, se entiende obligada cada una por la mitad; pero cuando la prometen in solidum,

esto es, por entero o por el todo, puede exigirse a cualquiera de ellas el cumplimiento de toda la promesa. Si a dos personas se promete *in sólido* una misma cosa, cada una de ellas puede exigirla toda bajo el concepto de que la obligación espira si se da la cosa a uno solo, como también si la da uno solo en el caso anterior". (Ley 10, Tít. I, Libro X, Nov. Rec.).

"Ninguna promesa es válida, si el que la hace no obra de su libre y espontánea voluntad. Así cuando interviene dolo, fuerza, miedo grave, obligación de pagar al promitente más de lo que recibe, u otras cosas de las prohibidas, no valdrá, aunque en ella intervenga pena o juramento". (Leyes 28 y 31, Tít. XI, Part. V; Ley 7, Tít. XXXIII, Part. VII; Ley 3, Tít. I, Libro X, Nov. Rec.).

"Pero si el que promete practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la acción que haya tenido". (Ley 6, Tít. II, Fuero Real, y 28, Tít. I, Part. III).

"Si alguno con palabras o medios dolosos hace que otro prometa y se obligue a pagarle mayor cantidad de lo que debía, y después le demande en juicio, quedará libre de la deuda el demandado si justifica el dolo". (Ley 44, Tít. II, Part. III)³,

¹¹ Joaquín Escriche. Obra citada, Págs. 1363 y siguientes.

Después de haber visto cómo en el antiguo derecho español el contrato de promesa estaba consagrado de una manera tan clara y detallada, pasaremos a estudiar cómo es vista esta misma figura, a la luz del Derecho Civil español contemporáneo.

Actualmente, de acuerdo con el Código Civil español vigente, el instituto de la promesa de contrato en general, está desprovista de entidad jurídica propia, al menos en lo que al derecho positivo respecta, toda vez que el mencionado código sólo se refiere en forma lamentablemente dispersa y reducida, a modalidades específicas de esta especie general de contrato, como al instituir la promesa de compra y venta, establecida por el Art.1451 *Ibidem*, cuyo tenor es el siguiente: "La promesa de vender y de comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa, de compra y de venta, regirá para comprador y vendedor, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro".¹²

Se ocupa el Código Civil español de consagrar en su Art.1862 la promesa de constituir prenda o hipoteca, y al respecto dice: "La promesa de constituir prenda o hipoteca solo produce acción personal entre

¹² Código Civil Español, Decimacuarta Edición, Centro editorial de Góngora. Madrid 1915.

los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro, ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabfa estar gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.¹³

La modalidad dolosa a que se refiere el Art.1862 español, se ha designado tradicionalmente con la denominación de *Estelionato*. Según el derecho romano, cometfa *Estelionato* el que por dolo cedfa, vendía o empeñaba una cosa que ya habfa cedido, vendido o empeñado, ocultando la primera cesión, venta o empeño a la persona con quien contrataba. Conforme al artículo 770 del derogado Código Penal español de 1822, incurrfia en el mismo delito cualquiera que hubiere vendido o empeñado una cosa como libre, sabiendo que está empeñada.

De la misma manera se refiere este código en el artículo 826, a la promesa de mejorar o no mejorar una porción hereditaria, hecha en capitulaciones matrimoniales; y en Art.43 a la promesa de matrimonio sobre la cual dice : "Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento".

Y continúa en el Art.44 cuando preceptúa: "Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un

¹³ Código Civil Español. Decimacuarta edición, Centro editorial de Góngora. Madrid, 195.

menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiere hecho por razón del matrimonio prometido.

La acción para pedir resarcimiento de gastos, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio"¹⁴. Resulta extraño el hecho de que la legislación española actual que tuvo como fuente las legislaciones de ese mismo país en épocas pretéritas, haya omitido consagrar con criterio de generalización una institución consagrada de manera tan satisfactoria por aquéllas, siendo que este contrato continúa teniendo en la actualidad la misma importancia, o quizá más, que en los tiempos pasados.

Es esta la razón por la cual los modernos expositores españoles, se empeñan en encontrarle asidero jurídico al instituto con un denuedo demostrativo de que la doctrina le reconoce su importancia dentro del tráfico jurídico-económico de nuestros días, y su gran utilidad práctica. Es por ello por lo que afirman que el reconocimiento legal de la promesa de contrato tampoco ofrece duda alguna, pues aunque el código no contenga una norma general que atribuya eficacia a las promesas de contratar, sí recoge en la materia ordenamientos de aplica-

¹⁴ Código Civil Español, Decimacuarta edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid 1915.

ción particular, amén de que la obligatoriedad de éstas puede perfectamente derivarse de los principios rectores del Derecho, y en especial del principio de libertad contractual, sancionado en los artículos 1255 y concordantes del Código Civil español. Agregan estos autores que ante la ausencia de normas de carácter especial que aseguren la realización de los efectos producidos por esta modalidad general de contrato, deberán regirse por las reglas comunes de los contratos y las obligaciones, en especial de las obligaciones de hacer.

Igualmente existen en España, autores cuyos planteamientos suscitan grandes polémicas acerca de esta institución, llegándose a discutir, incluso, la posibilidad conceptual lógico-jurídica de la misma.

La negación de esta figura, que obedece quizá a una desmesurada preocupación por lo externo de las formas, y excluye considerar innegables necesidades de la vida práctica, se afianza en la idea de que la promesa no puede distinguirse del contrato prometido, y en el concepto de que si bien genera una obligación de hacer, esta obligación es incoercible y, por ende, ineficaz.

Son partícipes del concepto que trata de negar la existencia jurídica de la promesa, autores como José Alguer y Sánchez-Yelasco, entre otros; en una posición antitética se halla la mayoría de los autores españoles, entre los cuales son dignos de mencionar Roca-Sastre y Moro-Ledesma, quienes han dedicado gran parte de su producción jurídica a la defensa de la existencia del precontrato -denominación que

los españoles acogen para las promesas de contrato-, figura jurídica de la cual afirman que responde a un concepto y a una necesidad de la vida jurídica, tanto pasada como actual, por lo que no puede ser una creación artificiosa como otros pretenden hacer ver.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la materia del precontrato es una de aquellas en que el Tribunal Supremo de España ha observado una actitud indecisa y contradictoria pese a que aparenta seguir una línea constante. Autores como Puig Brutau, en su obra "Fundamentos de Derecho Civil", hace irónica referencia a este hecho, cuando habla de "la simulación de continuidad de nuestra jurisprudencia civil".

Al respecto Castán Tobeñas se manifiesta en su obra "Derecho Civil Contemporáneo":

"Tradicionalmente, el Tribunal Supremo había venido separando, por una parte, el contrato preparatorio o precontrato del contrato definitivo, viendo en el primero un contrato que tiene por objeto la futura celebración del segundo, y, por otra parte, con alguna excepción el Tribunal Supremo había defendido que no cabe el cumplimiento específico de la promesa, porque la prestación consentimiento es un hecho personalísimo e incoercible. Frente a la situación creada por toda esta doctrina, la sentencia de lo. de Julio de 1950, pareciendo respetarla, la rectifica profundamente, al sostener que para la consumación del contrato de promesa no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, por venir ya prestados para ello el suficien

te consentimiento al perfeccionarse aquél. Por otra parte, y aunque a la vista de la tesis expuesta ello era necesario, se defiende que el juez puede suplir el consentimiento del obligado, por no ser un acto personalísimo en el sentido del artículo 1161 del Código Civil. No obstante, la jurisprudencia posterior ha hecho ver que la sentencia citada ha supuesto sólo un criterio aislado y no un cambio de rumbo en la posición del Tribunal Supremo (sentencia de 13 de febrero de 1953, 6 de marzo de 1954; y 31 de octubre y 21 de diciembre de 1955). La cuestión no puede darse por definitivamente resuelta en favor de la tesis tradicional, como puede comprobarse con la lectura de las sentencias más recientes de 27 de Octubre de 1956, 13 y 23 de abril y 14 de junio de 1957, 2 de mayo de 1959, 5 de octubre de 1961, 26 de marzo de 1965, 7 de febrero y 2 de marzo de 1966; en estas dos últimas se puede ver citada y clasificada la abundante doctrina jurisprudencial sobre el particular.¹⁵

A pesar de toda la incertidumbre que en España rodea a esta figura jurídica, la doctrina se ha encargado de establecer de manera expresa los requisitos del precontrato, consistentes en las condiciones generales comunes a todo contrato, además de los especiales para esta clase de convención. Ellos son:

GENERALES : Capacidad, objeto y formalidades.

ESPECIFICOS : Determinación del contenido y Tiempo de Duración.

¹⁵ José Castán Tobeñas. "Derecho Civil Español Común y Foral", Tomo IV; Derecho de Obligaciones, Décima ed., Reus, S.A., Madrid 1977.

EFFECTOS DE LA PROMESA EN ESPAÑA

No cabe duda alguna al decir que el efecto principal del precontrato consiste en obligar a las partes a concluir en su oportunidad el contrato prometido.

Cuando se presenta el caso de incumplimiento de esta obligación, nace una acción favorable al acreedor de la promesa para exigir el cumplimiento de la misma, y es sobre este punto sobre lo cual surge en España la discusión acerca de si tal acción solo puede ir dirigida a obtener una indemnización de perjuicios, o si, además, conlleva la ejecución forzosa de la obligación.

La corriente que sostiene que sólo es posible la indemnización de perjuicios, se halla fundamentada en el hecho de que el consentimiento para un contrato futuro implica un acto personalísimo y por ello no puede una sentencia suplirlo o sustituirlo.

La opinión contraria manifiesta que, tal como lo dispone el artículo 1451 del Código Civil español, la promesa de contrato da acción para exigir que el juez suministre el resultado que hubiera proporcionado el contrato definitivo mediante complementar o desarrollar las bases del mismo, contenidas previamente en el precontrato.

La jurisprudencia española en repetidas ocasiones ha seguido el primero de estos dos argumentos, estableciendo que la función esencial del contrato preliminar consiste en ligar a las partes para la con-

clusión de un contrato futuro.

ADVERTENCIA : En la transcripción de los textos antiguos he respetado su arcaica ortografía.

IV. EN FRANCIA

En Francia, de acuerdo con tratadistas como Planiol y Ripert, cualquier contrato puede ser objeto de una promesa, especialmente los contratos reales, si se admite el criterio según el cual algunos contratos se forman solamente por la entrega de la cosa que constituya el objeto de las obligaciones. Citan los mencionados tratadistas, a manera de ejemplo, el caso de la apertura de crédito o promesa de mutuo, como uno de los casos más corrientes de este tipo.¹⁶

Se ha expuesto lo anterior con el fin de dejar establecido el hecho de que, al menos desde el punto de vista de la doctrina francesa, la figura de la promesa de contrato en general no está desprovista de entidad jurídica, no obstante que en la legislación positiva francesa sólo existan dos artículos que se refieran a esta figura, aplicables únicamente en los casos en que el objeto de una promesa bilateral sea el contrato de compra-venta.

Al referirse a la promesa bilateral de venta, el código francés declara en su Art.1589 que "La promesa de venta equivale a venta cuando

¹⁶Planiol y Ripert. "Tratado de Derecho Civil Francés", Tomo VI (1a. Parte) Cultural S.A., Habana, 1946. Págs.195 a 211.

existe consentimiento recíproco de las dos partes acerca de la cosa y el precio".¹⁷

Esa disposición, que califica como promesa un acto que interpretado de la manera más natural y obvia equivale a una verdadera venta, especialmente si tenemos en cuenta que en Francia no es necesaria la tradición de la cosa para transferir el dominio, ha sido la causa de la diferenciación entre la promesa bilateral de venta, que es la consagrada por el Art.1589, y la promesa unilateral de venta, que en concepto de muchos autores es la verdadera promesa de venta, en la cual, para que se realice la transferencia prometida, es necesaria una nueva manifestación de voluntad.

Pothier se refirió a la promesa unilateral y la definió como una convención por la cual uno se obliga a vender a otro una cosa. En ese entonces, en Francia no fue objeto de discusión el valor obligatorio de la promesa, mas no sucedía igual respecto de los efectos emanados del incumplimiento de la obligación objeto de una promesa, por lo que se dividió la opinión de los autores en tres grupos; el primero de ellos pensaba que el incumplimiento de un contrato de promesa sólo daba lugar a la indemnización de perjuicios; para un segundo grupo, el prometiende podía ser constreñido a la celebración del contrato prometido en virtud de su promesa; mientras que para el tercer grupo, el acreedor podía hacerse directamente a la cosa objeto de la obliga

¹⁷Código Civil Francés, Art.1589.

ción prometida.

En lo que respecta a las promesas bilaterales, dice Troplong, existía en Francia gran confusión en torno de ellas, creándose así diversidad de opiniones sobre su valor y efectos en caso de inejecución. Unos opinaban que daban lugar a la indemnización de perjuicios, y otros decían que daban lugar a la obtención del otorgamiento del contrato prometido; opinión esta última que triunfó posteriormente, aunque continuaba la duda respecto de la diferencia entre la promesa unilateral y la bilateral.

Más tarde se llegó a la conclusión de que la promesa bilateral era una verdadera venta, no obstante que le faltara algo para serlo. Más adelante surgió el Artículo 1589 del Código Civil Francés, que puso fin a esta serie de elucubraciones cuando dijo de la manera más clara posible que la promesa de venta equivalía a venta en el caso que hubiera consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio.

Para Planiol y Ripert no hacía falta un artículo especial en el código que equiparara las promesas sinalagmáticas a la verdadera venta, ya que a su juicio, bastaba con aplicarles el principio general que determina la naturaleza de un acto jurídico conforme a sus elementos, más bien que conforme a la denominación que las partes haya adoptado,

Sobre este mismo artículo del código francés, manifiesta el ilustre tratadista Francisco José Osuna Gómez en su magna obra intitulada "Del Contrato Real y De la Promesa de Contrato Real" lo siguiente: "Pero este artículo 1589 y el que le sigue han sido muy criticados por la doctrina a causa de su poca precisión. Al decir el Art. 1589 "La promesa de venta vale como la venta si hay consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio", deja en pie la cuestión de saber cómo va a distinguirse la promesa del contrato mismo, lo que se complica con el sistema existente en Francia, de transferirse el dominio sin necesidad de tradición. Por otra parte, el asunto se agrava con lo que estatuye el artículo 1590, permitiendo a las partes rescindir la promesa hecha con arras, perdiéndolas el que las ha dado y debiendo restituirlas dobladas el que las recibió". Seguidamente el profesor Osuna cita a Giorgi, quien se expresa al respecto diciendo: "Obscuridad y confusión deplorables, que en vez de aplacar, debía avivar las disputas anteriores".¹⁸

A su turno, Laurent expuso de una manera clara y enérgica su opinión respecto de la controversia suscitada por el mencionado artículo, diciendo: "El artículo 1589 define la promesa bilateral de venta y sus efectos: La promesa de venta significa venta cuando hay consen-

¹⁸ Francisco José Osuna Gómez, "Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real", Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1947, Págs. 174 y siguientes.

timiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y el precio. No hay disposición más clara en el Código Civil y, sin embargo, un autor se queja de que sea de obscuro laconismo. Y efectivamente hay controversias interminables acerca del artículo 1589. No tendrán la culpa los intérpretes? Si tuvieran más respeto para el texto nunca tendrían duda acerca del sentido de la ley. Decir que la promesa de venta equivale a la venta es decir que tiene todos los efectos de ésta sin excepción alguna. Y la razón es sencilla, la ley la dá al definir lo que entiende por promesa de venta; es necesario que haya consentimiento recíproco sobre la cosa y el precio. El consentimiento recíproco de ambas partes engendra un contrato bilateral, puesto que este consentimiento versa sobre la cosa que debe entregarse y sobre el precio que debe pagarse. Luego la venta está perfeccionada; también lo dice la ley en el art. 1583: las partes han convenido en la cosa y en el precio; resulta de esto, dice la ley, que la venta está perfeccionada y que la propiedad se halla transferida al comprador. Este es precisamente el punto respecto del cual la controversia se ha promovido. Hay transacción de dominio en virtud de una promesa bilateral de venta? Los arts. 1589 y 1590 contestan la cuestión y la deciden afirmativamente?

En este punto Laurent cita a Portalis, quien en la exposición de motivos del Título preliminar del Código Civil francés decía : "cuando el texto de la ley es claro no está permitido eludir su letra bajo el pretexto de penetrar en su espíritu". Y en el título de la venta, el mismo Portalis se hace la misma pregunta : "Por qué el Art. 1589

dispone que la promesa de venta equiva a venta?", y responde: Porque se encuentra, en semejante caso, todo cuanto constituye la substancia del contrato de venta; es decir, el consentimiento de ambas partes sobre la cosa y el precio; luego la promesa de venta es idéntica a la venta".

Prosigue Laurent: "Así, el texto y el espíritu de la ley están acordados para identificar la promesa de venta y la venta cuando la promesa contiene los tres elementos esenciales de la misma: una cosa, un precio, y un consentimiento de la cosa y del precio. Qué se quiere, pues, oponer al texto y al espíritu de la ley? Se invoca la tradición. Podríamos conformarnos con contestar que el derecho antiguo está abrogado; que si se puede ocurrir a él para interpretar el Código no puede uno invocarlo para hacerle decir al Código lo contrario de lo que dice. Esto es abusar de la tradición, como es abusar de los trabajos preparativos cuando se les pone contra la ley bajo el pretexto de interpretarla y en realidad para cambiarla. En el caso, el abuso es patente. A un texto claro y evidente por sí mismo, se opone una tradición incierta y confusa. Cuál es en efecto la tradición que se dice que han consagrado los autores del Código? La tradición para ellos se resume en Pothier y Domat; éstos son sus guías habituales, no conocen a otro. Y sucede que Domat nada dice de la promesa de venta y Pothier sólo habla de la promesa unilateral de venta. Cuál es la razón de este extraño silencio? La ignoramos. Sólo puede suponerse que las promesas unilaterales habían dado lugar únicamente a controversias, mientras que las bilaterales no podían ser dudosas,

puesto que son idénticas a la venta. Se amparan, sin embargo en una palabra de Pothier, no para explicar el Código sino para hacerle decir lo contrario de lo que afirma, Pothier y después de él Toullier asientan: la obligación de venderla", mientras que el Art.1589 dice: Prometer es vender".

Dice Laurent que Duvergier encuentra que lo único grave es la afirmación de que prometer vender es vender, y acepta la razón que le asiste cuando dice: "A la verdad de la objeción se vuelve en contra de los que la hacen. De qué promesa habla Pothier? De la promesa unilateral de vender, y de ésta es muy exacto decir que no implica venta; lo cual es evidente y nunca lo ha discutido nadie. Enteramente distinta es la promesa del Artículo 1589: en este caso no sólo hay una promesa de vender sino que hay también promesa de comprar; en consecuencia concurso de voluntades y por lo mismo contrato. Como consecuencia de este contrato y, en virtud del Art.1138, la propiedad queda transferida. Esta es la opinión de la mayor parte de los autores y así la jurisprudencia la ha consagrado"¹⁹

En la actualidad, siguiendo el criterio de la mayoría de los tratadistas franceses contemporáneos y en especial a Louis Josserand, se puede observar que en Francia la promesa de venta es considerada como un contrato y al mismo tiempo un antecontrato por el que una persona

¹⁹F.Laurent. "Principios de Derecho Civil", Tomo 24, Versión castellana, Buxó, 1919, Pags. 9 a 43.

se obliga a vender un bien a otra en caso que ésta se decidiera a comprarlo, no habiendo objeción alguna para que esta operación se realice a la inversa, constituyendo la figura de la promesa de compra, que aunque tan ilícita como la primera, es de menor ocurrencia.²⁰

En el caso de una posible combinación de las dos figuras anteriores, la proyección resultante sería la de una compra-venta, que en este caso estaría sometida a la modalidad de un plazo o una condición, o a ambas modalidades al tiempo.

En la práctica, la auténtica promesa de venta es en Francia "opción", que es un convenio unilateral, toda vez que para el acreedor de la promesa de venta nace un derecho de compra que dicho acreedor podrá utilizar o no a su arbitrio.

Esta promesa de venta, observando lo que al respecto prescribe el Código Civil francés, tiene sus efectos propios, de limitado alcance, que el estatuto garantiza asegurando el cumplimiento de la singular obligación que este contrato genera.

Resulta conveniente advertir que mientras no se celebre el contrato prometido, la cosa objeto del mismo continúa siendo de propiedad del prometiende; de tal manera que los riesgos de la cosa estarán a cargo

²⁰Louis Josserand. "Derecho Civil". Vol. II. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, Págs. 47 a 57.

de su dueño o sea del prometiende-deudor, en virtud del aforismo romano "Res Perit Domino" lo que significa que la cosa parece para su dueño.

En este estado de cosas pueden presentarse dos situaciones diferentes: Que la cosa perezca por caso fortuito o fuerza mayor, o que el prometiende deudor enajene o grave la cosa objeto de la promesa, quedando en ambos casos en la imposibilidad de cumplir con lo prometido. En el evento de ~~que~~ la cosa perezca por caso fortuito, el deudor nada deberá, es decir, quedará exonerado de su obligación, ya que nadie está obligado a lo imposible; mas no sucede igual en el segundo caso, en el cual el prometiende-deudor, haciendo uso de las prerrogativas que le confiere su derecho de propiedad, enajena o grava dicho bien en favor de un tercero, quedando imposibilitado para cumplir la obligación que contrajo en favor del acreedor de la promesa. En este caso, ante la deplorable ausencia en el Código Civil francés de una norma que como en el caso de nuestro artículo 1610 asegure la efectividad de las obligaciones de hacer, sólo es posible al acreedor de una promesa incumplida demandar del prometiende deudor el pago de daños y perjuicios. No podrá constreñir efectivamente al deudor para que ejecute el hecho prometido, aunque acaso pueda, si se dan los pertinentes requisitos axiológicos, ejercitar la acción pauliana, para obtener que la venta se rescinda.

Finalmente, sobra decir que las soluciones acabadas de analizar cobijan únicamente los casos de promesas unilaterales de compra o de ven-

ta, pues en el caso de la mal llamada promesa bilateral de venta, que es en realidad un contrato de compra-venta, la solución para los franceses es distinta, toda vez que podrán ejercitarse las acciones provenientes de los contratos en general o de la compra-venta en especial, caso en el cual no hay cabida para la obligación de hacer que corresponde al contrato de promesa.

V. TRATAMIENTO DE LA PROMESA DE CONTRATO EN LOS CODIGOS

MODERNOS

El contrato de promesa, a pesar de ser una relación jurídica tan importante y útil en nuestros días, no ha sido abordado de la manera más conveniente por la mayoría de los códigos modernos, los cuales, si llegan a tratar el tema dentro de su texto, lo reglamentan de una manera insuficiente; pocos son los que hoy en día le otorgan el tratamiento especial y sistemático que este contrato merece.

La ausencia de tales sistemas es la causa de que la doctrina universal se esfuerce tanto en el intento de estructurar esta figura jurídica de una manera adecuada, y fijarle a la vez sus efectos jurídicos propios.

Existen en la actualidad, sistemas legislativos que regulan la promesa y sus efectos, estatuyendo regímenes de estricto casuismo y aplicando en lo general las disposiciones comunes a las obligaciones y los contratos. Tal es el caso en el cual se encuentran las legislaciones de Francia, España, Alemania y Uruguay, entre otros.

Casos hay, también, de legislaciones que aunque tratan la figura de manera independiente, lo hacen con una insuficiencia tal, que hubiera sido mejor no haberla tratado y dejarla a merced de las reglas generales de los contratos.

Sobre este punto se manifiesta el profesor Fueyo Laneri, quien afirma que en tales casos de pobreza legislativa habría resultado preferible una remisión a las reglas generales. "En efecto, si así fuera -dice- nada nuevo sucedería frente a la vitalidad connatural del precontrato, que es capaz de nacer y sobrevivir al amparo de los principios más generales de los Contratos"²¹

Es posible citar, dentro de este caso, al Código Suizo de las Obligaciones, que en su artículo 22 dispone :

"Puede establecerse por contrato la obligación de concluir un contrato futuro"²²

Contrariamente a los sistemas citados anteriormente, existen códigos que tratan la figura de una manera sistemática y entre estos podemos citar al moderno Código Federal de México, promulgado en 1928, el cual, de manera amplia y satisfactoria reglamenta la promesa de contrato cuando, al iniciar la segunda parte del libro Cuarto, intitulada "De las Diversas Especies de Contratos", dedica su primer título

²¹Fernando Fueyo Laneri, Obra citada, pag.78

²²Código Suizo de las Obligaciones, Art.22

lo, compuesto por cinco artículos, única y exclusivamente a los contratos preparatorios.

El primero de esos artículos, traduciendo el artículo 22 del Código Suizo de las Obligaciones, dice textualmente:

Art.2243: "Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar se un contrato futuro".

El Artículo 2344 establece que la promesa puede ser unilateral o bilateral; el Art.2345 se refiere a los efectos propios de esta modalidad contractual; a su turno, el artículo siguiente establece el requisito de que la promesa conste por escrito y, finalmente, agrega que si el promitente rehúsa firmar los documentos pertinentes, podrá el juez firmarlos en rebeldía, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fé.²³

De igual manera, el código austriaco en su artículo 936, regula el acuerdo de celebrar un contrato sólo en lo futuro. Establece que únicamente, en el caso de haberse determinado los elementos esenciales del contrato y la época de su celebración, tendrá validez esta clase de convención. Igualmente, se establece un plazo tácito y obligatorio de cumplimiento, a contar del plazo fijado por las partes, extinguiéndose el derecho al vencimiento de ambos. Este plazo legal es de un año.

²³ Código Federal de México. Art.s2243 y siguientes.

En este grupo de códigos no sería muy exacto ubicar también los códigos de Chile y Colombia, si bien contemplan directrices que sobreviven en codificaciones muy posteriores. Debido a la importancia que para nuestro estudio merecen estos ordenamientos, dedicaré un capítulo especial a la legislación chilena y toda la segunda parte de este estudio al derecho nacional.

VI. LA PROMESA DE CONTRATO EN LA LEGISLACION CHILENA

La legislación civil chilena, variando sustancialmente el sistema de otros códigos, que someten la entidad de la promesa a la aplicación de principios generales, o se limitan a sancionar casos específicos, estatuyó una norma de carácter general, aplicable a toda clase de promesas, cualquiera que fuere el contrato prometido. Esta norma, expresada en el artículo 1554 del Código Civil, dice: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito;
2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias, habrá lugar a lo prevenido en el

artículo precedente",²⁴

El artículo citado, contrariamente a lo acostumbrado por la técnica jurídica, no se halla ubicado en el capítulo referente a la clasificación de los contratos, sino en el Título XII del Libro IV, bajo el nombre de "Efectos de las Obligaciones", y a continuación del artículo 1553 que establece los efectos de la infracción a las obligaciones de hacer.

Esta ubicación es perfectamente comprensible si hacemos un análisis sobre lo que al respecto decía el artículo 1733 del penúltimo Proyecto de Código Civil de Bello, en el cual se decía:

" La promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaren ineficaz, no tendrá valor alguno".

No obstante ser el texto del artículo anteriormente transcrito, el que para muchos autores constituye el único antecedente del artículo 1554 del Código Civil chileno, existió una última redacción del mencionado artículo que, definitivamente, quedó correspondiendo, con las ligeras alteraciones que más adelante anotaré, al artículo 1554 de

²⁴Código Civil de Chile. Art.1554

la codificación definitiva, promulgada como Código Civil de Chile el 14 de Diciembre de 1855.

Esta norma decía:

"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito;
2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten *su perfección, la tradición de la cosa, si el contrato es real, o las solemnidades que las leyes prescriban.*

Concurriendo estas circunstancias, habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente"²⁵

Como se había dicho, constituye la transcrita norma el verdadero antecedente inmediato del artículo 1554 del Código Civil Chileno, toda vez que éste es la reproducción de aquella, con la pequeña modificación que se observa claramente en el numeral 4o. del mismo.

²⁵ Andrés Bello, "Proyecto de Código Civil", Tercer Tomo, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1932, pág.413.

El proyecto de don Andrés Bello, concluido en 1853, revisado por una junta de notables juristas, adicionado con innovaciones que el propio autor del trabajo propusiera en el seno de aquella comisión revisora, a pesar de haber abrevado especialmente del Código Civil francés, se apartó totalmente de aquél, estableciendo de manera independiente y con rasgos autónomos, esta especie contractual.

La doctrina del artículo inicialmente proyectado (Art. 1733 del penúltimo trabajo de Bello) varió sustancialmente en el artículo 1733 del subsiguiente proyecto de 1853 y en el artículo 1554 del código definitivo de 1855, pues la figura pasó de ser un contrato de carácter eminentemente consensual a revestir naturaleza solemne, restrictiva y excepcional.

Sobre este aspecto dice Alessandri:

"Del examen comparativo de ambos artículos, resulta que el artículo 1554 varió mucho la índole del artículo del proyecto. En efecto, mientras en éste la promesa era una simple obligación de hacer que no estaba sujeta a ninguna formalidad, el artículo 1554 la convirtió en un contrato solemne, negándole, por regla general, todo valor. En el proyecto, además, había casos en que la promesa equivalía al contrato mismo como sucedía cuando el contrato era consensual; en tanto que en el código, esto no ocurre jamás, ni aunque el contrato prometido sea de esa naturaleza"²⁶

²⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, "De la Compraventa y De la Promesa de Venta". Tomo II, No. 2065. Santiago de Chile.

Para profundizar algo más en el estudio de lo que sobre la promesa de contrato estatuye el Código Civil chileno, falta analizar en qué consisten los efectos del incumplimiento del contrato de promesa, efectos que se hallan consignados en el artículo 1553, el cual precede al artículo 1554, consagratorio de la figura. Al igual de lo que sucede en nuestro artículo 1610, el artículo en mención dice textualmente lo siguiente:


"Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:


1. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
2. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; y
3. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

Las normas que consagran los efectos del incumplimiento del contrato de promesa en Chile, encuentran un decisivo complemento para su efectividad, como son las disposiciones específicas de ejecución forzada de obligaciones de hacer, que se hallan ubicadas en un título especial del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales, reclama especial importancia para nuestro estudio, la consagrada por el artículo 532 *ibidem* que dice:

"Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conozca del litigio, si, requerido

aquél, no lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal".

 UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

 UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

 UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

SEGUNDA PARTE

EL CONTRATO DE PROMESA EN EL DERECHO COLOMBIANO

I. CONSAGRACION POSITIVA

La promesa de contrato en nuestra legislación se encuentra consagrada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que dice: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito;
2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato;
4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

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

El tratamiento que brinda nuestro Código Civil a la figura en estudio, tal como aparece en la norma transcrita, no es precisamente el mismo que le otorgaba cuando estaba vigente el derogado artículo 1611 del mismo, que decía:

65

"La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna".

De tal manera que, antes de la vigencia de la Ley 153 de 1887, la que en su artículo 89 deroga de manera expresa el precepto contenido en el artículo 1611, nuestra legislación civil negaba toda validez al contrato de promesa.

No se explica cómo, habiendo tenido el legislador colombiano como modelo de código civil el ordenamiento chileno, que admite y reglamenta la materia, hubiese negado validez a una convención tan importante como la promesa de contrato, llamada a satisfacer innegables necesidades del tráfico jurídico.

Consciente el legislador del año 1887 de la falta tan grande que hacía en nuestro estatuto una institución tan provechosa como ésta, la incluyó de manera casi igual a como se halla redactada en el Código de Chile. La Ley 153 de este año, en efecto, hace la pertinente reforma con ligeras variaciones que conviene anotar.

En el numeral segundo de nuestro artículo fue agregada la frase "Por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil", frase que, además de inoficiosa, hace una cita errada debido a que la que debió invocarse es la norma del artículo 1502 ibídem.

Otra variación hecha al reproducir el texto del artículo chileno fue la sustitución de la frase "Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente" existente en la suso dicha norma y, establecida con el objeto de garantizar la efectividad de las obligaciones provenientes del incumplimiento de las prome sas de contrato, por la frase "Los términos de un contrato prometido sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado", sustitución ésta, que, además de carecer de utilidad práctica, debido a la existencia del artículo 1619, deja de reforzar la efectividad de las obligaciones emanadas del contrato de promesa.

Siendo el artículo 89 de la Ley 1153 de 1887, la norma que en la actualidad rige los contratos de promesa, haremos en los capítulos posteriores un análisis detallado de este contrato, tal como se dá en Colombia, utilizando para tal efecto la colaboración de la jurisprudencia y la doctrina.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA PROMESA

A. ES UN CONTRATO.

Lógico es que al analizar las características de esta figura jurídica, no sea necesario puntualizar acerca de que es un contrato, como lo dijo acertadamente Alessandri en su célebre frase: "Que la promesa de celebrar un contrato sea un contrato, es algo que no necesita demostración"²⁷. Pero, ante las posiciones disidentes, especialmente de juristas extranjeros, es de gran utilidad reiterar que nos hallamos frente a un contrato, el cual es fuente de derechos y obligaciones entre las partes que lo celebran,

Conforme al Art.89 de la Ley 153 de 1887, hay excepcionalmente contrato de promesa si en su formación concurren las circunstancias que a renglón seguido enumera y de las cuales nos ocuparemos posteriormente. De allí que en nuestro país, el carácter de contrato atribuido a esta figura jurídica, estructurada y regulada por nuestra legislación, no sea motivo de discusión en la doctri-

²⁷ Arturo Alessandri Rodriguez. "De la Compraventa y de la Promesa de Venta". Tomo II, Págs.967 y siguientes. Imprenta y Litografía, Barcelona, Santiago de Chile, 1918.

na y jurisprudencia nacionales.

A esta firme persuasión se llega al examinar la legislación chilena y la nuestra, entre otras, y al consultar autores propios y foráneos como Degenkolb, Coviello, Ossorio, Fueyo, Somarriva, Pérez Vives y mucho otros más, José Alguer, siguiendo los más eminentes alemanes dedicados al estudio de este interesante tema, dice que el contrato preparatorio se nutre de dos elementos esenciales, que son: "Ser un contrato" y "Estar dirigido a la celebración de un contrato futuro"²⁸

Para Rocca Sastre pese a impresionantes reservas que expone con lucidez dialéctica, la figura en estudio sí es un contrato, cuando dice: "Aunque su denominación de pre-contrato pueda sugerir la idea de que por sí mismo no constituye un contrato, no obstante es un verdadero contrato, y no una figura antecontractual, propia de una fase de tanteos y tratos preparatorios propios de un contrato en ciernes"²⁹

La jurisprudencia colombiana se pronuncia al respecto diciendo que

²⁸ José Alguer. "Para la crítica del Concepto del Precontrato". Revista de Derecho Privado, No.266, Pág.383, Madrid 1935,

²⁹ Ramón Rocca Sastre. "Estudios de Derecho Privado", Tomo I, X. Pág 343, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

la promesa de celebrar un contrato es en sí misma un contrato de naturaleza excepcional, de conformidad con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. El texto de esta norma -dice- ofrece una combinación de dos proposiciones, una negativa y otra positiva. La positiva autoriza el contrato de promesa, señala sus elementos constitutivos y le atribuye sus efectos jurídicos. La negativa no le reconoce estos efectos sino a la promesa que reúne los requisitos que enuncia la proposición positiva. El precepto es, pues, restrictivo de la forma que ha de adoptar esta convención para integrar su estructura y adquirir eficacia jurídica. Solo excepcionalmente puede celebrarse este pacto mediante el cumplimiento riguroso de los requisitos que la misma disposición señala. Lo que da tanto como decir que esta específica convención no tiene valor sino por vía excepcional y que por ello mismo es de derecho estricto.

Pero la doctrina universal no participa unánimemente de los mismos criterios. Antiguamente, la generalidad de los autores admitía la unidad existente entre el contrato preparatorio, o sea la promesa, y el contrato prometido. Hubo sí, autores como Juan Andrés y sus seguidores, quienes consideraban que estos dos contratos, aunque identificados en su finalidad última, son totalmente diferentes. Petrus Surdus, sin embargo, decía que esta separación provenía "más de la sutileza jurídica que de la verdad de los hechos".

20

En los tiempos modernos ha llegado a proclamarse -en algún momento con rigor aparentemente dominante- la teoría negadora de los contratos preparatorios. Claro está que, a pesar de esta tendencia, existen legislaciones y autores que le atribuyen a la promesa carácter de contrato y permiten sustentar esta tesis con razonamientos que ya preponderan.

B. ES PREPARATORIO

El carácter de preparatorio del contrato de promesa es algo que se puede observar con claridad meridiana; tanto es así, que la mayoría de las veces este contrato gana para sí la denominación de "preparatorio", aún cuando es sólo una especie de aquel género; toda esta confusión es debida al hecho de que el contrato de promesa es, entre los diversos contratos preparatorios que existen, el que se celebra con mayor frecuencia.

La denominación de "Preparatorio" de este tipo de contratos, se fundamenta en el hecho de que prepara a las partes para la conclusión de un contrato futuro, argumento del cual algunos se han valido para afirmar que el contrato preparatorio no tiene autonomía suficiente, ya que depende para su subsistencia, de la existencia del contrato prometido; afirmación que no es más que el producto de confundir la estructura de un contrato con los efectos del mismo.

C. ES GENERAL

La promesa de celebrar contrato es, además de contrato preparatorio, un contrato de carácter general, lo que significa que puede ser utilizado como medio para la celebración de un número indeterminado de contratos posteriores.

Mediante un contrato de promesa se puede prometer una venta, una permuta, un arrendamiento, un mutuo, etc., así como se puede también prometer cualquier contrato atípico, siempre que esté plenamente determinado para su debida comprensión.

Algunos autores, debido al carácter general de esta clase de convención, opinan que la promesa de celebrar contrato es, en sí misma considerada, un contrato atípico.

Indudablemente, existen figuras contractuales con una tipicidad más acentuada que el que ahora nos ocupa; pero, si tenemos en cuenta que su finalidad peculiar consiste en la celebración del contrato prometido, y consideramos el hecho de que nuestro Código Civil, al igual que muchos otros, lo consagra y reglamenta, no cabe duda al decir que es un contrato general y típico.

D. ES PRINCIPAL

El carácter de principal de un contrato está determinado por el he

72

cho de que pueda subsistir de manera autónoma, sin la existencia de otro contrato.

En el caso que nos interesa, se puede claramente advertir que participa de esta calidad, ya que la promesa, una vez se haya celebrado con el lleno de los requisitos legales exigidos para su formación y validez, existirá, aunque no se llegue a celebrar el contrato prometido.

Una vez celebrado el contrato prometido, la promesa se extingue, pues ha cumplido su cometido; todo esto nos demuestra que, a pesar de la evidente continuidad entre el contrato preparatorio y el definitivo, aquél no depende ni accede a éste.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en casación de 25 de Septiembre de 1.979, dijo sobre este punto lo siguiente:

"Empero, muy a pesar de su carácter provisorio, la promesa no pierde su categoría de contrato principal, pues subsiste por sí misma sin necesidad de otra convención. En tal virtud es autónomo e independiente y si algo ofrece de excepcional ello obedece al modo imperativo como la ley exige la presencia de todos los elementos que lo configuran, desde luego que esos factores son de la esencia de esta especial convención jurídica".

La promesa de contrato constituye por sí misma una convención sus-

tantiva y completa como otra cualquiera; y como quiera que la celebración del contrato prometido constituye su objeto, éste debera quedar determinado con propiedad dentro de su texto.

E. SOLEMNE

Los caracteres que en nuéstro derecho tiene la promesa de celebrar un contrato, constitutiva en sí misma de un contrato, le dan la característica de contrato eminentemente solemne, toda vez que para su validez es necesario que reúna formalidades especiales, sin cuya concurrencia no habrá de producir obligación alguna.

Estas exigencias, que condicionan la promesa como fuente de obligaciones civiles, están unidas a la existencia misma de este contrato y no simplemente para el efecto de su prueba; lo que, dicho en otras palabras, significa que estos requisitos son exigidos por la ley "ad substantiam actus", y no simplemente "ad probationem".

Así, la forma escrita que para la promesa exige el numeral 1o. del artículo 89 de la ley 153 de 1.887, es requisito esencial para su validez, el cual, unido a las demás condiciones requeridas por la misma disposición, integran el conjunto de formalidades especiales de que habla el artículo 1.500 del Código Civil al definir el contrato solemne. El contrato de promesa debe constar por escrito y es preciso, además, que el documento contenga las demás estipula-

ciones que exige la ley, sin el lleno de las cuales este tipo peculiar de contrato no llega a tener existencia jurídica.

Ante las exigencias que de manera taxativa hace nuestro estatuto civil para la validez de esta categoría contractual, resulta sin sentido el imaginar siquiera la posibilidad de que exista una promesa consensual a la luz de nuestro derecho, aún en la circunstancia de que el contrato que por medio de ella se promete posea tal carácter.

Esta calidad de solemne de la promesa de contrato, independiente de la consensualidad del contrato prometido, reafirma su carácter de principal, tal como lo decíamos anteriormente.

F. SUJETO A MODALIDAD POR DISPOSICION LEGAL

Al analizar el Num. 3o. del Art. 89 de la ley 153 de 1.887, se puede percibir que esta modalidad convencional, contrariamente al hecho de que generalmente los contratos surtan efectos inmediatos entre las personas que los celebran, y que sean las partes quienes introduzcan las modalidades que a bien tengan, posee una futur reidad esencial, la cual, dispuesta por la ley, se fija necesariamente por medio de un plazo o de una condición.

G. ES EXCEPCIONAL

Como ya vimos, el art. 89 de la ley 153 de 1.887, consagra con ca

25

rácter excepcional el contrato de promesa. La intención del legislador fue sin duda la de establecer un precepto de orden restrictivo, que de manera general niega efectos a las promesas de celebrar contratos, y únicamente los otorga a aquellas promesas que reúnan todas las condiciones allí previstas.

El contenido del artículo citado, después de derogar al artículo 1611 del Código Civil, que en forma absoluta desconocía efectos jurídicos a la promesa de celebrar un contrato, prescribe que ésta no produce obligación alguna salvo que concurren las circunstancias que en el mismo texto se enumeran.

La forma negativa en que se halla redactado aquel precepto ha permitido fundar el concepto de que esta específica convención solo tiene valor por vía excepcional y es una figura de derecho estricto. Ha sentado la Corte "que no ha de olvidarse que la forma negativa de un precepto legal no entraña siempre una prohibición y que muchas veces se le emplea con el único objeto de imprimirle a la ley un carácter imperativo y restrictivo. Tal ocurre con el art. 89 de la Ley 153 citado. Y que el precepto no es, pues, prohibitivo, sino simplemente restrictivo de la forma que ha de adoptar esta convención para integrar su estructura y adquirir eficacia jurídica. El giro negativo de la norma no tiene otro alcance que el de acentuar la exigencia de los requisitos esenciales del contrato para que él se perfeccione y pueda producir efectos en

76

tre los prometientes". (Sent. Junio 10, de 1.968, G.J., t CXI, Pág. 140).

H. ES UN CONTRATO TRANSITORIO

El contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, que consiste en asegurar la celebración de otro contrato en el futuro; por esta razón, la doctrina universal afirma que el contrato que nos ocupa no es un fin en sí mismo considerado, sino un medio o instrumento que conduce a efectuar otro negocio diferente.

La mencionada finalidad económica que se encuentra en la promesa de celebrar un contrato, le imprime a ésta un carácter eminentemente provisional, transitorio y perecedero, ya que no se trata de un pacto perdurable, ni está destinada a crear un situación jurídica permanente de efectos perpetuos. La transitoriedad referida se manifiesta por lo tanto, como de la esencia del contrato de promesa. Como consecuencia de ese carácter provisional del contrato de promesa, el numeral 3o. del artículo 89 de la ley 153 de 1.887, impone la obligación de establecer un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido, ya que debido a la transitoriedad de esta convención, las partes no pueden quedar ligadas por ella de manera indefinida.

22

I. ES UN CONTRATO NOMINADO

El contrato de promesa reviste la categoría de nominado, toda vez que nuestro Código Civil lo regula en el artículo 89 de la ley 153 de 1.887, estableciendo una serie de requisitos esenciales para su existencia y validez, y dejando por tanto incorporadas a su régimen todas aquellas normas que por su esencia no le sean contrarias o queden excluidas por la voluntad expresa de los prometientes. Por todo lo cual es dable afirmar que, aunque el contrato de promesa no se halle definido legalmente, pertenece a la clase de los contratos nominados.

J. ES BILATERAL

El contrato de promesa es bilateral porque la obligación de celebrar el contrato prometido es contraída por ambas partes. De la promesa -lo ha dicho la Corte- nace como obligación específica para cada uno de los prometientes la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulados. Produce, de consiguiente, recíprocas obligaciones de hacer.

III. DUALIDAD CONTRACTUAL E HIPOTESIS QUE PUEDEN DARSE

Contrato, en general, es un acto jurídico de formación indefectiblemente bilateral, puesto que en su celebración siempre interviene la voluntad de dos o más personas; pero el contrato, ya formado, puede ser unilateral o bilateral en sus efectos, según que genere obligaciones para una sola de las partes o a cargo de ambas.

Cuando el contrato es de promesa, el acto es bilateral tanto en su formación -como ocurre en todos los contratos- como por razón de sus efectos, pues genera por principio y a cargo de todos los prometientes una obligación común de hacer, consistente en el otorgamiento del contrato prometido o definitivo.

El Contrato final que se promete, independientemente de la promesa, puede ser unilateral o bilateral, según que cree obligaciones para una sola de las partes o genere una situación obligacional de efectos recíprocos. Y como con el contrato de promesa se produce necesariamente una dualidad conformada por el contrato de promesa (que es el preparatorio y motivo de nuestro estudio), y el contrato prometido, ulterior y definitivo, que es completamente independiente del primero, puede llegarse mediante la conjugación de ambos a la proposición de distintas hipótesis

que enunciaremos separadamente, así :

1. PROMESA BILATERAL DE CONTRATO BILATERAL

Este es el caso más común de promesa el cual no ofrece dificultad alguna y se dá perfectamente entre nosotros teniendo en cuenta nuestra legislación sobre la materia.

EJEMPLO : A promete a B la venta de un bien determinado en las condiciones que fija detalladamente para una posterioridad determinada por plazo o condición. B recibe la promesa, la acepta y a la vez promete comprarle a A el mismo bien en iguales condiciones. A y B quedan mutuamente obligados a la celebración de un contrato futuro que, a su vez, generará obligaciones recíprocas, ya que la compra-venta es un contrato bilateral.

2. PROMESA BILATERAL DE CONTRATO UNILATERAL

En el segundo supuesto la ocurrencia de esta figura es menor que en el primer caso, pero no ofrece dificultad alguna ya que nuestra legislación lo permite de manera amplia.

EJEMPLO : A promete a B la entrega de una determinada suma de dinero en calidad de préstamo de consumo, bajo precisas condiciones y en un plazo determinado; y, B a su vez, promete la celebración de dicho mutuo en las las condiciones establecidas. Se ha celebrado

un contrato bilateral de promesa, por medio del cual, en lo futuro, se celebrará un contrato de mutuo, que por ser unilateral, sólo generará obligaciones a cargo del mutuario B.- Igual posibilidad puede presentarse respecto a una promesa de comodato, de depósito gratuito, etc.

3. EXISTE EL CONTRATO UNILATERAL DE PROMESA?

A la luz de la legislación nacional, el contrato de promesa, tal como se le reglamenta en el artículo 89 de la ley 153 de 1.887, jamás podrá asumir carácter unilateral. Esta especie contractual ha de ser necesariamente bilateral por razón de su propia solemnidad, que obliga a los prometedores a determinar por escrito, con clara indicación de sus elementos estructurales, el contrato que se promete. La convención definitiva que con la promesa se prepara, debe determinarse de tal suerte que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa, si es real, o las formalidades legales. Y a esa inconfundible especificación no puede llegarse sino comprometiendo el consentimiento de las dos partes interesadas. De manera que lo que entre nosotros se denomina técnicamente *contrato de promesa* no podrá generar sus efectos unilateralmente. Debido al estricto enunciado del citado artículo 89, que restringe el contrato de promesa y lo consagra de manera excepcional para los casos en que se cumplan las exigencias de la norma, es necesario reconocer que tales exigencias solo pueden colmarse en la modalidad bilateral del contrato de promesa. La Corte Suprema, en casación de 25 de Septiembre de 1979

81

así lo consideró al expresar categóricamente: "La promesa de celebrar el contrato prometido es contraída por ambas partes",

Ahora bien, como en el mundo de las relaciones jurídicas es frecuente que las personas acudan al expediente de promesas que solo obligan unilateralmente, como cuando un propietario se compromete a vender a otro, dentro de cierto plazo, o en el evento de cierta condición, si el beneficiario de la promesa se decide a comprar, el legislador se vió en la necesidad de regular esta modalidad, y para el efecto instituyó lo que se ha llamado contrato de *opción*. Este tipo de promesa quedó reglamentado por el artículo 23 de la ley 51 de 1.918, cuyo tenor es el siguiente :

"La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviera sometida a un término o a una condición será ineficaz.

La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir este plazo".

La opción es, pues, un contrato unilateral distinto de la promesa de contrato de la ley 153, que es, como ya se dijo, necesariamente bilateral. La opción existe paralelamente al contrato de promesa propiamente dicho, y con ella se satisface el vacío que resultaba de los excluyentes términos del artículo 89 de la ley 153, tantas veces citado.

El problema subsiste y ha dado origen a hondas e interesantes discusiones, en las legislaciones en que no se ha colmado con la opción el vacío de una válida promesa de efectos unilaterales, como ocurre en Chile.

En las aludidas legislaciones se plantean hipótesis que han conducido a un tratamiento contradictorio. En Chile, verbigracia, se han examinado en tono pugnaz las siguientes posibles modalidades:

4. PROMESA UNILATERAL DE CONTRATO UNILATERAL

Respecto de este tercer supuesto, diremos que se da cuando una sola de las partes promete a la otra la celebración de un contrato futuro, que a su turno generará obligaciones a cargo de una sola de las partes contratantes.

EJEMPLO : A promete a B la celebración de un contrato de depósito; B recibe y acepta esta promesa sin adquirir ninguna obligación. Celebrado el contrato de promesa entre A y B, sólo A estará obligado para con B a entregarle determinado bien en calidad de depósito, contrato este último que sólo generará obligaciones a cargo del depositario B.

Al observar detenidamente este caso, vemos cómo el orden de la relación inicial o sea de la promesa, se torna invertido en el contrato de depósito. En la promesa A hace las veces de deudor de B; y, en el contrato posterior de depósito, es B el deudor de A.

Ambas partes son, a su vez, acreedor y deudor de la otra parte; todo esto sin perder de vista el hecho de que nos hallamos frente a dos contratos diferentes e independientes el uno del otro: el preparatorio y el prometido.

En nuestro país, teniendo en cuenta lo dispuesto en forma taxativa por el Num. 4o. del Art. 89 de la Ley 153 de 1.887, que exige como *conditio sine qua non* para la validez del contrato de promesa "*que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales*", no se puede dar válidamente esta figura, toda vez que resulta jurídicamente imposible que al momento de "*determinar*" el contrato prometido, pueda el prometiende - deudor obligar a un beneficiario que también es deudor, pero de la segunda relación, y que inicialmente no contrae obligación alguna.

5. PROMESA UNILATERAL DE CONTRATO BILATERAL

Esta hipótesis es la única que ha sido cuestionada con mucho empeño por parte de los grandes tratadistas, quienes se sitúan en dos bandos opuestos para analizar esta figura contractual y proporcionarle o no méritos suficientes para su existencia.

Consiste en la promesa hecha por una de las partes a la otra que no se obliga; y posteriormente, al celebrarse el contrato prometido, a pesar de que inicialmente fue una sola parte la que se obligó, las

46943

obligaciones estarán a cargo de ambas, de manera recíproca.

El supuesto de la validez de la promesa unilateral de contrato bi lateral, es rechazado por muchos autores, quienes le consideran inadmisibile teniendo en cuenta el hecho de que en él no se cumplen los requisitos establecidos por los numerales 2, 3 y 4 del Art. 89 de la ley 153 de 1.887.

Arturo Alessandri Rodríguez en el trabajo que presentó como tesis de grado, denominado "La Compraventa y la Promesa de Venta", sostuvo la nulidad de la promesa unilateral de contrato bilateral, basándose en los requisitos que mencioné hace un momento. Seguidamente transcribiré un fragmento de su obra, en donde de manera magistral expone las razones en que se fundamenta su teoría.

"En otras palabras, es válida la promesa unilateral de venta? el contrato de compraventa pertenece a la categoría de los llamados consensuales, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin perjuicio de las excepciones legales.

Según esto, y de acuerdo con el Art. 1455 del Código citado (Art. 1.857 de nuestro ordenamiento civil), para que la venta sea válida y produzca obligaciones, es menester que haya acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio, acuerdo que debe ser recíproco, esto es, que una se obligue a vender y la otra a comprar pagando cierto precio, porque la venta es un contrato bilateral.... La

Ley, como hemos visto, exige que en la promesa se *especifique* de tal manera el contrato prometido, que sólo le falte, para que sea perfecto, la tradición de la cosa ó las solemnidades legales. Al decir el legislador que el contrato se "*especifique*", ha querido dar a esta expresión su sentido natural y obvio, puesto que no la definió. Este sentido es, según el Diccionario de la Lengua, "*explicar, declarar con individualidad una cosa*". Declarar con "*individualidad*" una cosa, es, *individualizar, determinar exactamente la especie a la cual pertenece el contrato o, en otros términos, manifestar su especie, determinar los caracteres que la distinguen y que lo diferencian de los demás contratos*". Considerando todo lo anterior, Alessandri concluye que, teniendo el contrato de compraventa sus caracteres esenciales y específicos que lo distinguen de los demás, no puede individualizarse ese contrato sino en cuanto el prometido reúna sus requisitos esenciales: consentimiento re c i p r o c i p r o c o, (intención de vender y comprar), cosa y precio. Si falta el consentimiento, Vgr. en el comprador, no se ha determinado el contrato; para su perfeccionamiento no sólo faltaría la tradición de la cosa o las solemnidades legales, sino que haría falta, también, el consentimiento de una de las partes. Si falta algo más, no se han llenado las exigencias legales y, por lo tanto, no hay promesa. Por último, opina Alessandri, que la promesa unilateral chocaría con la prohibición legal de estipular una condición potes t a t i v a que dependa de la mera voluntad del que se obliga, ya que

el aceptante se obligaría "si le dá su real gana, si se le antoja".³⁰

No son pocos los autores que, contrariamente a lo que piensa al respecto la corriente doctrinaria orientada por el profesor Alessandri, otorgan plena validez a la promesa unilateral de contrato bilateral, y entre ellos, el autor chileno Fernando Fueyo Laneri, en su obra "Contratos y Demás Fuentes", rebate los argumentos anteriormente expuestos de la siguiente manera;

- a. "La exigencia del numeral 4o. del mencionado artículo importa la "especificación" del contrato prometido al extremo de incluir en la promesa" el concurso de voluntades del comprador y del vendedor en virtud del cual el primero se obliga a comprar y el segundo a vender", y, no concurriendo tal requisito en la promesa unilateral, estaríamos frente a un contrato más que anulable, inexistente. Este fundamento se refuta en este mismo trabajo, al analizarse el alcance del citado numeral 4o. que no tiene por qué necesitar de elementos extraños para formarse. En efecto se expresa aquí que, en cuanto a la profundidad de la exigencia de "especificar", es la que se conforma con la mención de las cosas de la esencia del contrato prometido; no siendo indispensables, por lo tanto, las de la naturaleza ni las accidentales.

³⁰ Arturo Alessandri Rodríguez. Obra citada, Págs. 967 y siguientes.

Conviene añadir, además, que esta refutación se aviene con una de las soluciones básicas o claves: la de la individualidad y separación de los contratos de promesa y el definitivo.

Por consiguiente, el fundamento en análisis se basa en una interpretación errónea y excesivamente estricta de uno de los requisitos del contrato de promesa, y, por lo mismo, ha de rechazarse, en cuanto pretende un consentimiento innecesario, que es exigible sólo en el contrato futuro y no antes.

- b. La exigencia del numeral 2o. -que afirma la tésis de la nulidad- incluye la concurrencia de las voluntades del contrato prometido; como las de comprar y vender, si se trata de una compraventa. En otras palabras, es "ineficaz" el contrato preparatorio por faltar en él un requisito de la esencia, pero no de la esencia del preparatorio que ahora se otorga, sino de la esencia del futuro que se promete. Es la repercusión de ineficacia del prometido al preparatorio, que alcanza a este caso de promesa unilateral, porque en ésta faltaría, necesariamente, tal acuerdo.

El fundamento en análisis se parece notablemente al anterior, en cuanto en ambos casos se pone en juego y se exige desde luego, el acuerdo de voluntades del contrato prometido; pero mientras en el anterior era por acatar la "especificación" estricta, ahora lo es por *repercusión de ineficacia*.

88

La muy clara diferenciación que actualmente se hace entre el contrato de promesa y el contrato prometido, formulada con rei teración en cuanto contrato ha podido presentarse la oportunidad de hacerlo, y que contrasta con la época de vacilaciones que se observaba en los tiempos de boga de la tesis apoyada por Alessandri, no deja la menor sospecha acerca del rechazo del fundamento de la ineficacia repercutida, que pretende agregar al contrato preparatorio, a título de exigencia, un elemento propio del contrato prometido, que nace por virtud de un con sentimiento pleno y autónomo, nuevo y fresco, sin necesidad de pedirle prestado a otra relación, por muy preparatoria que esta sea.

- c. En la promesa unilateral de contrato bilateral, finalmente, a juicio de la tesis de nulidad, quedaría exclusivamente a la vo luntad de una de las partes, el contraer las obligaciones inhe rentes a la posición que esta parte ocupa en el contrato; lo cual, en otros términos, importaría la contratación subordinada a una condición potestativa que depende de la mera voluntad del deudor, de las que señala como nulas el Art. 1.478 (Art. 1.535 de nuestro Código Civil), por lo que también sería nula la promesa de contratar a juicio de esta tesis.

En este punto, el profesor Fueyo Laneri cita al tratadista Luis Claro Solar, quien en su obra "Derecho Civil Chileno y Comparado" trata este controvertido asunto y dice:

"El Art. 1.478 se refiere a una condición que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga; y en la promesa de venta el promisor queda obligado desde que celebra la promesa y el presunto comprador no contrae obligación alguna que depende de su mera voluntad, sino que se reserva resolver si compra o no compra, sin expresar aún su voluntad de comprar. Se reserva la facultad de prestar o no prestar su consentimiento, aceptando o no, la oferta que el promisor le ha hecho".

Y continúa diciendo Fueyo: "ahondando en el argumento, y expresando algo que no alcanzó decir Claro Solar, puede afirmarse que no cabe hablar de un deudor que decide arbitrariamente o no-sino que de un acreedor, esto es, de aquél que acepta realizar el contrato prometido. Se trata, pues, de un acreedor de la celebración prometida por el otro contratante, en caso alguno de un deudor. (que en este contrato una de las partes se llama "prometiente-deudor", y la otra, el beneficiario, "prometiente-acreedor.

De esta manera, la condición meramente potestativa, depende de la voluntad del acreedor y no del deudor, y como el Art. 1.478 del Código Civil chileno sólo establece la nulidad de aquellas condiciones que dependen de la mera voluntad de este último,

las promesas unilaterales son plenamente válidas".³¹

Las tesis planteadas anteriormente, una que niega y otra que otorga validez al contrato unilateral de promesa de celebrar contrato bilateral, han sido argumentadas de la manera más satisfactoria por sus exponentes, quienes no dejan duda alguna sobre la gran calidad como doctrinantes del Derecho; ambas posiciones son igualmente respetables y es preciso mirarlas como el resultado del vacío que sobre este punto dejó el Código Civil chileno.

31 Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Págs. 104 a 113.

IV. REQUISITOS INELUDIBLES QUE DEBE REUNIR TODO CONTRATO DE PROMESA

(Ley 153 de 1.887, artículo 89)

El artículo 89 de la Ley 153 de 1.887, tal como lo dijimos en el capítulo anterior, consagra de una manera expresa y taxativa, los requisitos que, concurrentemente, debe reunir toda promesa de contrato para su validez.

Estos requisitos, que son tanto de forma como de fondo, serán analizados separadamente, en el mismo orden en que se hallan enumerados por el artículo que los prescribe, el cual será transcrito seguidamente.

Artículo 89 de la Ley 153 de 1.887 :

"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:

- 1a. Que la promesa conste por escrito;
- 2a. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1.511 del Código Civil;

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

4a. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

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

Queda derogado el artículo 1.611 del Código Civil".

PRIMER REQUISITO: QUE LA PROMESA CONSTE POR ESCRITO
(Ley 153 de 1.887, artículo 89, Numeral 1o.)



Esta es la primera condición que de manera concurrente con otras que más adelante estudiaremos, deberá poseer la promesa de contrato para adquirir existencia jurídica.

El escrito a que se refiere nuestro artículo, constituye un requisito indispensable para que pueda surgir como ente jurídico una promesa de contrato, y por lo tanto, no es requerido únicamente como medio de prueba, sino como requisito "ad solemnitatem".

Por tal motivo, la carencia de esta formalidad en un contrato de promesa no acarrea su nulidad, sino que, ante la ley, esa promesa no habrá nacido aún a la vida jurídica, y por ende, no producirá efectos jurídicos, aunque la parte contra quien se aduce esta promesa, reconoz



ca su existencia dentro del proceso.

Veamos que dice el artículo 1,500 del Código Civil al referirse a las diferentes clases de contratos:

"El contratoes solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil".

Acorde con lo dispuesto por el derecho positivo, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular, lo siguiente:

"Es principio indiscutible que los contratos solemnes no tienen existencia jurídica, ni pueden producir efectos legales, sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección; ni la voluntad de las partes contratantes, ni sentencia alguna de juez pueden derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, dando efecto retroactivo a un contrato solemne, para hacerle producir efectos desde una época anterior al cumplimiento de la formalidad que le ha dado vida jurídica". (Cas. de 11 de octubre de 1.929; G.J. Tomo XXXVII; pág. 283).

Si se parte de la base de que la promesa debe constar por escrito, en ésta deberá expresarse el consentimiento de los contratantes y, en el evento de que sólo una de las partes así lo hiciera y la otra lo prestare de manera tácita, la promesa no tendrá valor alguno, toda vez que es indispensable que ambas partes concurren a prestar su consentimiento por escrito.

No será necesario que el escrito a que se refiere la norma esté constituido por un sólo documento; éstos podrán ser varios, lo que en buen romance significa que, la pluralidad de documentos carece de importancia, siempre que exista unidad de contenido. Es más, el escrito podrá consistir en una carta o telegrama, o en varios de éstos, con la condición de que ambas partes firmen la promesa en los escritos en que conste que se obligan. En este punto, resulta interesante dejar oír la voz autorizada de Alessandri, que dice:

"La manera de manifestar el consentimiento en los contratos que deben hacerse por escrito es firmándolos, poniendo cada parte su firma al pie del documento. Si una no lo firma, ni nada se expresa en el documento sobre la concurrencia efectiva de su consentimiento, no hay acuerdo de voluntades en forma escriturada y la promesa de venta, por lo tanto, no existe". ³²

La forma como se nos presenta el numeral que nos ocupa es sumamente clara y no ofrece confusión alguna; pero, respecto de si la promesa de celebrar un contrato relativo a bienes inmuebles deba constar por escritura pública o si, por el contrario, basta el simple documento privado, las opiniones de los autores han estado divididas. Se sostiene por algunos, que la promesa de compraventa de bienes inmuebles, por ejemplo, requiere escritura pública, ya que para esta clase de venta es indispensable tal solemnidad, y por lo tanto, es lógico que también lo sea pa-

³² Arturo Alessandri Rodríguez. Obra citada, págs. 967 y siguientes.

el contrato de promesa; esgrimen a su favor los defensores de esta tésis, el hecho de que por ser el artículo 1.857 una forma de carácter especial, debe prevalecer sobre la de carácter general que es la del numeral 1o. del artículo 89 de la Ley 153 de 1.887, y agregan que la promesa de contrato debe considerarse accesoria al contrato a que se refiere, por tal motivo, deberá regirse por las leyes aplicables al contrato principal.

La otra opinión, conformada por la mayoría de los autores, a quienes, según mi criterio, asiste la razón, afirman que no es necesario hacer constar por escritura pública las promesas de contratos relativos a inmuebles, ya que la ley sólo ha exigido de manera muy clara, que la promesa conste *por escrito* y nadie puede equiparar este término a *escritura pública*.

Se dice, además, que cuando la ley exige la escritura pública como requisito para determinado acto jurídico, lo hace de manera expresa; por lo tanto, si la intención del legislador hubiera sido la de sujetar esta clase de promesas al requisito de la escritura pública, así lo hubiera expresado clara y terminantemente.

Por otra parte, resulta erróneo afirmar que el contrato de promesa acceda al contrato prometido. Los contratos de promesa y el prometido son dos actos jurídicos completamente diferentes e independientes el uno del otro; ambos poseen entidad jurídica suficiente para subsistir sin el ministerio del otro, y ninguno de ellos se ajusta a los caracteres

que, según las disposiciones del Código, son necesarios para que un contrato pueda ser considerado accesorio de otro.

Tampoco es cierto que el contrato de promesa tenga como objeto la enajenación de bienes -en este caso inmuebles-; su verdadero objeto consiste siempre en una obligación de hacer, mientras que el objeto del contrato prometido, podrá consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer, según sea la naturaleza del mismo.

La jurisprudencia nacional, inclinándose a favor de esta segunda tesis, dice en una de sus varias sentencias:

"Las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues unas y otras son completamente diferentes. La promesa dá acción para obtener que se cumpla de acuerdo con lo convenido, y que se paguen los perjuicios que se prueben por el simple retardo; y de la promesa incumplida nace también el derecho a que la parte responsable indemnicé los perjuicios emanados del incumplimiento (C.C. art. 1.610). El contrato celebrado produce acción por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el vendedor que ha hecho la tradición de lo vendido, tiene acción para el pago del precio; y el comprador, que ha pagado el precio, tendrá acción de entrega de la cosa, y uno y otro la acción resolutoria del contrato con la consiguiente indemnización de perjuicios, si es que en la alternativa entre el cumplimiento y la resolución se deciden por

por ésta". (Cas, 13 de Junio de 1.945; LIX, 152).



SEGUNDO REQUISITO: QUE EL CONTRATO NO SEA DE AQUELLOS QUE LAS LEYES DE CLARAN INEFICACES.

(Ley 153 de 1.887, art. 89, num. 2o.)

Al analizar este segundo requisito exigido por el Código para la validez de un contrato de promesa, se puede percibir claramente que éste hubiera podido ser obviado, ya que de acuerdo con las disposiciones generales de los contratos, no es posible que exista promesa alguna de un contrato que las leyes declaren ineficaz.

Por todo esto, no hay duda sobre el aserto de que la idea del legislador al emplear la palabra "ineficaz", fue la de exigir que el contrato prometido debía ser un contrato legalmente válido y lícito, y por lo mismo, moralmente posible.

Dice Luis Claro Solar:

"En la ineficacia del contrato prometido, la ley se refiere al valor intrínseco del contrato en sí mismo, o sea, a lo que mira a sus requisitos internos; mas no a los requisitos externos o solemnidades que deben cumplirse para darle eficacia, o sea, valor jurídico, porque siendo objeto de la promesa la realización del hecho jurídico, vá naturalmente envuelta en la ejecución de la promesa la realización de esos requisitos externos sin los cuales el acto no tiene existencia o validez y, al darles cumplimiento se habrá llevado a efecto un contrato perfecta-



mente eficaz, según las leyes.

Así, la promesa de celebrar un contrato de compraventa de bienes raíces de menores, mujeres casadas* o en general, de personas relativamente incapaces, que no pueden enajenarse sin autorización judicial, no necesita para su validez que se otorgue con esa autorización: la promesa es válida y es el contrato de compraventa que se realice con arreglo a lo prometido, el que deberá otorgarse llenándose ese requisito con el cual la compraventa es perfectamente eficaz".³³

De acuerdo con nuestra legislación civil, el contrato prometido deberá ajustarse a lo prescrito por el artículo 1.502 del Código Civil, que de manera general establece las condiciones exigidas para que una persona pueda obligarse válidamente, además de las normas que regulan casos específicos o las que prohíben la realización de determinados actos jurídicos.

Esto puede traducirse diciendo que las personas que suscriben un contrato de promesa deberán ser legalmente capaces, y emitiendo un consentimiento libre de todo vicio, podrán obligarse válidamente, siempre que esta obligación tenga un objeto y una causa lícitos. De tal modo que, no podrá celebrarse válidamente un contrato de promesa en el cual, el contrato prometido tenga por objeto un bien de uso público, por ejem-

³³Luis Claro Solar. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol. V, Tomo X, de las Obligaciones. (I). Editorial Jurídica de Chile, 1.979. No. 1.206.

* En Chile la mujer casada es considerada relativamente incapaz.

99 ✓

plo. No obstante, existe en este sentido una excepción relativa a las promesas de contrato que versen sobre contratos cuyo objeto esté constituido por bienes embargados o que se hallen en litigio, al igual que lo sucedido en cuanto a la venta de cosa ajena, puesto que el contrato en estos eventos será eficaz, siempre que al momento de realizarse el contrato prometido, los referidos bienes estén desembargados o el litigio concluido.

La razón de esta excepción consiste en que, el contrato de promesa no transfiere en ningún caso el dominio de los bienes materia del contrato prometido, por lo que para su perfeccionamiento no será necesario que los susodichos bienes se hallen en condiciones de ser enajenados. El contrato prometido, contrariamente a lo dicho acerca del de promesa, sí conllevará la obligación de transferir el dominio de esos bienes, por lo que en este momento sí será necesario que los bienes se hallen en condiciones de ser transferidos.

TERCER REQUISITO: QUE LA PROMESA CONTenga UN PLAZO O CONDICION QUE FIJE LA EPOCA DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO.
(Art. 89 de la Ley 153 de 1.887, Num. 3o.)

La tercera circunstancia que debe concurrir para que una promesa de contrato sea válida, consistente en que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido, tiene como fin precisar los efectos de la obligación y dar la debida seriedad al contrato de promesa, ya que si esta época para la celebra

ción del contrato prometido no se fijara mediante la inclusión de estas modalidades, desaparecería toda certidumbre sobre el hecho mismo de esta celebración, originando serias dificultades entre las partes, quienes, a pesar de que por el hecho de celebrar un contrato de promesa, demuestran su deseo de no celebrar el contrato prometido en la actualidad sino posteriormente, necesitan de ese término que les asegura la exigibilidad de sus respectivas obligaciones.

El requisito que ahora nos ocupa es alternativo, asistiendo a las partes celebrantes de un contrato de promesa, la libertad para escoger uno u otro, o sea, optar entre el plazo y la condición.

En el primer evento, es decir, si las partes escogen el plazo como modalidad de la promesa que celebran, el señalamiento de éste podrá hacerse de manera precisa como cuando se estipula la fecha exacta en que deberá celebrarse el contrato prometido; también podrá señalarse el plazo mediante datos proporcionados por el contexto mismo de la promesa, como cuando en ella se dice, por ejemplo, que el contrato prometido será celebrado el día en que el comprador haya pagado la totalidad del precio de la cosa que se promete vender, claro está, deberá existir una fecha límite para el susodicho pago.

En resumen, son muchas las maneras como puede señalarse un plazo; mas lo importante en todo caso es que éste esté debidamente señalado y que él se refiera a la época en que ha de celebrarse el contrato prometido;

de no ser así, faltaría este requisito y, por lo tanto, la promesa no valdría.

Dice Alessandri :

"Un plazo que no reuna la exigencia de referirse a la época de la celebración del contrato, anula la promesa, pues entonces habría incertidumbre en cuanto a la celebración del contrato prometido, cosa que la ley quiere evitar. Si en la promesa de venta, por ejemplo, se dice que "A" promete vender su casa a "B" siempre que éste manifieste de aquí en dos años sus deseos de comprar, esta promesa carece de plazo que fije la época de la celebración del contrato, pues esos dos años son para que el comprador manifieste sus deseos de comprar, pero no para que celebre el contrato. Un promesa otorgada en esta forma, es nula necesariamente".³⁴

Si las partes optan por fijar la época de la celebración del contrato prometido mediante el establecimiento de una condición, es necesario que dicha condición sea efectiva, toda vez que admitir una condición incierta e indeterminada, no creo sea la intención que movió al legislador al prescribir este requisito. Por lo tanto, la condición a la que me refiero deberá ser determinada; es decir, una condición que se cumpla en cierto tiempo, con el objeto de que fije la época de la celebración del contrato prometido.

³⁴ Arturo Alessandri Rodríguez. Obra citada, págs. 967 y siguientes.

Un ejemplo muy ilustrativo sobre este aspecto nos lo dá el doctor Alvaro Pérez Vives en su obra "Compraventa y Permuta" cuando dice : "La ley exige expresamente que la condición fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, y no puede decirse que fija época alguna la condición indeterminada. Así, Vgr., Si "A" prometa a "B" venderle su casa si se va para Europa, la condición es indeterminada, porque no se sabe cuándo ocurrirá el viaje de "A". Pero si éste promete venderle a aquél siempre y cuando se vaya para Europa antes de dos años, la condición será determinada y la promesa válida",³⁵

Es conveniente dejar establecido que, la condición no deberá ser de aquellas que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1.535 del Código Civil, se hallan desprovistas de validez por voluntad del legislador; lo mismo que podemos decir de las de derecho, como es el caso de aquellas que hacen pender la exigibilidad de las obligaciones del hecho de que, por ejemplo, el juez conceda la licencia judicial necesaria para enajenar los bienes inmuebles pertenecientes a un menor, ya que éste es un requisito necesario para la validez del contrato prometido, mas no constituye propiamente una condición.

Sobre el significado que ha de darse al vocablo "época" a que alude el requisito examinado, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente :

³⁵ Alvaro Pérez Vives. "Compraventa y Permuta". Editorial Gran Colombia Bogotá, Colombia, 1.943. Págs. 28 a 44.

"El Código Civil emplea la palabra "época" en dos sentidos. En la mayoría de las veces (arts. 92, 400, 799, 1.551 y 1.882) la usa en su acepción tecnológica de instante o momento, esto es, de un breve espacio de tiempo que sirve de punto de referencia para calcular o medir la duración del mismo tiempo. En otras ocasiones (arts. 97, 108 y 215) la toma en el significado ordinario de intervalo, período o espacio de tiempo. El ord. 3o. del art. 89 de la Ley 153 de 1.887 la emplea en la primera de las acepciones anotadas, o sea, como sinónimo de instante o momento. En dicho precepto "fijar la época" equivale a señalar o determinar el momento preciso y cierto en que ha de celebrarse la convención prometida. No se opone, sin embargo, a la índole provisional del contrato de promesa entender el vocablo época en el sentido vulgar de espacio más o menos prolongado de tiempo, como un día, una semana, un mes o un año, para admitir la fijación de un período de esta clase como época de la celebración del contrato, con tal que se lo designe y delimite en forma precisa y que no quede incertidumbre alguna sobre el cuándo de esa celebración.

La referida fijación de la época puede hacerse mediante un plazo o una condición, bien sean solos o bien combinados el uno con la otra, siempre que no sean de carácter indeterminado". (Cas. 1o. de Junio de 1.965, CXI y XCII, 141).

Resulta conveniente anotar que, a pesar de que ésta ha sido la posición que ha venido tomando nuestra Corte de manera reiterada acerca de esta materia, no han faltado casos en los cuales, contrariamente al criterio

704

mencionado, este mismo organismo ha dicho que, en la promesa, la indicación precisa del momento en que ha de celebrarse el contrato prometido, puede hacerse mediante una condición determinada o indeterminada por lo que era válida la promesa que se hiciera pender de la condición de que la escritura de compraventa, por ejemplo, fuera otorgada tan pronto los certificados de paz y salvo estuvieran listos. (Ver Cas. de 2 de Mayo de 1.957, LXXXV, 59).

CUARTO REQUISITO: QUE EN LA PROMESA SE ESPECIFIQUE DE TAL MANERA EL CONTRATO PROMETIDO QUE SOLO FALTEN, PARA QUE SEA PERFECTO, LA TRADICION DE LA COSA O LAS SOLEMNIDADES QUE LAS LEYES PRESCRIBAN.

(Ley 153 de 1.887, Art. 89, Num. 4o.)

El último requisito del mencionado artículo 89 de la Ley 153 de 1,887, requiere, para que la promesa goce de validez jurídica, que en ella, el contrato prometido se *especifique* de tal manera, que sólo falten, para su perfeccionamiento, la tradición de la cosa objeto del contrato prometido, o las solemnidades que para tal efecto las leyes hayan prescrito.

Antes de entrar a analizar el fondo de este requisito, es conveniente analizar lo que significa, según el Diccionario de la Lengua, el vocablo *especificar*. El Diccionario dice: *Especificar: Explicar, declarar con individualidad una cosa.*

Teniendo en cuenta que mediante la celebración de un contrato de pro

105
✓

mesa puede prometerse la celebración de toda clase de contratos, y no un contrato determinado, hallamos que es esta la razón por la cual se requiere la *especificación* del contrato prometido en todas sus partes; lo que quiere decir, que se precise de tal manera el contrato prometido, no sólo en los requisitos que a su esencia respectan, sino también en los accidentales, con el fin de que, en lo futuro, la intención de contratar de las partes no pueda prestarse a equívoco alguno en cuanto al sentido de su declaración de voluntad; toda vez que la ausencia de este requisito implica la imposibilidad de una ejecución forzosa en el evento de la inexecución del contrato.

Esta especificación a que alude el código, significa que la promesa deberá redactarse de manera tal, que dentro de su texto se halle contenido el contrato prometido. Es así como, en el caso de un contrato de promesa de permuta celebrado por "X" y "Y", por ejemplo, deberá escribirse que "X" promete entregarle a "Y" determinado bien, el cual será alinderado perfectamente en caso de ser inmueble, al tiempo que "Y" promete entregarle a "X" otro bien, determinándolo con la misma precisión que el primero.

Como se puede ver, el objeto del contrato prometido podrá determinarse perfectamente al momento de suscribir la promesa en el caso que éste verse sobre un cuerpo cierto; mas no es imposible prometer un contrato cuyo objeto se refiera a cosas de género y, aún, cuando éste no sea determinado sino sólo determinable. Así, podrá prometerse en permuta, por ejemplo, el edificio Seguros Bolívar del barrio Bóragrande de la

ciudad de Cartagena, al igual que 50 kilogramos de harina de primera calidad, y hasta el vino necesario para una gran fiesta.

En la promesa también deberá manifestarse la fecha en que ha de celebrarse el contrato prometido, la cual se determinará con la fijación de un plazo o por el establecimiento de una condición, como se había dicho cuando hablé del tercer requisito para la validez de la promesa; también es necesario hacer constar en el escrito de la promesa circunstancias como la hora, el lugar y la notaría en que se extenderá la respectiva escritura pública en caso que los bienes objeto del contrato prometido tengan la calidad de inmuebles.

Este es el criterio que asiste a nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, quien a su turno ha dicho:

"Tratándose pues, de promesa de compraventa de inmuebles, para satisfacer lo que demanda el artículo 89 de la ley 153 de 1.887, hácese indispensable la determinación de la cosa prometida en venta y del precio acordado, elementos esenciales de este contrato; pero por tratarse de inmuebles, es necesario, además determinar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública, pues como lo enseña el artículo 1,857 del Código Civil en su inciso segundo, la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública. Siendo contrato solemne esta clase de ventas, y consistiendo precisamente la solemnidad en el otorgamiento de escritura ante notario, indispensable se hace precisar la notaría donde ha de solemnizarse la venta de inmuebles.

1

Pero existe otra razón para exigir que en el escrito de promesa de venta de bienes raíces se precise en qué notaría ha de otorgarse la respectiva promesa de compraventa: de la promesa mencionada nace una obligación de hacer, pues los promitentes acuerdan como sujeta materia de la promesa, el otorgamiento de la escritura; es este hecho el objeto prometido. De consiguiente, si ante cualquier notaría del país o de quien haga sus veces en el exterior, se puede otorgar la escritura pública de venta de cualquier inmueble situado en el territorio nacional, síguese que es necesario precisar ante cuál de todas ellas debe hacerse el otorgamiento de ese acto, porque si se pasara en silencio tal precisión, habría indeterminación del objeto del contrato prometido. (art. 1.518 C.C.)" (Cas. Enero 19 de 1.979).

Sobre el caso en el cual el objeto del contrato prometido verse sobre un cuerpo cierto, nuestro supremo tribunal ha dicho lo siguiente:

"Cuando la promesa trata de la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar por los linderos que lo distinguen de cualquier otro, y cuando se refiere a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por su alinderación. Esta doctrina se basa en el artículo 2594 del Código Civil y en el artículo 15 de la Ley 40 de 1.932".

Y agrega la Corte:

"Los inmuebles deben determinarse por sus linderos todos; faltando el

correspondiente a cualquiera de sus lados, no se puede concluir que se halle individualizado".

(Sentencias de; 12 de Agosto de 1.925, XXXI, 306; 19 de Junio de 1.950, LXVII, 391 y, 24 de Agosto de 1.961, XCVI, 254).

V. EFECTOS DE LA PROMESA DE CONTRATO

Los efectos de las obligaciones pueden resumirse en el derecho que la ley confiere al acreedor de una relación obligatoria para exigir efectivamente el cumplimiento de aquélla por parte del deudor.

La promesa de celebrar un contrato, al igual que todos los demás contratos, es un acto jurídico emanado de una manifestación bilateral de voluntad, dirigida a producir efectos igualmente jurídicos.

Esta modalidad convencional, regulada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1.887, es fuente jurídica que engendra una obligación de *hacer*; obligación ésta que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1.518 del Código Civil, equivale a la ejecución de un hecho. Pero es posible, y la mayor parte de los casos que se litigan ante las autoridades judiciales se deben a esta circunstancia, que el deudor de una promesa de contrato no ejecute el hecho a que se halla obligado, y es en estos casos cuando las leyes sustantivas, en armoniosa concordancia con las adjetivas de nuestro Código de Procedimiento Civil, acuden a suministrar los mecanismos necesarios para la ejecución de dichas obligaciones.

Una vez incumplida la obligación, y habiéndose constituido en mora el deudor, surge para el acreedor el derecho de pedir una de las tres cosas que se hallan indicadas en el artículo 1.610 del Código Civil, que preceptúa lo siguiente :

"Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya :

- 1a. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
- 2a. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;
- 3a. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

Además de las prerrogativas que ofrece el artículo 1.610 al acreedor de la promesa, le asiste a éste, también, una acción a su favor para pedir la resolución contractual, la cual se entiende tácitamente envuelta en los contratos bilaterales, y se halla prescrita por el artículo 1.546 del Código Civil que reza :

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Cabe en este momento advertir, que la mencionada resolución contractual,

en el evento que el acreedor de la promesa decida hacer uso de ella, no se verificará *ipso jure*, a menos que la susodicha condición resolutoria se haya pactado expresamente por los contratantes al momento de suscribir el contrato de promesa.

Sobre la resolución de un contrato de promesa ha dicho la Corte:

"La promesa de celebrar un contrato, como todo pacto bilateral, es susceptible de resolución, al tenor del artículo 1.546 del Código Civil". (Cas. del 11 de Mayo de 1.942 LIV, 411).

Expuesto lo anterior y, habiendo dejado claro el hecho que el acreedor puede elegir a su arbitrio entre la resolución contractual y la ejecución forzosa de la obligación, entraremos a analizar qué sucede si escoge la segunda de estas dos alternativas, o sea, la ejecución forzosa de la misma.

En este evento, el acreedor, sin perjuicio de la indemnización por la mora a que por disposición expresa del artículo 1.610 del Código Civil tiene derecho, podrá optar por cualquiera de estas tres soluciones:

- 1o. Apremiar al prometiende deudor, por intermedio de un juez, a que ejecute el hecho prometido;
- 2o. Obtener del juez la autorización para hacer ejecutar el hecho por un tercero, a costas del prometiende deudor; y

30. Demandar judicialmente la indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, los cuales son denominados perjuicios compensatorios, y comprenden tanto el *lucro cesante* como el *daño emergente* causados por el incumplimiento por parte del deudor, y que no se oponen, en ningún momento, a la indemnización por perjuicios moratorios de que se habló anteriormente.

Esta acción de indemnización de perjuicios podrá ser incoada por el prometiente acreedor de manera autónoma y principal, al igual que subsidiariamente en el caso que por circunstancias propias del hecho prometido, la ejecución *directa o en especie* del mismo se torne imposible de realizar.

Esta es la llamada ejecución forzada de las obligaciones, y consiste en el procedimiento que la ley establece para que por intermedio de las autoridades judiciales y con el empleo de medidas coercitivas dispuestas para el efecto, se aseguren efectivamente los derechos del acreedor.

Por tal motivo, nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 488, preceptúa lo siguiente :

"Art. 488 : Títulos Ejecutivos.

"Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una



sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso-administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen horarios de auxiliares de la justicia. La confesión hecha en un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294".

Este mismo ordenamiento, al referirse al proceso ejecutivo singular, regula por separado lo concerniente a cada una de las diferentes clases de obligaciones; diferencia que se determina, de acuerdo con el artículo 1.517 del Código Civil, según que el objeto de la misma consista en un dar, un hacer ó un no hacer. Sabido es, como se ha venido demostrando a través de este trabajo, y así lo confirman doctrina y jurisprudencia, que el objeto de un contrato de promesa consiste en una obligación de hacer; por tal motivo, y toda vez que el acreedor tiene derecho a pedir, además de la indemnización de perjuicios causados por la mora, cualquiera de las tres cosas que le ofrece el artículo 1.610 del Código Civil, el Código de Procedimiento Civil desarrolla aquel precepto sustantivo, al regular separadamente los medios de ejecución en la suscripción de un documento ó constitución de una obligación, o en la ejecución de una obra material. Estos preceptos se hallan contenidos en los artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, que dicen:

Art. 500: OBLIGACION DE HACER :

"Si la obligación es de hacer, se procederá así:

1. El juez ordenará al deudor que ejecute el hecho dentro del plazo prudencial que le señale, y libraré ejecución por los perjuicios moratorios cuando se hubieren pedido en la demanda.

2. Ejecutado el hecho, se citará a las partes para su reconocimiento en fecha y hora determinadas dentro de los cinco días siguientes, o se comisionará para ello si fuere el caso. Si el demandante lo acepta, o no concurre a la diligencia, o no formula objeciones dentro de ella, se declarará cumplida la obligación; pero si las propone, se estará a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 499.

3. Cuando no se cumpla la obligación en el término fijado y no se hubiere pedido en subsidio el pago de perjuicios por el incumplimiento, el demandante podrá solicitar que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor, y así lo ordenará el juez, siempre que aquélla sea susceptible de tal forma de ejecución. Con este fin, el ejecutante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez.

4. Los gastos que demande la ejecución los sufragará el deudor, y si éste no lo hiciere los pagará el acreedor. La cuenta de gastos deberá presentarse con los comprobantes respectivos y una vez aprobada, se extenderá la ejecución a su valor".

Art. 501 SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS

"Cuando el hecho debido consista en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios demandados, comprenderá la prevención al demandado de que en caso que no suscriba la escritura o documento en el término de tres días, el juez procederá a hacerlo en su nombre,

Cuando la escritura pública que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado sobre su propiedad actual.

No será necesario el certificado de propiedad cuando se trate de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, ganados y otros medios de explotación económica o de la posesión material que el demandante ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor; pero en estos casos se acompañará certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado. Para que el Juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documentos que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que estos hayan sido secuestrados como medida previa".

La exigencia contenida en el artículo 501, cual es que se tome como medida cautelar el embargo del inmueble o el secuestro de los muebles,

tiende a evitar que el deudor enajene o grave dichos bienes, lo cual impedirá o dificultaría la ejecución forzada de las obligaciones,

De lo dicho hasta ahora acerca de los efectos de las obligaciones de hacer, y teniendo en cuenta lo que al respecto prescriben las normas procesales, podemos concluir diciendo que, en la actualidad es posible la ejecución forzada de las obligaciones de hacer, incluso de aquellas que, debido a su carácter personalísimo, como la suscripción de una escritura pública, ofrecieron serios motivos de discusión antes de la promulgación del Código de procedimiento Civil de 1.971.

De igual manera, también es posible la ejecución de las obligaciones de hacer por parte de los causahabientes del deudor, en virtud de lo prescrito por el artículo 1.434 del Código Civil.

177

VI. EL CONTRATO MERCANTIL DE PROMESA (INNOVACION JURISPRUDENCIAL)

La Corte Suprema de Colombia dejó sentada el 13 de noviembre de 1981 una muy interesante doctrina sobre la materia del contrato de promesa, pronunciamiento en el cual hace el autorizado Tribunal clara distinción según que el contrato preliminar se celebre en materia civil o en asunto comercial. Para la Corte el contrato civil de promesa es solemne y debe quedar restrictivamente sometido a los requisitos señalados por el art. 89 de la L.153 de 1887, en tanto que los contratos de igual naturaleza, si ofrecen carácter mercantil, son puramente consensuales y quedan sujetos a la preceptiva del artículo 861 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 824, 854 y 863 de la misma obra, si bien es cierto que requieren, por razón de su transitoriedad, que las partes acuerden indefectiblemente un plazo para su ejecución.

Pero para entender mejor la novedosa jurisprudencia de la Corte sobre el contrato de promesa en materia comercial, y antes de que exponga la esencia de la doctrina, es útil que resuma las particularidades del proceso en que el fallo fue proferido, propósito que cumpla en las siguientes líneas.

ANTECEDENTES

778

1. En documento suscrito en Ibagué el 30 de septiembre de 1978, "Elías Acosta & Cía Ltda." declaró haber recibido de Satura Cuéllar de Durán la suma de \$200.000.00 para "separar" el apartamento 401 del edificio Ambalema de aquella ciudad, "el cual queda comprometido en venta al (sic) sistema de propiedad horizontal a la citada señora..."
2. Se señaló como precio del inmueble la cantidad de \$1.360.000.00, pagadera en varias cuotas, una de las cuales sería por \$300.000.00, que la señora Cuéllar de Durán debía pagar el 28 de febrero de 1979, fecha en que debía suscribirse " *la promesa de compraventa*" y el saldo resultante "a la firma de la escritura... con préstamo de la Corporación de Ahorro y Vivienda".
3. En el escrito mencionado se describió el " *apartamento motivo de esa compraventa* ", se manifestó que el precio era único y que no estaba sometido a ninguna clase de ajustes, y se pactaron las siguientes " *condiciones adicionales* " de la venta:
 - 1o. Que le sea otorgado el préstamo por cualquier entidad financiera, para poder correr la escritura; de lo contrario se deberá el dinero recibido sin lugar a pagar multa, o se le hará escritura a la persona que la compradora designe.

- 2. Los gastos de escritura serán por cuenta del comprador y el valor de las matrículas de luz y agua por cuenta del vendedor.
- 3. Las especificaciones para los acabados de la obra, serán las indicadas en el reglamento de propiedad horizontal, aprobado y protocolizado por el vendedor.
- 4. La escritura se hará por el valor que convenga el prometiende vendedor.
- 5. Las demás condiciones se establecerán en la respectiva promesa de venta.
- 6. El apartamento se entregará íntegramente terminado".

EL LITIGIO

A. Demanda Principal

- 1. Frustrada la negociación, "Elfas Acosta & Cía Ltda". demandó a Satoria Cuéllar de Durán para que en el proceso se hiciesen estos pronunciamientos:
 - a) Que se declare la nulidad o invalidez del "CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA" contenido en el documento de 30

de septiembre de 1978, mediante el cual se negoció el apartamento 401 del edificio Ambalema.

b) Que se decreten las prestaciones mutuas a que están obligados los contratantes y que se condene en costas a la demandada, en caso de oposición.

2. Como hechos fundamentales de su pretensión, "Elías Acosta & Cía Ltda". adujo los siguientes:

a) En el descrito documento se resalta la intención de las partes de "compravender" el inmueble, por lo cual debe mirársele como un contrato de promesa, no obstante lo cual, no contiene la pertinente alindación ni ubicación del edificio Ambalema o del apartamento 401 de que él forma parte, ni la fijación de la fecha en que debería correrse la escritura de compraventa; sino que esta se dejó a los resultados de una condición aleatoria e incierta, como aquella de que el saldo del precio fuera pagado con un préstamo de cualquiera entidad financiera.

b) Aunque el precio fue pactado en \$1.360.000.00, la promitente vendedora solo recibió \$500.000.00 "que está dispuesta a devolver..."; y

c) Saturia Cuéllar de Durán no pagó las sumas que estaba

121

obligada a cancelar el 15 y el 28 de febrero de 1979, fecha esta última en que además debían las partes suscribir la promesa de compraventa anunciada en el contrato inicial de "promesa".

El actor explica que no consideró indispensable proponer resolución del contrato como pretensión subsidiaria, no obstante los incumplimientos de la promitente compradora, en razón de que en el documento se convino que si la señora Cuéllar de Durán no obtenía préstamo de una entidad financiera, "se devolverá el dinero recibido sin lugar a pagar multa"

b) Demanda de reconvención

Saturia Cuéllar de Durán se opuso a la demanda principal y propuso a su turno demanda de reconvención con las siguientes pretensiones:

1. De manera principal:

- a) Que "Elías Acosta y Cía Ltda." está obligada a dar bajo escritura pública a la señora Saturia Cuéllar de Durán, el dominio y posesión del apartamento número 401 del edificio Ambalema.

Y

b) Que se condene a la sociedad contrademandada al pago de los perjuicios causados por su "informalidad" a Satura Cuéllar de Durán, así como al pago de las costas procesales.

2. De manera subsidiaria:

Primera: que "Elías Acosta & Cía Ltda." está obligada a celebrar con la señora Satura Cuéllar de Durán ... contrato de promesa de venta del apartamento número 401 del edificio Ambalema..."

Segunda: Que "Elías Acosta & Cía Ltda." debe restituir a Satura Cuéllar de Durán la suma de UN MILLON DE PESOS MCTE (\$1.000.000.00), "equivalente al precio entregado por ésta a la sociedad... doblado, más los intereses corrientes sobre las sumas entregadas ..."

3. Independientemente de los hechos expuestos en la demanda principal, la señora Cuéllar de Durán aduce como fundamentos de su reconvención, los siguientes:

a) Que "Elías Acosta & Cía Ltda." incumplió su obligación de suscribir con ella un contrato de promesa de compraventa sobre el apartamento 401, el

123

día 28 de febrero de 1979, no obstante que estaba ella en capacidad de pagar en esa fecha la cuota pactada de \$300.000.00.

- b) Que el 12 de febrero de 1980 Satoria Cuéllar de Durán solicitó a la sociedad "la entrega de la posesión del inmueble y la firma de la promesa..."; acto jurídico a que ésta se negó argumentando que no estaba "aprobado el reglamento de propiedad horizontal del edificio".
- c) Que Satoria Cuéllar ha hecho mejoras en el inmueble.

Y

- d) Que aquélla ha sufrido perjuicios económicos y morales "derivados de una responsabilidad precontractual a cargo del convencionista incumplido".

Elías Acosta & Cía Ltda., al contestar el libelo de reconvención, se opuso a las pretensiones incoadas.

C. Sentencia del a quo

Sustanciadas conjuntamente las dos demandas, el juz-

gado del conocimiento puso fin al proceso con sentencia mediante la cual negó las peticiones de la demanda principal y la primera y segunda principales de la de reconvencción; accedió a la primera subsidiaria de ésta para declarar que la sociedad "Elías Acosta & Cía Ltda". está obligada a celebrar con la señora Saturia Cuéllar de Durán contrato de promesa de compraventa del apartamento 401 del edificio Ambalema, y condenó en costas a la sociedad demandante.

D. Sentencia del ad-quem

El Tribunal reformó la sentencia de primer grado en estos términos:

- a) Confirmó la resolución desestimatoria de las peticiones de la demanda principal;
- b) Se inhibió de fallar las peticiones primera, segunda y tercera principales y la primera subsidiaria de la demanda de reconvencción, por "indebida acumulación de acciones";
- c) Negó la petición segunda subsidiaria de la demanda de reconvencción, vale decir, la restitución de una suma de dinero, doblada; y,

d) No condenó en costas en ninguna de las instancias. Consideró el Tribunal que las partes no entendieron celebrar un contrato de promesa de venta sino "separar" un apartamento, y consiguientemente, no procede declarar nula una promesa de venta inexistente.

La verdadera intención de los firmantes del documento surge del propio contenido literal de las palabras: una de las partes da un dinero y la otra se compromete a "separar" el inmueble. El contrato de promesa había de ser posterior, el 28 de febrero de 1979, mediante entrega por parte de la señora Cuéllar de Durán, de una nueva cuota de \$300.000.00

Concretamente sobre la demanda de reconvenición, el Tribunal anotó que las peticiones primera principal y primera subsidiaria están inequívocamente dirigidas a obtener la ejecución de ciertas obligaciones "de hacer", que se solicita por los trámites de un proceso ejecutivo, razón por la cual la demanda ofrece "una indebida acumulación de acciones", por corresponder un procedimiento diferente al del proceso ordinario, "debiendo entonces el Tribunal inhibirse de fallar

sobre estas peticiones".

Y agrega el sentenciador que la petición segunda subsidiaria no se encuentra ameritada en los autos, "puesto que el mismo que reconvino expone en el hecho segundo que solo entregó la suma de quinientos mil pesos", suma no sujeta a reajuste o incremento.

E. El fallo de la Corte

La Corte Suprema, obrando en casación como Tribunal de instancia, profirió el 13 de noviembre de 1981 sentencia sustitutiva en la cual se resuelve:

"PRIMERO: Declárase la nulidad del contrato de promesa de Compraventa, contenido en el documento suscrito por "Elías Acosta & Cía Ltda." y Saturia Cuéllar de Durán el 30 de septiembre de 1978, en la ciudad de Ibagué.

SEGUNDO: Dispónese que "Elías Acosta & Cía Ltda". debe restituir a Saturia Cuéllar de Durán dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00) más sus intereses comerciales sobre las

127

cantidades recibidas por aquélla a partir de las fechas de las respectivas entregas, como se precisó en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en las dos instancias.

CUARTO: Costas del recurso extraordinario de casación a cargo del demandante principal".

DOCTRINA DE LA CORTE

A la transcrita decisión de nulidad no llegó la Corte, como pudiera creerse, por considerar que el documento suscrito por las partes el 30 de septiembre de 1978 no constituye un contrato válido de promesa, por faltarle solemnidades formales, pues estima que el contrato de promesa, cuando se refiere en general a la celebración de actos de comercio, es consensual y no solemne y no exige por tanto que medie la formalidad de un escrito como condición *ad substantiam actus*.

A la nulidad de la promesa se llegó en el caso estudiado por la Corte, no porque le estuviesen faltando al contrato requisitos de forma, sino porque en él, no obstante su *consensualidad*, se omitió estipular la época precisa en que había de celebrarse la convención prometida.

El explicado criterio se fundamenta en razones doctrinales y en preceptos legales que la alta corporación invoca.

He aquí una síntesis del planteamiento:

1. El documento de 30 de septiembre de 1978 contiene una verdadera promesa de celebración de un contrato de compraventa.
2. Del texto del instrumento surgen obligaciones bilaterales de hacer, pues los otorgantes adquirieron, entre otros, los compromisos de "firmar" el 28 de febrero de 1979 una "promesa de compraventa", y de suscribir después una escritura de "compraventa".
3. La promesa de compraventa que se debía cumplir el 28 de febrero de 1979, se la explica la Corte no como una promesa de contratar autónoma e independiente de la suscrita el 30 de septiembre de 1978, sino como su indudable complemento, en cuanto allí habría de estipularse "las demás condiciones" del contrato de compraventa del apartamento 401 del edificio Ambalema.
4. La promesa de celebrar un contrato civil es un acto solemne *ad substantiam actus*, puesto que su existencia depende del otorgamiento del documento, exigido por el artículo 89 de la ley 153 de 1887. En cambio, la promesa mercantil de contratar, en frente del Código de Comercio vigente en el país desde el año de 1971, no se encuentra sometida a dichas solemnidades.
5. Enseña el artículo 861 de ese estatuto: "La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del con

trato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso".

Es preciso anotar, primeramente, que esa disposición no reprodujo el artículo 89 de la ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa, omisión de la cual se puede inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contratar.

El texto comercial así redactado constituye, en efecto, una aproximación casi total al artículo 1733 del Proyecto de 1853 elaborado por Bello; ordenamiento que a su turno se conformaba con el principio fundamental según el cual las obligaciones nacen del solo consentimiento de las partes.

La anterior opinión no fue aceptada por la comisión redactora, dándose en el Código Civil de Chile la redacción que tiene el artículo 1554 hoy vigente, el cual fue mas o menos reproducido en el 89 de la ley 153 de 1887, que derogó el 1611 de nuestro Código Civil.

El artículo 861 del Código de Comercio coincide en lo fundamental con el anotado del proyecto de Bello, y esa identificación necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y que reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como

regla general.

- 6. La disposición final del artículo 861 ordena someter la celebración del contrato prometido a "las reglas y formalidades del caso", pero la norma en parte alguna impone ritualidades especiales para la celebración del contrato mismo de promesa.
- 7. El artículo 119 del estatuto comercial, de señalada aplicación particular, ordena: "La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deben expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardase más de dos años en cumplirse".

Si el Código de Comercio hubiera seguido la legislación civil en esta materia, no se vería el por qué de las solemnidades exigidas por esa norma, particularmente el escrito y la "indicación del término o condición que fija la fecha en que ha de constituirse la sociedad", pues dichos requerimientos formales significarían una repetición superflua e inútil; conducta ésta que no se concibe en la elaboración de las leyes.

- 8. El principio de la consensualidad se consagra de manera relevante en el régimen atinente a la formación del consentimiento en los actos y contratos (artículos 854 a 863 *ibidem*), articulado dentro

del cual se colocó significativamente, con sentido de armonía conceptual, la disposición relativa a la promesa (art.861).

- 9. Ahora bien, el contrato de promesa tiene una razón económica singular, cual es la de asegurar la celebración de otro posterior, cuando las partes no desean o están impedidas para hacerlo de presente. Por eso no es fin sino instrumento que permite un negocio jurídico diferente, o, para mejor decir, es un contrato preparativo de orden general. De consiguiente, siendo aquélla el antecedente de una convención futura, esta modalidad le da un carácter transitorio y temporal y se constituye en un factor esencial para su existencia. Desde luego los contratantes no pueden quedar vinculados por ella de manera intemporal, porque contradice sus efectos jurídicos que no son, de ninguna manera, indefinidos o perpetuos.

Lo cual obliga a deducir, por vía de doctrina, que, no obstante la consensualidad de la promesa mercantil, ella indubitablemente debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, como un elemento constitutivo del instante o momento que es menester para ello y como medio certero para establecer el cuándo del cumplimiento de esa obligación de hacer, so pena de que no produzca efecto alguno (art. 1501 del C.C.).

- 10. Del mismo modo, si la promesa de celebrar un contrato se refiere a toda clase de convenciones en general, no a un contrato determi

nado; y si es independiente de la relación jurídica sustancial prometida, de la cual difiere de su objeto y de las obligaciones que de ella emergen, en la promesa debe estar especificado completa e inequívocamente el contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes, a través de los elementos que lo integran, incluido su objeto.

Por supuesto que, de no ser así, se harían nugatorios los derechos que confiere la ley al acreedor para exigir y asegurar el cabal cumplimiento de la obligación por parte del deudor (art. 1610 C.C. 501 del C. de P. C.) y desde luego también que este supuesto lógico reclama que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces.

De lo dicho se concluye que la promesa de contrato, comercial o civil, se encuentra regida por unos mismos principios esenciales, salvo, como se desprende de los textos legales que en uno u otro campo a ella son aplicables, que la promesa comercial de contrato por regla general es consensual, mientras que la civil exige el escrito como condición ad substantiam actus, vale decir, como requisito de su propia existencia. De donde se deduce que las dos legislaciones, la comercial y la civil, siendo armónicas entre sí, como deben serlo, demandan unos mismos requisitos de validez, excepción hecha del escrito, tal cual quedó advertido.

CRITICA

La expuesta jurisprudencia de la Corte suscita algunos razonamientos críticos que en la presente monografía se van a exponer. Algunos de ellos conciernen de manera particular al caso típico de promesa que prestó la oportunidad para la innovación jurisprudencial; otros se refieren al contrato de promesa en general. Por razones de método y para una mayor claridad, dividiremos el trabajo en dos partes, así:

- A. Promesa de celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble y
- B. promesa de celebrar, en general, cualquiera clase de contrato.

A. Promesa de compraventa de un bien inmueble

Conforme al artículo 20-1 del Código de Comercio, es acto mercantil para todos los efectos legales "la adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos". Y de acuerdo con el artículo 23-1 ibídem, no se reputa acto mercantil la adquisición de bienes con destino al uso del adquirente, ni la enajenación de los mismos. Tratándose de la compraventa de

Un bien inmueble, el acto no será pues comercial para ninguno de los contratantes, si el comprador adquiere la finca para su propio uso.

Esta interpretación de los invocados textos tiene en cuenta el criterio histórico y tradicional que ha atribuido naturaleza civil a todos los actos que tienden a la transferencia de la propiedad inmobiliaria.

El legislador español adoptó en el viejo código de comercio de 1885 la fórmula vaga de reputar actos de comercio los expresamente comprendidos allí "y cualesquiera otros de naturaleza análoga". No se optó por la sistematización de un concepto fijo y constante, sino que se prefirió aquella fórmula elástica, que permitió ir ampliando la noción en la misma medida en que se incrementaran las relaciones y se fueran renovando los usos entre comerciantes. Lo que permanece inalterable es el principio enunciado en el aforismo del Cardenal de Luca, acogido por los modernos tratadistas: *Finis mercatorum est lucrum*. La finalidad del comercio está en el lucro, y por ésto resulta de su esencia el álea y el riesgo que lleva consigo la circulación de los valores con ánimo utilitario.

El tráfico inmobiliario no persigue por lo común una ganancia ni se realiza generalmente con intención de preparar sobre el mismo bien sucesivas operaciones de lucro. Los bienes inmuebles se adquieren de ordinario para establecer si-

tuaciones patrimoniales estables y con el objeto de destinarlos al uso y disfrute del adquirente. Mas como no puede descartarse la existencia de empresas o personas dedicadas a la compra y venta de fincas con fines de especulación, habrá de admitirse que en tales casos, pero por vía de excepción a la regla general, las transferencias podrían tener carácter mercantil. Entre nosotros rige, en cualquier caso, la preceptiva de los artículos 20-1 y 23-1 del código de comercio vigente.

En Colombia estuvo en vigor hasta el 1o. de enero de 1972 el Código de Comercio terrestre del Estado Soberano de Panamá, sancionando el 12 de octubre de 1869 y adoptado para todo el territorio de la nación por mandato del artículo 1o. de la Ley 57 de 1887.

Ese viejo ordenamiento, derogado por el Decreto 410 de 1971, estatua en su artículo 20 que "son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

- 1o. La compra y permuta de cosas muebles, con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.
- 2o. La venta de muebles con intención de comprar otros para

revenderlos o arrendarlos; o con la de realizar cualquier otra especulación mercantil".

En la citada norma no se incluyen como actos de comercio la compra, venta o permuta de bienes inmuebles, y aunque la enumeración que allí se hace no es limitativa sino ejemplar, la expresa enunciación que se consigna de compraventa y permuta de cosas muebles, le ha permitido a la doctrina considerar que esas operaciones, si conciernen bienes inmuebles, constituyen en general actos de la vida civil.

Valencia Zea, interpretando aquella derogada norma, dice que de acuerdo con ella son mercantiles los contratos de compraventa de bienes muebles cuando se hacen con ánimo de lucro. Y que, "en general, las demás clases de compraventas constituyen el llamado *derecho común* y se gobiernan por el derecho civil.

"En primer término-agrega-, la compraventa de inmuebles, aunque se realice con el ánimo de lucro. No importa que la profesión de un comerciante sea la de comprar inmuebles para revenderlos por un precio superior (de que son ejemplo las empresas de urbanizaciones); tales contratos se rigen por el Código Civil, en ningún caso por el Códig

go de Comercio".³⁶

Con bastante menos rigor, pienso que, la compraventa de bienes inmuebles constituye por su propia naturaleza, en razón de sus cualidades intrínsecas, por sí misma, un contrato de carácter civil. Y que solo excepcional y subjetivamente puede llegar a ser un acto de comercio, si quien compra, abriga el ánimo de revender en busca de ganancia, o si la adquisición la realiza un comerciante dedicado profesional o habitualmente a ese tipo de negocios.

Atribuir un carácter comercial a las operaciones inmobiliarias esporádicas, es algo que pugna con una regla tradicional que excluye los inmuebles del comercio (al menos las operaciones sobre inmuebles que se realizan aisladamente), en razón de que los inmuebles son objetos fijos, no susceptibles de circular fácil y constantemente, en tanto que las operaciones comerciales, por definición, son operaciones de circulación. Por ello mismo, cuando se habla de "mercancías" en la ley mercantil, los interés

³⁶ Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, Tomo IV, De los Contratos, Temis 1970, pags. 16 y 18.

pretas han atribuido siempre al vocablo el sentido de "objeto mueble",³⁷

Conclúyese que la compra de un bien inmueble, si el comprador no la hace para lucrar sino para uso y disfrute del bien, no es un acto de comercio. La operación reviste en tales condiciones naturaleza civil.

Siendo así, el contrato preparatorio de promesa que hubiesen concluído precedentemente los mismos celebrantes -como ocurrió en el caso *sub lite* resuelto por la Corte- tampoco es mercantil, no se forma consensualmente y debe quedar revestido de las solemnidades *ad substantiam actus* que prescribe el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para las promesas de celebrar cualesquiera contratos de derecho común.

B. Contrato de promesa en general

En el fallo que se critica, la Corte ha dicho que la promesa mercantil de contratar, a la luz del Código de Comercio vigente desde el año 1971, es meramente consen-

³⁷ Conferencias de Derecho Comercial, Profesor Alejandro Bernate Rodríguez, Universidad Nacional.

sual y por tanto no es necesario otorgarla mediante documento escrito, como ocurre con la promesa de celebrar un contrato civil, sujeto *ad substantiam actus* a solemnidades prescritas por el art. 89 de la Ley 153 de 1887. Según el alto tribunal, de la promesa mercantil nace para los prometientes una común obligación de hacer, consistente en culminar el contrato prometido aunque la convención preparatoria no esté consagrada en un escrito, si por otra parte reúne las condiciones de existencia y validez de todo negocio jurídico.

La tesis pretende hallar sustentación en especiales preceptos de la legislación comercial, que la Corte dice interpretar "con apoyo en las normas de hermenéutica consignadas en el título 13 del Libro 4o. del Código Civil por disposición expresa del artículo 822 del Código de Comercio". El planteamiento puede resumirse así:

El artículo 824 del Código de Comercio sin duda alguna consagra el principio de la consensualidad en la formación de los contratos mercantiles, pues preceptúa que "los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse, verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco", salvo que "una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico", caso en el cual "éste no se formará mientras no

se llene tal solemnidad".

El principio se reafirma en el artículo 861, que es del siguiente tenor: "La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer.

La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso". Sostiene la Corte que en esta norma se acogió la idea plasmada en el proyecto de Bello sobre la consensualidad del contrato de promesa, como regla general. Allí, en efecto, no se exige requisito o solemnidad alguna para celebrar válidamente el contrato de promesa. Y hasta la colocación de la norma en el capítulo referente a la oferta o propuesta de negocio jurídico, que se entenderá comunicada por el oferente "Cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario", está proclamando el carácter consensual de ambas figuras.

Subraya la Corte que el artículo 861 solo ordena que "la celebración del contrato *prometido* se someterá a las reglas y solemnidades del caso", sin exigir ritualidad especial alguna para la formación del propio contrato de promesa, precepto que es jurídico entender en el sentido de que esta última convención queda facilitada por el principio general de la consensualidad del art. 824.

La ley mercantil exige, por vía de excepción, determinadas solemnidades en los casos de promesa en que se ha hecho la expresa previsión, como ocurre con la promesa de celebrar el contrato de sociedad, acerca de la cual dispone el inciso primero del artículo 119: "La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deben expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad". No existiendo una tal previsión, el contrato de promesa mercantil, según la regla general, debe reputarse consensual.

Pero la comentada jurisprudencia admite también el concepto de que el contrato de promesa tiene una razón económica singular: la de asegurar la culminación de otro contrato posterior, lo que le imprime un carácter transitorio y temporal, con efectos jurídicos que no pueden ser indefinidos o perpetuos.

"Lo cual -dice la sentencia comentada- obliga a deducir, por vía de doctrina, que, no obstante la consensualidad de la promesa mercantil, ella indubitablemente debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, como un elemento constitutivo del instante o momento que es menester para ello y como medio certero

para establecer el cuándo del cumplimiento de esa obligación de hacer, so pena de que no produzca efecto alguno (art. 1501 del C.C.).

"Del mismo modo -añade-, si la promesa de celebrar un contrato se refiere a toda clase de convenciones en general, no a un contrato determinado; y si es independiente de la relación jurídica sustancial prometida, de la cual difiere de su objeto y de las obligaciones que de ella emergen, en la promesa debe estar especificado *completa e inequívocamente* el contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes, a través de los elementos que lo integran, incluido su objeto".

Y concluye: "La promesa de contrato, comercial o civil, se encuentra regida por unos mismos principios ontológicos, salvo que la promesa comercial de contrato por regla general es consensual, mientras que la civil exige el escrito como condición *ad substantiam actus*, vale decir, como requisito de su propia existencia. De donde se deduce que las dos legislaciones, la comercial y la civil, siendo armónicas entre sí, como deben serlo, demandan *unos mismos requisitos de validez*, excepción hecha del escrito, tal cual quedó advertido.³⁸

³⁸ Revista "Derecho Colombiano", de Luis F. Serrano A., Bogotá, No. 241, Enero de 1982, tomo XLV.

La interesante jurisprudencia de la Corte plantea en lo esencial un concepto que puede concretarse en este enunciado: el contrato mercantil de promesa no es solemne, porque aunque debe incluir en su contenido ineludibles estipulaciones que determinen el momento de su ejecución y dejen completa e inequívocamente especificado el contrato que se promete, no necesita para su validez la forma escrita.

El problema, así planteado, induce a considerar y definir si un contrato puede ser consensual en estricto sentido, porque los contratantes están en aptitud de emplear cualquiera forma que permita expresar su concursa da voluntad, no obstante que ellos por otra parte quedan sujetos a la necesidad de pactar determinadas estipulaciones impuestas por la ley.

El contrato mercantil de promesa, aunque pueda formarse con prescindencia de la forma escrita, debe sin embargo constituirse mediante estipulaciones imprescindibles, no adoptadas libremente por los autores de la manifestación de voluntad, sino exigidas por el ordenamiento jurídico para la existencia y validez del acto, tales como un plazo o condición que fije la época de la ejecución y una completa e inequívoca determinación del contrato prometido, de tal manera "que para perfeccionarlo solo fal-

te la tradición de la cosa o las formalidades legales". Sometidos a tales exigencias, los contratantes no pactan con amplia autonomía ni se comprometen mediante la sola prestación del consentimiento, toda vez que no les es dado excluir ciertas formas constitutivas o sustanciales, con cuya omisión la promesa resultaría afectada de invalidez. Se produce así la concurrencia de un consensualismo respecto de lo externo con el rigorismo de un contenido sustancial insustituible. Y cabe entonces preguntar: ¿no es la promesa mercantil un contrato solemne, en cuanto debe el acto contener manifestaciones de voluntad inexcusables? El jurista Luis Fernando Paredes, en estudio presentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia el 25 de Octubre de 1.978, parece responder afirmativamente este interrogante. En efecto, refiriéndose al contrato civil de promesa, dice lo siguiente: "Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contrato le dan la naturaleza de contrato solemne, porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales, sin cuya *concurrencia* no produce obligación alguna". Además de anotar que la promesa debe constar por escrito, agrega: "Se requiere que cada uno de los contratos, e] de promesa y el prometido, reúna los requisitos esenciales a todo acto jurídico que exige el artículo 1502 del Código Civil, y en cuanto a su objeto, debe quedar definido de antemano pues es diferente en el uno y en el otro contrato. Así, en la promesa de venta de una cosa

el objeto es la misma venta, es decir, la obligación de hacerla, y el objeto del contrato prometido, es la cosa o el bien que se dá en venta. Finalmente, exígese que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, porque, de lo contrario, nunca podría exigirse la ejecución de la promesa respectiva".³⁹

Quando la promesa compromete a celebrar en el futuro la compraventa de un bien raíz, el inmueble debe quedar claramente individualizado por su ubicación y linderos, así como señalada la Notaría ante la cual debe otorgarse la pertinente escritura pública, precisiones que la jurisprudencia viene demandando en tales casos, como una manera de concretar la voluntad de los contratantes y la cosa sobre la cual recae el objeto del contrato, y consiguientemente como el modo de cumplir en toda su extensión el requisito de que trata el ordinal 4o. del art. 89 de la citada ley 153 de 1887.

De todo lo cual resulta que la promesa de compraventa de un inmueble debe contener minuciosa descripción del bien

39

Revista "Derecho Colombiano", Bogotá, Noviembre de 1978, No.203 tomo XXXVIII

que se promete en venta, su completa alindación, el precio que tienen las partes acordado y todas las demás específicas circunstancias que permitan distinguir de otro cualquiera el contrato prometido. Tales exigencias también tienen aplicación en las promesas de contrato en materia comercial, las cuales "demandan unos mismos requisitos de validez, excepción hecha del escrito", según lo resuelto por la Corte en la sentencia que aquí se censura.

Mas, ¿cómo eliminar el escrito en la celebración de un contrato de estipulaciones tan difusas y detalladas? Admitir en materia comercial la promesa meramente verbal, aún en los casos en que el contrato prometido es solemne y supone declaraciones prolijas y minuciosas, es una fórmula que falla por su inseguridad, puesto que como lo dice Fueyo Laneri "entrega a la memoria las normas del contrato futuro, con los consiguientes riesgos, entre ellos los de controversias entre las partes e inestabilidad de lo estipulado".⁴⁰

⁴⁰ Fernando Fueyo Laneri, obra citada, Volumen II, pág. 119.

En tales casos lo aconsejable por razones de certeza contractual es rechazar la forma verbal e instituir la necesidad probatoria de un escrito como único medio de satisfacer los requisitos de los ordinales 3o. y 4o. del artículo 89 de la ley 153 de 1887.

La dogmática jurídica no debe quedar confinada en el ámbito de las idealizaciones puramente teóricas. El derecho está llamado por definición a regular las relaciones del hombre en su vida social, y por ello no puede estar animado por principios irrealizables. Remitir la promesa de celebrar un contrato a la falible prueba de la oralidad, es tanto como fomentar un manantial de controversias en las que presumiblemente se disputen la identidad del objeto, la cuantía de las prestaciones, el momento de la ejecución o cualesquiera otras modalidades.

No se vé una sola razón de peso para que se exija aisladamente la formalidad del escrito como requisito *ad solemnitatem* en las promesas de contrato de sociedad (art. 119), con inclusión de las cláusulas previstas en el artículo 110 y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad, y no se exija en cambio la misma formalidad literal en las demás promesas de contrato mercantil en que han de que-

dar consignadas las condiciones previstas en los ordina les 3o. y 4o. del art. 89 de la Ley 153 de 87. Máxime si el contrato preparatorio se refiere a la futura cele bración de la compraventa de un bien raíz, pues enton- ces el cumplimiento de los indicados requisitos supone la enumeración prolija y puntual de ciertas caracterís- ticas del objeto (ubicación, alindación, precio, etc.), no susceptibles de ser retenidas con exactitud en la me moria.

La consensualidad de la promesa comercial ofrece dificul tades que he apuntado y pueden en gran medida entorpe- cer el ejercicio contractual.

Pero tales inconvenientes pueden encontrar solución ade cuada en la adopción de una fórmula conciliadora que re conozca la consensualidad del contrato de promesa mer- cantil y no erija la forma escrita en condición *ad so-* *lemntatem o ad substantiam actus*, de modo que la validez del contrato dependa solo del consentimiento, pero que exija en cambio la manifestación literal de voluntad co- mo requisito *ad probationem*, de manera tal que la pro- mesa pueda establecerse y las dudas dirimirse, no solo con el acta escrita del contrato, sino también mediante la prueba de la confesión o con un principio de prueba por escrito legalmente complementado.

Si el contrato civil de promesa necesita *ad substantiam actus* que se consigne por escrito, es conveniente que la promesa mercantil de contrato se sujete al mismo requisito de la literalidad, pero no como ritualidad indispensable para su validez, sino apenas para efecto de su prueba.

Es cierto, como lo dice la Corte, que los actos de los comerciantes deben no encontrar obstáculos que se opongan a la expedición y rapidez del tráfico mercantil; pero razones de mayor utilidad e importancia, recomiendan velar por la estabilidad y seguridad de las operaciones del mercado, y me inducen a impugnar con todo respeto la decisión tomada por la Corte en la jurisprudencia que dejo comentada. Entrego a la benevolencia de mis examinadores, para el juicio que haya de merecerles, el modeste fruto de mi trabajo.

APENDICE

En las páginas siguientes y para finalizar el presente trabajo, me permitiré transcribir algunos de los modelos que sobre el contrato de promesa fueron elaborados por el jurista español don José Febrero, los cuales fueron inicialmente publicados en su "Librería de Escribanos" y, más tarde insertos en "Febrero Novísimo", vasta obra compuesta en 1828 bajo método y con adiciones de don Eugenio de Tapia, Abogado de los Reales Consejos.

ESCRITURA DE PALABRA DE CÁSAMIENTO O ESPONSALES DE FUTURO

En tal Villa, a tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco y Doña Juana de tal, de estado solteros, mayores de veinte y cinco años, naturales y vecinos de ella, hijos de &c, ya difuntos, dijeron: que para vincular y radicar honesta e indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos a que están expuestos, y las infaustas consecuencias que puedan resultar en detrimento de sus conciencias, y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio, y por graves inconvenientes que les obstan para efectuarlo al presente, quieren ligarse con los esponsales de futuro, a fin de que ninguno pueda separarse; y poniéndolo en ejecución, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad Otorgan que prometen y se dan mutuamente su fé y palabra de casarse por las de presente que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, según disposición del concilio de Trento, para tal día de tal mes y año, y que ninguno contraerá directa ni indirecta, tácita ni expresamente esponsales con persona alguna, sin que preceda licencia y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere, sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas

(se expresarán las que sean) en señal, las que pasan a su poder recíprocamente, de que doy fé; asimismo se obligan a no reclamar este contrato, y si lo hicieren, a más de no ser oídos judicial ni extrajudicialmente, quieren ser compelidos a su observancia, como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, obligan a ello sus personas y bienes, se someten a los señores jueces que de esta causa deben conocer conforme a derecho, renuncian todas las leyes y fueros de su favor, y así lo otorgan y firman, a quienes doy fé y conozco, siendo testigos &c.

ESCRITURAS DE ARRAS

En tal villa, a tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, Pedro Fernández, natural y vecino de ella, de estado soltero, e hijo legítimo de &c. dijo: que está tratado de casarse In facie Ecclestae con Luisa Martínez del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo a la honestidad, virtud y otras loables prendas que en ella concurren determinó hacerla cierta donación propter nuptias; y para que conste y tenga efecto, en la mejor vía y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad. Otorga que promete

en arras y donación propter nuptias a la expresada Luisa Martínez su futura esposa tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y sino cupieren, se los consigna en los que en lo sucesivo adquiriera, a su elección, para que gocen del privilegio concedido a esta clase de donación, o del que la sea mas favorable y útil, si se efectuare el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que este se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga, y a sus herederos, a satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, a cuyo fin los tendrá prontos para su entrega bajo la pena de tanto,

que se impone en caso de contrayenci3n, a la cual se obliga, y a la satisfacci3n de las costas, intereses y da1os que se originen en su exacci3n a su futura esposa 3 a quien la represente, cuya liquidaci3n defiere en su juramento, la revela de otra prueba y quiere ser apremiado por todo rigor legal.

Asimismo se obliga a no revocar esta donaci3n y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y ratificado, a1adiendo fuerza a fuerza, y contrato a contrato; y al cumplimiento de este obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

PROMESA DE VENDER

En tal villa, a tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco López y Juan Rodríguez, vecinos de ella, dijeron: que están convenidos el citado Francisco en vender al referido Juan una tierra de pan llevar, de caber tantas fanegas de sembradura en tal parage, término de esta villa, y otorgar a su favor la escritura correspondiente; y éste en satisfacerle por ella tal día tantos reales; y para que tenga efecto su convenio, en la vía y forma que mejor lugar haya en derecho.

Otorgan, prometen y se obligan el enunciado Francisco a que venderá para tal día a dicho Juan la expresada tierra por los tantos reales, y no a otra persona, aunque le ofrezca más, y formalizará a su favor la escritura conducente, a cuyo fin recibe de él a mi presencia en señal tantos reales en tales monedas, de que otorga a su favor el resguardo conveniente; en su consecuencia promete y se obliga también a no apartarse del pacto convenido; y si lo hiciere, a devolverle los tantos reales que acaba de tomar, y pagarle en pena otros tantos, y las costas y daños que por su contravención se le irroguen, en que desde ahora se da por condenado, sin mas sentencia ni declaración; pero si en el mencionado día no hubiere cumplido con la íntegra satisfacción del precio en que ajustaron dicha tierra, no queda-

rá obligado a celebrar la venta, ni a restituir la señal que recibió, ni a ello ha de ser compelido judicial ni extrajudicialmente con pretexto alguno. Y el expresado Juan, que está presente, dijo: que acepta en todo y por todo la referida promesa, obligándose a pagar al mencionado Francisco para el día prefijado tantos reales, que completan el total precio en que está ajustada la expresada tierra, en buena moneda de plata u oro usual y corriente, pena de perder la señal que le ha entregado, y resarcirle los daños y menoscabos que se le causen; ambos dan por celebrada perfectamente la venta; renuncia la ley 6 del tit. 5 Part. 5. y demás que dicen que resistiéndose los contratantes a otorgar la, puedan arrepentirse; e igualmente la 2. tit. 1 lib.10 Nov. Rec. y los cuatro años que define para rescindir el contrato, o pedir suplemento a su justo valor, los que dan por pasados como si lo estuvieran, mediante no haber lesión en el precio en que la ajustaron; pues si alguna hay, de la que sea en mucha o poca suma, se hacen mutua gracia y donación pura, perfecta e irrevocable en sanidad con las firmezas convenientes; dan amplio poder a los señores jueces de esta villa para que los compelan a su observancia, como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, renuncian todas las leyes, fueros y privilegios de su favor, y así lo otorgan y firman, a quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. Aunque en la escritura anterior puse la entrega de la cantidad en señal o arra, pueden los interesados darla y recibirla en cuenta y parte de pago del precio de la alhaja, con lo cual ninguno de ellos po

drá arrepentirse, como lo dice la ley 7. tit.5 part.5., queda el con
trato o promesa mas sólido y seguro, y pueden apremiarse a su cumpli-
miento. Con arreglo a ésta podrá el escribano extender otras, tenien
do presente la naturaleza y cláusulas precisas del contrato que se pro
mete celebrar.

BIBLIOGRAFIA

1. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. "De la Compraventa y De la Promesa de Venta". Tomo II, Imprenta y Litografía Barcelona, Santiago de Chile, 1918.
2. ALGUER, José. "Para la Crítica del Concepto del Precontrato". Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
3. BELLO, Andrés. "Proyecto de Código Civil". Tomo III, Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1932.
4. BERNATE RODRIGUEZ, Alejandro. Conferencias de Derecho Comercial, Universidad Nacional.
5. BONFANTE, Pietro. "Historia del Derecho Romano". Vol.I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid-1944.
6. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. "Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales". Ediciones Librería del Profesional, Cuarta Edición, 1979.
7. CASTAN TOBEÑAS, José. "Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo IV - Derecho de Obligaciones. Décima Edición, Reus, S.A., Madrid, 1977.
8. CLARO SOLAR, Luis. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Vol. V, Tomo X, De las Obligaciones (I) Editorial Jurídica de Chile, 1979.
9. COLIN Y CAPITANT. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo IV, Reus S.A., Madrid, 1925.
10. DE LA VEGA VELEZ, Antonio. "Bases del Derecho de Obligaciones". Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1976
11. ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería de Garnier Hermanos, París, 1876.
12. FEBRERO, José. "Febrero Novísimo". Imprenta de Ildefonso Mompíe,

Valencia, 1828.

12. JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil" Vol. II, Tomo II, Ediciones Jurfdicas Europa y América, Buenos Aires, 1951.
13. LAURENT, F. "Principios de Derecho Civil". Tomo XXIV, versión castellana, Buxó, 1919.
14. ORTEGA TORRES, Jorge. "Código Civil" Comentado, Decimacuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1980.
15. ORTEGA TORRES, Jorge. "Código de Comercio", Octava edición Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
16. ORTEGA TORRES, Jorge. "Código de Procedimiento Civil". Décima edición, 1979. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
17. OSUNA GOMEZ, Francisco José. "Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real". Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1947.
18. PEREZ VIVES, Alvaro. "Compraventa y Permuta". Editorial Gran Colombia, Bogotá, Colombia. 1943.
19. PLANIOL Y RIPERT. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo VI (primera Parte), Cultural S.A., Habana, 1946.
20. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo VI, Vol. I, Segunda Edición, Antigua Librería Robledo, México, 1954.
21. SERRANO A, Luis F. Revista "Derecho Colombiano" Bogotá.
22. VALENCIA ZEA Arturo, "Derecho Civil": Tomo III, de las obligaciones. Quinta Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1.978.
23. VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil". Tomo IV, De los Contratos, Tercera Edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1.970